





JUSTICIA CONSTITUCIONAL  
TOMO II



VILMA S. MORENO DÍAZ - ÁNGEL IGNACIO GÓNGORA  
RICARDO DURÁN VINAZCO - LINDSAY SIDNEY MOLINA VARGAS  
JUAN CARLOS ARIAS DUQUE - MISAEL TIRADO ACERO  
MARÍA C. BALLESTEROS MORENO - ÁLVARO HERNÁN MORENO DURÁN  
JUAN MANUEL MOREL PÉREZ - ALVARO MORENO DURAN  
JAIME ALBERTO SANDOVAL MESA - NHORYS TORREGROSA JIMÉNEZ  
EDGAR FABIÁN GARZÓN BUENAVENTURA - JUAN PABLO MONROY  
JOSÉ ANTONIO FLORES LINARES - LEOBARDO LÓPEZ MORALES  
HÉCTOR XAVIER VELASCO PÉREZ - JUDITH MILLÁN DURÁN  
CAROLINA BLANCO ALVARADO - DAVID VALENCIA VILLAMIZAR  
RODOLFO TORREGROSA JIMÉNEZ - CIRO NOLBERTO GUECHA MEDINA

# JUSTICIA CONSTITUCIONAL

## TOMO II



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS  
PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA  
BOGOTÁ

Justicia constitucional : Tomo II / Vilma S. Moreno Díaz y otros. --  
Bogotá : Grupo Editorial Ibáñez, 2017.

248 páginas ; 24 cm.  
Incluye bibliografía.  
ISBN 978-958-749-770-0

1. Derecho constitucional - Investigaciones 2. Justicia constitucional -  
Colombia 3. Derechos humanos - Colombia 4. Protección de los derechos  
humanos - Colombia 5. Derechos del niño 6. Derechos de los homosexuales.  
I. Moreno Díaz, Vilma S., autora.

342.0986 cd 21 ed.  
A1572765

CEP-Banco de la República-Biblioteca Luis Ángel Arango

© VILMA S. MORENO DÍAZ  
ÁNGEL IGNACIO GÓNGORA  
RICARDO DURÁN VINAZCO  
LINDSAY SIDNEY MOLINA VARGAS  
JUAN CARLOS ARIAS DUQUE  
MISAEEL TIRADO ACERO  
MARÍA C. BALLESTEROS MORENO  
ÁLVARO HERNÁN MORENO DURÁN  
JUAN MANUEL MOREL PÉREZ  
JAIME ALBERTO SANDOVAL MESA  
NHORYS TORREGROSA JIMÉNEZ  
EDGAR F. GARZÓN BUENAVENTURA  
JUAN PABLO MONROY  
JOSÉ ANTONIO FLORES LINARES  
LEOBARDO LÓPEZ MORALES  
HÉCTOR XAVIER VELASCO PÉREZ  
JUDITH MILLÁN DURÁN

CAROLINA BLANCO ALVARADO  
DAVID VALENCIA VILLAMIZAR  
RODOLFO TORREGROSA JIMÉNEZ  
CIRO NOLBERTO GUECHA MEDINA

© UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS  
Carrera 9 No. 72-90  
Facultad de Derecho  
Bogotá - Colombia

© GRUPO EDITORIAL IBÁÑEZ  
Carrera 69 Bis N° 36-20 Sur  
Teléfonos: 2300731 - 2386035  
Librería: Calle 12B N° 7-12 L.1  
Tels.: 2835194 - 2847524  
Bogotá, D.C. - Colombia  
[www.grupoeditorialibanez.com](http://www.grupoeditorialibanez.com)

ISBN: 978-958-749-770-0

Diseño de carátula: David Cortes

Diagramación electrónica: Deissy Alejandra Rodríguez

Queda prohibida la reproducción parcial o total de este libro por cualquier proceso  
reprográfico o fónico, especialmente por fotocopia, microfilme, offset o mimeógrafo.

Ley 23 de 1982

® 2017

## COMITÉ EDITORIAL

Dr. Gustavo Arnulfo Quintero Navas  
Doctor en Derecho Público por la  
Universidad de Nantes, Francia. Profesor de  
la Universidad de los Andes.

Dr. Fernando Alexei Pardo Flórez  
Doctor en Derecho Público por la  
Universidad de Paris II. Profesor  
de la Universidad Nacional.

Dr. José Eduardo Rodríguez Martínez  
Doctor en Sociología Jurídica e Instituciones  
Políticas, por la  
Universidad Externado de Colombia.  
Profesor Universidad Libre.

Dra. Anne Claire Dufour.  
Doctora en Derecho Público, por la  
Universidad de Nantes. Profesora  
de la Universidad de Nantes.

Dr. Edgar Andrés Quiroga Natale, Doctor  
en Derecho por la Universidad Santo Tomás  
de Bogotá. Profesor de la Universidad Santo  
Tomás de Tunja.

Dr. Vladimir Fernández Andrade, Doctor en  
Derecho, por la Universidad Externado de  
Colombia. Procurador Delegado.

Dr. Gustavo Ibáñez  
Abogado - Filósofo  
Representante Legal de Grupo Editorial Ibáñez

## COMITÉ CIENTÍFICO

Dr. Carlos Alberto López Cadena  
Doctor en Estudios Avanzados  
en Derechos Humanos  
de la Universidad Carlos III de Madrid.  
Profesor de Introducción al Derecho de la  
Universidad Externado de Colombia

Dra. Celina de Jesús Trimiño Velásquez  
Doctora en Derechos Fundamentales  
de la Universidad Carlos III de Madrid  
Docente de la Universidad Pedagógica  
y Tecnológica de Colombia.

Dr. Pedro Pablo Vanegas Gil  
Doctor en Derecho de la Universidad  
Externado de Colombia  
Docente de la Universidad  
Externado de Colombia

Dr. Edgar Solano González  
Doctor en Derecho Internacional de la  
Universidad de la Sapienza (Italia)  
Docente de la Universidad Externado de  
Colombia

Dr. Bernd Marquardt  
Jurista Doctorado en Derecho  
y segundo Doctorado superior en derecho de  
la universidad de San Gallen (Suiza)  
Profesor titular de la Universidad Nacional  
de Colombia

## PARES

Joaquín Emilio Acosta Rodríguez  
Doctor en Derecho de los Negocios y del Patrimonio - Université De Bordeaux I  
Docente e Investigador de la Universidad Católica de Colombia

Henry Eyner Isaza  
Magister en derecho procesal - Universidad de Rosario Argentina  
Docente Universidad Autónoma de Chiriquí

Román Tellez Navarro  
Magister en Derecho Procesal Administrativo - Universidad Militar Nueva Granada -Bogotá  
Docente de la Universidad Militar Nueva Granada - Bogotá



## INTRODUCCIÓN

La presente obra titulada *Justicia Constitucional* Tomo II es el resultado de un trabajo mancomunado entre los diferentes investigadores del Centro de Investigaciones, en el cual se evidencia en un gran porcentaje el índice de cohesión y colaboración, toda vez que los capítulos que componen este libro se elaboraron en coautoría, entre profesores que pertenecen al mismo o a diferentes grupos de investigación. De igual manera, los capítulos evidencian una metodología de carácter cualitativo.

Adicionalmente, el libro se compone de diferentes temas multidisciplinarios, en la medida en que responden al resultado de proyectos de investigación con diferentes enfoques y metodologías, los cuales están vinculados a una línea y a un grupo de investigación específico, tal como se presenta a continuación:

El primer capítulo del libro, *La voluntad en la filiación de los matrimonios y uniones homoparentales*, fue realizado bajo el índice de cohesión, en donde se evidencia la problemática existente por la que atraviesa la sociedad colombiana, frente a los diversos cambios que se suscitan en el nuevo tipo de relaciones familiares, tales como las homoparentales, que conllevan a la evaluación conjunta de múltiples factores disciplinares, culturales y sociales. Este capítulo trata de abrir una perspectiva legal y jurídica al tema de matrimonios entre personas del mismo sexo, adopción de hijos por parte de estas parejas, entre otros temas que permiten al autor(es), entre otras cosas, concluir cómo la Constitución y los derechos propios de cada colombiano, deben ajustarse a los factores cambiantes a nivel cultural y social para velar por el cumplimiento de sus derechos como ciudadanos de este país.

El capítulo *La libre opción sexual como derecho en Colombia*, es un escrito donde sus autores plantean cómo el derecho de la población conformada por las Lesbianas, Gays, Bisexuales, Transexuales e Intersexuado (LGTBI) hace parte de otra minoría que en muchos casos puede llegar a ser marginada. Se evalúa cómo el estado debe, desde las particulares de este tipo de personas, velar por el cumplimiento de sus derechos entendiendo que cada ser humano

tiene libertad de elegir orientación sexual, identidad de género y entre otros elementos presentes en esta diversidad.

El capítulo *La protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes frente a la legitimidad del Estado*, permite al lector encontrarse con una evaluación cualitativa de las mecánicas del Estado Colombiano que pueden llegar a afectar de forma negativa los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes, esto como consecuencia de factores como la violencia el y el conflicto armado que los vuelven vulnerables y que por ende requieren especial atención del estado. El autor finaliza con una importante reflexión en torno a la manera en que el Estado Colombiano debe repensar el rol que sus diferentes instituciones y actores cumplen para promover y garantizar la materialización y el cumplimiento de los derechos humanos de este grupo social.

El siguiente capítulo, *Mujer y toma de decisiones en la Unión Europea*, trata sobre el tema de la mujer y la toma de decisiones en la Unión Europea, en el cual se evidencia la evolución que ha tenido Europa frente al tema de lo social y más exactamente al trato de igualdad entre el hombre y la mujer, demostrando que, aun cuando persiste una diferencia entre estos dos géneros, el rol de la mujer en las esferas de poder y en la toma de decisiones se viene fortaleciendo cada vez más.

En el capítulo denominado *La acción de amparo preventivo, como mecanismo de protección al derecho ambiental*, se plantea un importante punto de vista relacionado al Amparo Preventivo como instrumento para la defensa de los derechos humanos relacionados al medio ambiente. El autor expone valiosas concepciones relacionadas y al tema tanto a nivel judicial y legal e invita al lector a reflexionar que, aunque el estado está a cargo de los instrumentos para la protección del medio ambiente, es responsabilidad de cada ser humano el consumo medido de los recursos naturales .

En lo que concierne al capítulo *El Preámbulo de la Constitución Política de 1991, presupuestos de su creación y fundamentos de su proyección en el texto constitucional*, los autores desarrollan bajo el índice de colaboración los nuevos preceptos y fundamentos que trae el Preámbulo de la Constitución de 1991, frente a los existentes en anteriores constituciones, en particular, frente al Estado Social de Derecho, propio de la actual Carta Política y, a la concepción teocrática del poder, en la cual se invocaba a Dios como fuente de autoridad suprema en casi la totalidad de las anteriores Constituciones, para pasar a la de 1991 como fuente soberana del pueblo.

*La acción de tutela como acción indemnizatoria*, evidencia cómo la acción de tutela, además de materializar la protección de los derechos fundamentales finalidad para lo cual fue creada, ha permitido igualmente reconstruir un régimen indemnizatorio sobre la vulneración de derechos fundamentales que causan daño emergente, invocando una excepcionalidad del constitucionalismo de la tutela, razón por la cual, el autor llama la atención sobre la prudencia judicial y la ética de la racionalidad del juez.

En el siguiente capítulo, *La ineficacia de la declaratoria general de inconstitucionalidad en México* (Reforma de 2011 en materia de Amparo), el autor hace ver cómo ha resultado ineficaz la incorporación de la declaratoria general de inconstitucionalidad de normas, en materia del juicio de amparo en el derecho mexicano. Dejando de manifiesto la desprotección a los derechos humanos, y el sentir de las reformas Constitucionales, en la medida en que no ha cumplido con las exigencias sociales para las cuales fue diseñada, si se tiene en cuenta que de los actuales expedientes relativos a posibles declaratorias no se ha emitido alguno.

En lo que concierne al capítulo, *La trascendencia del juicio de amparo y de la jurisprudencia en el procedimiento laboral mexicano*, el autor entra a evidenciar que tanto el juicio de amparo como la jurisprudencia han delineado un procedimiento laboral no previsto en la legislación aplicable en el derecho mexicano, toda vez que se han introducido elementos nuevos, que a la postre provocarían, incluso, violaciones a los derechos humanos laborales reconocidos en instrumentos internacionales respectivos.

*Los procesos de selección de operadores privados del servicio público de televisión, en torno a la libre competencia*, es un capítulo donde se realiza un análisis de la regulación al servicio público de televisión con cubrimiento nacional prestado por operadores privados. Se exaltan y evalúan los procesos de Licitación Pública y otros factores importantes. Sus autores llevan mediante sus conclusiones al razonamiento de cómo algunos operadores pueden tener posiciones ventajosas frente a nuevas entidades o corporaciones interesadas en prestar el servicio.

Finalmente, frente al Capítulo *Fantasmas, trauma y memoria en Colombia: Una consideración desde el cine y la literatura*. En este capítulo el autor reflexiona y expone la forma en que las leyendas populares, más específicamente aquellas relacionadas a fantasmas y entes sobrenaturales, son multiplicadas y compartidas en aquellas zonas afectadas por la violencia

política en Colombia. En esta reflexión se incluyen la revisión de relatos presentes en películas y novelas de terror.

Como se puede evidenciar, cada uno de estos capítulos responde a temáticas diferentes, los cuales han sido el producto de los proyectos de investigación que tienen a cargo los docentes adscritos al Centro de Investigaciones. Es así que para este Centro, resulta de gran interés presentar ante ustedes la siguiente obra Justicia Constitucional Tomo II.

ODUBER ALEXIS RAMÍREZ ARENAS  
Compilador Académico.

## CONTENIDO

INTRODUCCIÓN .....	9
LA VOLUNTAD EN LA FILIACION DE LOS MATRIMONIOS Y UNIONES HOMOPARENTALES VILMA S. MORENO DÍAZ - ÁNGEL IGNACIO GÓNGORA - RICARDO DURÁN VINAZCO.....	15
LA LIBRE OPCIÓN SEXUAL COMO DERECHO EN COLOMBIA LINDSAY SIDNEY MOLINA VARGAS - JUAN CARLOS ARIAS DUQUE - RODOLFO TORREGROSA JIMÉNEZ.....	39
LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES FRENTE A LA LEGITIMIDAD DEL ESTADO MISAEL TIRADO ACERO .....	63
MUJER Y TOMA DE DECISIONES EN LA UNIÓN EUROPEA MARÍA CONSTANZA BALLESTEROS MORENO - ÁLVARO HERNÁN MORENO DURÁN...	81
LA ACCIÓN DE AMPARO PREVENTIVO, COMO MECANISMO DE PROTECCIÓN AL DERECHO AMBIENTAL JUAN MANUEL MOREL PÉREZ .....	107
EL PREÁMBULO DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991, PRESUPUESTOS DE SU CREACIÓN Y FUNDAMENTOS DE SU PROYECCIÓN EN EL TEXTO CONSTITUCIONAL ALVARO MORENO DURAN - JAIME ALBERTO SANDOVAL MESA - NHORYS TORREGROSA JIMÉNEZ .....	121
LA ACCIÓN DE TUTELA COMO ACCIÓN INDEMNIZATORIA EDGAR FABIÁN GARZÓN BUENAVENTURA - JUAN PABLO MONROY.....	141
LA INEFICACIA DE LA DECLARATORIA GENERAL INCONSTITUCIONALIDAD EN MÉXICO (REFORMA DE 2011EN MATERIA DE AMPARO) JOSÉ ANTONIO FLORES LINARES .....	165

LA TRASCENDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO Y DE LA JURISPRUDENCIA EN EL PROCEDIMIENTO LABORAL MEXICANO LEOBARDO LÓPEZ MORALES - HÉCTOR XAVIER VELASCO PÉREZ .....	183
LOS PROCESOS DE SELECCIÓN DE OPERADORES PRIVADOS DEL SERVICIO PÚBLICO DE TELEVISIÓN, EN TORNO A LA LIBRE CONCURRENCIA JUDITH MILLÁN DURÁN - CAROLINA BLANCO ALVARADO - CIRO NOLBERTO GUECHA MEDINA.....	199
FANTASMAS, TRAUMA Y MEMORIA EN COLOMBIA: UNA CONSIDERACIÓN DESDE EL CINE Y LA LITERATURA DAVID VALENCIA VILLAMIZAR.....	221

# LA VOLUNTAD EN LA FILIACION DE LOS MATRIMONIOS Y UNIONES HOMOPARENTALES<sup>1</sup>

VILMA S. MORENO DÍAZ<sup>2</sup>  
ÁNGEL IGNACIO GÓNGORA<sup>3</sup>  
RICARDO DURÁN VINAZCO<sup>4</sup>

## INTRODUCCIÓN

Como docentes investigadores del Módulo de Derecho Privado de la facultad, ofrecemos este artículo, que busca articular en la Línea de Investigación *La Nueva Familia*, en desarrollo del proyecto de investigación “Paralelo entre el Matrimonio canónico y el civil y la nueva familia en Colombia-Reformas Constitución de 1991”, dado que se pretende destacar

- 
- <sup>1</sup> Esta investigación se enmarca en el Grupo de Investigación de Derecho Privado, Línea de Investigación: La Nueva Familia, en desarrollo del proyecto de investigación “Paralelo entre el Matrimonio canónico y el civil y *la nueva familia* en Colombia-Reformas Constitución de 1991” gestionado en la Universidad Santo Tomás - Sede Bogotá.
  - <sup>2</sup> Abogada de la Universidad Santo Tomás, Especialista en Derecho de Familia de la misma universidad, Magister en Derecho Canónico de la Universidad Pontificia Comillas de Madrid (España), Doctora en Derecho Canónico de las Universidades Pontificia Comillas y Javeriana. Docente universitaria en el área de Familia, Sucesiones, Sujetos del Derecho Privado, desde el año 2.000. Tutora del Doctorado de Derecho de la Universidad Santo Tomás. Correo electrónico [vilmamoreno@usantotomas.edu.co](mailto:vilmamoreno@usantotomas.edu.co)
  - <sup>3</sup> Abogado de la Universidad Santo Tomás, Especialista en Pedagogía y Derecho, Docente universitario en el área de derecho civil: familia, derecho comparado, de las facultades de Derecho de las Universidades Santo Tomás, Libre de Bogotá. Correo electrónico: [angelgongora@usantotomas.edu.co](mailto:angelgongora@usantotomas.edu.co)
  - <sup>4</sup> Abogado de la Universidad Santo Tomás, Especialista en Derecho de Comercial de la universidad de los Andes, Especialista en Derecho Procesal y estudios de Derecho Financiero de la universidad del Rosario, Magister en Derecho de la Universidad Nacional, donde adelanta su Doctorado. Docente universitaria en el área de Derecho Comercial, Pertenece al Grupo de Investigación de Derecho Privado, proyecto de investigación “Transferencia electrónicas de fondos”. Correo electrónico: [angelgongora@usantotomas.edu.co](mailto:angelgongora@usantotomas.edu.co).

el problema por el que atraviesa la sociedad colombiana, respecto de los cambios profundos en las relaciones familiares. Se puede afirmar que la familia, viene siendo la institución que más ha evolucionado globalmente, como célula de la sociedad, poniendo incluso en contradicción prácticas sociales que por mucho tiempo permanecieron estáticas e inmodificables<sup>5</sup>. La evidencia de estos cambios, que recoge el Derecho como regulador de nuevos comportamientos (Kelsen, 1985), son una respuesta para positivizar los requerimientos de la sociedad. Esto explica cómo el derecho de familia desde la Constitución del 91, ha sido objeto de constantes cambios estructurales, a veces mediante reformas legislativas y otras ocasiones, ante la ausencia de éstas, por decisiones de la jurisdicción constitucional, para hacer realidad los principios constitucionales de pluralismo, diversidad y dignidad humana (art. 1º C.P.) y para garantizar el reconocimiento de los derechos fundamentales, y el interés preferencial de los menores. (Art. 44 C.P.).

En este artículo preliminar del proyecto de investigación cualitativa (Elgueta, s.f., 137), damos cuenta de aspectos significativos relacionados con la revisión del tema, mediante un método histórico-descriptivo (Hernández, 1992). A continuación, y como parte de las evidencias se procede a identificar algunos de los cambios en la institución de familia, ante las nuevas realidades y pronunciamientos jurisprudenciales de la Corte Constitucional, órgano al cual se le confió la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, acogiendo los postulados del nuevo constitucionalismo (Moreno & Novoa, 2016), en fallos que han generado innovaciones en los efectos jurídicos de la filiación, el parentesco y el estado civil.

---

<sup>5</sup> En la Antigüedad y por muchos siglos, la creencia del culto a los muertos soportó la estructura familiar y reguló el matrimonio. Como los hijos eran la garantía de perpetuar el culto se condenó el celibato “pero no bastaba engendrar un hijo. El hijo que había de perpetuar la religión doméstica debía ser el fruto de un matrimonio religioso... el lazo de sangre no constituía por sí solo la familia y se necesitaba también el lazo del culto.” Fustel de Coulanges (1979), 64.

Como Colombia ha suscrito dos Concordatos con la Santa Sede cabe precisar que la influencia del Derecho Canónico, en cuanto a que los hijos constituyen uno de los fines del matrimonio, se recogió en el Código Civil, en el artículo 113 del Código Civil al establecer que “el hombre y la mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear...”, lo mismo que en el canon 1055 del Código de Derecho Canónico, al decir que el matrimonio está “ordenado por su misma índole natural al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole...”.

Con la proclamación de los Derechos Humanos y demás declaraciones al interior de la comunidad internacional se han venido suscribiendo tratados que se ocupan de preservar la igualdad de las personas y prohibir la discriminación por cualquier condición humana. Es en este contexto que la ley 54 de 1990 y el artículo 13 de la Constitución Política del 91, la Corte Constitucional ha venido reconociendo cada vez más derechos de índole personal a parejas del mismo sexo<sup>6</sup>, que se han venido manifestando con más libertad ante la opinión pública. Los debates sobre su exclusión o reconocimiento han sido tema de análisis e investigación, por lo que la Corte Constitucional en *Sentencia SU696/15<sup>7</sup> de noviembre de 2015*, siendo Magistrada Ponente, la Dra. Gloria Stella Ortiz Delgado, al decidir sobre el derecho de una pareja del mismo sexo a registrar los hijos como de los dos<sup>8</sup>, dispuso:

“**Segundo.- CONFIRMAR** la decisión...”, y “**CONCEDIÓ** la protección de los derechos fundamentales a la vida digna, la personalidad jurídica, la nacionalidad y la protección del interés superior de los menores de edad Bartleby y Virginia...” y “...**ORDENÓ** su inscripción inmediata en el registro civil de nacimiento...”.

“...**Tercero.- ORDENAR a la Registraduría Nacional del Estado Civil**[282] *que, en un plazo máximo de treinta (30) días contados a partir de la notificación de la presente sentencia, implemente un nuevo formato*

---

6 Sentencias: T-1426/2000 (Seguridad social); C 1033/2002 (Alimentos); C 075/2007(U.M.H.); C 521/07(POS); C 336/2008 (Pensión); C 798/2008 (Alimentos); C 557/2011 (Son familia); C 285/2011 (Porción conyugal); C 238/2012(Sucesiones); T 323/2014 (Pensión); T 151/2014(Pensión); C 071/2015 (Adopción del hijo del compañero permanente).

<sup>7</sup> Acción de tutela presentada por los señores Antonio y Bassanio en representación de sus hijos Bartleby y Virginia[1] contra la Registraduría Nacional del Estado Civil, el Ministerio de Relaciones Exteriores, las Notarías Segunda y 25 de Medellín, la Notaría Primera de Itagüí y la Notaría Segunda de Envigado.

<sup>8</sup> Es contradictorio que en la Sentencia C-071/15 de 18 de febrero de 2015 esta misma Corte, al referirse a la adopción complementaria o por consentimiento, relativa a los hijos de la pareja y en relación a las parejas del mismo sexo, dijera “*Que lo anterior no implica la existencia de un imperativo constitucional de reconocer en forma inexorable y automática este vínculo de filiación, porque ello deberá ser decidido a partir de una valoración caso a caso de acuerdo con las circunstancias que rodean a un menor y su familia....*” Y que meses después ese vínculo de filiación lo permita de forma directa y voluntaria en esta sentencia. (Se subraya).

*de Registro Civil de Nacimiento en el que claramente se señale que en las casillas destinadas a identificar al “padre” y “madre” del menor de edad es admisible incorporar el nombre de dos hombres o dos mujeres, en el orden que voluntariamente señale la pareja para efectos de los apellidos legales de su hijo, si los mismos cumplen con los requisitos generales de ley para ser reconocidos como los padres o madres del niño. Particularmente, se ordena que en el plazo señalado, se expida, además del formato ya descrito, una circular única dirigida a todas las notarías y consulados del país en el extranjero explicando: i) el contenido de esta sentencia y los cambios introducidos por el nuevo formato de registro civil; y ii) que mientras se introduce en todos los circuitos notariales y consulados del país el nuevo formato, las peticiones que llegaran a presentar parejas del mismo sexo que son padres o madres de un menor de edad con respecto a su inscripción en el registro civil de nacimiento se deben tramitar utilizando el formato actual sin que el mismo constituya un obstáculo para reconocer el derecho a la nacionalidad, a la vida digna, a la personalidad jurídica, el derecho a tener una familia y el interés superior de los niños y niñas...”. (Hemos resaltado).*

La Sentencia T-196 de 2016, también reconoció el derecho a registrar con el apellido de dos mujeres, a la hija biológica de una de ellas, concebida por las TRHA, en la que se dice, además:

“Así, en relación con el registro civil de nacimiento, esta Corte estableció lo siguiente en sentencia T-963 de 2001:

“La inscripción en el registro civil, es un procedimiento que sirve para establecer, probar, y publicar todo lo relacionado con el estado civil de las personas, desde su nacimiento hasta su muerte. La doctrina ha señalado, que el estado civil es un conjunto de situaciones jurídicas que relacionan a cada persona con la familia de donde proviene, o con la familia que ha formado y con ciertos hechos fundamentales de la misma personalidad. Igualmente, el decreto 1260 de 1970 artículo 1, señala que el estado civil de una persona es su situación jurídica en la familia y la sociedad, determina su capacidad para ejercer derechos y contraer ciertas obligaciones, es indivisible, indisponible e imprescriptible. Por tanto, cada acto o hecho debe ser inscrito en el correspondiente registro.

En ese orden de ideas, si la Corte ha reconocido que las parejas constituidas por parejas del mismo sexo son familia y que, además, pueden ser padres y

madres y que los menores fruto de esa relación merecen la misma protección de aquellos nacidos en hogares heterosexuales, es apenas lógico y razonable que esta misma Corporación haya obligado a la Registraduría Nacional del Estado Civil a adoptar todas las medidas administrativas tendientes a garantizar que el nombre y apellido de madres o padres homosexuales, queden consignados en el registro civil de nacimiento del menor”.

Estas sentencias, proferidas por la Corte Constitucional, modifican estructuralmente el sistema jurídico de familia, al apoyarse en una interpretación sistemática del artículo 42 de la Constitución, que va más allá del significado de las palabras cuando se refiere a la Constitución de la familia como *la decisión libre de un hombre y una mujer*. Dice la sentencia T-196 de 2016:

“La nueva conceptualización de la noción de familia, a partir de una interpretación evolutiva y sociológica fundada en la cláusula de Estado Social de Derecho, el pluralismo y la diversidad cultural, condujo a la Corte a reconocer que las parejas del mismo sexo que asumen compromisos de afecto, solidaridad y respeto, también conforman una familia”.

Los efectos de esta apreciación conllevan la adición al artículo 52 del Decreto 1260 de 1970, en cuanto al sistema del registro civil de nacimiento. El fallo al ordena ajustar el registro civil de nacimiento de la menor a las reales condiciones de sus progenitores, (familia homo-parental). Debido a que el sistema del registro civil no contempla la posibilidad de registrar a una persona como hijo de una pareja homo-parental, es decir, con dos madres o dos padres, desarrolla y contempla una nueva clase de filiación distinta a la consagrada en el Código Civil y en las normas como la ley 1060 de 2006, al referirse a los hijos de las uniones y matrimonios igualitarios, tema que se aborda más adelante en este escrito.

## 1. EL DERECHO A LA IDENTIDAD COMO DERECHO FUNDAMENTAL

La Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada en Colombia por la Ley 12 de 1991, establece en su artículo 7º, numeral 1º que: “El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho, desde que nace, a adquirir un nombre y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”. En la Sentencia T-191 de 1995, refiriéndose al Código del Menor, en su momento, precisó:

“Las normas del Código del Menor son de orden público y, por lo mismo, los principios consagrados en él son de carácter irrenunciable. **El derecho del menor a un nombre y al conocimiento de su filiación resulta fundamental no solamente por el ya aludido mandato constitucional sino por cuanto en ello está de por medio su dignidad humana, ya que supone la posibilidad de ser identificado y diferenciado** respecto de los demás individuos y el ejercicio de otros derechos, como los relativos a su alimentación, crianza, educación y establecimiento” (Resaltado propio).

Cabe precisar, que autores como Aroldo Quiroz (2015) establecen que tanto la filiación como el estado civil y el registro civil de nacimiento hacen parte del Derecho Fundamental a la Identidad.

“Derecho a la Identidad. Derecho consagrado en el artículo 44 de la Constitución y en el artículo 8° de la Convención de los Derechos del Niño que señala: [los Estados partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas]

Fue incorporado en el artículo 25 del Código de la Infancia y la Adolescencia al prescribir [los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a una identidad y a conservar los elementos que la constituyen como el nombre, la nacionalidad y filiación conforme a la ley]” (Quiroz, 2015, 323).

Si los niños y las personas en general tienen derecho a conocer su origen y familia, esto incluye tener la posibilidad de saber el verdadero padre o madre biológico. Esa es la razón por la cual aun en la adopción que rompe el vínculo con los padres biológicos para que nazca el parentesco legal, se le permite al adoptado levantar la reserva en el registro civil, para poder investigar quienes fueron sus padres biológicos, en caso que se sepa; independientemente de que no vaya a conseguir ningún derecho patrimonial, pues el derecho a conocer su origen e identidad es lo que le permite indagar al respecto.

Si se trata de establecer la prelación entre varios derechos, como en el presente caso, el de la pareja homoparental a tener hijos comunes, frente al derecho del menor a conocer su verdadera filiación e identidad, puede tener relevancia lo expuesto en la sentencia T-673 de 2013 que reza:

“Así las cosas, las manifestaciones de la diversidad sexual solo pueden ser reprimidas o limitadas cuando lleguen a lesionar derechos de otras personas, alteren el orden público y social, afecten los estándares generales

de decencia pública o se “conviertan en piedra de escándalo, principalmente para la niñez y la adolescencia”.

Existen sin embargo autores cuya concepción de identidad se aparta de lo dicho en este punto, por considerar que incluso el registro de la maternidad/paternidad homoparental garantizan dicha identidad, veamos:

“el derecho a la identidad no se limita a considerar el aspecto físico o biológico de la persona. Comprende también el bagaje espiritual, intelectual, político, profesional, etc, a través del cual el individuo se proyecta socialmente al exteriorizar de alguna manera estos aspectos propios de su personalidad... Desde esta perspectiva, se entiende el fundamento constitucional del principio de la voluntad procreacional para determinar la filiación cuando se accede a técnicas de fertilización asistida” (Gil, Famá, Herrera, 2010. 230).

## 2. LA FILIACIÓN EN LA LEY COLOMBIANA Y LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

La doctrina y la jurisprudencia han definido la filiación, como “el vínculo jurídico que une a un hijo o hija con su padre o con su madre, vínculo que tiene fundamento, en principio, en un hecho natural, la procreación, pero que jurídicamente puede tener otras fuentes como la adopción o la reproducción asistida no suficientemente regulada por la legislación civil” (Aguirre & Ascencio, 2011, p. 24).

La filiación por constituir un vínculo jurídico, entre un hijo con sus padres, establece a su vez el estado civil y el parentesco entre la madre o padre de la otra, derivado de la procreación (parentesco de consanguinidad), de la adopción (Parentesco civil) o de las Técnicas de reproducción humana asistida<sup>9</sup> (Barber, 2010), reconocidas en el artículo 42 de la Constitución colombiana, al declarar a la familia como núcleo fundamental de la sociedad y de las formas de constituirse agrega que “. . . los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o *procreados naturalmente o con asistencia científica*, tienen iguales derechos y deberes...”.

---

<sup>9</sup> Sentencia T-968 de 2009.

Teniendo en cuenta que las normas sobre filiación como todas las de carácter familiar son imperativas por ser de orden público<sup>10</sup>, no pueden ser variadas por voluntad de las partes (Aguirre & Ascencio, 2011, p.24; Sentencia T-488 de 1999<sup>11</sup>). En igual sentido Diez Picazo (1984) dirá: “El orden público familiar es indispensable y queda más allá de las posibilidades de actuación de la autonomía privada” (p. 94). En Colombia el artículo 5° de la Ley 1098 de 2006 conocida como el Código de la Infancia y la Adolescencia lo establece cuando dice:

“Las normas sobre los niños, las niñas y los adolescentes, contenidas en este código, son de orden público, de carácter irrenunciable y los principios y reglas en ellas consagrados se aplicarán de preferencia a las disposiciones contenidas en otras leyes”<sup>12</sup>.

Se precisa que el orden público al que se hace referencia en este punto, es en relación directa al derecho del menor<sup>13</sup>, como queda consagrado

---

<sup>10</sup> En relación con los actos de derecho privado, el art. 16 del Código Civil colombiano dice: “No podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres”. Sabido es también que “los efectos de la filiación”, es decir los derechos y obligaciones que se generan entre padres e hijos, son de orden público. La connotación imperativa del orden público la expresa claramente el Código General del Proceso, en su art 13 cuando expresa: “Las normas procesales son de orden público y no son susceptibles de ser modificados por las partes, por consiguiente, de obligatorio cumplimiento, y en ningún caso podrán ser derogadas, modificadas o sustituidas por los funcionarios o particulares, salvo autorización expresa de la ley. El mismo código establece que en caso de modificarse la norma por acuerdo entre las partes, dicho acuerdo se tendrá por no escrito. (Subrayado propio).

<sup>11</sup> “Las personas tienen entonces, dentro del derecho constitucional colombiano, un verdadero “derecho a reclamar su verdadera filiación... Ahora bien, del derecho a contar con la propia filiación se desprende otro elemento integrador del estado civil de las personas, como es el derecho subjetivo de los menores a tener un nombre que lo individualice entre los demás congéneres y lo identifique ... siendo los apellidos la forma de evidenciar ese vínculo familiar, derivado directamente de la filiación”.

<sup>12</sup> Sentencia T 584 de 2008 “La jurisprudencia constitucional ha sostenido de manera reiterada que la filiación constituye parte integrante del derecho fundamental de toda persona al reconocimiento de su personalidad jurídica...”.

<sup>13</sup> En España, en Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid del 17 de abril de 1991, Sección Octava, ponente Rodríguez Esteban, indica “que los intereses de los menores, están fundados en principios de orden público por lo que no pueden quedar sometidos a los acuerdos de las partes con motivo del convenio del art. 91 del Código Civil. En igual sentido la Sentencia de la Audiencia de Lugo, de 18 de noviembre de

expresamente en el artículo 1° al referirse a la finalidad de la ley: garantizar a los niños, a las niñas y a los adolescentes su pleno y armonioso desarrollo para que crezcan en el seno de la familia y de la comunidad...” y en el artículo 2 cuando expresa que el objeto de la ley es establecer normas sustantivas y procesales para la protección integral de los niños, las niñas y los adolescentes, garantizar el ejercicio de sus derechos y libertades consagrados en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, la Constitución Política y en las leyes. La preocupación del legislador, además de reconocer el carácter público que le es inherente, asigna su garantía y protección a la familia, la sociedad y el Estado.

Cabe aclarar que a pesar de que el Tercer acápite de la Sentencia SU-696 de 2015, se titula como “La relación filial como mecanismo de protección de derechos fundamentales. Reiteración de jurisprudencia” y de que el mismo habla de “la protección integral a la relación filial entre padres e hijos”, dicha sentencia no desarrolla en forma expresa el tema de la filiación en Colombia. Se remite a desarrollar los derechos del niño a tener una familia –familia diversa–; a su dignidad; a la personalidad jurídica y a la nacional, pero no hace referencia directa a la filiación al interior de la normatividad del país, de ahí la pertinencia de este artículo. Sin embargo, al acoger el derecho comparado y ordenar el registro a favor de ambos padres, se está remitiendo a la filiación voluntaria reconocida en la legislación de otros países.

La filiación por voluntad procreacional no está aún consagrada en la legislación colombiana<sup>14</sup>. Sin embargo, existen legislaciones, como la Argentina, que, según el nuevo Código Civil de 2015, consideran que el orden público no se altera por la filiación dada a un hijo dentro de una unión homoparental, tal como lo expresa Graciela Medina (2015) al siguiente tenor:

“ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación” y acepta que “en el caso de dos mujeres casadas entre sí donde una de ellas da a luz con el material genético de un

---

1994, Ponente Neira Medina- los intereses de los menores están fundados en principios de orden público, tomado de Acedo Penco (1996).

<sup>14</sup> La Sentencia en mención cambia directamente la forma de registrar el hijo de una pareja homoparental, pero en Colombia no existe aún una norma que respalde la filiación voluntaria que origine ese registro civil, tal como ocurre en otros países, como se señalará más adelante.

amigo de la pareja y sin intervención médica. El ordenamiento limita la multiparentalidad *otorgando la maternidad a la mujer que alumbró y la filiación matrimonial a su cónyuge*” (Resaltado propio, p. 6).

Las clases de filiación dadas en la ley colombiana, se clasifican en procreacional o de origen (parentesco de consanguinidad), adoptiva o dada por la ley (parentesco civil). Desde el 2015 cursa en el Congreso el Proyecto de Ley Lucia, N° 55, que regulará la filiación derivada de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA). Este proyecto establece que no habrá filiación entre el donante del gameto y el hijo nacido producto de las TRHA y regulará todo lo relativo a este nuevo tipo de filiación (Dado el consentimiento de los padres y la no filiación con el donante se da un parentesco legítimo o extramatrimonial). Se reitera, todavía no está en la ley regulado este tipo de parentesco. En este punto cabe señalar que en Colombia existen fallos tanto del Consejo de Estado como de la Corte Constitucional, que ya reconocían derechos a los miembros de una familia de crianza<sup>15</sup>, sin necesidad de adopción o de establecer previamente una filiación y esto aplica también a la pareja del mismo sexo, respecto de los hijos del otro.

### 3. FILIACION EN LOS MATRIMONIOS Y UNIONES DEL MISMO SEXO

Frente a este panorama, se pregunta si en el sistema de filiación actual, concebido por las fuentes vigentes, puede ser aplicado a hijos comunes de parejas del mismo sexo y matrimonios igualitarios. Cuestionan las autoras argentinas Aída Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera y Eleonora Lamm (2010): ¿Cómo queda determinada la maternidad/maternidad entre progenitores del mismo sexo que han contraído matrimonio y accedido a

<sup>15</sup> Sent. Consejo de Estado del 26 de marzo de 2008, M.P. Enrique Gil Botero “En efecto, la familia de crianza es una figura totalmente distinta a la adopción, pues esta última es una institución jurídica debidamente regulada por el derecho colombiano diferente a la familia de crianza haciendo referencia a que la familia aunque se haya iniciado como fenómeno biológico, como unidad reproductiva de los primates, mutó a ser una realidad o categoría social constituyendo una nueva familia en la que ha existido trato, afecto y asistencia mutua”. (Subrayado propio) Otras sentencias: Sent. Consejo de Estado, 6 de mayo de 2009, M.P. Martha Teresa Briceño de Valencia; Sent. C-577 del 2011; Sent. T-606 del 2013. Este tema será objeto de otro artículo dentro de la Línea de investigación –La nueva familia–.

la fertilidad asistida?, ¿Se aplica la presunción de paternidad prevista en el artículo 213 del C.C.?”, ¿Cómo se aplica la presunción en el caso de un matrimonio de mujeres si ha habido procreación natural con un varón ajeno a la relación?, y ¿Qué ocurre con las parejas del mismo sexo que optan por la reproducción asistida sin estar casadas?”.

Esas preguntas también son nuestro objeto de estudio, si: ¿podemos aplicar el actual sistema de filiación a los matrimonios y uniones de hecho igualitarios u homoparentales?, ¿Puede tenerse como padre en un matrimonio homosexual a la pareja quien o quienes no aportaron el material genético, los espermatozoides?, ¿Puede tenerse como madre o madre a la cónyuge de la mujer que dió a luz?, ¿Puede la cónyuge de la mujer que dió a luz reclamar la filiación de la hija de ésta?, ¿es posible en estos casos, la acción de impugnación?

A estas preguntas se debe responder en principio, que en Colombia, no se ha legislado sobre este tipo de filiación, que la presunción de paternidad, la dio la ley para parejas heterosexuales con un vínculo legal y hoy también para compañeros permanentes, pero partiendo de la cooperación sexual que origina la concepción natural y la fidelidad que se supone tiene la pareja; que conforme a esa realidad procreacional tanto el Código Civil como la Ley 1060 de 2006 se permiten las acciones de Impugnación y Reclamación de la paternidad o la maternidad, construidas sobre el principio de la *verdad biológica*, de ahí que la ley 721 de 2001, ordena que en todos los procesos de filiación se practique la prueba del ADN., para obtener la certeza de la paternidad y/o maternidad.

Está claro que las parejas del mismo sexo, no pueden tener hijos en común por procreación natural, como las parejas heterosexuales, es por ello, que de entrada podemos concluir que la filiación fijada por la ley para parejas heterosexuales, no es de aplicación en las parejas homoparentales. Entonces, en estas últimas clases de familias, cómo puede ocurrir la filiación?

Varios autores muestran la solución en el derecho comparado<sup>16</sup>. En el matrimonio homo-parental o de parejas del mismo sexo, los hijos, pueden ser tenidos en las siguientes circunstancias, como lo afirman las autoras argentinas Aída Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera y Eleonora Lamm (2010): 1.- Aplicación de TRHA, bajo la modalidad de técnica heteróloga

<sup>16</sup> Consultar especialmente a Alventosa del Río (2014) y Lamm (2012).

u homóloga, 2.- Mediante la adopción, 3.- La procreación natural con un tercero de otro sexo ajeno a la pareja, forma inusual, pero que puede llegar a ocurrir.

Con la utilización de las TRA, se incorpora a la filiación el elemento volitivo, tal como lo expresa Lamm (2012):

“Hoy, como consecuencia de la aparición de las TRA, lo biológico ya no comprende lo genético, ni lo genético comprende lo biológico. En otras palabras hoy el aporte puede ser exclusivamente genético. Entonces, si antes se distinguía entre biológico y voluntario, hoy se presentan tres criterios perfectamente diferenciados *lo genético, lo biológico y lo voluntario*. Ahora bien, como las TRA permiten que el aporte sea puramente genético, cuando se trata de filiación derivada de las TRA el aporte en general deja de ser biológico (como sucedía en la procreación natural). El embarazo de la mujer ya no se produce a través del coito, sino que se recurre a las TRA. De esta manera, como el embarazo ya no es consecuencia del acto sexual, su aporte será genético o volitivo –o los dos– pero no biológico], para comenzar a ser puramente genético. Entonces, mientras que en la filiación por naturaleza el conflicto es entre lo biológico y lo volitivo, en la filiación derivada de las TRA el conflicto es entre lo genético y lo volitivo. Ahora bien, lo biológico importa un plus respecto de lo genético; y como lo genético carece de ese plus adquiere más importancia y relevancia lo volitivo. En definitiva, el elemento volitivo adquiere importancia superlativa en la filiación derivada de las TRA, de modo que cuando en una misma persona no coinciden el elemento genético, el biológico y el volitivo, se debe dar preponderancia al último. Prevalece la paternidad consentida y querida, por sobre la genética.

Se está ante nuevas realidades que importan una “desbiologización y/o desgenetización de la filiación”, y en cuya virtud el concepto de filiación ganó nuevos contornos comenzándose a hablar de “parentalidad voluntaria” o “voluntad procreacional<sup>17</sup>” (pp. 80-81).

<sup>17</sup> “Lo expuesto demuestra que si durante años la lucha se dirigió al triunfo de la verdad biológica (recuérdese la derogación de la prohibición de investigar la paternidad que existía en el derecho español), hoy se ha dado una vuelta de página. Las TRA han provocado una nueva vuelta a la verdad voluntaria en la que la filiación ya no se determina por el elemento genético o biológico, sino por el volitivo. Si bien las TRA son utilizadas, en general, por aquellos que no quieren renunciar a tener un hijo “genéticamente propio”, no es el elemento genético el que determina la filiación, sino

Ese elemento volitivo en la filiación, en países como España<sup>18</sup>, es determinante en la filiación, “tratándose de matrimonios homosexuales compuestos por dos mujeres, en España, la LTRHA<sup>19</sup> en su art. 7.3 establece que la filiación de la otra mujer se determina a partir del consentimiento previamente prestado, y que permite determinar la maternidad con independencia del vínculo genético entre la mujer y el hijo” (Lamm, 2012, p. 84).

“Ahora bien, la prestación del consentimiento por la mujer cónyuge de la madre requiere un acto positivo que es diferente y más complejo que el que la ley exige al marido que quiere que quede determinada su paternidad respecto del nacido... la mujer que pretende que su maternidad quede determinada debe llevar a cabo una manifestación expresa previa al nacimiento ante el Encargado del Registro civil del domicilio conyugal...

Además, la LTRHA, sólo habla de “mujer casada”, por lo que sólo contempla la posibilidad de determinar la filiación sobre la base del consentimiento para el supuesto de parejas casadas. ... lo que funda la filiación jurídica no es la capacidad reproductiva (el elemento biológico) sino la voluntad (el elemento volitivo). Las TRA nos obligan a asumir un sistema de filiación fundado en la voluntad respecto de la mujer o el hombre que, independientemente del aporte de material genético, consiente las TRA de la mujer que concibe y da a luz.” (Lamm, 2012, 84-85).

También existen doctrinantes en España que no consideran que la voluntad procreacional pueda generar la filiación, tal como lo expresa Durán Rivacoba (2007):

“la ley 3/2007, del 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, ha procedido, extramuros de su coordenadas legales y objeto, a la reforma del art. 7º de la ley 14/2006, del 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (en adelante, LTRA). Introduce un novedoso número 3, a cuyo tenor, “cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su

---

el volitivo. Conforme se verá luego, se trata de una filiación que se determina sobre la base del consentimiento previamente prestado...”.

<sup>18</sup> Con la Ley 13 de 2005, en España se reconoce el matrimonio homosexual.

<sup>19</sup> Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido”. ... Incluso en el soporte lingüístico queda en evidencia el entramado normativo que se aparea para reconocer algún forzado atisbo de filiación en el seno de los matrimonios homosexuales. Se denominan progenitores en estos casos incluso por su reflejo como “Progenitor A” y “Progenitor B” dentro del Registro Civil en subrogación del imprescindible “Padre” y “Madre” que dicta la naturaleza. Sin embargo, atendiendo a la exactitud de los términos, ni tan siquiera cuando se quiera conceder el status de padre o madre, según la imagen de matrimonios masculinos o femeninos, serán progenitores...”.

La profesora Esther Farnós Amorós, que hace un estudio serio sobre algunos fallos en España relacionados con la filiación derivada de las TRHA, también señala que “los tribunales ofrecen soluciones casuísticas que comprometen seriamente la seguridad jurídica en una materia de suma importancia en el Derecho de familia. Frente a ello, y para proteger mejor el interés del menor<sup>20</sup>, se impone la necesidad de separar entre filiación biológica y jurídica, no sin admitir que la primera todavía puede jugar un papel” (Farnós, 2015, 27).

La Ley canadiense, presume la maternidad del cónyuge de una mujer que se hizo inseminar de manera anónima, cuando está casada o convive en unión marital. Y el reconocimiento se establece por el registro civil de nacimiento en el que se registran el nombre de la mujer que dio a luz junto con el de su cónyuge femenino. En el Reino Unido, se dispone que si al tiempo de la implantación del embrión fecundado, o del esperma y óvulos, o de su fertilización asistida, la mujer convive con otra, la pareja, es considerada como progenitora del niño, a menos que demuestre que no consintió el procedimiento de fertilidad a su pareja. En Bélgica, se dispone, cuando el marido consiente la inseminación artificial o cualquier acto de procreación, no tiene acción de impugnación. En E.U., estado de California, dos mujeres convivían y decidieron ambas tener hijos, con el compromiso

---

<sup>20</sup> Nótese que incluso en España donde ya existe la legislación que regula la voluntad procreacional derivada de las TRHA, surgen fallos del Tribunal Supremo que extienden su aplicación incluso a “la posesión del estado” (Art. 113 C.C.E.), que aun cuando se funden en el interés superior del niño, generan inseguridad jurídica. Las Sentencias analizadas por la autora son la del 5 de diciembre de 2013 (RJ 7566) y la de 15 de enero de 2014 (RJ 1265), (Farnós, 2015, 27).

que eran hijos de la pareja. (Kemelmajer de Carlucci, Herrera y Lamm, 2010; Gil, Famá, Herrera, 2010)<sup>21</sup>.

#### 4. LA VOLUNTAD PROCREACIONAL Y ACCIONES PROPIAS DE LA FILIACION EN LOS MATRIMONIOS Y UNIONES DEL MISMO SEXO

En el caso de la maternidad subrogada, la doctrina al respecto ha dicho que, parece razonable suponer que debe primar la voluntad procreacional como elemento determinante, por sobre la realidad gestacional y/o genética, porque de este modo se ponderan los derechos de quien ha querido tener al niño y asumir la función parental, en este caso a favor de la pareja del mismo sexo que no puede procrear naturalmente. O sea, quedará determinada la paternidad de la pareja que expresó su voluntad procreacional (Lamm, 2012).

Señala el mismo autor que entre las parejas del mismo sexo, es posible considerar la presunción, bajo el concepto de “*voluntad procreacional*”, “*se presumen hijos de la cónyuge de la madre biológica aquellos nacidos durante el matrimonio, pues es razonable que tales niños hayan sido deseados y buscados por ambas mujeres*” (art. 566 C. Civil argentino). En definitiva, parece considerar que la presunción sentada ... resulta extensible a los matrimonios de sexo femenino y en consecuencia determina de pleno derecho la comaternidad de la cónyuge de la mujer que dio a luz al niño durante el matrimonio y dentro de los plazos que la norma establece, quien será llamada también madre del hijo (art. 538.3 del Código Civil de Quebec, igualmente, Pastor, 2012).

Cabe precisar que la voluntad procreacional se debe diferenciar del reconocimiento voluntario del hijo extramatrimonial consagrado en la Ley 75 de 1968, pues este se predica de los padres biológicos exclusivamente e incluye la aceptación del mismo.

En cuanto a las Acciones propias de la filiación en el caso de matrimonios y uniones que nos ocupa, es preciso diferenciar la natural o por consanguinidad

---

<sup>21</sup> La Sentencia objeto de estudio, contiene un acápite sobre La Protección en el Derecho Comparado del derecho de los menores de edad a tener una familia bajo el principio de familia diversa y allí además del caso de España, EEUU y Argentina, ya explicados, señala lo legislado al respecto por Sudafrica, y el Reino Unido.

y legal o por adopción, que se derivan de hechos diferentes. La primera incluye la concepción y el parto del hijo por parte de sus padres biológicos, la segunda se deriva de la ley. Dada su distinta naturaleza es lógico que en el caso de la adopción, el artículo 65 del Código de la Infancia y la Adolescencia, prohíba ejercer las acciones para establecer la filiación por consanguinidad, porque sabido es que dichas acciones por buscar la verdad biológica de los padres se predicen únicamente de la filiación derivada del parentesco de consanguinidad, por lo que desde ya se puede decir que dichas acciones tampoco se pueden dirigir contra la filiación derivada de la “voluntad procreacional”, cuyo origen tenga que ver con TRHA, donde por regla general el donante del material genético renuncia a su paternidad/maternidad.

Pero esto no sería del todo claro, en el caso de que una mujer tenga una relación sexual con un hombre (verdadero padre biológico) y después proceda su compañera a hacer el registro de nacimiento del mismo, haciendo uso de la voluntad procreacional, así tuvieran un vínculo legal llámese matrimonio o unión marital, pues en la normatividad vigente en Colombia, el artículo 5° de la ley 1060 de 2006 y el artículo 406 del Código Civil, permiten a los progenitores reales iniciar la acción incluso contra el presunto padre, esposo de mujer casada y lo puede hacer además en cualquier tiempo.

En relación a las TRHA, en España por ejemplo, si el esposo o compañero han dado su consentimiento para llevar a cabo la fecundación, así la TRHA, sea heteróloga, es decir, con participación de un tercero que aporta material genético, no procede la impugnación por parte del esposo, por lo que se dice que se mantiene la presunción de paternidad. Así es que la Ley 14 del 2006, art. 6, en España establece “Si la mujer estuviere casada, se precisará, además, el consentimiento de su marido, a menos que estuvieren separados legalmente o de hecho, y así conste de manera fehaciente...<sup>22</sup>”.

Esto se aplica también a las parejas del mismo sexo (Ley 3 del 15 de marzo de 2007), porque allí opera la filiación por voluntad procreacional. Se precisa que la misma ley expresa que dicho consentimiento debe ser

---

<sup>22</sup> La Ley 14 de España de 2006 en su art. 8.1, precisa: “Ni la mujer progenitora ni el marido, cuando hayan prestado su consentimiento formal, previo y expreso a determinada fecundación *con contribución de donante o donantes*, podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido como consecuencia de tal fecundación”.

informado, respecto de las connotaciones legales o efectos que produce el parentesco y la filiación, y debe estar exento de vicios, conforme a cualquier manifestación de voluntad que se exprese en el ámbito legal, será irrevocable y se debe expresar según las formalidades dadas en la ley.

Al Consentimiento, así se separe luego la pareja, entre en el período de gestación y el nacimiento del hijo, se aplicará la presunción, tal como lo contempla la ley argentina: “se presumen hijos del marido aquellos, nacidos hasta los 300 días posteriores a la disolución, anulación o la separación personal o de hecho de los esposos” (art. 243 del C.C) (Gil, Famá, Herrera, 2010).

Lógicamente si la pareja no da el consentimiento, procederán las acciones de Impugnación, pues este tipo de filiación se basa en el mismo.

Entonces, “Bajo la égida (protección, tutela sostén) de la “voluntad procreacional”, expresado por los cónyuges en los matrimonios y uniones homoparentales, esto es, el querer tener un hijo en común, ser padres y asumir la función y roles de padres, dado de manera solemne y ante la autoridad que señale la ley, es viable la aplicación de las presunciones de paternidad y co-maternidad, señaladas en el Código para los matrimonios y uniones maritales de hecho heterosexuales” (Gil, Famá, Herrera, 2010).

En Colombia en la Sentencia de casación civil fechada en 28 de febrero 2013, con ponencia del Magistrado Arturo Solarte Rodríguez, en relación a las TRHA, precisó:

“Por otra parte, en el derecho comparado, de manera general, la realización de un tratamiento de fecundación artificial a una mujer casada está precedido de la obtención del consentimiento de su marido, manifestación que, por una parte, es el fundamento de una relación de filiación entre hijo así concebido y el esposo de quien es su madre, lo que en el derecho nacional reforzaría la presunción establecida en el artículo 213 del Código Civil, modificado por el artículo 1 de la Ley 1060 de 2006, y podría ser extendido al compañero permanente en los casos de unión marital de hecho, y, por otra, impide que aquel posteriormente pueda entablar acción de impugnación de la paternidad así determinada, pues se considera que quien así actúa contradice los parámetros de la buena fe objetiva al comportarse en forma incoherente con sus precedentes determinaciones, restricción con la cual, además, se protegen de mejor manera los intereses del menor y de la familia. Por el contrario, si el marido no brindó su consentimiento al procedimiento

de fertilización realizado con material genético de un tercero donante, se estima que le asiste el derecho de impugnar la paternidad derivada de la presunción que arriba se hizo referencia”.

Al lado de la teoría de la voluntad procreacional y acciones propias de la filiación en el tema de las uniones homoparentales, es preciso retomar lo que algunos doctrinantes al justificar la no impugnación de esta filiación, reconocen como un argumento más que lo respalda, la teoría de los actos propios (Méndez, 1987), dada la utilidad que brindan al juez al conocer de casos cada vez más frecuentes y con un orden jurídico en construcción, por lo que se pasa a explicar el tema.

## 5. LA TEORÍA DE LOS ACTOS PROPIOS

En efecto, el uso de la teoría de los actos propios relacionada en el derecho colombiano con la regla del *venire contra factum proprium non valet*, permite tener al interprete jurídico una herramienta de análisis de los negocios jurídicos para proteger la coherencia en el comportamiento de las partes al interior de sus negocios, en donde la interpretación entendida como “la operación que busca el significado jurídicamente relevante del acuerdo contractual. En este sentido, la constatación de la voluntad traducida en el acuerdo, y no la voluntad de cada contratante, es lo que hace que la interpretación sea objetiva y refleje la expresión socialmente relevante del acuerdo de las partes” (Bernal Fandiño, 2010, 355).

Igualmente, se debe tener en cuenta que el juez debe trazar límites a las partes, para lograr un equilibrio entre la libertad, la seguridad y la coherencia contractual, lo cual trae divergencias de naturaleza conceptual como son, por ejemplo, si la imposición a un contratante de un deber de no contradecirse en detrimento de otro es necesario para la vida social y que redunde en una estabilidad jurídica y moral, al igual que, por otra parte, se considere, contraproducente la existencia de una norma restrictiva que limite las iniciativas de la libertad individual y actúe siguiendo un interés propio a veces cambiante (Bernal Fandiño, 2010).

Enneccerus citado por Bernal Fandiño (2010) explica que: “a nadie le es lícito hacer valer un derecho en contradicción con su anterior conducta, cuando esta conducta, interpretada objetivamente según la ley, según las buenas costumbres o la buena fe, justifica la conclusión de que no se hará

valer el derecho, o cuando el ejercicio posterior choque contra la ley, las buenas costumbres o la buena fe”, lo cual no obsta para confundir el deber de no contradicción con la doctrina sustantiva de los efectos del consentimiento, ya que como lo define el derecho civil patrio, una parte en un contrato no puede retirarse unilateralmente, ya que de hacerlo sería una consecuencia del contrato y no de la doctrina de los actos propios (C.C., art. 1602)<sup>23</sup>.

Ahora bien, la doctrina de los actos propios debe ser entendida en el marco del principio de la buena fe contractual, que es comprendido como “[la] fidelidad a la palabra dada, y no defraudar la confianza, indispensable para las relaciones humanas” (Larenz, citado por Bernal Fandiño, 2010), y que a su vez doctrinalmente ha tenido una clasificación en buena fe subjetiva, que es “la condición de un sujeto en una situación jurídica dada, con referencia al conocimiento que tenga de las circunstancias generales de la misma” cambiante (Bernal Fandiño, 2010), y la buena fe objetiva que es “una regla de conducta, un comportamiento recto y honrado que debe manifestarse en las diferentes fases del tráfico negocial” cambiante (Bernal Fandiño, 2010). En otras palabras, el principio de la buena fe no está como contenido preestablecido, por el contrario, es una norma de solidaridad contractual en la que se observan dos aspectos: i) la salvaguarda que protege el interés de la contraparte y ii) la lealtad.

#### Requisitos:

1. Una conducta jurídicamente anterior, relevante y eficaz dentro de una relación jurídica que suscite la confianza de un tercero. (Bernal, 2010, 261).
2. El ejercicio de una facultad o de un derecho subjetivo por la misma persona o centros de interés que crea la situación litigiosa, debido a la contradicción –atentatoria de la buena fe– existente entre ambas conductas.
3. La identidad del sujeto o centros de interés que se vinculan en ambas conductas, lo cual no obsta para su aplicación en situaciones con identidad de sujetos, escenarios similares, pero en relaciones distintas, que en palabras de la C. Constitucional es de noble importancia “la identidad del sujeto”,

---

<sup>23</sup> Se aplica la teoría general de los vicios del consentimiento y las acciones respectivas. Artículo 1602 del Código Civil. LOS CONTRATOS SON LEY PARA LAS PARTES. Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.

4. Referente a casos de representación y sucesión, en relación con el primero, los actos del representante se imputan al representado, de manera que éste, en principio, no puede contradecir los actos realizados por aquél, pues se está afectando un mismo interés. En materia de sucesiones, a nadie le es lícito desconocer la eficacia de los actos realizados por su causante” (Bernal Fandiño, 2010).

En relación con los límites que tiene la doctrina de los actos propios se tienen:

1. Los casos en los cuales la ley misma permite volver sobre las conductas, por ejemplo, i) el caso de la oferta que puede ser retractada antes de su aceptación, ii) las circunstancias de la figura de la imprevisión, iii) la revocabilidad del mandato, iv) el pacto de arras para anticipar la posibilidad del retracto, v) el cambio del testamento, y vi) la renuncia a la herencia.
2. En las nulidades, es el juez quien determina si se presenta abuso o no al alegar la nulidad por un acto viciado, o en el caso de que, celebrado un acto nulo o viciado, con la conducta se ratifica el mismo y después se pide la nulidad, en estos casos, la doctrina no aplica para los actos que adolezcan de nulidad absoluta, por tanto, insubsanables.
3. Es una regla de aplicación residual, pues no se utiliza en los casos en que el ordenamiento determina una solución expresa para la contradicción a través de figuras especiales. (Bernal, 2010, 265-266).

## CONCLUSIONES

El carácter cambiante del Derecho a la par de las transformaciones que la sociedad experimenta, explican en parte la importancia y actualidad del tema que se abordó en este escrito. La cada vez más próxima interrelación entre el Derecho interno y el Derecho internacional ha puesto a los distintos países a asumir el reto de ajustar la normatividad nacional a los delineamientos de la Constitución del 91 y de los tratados y convenios internacionales en materia de derechos y garantías como lo establece el artículo 94 de la Constitución Política del 91. Es así que instituciones como la familia, el matrimonio, la filiación y muchos otros, se convierten en temas de debate público y de interpretación por la jurisdicción constitucional que ha asumido la tarea de interpretar y fijar el alcance de los principios, valores y derechos constitucionales frente a casos particulares, como resultado de la revisión de sentencias de tutela tal como lo refleja el fallo bajo el cual se enmarca este escrito.

Los derechos demandados por las parejas del mismo sexo, y reconocidos por vía jurisprudencial, han modificado gran parte del ordenamiento de derecho de familia. En los referidos fallos, la Corte Constitucional ha aplicado principios y teorías que si bien respaldan los derechos fundamentales de las personas que conforman las uniones homoparentales, en ocasiones generan cuestionamientos sobre su aplicabilidad en el ordenamiento colombiano. Tal es el caso de la filiación de los hijos en parejas del mismo sexo, a las que en desarrollo de la teoría de la voluntad procreacional, se les ha permitido registrar los hijos como de padre y padre o de madre y madre, todo lo cual modifica las clases de parentesco y filiación consagrados en nuestro ordenamiento jurídico.

Cabe en un primer momento, pensar si sus decisiones incurrirían en el desconocimiento del orden público constitucional que protege los derechos de los menores de edad, toda vez que su reglamentación es de tipo preferencial o especial; más aún cuando la filiación, como el nombre y el estado civil de la personal pertenecen a los Derechos comprendidos dentro del Derecho a la identidad. Si bien es cierto, las parejas del mismo sexo tienen derecho a tener una familia, el menor de edad tiene un derecho privilegiado a conocer, en caso de saberse, quienes son sus padres biológicos. Sin embargo, dado que en desarrollo de las TRHA, no siempre se conoce el donante del material genético, diferentes legislaciones, que han incorporado el reconocimiento de la filiación derivada de estas técnicas, han creado la teoría de la “voluntad procreacional”, para que en desconocimiento del padre biológico, se dé el consentimiento generador del vínculo filial, otros doctrinantes han asimilado dicha voluntad a la teoría de los actos propios, generadores de efectos conforme a la ley.

De otra parte, puede reconocerse que la Corte Constitucional, respondiendo a los pilares del nuevo constitucionalismo, está superando la visión legalista de los derechos, para hacer una interpretación sistemática dado que ya tienen un rango constitucional, como se observa a lo largo de la sentencia de unificación ya comentado que decidió sobre el registro de los hijos de parejas del mismo sexo. Sin embargo, algunos doctrinantes y juristas, consideran que dichos cambios debería hacerlos el legislador por la inseguridad jurídica que se genera, pues respondiendo a casos particulares, está modificando el orden jurídico interno.

El debate queda abierto, pues en una y otra posición hay argumentos constitucionales, jurídicos, sociales y culturales, que no pueden pasarse por alto en el momento de buscar la solución de los problemas que las nuevas relaciones de familia generan.

## REFERENCIAS

### DOCTRINA

- Acedo Penco, A. (1996). El orden público actual como límite a la autonomía de la voluntad en la doctrina y la jurisprudencia. En *Anuario de la Facultad de Derecho*, N° 14-15, 1996-1997, págs. 323-392. Disponible en [<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=119367>]
- Aguirre, D. & Ascencio, P. (2011). *El proceso de investigación de la paternidad a favor de los menores de edad, en el distrito judicial de Manizales desde el año 2008 hasta el año 2010*. Trabajo de Grado especialización en derecho de familia, Universidad Libre sede Pereira. Disponible en [<http://repositorio.unilibrepereira.edu.co:8080/pereira/bitstream/handle/123456789/315/ELPROC~1.PDF?sequence=1>]
- Alventosa del Río, J. (2014). Doble maternidad. Reclamación de filiación matrimonial por posesión de estado. Maternidad biológica y maternidad por ficción legal: concurrencia y simultaneidad. Comentario a la STS740/2013, de 5 diciembre (RJ 2013, 7566). *Rev. boliv. de derecho* n° 18, julio 2014, ISSN: 2070-8157, pp. 378-399. Disponible en [<http://www.scielo.org.bo/pdf/rbd/n18/n18a19.pdf>]
- Barber, Carcamo, R. (2010). Reproducción asistida y determinación de la filiación. *REDUR* 8, diciembre 2010, pp. 25-37. Disponible en [<http://www.unirioja.es/dptos/dd/redur/numero8/barber.pdf>]
- Bernal Fandiño, M. (2010). La doctrina de los actos propios y la interpretación del contrato. *Vniversitas*. Bogotá (Colombia) N° 120: 253-270, enero-junio de 2010. Disponible en [<http://www.scielo.org.co/pdf/vniv/n120/n120a11.pdf>]
- De Coulanges, F. (1979). *La Ciudad Antigua*. Barcelona: Imprenta Juvenil.
- Díaz de Guijarro, E. (s.f.). La voluntad y la responsabilidad procreacionales como fundamento de la determinación jurídica de la filiación. En: *JA* 1965-III-21.
- Díez-Picazo, L. (1984). *Familia y Derecho*, Madrid: Ed Civitas.
- Durán, Rivacoba, R. (2007). Matrimonio homosexual y filiación: consecuencias del error español. En: *El Derecho. Diario de doctrina y jurisprudencia*, Buenos Aires, 12 de junio de 2007. Disponible en [<http://www.uca.edu.ar/uca/common/grupo57/files/durancivil8.rtf>].
- Elgueta Rosas, M. F. & otro. (s.f.). *La Investigación en Ciencias Sociales y Jurídicas*, Ediciones ORION Colección Juristas Chilenos

- Farnós, E. (2015). La filiación derivada de reproducción asistida: voluntad y biología. En *Anuario de derecho civil*, Vol. 68, N° 1, 2015. Disponible en [[https://www.boe.es/publicaciones/anuarios\\_derecho/abrir\\_pdf.php?id=ANU-C-2015-10000500061\\_ANUARIO\\_DE\\_DERECHO\\_CIVIL\\_La\\_filiaci%F3n\\_derivada\\_de\\_reproducci%F3n\\_asistida:\\_voluntad\\_y\\_biolog%Eda](https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2015-10000500061_ANUARIO_DE_DERECHO_CIVIL_La_filiaci%F3n_derivada_de_reproducci%F3n_asistida:_voluntad_y_biolog%Eda)]
- Gil, A., Fama, M. & Herrera, M. (2010). *“Matrimonio igualitario y derecho constitucional de familia”*. Buenos Aires: Ediar.
- Hernández Sampieri, Roberto. (1992). *Metodología de la Investigación*, México.
- Kelsen, K. (1985). *Teoría pura del derecho introducción a la ciencia del derecho*. Buenos Aires: Universitaria.
- Kemelmajer de Carlucci, A., Herrera, A., & Lamm, E. (2010). *“Filiación y homoparentalidad. Luces y sombras de un debate incómodo y actual”*, documento electrónico. Disponible en: [<ftp://ftp.justiciachaco.gov.ar/biblioteca/MATRIMONIO%20CIVIL/LEY%2026618/DOCTRINA/KEMELMAJER%20DE%20CARLUCCI%20-%20Filiaci%F3n%20y%20homoparentalidad.doc>]
- Lamm, E. (2012). La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida. *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 24, enero 2012, pp. 76-91. Disponible en [[http://www.ub.edu/fildt/revista/pdf/RByD24\\_Master.pdf](http://www.ub.edu/fildt/revista/pdf/RByD24_Master.pdf)]
- Loyarte, D. & Rotonda, A. (1995). *Procreación humana artificial: un desafío bioético*. Buenos Aires: Ediciones Depalma.
- Medina, G. (2015). Orden público y derecho de familia. En *La Ley*, 212. 10 de noviembre de 2015. Disponible en [<http://www.graciamedina.com/assets/Uploads/Medina-Orden-publico-en-el-derecho-de-familia.pdf>]
- Méndez, M. J. (1987). Prologo. En: Borda, A. *La teoría de los actos propios*. Buenos Aires: Abelardo-Perrot.
- Méndez, M. J. (1986). *La filiación*. Santa fe: Rubinzal y Culzonu Editores.
- Moreno, V. & Novoa, M.E. (2016). *El libre albedrío en Tomás de Aquino y el derecho al libre desarrollo de la personalidad en la Constitución del 91*. Bogotá: Universidad de San Buenaventura
- Pastor, A. (2012). La homoparentalidad en el proyecto de reforma del Código Civil. En: *Prudentia Iuris* N° 74. Disponible en [<http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/homoparentalidad-proyecto-reforma-codigo.pdf>]
- Quiroz, A. (2015). *Manual Civil general: sujeto de derecho*. Tomo I. Bogotá: Doctrina y Ley.
- Ruiz, C. (2009). *La determinación de la filiación del nacido en España de progenitor marroquí*. Universidad de Granada. Disponible en [[http://diphd.ugr.es/pages/derecho\\_internacional\\_privado/profesorado/ruizsuti\\_docs/tesisdetermde Lafiliacionpdfnum1/](http://diphd.ugr.es/pages/derecho_internacional_privado/profesorado/ruizsuti_docs/tesisdetermde Lafiliacionpdfnum1/)]
- Serrano Quintero, L.A. (2007). “La filiación y sus acciones en la ley 1060 de 2006”. *Revista virtual via inveniendi et iudicandi “camino del hallazgo y del juicio”* Núm., 4, 2007. Disponible en [<http://numanterioresviei.usta.edu.co/articulos/edi4/filiacion-ley-1060.pdf>]
- Zannoni, E. (1981). *Derecho de Familia*. Tomos I y II. Buenos Aires: Editorial Astrea.

## JURISPRUDENCIA

Corte Constitucional, Sala de Revisión. T-968 de 2009.

Corte Constitucional, Sentencia de constitucionalidad, C-577 de 2011.

Corte Constitucional, Sentencia de Revisión. T-196 de 2016.

Corte Constitucional, Sentencia SU-696 de 2015.

Corte Constitucional, Sentencia T -191 de 1995.

Corte Constitucional, Sentencia T-673 de 2013.

Corte Constitucional, Sentencia T-963 de 2001.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación civil, sentencia de 28 de febrero de 2013.

M.P. Arturo Solarte, radicado: 11001-3110-002-2006-00537-01.

# LA LIBRE OPCIÓN SEXUAL COMO DERECHO EN COLOMBIA<sup>1</sup>

LINDSAY SIDNEY MOLINA VARGAS<sup>2</sup>  
JUAN CARLOS ARIAS DUQUE<sup>3</sup>  
RODOLFO TORREGROSA JIMÉNEZ<sup>4</sup>

## INTRODUCCIÓN

El Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos reconoce a la rebelión como un supremo recurso contra la tiranía y la opresión, esto es, consagra algo a lo que llama supremo recurso –más que derecho podría entenderse– para luchar contra el orden social; pero, paradójicamente, ni ese documento, ni ningún otro, otorga a personas como

---

<sup>1</sup> Este es un capítulo de libro, producto de la investigación: “la libre opción sexual como derecho en Colombia” realizada en el marco del grupo socio-humanística y derecho de la línea de justicia transicional adscrito al Centro de Investigaciones – Francisco de Vitoria– de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás.

<sup>2</sup> Abogada de la Universidad Santo Tomás, Especialista en Derecho de Familia de la Universidad Javeriana, Magister en Derechos Humanos, Estado de Derecho y Democracia en Iberoamérica, en la Universidad de Alcalá de Henares. Defensora Pública en el área civil familia en Bogotá y docente de la Universidad Santo Tomás. Correo electrónico: linmolin5@yahoo.com

<sup>3</sup> Abogado magíster en derecho procesal; especialista en derecho penal, docencia universitaria, en derechos humanos; ex magistrado auxiliar de la Sala de Casación Penal –Justicia y Paz– de la Corte Suprema de Justicia; Coordinador de la Barra de Defensores de Infancia y Adolescencia de la Defensoría del Pueblo; Consultor en temas de Justicia Transicional; Columnista; docente investigador y Coordinador del Módulo Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás. Correo electrónico: juancarlosarias5@yahoo.com - juanariasd@usantotomas.edu.co

<sup>4</sup> Doctor en Sociología Jurídica por la Universidad Externado de Colombia. Docente e Investigador de la Corporación Universitaria Republicana. Integrante del Grupo de Investigación de Derecho Publico de la citada Academia. Correo Electrónico: rolftor49@hotmail.com

la población inconforme con su propia interioridad, como a la LGBTI, mayores opciones para rebelarse contra ello y pedir la protección contra la tiranía y opresión que sufren, no por efectos del sistema político sino, peor aún, de la naturaleza.

Así, este artículo inicia con el planteamiento del problema y continúa con su contextualización en el discurso clásico de los derechos humanos para después pasar al análisis del derecho a la libre opción sexual desde el contexto político y jurídico, y finalmente enfrentar las implicaciones precisas en el derecho del avance de dicha libertad.

El derecho de la población conformada por las Lesbianas, Gays, Bisexuales, Transexuales e intersexuados (en adelante LGBTI), como cualquier comunidad marginada, lucha, tanto por un reconocimiento a nivel social, esto es, por la aceptación de la mayoría que los percibe diferentes y que por tanto no los tolera, ni a ellos ni a las consecuencias de su libertad de decisión; así como la protección jurídica de los derechos que están implicados en aquella decisión de ser diferentes.

Porque a diferencia de los negros, de los pobres, de los desempleados, de los enfermos, de los débiles y de los desamparados –para solo mencionar las formas más notorias de desprotección– cuya causa de marginación está en el orden social y la forma como los trata, esto es, no depende de ellos; la exclusión que padece la población LGBTI se origina en su propia decisión libre de enfrentar aquello que no les gusta de sí mismos, esto es, surge de un conflicto con ellos mismos, expresado gracias a su libre decisión, lo que añade un ingrediente más de dificultad a su lucha, dado que su debate se libra nada menos que contra su propia naturaleza.

Pues bien, eso hace que un tema que ha sido abordado generalmente con el morbo que produce la noticia, que vende la pauta publicitaria, que se relaciona generalmente con escándalos y con excesos, libertinaje, enfermedades, asco, orgías y fornicación, merezca la atención científica que se dispensa a otras marginaciones, porque la lucha de esta comunidad, como se puede apreciar, es más dura y difícil que la de los demás marginados, porque la lucha que se inicia entre ellos mismos, continúa por convencer a la sociedad de que, en tanto seres humanos, merecen consideración y respeto, y en tanto diversos, tolerancia; terrenos en que no tienen que luchar los demás excluidos.

## PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

¿Es la Libre opción sexual un derecho fundamental colombiano?

Dentro del campo del análisis del derecho siempre ha existido la discusión en torno del momento de su aparición, esto es, si son los hechos los que moldean el derecho o viceversa. Todo parece indicar que primero van los acontecimientos, los hechos, los episodios sociales y es precisamente el proceso de socialización el que va generando el derecho en la necesidad de regularlos. Así será primero el hecho y después el derecho como lo proponía Bobbio en su Teoría de la norma jurídica.

Por eso se ha planteado que a la hora de la taxonomía de los derechos siempre surge la pregunta de cuántos son, de si son los que están o si hacen falta y si hay derechos que dejan de serlo y otros que surgen, algo así como si hay prerrogativas que surgen y otras que se apagan.

Justamente dentro de ese contexto de la temporalidad de los derechos –a la que se refirió Kelsen–, cada vez que la sociedad modifica la perspectiva en que percibe determinados hechos, cada que el avance de la tecnología amplía el mundo de la libertad y de la necesidad de extender sus límites, cada que se realizan conquistas políticas, parece que van surgiendo nuevos derechos pero además nuevas expresiones o dimensiones de los que ya existen.

En los plexos normativos generales de alcance supranacional de derechos humanos a partir de la Declaración Universal de 1948 se incluye la protección de cualquier forma de discriminación por razón de sexo, edad, religión, raza o condición económica<sup>5</sup>, pero solo muy recientemente se comienzan a discutir o cuestionar los reales alcances de la libre opción sexual, que de acuerdo precisamente a su clasificación podría ubicarse como uno de los derechos de libertad, de construcción milenaria, pero que solo ahora exige su espacio específico a partir de las nuevas concepciones de familia.

Por tanto, hay que comenzar por advertir que el libre desarrollo de la libre opción sexual tiene una doble dimensión problemática en tanto que, como los derechos de libertad se identifican con el no hacer del Estado, esto es, que se permita su ejercicio sin ser interferido, esta modalidad de libertad

---

<sup>5</sup> Véase la Declaración Universal de los Derechos Humanos (10 de diciembre de 1948) Artículos 1 y 2. Recuperado el 18 de agosto de 2015, del sitio web de la Naciones Unidas (ONU) <http://www.un.org/es/documents/udhr/>

va unida a la obligación que tiene la organización política de protegerla frente a la colectividad que la rechaza; y como si fuera poco, también de permitirle la realización de los efectos que su naturaleza reclama tales como la paternidad o maternidad surgida de esa nueva opción sexual, del estado civil, de las consecuencias de tipo patrimonial, de sucesión por causa de muerte, de los efectos de la condición laboral de uno de los concernidos en la relación homosexual, etcétera.

La cultura como expresión de la socialización de la comunidad también va abriendo y cerrando espacios para esos nuevos derechos. Precisamente por ello, a partir del proceso de la secularización surgido en la modernidad, el hombre occidental comenzó a liberarse de los yugos propios del cristianismo impositivo y penitente y el influjo del positivismo lo llevó a superar las explicaciones originadas en el bien y en el mal y eso le permitió ser más libre que antes, al punto que el concepto de familia comenzó a recorrer un nuevo camino, los derechos de la mujer y de los niños empezaron a diferenciarse y tomar formas y más recientemente inició la conformación al derecho a la libre opción sexual con independencia de prejuicios religiosos y de conceptos pecaminosos asociados a la divergencia con la heterosexualidad (Berger, P & Luckmann, T., 2008).

## 1. LIBERTAD DE LA OPCIÓN SEXUAL

La Constitución Política colombiana en su artículo 13 señala que *“Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, opinión política o filosófica.”* (Constitución Política de Colombia, 1991).

Dicho precepto nos propone un primer cuestionamiento, relacionado con su alcance, esto es, si marca el derrotero para que cualquier ciudadano colombiano pueda defender constitucionalmente el derecho que tiene a elegir libremente su opción sexual sobre la cual orientará su vida, o si su contenido se limita a proteger a los grupos cuya marginación surge de su marca genital, esto es, asociado a su feminidad o virilidad anatómica, toda vez que en muchas partes del mundo, aún de nuestro país, a las mujeres se les vincula con cierto grado de minusvalía y se les confina a los quehaceres domésticos y a la satisfacción sexual de otros.

La discriminación por sexo, de acuerdo con el momento en que se inicia su condena, en principio, parece tener una relación directa con la condición femenina, esto es, que los derechos han estado reservados al hombre toda vez que a la mujer se le ha asociado históricamente como su apéndice, como salida de su costilla, de acuerdo con el mito edénico de la tradición judeocristiana, en el cual la hembra está subyugada a él, al punto que está obligada a seguirlo a todas partes y a ser otra de sus hijas, como se entendió en el marco del derecho romano de corte individualista que permeó nuestras instituciones jurídicas en las que se sustenta el derecho de la actualidad.

De hecho, para efectos de credibilidad, desde los albores de la historia de la civilización, el juramento del varón, que soportaba la fuerza de la tribu, se hacía con la mano derecha en sus testículos, de suerte que sólo tendría validez en tanto la fuerza que respalda su virilidad y en ella comprometía la verdad de su dicho. Basta recordar que en la Carta Magna de Juan Sin Tierra, producida en el año 1215, su artículo 54, advertía que: *“Nadie será arrestado o encarcelado en virtud de demanda de una mujer, por la muerte de cualquier otro hombre que no sea su marido”*.

Pues bien, el precepto constitucional comentado nos enfrenta con el alcance del derecho a la libertad, que va íntimamente asociado al de la igualdad de tratamiento normativo, esto es, a que todas las libertades sean tratadas de la misma manera por parte de la ley, y como únicos límites el derecho del otro; lo cual encuentra enormes obstáculos al tratarse de uno como el de la libre opción sexual, lo cual será materia de reflexión en líneas posteriores.

Pero hasta qué punto podemos hablar de libertad de opción sexual si solamente cuenta el ciudadano con el estrecho postulado constitucional y carece de las herramientas para ejercer y hacer valedera dicha prerrogativa. O, para preguntarlo más claramente: ¿Se ha dotado al marco jurídico para que en Colombia sean admisibles “las más diversas formas de la vida humana”? (Corte Constitucional, 2000).

A efectos de ir colocándonos en perspectiva conviene preguntarse por el contenido de la libre opción sexual. ¿Qué son los derechos sexuales? Parece ser que no existe una definición unánime, pero las más aceptadas involucran aspectos como la autodeterminación y responsabilidad en la vida sexual de hombres y mujeres con la consecuencia de poder ejercerla libremente sin presiones ni violencia de ninguna clase (Werner, 2008).

Esta forma de ver la libre opción sexual claramente separa la idea de derecho sexual con la reproducción humana, lo cual constituye, de entrada, un aspecto altamente revolucionario en torno de la justificación de las libertades, en tanto tradicionalmente se le han vinculado con las necesidades y posibilidades del hombre en tanto ser vivo, siendo una de las más importantes, nada menos que aquella función encargada de garantizar la supervivencia de la especie: la reproducción.

En otras palabras, ¿si el ejercicio de la sexualidad no conduce exclusivamente a las relaciones vinculadas con la reproducción, tendrá sentido que se permita, tolere, o incluso que se privilegie o se proteja un ejercicio de la sexualidad justificado en razones distintas de la procreación y por tanto de la supervivencia de la especie, y se haga a través del derecho? ¿Cuáles serían esas razones?

Hasta ahora la libertad sexual de las personas –que como toda expresión de libertad encuentra su frontera en el inicio del derecho de los demás, como lo advertía Locke– ve el inicio de su límite en la prohibición de la infidelidad, en tanto se impone el divorcio como sanción que reporta para los cónyuges que sostienen relaciones sexuales extramatrimoniales; frente a lo cual ha sostenido la Corte Constitucional colombiana en la sentencia Sentencia C-821 de 2005:

*“Si bien la causal de divorcio acusada impone una limitación a los derechos al libre desarrollo a la personalidad y autonomía de la voluntad, en cuanto puede conllevar una restricción a la libertad sexual de los cónyuges, la misma resulta constitucionalmente legítima si se considera, que deviene de un compromiso adquirido por los cónyuges en forma libre y voluntaria, y que su objetivo es tutelar un bien jurídico de interés general –la institución familiar– y proteger derechos de terceros - los del cónyuge afectado”* (Corte Constitucional, 2005).

Corresponde por tanto enfrentar estos cuestionamientos en las siguientes líneas, en la perspectiva de entender que la dinámica de las relaciones sociales le exigen al derecho su apertura, esto es, su disposición permanente por regular los nuevos tipos de relaciones sociales surgidas del transcurrir del tiempo y de las consecuencias de devenires que antes ni siquiera se pensaban; lo cual justifica la dinámica del derecho y su necesidad epistemológica, cuyo

objeto de conocimiento es precisamente ese, la regulación de las relaciones sociales de manera que se permita una convivencia armónica, pacífica y justa para todos.

## 2. CONTEXTO DE DERECHOS HUMANOS. BREVE HISTORIA DE LA HOMOSEXUALIDAD

Aunque podría decirse que la historia por las luchas del reconocimiento de los derechos de los homosexuales<sup>6</sup> tiene como principal escenario el bar “*Stonewall Inn*” ubicado en Greenwich Village en Nueva York, cierto es, que a medida en que la historia de la humanidad ha ido avanzando y los regímenes reaccionarios se han tomado el poder, la persecución en contra de la población homosexual ha sido mucho más fuerte y de suerte, los sistemas socialistas han abierto el paso de derechos a su favor (Nicolas, 2002).

Así, en 1928 en Copenague, mientras se realizaba un congreso de Reforma Sexual, nace la Liga Mundial para la Reforma Sexual (*World League for Sexual Reform –WLSR–*), cuyo principal objetivo, de diez, era la igualdad de los sexos. La liga estaba liderada por el médico sexólogo judío alemán Magnus Hirschfeld<sup>7</sup>, y nació como consecuencia de la Revolución Rusa que abolió las leyes zaristas en contra de la homosexualidad como primera medida.

Hirschfeld, fue conocido activista en pro de los derechos de homosexuales y se destacó por su lucha en contra de la vigencia del artículo 175<sup>8</sup> del Código Penal Alemán que castigaba con pena de prisión de seis meses a cinco años los actos homosexuales y agravaba la pena si estos actos sexuales se cometían con animales; además de retirarles derechos civiles. Hirschfeld,

---

<sup>6</sup> El término homosexual, surgió a partir de la aparición del discurso clínico, y fue creado por el escritor conocido como Karl Maria Kertbeny (Su verdadero apellido era Benkert), nacido en Viena en 1824, y quien clasificó en cuatro grupos las categorías de homosexuales y heterosexuales; aunque dos de ellas quedaron en el olvido: monosexualismo (se refería a la masturbación, practicada por ambos sexos) y *Heterogenit* (usando el término para denotar las relaciones sexuales del hombre con animales); y de quien también se conoció su activismo en pro de los derechos de los homosexuales, especialmente, en contra del artículo 143 de la legislación prusiana y equiparado al artículo 175 del código Alemán.

<sup>7</sup> Escritor del panfleto “*Sappo und Sokrates*” –Safo y Sócrate– de contenido homófilo.

<sup>8</sup> Norma vigente desde el primero de enero de 1872 hasta el 11 de junio de 1994 con la adaptación de las leyes de ambas Alemanias.

estaba convencido que un mayor conocimiento de los comportamientos homosexuales, haría a la sociedad menos resistente para aceptarlos.

La Liga (WLSR) se disolvió en 1930, después de la llegada del régimen Stalinista que retomó la política anti-homosexual, y el apoyo incondicional a las leyes que protegían a la familia; sin contar como otra de las causas, la división que tuvo la Liga en una fracción revolucionaria, dirigida por Wilhelm Reich y otra conducida por el ginecólogo inglés Norman Haire. En 1934, se reanudaron las detenciones masivas de homosexuales y se les condenaba a la pena de prisión de ocho años.

La homosexualidad en Rusia, se tuvo como una “*perversión Fascista*” (Nicolas, 2002), pero nada más alejado de la realidad, pues como se sabe, las leyes alemanas de la época castigaban duramente los comportamientos homosexuales pues su idea sexual era la “pureza” de la raza aria y dichas conductas no permitían que esta se perpetuara<sup>9</sup>. Y sería a partir de junio de 1934<sup>10</sup>, tras la liquidación de las SA, que el discurso anti homosexual por parte del discurso nazi se fortaleció y generó el inicio de jornadas de limpieza de homosexuales en el NSDAP<sup>11</sup>.

Se sabe que la persecución llegó hasta los campos de concentración nazis en los que los identificaban<sup>12</sup> con un triángulo rosa invertido<sup>13</sup> y eran condenados a padecer los peores castigos<sup>14</sup> hasta llegar a la muerte. Conductas

---

<sup>9</sup> “*Rechazamos todo lo que castra a nuestro pueblo, que lo convierte en pelota de nuestros enemigos, porque sabemos que la vida es lucha*”, respuesta dada por el NSDAP, en entrevista de la revista *Der Eigene* en 1928 y que tenía carácter homófilo. Tomado de [http://es.wikipedia.org/wiki/Persecuci%C3%B3n\\_de\\_los\\_homosexuales\\_en\\_la\\_Alemania\\_nazi](http://es.wikipedia.org/wiki/Persecuci%C3%B3n_de_los_homosexuales_en_la_Alemania_nazi)

<sup>10</sup> Conocido como la “*Noche de los cuchillos largos*”, en la que las fuerzas de la Gestapo, acometieron en contra de una reunión de las SA, dirigida por Ernst Röhm, en la que se encontraban casi cien personas, teniendo por motivo la homosexualidad de Röhm y dos más de sus compañeros (*La triada homosexual*).

<sup>11</sup> Partido Nacionalsocialista Obrero Alemán (*Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei*).

<sup>12</sup> Existía igualmente, la “*Reichszentrale*” que tenía por objetivo la recopilación de nombres e información de homosexuales, llamada “La Lista Rosa”.

<sup>13</sup> El triángulo negro invertido, se usaba para identificar a lesbianas, prostitutas o mujeres que usaban métodos anticonceptivos; mientras que el triángulo rosa invertido sobre un triángulo amarillo identificaba a los judíos en los campos de concentración nazis.

<sup>14</sup> Al considerar que los homosexuales no se podían curar, el determinismo biológico aplicado por los científicos nazis, que los consideraba asociales y compartían la

conocidas por la Iglesia católica y de la cual existió una especie de pacto de silencio que hasta el día de hoy le ha sido criticado a la Institución religiosa; a pesar de la persecución que de manera posterior inició el régimen nazi en contra de los clérigos, monjas, curas que hacían parte de las “*Juventudes federales*” en los conocidos “Procesos de los conventos” (Klosterprozesse) y en los que fueron procesados por homosexualismo.

Con ocasión del artículo 175 del Código Penal alemán, a los homosexuales se les conoció con el apodo de “Los 175” (175er) o “fiesta de maricones” y despertó el movimiento “Homófilo”, término<sup>15</sup> que tiene origen griego *φιλία* (filia) y fue asumido por los grupos homosexuales de la época, con ello, queriendo desligar el concepto de sexo y relacionarlo con el de amor de familia.

Movimiento que estuvo acompañado por la aparición de varios escritores y novelas con contenidos homosexuales y que fueron prohibidas en la época, como el caso de Oscar Wilde y su obra “*El retrato de Dorian Grey*”, publicada en 1891 y que narra entre otras el amor que Basil Hallward profesaba por Dorian Grey y este por Henry Wotton. Wilde de origen Irlandés<sup>16</sup>, resultó procesado por indecencia grave y condenado a una pena de prisión de dos años. Y más adelante, la novela “*Maurice*” de Edward Morgan Forster, pero publicada solo hasta 1971, después de la muerte de su autor.

Serán entonces los disturbios del bar “*Stonewall Inn*”, en Nueva York, lo que marcó el inicio del movimiento de protección de derechos homosexuales en la modernidad, que también se conoce como el nacimiento del día del “Orgullo Gay”<sup>17</sup>. Durante la época, 1969, la policía acostumbraba a realizar redadas a los bares para controlar las manifestaciones homosexuales. Cuando estas sucedían, las luces de los bares se encendían y los clientes eran puestos en filas para ser identificados y chequeados. Las personas que fueran encontradas sin ropa, a medio vestir o las mujeres que por lo menos no tuvieran tres prendas eran arrestadas, al igual que los dueños y

---

categoría con los criminales y deficientes mentales; debían ser castrados o ejecutados. En algunos casos, se permitía la internación pero con excesiva vigilancia para evitar el contacto sexual entre los internos.

<sup>15</sup> En su tesis doctoral “Hetero y Homofilia”, el psicoanalista Karl-Günther Heimsoth, creó la palabra que fue usada con auge entre los años 60 y 70.

<sup>16</sup> Aunque en esa época pertenecía al Reino Unido.

<sup>17</sup> Tomado de <http://www.thestonewallinnnyc.com/StonewallInnNYC/HISTORY.html>

administradores de los bares. Así mismo, era ilegal servir o vender alcohol a personas homosexuales e igualmente lo era que una persona fuera encontrada bailando con otra del mismo sexo.

Esa madrugada del sábado 28 de junio de 1969, se presentó una redada que no había sido programada por la policía. En el bar, se encontraban alrededor de 150 personas a las que las autoridades pretendían llevar detenidas por sus comportamientos homosexuales. Pero la Policía no había llevado camiones para transportar dicha cantidad de personas y tuvieron que hacerlos esperar afuera hasta que llegaron. De esta forma, los clientes que esperaban en fila, fueron calentando sus ánimos los cuales se exacerbaban cuando una mujer lesbiana pidió a la Policía que le fueran retiradas las esposas que ataban sus manos, pero, la mujer fue golpeada fuertemente por la Policía y después dejada en libertad.

Para ese momento, la muchedumbre se encontraba crecida en número y empezaron a atacar a la Policía para intentar impedir que siguieran arrestándolos lo que dio inicio a una batalla campal en la que los oficiales a cargo terminaron armando una barricada dentro del mismo bar que terminó destruido. El saldo de esa noche, 13 personas arrestadas, algunos hospitalizados y 4 agentes de la policía heridos. Mas sin embargo, a la noche siguiente, las puertas del “Stonnewall Inn” abrieron nuevamente y ya los vecinos se hallaban enterados de lo que ocurría, haciendo presencia de manera solidaria al frente del bar y por las calles que rodeaban todo el sector, en presencias multitudinarias que duraron varios días y desencadenaron nuevas agresiones entre la muchedumbre y la policía que trataba de controlar la situación.

Por primera vez en la historia, las personas LGBT, hacían frente<sup>18</sup> a las autoridades para defender sus derechos; comportamientos que se replicaron en otras partes del mundo y es por ello que el día 28 de junio se celebra la fiesta del “Orgullo Gay” (*Gay<sup>19</sup> pride*), fecha que puede variar en diferentes países, dependiendo de episodios propios.

El Movimiento LGBT, se fortaleció con la creación de sus propios símbolos de distinción, tal como la bandera de colores<sup>20</sup> (arco iris), inicialmente de

---

<sup>18</sup> Hasta ese momento, la lucha de los homosexuales, había sido clandestina.

<sup>19</sup> En inglés anticuado, significa “alegre” y se usa para referirse a las personas homosexuales, sin importar su género.

<sup>20</sup> Creada por Gilbert Baker en 1978.

ocho colores y que fue usada en la primera marcha del orgullo gay en 1979 y que luego se redujo a seis. Los colores representan la diversidad de la sexualidad femenina y masculina. El triángulo rosa, rescatado del régimen de opresión nazi; los anillos de la libertad, conformados por 6 anillos de diferentes colores; la letra Lambda<sup>21</sup> ( $\Lambda \lambda$ ) de color lavanda y que fue seleccionada por la Campaña de liberación homosexual para la alianza de activistas homosexuales y de manera posterior usado por el Congreso Internacional de Derechos Homosexuales, de Edimburgo (Escocia) simboliza la energía del movimiento homosexual. La mano purpura, el Habrys o hacha de doble hoja; la bandera del orgullo transgénero que consta de cinco bandas horizontales, dos rosas, dos celestes y una blanca en el centro, o la bandera con la mariposa que significa transformación<sup>22</sup>.

A pesar de los movimientos de protección a los LGBT, generado en los disturbios del “stonewall inn”, en el DSM-I se consideró la homosexualidad como un trastorno mental, y se buscaba activamente una cura, siendo algunos de los tratamientos recomendados la castración, lobotomía, choques eléctricos, entre otros.

Algunas teorías se han construido para explicar el comportamiento homosexual, entre ellas la selección sexual de Darwin, algunos elementos de la estructura cerebral de homosexuales y heterosexuales han sido estudiados; el predominio de conductas bisexuales en la mayor parte de la población<sup>23</sup>; la construcción social del comportamiento homosexual (Foucault, 1981, p. 53), entre otras.

La homosexualidad como trastorno psicológico, antes de 1974 se encontraba en la sección de Desviaciones sexuales, sin embargo luego de una revisión, en la reunión de la APA, se sustituyó este diagnóstico a la sección de perturbaciones de la orientación sexual, (DSM-II). En otras revisiones, se sustituyó el diagnóstico de la homosexualidad a homosexualidad egodistónica (DSM-III), para luego eliminar el término totalmente en la revisión de la edición en el año 1989 (DSM-III-R), con lo cual la Asociación Americana de psiquiatría (APA), autorizó la entrada de homosexuales como psiquiatras. Esta

---

<sup>21</sup> Undécima letra del alfabeto griego.

<sup>22</sup> Tomado de [http://es.wikipedia.org/wiki/Simbolog%C3%ADa\\_LGBT](http://es.wikipedia.org/wiki/Simbolog%C3%ADa_LGBT)

<sup>23</sup> Conocido como el informe Kinsey. Alfred Kinsey. *Sexual Behaviors in the human male*. Philadelphia. Sauders. 1948.

tendencia continuó, cuando en mayo de 1990, la Organización Mundial de la Salud (OMS), excluyó la homosexualidad de la “Clasificación Estadística Internacional de Enfermedades y otros problemas de salud”.

### 3. LA LIBRE OPCIÓN SEXUAL EN EL CONTEXTO JURÍDICO POLÍTICO

Los derechos sexuales encuentran su marco de reconocimiento jurídico, desde los diferentes textos de derechos humanos como la Declaración Universal de los derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos de 1976, el pacto de derechos económicos y sociales de 1976, la Convención internacional para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1981, Convención de las Naciones Unidas de los Derechos del Niño de 1990, la Declaración y programa de acción de la Conferencia internacional de derechos humanos de Viena (1993), Programa de acción de la conferencia internacional de población y desarrollo (El Cairo, 1994) y el programa de acción de la conferencia mundial de la mujer (Beijing 1995).

Derechos sexuales que han venido siendo construidos a partir de las interpretaciones que de los pactos y convenciones hechas por los órganos que controlan su cumplimiento. Atrás ha quedado la interpretación de la discriminación de sexo entendido como de género solamente.

Los nuevos conceptos se han ampliado para establecer que existe un derecho a la educación sexual comprensiva, a la libertad sexual, a la autonomía sexual, a la privacidad sexual, a la equidad sexual, a la expresión sexual emocional y a la libre asociación, entre otros. Derechos estos que no encuentran su consagración expresa en la Constitución colombiana para llegar a ser tenidos como fundamentales<sup>24</sup>, a pesar de haber sido enunciado por primera vez el derecho a la libre opción sexual (Corte Constitucional, 1996).

---

<sup>24</sup> “Los derechos fundamentales son aquellos derechos que el poder constituyente, máxima expresión jurídica de la soberanía popular, ha considerado los más importantes, los seleccionados para gozar del mayor nivel de garantía. Modulo I, Capítulo 2. Teoría del derecho. UAH, 2011.

La “Libertad sexual<sup>25</sup>” es un concepto analizado ampliamente por nuestra Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, cuando afirma que “*es la posibilidad de los individuos de expresar su potencial sexual, libres de coerción, explotación o abuso en cualquier tiempo y situaciones de la vida*”, con ocasión de definir cuáles son los bienes jurídicos protegidos por los delitos sexuales, siendo estos la libertad, integridad y formación sexual (Buenahora, Benjumea, Poveda, Caicedo, & Barraza, 2010).

Y el bien jurídico es una institución de la dogmática penal que hace alusión a aquellos derechos que el legislador ha decidido proteger penalmente, con fundamento en la política criminal que traza el Estado. Así que la libertad sexual es un derecho, por lo menos en lo que tiene que ver con la protección desde el campo penal.

Derecho que no encuentra protección en los menores de catorce años, teniendo en cuenta que estos no disponen de su libertad sexual, quizá por la permisión de matrimonio para hombre y mujer desde esa edad, frente al cual el orden normativo considera, en términos generales, que se ha completado el proceso de formación sexual (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, 2000).

Así, cuando el Legislador concreta el bien jurídico en “la libertad y la formación sexual” pareciera que lo limitara, y que así lo entiende la Corte al diferenciar que una persona menor de catorce años<sup>26</sup> no tiene libertad sexual en tanto a apenas construye los aspectos relacionados con esa esfera de la personalidad y por tanto lo que se le protege –al prohibir y sancionar

---

<sup>25</sup> “*Facultad y el derecho que tiene toda persona humana para elegir, rechazar, aceptar y autodeterminar el comportamiento sexual, cuyos límites serán los postulados éticos en que se funda la comunidad y el respeto de los derechos ajenos correlativos. En otras palabras, la libertad sexual es la facultad que tiene la persona para autodeterminar y autoregular su vida sexual*” Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación penal, proceso 18455, sentencia del 7 de septiembre de 2005 y proceso 10672, sentencia del 18 de septiembre de 1997.

<sup>26</sup> Anteriormente, para que el delito llamado corrupción de menores existiera, se requería que las víctimas estuvieran entre los 14 a 18 años, “ser inocentes y no saber que pueden suceder los hechos que configuran el delito”, tal y como lo reseña Walter Alonso Bustamante, en su obra “Invisibles en Antioquia 1886-1936, Una arqueología de los discursos sobre la homosexualidad” editorial Lealon, Medellín 2004.

agresiones sexuales en su contra— es la formación y no la libertad sexual (Bustamante, 2004).

Así, la libertad sexual aparece como la capacidad de una persona humana para auto determinar y auto regular su vida sexual, lo que diferenciaría este concepto del de la libre opción sexual que abarca un criterio más amplio y alejado de la genitalización de las relaciones sentimentales.

De esta forma se ha protegido a la sociedad de cualquier acto discriminatorio por razón de su sexo<sup>27</sup>, como género u orientación. Pero es la consagración de un derecho expreso a la libre opción sexual la dimensión que permite a hombres y mujeres establecer la clase de relaciones sentimentales que quieren mantener y el género de la persona con la que dicha relación se produce, a partir del ejercicio de su derecho a la libertad sexual.

De este reconocimiento, a pesar de la muralla construida por Kant, las relaciones de personas del mismo sexo, deben gozar de un estatus constitucional obligando a los Estados a formular políticas para su protección jurídica y social, dando fin a una discusión que se encuentra centrada en el tipo de relaciones sexuales que tienen los homosexuales, como si el Estado interviniera a la hora de autorizar matrimonios de heterosexuales.

El rechazo que impide dicha consolidación, proviene de variados sectores: el Legislador por la falta de voluntad para reconocer leyes de protección; la Iglesia<sup>28</sup> que a pesar de sus discursos acerca del amor y respeto que se profesa a los homosexuales, sigue manteniendo una actitud de ataque<sup>29</sup>, el Estado en

---

<sup>27</sup> Veáanse los artículos 24 y 26 del Pacto de San José de Costa Rica y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

<sup>28</sup> Para el padre Carlos Novoa “Las lesbianas y los homosexuales son hijos de Dios” El Espectador, lunes 16 de agosto de 2010.

<sup>29</sup> Monseñor Rubén Salazar envió carta al clero para ser leída en el sermón dominical en la que se aseveró lo siguiente: *“Quiero manifestar, con toda claridad, que la Iglesia en Colombia está profundamente interesada en que sean reconocidos y eficazmente tutelados los legítimos derechos de todos los ciudadanos, sin discriminación alguna. Creemos en una sociedad abierta e incluyente y condenamos por ello todo eventual acto de maltrato social o de violencia contra los homosexuales y otras minorías. Es precisamente por amor y respeto a esta gran dignidad que corresponde a todo hombre y mujer, homosexual o no, y que exige de la Iglesia, el estado y de la sociedad sinceridad y franqueza, que los católicos nos oponemos a que los menores de edad puedan ser confiados en adopción a parejas conformadas por personas del mismo*

cuanto a la falta de políticas de integración para la población LGBTI y desde el que se presenta el mayor porcentaje de discriminación<sup>30</sup>, y de la sociedad, que a pesar de guardar simpatía con el colectivo<sup>31</sup>, se opone a visibilización de características propias (Werner, 2008)<sup>32</sup> de las relaciones sentimentales heterosexuales (tomarse las manos, besos, caricias, etc), como lo demostró la actitud del cuerpo de seguridad y administrativo de un centro comercial en la ciudad de Cali que expulsó a una pareja de hombres por darse un beso dentro del complejo, prohibiéndoles la entrada, situación que debió ser corregida por la Corte Constitucional en su fallo de tutela T-909 de 2011<sup>33</sup> y promovida por el Defensor del Pueblo de la Regional Valle del Cauca.

La misma Corte mostró un mensaje contradictorio puesto que el 9 de agosto de 2010 profirió un fallo de tutela<sup>34</sup> en el que negó la existencia de discriminación a una interna de la cárcel Distrital de Bogotá al haber sido castigada<sup>35</sup> por besar públicamente a una compañera, hecho que quedó

---

*sexo, y rechazamos una eventual decisión de la Corte Constitucional en este sentido*” Nota de prensa, periódico El Espectador, sábado 16 de abril de 2011.

<sup>30</sup> Así denunciado por la Defensoría del Pueblo –Regional Valle del Cauca al presentar un informe denominado “Evaluación de los Derechos de las Poblaciones de Diversidades Sexuales y Géneros en el Valle del Cauca”, en abril de 2009 y que presenta a la Policía y al Ejército como los mayores trasgresores de las PDSG, con un 43% y a las Instituciones del Estado con un 28%.

<sup>31</sup> “Los bogotanos aprueban el matrimonio homosexual. El 63% de los bogotanos aprueba el matrimonio civil entre personas del mismo sexo, mientras el 36% considera que debería prohibirse en el país. El Tiempo, Edición del día 27 de agosto de 2010; en contraste con la respuesta a nivel nacional, en la que el 77.8% estuvo en desacuerdo frente a la medida, en edición del día 22 de agosto de 2010, del periódico EL TIEMPO.

<sup>32</sup> Son comunes los términos despectivos en contra de la población LGBTi: locas, maricas, invertidos, galletas, areperas, etc. Y también descritos en *Homofobia y convivencia en la escuela*. Erik Werner Cantor. Kimpres. Bogotá, 2008.

<sup>33</sup> Corte Constitucional, M.P. Juan Carlos Henao Pérez

<sup>34</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-622 de 2010. M.P. Nilson Pinilla Pinilla y quien dos años atrás sostuvo que los homosexuales “[...] sufren de una anomalía y requieren de la atención psicológica de esa afección” de lo que quedó constancia en un acta de la Corporación fechada el 17 de abril de 2008. Tomado de <http://www.cristianosgays.com/2010/09/15/en-colombia-el-magistrado-nilson-pinilla-dice-que-homosexuales-sufren-de-una-anomalia/#more-18407>.

<sup>35</sup> Treinta días en un calabozo de alta seguridad sin ventanas y con derecho a solo dos horas de sol.

registrado en los videos del penitenciario y que fue catalogado como una falta grave<sup>36</sup> (*conducta obscena*), por no haber solicitado el permiso de visita íntima. Para la Corte, el Consejo de disciplina, aplicó las normas con sujeción al debido proceso y no hizo ninguna disertación acerca de los contenidos del video, ni del derecho al libre desarrollo de la personalidad, considerando que se trataba de un hecho superado, toda vez que el castigo había terminado a la fecha de promulgación del fallo.

La oportunidad que tuvo nuestro Tribunal Constitucional para precisar dicho tópico surgió a partir del lamentable caso del joven Sergio David Urrego Reyes, quien decidió quitarse la vida el 4 de agosto de 2014, después de que en su colegio se descubriera la relación sentimental que tenía con uno de sus compañeros de grado once, evidenciada con una foto que les fue tomada mientras se daban un beso. Estos hechos fueron calificados por la institución educativa Colegio Gimnasio Castillo Campestre, como una “*manifestación de amor obscena*”, bajo el amparo de su manual de convivencia, lo que desencadenó en una serie de persecuciones y acusaciones de tal magnitud que vulneraron los derechos fundamentales de Sergio David Urrego a la intimidad y buen nombre, igualdad y no discriminación, libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la educación, la prevalencia de los derechos de los menores de edad y el derecho al debido proceso de él y su madre por las actuaciones de acoso escolar y discriminación de las que fueron objeto por parte de dicho Colegio, Tal y como lo determinó la Corte Constitucional (Corte Constitucional, 2015).

Llama la atención la actitud de los vigilantes, profesores o cuidadores, la existencia de una intolerancia a aceptar nuevas formas visibles de relaciones sentimentales. En la actualidad, ¿quién no tiene un amigo homosexual? Pero de ahí a permitir que el amigo llegue a realizar cualquier muestra de cariño con su pareja en nuestro hogar resulta aberrante, de mal ejemplo. Es decir, que hagan lo que quieran, mientras no los veamos y mientras su conducta se mantenga alejada de los ojos de nuestros hijos para que no se asuman como que al tolerarlas se presenten como paradigmas a imitar.

Lo que no ocurre con las demostraciones de cariño entre las parejas heterosexuales y que a pesar de lo repulsivas, atrevidas o groseras que parezcan, solo pueden incomodarnos, pero nunca exigiríamos a una pareja

---

<sup>36</sup> Código Penitenciario y Carcelario y la Ley 65 de 1993.

que abandonara nuestra casa o una fiesta si sus demostraciones sobrepasan el umbral de lo acostumbrado.

Tal es el repudio que el homosexualismo entre hombres genera que es considerado como un acto aberrante y que sus relaciones son *asquerosas excrementales y sucias*<sup>37</sup>, pero entre mujeres resulta inane, sin trascendencia e importancia, como una muestra más de que hasta en las relaciones homosexuales existe discriminación por la mujer, ya que ni siquiera resultan de repudio por su inexistencia.

Así mismo, la sociedad ha entendido que los menores de edad construyen su personalidad a partir de los buenos o malos ejemplos recibidos por parte de sus padres, así como “el niño sacó los gustos del papá y el mal genio de la mamá”; pero no como una construcción propia hecha a partir de sus gustos tendencias y vivencias, sino como un reflejo de su realidad familiar. Entonces, se convierte en un estigma para un niño provenir de una de las familias denominadas “disfuncionales”, cuando sus padres se encuentran separados, o cuando falta cualquiera de los progenitores o porque está bajo el cuidado de una abuela u otro familia; porque ya no tiene la suficiente educación en valores que le permita construir una personalidad “normal heterosexual” y que ha convertido a los adultos alrededor de los niños en constantes “corregidores” que tienen por fin velar por la protección de esos derechos de formación sexual y que no pueden ser violentados desde la familia. Desconocemos que los niños pueden manifestar su opción sexual desde sus primeros años y que dicha construcción debe ser respetada por todos los componentes de la sociedad<sup>38</sup>.

---

<sup>37</sup> “*Miro con repulsión el catre compartido por dos varones. Es un sexo sucio, asqueroso, merece repudio, es un sexo excremental*”, dijo el Senador Roberto Gerlein antes de calificar a los homosexuales como personas afectadas por la “tragedia de la esterilidad” y con ocasión del debate que se lleva a cabo en el Senado de la República para legalizar el matrimonio entre personas del mismo sexo.

<sup>38</sup> Ese es el caso de “*Johanna*”, una adolescente que vive en la ciudad de Medellín y que desde el año 2010, decidió asumir su identidad de género, a pesar de estar registrado desde su nacimiento como “Joan” de sexo masculino y quien por dicha decisión fue expulsada de la Institución educativa a la que pertenecía por negarse a usar el uniforme diseñado para los varones. [www.sentiido.com/el-ella-nosotros/](http://www.sentiido.com/el-ella-nosotros/); En este momento, se encuentra vinculada a otra Institución que ha respetado su decisión, contando con el respeto de toda la comunidad.

#### 4. IMPLICACIONES DEL RECONOCIMIENTO A LA LIBRE OPCIÓN SEXUAL EN EL DERECHO DOMÉSTICO

La importancia del momento jurídico que vive el grupo de LGBTI, en Colombia, ha logrado que sea la Corte Constitucional a partir de sus fallos de inexecutable o exequibilidad condicionada, la que reforme la concepción de normas que propician posiciones excluyentes de sus integrantes, en varias de las especialidades que conforman la jurisdicción ordinaria y después de haber mantenido una línea de fallos opuestos a cualquier clase de reconocimiento de derechos.

El vuelco a la línea jurisprudencial que venía manteniendo la Corporación de negativa de reconocimiento de derechos, inicia con la sentencia C-75 de 2007, en la que se reconoció que las parejas del mismo sexo conforman igualmente una unión marital de hecho con su respectivo régimen patrimonial (Corte Constitucional, 2007).

Hasta ese momento, la jurisprudencia constitucional había negado cualquier reconocimiento de derechos desde la sentencia C-098 de 1996, que señaló *“El texto de la ley responde al fin que explícitamente se trazó el Congreso al expedirla: reconocer jurídicamente la existencia de la “familia natural”, hecho social innegable en Colombia”* (Corte Constitucional, 1996).

Concluyendo que no es exigible que el legislador resuelva todas las injusticias en una misma norma y que además la familia heterosexual y la pareja del mismo sexo no son fenómenos equiparables y su exclusión del ámbito de aplicación de la Ley 54 de 1990 –que crea régimen patrimonial entre compañeros permanentes- no constituía un trato discriminatorio.

Desde el año 1998 y hasta el 2006, coexisten dos líneas jurisprudenciales (Azüero & Albarracín, 2009, pág. 12) que responden a problemas jurídicos distintos, con respuestas jurídicas también diferentes:

El primero de ellos, la protección de la población homosexual a partir de casos particulares de abierta discriminación gozó del favor<sup>39</sup> de las

---

<sup>39</sup> Corte Constitucional, Sentencias T-101/98 declaró la inconstitucionalidad del trato discriminatorio de alumnos homosexuales en los colegios; T-449/03 que garantizó el derecho a la visita conyugal homosexual en las cárceles; entre otras.

decisiones y el segundo, acerca de los derechos de homosexuales que no tienen reconocimiento jurídico<sup>40</sup>.

A partir del año 2007, surge la nueva línea jurisprudencial y emergen nuevos fallos que reconocen los derechos que antes habían sido negados, con excepción del derecho a adoptar y a contraer matrimonio civil. Con la sentencia C-029 de 2009, La Corte Constitucional declaró la exequibilidad de las normas que a continuación se mencionan, en el entendido de que las mismas incluyen, en igualdad de condiciones, a los integrantes de las parejas del mismo sexo.

#### 4.1. EN ASPECTOS RELACIONADOS CON LEYES PENALES

*En materia penal*, de la Ley 599 de 2000—Código Penal—, las siguientes normas:

- Artículo 34 que establece la permisión de prescindir de la sanción penal cuando la conducta culposa haya alcanzado al autor de la conducta, o a sus parientes próximos.
- Artículo 104 numeral 1, que establece las circunstancias de agravación punitiva para el delito de homicidio cuando este se haya cometido en contra del ascendiente o descendiente, cónyuge, compañero o compañera permanente, hermano, adoptante o adoptivo, o pariente hasta el segundo grado de afinidad.
- Artículo 170 numeral 3 que establece las circunstancias de agravación punitiva para los delitos en contra de la libertad, como el secuestro, cuando se haya cometido en contra del compañero permanente o esposo.
- Artículo 188b, numeral 3 que tipifica el delito de tráfico de personas.
- Artículo 229 que tipificó el delito de violencia intrafamiliar.
- Artículo 245 numeral 1, agravación punitiva del delito de extorsión.
- Artículo 2 de la Ley 294 de 1996 que creó normas para prevenir, erradicar, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar.

---

<sup>40</sup> Corte Constitucional, Sentencias SU-623/01 negó la posibilidad de afiliar al otro miembro de la pareja homosexual al sistema de salud; C-814/01, negó la adopción a una pareja del mismo sexo; T-349/06 negó el derecho a la sustitución de la pensión por muerte de un miembro de la pareja del mismo sexo;

En lo que tiene que ver con el Código de Procedimiento penal –Ley 906 de 2004–, las siguientes normas:

- Artículo 8 B que consagra el derecho a no auto incriminarse ni incriminar a su cónyuge o compañero permanente.
- Artículo 282 que trata del interrogatorio al indiciado, dándole a conocer que no está obligado a declarar contra sí mismo, ni su cónyuge o compañero permanente.
- Artículo 303 que establece los derechos del capturado, en lo relacionado con el derecho a no declarar en su contra ni en contra de su cónyuge o compañero permanente.
- Artículo 385 que consagra las excepciones constitucionales que debe informar el juez a cualquier persona que rinda testimonio.
- Artículo 454 A de las amenazas en contra de testigos que comprende también protección a los compañeros permanentes del mismo sexo.

En el código penal militar, las siguientes normas:

- Artículo 222, que consagra las exoneraciones al deber de denunciar.
- Artículo 431, que señala la exoneración al deber de declarar.
- Artículo 495, que enlista las advertencias que deben realizarse al indagado.

Del Código Disciplinario Único (Ley 734 de 2002), la modificación en el mismo sentido al artículo 71, que consagra la exoneración al deber de formular quejas.

Ley 43 de 1993, por medio de la cual se establecieron normas relativas a la renuncia, pérdida y recuperación de la nacionalidad colombiana, el artículo 5º que contempla los requisitos para adquirir la nacionalidad colombiana por adopción.

Ley 975 de 2005 por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, las siguientes normas:

- Artículo 5, el que se relaciona con la definición de víctima.
- Artículo 7º, que consagra el derecho a la verdad.
- Artículo 15, sobre esclarecimiento de la verdad.
- Artículo 47, sobre rehabilitación médica y psicológica de la víctima.
- Artículo 48, sobre medidas de satisfacción y de no repetición.
- Artículo 58, referido a medidas para facilitar el acceso a los archivos.

En la Ley 971 de 2005 que consagra en Mecanismo de búsqueda urgente, los artículos 14 y 15 que consagran el derecho de los familiares a obtener la entrega del cadáver inmediatamente.

De la Ley 387 de 1997, artículo 2 por la cual se adoptaron medidas en contra del desplazamiento forzado

Ley 986 de 2005 Art 2, la cual se ocupa de la curaduría de bienes de secuestrado cuando el compañero permanente ha sufrido desplazamiento forzado.

#### 4.2. EN ASUNTOS DE NATURALEZA CIVIL

*En materia civil*, se amplió la protección en cuanto a la obligación alimentaria contenida en el artículo 411 del Código Civil.

También en lo relacionado con el artículo 457 sobre el derecho a la tutela o curaduría legítima. En el mismo sentido la Ley 70 de 1931, modificada por la Ley 495 de 1999, artículo 4º, sobre la Constitución de patrimonio de familia no embargables. Así mismo la Ley 21 de 1982, artículo 1º y párrafo y artículo 27, que señaló el Régimen de Subsidio Familiar. Del mismo modo la Ley 3ª de 1991, artículo 7º sobre el Régimen de Subsidio Familiar de vivienda y la Ley 258 de 1996, artículo 12 relativa a la Afectación a vivienda familiar. Igualmente la Ley 1152 de 2007 por la cual se dicta el estatuto de desarrollo rural, Incofer y se dictan otras disposiciones, en sus artículos 61, 62, 159, 161 y 172. Y en 2015, la expedición del Decreto 1227 de 2015 y que permitió el cambio de sexo en el Registro Civil de nacimiento ante las Notarías del País, sin necesidad del proceso judicial que antes les era exigido.

Para el régimen de las Fuerzas militares, la modificación del Decreto 1795 de 2000, artículo 24, literales a, b y d que comprenden la Inclusión del compañero homosexual como beneficiario del sistema de salud y pensión, así como la Ley 923 de 2004, artículo 3º.

Del mismo modo la Ley 5ª de 1992 contentiva del Reglamento del Congreso, que se ocupa del régimen de inhabilidades e incompatibilidades artículos 283 numeral 2 y, 286.

De la ley 1148 de 2007, el artículo 1, prohibiciones relativas a los cónyuges y parientes de gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales, concejales municipales y distritales.

También el Estatuto general de la Contratación de la administración Pública, Ley 80 de 1993, en sus artículos 8º numeral 1º, literal g y numeral 2º, literales c y d; que señalan las inhabilidades e incompatibilidades para contratar.

Ley 190 de 1995, por la cual se dictaron normas tendientes a preservar la moralidad en la administración pública; artículo 14, numerales 2 y 8 que contemplan los requisitos que debe incluir la declaración juramentada para el nombrado en un cargo público.

#### 4.3. EN EL CAMPO DEL DERECHO DEL TRABAJO

*En materia laboral*, la Ley 100 de 1993, en su artículo 244, por el cual se modifica el decreto 663 de 1993, artículo 3 que modificó el artículo 194, numeral 2 y que señala quienes son los beneficiarios de las indemnizaciones del SOAT<sup>41</sup>.

Sin embargo, la Corte se declaró inhibida para manifestarse acerca de normas demandadas y que se referían al concepto o alcance de las palabras *familia*, *familiar* y *familiares*.

Posteriormente, con la sentencia C-521 de 2007 se estableció la inexistencia del requisito de convivencia de dos años en uniones maritales de hecho para lograr afiliación en salud<sup>42</sup>, y con la sentencia C-336 de 2008<sup>43</sup> se declaró exequible la expresión “*la compañera o el compañero permanente*”, contenida en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificada por el artículo 13 de la ley 797 de 2003, las contenidas en el artículo 74 modificada por el artículo 13 de la ley 797 de 2003 en el entendido que también son beneficiarias de la pensión de sobrevivientes las parejas permanentes del mismo sexo cuya condición sea acreditada en los términos señalados en la sentencia C-521 de 2007 para las parejas heterosexuales.

Vale la pena anotar que, pasados cuatro años de la expedición de la sentencia, la imposibilidad de las parejas sobrevivientes de las uniones maritales del mismo sexo, continúan teniendo impedimentos a la hora de solicitar el reconocimiento y pago de las mesadas pensionales.

---

<sup>41</sup> Se entiendo por SOAT como Seguro Obligatorio de accidentes de tránsito.

<sup>42</sup> Corte Constitucional, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

<sup>43</sup> Corte Constitucional, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

## CONCLUSIONES

Se hace urgente el reconocimiento del derecho a la libertad de opción sexual, toda vez que de acuerdo con las declaraciones actuales de derechos humanos, la simple advertencia sobre la erradicación por razones de sexo, no lo cobija integralmente.

Un derecho a la libre opción sexual apenas se encuentra en el camino de su consolidación, y seguramente le quedan muchos obstáculos por vencer en un ambiente tan hostil como el colombiano, en el que aún se discute el alcance de los derechos originados en la liberación femenina, lo que hace que sea urgente su reconocimiento como derecho y la adopción de políticas públicas encaminadas a su protección, tanto a las personas que pertenecen a la comunidad que la ejerce, como a los efectos jurídicos propios de su ejercicio.

En ese choque de fuerzas, las que pretenden conservar un único concepto de familia y quienes abogan por el ejercicio de la libre opción sexual, debe abrirse espacio el reconocimiento de los derechos relacionados con la familia producto de su ejercicio, como el matrimonio entre parejas del mismo sexo, la adopción; de suerte que la misma protección que se ejerce sobre la familia tradicional, se extienda a la conformada por la unión de personas del mismo sexo.

Para todo esto será necesario idearse y forzar un paradigma diferente al de la libertad, debido a que éste se fundamenta en los presupuestos de la ética kantiana, que poco espacio dejan para una unión marital con fines distintos a la procreación.

El reconocimiento a los derechos de la población LGBTI debe partir de que se conciba que la esencia de aquellas personas se encuentra seres humanos con la expectativa de la vigencia de su dignidad, perseguidos, rechazados, discriminados, más que otras minorías, y que el ejercicio de su libertad tiene que ser protegido por el Estado de derecho.

## BIBLIOGRAFÍA

- Azuero, A., & Albarracín, M. (2009). *Activismo judicial y derechos de los LG0042T en Colombia*. Bogotá: Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA).
- Barraza Morelle, C., & Gómez López, C. (2009). *Un derecho para las mujeres: La despenalización parcial del aborto en Colombia. La mesa por la vida y la salud de las mujeres*. Bogotá.
- Berger, P & Luckmann, T. (2008). *La construcción social de la realidad*. Buenos Aires: Amorrortu editores.

- Blom, P. (2012). *Gente peligrosa. El radicalismo olvidado de la ilustración europea*. Barcelona: Anagrama.
- Buenahora, N., Benjumea, A., Poveda, N., Caicedo, L. P., & Barraza, C. (2010). *Estudio de la jurisprudencia colombiana en los casos de delitos sexuales cometidos contra las mujeres y niñas*. Bogotá: Ediciones Ántropos Ltda.
- Bustamante, T. W. (2004). *Invisibles en Antioquia 1886-1936, una arqueología de los discursos sobre la homosexualidad*. Medellín: La Carreta Editores.
- Constitución Política de Colombia. (7 de julio de 1991). *Artículo 13*. Bogota, Colombia.
- Corte Constitucional. (7 de marzo de 1996). *Sentencia C 098 de 1996*. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional. (7 de marzo de 2000). *Sentencia T 268 de 2000*. M.P. Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional. (9 de agosto de 2005). *Sentencia C 821 de 2005*. M.P. Rodrigo Escobar Gil.
- Corte Constitucional. (10 de mayo de 2006). *Sentencia C 355 de 2006*. M.P. Jaime Araújo Rentenría & Clara Inés Vargas Hernández.
- Corte Constitucional. (1 de febrero de 2007). *Sentencia C 75 de 2007*. M.P. Rodrigo Escobar Gil.
- Corte Constitucional. (10 de agosto de 2012). *Sentencia T 627 de 2012*. M.P. Humberto Sierra Porto.
- Corte Constitucional. (3 de agosto de 2015). *Sentencia T 478 de 2015*. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. (26 de septiembre de 2000). *Proceso 13466*. M.P. Fernando Arboleda Ripoll.
- Defensoría del Pueblo – Regional Valle del Cauca. *Evaluación de los Derechos de las Poblaciones de Diversidades Sexuales y Géneros en el Valle del Cauca*.
- De La Hoz, G. (2009) *Homicidios de mujeres en Colombia*, Bogotá: Centro de Referencia Nacional sobre Violencia. INMLCF.
- Engels, F. (1884). *El origen de la familia, la propiedad y el Estado*.
- Foucault, M. (1981). *Historia de la sexualidad* (Vol. 1). Madrid: La voluntad del saber.
- García, R; & Escobar, G. (2011) *El Estado de Derecho- Fundamento del Estado de Derecho*. Módulo I. UAH.
- Kinsey, A. (1948) *Sexual Behaviors in the human male*. Philadelphia: Sauders.
- Nicolas, J. (2002). *La cuestión homosexual*. México: Editorial Fontamara.
- Soto Rivera, R. (2005). ¿Fue el rapto de helena la única causa de la guerra de troya? *Konvergencias, Filosofía y Culturas en Diálogo*(9).
- Weber, M. (1905). *La ética del protestantismo y el espíritu del capitalismo*.
- Werner, E. (2008). *Homofobia y convivencia en la escuela*. Bogotá: Editorial Kimpres.

# LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES FRENTE A LA LEGITIMIDAD DEL ESTADO<sup>1</sup>

MISAEAL TIRADO ACERO<sup>2</sup>

## INTRODUCCIÓN

Colombia como Estado Social de Derecho posee un conjunto determinado de obligaciones que para el caso concreto de los niños, niñas y adolescentes se enmarca en la priorización de los principios y derechos fundamentales, cuyo amparo tutelar contempla la creación de un contexto reforzado de protección que resulte suficiente para la salvaguarda, desarrollo y restablecimiento de todos sus derechos, –este último ante las acciones por acción u omisión en los casos que resulten perjudicados–. La denominada “crisis de la razón jurídica moderna” (Ferrajoli, 1999) conlleva a un análisis cualitativo de las mecánicas del Estado colombiano que afectan negativamente los derechos de este grupo poblacional como consecuencia de las variadas situaciones de vulneración, entre ellas la violencia y el conflicto armado interno.

---

<sup>1</sup> El capítulo de libro es producto de la investigación: “La protección de los derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes frente a la legitimidad del Estado” en el marco de la Universidad Militar Nueva Granada.

<sup>2</sup> Sociólogo por la Universidad Nacional de Colombia, con posgrados en Economía y Evaluación Social de Proyectos por la Universidad de los Andes, Doctorado en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas por la Universidad Externado de Colombia, Posdoctorado en Derecho por la Universidad de Buenos Aires, Argentina. Docente-Investigador Facultad de Derecho - Sede Campus, Universidad Militar Nueva Granada - UMNG. Grupo de investigación en Políticas Públicas - GIPP, Línea de Investigación: Política Criminal. Correos electrónicos: [misael.tirado@unimilitar.edu.co](mailto:misael.tirado@unimilitar.edu.co), [misaeltirado@gmail.com](mailto:misaeltirado@gmail.com)

## COLOMBIA COMO ESTADO GARANTE DE DERECHOS FUNDAMENTALES

El Garantismo Jurídico propuesto por Luigi Ferrajoli (1995) configura actualmente la tendencia jurídico política de mayor relevancia en materia de garantía de derechos fundamentales, lo cual obedece a la forma en que dicha teoría comprende la garantía de derechos y las obligaciones del Estado en el sentido en que permite realizar una transición desde la teoría del poder unitario del Estado, hasta una teoría de finalidades enfocada en la garantía de unas bases para la dignidad humana (Ferrajoli, 1999).

Tal postulado permite pasar de un Estado de Derecho que con un cierto sustento democrático se apropia de una cantidad de poder para hacer con este lo que considere adecuado dentro de los términos enmarcados por la Constitución Política, a convertirse en un Estado Social de Derecho que tiene como finalidad central la garantía de derechos fundamentales, y consecuentemente la existencia innegable e irestringible de la dignidad humana como núcleo central de la teoría del Estado (Ferrajoli, 1995, p. 859), encaminado a velar por el mantenimiento de dicha condición y evitando a toda costa que esta se denigre (Mirandola, 1487, p. 7), generando un sistema de garantías básicas que permiten a las personas desarrollarse a cabalidad en su condición humana, y en el pleno ejercicio de su libertad.

En concordancia con lo dispuesto anteriormente la profesora Duque ha manifestado que las reformas políticas y sociales iniciadas en Colombia a partir de 1991, con miras a lograr mayor democratización, son también el resultado de la imposición de una propuesta político-económica que se logró plasmar en la nueva Constitución de 1991, en donde se estableció la construcción de un Estado social, democrático, participativo y pluralista, el cual a su vez, debe buscar la modernidad y la eficiencia, habiendo realizado una reforma en la estructura orgánica y funcional del Estado (Duque, 2010).

Por otro lado, la validez como variante de gran importancia dentro de la Filosofía del Derecho y el análisis que se realiza del correcto desarrollo de un Estado moderno de carácter constitucional, puede comprenderse como una consecuencia de las características que posee el ordenamiento constitucional cuando estas se adecuan a los contenidos morales, políticos y económicos que lo delimitan, implica la revisión a las diferentes categorías de los derechos humanos y los principios como el de dignidad humana, lo

que conlleva a originar un criterio de carácter generalizado que responda a dichas dimensiones argumentativas en el imaginario colectivo que se configura dentro de una Nación (Serrano, 1999, p. 103).

De tal suerte que la validez pasa a verse reflejada en la forma como las personas comprenden al Estado mismo, representando el contexto moral de expectativas que la ciudadanía y los habitantes de un país generan alrededor de las actuaciones de un Estado y de sus diferentes instituciones, por tanto se hace necesario reconsiderar la existencia de un Estado basado en un valor intrínseco de sus propias instituciones, asume la posibilidad de que las normas emitidas por ellas se validen a sí mismas por el simple hecho de ser emitidas por una determinada institución bajo un argumento de poder, con el fin de que sea posible dar el paso a la consolidación de un Estado que se ve afectado por una fiscalización en cabeza de las personas que administra, al menos en términos morales. Lo anterior permite eliminar la posibilidad de que una norma o una institución resulte válida en sí misma, siendo necesario configurar una cadena de unidades argumentativas dinámicas que garanticen diferentes dimensiones de la validez (Serrano, 1999, p. 103), las cuales en conjunto logren generar un criterio de legitimidad estatal que se adecue a las expectativas de las personas.

Para comprender esta problemática se hace necesario analizar la existencia dentro del derecho, de contenidos no normativos que afectan directamente a los contenidos normativos (Dworkin, 2014, p. 16), es decir, que analizando la validez como una categoría que tiene como prerrequisito la vigencia, –en el entendido de que la vigencia puede llegar a considerarse como un sinónimo de existencia de la norma jurídica–, se debe pensar que una norma una vez que nace dentro de las pautas del ordenamiento jurídico, si pretende ser considerada como válida, deberá desarrollarse de acuerdo a los contenidos no formales, como es el caso de la dignidad humana y las garantías que de esta se desglosan (Serrano, 1999, p. 24).

Si bien la dignidad humana se ha formalizado dentro de múltiples herramientas jurídicas, en las diferentes Constituciones Políticas, como es el caso de Colombia, España y Alemania, estas la determinan como parte integral del funcionamiento estructurado del Estado configurando la fuente primigenia de su orden jurídico (Nación Española, 1978) (República de Colombia, 1991), o que esta se hace inviolable y constituye la obligación principal del Estado protegerla (Alemania, 1949), no por esto pasa a

convertirse en una categoría plenamente determinada, al menos en términos normativos y por el contrario se configura como un parámetro que haciendo parte de la modernidad delimita la existencia de un valor esencial en la persona humana configurando el sustento de los derechos fundamentales (Miralles, 2013).

Así las cosas, es posible abstraer que la validez de un Estado se encuentra claramente ligada a la existencia de un sistema estatal diseñado de tal manera que contribuya a la garantía de los Derechos Fundamentales, entendidos estos como consecuencia del reconocimiento de la dignidad humana como núcleo central del sistema de derecho el cual ayuda a delimitar un criterio de igualdad (Pelé, 2004), sin que por esto se ponga en duda la individualidad de las personas. Implica que un Estado es capaz de respetar un criterio de igualdad suficiente como para comprender variantes de alta complejidad entre ellas la libertad personal y el respeto por lo público, representando un desarrollo de las ideas centrales del Garantismo postulado por Luigi Ferrajoli.

De esta manera se puede determinar que la legitimidad de un Estado estará sujeta necesariamente a la eficacia con que las normas desarrollen los contenidos no formales dentro del sistema jurídico, como son la dignidad humana y los derechos fundamentales. Mismos que por su carácter axiomático, tienen como efecto el surgimiento de la hermenéutica jurídica como herramienta que permita la evolución y adaptación del sistema jurídico.

El Estado Social de Derecho colombiano, está llamado a privilegiar principios y derechos y a ser garante de situaciones jurídicas suficientes; se pueden contemplar tres situaciones problemáticas que en criterio de Luigi Ferrajoli configuran la crisis de la razón jurídica, estos son: *crisis de la legalidad*, *crisis del Estado Social* y *crisis del Estado Nacional*.

## LA CRISIS DE LA LEGALIDAD

Comprendida como aquella en que el papel del Estado como estructura central de poder y único garante de los derechos de las personas, se ve desplazado por la existencia de diversas organizaciones que de una u otra manera se han hecho con la validez que está llamada a residir en las dependencias estatales, muchas veces mediante prácticas ajenas a la ley, bañadas con un cierto contenido populista, que les permiten hacerse a la

legitimidad suficiente como para que las personas del común las apoyen y contribuyan a su desarrollo en mayor o menor medida.

Por antonomasia, el Estado carece de las posibilidades de desarrollar acciones que evidencien su participación en la búsqueda de un mejoramiento de condiciones de una gran porción de la sociedad que resulta afectada en mayor medida por el hambre, la violencia y la pobreza o por el simple hecho de que se desarrolla una administración que carece de interés por estos conglomerados, por lo que se ve rezagada y poco a poco pierde toda legitimidad.

Si se quisiera una aproximación al concepto de la legitimidad, se podría afirmar que es el poder dominante reconocido, es decir, admitido, aceptado y justificado, lo que permite que los dominados sean reconocidos por la dominación misma (Blanco, 2011). La legitimidad comprendida como el reconocimiento del ejercicio del poder político por parte del Estado como único ente validado para ejercerlo (Delgado, 2013, p. 91), dejando un espacio vacío que pasa a ser llenado por grupos de poder que usurpan hasta cierto punto las obligaciones del Estado, encargándose de ejercer control y posibilitar algunos “mínimos” vitales. Vacío que es aprovechado por organizaciones en muchos casos delictivas que mediante estructuras de poder solventan las necesidades de la población con el fin de ganar favoritismo político o la protección del conglomerado (Ferrajoli, 1999, p. 16).

Lo anteriormente enunciado tiene como consecuencia la pérdida de legitimidad y validez del Estado nacional el cual se ve desplazado por otras estructuras de poder que por sus acciones de carácter benefactor ganan el apoyo de las multitudes, quienes a su vez empiezan a rechazar al Estado convirtiéndolo en el imaginario colectivo en ilegítimo, que prioriza los deberes de la ciudadanía para poder cumplir con la estructura y funcionamiento como aparato estatal, mas no en el privilegio de los derechos de la sociedad.

De manera específica, en Colombia se encuentran dos manifestaciones principales de esta problemática, las cuales se pueden delimitar geográficamente. La primera yacente en las grandes ciudades donde en función de problemas sociales como el desplazamiento forzado y la pobreza extrema se encarga de crear un contexto habido para que las estructuras de poder distintas al Estado tomen provecho de la necesidad de las personas para sus fines específicos, bien sea con el reclutamiento a las filas armadas o como apoyo político, como fue el caso de la ciudad de Medellín en los

años 90, lo que se suma al problema de la centralización, que se manifiesta por la toma de control de las mencionadas estructuras de poder en ciudades alejadas de los centros de producción donde las autoridades del Estado pocas veces hacen presencia.

El desarrollo histórico de los últimos cincuenta años en Colombia se destaca por estar envuelto dentro de características variadas, que han conllevado a que gran parte de las problemáticas afecten de igual manera a los ciudadanos como a las dependencias del Estado. Es posible entender que el conflicto colombiano, sumado al problema del narcotráfico necesariamente debe verse como un conjunto de hechos definitorios que influyen directamente la manera en que el Estado se desarrolla, cobrando especial relevancia al configurar el conflicto armado más antiguo de la región, lo que le permite dejar una huella mucho más profunda dentro de la sociedad colombiana, manifestado mediante actos de violencia sobre la población civil.

Pierre Bourdieu, parte de la violencia simbólica como una coerción que se instituye por mediación de una adhesión que el dominado no puede evitar otorgar al dominante cuando el primero piensa su relación con este y que al no ser otra cosa que la incorporación de la relación de dominación se presenta en la vida del dominado como natural (Bourdieu, 1999), razón por la cual reducir la existencia o no de violencia a una dicotomía simple entre la voluntad del gobierno central respecto de la existencia de grupos disidentes de gran influencia en varias regiones del país, contrapuesta a la voluntad de dichos grupos de crear una hegemonía del poder basada en sus ideales propios y su identidad, cuya presencia es activa en las partes más alejadas de la geografía nacional, nos da apenas un esbozo reducido de la problemática.

De esta manera se hace evidente la existencia de la violencia como una problemática que con el correr de los años ha permeado el desarrollo de la vida en Colombia afectándola desde sus cimientos, hecho que ha conllevado a generar una marca negativa en el desarrollo de la validez y la legitimidad del Estado colombiano, situación que se hace evidente cuando se realiza una revisión somera de las características básicas que dotan de identidad al Estado colombiano anclado a un colonialismo español hegemónico y violento, su lucha por el reordenamiento territorial, político y económico, el cruce étnico acoplado a una visión eurocentrista y con la mirada siempre al norte geográfico.

En esta simbiosis, el Estado colombiano se desarrolla como un conjunto social de variables dentro del cual los procesos de violencia entran a desarrollarse consecuentemente mas allá de la violencia en una complejidad de conflictos de todo tipo. Si bien la forma de expresión en que se ha materializado el conflicto ha sido la violencia que tiene como resultado una pluralidad de hechos y actores violentos, que vulneran y violan los derechos fundamentales sin que con ello, necesariamente estén vinculados en concreto las acciones de grupos criminales a gran escala.

De ahí que una política que busque de manera efectiva consolidar la paz, debe ocuparse de igual manera tanto de la política pública que vincule los grupos al margen de la ley, como de generar un contexto válido y suficiente para que las personas puedan tener el goce pleno de sus derechos de forma adecuada alejados dentro de lo posible de actos drásticos de violencia perpetuados bien sea por el Estado o por terceros.

En tal sentido, en Colombia gran parte de las personas afectadas por los contextos de i-legalidad y del conflicto armado interno han sido menores contándose para 2010 aproximadamente 6.421 menores reclutados por las diferentes organizaciones criminales y que en tan sólo 5 años ha aumentado según cifras del Registro Unico de Víctimas a mas de 7.700 NNA víctimas y mas de 8.800 hechos en que han sido parte del reclutamiento ilegal armado. El Estado colombiano al tener que soportar el azote de un conflicto de tan alta complejidad, existen de manera constante una multiplicidad de actores, incluso organismos estatales, produce como efecto la generación de una idea generalizada de violencia en determinadas zonas de país, donde resulta inviable desarrollarse fuera del contexto del conflicto (CNMH, 2010, p. 38).

En respuesta a lo anterior, desde la perspectiva del Garantismo es evidente que se hace necesaria una modificación estructural del sistema jurídico-político colombiano, como consecuencia de que las estructuras de funcionamiento estatal son capaces de generar procesos de violencia simbólica o en el peor de los casos, son estas las que permiten que dichos procesos se desarrollen al ejercer una conducta pasiva al respecto, especialmente si se considera que la Constitución Política de Colombia, todavía responde a tendencias jurídico políticas del siglo pasado que difieren en su funcionamiento respecto del garantismo y que lejos de aceptar la garantía de derechos fundamentales como la principal finalidad de la estructura estatal se consideran como administradores del poder, lo cual

trae como resultado que cuando se utiliza de manera desproporcionada, o en algunos casos de manera insuficiente, se transmuta en violaciones de derechos fundamentales bien sea por acción u omisión y que con el pasar de los años se de minan la confianza que tiene los administrados frente al Estado.

Así las cosas, un Estado desde la perspectiva de la garantía de derechos está llamado a desarrollarse en términos de igualdad, lo que dentro del desarrollo de la administración estatal debe darse de manera equitativa en todo el territorio nacional de manera que sea posible tener un manejo generalizado de las situaciones que en las distintas regiones de Colombia generan tensión sobre la garantía de derechos fundamentales, al punto de poder responder a contextos específicos. Especialmente si se tiene en cuenta que uno de los problemas más drásticos que atender dentro de esta problemática es el hecho de que no solamente se genera un contexto donde por la ausencia del Estado resulta imposible cumplir cabalmente con la garantía de derechos; sino que dentro del mismo contexto las estructuras ilegales de poder pueden dar rienda suelta a su voluntad realizando ataques de todo tipo sin que el Estado responda a estos, generando zozobra e impunidad y en muchos casos conllevando a casos de violación de derechos humanos y tales hechos normalizandosen.

## CRISIS DEL ESTADO SOCIAL

Al continuar con los problemas que configuran la crisis de la razón jurídica se encuentra lo que se puede denominar como la crisis del Estado social de derecho, que se configura como un desbordamiento de los beneficios que se manifiestan dentro del marco de la garantía de derechos y el principio de igualdad lo que responde a las tendencias de protección que surgen como consecuencia de los vejámenes de la segunda guerra mundial y que buscan permitir un desarrollo más humano de las obligaciones del Estado y la garantía de derechos (Naciones Unidas, 2010). El problema como tal surge en el momento en que se exageran las bondades de dicha forma de Estado, ya que si bien la discusión entre igualdad y diferencia, en la actualidad cobra mayor vigencia que nunca, el Estado social de derecho representa un conjunto de garantías reforzadas que comprendiendo la identidad individual pretenden enmarcar un conjunto de garantías suficientes como para que en cabeza de cada individuo se configure un conjunto de derechos que a

pesar de sus características individuales le permita desarrollarse de manera equivalente a todas las demás personas (Ferrajoli, 1999, p. 81).

En este sentido, cuando se exageran dichas garantías se cae con facilidad en un Estado paternalista que sufre problemas tan drásticos como la inflación legislativa que atiende a la búsqueda de configurar contextos específicos que respondan a las características individuales de las personas, complejizando innecesariamente el desarrollo del sistema social al acrecentar desproporcionadamente el conjunto de normas vigentes, en vez de dar utilización a criterios hermenéuticos, que resultan de gran utilidad dentro de la función judicial que se desarrolla entorno de las violaciones de derechos.

Tal y como se ha definido la crisis del Estado social se puede analizarla como un descarrilamiento de los fines del Estado, que bien sea por exceso o por ausencia de normatividad evita la materialización de las garantías que posibilitan un efectivo cumplimiento de las directrices internacionales sobre derechos fundamentales. De esta manera la única obligación que surge para el sistema colombiano, respecto de la crisis del Estado social, es una crítica sistemática, representada en la obligación que el Estado tiene de poseer un sistema de derecho que se pueda considerar legítimo y suficiente para dar cumplimiento a los fines del Garantismo jurídico materializando los derechos fundamentales de las personas. Esto en el sentido en que en el momento en que un Estado es considerado por los administrados como un sujeto incapaz de solventar sus obligaciones básicas, su imagen se ve desnaturalizada perdiendo con ello cualquier ápice de legitimidad y validez dentro del imaginario colectivo.

En el caso colombiano concreto puede analizarse desde múltiples ópticas ya que en función del conflicto armado interno que se desarrolla se ha producido un conjunto diverso de hechos y actos que tienen como consecuencia la violación de derechos afectando la imagen y función del Estado como garante de derechos, lo cual genera una clara desconfianza de la población hacia sus dirigentes, causando la denominada pérdida de legitimidad. Esto partiendo de la idea hegeliana de que un Estado y el gobierno que este desarrolla podrán ser considerados legítimos cuando desplieguen la eticidad que respete la protoforma del ethos y la identidad de la comunidad y al mismo tiempo se encargue de dar eficacia al orden vigente (Quintana, 2006).

Lo anterior nos lleva a recordar que el sistema jurídico está llamado a desarrollarse dentro del sistema social y se manifiesta específicamente como un subsistema especializado en la estabilización de expectativas de comportamiento (Habermas, 2010, p. 264), que una vez constituido está llamado a desarrollarse en términos de coherencia, unidad y plenitud (Ferrajoli, 1999, p. 34), en el sentido en que al comportar expectativas claras dentro del desarrollo de las sociedades estas conforman un criterio de preservación del orden de este, convirtiéndose por tanto a la expectabilidad en el criterio que fundamentan la preservación del sistema en términos de adaptabilidad (Luhmann, 1998, p. 264).

Concomitantemente se lleva a hacer posible que dicho sistema sea estable y capaz de cumplir sus funciones adecuadamente, sin resultar en ningún caso contradictorio ni con las normas del mismo orden, ni con las normas superiores, hecho que configura un conjunto de herramientas jurídicas de diversos caracteres que unidas son capaces de solventar las necesidades de orden dentro de la sociedad, dotadas a su vez de adaptabilidad con el fin de que estas puedan proyectarse a largo plazo, sin perder sus capacidades para solventar problemáticas de la vida social.

Aunado a lo enunciado y con el fin de dotar de identidad el mencionado sistema, es de resaltar la gran relevancia que en este cobran las variantes de contenido moral, en el entendido de que todo hecho social al que se busca responder dentro de un sistema social mediante la normatividad, expresa la existencia histórica de un juicio moral y las directrices políticas, conformando un sistema dinámico normativo capaz de dar réplica a una sociedad en constante evolución (Habermas, 2010, p. 274).

Esto nos lleva a una tensión dentro del desarrollo de la creación normativa al interior del sistema jurídico, ya que no es posible irse al extremo de considerar este último como algo estático, inmodificable, ya que con facilidad este se quedaría rezagado frente al surgimiento de situaciones inéditas, ni tampoco puede pretenderse que exista una creación normativa cada vez que surja un caso no reglamentado, de manera que con el fin de no exacerbar el sistema es necesario considerar la importancia que posee la interpretación judicial, específicamente en los casos de garantía de derechos.

En este sentido, en un Estado donde constantemente se hace necesario analizar nuevas situaciones como consecuencia de un contexto violento, y que respecto a los menores de edad conlleva por ejemplo a analizar la

posibilidad de juzgar por conductas reprochables a NNA que son absorbidas por el conflicto armado interno como consecuencia de un abandono del Estado, quienes pese a cometer hechos punibles, el SRPA les da otro tipo de tratamiento “especial”, el cual no necesariamente recae en el delito sino en la tipificación de la transgresión como parte de la política de resocialización desde un enfoque correctivo, mas no preventivo, por tanto el saldo pedagógico es insuficiente, de manera que con el fin de velar por la integridad del sistema y dotarlo de estabilidad es necesario que no todos los hechos y acciones que se presenten dentro del sistema sean capaces de afectarlo generando con esto un sistema elástico pero con límites determinados (Luhmann, 2009, p. 34).

Ahora, si bien es posible el desarrollo de protección de derechos con un cierto carácter subjetivo, esto no implica necesariamente que se deba pensar que el Estado debe atender de manera personal las necesidades de cada persona, aun en casos extremos como los que se materializan cuando existe violación de derechos fundamentales en cabeza de un menor de edad, ni mucho menos a que dicha protección atienda a la necesidad de expandir el conjunto normativo vigente. Contrario a esto se trata únicamente de dar aplicación a las herramientas hermenéuticas vigentes dentro del sistema colombiano para que en cada caso concreto sea posible analizar la forma en que el Estado está llamado a garantizar sus derechos.

## CRISIS DEL ESTADO NACIONAL

El problema de la pérdida de autonomía del Estado Nacional, posee un vínculo estrecho con la manifestación de la globalización a nivel mundial y el nacimiento de los organismos supranacionales de protección de derechos fundamentales, los cuales históricamente surgen como consecuencia de la dificultad en que un país por si solo sea capaz de juzgar y castigar a sus ciudadanos por ciertos comportamientos y de fiscalizar su propia conducta, haciéndose necesario que surja una corte u organismo superior –tanto como a nivel interno o externo de los Estados Nacionales– para cumplir con esta tarea, o en búsqueda de que exista una autoridad capaz de fiscalizar las actuaciones de todos los Estados con el fin de evitar abusos y acciones desproporcionadas que se dan en función del poder público, dando paso al intervencionismo político.

El Estado debe posibilitar el desarrollo del intervencionismo político, siendo esta una de las funciones más importantes en función de su participación dentro del Garantismo jurídico, dicha participación tiene como consecuencia la obtención de la validez del ordenamiento jurídico. La validez lejos de ser binaria, representa una evolución escalonada que el Estado poco a poco va ganando cuando cumple con sus finalidades bien sea teóricas o materiales, es decir la correspondencia con los contenidos morales que fundamentan la Constitución y las herramientas que materializan dichas determinaciones.

De manera que recordando la existencia actual de un Estado que a pesar de poseer una plena identidad y unos límites geográficos y políticos, ve mermado su poder en razón a la existencia de organismos de carácter internacional quienes poseen una innegable influencia en el desarrollo de la forma en que los Estados propenden por el cumplimiento de las funciones que determina su naturaleza como Estados sociales de Derecho, dándose una serie de obligaciones con el fin de ubicarse en un *momentum* donde su identidad no choque con el funcionamiento del sistema internacional de derechos fundamentales, que a su vez implica la garantía de una serie de mínimos que permitan al ser humano dar pleno desarrollo a su dignidad.

En primera medida surge lo que puede denominarse como la obligación de adaptación del ordenamiento interno, presente en múltiples estatutos de carácter internacional cuando estos se determinan como parte integral a partir del Bloque de Constitucionalidad, por tanto los países parte de dichas convenciones, comienzan de la necesidad de un reconocimiento en pleno del sistema de derecho, ante la posibilidad de que un sistema jurídico integre las partes que lo componen y sus características, las que una vez identificadas deben ser decantadas con el fin de que no se den dentro del sistema contradicciones entre sus partes internas ni contra criterios superiores como son las normas constitucionales y los tratados adoptados por el Estado, es decir el control de convencionalidad. (Nikken; Martin)

Por ende, la configuración un sistema transnacional de derechos fundamentales donde la totalidad de países -que a pesar de poseer características individuales- pasan a reconocer una serie de garantías mínimas que hacen efectiva la existencia de la dignidad humana; si bien dicha adaptación no puede darse como un procedimiento inmediato, es evidente que el paso de un sistema de gobierno autosuficiente a uno que se encuentra bajo vigilancia y fiscalización de organismos superiores representa

un hecho traumático para los países, especialmente cuando se ubica en el caso Colombiano que en muchas ocasiones ha dejado estas obligaciones en un estado meramente formal, resultando ajeno a la realidad, en especial frente al compromiso prioritario de ser garante real de los derechos de los NNA tanto en el marco contextual como en el individual.

## LA RESTAURACIÓN DE DERECHOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

Si bien se ha hecho referencia a la configuración de un Estado que resulte suficiente para solventar las necesidades de los menores de edad de manera material siendo capaz de resolver las situaciones a futuro que impliquen la garantía de sus derechos, tal propósito en el caso colombiano resulta insuficiente para la materialización de un contexto generalizado de protección, esto en razón a la existencia de un conflicto armado de alta complejidad y de intensidad variable (CNMH, 2010, p. 38).

La multiplicidad de manifestaciones del conflicto, generan como consecuencia un conjunto diverso de víctimas tanto directas como indirectas, y un sinnúmero de efectos colaterales que el mismo Estado no prevé o no contempla de manera adecuada, por tanto dicha violencia inicial, genera otro tipo de violencias que tienen que ver con sentimientos de retaliación, venganza, y justicia por mano propia, en el entendido de que la existencia de recuerdos crudos en las memorias de las víctimas infantiles afecta sus prácticas y comportamientos sociales (CNMH, 2010, p. 317).

En razón de lo anterior se hace necesario atender a la existencia de un margen de reparación efectiva que ha adquirido validez en Colombia atendiendo a la identidad del conflicto armado, delimitando la importancia que implica la verdad, la justicia y la reparación, como factores que afectan directamente la obtención de la legitimidad y validez por parte del Estado colombiano tanto como partícipe del conflicto, como en su papel de garante principal de derechos fundamentales, lo que permite hacer a un lado la impunidad y el olvido, dando paso al desarrollo adecuado al resarcimiento, restablecimiento, reparación integral y garantía de quienes han sido víctimas del conflicto, que más allá de la reparación de tipo económico, lo que realmente conlleva es al acceso real a la justicia.

Así las cosas la garantía de verdad implica que dentro del margen de lo posible se desarrolle una reconstrucción histórica de los hechos acaecidos, reconociendo a los verdaderos culpables de los hechos y la forma en que se desarrollaron con el único fin de que con conocimiento de causa se puedan asumir responsabilidades y no se haga necesario la imposición de una ley de perdón y olvido, que resulta extremadamente dañina para la estabilidad psicológica de las víctimas (CNMH, 2013), una memoria histórica que contemple la justicia y se convierta en sí en una memoria jurídica.

Por tanto, la recuperación de la verdad posee múltiples implicaciones dentro de la restitución de derechos de los menores de edad, en el entendido que debido a las diversas formas de violación de derecho que los afectan en razón del conflicto armado interno, en muchas ocasiones es posible hablar de una pérdida total de la inocencia al tener que afrontar situaciones de gran complejidad que enmarcan desde la pérdida o desconfiguración del núcleo familiar, amputaciones, marcas psicológicas, pérdidas de vínculos afectivos y eliminación del contexto de interacción social (CNMH, 2010, p. 314).

El comprender dichas dinámicas que desdibujan las relaciones humanas como consecuencia de la pérdida de tejido social tras el conflicto armado interno, resulta por sí mismo difícil de afrontar las consecuencias cuyas afectaciones repercuten en sus vidas, y máxime si se vive aún en la zozobra de no conocer a ciencia cierta aquello que sucedió. De manera que con la finalidad de confrontar las estructuras de violencia simbólica y física creadas por el conflicto se hace necesario conocer a ciencia cierta los hechos y los partícipes de estos, y que dichos vejámenes, transgresiones, delitos castigados.

En segundo lugar adoptando el criterio de justicia desarrollado por John Rawls, quien analiza la justicia como equidad, buscando lograr una nivelación de las cargas sociales, por un lado mediante la restauración de situaciones a como estaban antes de los actos violentos -es decir devolución de tierras, reubicación de las personas en situación de desplazamiento, etc.-, y por el otro, el castigo pleno y suficiente de los causantes -más que como un medio de castigo, como una reivindicación social de los causantes de la violencia-, logrando con esto la posibilidad de que si bien existen las desigualdades sociales es posible comprender estas a pesar de manifestar un criterio diferencial, implicando a su vez la existencia de una cantidad de derechos básicos tan extensos como sean posibles, sin que esto resulte

incompatible con el esquema de las libertades y derechos de los demás (Rawls, 2000. p. 17).

Por lo tanto, en el caso específico de los menores de edad afectados por los hechos violentos, se traduce en la manifestación de un bienestar social y un sentimiento de seguridad que se genera cuando el causante de actos violentos es castigado por la ley, obteniendo con esto la idea de que se habita en un Estado que es capaz de dar persecución a quienes violentan el orden jurídico. A lo cual se suma las reparaciones subjetivas enmarcadas primordialmente en la posibilidad de recobrar los contextos sociales que fueron arrebatados dentro del marco de lo posible, comprendiendo que los actos violentos en muchos casos tuvieron como consecuencia que los NNA se desintegraran de sus familias, amigos, sociedad y del acceso de las oportunidades de salud, educación, y goce pleno y efectivo de sus derechos.

El hecho de no tener la garantía efectiva y plena del goce de los derechos y en caso de haber sido vulnerados la reparación integral, como en la vinculación de los menores de edad de manera directa o indirecta al conflicto armado interno por los diferentes actores, conlleva a que este grupo poblacional, sumado a la sociedad en general tengan una imagen negativa del Estado en cuanto a su legitimidad y legalidad, traducidas en sus acciones y en su capacidad de proporcionar bienestar y acceso a oportunidades y justicia.

## CONCLUSIONES

La legitimidad de un Estado se encuentra ligado directamente a la materialización y efectividad de los derechos fundamentales, mismos que en función del Garantismo Jurídico propuesto por Luigi Ferrajoli actualmente configuran no solo el núcleo central del desarrollo de los Estados modernos sino un ápice de protección enfocado en la persona humana, y que ayuda en gran manera a la evolución de los sistemas jurídicos permitiéndoles trascender incluso más allá del Estado Social de Derecho, aspecto que se torna bastante relevante en una época de cambios donde la crisis de la razón jurídica se hace evidente de manera generalizada afectando la forma en que se entiende el mundo jurídico y las obligaciones de los Estados.

Específicamente en el caso colombiano se encuentra que dicha crisis se materializa en pleno, en el desarrollo de los diversos contextos que han surgido en los últimos 50 años como consecuencia del conflicto interno, del

cual se desglosan un sinnúmero de vulneraciones y violaciones de derechos humanos, hechos que han afectado gravemente el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes en el país, dejando huellas profundas que han afectado directamente su construcción como ser humano y por ende su estabilidad social, política, psicológica y emocional.

Sin embargo, Colombia como un Estado moderno que aspira a desarrollar en su totalidad un marco de protección sobre los menores de edad, debe repensar el rol que juegan sus instituciones y sus actores, en el entendido que tanto sus funcionarios como sus estamentos sociales, deben promover y proveer medios y estrategias para la materialización de los derechos humanos, por tanto se hace necesario como parte de la evolución jurídica del país que se comprenda en plenitud la forma en que la dignidad humana y los derechos fundamentales no constituyen meros principios formalizados dentro del ordenamiento jurídico sino que estos están llamados a irradiar en todo momento el desarrollo de las actividades del Estado manifestándose como la base primigenia de la protección que desarrolla el Estado sobre sus ciudadanos, para lo cual la Corte Constitucional ha ratificado.

De esta manera es posible que Colombia desarrolle de manera adecuada la protección sobre los menores afectados que han caído en contextos de vulneración de derechos, bien sea por acción y omisión del Estado y sus representantes, la violencia, la desintegración familiar o cualquier otra causa, entre ellas el conflicto armado interno. Teniendo en cuenta que dicha protección implica toda una modificación profunda no solo de los mecanismos de garantía sino del sistema jurídico político colombiano en sí, que además de adoptar las directrices del Garantismo implicaría la materialización del Estado en términos de unidad coherencia y plenitud.

Dichas modificaciones en prospectiva permitirían la creación de un contexto que sostenga la materialización de los derechos fundamentales de los menores de edad y todas sus implicaciones. La problemática radica de forma especial en la recuperación de legitimidad y legalidad en un Estado Social de Derecho, en el cual los menores de edad han resultado afectados como individuos y como grupo poblacional de mayor protección. Una Justicia que de la posibilidad de resarcir, reparar, reintegrar, reparar integralmente tanto a los afectados como a su núcleo familiar y que contemple mecanismos de acceso a posibilidades reales en materia de educación, y de seguridad social.

## BIBLIOGRAFÍA

- Alemana, R. F. (1949). *Constitución de Alemania*. S.L.:S.N.
- Blanco, C. (2011). Relaciones conceptuales con la noción de legitimidad del proceso andino de integración. En: *Revista Verba Iuris*. Documento extraído el 20 de octubre de 2016 de <http://www.unilibre.edu.co/verbaiuris/26/relaciones-conceptuales-con-la-nocion-de-legitimidad-del-proceso-andino-de-integracion.pdf>
- Bourdieu, P. (1999). *Meditaciones pascalianas*. Barcelona: Anagrama.
- CNM, (2013). *El derecho a la verdad, la justicia y la reparación integral*. Disponible en línea: [www.movimientodevictimas.org/~nuncamas/index.php?option=com\\_content&view=article&id=5&Itemid=313](http://www.movimientodevictimas.org/~nuncamas/index.php?option=com_content&view=article&id=5&Itemid=313)
- CNMH. (2010). *Basta ya*. Bogota: Centro Nacional de Memoria Historica.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva 17.
- Corte Constitucional colombiana, 97. *Relatoria de la Corte Constitucional colombiana*. Disponible en línea: [www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/c-239-97.htm](http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/c-239-97.htm)
- Delgado, C. R. (2013). La legitimidad en el ejercicio del poder político en el Estado social de Derecho. Una revisión desde el caso colombiano. *Revista ius et praxis*, pp. 85-121.
- Duque, C. (2011). La responsabilidad del Estado y de los jueces en Colombia y en España, a la luz de los principios del Código Iberoamericano de ética judicial. En: *Revista Via Inveniendi et Iudicandi*. Documento extraído el 2 de mayo de 2016 de <http://revistas.usta.edu.co/index.php/viei/article/view/2940/2812>
- Dworkin, R. (2014). *Justicia para erizos*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (1999). *Derechos y garantías la ley del más débil*. Madrid: Trotta.
- Habermas, J. (2010). *Facticidad y Validez*. Madrid: Tauros.
- Luhmann, N. (1998). *Sistemas sociales lineamientos para una teoría general*. Barcelona: Antropos.
- Luhmann, N. (2009). *El derecho de la sociedad*. Madrid: Herder.
- Martin, A. M. (s.f.). *La obligación de derogar o modificar el derecho interno incompatible con el derecho comunitario*. S.L.:Universidad de Salamanca.
- Miralles, A. A. (2013). El Principio de la Dignidad Humana como fundamento de un Derecho Bioético Global. (s.f.). *Cuadernos de bioética 2013 - 2*, pp. 201-221.
- Mirandola, G. P. D. (1487). *Discurso sobre la dignidad humana*. S.L.:S.N.
- Nación Española. (1978). *Constitución Española*. Madrid: S.N.
- Naciones Unidas. (2010). *Derechos de las minorías: Normas internacionales y orientación para su aplicación*. Disponible en línea: [http://www.ohchr.org/Documents/Publications/MinorityRights\\_sp.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Publications/MinorityRights_sp.pdf)
- Nikken, P. (s.f.). El artículo 2 de la convención americana sobre derechos humanos como fundamento de la obligación de ejecutar en el orden interno las decisiones de los

órganos del sistema interamericano de derechos humanos. *working session on the implementation of international human rights protections.*

Pelé, A. (2004). Una aproximación al concepto de dignidad humana. *Universitas.*

Quintana, O. R. (2006). Elementos para una reconstrucción del estatuto epistemológico de la Filosofía del Derecho. *Humanitas (No. 33).*

Rawls, J. (2000). *Teoría De La Justicia.* Mexico: Fondo de Cultura Económica.

República de Colombia (1991). *Constitución Política de Colombia.* Bogotá: s.n.

Serrano, J. L. (1999). *Validez y vigencia.* Madrid: Trotta.

Tirado, M. (2015). *Niños, niñas y adolescentes en el marco del conflicto armado colombiano.* Medellín: Unisabaneta

Tirado, M., Oliveros, C. (2011). *La niñez en el conflicto armado. Una mirada desde la Sociología Jurídica y la Semiótica del Cine.* Bogotá: UMNG

Unidad de Víctimas. (2015). Disponible en: <http://rni.unidadvictimas.gov.co/?q=node/107>

# MUJER Y TOMA DE DECISIONES EN LA UNIÓN EUROPEA<sup>1</sup>

MARÍA CONSTANZA BALLESTEROS MORENO<sup>2</sup>

ÁLVARO HERNÁN MORENO DURÁN<sup>3</sup>

## INTRODUCCIÓN

La Unión Europea representa a nivel mundial un importante referente en cuanto a organización e integración política y adopción de decisiones, precisamente por su naturaleza jurídica y por la trascendencia de sus medidas, dado que las mismas no sólo vinculan a sus Estados Miembros, sino también, en determinados casos tienen repercusión respecto del mundo entero. La Unión Europea es, por tanto, una interesante organización para ser estudiada, teniendo en cuenta sus orígenes, los cuales fueron eminentemente económicos, y que han evolucionado y avanzado al punto de ocuparse, hoy día, de asuntos sociales, garantía de derechos fundamentales, la preocupación por el respeto de los valores fundamentales de la dignidad humana, la unidad,

---

<sup>1</sup> Capítulo de Libro producto del proyecto de investigación: “Estudios de Género” del grupo Derecho Privado, el cual hace parte de los proyectos de investigación institucional de la facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás (Sede Bogotá). El mencionado proyecto de investigación es financiado por la Universidad Santo Tomás.

<sup>2</sup> Abogada Universidad Santo Tomás, Especialista en Derecho Público Universidad Externado de Colombia, Magíster en Derechos Fundamentales Universidad Carlos III de Madrid, Doctora en Derechos Humanos Universidad Carlos III de Madrid. Docente de la Universidad Santo Tomás y de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, seccional Chiquinquirá. Correo electrónico: mariaballesteros@usantotomas.edu.co.

<sup>3</sup> Sociólogo Universidad Nacional de Colombia, Especialista en estudios de América Latina Université de Sorbonne Nouvelle, Magister en Políticas Prácticas Comparadas del Desarrollo Université de Paris VIII, Doctor en Sociología Université Paris VIII. Docente investigador y líder del Grupo Derecho Privado de la Universidad Santo Tomás. Correo electrónico: alvaromoreno@usantotomas.edu.co.

la libertad, la igualdad, la solidaridad, y aspectos como la búsqueda de una paz duradera, la protección del medio ambiente, entre otros.

Precisamente, ese aspecto garantista es una de las características más interesantes de la Unión Europea, ya que inicialmente se constituyó como una alianza de carácter meramente económica, pero debido a su crecimiento y fortalecimiento, esos intereses económicos desataron consecuencias sociales. Este impulso de la Europa social, se debe en primera instancia al desarrollo de los tratados iniciales, el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA-1951), la Comunidad Económica Europea (CEE-1957), y la Comunidad Europea de la Energía Atómica (CEEA o Euratom-1957), a los cuales siguió la fundación de la Unión Europea con el Tratado de Maastricht (1991), cuyas disposiciones fueron interpretadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, fallos que hacen parte del importante acervo garantista de la Unión y que han sido incorporados paulatinamente a los tratados de reforma, en especial respecto de temas concretos sobre igualdad de trato y prohibición de discriminación por razón de sexo, por ejemplo. De esta manera, la incorporación de los derechos fundamentales en la Unión Europea, ha sido entonces inicialmente a través de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, posteriormente el Tratado de Ámsterdam (1997) consagró disposiciones importantes en materia de igualdad y, a partir del Tratado de Lisboa (2007) se cuenta con dos herramientas muy importantes: La incorporación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea al derecho de la Unión con el mismo valor jurídico de los Tratados (art. 6.1 del TUE) y la adhesión de la Unión al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (art. 6.2 del TUE).

En efecto, debido a la influencia política, económica, y social a nivel Internacional y su compromiso con la Democracia, el Estado de Derecho y el respeto por los Derechos Humanos, la Unión Europea representa un importante modelo de análisis en diversos aspectos. Concretamente, en lo que respecta a la presente investigación, interesa estudiar la efectividad del derecho a la igualdad entre hombres y mujeres, consagrado a nivel de derecho originario, artículos 2 y 3.3 del Tratado de la Unión Europea, y artículo 23 de la Carta de Derechos Fundamentales vinculándolo con la infrarrepresentación femenina en los espacios de toma de decisiones. Es decir, preocupa que a pesar de existir un amplio nivel de garantía en relación

con la igualdad entre hombres y mujeres, aún esa igualdad no haya permeado el poder político, económico, etc.

Evidentemente aún persisten las diferencias numéricas en cuanto a la presencia de mujeres y hombres en los ámbitos de ejercicio de poder, circunstancia que se ha denominado como: la infrarrepresentación femenina en los espacios de adopción de decisiones, lo que para algunos, representa un déficit democrático que debe ser subsanado, en la medida en que se trata de una cuestión directamente relacionada con el derecho a la igualdad. Es así, como en consideración a la importancia e influencia de la Unión Europea a nivel mundial, como ejemplo de organización respetuosa de los Derechos Humanos y la Democracia, resulta necesario y pertinente determinar su contribución en materia de igualdad entre hombres y mujeres, concretamente, en materia de ejercicio de poder. Por tanto, el problema jurídico que se pretende abordar es específicamente si ¿en el contexto jurídico de la Unión Europea existe la garantía del derecho a la igualdad material entre hombres y mujeres en la toma de decisiones?<sup>4</sup>

Con el propósito de dar respuesta a la problemática planteada se ha establecido un objetivo general el cuál será abordado con enfoque cualitativo crítico, y que consiste en determinar el contenido del derecho a la igualdad entre hombres y mujeres en la Unión Europea, concretamente, si existe dentro del marco jurídico de la Unión Europea de manera explícita o implícita el derecho a la igualdad entre hombres y mujeres en la toma de decisiones. Para responder el interrogante planteado, analizaremos la situación de la mujer y la toma de decisiones concretamente en la Unión Europea, mediante el estudio de integral de las disposiciones sobre la materia.

## POSTURAS ACTUALES SOBRE LA IGUALDAD ENTRE HOMBRES Y MUJERES EN EL EJERCICIO DE PODER

La escasa presencia de mujeres en los altos cargos de responsabilidad y de ejercicio de poder, es una situación injusta que podría poner en duda

---

<sup>4</sup> En conexión con la temática que se está desarrollando es importante anotar que las políticas de género del mundo femenino, con fundamento en la globalización tiene sus orígenes en junio de 1999, en la ochenta y siete (87) reunión de la OIT en Ginebra Suiza con su máximo exponente el Chileno Juan Somavia (Castro & Caballero, 2012).

la legitimidad de las decisiones que se adoptan, cuestiona las bases de la democracia representativa y exige el respeto por la Dignidad Humana y los Derechos Humanos de todos y todas, pues resulta injusto que las mujeres siendo numéricamente la mitad de la población total de Europa, incluso un poco más<sup>5</sup>, la proporción de su intervención efectiva en las decisiones que afectan al conjunto de los ciudadanos sean muy reducidas. La Unión Europea, más concretamente la Comisión Europea, el Parlamento Europeo y el Tribunal de Justicia, luchan contra la discriminación por razón de sexo en todas las áreas, sin embargo se ha prestado mayor atención al área de igualdad retributiva y de acceso al empleo, área para la cual existe legislación específica, dejando en segundo plano aspectos como la participación en la toma de decisiones, la conciliación de la vida personal, profesional y familiar, etc; pese a que conforme al Derecho de la Unión, la promoción de la igualdad entre mujeres y hombres en el acceso al poder y la toma de decisiones integran el concepto de igualdad. Cabe resaltar que existe un importante número de documentos en donde se puede encontrar el trabajo que la Unión Europea ha llevado a cabo con el fin de impulsar un equilibrio entre mujeres y hombres en los procesos de toma de decisiones.

En efecto, la Unión Europea utiliza el término “participación equilibrada en los procesos de toma de decisión” para hacer referencia a la necesidad de la participación “equilibrada” tanto de hombres como mujeres en los espacios de ejercicio de poder y adopción de decisiones con el fin de hacer más democráticos dicho procesos. Sin embargo en ningún documento existe definición sobre dichos términos, ni una referencia a su contenido, ni tampoco se señala cuáles son los procesos de toma de decisiones.

Por otra parte, en los numerosos documentos sobre el tema se encuentran términos similares utilizados indistintamente para hacer referencia a la necesidad de aumentar la participación de las mujeres en la toma de decisiones, así encontramos por ejemplo: “participación equilibrada”, “aumento de representación femenina”, “alcanzar un número mayor de mujeres”. Al respecto, se considera que no es lo mismo perseguir una participación equilibrada de hombres y mujeres en la toma de decisiones

---

<sup>5</sup> A fecha 1 de enero de 2015 la población total de la Unión Europea es de 507 millones de personas, de las cuales el 48% corresponde a hombres y el 52% a mujeres. Información disponible en dirección web: <http://appsso.eurostat.ec.europa.eu/nui/submitViewTableAction.do> (consultada el 10/09/2015).

que buscar un aumento de representación femenina en el proceso de toma de decisiones, pues la participación de las mujeres no siempre implica representación, así como, se entiende que la representación de las mujeres no implica necesariamente participación de mujeres. No se considera necesario demostrar que en la actualidad, el ejercicio del poder sigue siendo masculino, pese a la supuesta concienciación y compromiso que hay en relación con el tema de la igualdad de género. Sin embargo, con el propósito de avalar las afirmaciones, es pertinente proporcionar algunos datos objetivos: actualmente, en los Estados miembros de la Unión Europea hay 7 mujeres en los máximos cargos de Gobierno de sus países, Angela Merkel, Canciller de Alemania, Dalia Grybauskaitė, Presidenta de Lituania, Kolinda Grabar-Kitarovic, Presidenta de Croacia, Marie-Luise Coleiro Preca, Presidenta de Malta, Eva Kopacz, Primera Ministra de Polonia, y Laimdota Straujuma, Jefa de Gobierno de Letonia. Adicionalmente, es válido mencionar también a la Primera Ministra del Reino Unido Theresa Mary May, a pesar de los recientes resultados del referéndum sobre la permanencia del Reino Unido en la Unión Europea . El 21% del poder en los Estados miembros de la Unión Europea está a cargo de mujeres, mientras que el 79% está en poder masculino. De esta manera, el promedio de participación de mujeres Europeas en los parlamentos nacionales en los Estados miembros de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), es del 25.5%, un promedio bajo si tenemos en cuenta que esta cifra incluye los países nórdicos cuyas tasas de participación femenina se encuentra en el 41.1%<sup>6</sup>; lo más interesante de los datos anteriormente descritos es que la distancia existente entre hombres y mujeres es producto de la discriminación y la exclusión histórica, es decir, la baja presencia de mujeres en los órganos de gobierno, toma de decisiones y ejercicio de poder, corresponde a motivos de origen cultural, que han impedido que las mujeres puedan acceder, permanecer y ejercer estos cargos. La sociedad asignó roles en función de la pertenencia a uno u otro sexo, por tanto se determinó que el área de la toma de decisiones pertenece a los varones, excluyendo de ella a las mujeres, a quienes se les confinó al espacio privado, labores domésticas, cuidado de niños, ancianos, etc. A pesar de que las cosas han cambiado y que los roles han sido poco a poco modificados, las consecuencias de esas pasadas

---

<sup>6</sup> Datos de la Unión Interparlamentaria, a 1 de noviembre de 2015, disponible en: <http://www.ipu.org/wmn-e/world.htm> (visitada el 5 de noviembre de 2015).

discriminaciones han permanecido hasta hoy y sus efectos aún se perciben, se siguen transmitiendo y se ven reflejados en lo que se refiere al ejercicio del poder político, económico, cultural.

La preocupación por el aumento de la participación de la mujer en los asuntos públicos ha sido un asunto de interés internacional. Existen diversos documentos donde se reconoce el derecho a la igualdad entre hombres y mujeres y concretamente el derecho a la igualdad en el acceso al poder político<sup>7</sup>. Ahora bien, antes de avanzar, es preciso hacer claridad en relación con el término “déficit democrático”, pues este concepto ha sido utilizado dentro del marco de la Unión Europea en dos sentidos; uno de ellos para denunciar la escasa presencia femenina en los órganos propios de toma de decisiones, señalando que la infrarrepresentación femenina en áreas de ejercicio de poder constituye una democracia incompleta o inacabada. Por otra parte, este concepto es también utilizado en el sentido de referir la falta de representatividad en los mecanismos decisorios de la Unión y a la escasa presencia del principio democrático en la misma, es decir la escasa posibilidad que tienen los ciudadanos (hombres y mujeres) para participar en los asuntos públicos de la Unión Europea, o por decirlo más claro, la amplia distancia entre el ciudadano y los órganos de poder de la Unión que fue una de las razones que impulsó la reforma de Lisboa<sup>8</sup>. Así las cosas, no sobra mencionar que este escrito hace referencia al “déficit democrático”, en el primer sentido mencionado, aunque también es cierto que la falta de comunicación entre los ciudadanos europeos y las Instituciones de la Unión es una cuestión que afecta también a las mujeres, como ciudadanas europeas.

---

<sup>7</sup> Hay textos sobre Derechos Humanos como la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 26); y la Convención Europea de Derechos Humanos (art. 14), textos específicos que abordan el tema, como la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer –CEDAW– (art. 4.1, 7 y 8).

<sup>8</sup> Para profundizar sobre el déficit democrático en el segundo sentido, recomendamos ver, entre otros: Portero Molina, J.A., “Legitimidad democrática y Constitución Europea”, Archibugi, D., “Notes on Democracy in the European Union”, Crum, B., “Tailoring representative democracy to the European Union: Does the European Constitution reduce the democratic deficit?” y Maestro Buelga, G., “Poder constituyente, principio democrático y continuidad en el Tratado Constitucional de la Unión Europea”.

Es a partir del Tratado de Ámsterdam cuando se puede empezar a hablar de la igualdad como misión y objetivo de la Unión Europea. La igualdad en el ejercicio de poder y la toma de decisiones entre mujeres y hombres es un asunto que forma parte del concepto de igualdad y por tanto es deber de la Unión Europea trabajar hacia ese propósito. La necesidad de fomentar la participación de la mujer en los procesos decisorios como condición de la democracia ha sido reconocida ampliamente por la Unión Europea; dentro de las Declaraciones políticas, textos llenos de maravillosas intenciones pero sin ningún poder vinculante, se debe destacar la “Declaración de Atenas”. En efecto, el 3 de noviembre de 1992, en la ciudad de Atenas, se celebra la primera cumbre europea de “mujeres en el poder”, para analizar la situación de la mujer dentro de la sociedad e impulsar su participación dentro de la política (Instituto de la mujer, 2004). En ella se resalta el déficit democrático que sufren los países de la Unión Europea y se suscribe una declaración dentro de la que conviene destacar varios puntos:

En primer lugar, se hace alusión a la *paridad*, al afirmar: “La democracia exige la paridad en la representación y en la administración de las naciones”, sin embargo, más adelante, se hace alusión repetidamente al término *equilibrio*, manifestando:

la participación equilibrada de mujeres y hombres en la toma de decisiones puede generar ideas, valores y comportamientos diferentes, que vayan en la dirección de un mundo más justo y equilibrado tanto para las mujeres como para los hombres” (...) “al firmar la presente declaración, lanzamos una campaña de movilización, para asegurar una participación equilibrada de las mujeres y de los hombres en los puestos de decisión, tanto a nivel local, como regional y nacional y en las instituciones europeas, incluido el próximo Parlamento Europeo (2004).

De manera simultánea se reivindica el reparto equilibrado de los poderes públicos entre hombres y mujeres, así como la necesidad de asegurar la participación igual de sus ciudadanos y ciudadanas en la vida pública y política. En esta Declaración, se afirma que es necesaria una participación equilibrada de mujeres y hombres en la toma de decisiones puesto que las mujeres constituyen la mitad de la población, la mitad de los talentos, por tanto ignorarlos significa una gran pérdida para el conjunto de la sociedad.

Quienes suscriben este documento, manifiestan que la igualdad formal y material entre hombres y mujeres es un derecho fundamental de los seres

humanos, por lo que un sistema democrático debe asegurar una participación igual de sus ciudadanos y ciudadanas en la vida pública y política (Cobo, R., 2002).

La Declaración de Atenas, es un documento muy importante por cuanto está suscrito por mujeres insignes, diputadas, ministras, y jefas de Estado; y además porque pone de manifiesto el problema de la infrarrepresentación femenina, invitando a los organismos europeos a la adopción de medidas correctoras que permitan la plena participación de las mujeres al interior de esos organismos y adicionalmente, porque representa un referente en cuanto al ámbito europeo, en la medida en que estableció el compromiso de implantar el 50% de mujeres y hombres en los cargos de representación y de toma de decisiones.

Posteriormente, el 18 de mayo de 1996, se suscribe la Carta de Roma, por parte de trece Ministras procedentes de los Estados Miembros de la Unión Europea, a excepción de Reino Unido y España, dentro del marco de la cumbre sobre “Mujeres por la renovación de la política y de la sociedad” (Instituto de la mujer, pp. 26-30). En esta oportunidad, se reitera lo consagrado en la Declaración de Atenas y se hace un llamamiento a las instituciones y organismos europeos para que se adopten medidas destinadas a establecer el equilibrio entre mujeres y hombres en la toma de decisiones. Se consagra que la igualdad verdadera entre hombres y mujeres revitalizará la democracia y aumentará la confianza de los ciudadanos en sus Instituciones. De acuerdo con este documento, pese a los esfuerzos realizados, la vida política y los procesos de toma de decisiones siguen estando dominados por los hombres, lo que limita gravemente la calidad de los procesos de toma de decisiones y de la democracia. La declaración de Roma afirma: “La democracia adquirirá un significado real y dinámico cuando las mujeres y los hombres definan conjuntamente los valores que quieren defender en la vida política, económica, social y cultural y juntos tomen las decisiones que se consideren”. Además sostienen que el reparto equilibrado de mujeres y hombres en la toma de decisiones mejorará la calidad de vida de todos y todas y se atenderán los problemas sociales europeos.

Finalmente, se hace mención al “empoderamiento”, en el sentido de adoptar una estrategia urgente para otorgar mayor poder a las mujeres; y a la necesidad de la integración de la perspectiva de género en todas las políticas de la Unión Europea. En 1999, la Comisión Europea promovió

la Conferencia Europea de París, llevada a cabo el 17 de abril del mismo año, bajo la consigna “Las mujeres y los hombres en los puestos de poder: una sociedad solidaria, una economía dinámica y una visión para Europa” (Instituto de la mujer, pp 31-34). En esta Conferencia se suscribió la Declaración de París, donde los ministros de todos los Estados miembros de la Unión Europea, se comprometieron a impulsar medidas tendientes a conseguir que la igualdad formal se transformara en igualdad real. Además existe un importante acervo documental dónde las Instituciones de la Unión han señalado la necesidad y la importancia de asegurar la participación equilibrada de hombres y mujeres en la toma de decisiones<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> Documentos del Consejo: Recomendación 84/635/CEE del 13 de diciembre de 1984, relativa a la promoción de acciones positivas en favor de la mujer (DO. L 331 del 19 de diciembre de 1984, pp. 34-35). Res. del Consejo del 27 de marzo de 1995, relativa a la participación equilibrada de hombres y mujeres en la toma de decisiones (DO.C 168 de 04 de julio de 1995, p. 3). Recomendación 96/694/CE, del Consejo, de 2 de diciembre de 1996, sobre participación equilibrada de hombres y mujeres en los procesos de toma de decisión (DO.L 319 de 10/12/1996, pp. 11-15). Res. del Consejo y de los Ministros de trabajo y asuntos sociales, reunidos en el seno del Consejo de 29 de junio de 2000, relativa a la participación equilibrada de hombres y mujeres en la actividad profesional y en la vida familiar (DO.C 218 de 31 de julio de 2000, pp. 5-7). Documentos del parlamento: Resolución del 11 de febrero de 1994, del Parlamento Europeo, relativa a la mujer en los órganos decisorios (DO.C. 61 de 28 de febrero de 1994, p. 248). Resolución de 15 de noviembre de 1996, sobre la aplicación de la igualdad de oportunidades de hombres y mujeres en la función pública (DO. C 362 de 2 de diciembre de 1996, p. 337). Resolución del 2 de marzo de 2000, sobre las mujeres y la toma de decisiones (DO. C 168 del 10 de junio de 1996, p. 269). La Resolución del Parlamento Europeo de 18 de enero de 2001, sobre el informe de la Comisión sobre la aplicación de la recomendación 96/694 del Consejo de 2 de diciembre de 1996, relativa a la participación equilibrada de las mujeres y los hombres en los procesos de toma de decisión (DO. C 262 de 18 de septiembre de 2001, p. 248). Resolución del Parlamento Europeo del 12 de marzo de 2003, sobre la integración de la perspectiva de género en el Parlamento Europeo (DO. C. 61 E del 10 de marzo de 2004, pp. 384-392). Reglamento (CE) No 1922/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de diciembre de 2006 por el que se crea un Instituto Europeo de la Igualdad de Género (DO. L. 403 de 3º de diciembre de 2006, pp. 9-17). Documentos de la Comisión: La Decisión de la Comisión de 19 de junio de 2000, relativa al equilibrio entre hombres y mujeres en los comités y los grupos de expertos creados por la Comisión (DO. L 154, 27 de junio de 2000, p. 54).

Corresponde ahora verificar si esas buenas intenciones y todas las disposiciones se llevan a la práctica. Desafortunadamente hay que adelantar que pese a que la Unión Europea constituye un modelo de vanguardia, aún queda mucho camino por recorrer en el campo de la igualdad entre los hombres y las mujeres, al menos en lo que a la toma de decisiones se refiere. El compromiso por parte de las Instituciones de la Unión Europea con la participación equilibrada de hombres y mujeres en los procesos de toma de decisión difiere en cada caso, si bien es preciso tener en cuenta que por su composición, designación y número de miembros, es difícil aplicar una política de equilibrio. La Comisión Europea, el Parlamento Europeo, el Tribunal de Justicia, el Comité Económico y Social, han creado los Comités Paritarios para la Igualdad de Oportunidades “COPEC”, los cuales están encargados de proponer recomendaciones para fomentar la igualdad y fomentar la representación equilibrada de ambos sexos en todos los niveles de la organización administrativa de la Unión; a través de sus delegados se conforman los “INTERCOPEC”, donde se intercambia información y trabaja coordinadamente con el propósito de fomentar la igualdad de oportunidades. Por otra parte, el Parlamento Europeo y el Consejo aprobaron la creación del Instituto Europeo de la Igualdad de Género (DO. L. 403 de 30-12-2006, pp. 9-17)<sup>10</sup>, dentro de sus objetivos principales se encuentra la promoción de la igualdad de género, el fortalecimiento de la incorporación de la perspectiva de género en todas las políticas comunitarias y, la lucha contra la discriminación por motivos de sexo. Resulta satisfactorio, que el nombre del instituto incluya la palabra “género”, la cual, como ya se ha hecho alusión en diversas oportunidades, se refiere a que lo que conocemos como masculino y femenino es una construcción sociocultural basada en el sexo de las personas y que convierten esas diferencias sexuales en desigualdades, por lo que resulta un paso muy avanzado en lo que a la igualdad se refiere.

Concretamente en lo que tiene que ver con la presencia de mujeres en las Instituciones de la Unión Europea, las cifras hablan por sí mismas. El Parlamento Europeo es la única Institución elegida mediante sufragio directo, con 751 eurodiputados, de los cuales 277 son mujeres, lo que corresponde al 37%. En cuanto al Consejo Europeo, está actualmente conformado por los 28 jefes de estado o de gobierno de los Países Miembros. Por su parte,

---

<sup>10</sup> Reglamento (CE) No 1922/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de diciembre de 2006 por el que se crea un Instituto Europeo de la Igualdad de Género.

el Consejo de la Unión Europea, está conformado por los ministros de cada estado Miembro del ramo relacionado con el tema que se va a tratar. La Comisión Europea es el órgano ejecutor de la Unión, conformada por 28 comisarios, de los cuales 9 son mujeres, representando el 32%. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, cuenta con un juez por cada Estado miembro, de los cuales 5 son mujeres, es decir representan el 18% del poder, en cuanto a los abogados generales, hay 2 mujeres dentro de un total de 11, lo cual representa el 18%. Es preciso destacar que actualmente Emilly O'Reilly se desempeña como Defensora del Pueblo. Pese a todas las indicaciones a favor de la participación equilibrada de mujeres y hombres en la toma de decisiones y la infinidad de documentos y referencias que llaman la atención sobre su importancia y necesidad, el compromiso de la Unión con relación a estos mandatos y en general con la igualdad de género es lamentable, veamos dos experiencias que demuestran la ausencia de compromiso con los mandatos del principio de participación equilibrada de hombres y mujeres en los procesos de toma de decisión.

- **La carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea**

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea representa un documento de suma importancia en materia de derechos para los ciudadanos y ciudadanas europeas, ya que recoge derechos civiles, políticos, económicos y sociales. Adquirió fuerza vinculante a partir de la reforma de Lisboa (DO. C 326 del 26 de octubre de 2012, pp. 391-407). En cuanto al principio de igualdad ha sido objeto de duras críticas (Salazar & Freixes 2006), tanto por su contenido como por la composición de los miembros de la Convención que la redactó<sup>11</sup>.

En cuanto a su contenido, es realmente desafortunada. Dentro del Título III, llamado “igualdad” se mezclan los conceptos de igualdad ante la ley, no discriminación y los diferentes tipos de discriminación, haciendo referencia

---

<sup>11</sup> El término “Convención” hace referencia a un grupo de personas que representa a las Instituciones de la Unión, los Gobiernos nacionales y los Parlamentos, y que se reúnen para elaborar un documento importante. Se utiliza en la medida en que hace posible la participación ciudadana, vinculando a representantes de grupos y organizaciones, ampliando de esta manera la legitimidad en las decisiones adoptadas. Se diferencia de la “Conferencia Intergubernamental”, en que en ésta sólo los Jefes de Estado y Gobierno deciden y el contenido de las decisiones se refiere exclusivamente a Tratados de la Unión.

a la diversidad cultural, religiosa y lingüística, la igualdad entre las mujeres y los hombres, los derechos de los niños, los derechos de la tercera edad y la integración de las personas con discapacidad. Así lo confirma Freixes, al manifestar: “Vista la composición de la Convención, no es de extrañar que el tratamiento que la igualdad entre las mujeres y los hombres ha recibido en la Carta, no siguiera la línea que en los últimos años había emprendido al respecto la Unión Europea. En efecto, como si los Tratados comunitarios no tuvieran contenido alguno en materia de igualdad de género, como si en ellos no se hubiera introducido el “mainstreaming”, como si en el Derecho derivado no se hubiera consolidado un importante acervo sobre la igualdad que los mismos Tratados obligan a respetar y mantener, la igualdad entre las mujeres y los hombres se sitúa en un título de la Carta que tiene como denominación genérica “Los derechos de igualdad” (Freixes, pp. 3 - 4). Y es que en efecto, la igualdad entre hombres y mujeres fue incluida en el texto de la Carta de una manera reducida, ignorando los avances alcanzados previamente en declaraciones y documentos, la jurisprudencia del TJUE, y perdiendo la maravillosa oportunidad de consagrar el contenido de la participación equilibrada entre hombres y mujeres (Figueroa, 2010), este es el texto:

Artículo 23. Igualdad entre hombres y mujeres.

La igualdad entre hombres y mujeres será garantizada en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución.

El principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que ofrezcan ventajas concretas en favor del sexo menos representado.

Sin embargo, bien lo indica Teresa Freixes, cuando señala que gracias al artículo 53 de la misma Carta, el nivel de desarrollo y protección de la igualdad no va a disminuir, pues este artículo establece dicha garantía: “Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión, la Comunidad o los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las constituciones de los Estados miembros” (Freixes, p. 5).

La composición del órgano encargado de redactar la carta de derechos Fundamentales de la Unión Europea se hizo obedeciendo a los criterios

establecidos por los Consejos Europeos de Colonia y Tampere. La Convención que redactó la Carta se conformó por 62 miembros titulares:

- 16 Europarlamentarios, 5 mujeres titulares, lo que representa el 31,25%. Hubo 7 mujeres suplentes.
- 30 representantes de los Parlamentos nacionales, de los cuáles 6 fueron mujeres, lo que equivale al 20%. Hubo 8 mujeres suplentes.
- 15 representantes de los Gobiernos nacionales, no hubo mujeres titulares, y tan sólo una mujer fue designada como suplente.
- 1 representante de la Comisión, titular y suplente hombres.
- Como observadores asistieron 2 hombres representantes del Tribunal de Justicia, una mujer y un hombre representantes del Comité de las Regiones, una mujer y dos hombres del Comité Económico y Social, el Defensor del Pueblo Europeo, y 2 hombres titulares y dos hombres suplentes del Consejo de Europa.

En total entre titulares y suplentes la Convención se conformó de 125 miembros de los cuales tan sólo 29 fueron mujeres, lo que significa el 23,2%, siendo 13 titulares y el resto, 16, suplentes, lo cual resulta vergonzoso. Lo que prueba, además que es necesaria la presencia de las mujeres para que determinados asuntos cobren importancia o sean atendidos de la manera que se requiere. De acuerdo con los datos de composición de la Convención, en realidad la presencia de mujeres en la elaboración de La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea se redujo a un 18% si tenemos en cuenta a las representantes titulares (Freixes, p. 3)<sup>12</sup>, lo cual evidencia dos situaciones: el principio de participación equilibrada de hombres y mujeres en los procesos de toma de decisión no es respetado, y dos: se necesita una herramienta mediante la cual se garantice la eficacia de dicho principio.

---

<sup>12</sup> Al respecto Teresa Freixes afirma: “Hay que llamar la atención en el hecho de que la Convención se formara obviando uno de los principios más significativos del derecho comunitario, que se ha ido consolidando a lo largo de estas últimas décadas, y que se plasmó en toda su extensión y transversalidad en el Tratado de Amsterdam: nos referimos al principio de la participación equilibrada entre las mujeres y los hombres en la toma de decisión”

- **La convención por la cual se establece por la cual se establece una Constitución para Europa**

La reforma institucional de la Unión Europea se empezó a gestar a partir del Consejo Europeo de Niza de diciembre de 2000, posteriormente en el Consejo Europeo de Laeken llevado a cabo el 14 y 15 de diciembre de 2001, se realizó la convocatoria de una Convención para llevar a cabo dicha reforma que definiría el futuro de Europa. La Declaración de Laeken incluye en su anexo 1, la composición y el método de trabajo de la Convención. Como ya se ha señalado, debido a los obstáculos presentados con relación a la aprobación del Tratado Constitucional, se convocó una Conferencia Intergubernamental para redactar una reforma. Interesa, por tanto, verificar la composición de la Convención que en su momento redactó dicho proyecto Constitucional. Lamentablemente, una vez más el principio de participación equilibrada entre hombres y mujeres en los procesos de toma de decisión, supuestamente consolidado en la Unión Europea, es ignorado, lo que se confirma en el informe de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones - Informe anual (COM/2003/0098) sobre la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en la Unión Europea en 2002, cuando se señala la ausencia de representación femenina en la Convención y se afirma que para compensar esta “falta” se ha defendido una mayor integración de la perspectiva de género.

La presencia de mujeres en la elaboración del proyecto de Constitución fue de la siguiente manera (Composición de la Convención Europea para la elaboración del proyecto de tratado):

- En el Presídium, que desempeñó un papel impulsor, se encontraba compuesto por 12 miembros, el Presidente y los Vicepresidentes de la Convención y nueve miembros de la misma. De los 12 miembros uno de ellos fue una mujer, es decir la presencia femenina fue del 8,33%.
- En la Presidencia y vicepresidencias el porcentaje de presencia femenina es del 0%, 3 hombres estuvieron al frente de estos cargos.
- En los Representantes del Parlamento Europeo estuvieron presentes 5 mujeres titulares y 7 suplentes. De un total de 16 miembros titulares, 5 de ellos fueron mujeres, lo que significó un 31.25% de presencia femenina.

- En los representantes de los Jefes de Estado o de Gobierno de los Países miembros, encontramos una representación femenina de 13,33% de mujeres, de 15 miembros titulares tan sólo 2 de ellos fueron mujeres; en las suplencias fueron 3 mujeres.
- En los representantes de los Parlamentos Nacionales, dos por País miembro, el porcentaje de mujeres es del 10%, de 30 miembros titulares tan sólo 3 eran mujeres, hubo también 3 suplentes.
- En los representantes de la Comisión Europea la presencia de mujeres fue de 0%, dos hombres titulares y dos hombres suplentes.
- En los representantes designados por los gobiernos de los Países candidatos a la adhesión se enviaron 4 mujeres de un total de 13 miembros, lo que representa un 30.76% de presencia de mujeres. Hubo dos mujeres suplentes.
- En los representantes de los parlamentos nacionales de los países candidatos a la adhesión, dos por país candidato, hubo 3 mujeres de 26 miembros, lo que significa una presencia de mujeres equivalente al 11.5%. Hubo 6 mujeres suplentes.
- Finalmente en cuanto a la presencia de mujeres actuando como observadoras, los porcentajes no varían: Por el Comité de las Regiones de 6 miembros 1 mujer, lo que corresponde al 16,6%. Por el Comité Económico y Social, una mujer de tres miembros, el 33.3%. Por los interlocutores sociales europeos 3 hombres, 0% de presencia femenina y El defensor del Pueblo Europeo.

Conforme con los datos anteriores, de 118 miembros titulares que tuvo la Convención, tan sólo 19 de ellos fueron mujeres, lo que equivale al 16,10% de representación femenina, lo que generó, como es obvia una ausencia de la perspectiva de género en el proyecto. Adicionalmente, debe resaltarse, siguiendo a Teresa Freixes, la ausencia de referencia alguna a la igualdad entre hombres y mujeres en el anteproyecto de Tratado Constitucional presentado por Valéry Giscard d'Estaing, presidente de la Convención, lo que puso en peligro los logros alcanzados a partir de Ámsterdam en esta materia (p. 16). Fue gracias a las propuestas del Parlamento Europeo y las sugerencias de las Ong's que se consiguió el mantenimiento del acervo existente en materia de igualdad entre hombres y mujeres y la obligatoriedad de tener en cuenta la perspectiva de género en todas las políticas de la Unión.

Así las cosas, la consagración de la igualdad entre hombres y mujeres en la Convención para la redacción de la Carta de los derechos Fundamentales y en la Convención para el futuro de Europa, demuestra que es necesaria la presencia equilibrada de mujeres y hombres para que determinados asuntos cobren importancia o sean atendidos de la manera que se requiere. Pues como se evidenció, ni el principio de presencia equilibrada de hombres y mujeres en la toma de decisiones ni la perspectiva de género estuvieron presentes. Ahora bien los datos anteriormente descritos indican que el número de mujeres que participan en la toma de decisiones es muy bajo, sin embargo, no quiere decir que este bajo número de mujeres representen a las mujeres en el sentido de representar una lucha por la igualdad, es como señala Amelia Valcárcel “hablar de mujeres no es lo mismo que hablar de feminismo” (1997, p. 80). Es necesario, que esté presente una perspectiva de género también en la razón de cada una de esas mujeres, no se hace referencia a que deban ser militantes feministas, ni tan siquiera feministas, sino más bien que exista un sentimiento de solidaridad de género, una conciencia acerca de la necesidad de un cambio social, de luchar por el ideal de igualdad entre hombres y mujeres. Por esto, no basta con que hayan más mujeres en los espacios de poder, sino que además es necesario que esas mujeres sean conscientes de su papel, de lo contrario no será posible verificar un cambio estructural. Cambio estructural en el que también deben participar los hombres<sup>13</sup>. Por supuesto, el propósito de que las mujeres que accedan a los espacios de poder tengan esa conciencia de género es sólo un propósito pues resultaría muy difícil controlar esto imposible imponerlo como condición de acceso.

Si bien es cierto no es posible afirmar que un aumento numérico en la presencia femenina en un espacio de poder garantiza su representación, si se considera importante un aumento significativo en el número de mujeres (Agacinsky, 1998).

Para obtener mejores resultados en los esfuerzos realizados por alcanzar una participación equilibrada de hombres y mujeres en los procesos de toma de decisión, es fundamental un mayor compromiso por parte de las Instituciones al determinar la composición de sus órganos internos. Nos

---

<sup>13</sup> Reiteramos que en este punto el problema es de selección, pues resultaría impensable imponer la condición para aspirar a determinado cargo o puesto a ocupar por una mujer que “tengan conciencia de género”. Máxime cuando hay mujeres que consideran que no es necesario utilizar medidas correctoras de desigualdades.

referimos concretamente a las Unidades, Comités, Grupos de trabajo, etc, creados por cada Institución para que cuando fijen la composición de cada uno de estas unidades, comités y grupos de trabajo se establezca como obligatorio el principio de participación equilibrada. Por ejemplo, la Comisión mediante Decisión 82/43/CEE, modificada por Decisión 95/420/CE del 19 de julio de 1995, creó un Comité consultivo para la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, pues bien al determinar la composición de dicho Comité Consultivo la Comisión consagra:

Artículo 3.1. El Comité estará formado por cuarenta miembros, a saber:

- a) un representante, hombre o mujer, por Estado miembro de los ministerios o servicios gubernamentales encargados de promover la igualdad de oportunidades entre las mujeres y los hombres, que designará el Gobierno de cada Estado miembro;
- b) un representante, hombre o mujer, (...)”.

Si se quiere lograr el objetivo de la participación equilibrada es necesario, sobre la base del ejemplo que estamos utilizando, que se establezca un orden alterno para los nombramientos de este tipo de cargos, es decir, si un Estado miembros designó como su representante titular a una mujer, el suplente deberá ser un hombre y viceversa. Además deben alternarse esos nombramientos, si el anterior representante de un determinado Estado fue un hombre, el siguiente será mujer y así sucesivamente.

#### ANÁLISIS DEL ACERVO DOCUMENTAL DE LA UNIÓN EUROPA RELATIVO A LA PARTICIPACIÓN EQUILIBRADA DE MUJERES Y HOMBRES EN LOS PROCESOS DE TOMA DE DECISIÓN

La igualdad entre hombres y mujeres constituye un eje fundamental de la igualdad dentro de la Unión Europea, el propósito es la eliminación de las desigualdades y la promoción de la igualdad de género, y para lograr este objetivo existen tres mecanismos la legislación, la adopción de acciones positivas y la implementación de la “transversalidad de género” que consiste en la integración de la perspectiva de género en todas las políticas, programas y acciones, analizando y evaluando el impacto de cada una de ellas sobre la vida de hombres y mujeres. En cuanto al asunto de la participación equilibrada de hombres y mujeres en la toma de decisiones dentro de las Instituciones y organismos comunitarios debe destacarse que

existe consenso en relación con la infrarrepresentación de las mujeres en las estructuras de poder, y sobre la necesidad de aumentar el número de mujeres en dichas estructuras, sin embargo no existen estrategias concretas y mucho menos efectivas, encaminadas a lograr la participación equilibrada. Las estrategias utilizadas son de fomento, promoción, favorecimiento, etc, pero no existe ninguna medida concreta que posea poder vinculante. Se observa que existe total acuerdo en que es necesario incrementar el número de mujeres en los espacios de toma de decisiones, pero no en cuanto a las medidas para conseguirlo; en el mismo sentido se pronuncia Elviro Aranda (p. 106), al referirse a los actos de naturaleza política como las resoluciones, declaraciones, etc. Igualmente, Aida Figueroa (2010, p 117) califica este tipo de pronunciamientos como “meros postulados teóricos abismalmente superados”. De conformidad con el amplio acervo comunitario en materia de igualdad entre hombres y mujeres en los procesos de toma de decisión, se considera que es un tema que ocupa un importante lugar en las políticas de la Unión (Garrido, 2002), ya que la Unión Europea ha desarrollado un amplio marco de actuación en relación con este tema, de hecho ha impulsado investigaciones, ha creado grupos de expertos, ha propuesto posibles soluciones, sin embargo todo esto ha sido insuficiente, pues además de valorar positivamente los esfuerzos, los resultados de dichos esfuerzos no han sido satisfactorios. Concretamente se requiere una política decidida que compense las desigualdades existentes que impiden, en este caso en concreto, a las mujeres acceder a cargos de toma de decisiones y ejercer y permanecer en el ejercicio del poder. Obviamente, esto supone una ruptura de la igualdad de trato, autorizada por el artículo 23 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, pues implica tratar diferente a hombres y mujeres, pero que se encuentra objetivamente justificada y por lo tanto se considera legítima, al buscar la igualdad real. Se parte del supuesto de que “formalmente” existe igualdad de condiciones para el goce y ejercicio del derecho, es decir, tanto mujeres como hombres tienen las mismas posibilidades de acceder, ejercer y permanecer en cargos de toma de decisiones, pero desafortunadamente esto no es así, existen obstáculos que impiden tal ejercicio del derecho en relación con la mujer, por lo tanto es necesario una política decidida. Además, existe una confusión en relación con los términos, la cuestión se plantea como un asunto de “presencia”, es decir, en relación con los hombres, hay pocas mujeres en los procesos de toma de decisión, sin embargo en muchos documentos se hace alusión a la

infrarrepresentación femenina, y planteando el problema de la representación de intereses, es decir, se plantea si la escasa participación implica poca representación, pero se debe tener en cuenta que la amplia participación no asegura la representación. Y la solución que se plantea en todos los documentos es la participación equilibrada de hombres y mujeres en los procesos de toma de decisión.

De acuerdo con lo anterior, se evidencian dos problemas uno, el escaso número de mujeres en el ejercicio del poder y dos, la infrarrepresentación femenina, planteada en términos de representación de intereses.

Ante este panorama la solución al primer problema es aumentar el número de mujeres en las estructuras de poder de la Unión, mediante un acción comprometida y eficaz con la participación equilibrada de hombres y mujeres en la toma de decisiones y la aplicación de medidas de acción positiva al interior de cada estructura de poder, obviamente aquellas cuya conformación depende de la Unión Europea como Institución y no de los Países miembros; en cuanto a la solución al segundo problema, resulta más complejo, pues la presencia de más mujeres en las estructuras de poder no garantiza la representación de las mujeres, sin embargo como se ha señalado en varios documentos mencionados, si enriquece el debate al tener en cuenta experiencias y ópticas diferentes. La participación equilibrada de hombres y mujeres permite realizar la transversalidad de género al interior de las Instituciones y estructuras de poder, al tener en cuenta la incidencia de cada decisión en la vida de las mujeres y de los hombres, lo cual no se consigue cuando esa estructura de poder está conformada sólo o mayoritariamente por varones pues se silencian las voces, experiencias y las necesidades de las mujeres y se anula la eficacia de la decisión precisamente porque no se tiene en cuenta esa perspectiva de género. Es importante resaltar que los documentos anteriormente relacionados, hacen especial énfasis en la necesidad de lograr como es la participación equilibrada, sin embargo no hay concreción en cuanto al verdadero contenido de dicha participación, todo se queda en meras declaraciones de buenas intenciones, pues el problema es la infrarrepresentación y la solución es la participación equilibrada, pero no se describen mecanismos concretos para conseguirla. Para que la solución sea eficaz se debe atender a las causas de la infrarrepresentación femenina en los procesos de toma de decisión y a los obstáculos y dificultades que impiden a las mujeres acceder, ejercer y permanecer en las estructuras de

poder, tales como dificultad para acceder a formación especializada, falta de experiencia, tiempo y cargas familiares. También debe tenerse en cuenta, a la hora de concebir soluciones, que dichos obstáculos y dificultades no son de índole jurídica, sino política y social. Por otra parte, ante la dificultad de adoptar una estrategia decidida de acción positiva a favor la participación equilibrada de los hombres y las mujeres en la toma de decisiones ante el temor de que otros grupos o colectivos reivindiquen las mismas ventajas, como por ejemplo grupos de homosexuales, gitanos, inmigrantes que buscan representación, es necesario concebir para las mujeres el reconocimiento de una categoría especial y transversal, con la finalidad de crear y aplicar medidas específicas para la discriminación por razón de sexo, diferentes de las existentes para otros tipos de discriminaciones.

La necesidad de que exista un equilibrio de mujeres y hombres dentro de las esferas de adopción de decisiones se considera importante, básicamente por dos razones: por legitimidad en las decisiones y para evitar la probabilidad de que parte de asuntos e intereses que involucran a la sociedad sean excluidos o ignorados. Pues si bien no existen intereses determinados por el sexo, si existen necesidades diferentes y asuntos que les afectan en mayor medida. A partir del Tratado de Ámsterdam, el principio de participación equilibrada de mujeres y hombres en la toma de decisiones, se plasmó de manera integral, lo que habilita para la adopción de acciones vinculantes que favorezcan la composición equilibrada de hombres y de mujeres en las estructuras de la Unión para la adopción de decisiones y ejercicio de poder. La estrategia de la transversalidad representa una medida idónea, sin embargo ésta por sí sola no garantiza resultados, debe ser complementada con otra serie de medidas de diversa naturaleza, sensibilización, formación, conciliación, financiación. Así lo confirman el Parlamento Europeo y el Consejo, al manifestar que la desigualdad de género es un fenómeno multidimensional que requiere una combinación global de medidas (DO. L. 403 de 30-12-2006, pp. 9-17)<sup>14</sup>.

Pese a que el acervo en esta materia es débil, en la medida en que no establece ninguna estrategia concreta y eficaz para alcanzar el equilibrio, se puede afirmar que se evidencia un esfuerzo por parte de las Instituciones para que sus espacios de ejercicio de poder, adopción de decisiones y elaboración

---

<sup>14</sup> Considerando 5 del Reglamento (CE) No 1922/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de diciembre de 2006 por el que se crea un Instituto Europeo de la Igualdad de Género.

de políticas este compuesto de manera equilibrada tanto por hombres como por mujeres, pero ese esfuerzo no se materializa en la práctica, pues el poder sigue siendo masculino. Es importante determinar que si bien es cierto el único mecanismo a corto plazo para conseguir una democracia inclusiva es través de acciones positivas, concretamente de las cuotas, tanto para que las mujeres vayan ganando espacio como para que la sociedad se acostumbre a ver mujeres adoptando decisiones<sup>15</sup>. Ahora bien, las cuotas electorales en favor de la mujer con todos sus críticas e inconvenientes, aseguran el acceso de un número determinado de mujeres a una estructura de poder, pero persiste el problema y los obstáculos para la permanencia y el ejercicio efectivo de poder. Es decir, el problema se traslada a las posibilidades de influir realmente en las decisiones, y en permanecer en dicho ejercicio; básicamente la política de la Unión Europea para lograr una participación equilibrada de hombres y mujeres en los procesos de toma de decisión se limita a su promoción, en parte debido a su limitada competencia en el asunto, aunque esto sólo aplica en relación con los Estados Miembros. En relación con la composición interna de sus órganos, hace falta una política más decidida por parte de la Unión Europea en conjunto y de cada uno de sus Instituciones, para que la igualdad entre hombres y mujeres sea una realidad, específicamente en lo relacionado con la participación de la mujer en la toma de decisiones. Como se puede observar, pese al compromiso de la Unión Europea con la igualdad entre hombres y mujeres, no existe aún una herramienta jurídica idónea que garantice el establecimiento y permanencia de la igualdad real. Existe un sin fin de afirmaciones y declaraciones de buenas intenciones, pero estas no se traducen en el ámbito de la fuerza vinculante que deben tener para garantizar su cumplimiento.

Pero entonces, ¿cómo lograr un efectivo incremento del número de mujeres en la adopción de toma de decisiones? Se considera que las actuaciones deben ir dirigidas hacia diferentes frentes:

- Los partidos políticos: Se debe diseñar una estrategia decidida por parte de los partidos políticos, de tal manera que al interior de los mismos haya un suficiente número de militantes mujeres dispuestas a presentarse como candidatas a diferentes cargos.

---

<sup>15</sup> Al respecto es importante destacar los tópicos que han ido construyéndose a partir del discurso de los derechos de género, como un mecanismo disuasorio de superación y evolución de los esquemas patriarcales (Oliveros, 2013).

- Auto imposición de cuotas para que las listas sean elaboradas bajo los criterios de igualdad entre hombres y mujeres.

Iniciar campañas educativas y de concienciación que contribuyan a la transformación de la sociedad y al cambio de mentalidades tanto de las mujeres como de los hombres.

- Por parte de la Unión Europea: Promover un cambio para que a nivel educativo y cultural dejen de transmitirse valores, estereotipos y roles de acuerdo con la pertenencia a uno u otro género, incluso por dar un ejemplo, controlar los mensajes sexistas que se transmiten a través de la publicidad.

Tener claro que el reparto de poder político entre hombres y mujeres hace parte del contenido de la dignidad humana, en el sentido de la existencia de dos sexos que componen la raza humana y que este hecho debe verse reflejado en los órganos de representación democrática y de ejercicio de poder y adopción y diseño de políticas.

Definir el contenido del concepto participación equilibrada de hombres y mujeres en la toma de decisiones, de tal manera que haya manera de exigir un mínimo de presencia de mujeres en determinados órganos de adopción de decisiones, a través de adopción de medidas de acción positiva.

- Aceptar que los conceptos de democracia, ciudadanía, soberanía, libertad de la candidatura, y la idea unidad e indivisibilidad del cuerpo electoral son evolutivos, flexibles y dinámicos, más no obstáculos para el ideal de justicia. Incluso se puede llegar a afirmar que tales conceptos valdrían o serían más discutibles, al menos dignos de profundizar, dentro del marco de un Estado soberano, pero no dentro de una organización con las características de la Unión Europea, donde no existe un “pueblo” europeo, y donde el único órgano que se elige directamente es el Parlamento.
- Comprometerse con una política que genere la repartición de responsabilidades domésticas, ya que estas comportan uno de los mayores obstáculos para que las mujeres puedan acceder al ejercicio profesional. Es necesaria la participación de los hombres en la vida familiar y doméstica.

- Es necesario construir una nueva escala de valores, donde las mujeres participen de la vida pública y los varones se comprometan con las responsabilidades de la vida privada, obviamente esto requiere una transformación cultural y educativa.
- Evaluación y control permanente sobre el cumplimiento de las medidas y su efectividad.

## CONCLUSIONES

1. Del análisis precedente podemos concluir que a pesar de que se encuentra consolidado el principio de la “participación equilibrada de hombres y mujeres en la adopción de decisiones”, lamentablemente, no se determina el contenido de dicha participación equilibrada. Por tanto, si hablamos del derecho a la igualdad entre hombres y mujeres en la toma de decisiones, debemos limitarlo a la igualdad de oportunidades en las posibilidades de acceso al ejercicio del poder, sin embargo no a una participación equilibrada, en la medida en que no existe una norma vinculante que establezca y defina en qué consiste esa *participación equilibrada*. Así las cosas, podemos afirmar que dentro del sistema jurídico de la Unión Europea, su normativa y su dinámica jurídica, no se consagra una garantía eficaz del equilibrio entre hombres y mujeres en el ejercicio de poder y la toma de decisiones.

2. Pese a lo anterior, existe la posibilidad de adoptar medidas “en favor del sexo menos representado” En efecto, el artículo 157 núm. 3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea dispone la posibilidad de adopción de medidas al interior de la Unión con el fin de garantizar el principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato para hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación. Dicha posibilidad, se consagra en un contexto más amplio, “en todos los ámbitos” en el art. 23 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

3. La Unión Europea apuesta por la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en todos los aspectos impulsando medidas a partir del área de la política de empleo y asuntos sociales. Sin embargo, se considera necesario impulsar la igualdad de oportunidades en todos los ámbitos, laboral, cultural, tecnológico, etc, Por lo que el asunto debe ser revaluado a partir del derecho a la igualdad entre hombres y mujeres (art. 23 CDFUE) como derecho fundamental y de esta manera dotar al principio

de participación equilibrada entre hombres y mujeres de fuerza vinculante, fijando un porcentaje mínimo que determine una masa crítica neutra, en el sentido de definir esa participación equilibrada. De tal manera que además de ser una política de promoción e impulso, dicho equilibrio sea respetado como parte del derecho fundamental a la igualdad entre hombres y mujeres.

4. El término participación equilibrada debe ser interpretado de manera amplia, en el sentido de extenderlo para que se garantice el acceso, el ejercicio y la permanencia de las mujeres en los cargos de ejercicio de poder y toma de decisiones. Y teniendo en cuenta que no se trata de un solo efecto numérico sino de una presencia efectiva de las mujeres en estos espacios.

5. Adicionalmente, se hace necesaria una política decidida y eficaz, dirigida a transformar actitudes y mentalidades que contribuya a modificar los patrones culturales respecto a las mujeres y los hombres y que involucre medidas en relación con la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, el embarazo y maternidad, la situación laboral de la mujer, la violencia ejercida sobre la mujer en razón a su género, etc.

6. En el contexto jurídico de la Unión Europea no existe una garantía real del derecho a la igualdad material entre hombres y mujeres en la toma de decisiones, debido a que no se determina de manera concreta y específica el contenido de dicho derecho. En diversos documentos de la Unión frecuentemente se hace referencia al principio de la “participación equilibrada de mujeres y hombres en la toma de decisiones” sin embargo no existe claridad respecto a su contenido. Así las cosas, es posible afirmar que dentro del sistema jurídico de la Unión Europea, su normativa y su dinámica jurídica, no se consagra una garantía eficaz del equilibrio entre hombres y mujeres en el ejercicio de poder y la toma de decisiones.

## REFERENCIAS

Agacinsky, S. (1998). *Política de sexos*, (Trad) Hector Subirats y Maite Baiges Artís, Madrid: Taurus.

Aranda, E. *Democracia paritaria*.

Archibugi, D. (2005). *Notes on Democracy in the European Union*, *The European Union Review*, Vol. 10, No. 1.

Carta de los derechos Fundamentales de la Unión Europea. Recuperada el 08 de agosto de 2015, en el sitio web: [http://www.europarl.europa.eu/charter/default\\_es.htm](http://www.europarl.europa.eu/charter/default_es.htm)

- Castro, O. & Caballero, L. (2012). Panorama Laboral de la Mujer en Colombia, una mirada desde El Espinal-Tolima. En: *Revista Via Inveniendi et Iudicandi*. Documento Extraído el 26 de septiembre de 2016 de <http://revistas.usta.edu.co/index.php/viei/article/view/2889/2756>
- Cedaw. Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 26); y la Convención Europea de Derechos Humanos (art. 14), (art. 4.1, 7 y 8).
- Cobo, R. (2002). *Democracia paritaria y sujeto político feminista*. No. 36.
- Com. (2000). *120 Final*. Recuperado el 10 de noviembre de 2015, en el sitio web: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52000DC0120>
- Crum, B. (2005). *Tailoring representative democracy to the European Union: Does the European Constitution reduce the democratic deficit?*, *European Law Journal*, Vol. 11, No. 4.
- Declaración sobre el futuro de la Unión Europea realizada en el Consejo Europeo de Laeken. Recuperada el 23 de septiembre de 2007, en el sitio web: [http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms\\_Data/docs/pressData/es/ec/68832.pdf](http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/es/ec/68832.pdf).
- Figuroa, A. (2010). *Igualdad y no discriminación por razón de sexo como derecho fundamental en el marco de la Unión Europea*. Universidad Autónoma de México, México.
- Figuroa, A. (2010). *Participación equilibrada de mujeres y hombres en la toma de decisiones de la Unión Europea, ¿mito o realidad?* Boletín Mexicano de derecho Comparado, nueva serie año XLIII. núm. 129.
- Freixes, T. (2007). *La Igualdad y la Constitución de la Unión Europea: elaboración del texto y criterios de interpretación*, Recuperado el 2 de julio de 2007 del sitio web: <http://www.mujeresjuristasthemis.org/documentos/TERESA%20FREIXES.pdf>.
- Freixes, T. (2005). *Derechos Fundamentales en la Unión Europea. Evolución y prospectiva: la construcción de un espacio jurídico europeo de los derechos fundamentales*. Recuperado el 8 de noviembre de 2006, del sitio web: <http://www.ugr.es/~redce/REDCE4/articulos/02freixes.htm>
- Freixes, T. (2005). *La Igualdad y la Constitución de la Unión Europea: elaboración del texto y criterios de interpretación*. Recuperado el 8 de octubre de 2006, del sitio web: <http://www.mujeresjuristasthemis.org/documentos/TERESA%20FREIXES.pdf>
- Garrido, P. (2002). La Unión Europea y la igualdad de oportunidades: hacia una mayor participación de la mujer en la toma de decisiones. En: VV.AA. *La protección de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea*, Javier Corcuera Atienza (Coord.), Madrid: Dykinson
- Instituto de la mujer. (2004). *Mujer y toma de decisiones*, serie documentos No. 38, Madrid.
- Maestro, G. (2004). *Poder constituyente, principio democrático y continuidad en el Tratado Constitucional de la Unión Europea*, Teoría y Realidad Constitucional, Núm. 15.
- Oliveros, C. (2013). Individualidad sublimada: Lugares comunes en la violencia de género. En: *Revista Verba Iuris*. Documento extraído el 10 de agosto de 2016 de <http://www.unilibre.edu.co/verbaiuris/21-noticias/articulos-de-revista-verba-iuris/499-individualidad-sublimada-lugares-comunes-en-la-violencia-de-genero>

- OSCE. (2010). Recuperada el 11 de septiembre de 2015 en el sitio web: <http://www.oscepa.org/parliamentary-diplomacy/helsinki40> (Consultada el 11/09/2015)
- Portero., J.A. (2005). *Legitimidad democrática y Constitución Europea*, Revista de Derecho Constitucional Europeo. Recuperada el 12 de abril de 2006, en el sitio web: [www.ugr.es/~redce/reDCEportatada.htm](http://www.ugr.es/~redce/reDCEportatada.htm)
- Salazar, O. (2004). *Las mujeres y la Constitución Europea, la insoportable “levedad” del género en la Unión Europea*, Foro Constitucional Iberoamericano, No. 8. Recuperado el 16 de febrero de 2006 del sitio web: <http://www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/JCI/revista-08art-osb.htm>
- Unión Interparlamentaria, (2015). Recuperado el 5 de noviembre de 2015, del sitio web: <http://www.ipu.org/wmn-e/world.htm>
- Valcárcel, A. (1997). *La política de las mujeres*, Cátedra, Madrid, p. 80.

# LA ACCIÓN DE AMPARO PREVENTIVO, COMO MECANISMO DE PROTECCIÓN AL DERECHO AMBIENTAL<sup>1</sup>

JUAN MANUEL MOREL PÉREZ<sup>2</sup>

## INTRODUCCIÓN

Si bien es cierto que los Estados democráticos y comprometidos con el desarrollo sostenido de los pueblos, han asumido gran parte de los instrumentos de protección al derecho ambiente sano, no menos cierto es que la vorágine capitalista, así como la complicidad económica y política entre autoridades e intereses empresariales y particulares, ponen en riesgo cada día más, el ejercicio de los derechos humanos, relacionados con el medio ambiente, es por eso que no existe mejor mecanismo o instrumento dentro del derecho procesal constitucional más efectivo que la acción de amparo para buscar proteger ese derecho, pero muchas veces al presentar la acción amparista, ya el daño se ha iniciado o se está consumando y no hay vuelta atrás, es por eso que la más fina legislación, doctrina y jurisprudencia garantista a puesto al servicio de la protección de los derechos humanos, el amparo preventivo, como parte de la protección previa a la iniciación de la actividad, de ahí la necesidad de conocer preventivamente la acción y

---

<sup>1</sup> El capítulo de libro es producto de la investigación: “La acción de amparo preventivo, como mecanismo de protección al derecho ambiental” en el marco de la Universidad Abierta Para Adultos (UAPA).

<sup>2</sup> Licenciado en Derecho de la Universidad Autónoma de Santo Domingo (UASD). Egresado del Instituto Superior para la Defensa (INSUDE) del ministerio de defensa, en ese mismo instituto de educación superior se tituló como Magister en Seguridad y Defensa Nacional, Especialista en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, además cuenta con una segunda maestría en Derecho civil y procedimiento civil contemporáneo de las universidad abierta para adultos (UAPA). Correo Electrónico: [j.morelperez@gmail.com](mailto:j.morelperez@gmail.com)

adoptar medidas cautelares o precautorias para asegurar que comprobada la posible agresión ambiental no se produzca el crimen ecológico.

La metodología de la presente investigación se basará en una indagación documental y descriptiva, además consistirá en explorar las fuentes que ofrecerán datos de utilidad. Dentro de las motivaciones o justificación para indagar sobre el problema planteado, es producir una discusión y movilidad jurídico-social, para fortalecer la exigibilidad anticipada de la protección del derecho fundamental al medio ambiente, además provocar un nuevo debate del objeto de la acción de amparo, la cual no puede ser simplemente restaurativo, también el aporte doctrinario que se hará la comunidad jurídica.

#### EL AMPARO PREVENTIVO COMO PROTECCIÓN AL DERECHO DE MEDIO AMBIENTE

Como sabemos, la acción de amparo tiene dentro del sistema interamericano su origen en la Convención Americana de los Derechos Humanos, que establece en su artículo 25.1 que: “Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales“. podríamos decir que es el instrumento dentro del derecho procesal constitucional, más efectivo para la protección de los derechos humanos y es que la vulneración de los mismos es el protagonista de la acción, o la amenaza de conculcarlos, ya que la protección de estos, es la razón de su existencia, pues conforme a Bielsa, R. (2006) “en el Amparo se cuestiona la lesión de un derecho o garantía, y la legitimidad del acto que determina esa lesión“, Por lo que redundamos en establecer el Amparo como el principal remedio de reincorporación de derechos humanos suprimidos o prevención de la supresión del ejercicio de estos.

De acuerdo al maestro Sagues, N. (1988) “procede tanto si se produce una vulneración al derecho, en el sentido de que de un modo cualquiera este pueda resultar lesionado, alterado o restringido. Pero además procede la acción, en ausencia de lesión, en aquellos casos en que es previsible, a la luz del caso concreto, que pudiera producirse la lesión de manera inminente.

La jurisprudencia en derecho comparado exige que la amenaza cumpla las condiciones de certeza y de una cierta gravedad”.

En concordancia con lo dispuesto anteriormente es importante resaltar que el contexto de los Derechos Humanos supone aquellas cosas que le pertenecen al ser humano, en cuanto humano. Allí, el título originante del derecho no es positivo: corresponde a un hecho de experiencia que puede ser captado por la inteligencia humana y que muestran al hombre como un ser tendencial: a la conservación y continuidad de su especie, a procrearse, a vivir en sociedad, así como a la verdad teórica y práctica (Guarín, 2011)

Es importante destacar que El amparo, por sus características recae dentro de las 3 garantías constitucionales de los derechos fundamentales, a saber:

- Las garantías jurisdiccionales:

Como su nombre lo indica, corresponden a los tribunales quienes deben garantizar la tutela judicial efectiva y el debido proceso, la ejercitación de esta garantía corresponde principalmente al tribunal constitucional como órgano máximo de interpretación encargado de la protección de los derechos constitucionales y del control concentrado de la constitucionalidad, así mismo a los tribunales en función de amparo y los demás tribunales a quienes le corresponde el control difuso de la constitucionalidad.

En la Constitución dominicana en los artículos Artículo 69.- Establece Tutela judicial efectiva y debido proceso, el 184 que crea El Tribunal Constitucional: como órgano guardián último de la Constitución y los derechos fundamentales, con capacidad de resolver casos concretos de interpretación constitucional, así como en los artículos 72, 73 y 74, que configura las acciones de amparo, habeas corpus y habeas, también podemos decir que la ley 137-11, (modif por la 145-11) es parte del control jurisdiccional, toda vez que regula el proceso de la justicia constitucional.

- *Las garantías Normativas.* Son las garantías que están desarrolladas, en el catálogo de derechos fundamentales (artículos 47 al 68 de la Constitución de la república), así como en los tratados internacionales, que entran en aplicación del artículo 74.3 de la Constitución de República Dominicana que establece que: Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por el Estado dominicano, tienen jerarquía constitucional y son de aplicación directa e inmediata por los tribunales y demás órganos del Estado;

- *Las garantías Institucionales*, esta garantía está reservada para la figura del defensor del pueblo configurado en los artículos 190 y 191 de la Constitución y que tiene como función esencial: “contribuir a salvaguardar los derechos fundamentales de las personas y los intereses colectivos y difusos establecidos en esta Constitución y las leyes, en caso de que sean violados por funcionarios u órganos del Estado, por prestadores de servicios públicos o particulares que afecten intereses colectivos y difusos”.

## EVOLUCIÓN DEL AMPARO EN REPÚBLICA DOMINICANA

La evolución del amparo, en República Dominicana, fue arrítmico, ya que en las mayorías de estados se consagra en la Constitución, luego se crea su regulación legislativa y a partir de esta los tribunales crean sentencias, el caso dominicano fue a la inversa, aunque llega al país luego que el Congreso Nacional, en fecha 25 de diciembre de 1977, mediante su Resolución No. 739, incorporó a nuestro derecho positivo, mediante la ratificación, la Convención Americana de Derechos Humanos de San José, Costa Rica, desde ese entonces la República dominicana está sujeta al control de la convencionalidad, pero no fue hasta el 24 de febrero de 1999 que fue dictada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia, una sentencia, –que se constituyó en un control de la convencionalidad por omisión, pues con esa decisión de esa alta corte, los magistrados jueces no sabían la trascendencia de su jurisprudencia y como asumían el bloque de la convencionalidad con la misma– mediante el cual se regula el procedimiento amparista, ya que el pacto de San José no crea un procedimiento general para el Amparo, luego la Corte Suprema dicta Resolución del 10 de junio de 1999, donde procede a delimitar el amparo a los jueces civiles, y como parte de la antinomia procesal dominicana, se crea una ley de Amparo la No. 437-06, de Recurso de Amparo, del 30 de noviembre del año 2006, la cual rigió el proceso hasta el 26 de enero del 2010, cuando es proclamada la revisión de la Carta Magna y paso a ser regulada por la ley 137-11 Orgánica del Tribunal constitucional y los Procedimientos constitucionales, teniendo rango constitucional al ser adoptada por la reforma constitucional del 2010, en su artículo 72. Que reza: Acción de amparo. *Toda persona tiene derecho a una acción de amparo*

*para reclamar ante los tribunales, por sí o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos fundamentales, **no protegidos por el hábeas corpus, cuando resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de toda autoridad pública o de particulares, para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o acto administrativo, para garantizar los derechos e intereses colectivos y difusos. De conformidad con la ley, el procedimiento es preferente, sumario, oral, público, gratuito y no sujeto a formalidades.***

*Párrafo. - Los actos adoptados durante los Estados de Excepción que vulneren derechos protegidos que afecten irrazonablemente derechos suspendidos están sujetos a la acción de amparo.*

#### PRINCIPIOS QUE RIGEN LA ACCIÓN DE AMPARO EN REPÚBLICA DOMINICANA:

Al estar regulado por la propia Ley 137-11 Orgánica del Tribunal Constitucional y Procedimientos Constitucionales, el amparo goza de los mismos principios que rigen los procedimientos constitucionales en República dominicana, es por ello que vamos a esbozar algunos que por su trascendencia son más utilizados en las acciones de amparos.

- *Accesibilidad.* La jurisdicción debe estar libre de obstáculos, impedimentos, formalismos o ritualismos que limiten irrazonablemente la accesibilidad y oportunidad de la justicia.
- *Celeridad.* Los procesos de justicia constitucional, en especial los de tutela de los derechos fundamentales, deben resolverse dentro de los plazos constitucional y legalmente previstos y sin demora innecesaria.
- *Efectividad.* Todo juez o tribunal debe garantizar la efectiva aplicación de las normas constitucionales y de los derechos fundamentales.
- *Favorabilidad.* Se favorece al titular del derecho fundamental. Cuando exista conflicto entre normas integrantes del bloque de constitucionalidad, prevalecerá la que sea más favorable al titular del derecho vulnerado.
- *Informalidad.* Los procedimientos constitucionales deben estar exentos de formalismos.
- *Oficiosidad.* Todo juez o tribunal, como garante de la tutela judicial efectiva, debe adoptar de oficio, las medidas requeridas para garan-

tizar la supremacía constitucional y el pleno goce de los derechos fundamentales, aunque no hayan sido invocadas por las partes o las hayan utilizado erróneamente.

- *Supletoriedad*. Para la solución de toda imprevisión, oscuridad, insuficiencia o ambigüedad de esta ley, se aplicarán supletoriamente los principios generales del derecho procesal constitucional y sólo subsidiariamente las normas procesales afines a la materia discutida, siempre y cuando no contradigan los fines de los procesos y procedimientos constitucionales y los ayuden a su mejor desarrollo.

Es necesario indicar que, aunque la acción no está sujeta a ningún tipo de formalismo, el hecho de imponer en la parte procedimental, la elaboración de una instancia con un conjunto de informaciones y sujetarse a las formalidades propias del derecho común, le resta el aspecto no formalista.

## EL AMPARO PREVENTIVO

Esta figura del derecho procesal constitucional es definida por Henao J. (2014) como “aquella que, ante la violación grave de un derecho fundamental, tiene por objeto evitar que él perjuicio se torne irremediable. En el supuesto de “amenaza”- y que según la Corte interamericana de los derechos humanos no se trata de la simple posibilidad de lesión, sino de la probabilidad de sufrir un mal irreparable y grave de manera injustificada; además la amenaza requiere un mínimo de evidencia fáctica, de suerte que sea razonable pensar en la realización de un daño o menoscabo material o moral (T-225 de 1993)”.

La génesis del amparo preventivo está en el hecho de que en ocasiones la protección frente la conculcación de los derechos fundamentales, no es efectiva, en razón de que si se espera la consumación del acto el daño sería irreversible, como es el caso de la destrucción al medio ambiente, es por eso que no hay remedio jurídico más efectivo, que esta figura frente a la amenaza de vulneración de los derechos constitucionales y hacer que el juez disponga de cuantas medidas sean necesarias para evitar que se consuma un agravio de tal magnitud que el futuro quede comprometido con un hecho evitable.

En varios países explícitamente no está consagrada esta figura. La Constitución dominicana literalmente lo consagra en su artículo 72 al indicar que: “Toda persona tiene derecho a una acción de amparo para

reclamar ante los tribunales, por sí o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos fundamentales, no protegidos por el hábeas corpus, cuando resulten vulnerados o *amenazados* por la acción o la omisión de toda autoridad pública o de particulares, para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o acto administrativo, para garantizar los derechos e intereses colectivos y difusos. De conformidad con la ley, el procedimiento es preferente, sumario, oral, público, gratuito y no sujeto a formalidades.“

Al consagrar que procede el procedimiento de amparo, cuando un derecho fundamental se encuentra amenazado, le da el carácter preventivo de evitar el hecho que afectaría los derechos o garantía constitucionales.

Sobre el sentido de carácter preventivo del amparo frente a la vulneración de derechos fundamentales la Corte Constitucional de Colombia ha establecido que: “Desde sus orígenes, estas acciones fueron creadas *para prevenir o precaver* la lesión de bienes y derechos que comprometen altos intereses cuya protección no siempre supone un daño. Además, su propia condición permite que puedan ser ejercidas *contra las autoridades públicas* por sus acciones u omisiones y, por las mismas causas, *contra los particulares*; su tramitación es judicial y la ley debe proveer sobre ellas atendiendo a sus fines públicos y concretos, no subjetivos ni individuales” (Sentencia No. T-405/93) [Resaltado nuestro].

## EL MEDIO AMBIENTE COMO DERECHO FUNDAMENTAL UNIVERSALMENTE RECONOCIDO

El derecho medioambiental es un producto de los derechos solidarios que surgieron a raíz de la segunda carnicería bélica mundial, materializado en los movimientos sociales surgidos de grupos liberales de la década del 1970, que se oponían a la vorágine capitalista que amenazaba con destruir el medioambiente.

Este derecho tiene como características, su condición societal porque recae dentro de un conglomerado social, además una doble tutelaridad, ya que tiene una exigibilidad desde una dimensión colectiva y una dimensión individual; La protección medioambiental es abierta y conflictiva, esto por el hecho de que al momento de ser pasado por el tamiz del test de la ponderación limita el ejercicio de otros derecho, su exigibilidad puede ser

restaurativa o preventiva, esta última modalidad ha sido denominada por la más fina doctrinaria como la protección anticipada amparista.

En concordancia con lo dispuesto anteriormente, es de resaltar el principio de precaución como orientador de la política ambiental nacional, el cual constituye una de las principales herramientas para la protección del ambiente y de la salud, frente a los avances científicos y tecnológicos que traen consigo la incertidumbre de los riesgos que producen, que permite la aplicación de medidas restrictivas o prohibitivas sobre productos o actividades cuando puedan ocasionar un daño grave o irreversible (Agudelo, 2011).

Para la tutelación del medio ambiente sano como derecho fundamental, nos podemos guiar de varios instrumentos internacionales:

- Resolución 1819, aprobada por la Asamblea General de OEA en el año 2001, que el reconocimiento de la vinculación entre los derechos humanos y el medio ambiente.
- El Convenio sobre Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres.
- Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo,
- la Convención de Estocolmo de 1972. Firmada en el 2001,
- El Convenio sobre Diversidad Biológica.
- La Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, (Cumbre para la Tierra), efectuada en Rio de Janeiro, Brasil en el año 1992,
- La Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación en los Países Afectados por la Sequía Grave o Desertificación, en particular en África de fecha 17 de junio de 1994,
- La Convención de Marpol (Convención Internacional para la Prevención de la Contaminación Naval) 73/78 de 1998,
- La Convención de Basilea sobre control, a nivel internacional, del movimiento transfronterizo de los residuos peligrosos y de su disposición final
- La Declaración de Johannesburgo sobre Desarrollo Sustentable (2002).

- El Protocolo de Kioto, el cual se abrió a la firma el 16 de marzo de 1998.
- La Convención de Estocolmo firmada en mayo de 2001.

## ACCIÓN DE AMPARO PREVENTIVO PARA EVITAR EL DAÑO MEDIOAMBIENTAL

El posible y cierto daño al medio ambiente, es un ejemplo clásico, que amerita la rápida intervención de un instrumento del derecho procesal constitucional que sólo el Amparo Preventivo puede dar, para la protección ambiental, tal y como establece *Juan Carlos Onetti* “*En esta línea de investigación se debe poner énfasis de manera fundamental en lo preventivo, pues lo que aquí cuenta es evitar, prohibir, actuar antes de que, para no llegar cuando “ya no importa”.*”

El hecho que el amparo preventivo no este expresada en las normativas internas de un estado, no es causa para poder mediante el mismo evitar la consumación de un acto que afecte al medio ambiente, ya que existen instrumentos, que si permiten al accionante mediante un Amparo evitar una turbación amenazante a su derecho al medio ambiente y sea prevenido el daño mediante un amparo, a través precisa Singh, N. (1986) “*principio de prevención de la contaminación que debe diferenciarse de la obligación de evitar daños ambientales, el cual obliga al estado y los poderes públicos a “prevenir daños dentro de su propia jurisdicción”.*”

Un importante instrumento que permite presentar un amparo preventivo para evitar un daño medioambiental es la Declaración de Estocolmo, que en su, principio quince de manera explícita establece el principio de prevención, que además se puede encontrar en 1933 en el Convenio sobre la Conservación de la Fauna y la Flora en Estado Natural,

Este tipo de Amparo se presentar en el mayor de los casos contra particulares, por ser frecuentemente quienes intentan llevar una operación minera, de extracción, etc., pero también puede ser llevado contra el estado para evitar el otorgamiento de una concesión o licencia, este proceso como todo amparo, envuelve dos actores: Accionante y Accionado, además exige dos condiciones:

- El acto o hecho a prevenir, que es la acción que amenaza de un daño inminente, cierto y preciso con vulnerar el derecho al medio ambiente

- EL DERECHO FUNDAMENTAL AL MEDIO AMBIENTE AMENAZADO

Así pues, son Derechos Fundamentales como ha establecido el jurista dominicano E. Jorge Prats, “todos los derechos que se benefician de una protección constitucional, regional o internacional“. Cuando la Carta Magna inserta de manera expresa una prerrogativa en su parte dogmática, persigue con ello proporcionarle un alcance mucho más enérgico a ese derecho, de manera tal que sea más respetado y tenga menos fragilidad de ser vulnerado. Sin dudas, a medida que los derechos se constitucionalizan, alcanzan mayor ímpetu.

#### EL PRINCIPIO DE INUBIO PRONATURA: GARANTÍA DE LA SUPREMACÍA DEL DERECHO MEDIOAMBIENTAL

Como se ha expresado anteriormente el derecho ambiental tiene entre sus características ser excluyente y conflictivo, ya que frente al conflicto entre el derecho al ambiente sano y otros derechos fundamentales, se debe discriminar en beneficio de la supremacía del derecho ambiental, esto por el imperio del principio de Inubio Pro Natura, que es aquel que entre derechos individuales y el derecho al medio ambiente prevalece el derecho al medio ambiente, resguardado esto por el artículo 32.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), dispone: “Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común“, ampliado por la Corte Constitucional de Colombia, en fecha veintisiete (27) de abril de mil novecientos noventa y cuatro (1994), se pronunció en el sentido de que: “en caso de confrontación de derechos fundamentales, es necesario apreciar las circunstancias concretas del caso en aras de procurar conseguir la armonización de los mismos, y en la eventualidad de que esto no fuere posible, hacer prevalecer el derecho más afín a la dignidad humana.“, de igual forma y siguiendo la corriente de la Corte constitucional de Colombia, el Tribunal constitucional dominicano, estableció mediante sentencia No. TC- 00167-13, en ocasión de una recurso de revisión, contra una decisión de amparo preventivo que tuteló el derecho colectivo al medioambiente contra la pretensiones de la minera Falcondo Xtractanique, de explotar uno de los principales reservorios de biodiversidad, fuentes acuíferas, donde hay yacimientos mineros no tan solo de plata y níquel, nos referimos a Loma Miranda una montaña ubicada en el mismo centro de República dominicana.

Estableciendo la alta corte constitucional dominicana que: “En este punto, debemos precisar que las medidas destinadas a la preservación del medio ambiente, al tener un alcance general que traspasa el ámbito nacional, por propugnar, como parte del sostenimiento ecológico del planeta, la protección de los recursos eco sistémicos, hidrológicos y de biodiversidad existentes en cada Estado, la misma deviene en configurar la existencia de un derecho colectivo y difuso que tiene un alcance supranacional, que encierra el compromiso de que cada nación le otorgue preponderancia a la aplicabilidad de la misma en aquellos casos en que una actividad pueda o esté afectando de forma negativa ese sostenimiento, o ponga en riesgo el resguardo ecológico del país”.

De igual manera el constitucional dominicano señaló en la referida jurisprudencia que:

“al tener las medidas destinadas a la preservación del medio ambiente un carácter general supranacional que propugna por la protección del bienestar de todos los seres humanos, estas hacen que los derechos de libertad de empresa y de trabajo queden limitados en su aplicación y efectos para permitir la plena ejecución de dicha preservación”.

En esa trascendental e histórica decisión, que por el momento detuvo la explotación de un recurso estratégicamente tan necesario como esa montaña, la alta Corte Constitucional dominicana se fue más allá del test de la ponderación y aplico el principio de *armonización concreta*, al armonizar los derechos fundamentales en conflictos, prevaleciendo el de mayor importancia; Además subordinó el derecho de empresa y al trabajo al derecho ambiental, por ser estos dos primero de magnitud individual, mas el ambiental es de dimensión colectiva y repercute en presente y futuro societal’;

*El Defensor del Pueblo: Calidad y Legitimación para accionar en amparo para de los derechos ambientales desde la realidad dominicana*

El defensor del pueblo es una institución, cuya misión y objetivo esencial es la protección los derechos fundamentales de las personas y los intereses colectivos y difusos vulnerados por funcionarios u órganos del Estado, prestadores de servicios públicos o particulares, es totalmente autónoma de los demás poderes del Estado y se debe solo al soberano.

Es una institución oriunda de Suecia para que el Ombudsman ejerciera un estricto control sobre la administración pública.

De acuerdo con Sosa, R. (2013) *“El Defensor del Pueblo constituye un agente de control de la función administrativa y protector de los derechos fundamentales de las personas y los intereses colectivos y difusos. Surge como una necesidad del control social de los gobernados contra el abuso de poder y del incumplimiento de las obligaciones asignadas a la administración pública”*.

En el caso específico de República dominicana, tanto la Constitución de la República, así como la ley que instituye al Defensor del Pueblo y la propia del Tribunal constitucional y procedimientos constitucionales, le concede legitimación al defensor del pueblo, para accionar en amparo tanto correctivo, como preventivo —el cual es objeto del presente estudio—, es que en el artículo 191 de la Carta Magna dominicana, establece dentro de sus funciones esenciales *“la salvaguardar los derechos fundamentales de las personas y los intereses colectivos y difusos establecidos en esta Constitución y las leyes, en caso de que sean violados por funcionarios u órganos del Estado, por prestadores de servicios públicos o particulares que afecten intereses colectivos y difusos”*, además la propia Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y Procedimientos Constitucionales, concede calidad para accionar en amparo al precisar en su artículo 68: *“Calidad del Defensor del Pueblo: El Defensor del Pueblo tiene calidad para interponer la acción de amparo en interés de salvaguardar los derechos fundamentales de las personas y los intereses colectivos y difusos establecidos en la Constitución y las leyes, en caso de que estos sean violados, amenazados o puestos en peligro por funcionarios u órganos del Estado, por prestadores de servicios públicos o particulares”*. En ese sentido y partiendo que el eje esencial de los derechos colectivos y difusos lo constituye el derecho a un ambiente sano y el equilibrio sano, el Defensor del Pueblo, tiene calidad para judicializar esa misión de protección a los recursos naturales mediante la acción de amparo.

*En ese sentido el Tribunal Constitucional dominicano, mediante sentencia TC-141/2015, reafirmo la calidad del también conocido como Ombudsman para actuar como tercero en un proceso amparista, al indicar que:*

En el caso del amparo interpuesto por un tercero, como bien indica la norma, este *“actúa en su nombre [del titular del derecho]”*. Por ende, no

se trata de que el tercero usurpe el rol del titular del derecho, como sujeto que tiene el interés legítimo, directo y personal para accionar; sino, más bien, que el tercero, en su condición de representante, actúa a nombre y por cuenta del representado titular del derecho, como si fuera este mismo. De manera que no es el tercero quien actúa, si no el titular del derecho a través de él. Dicho tercero pudiera ser tanto el tutor, respecto del incapaz, como un representante legal directamente contratado por el titular del derecho lesionado, o también *el Defensor del Pueblo*. [Resaltado es nuestro].

## CONCLUSIÓN

La acción de amparo tiene un origen convencional en el artículo 25.1 de la convención interamericana de los derechos humanos, para la protección mediante un proceso judicial de los derechos humanos en el ámbito del sistema regional, al ser el derecho al medioambiente un derecho humano universalmente reconocido por varias convenciones y declaraciones, puede ser tutelado por la acción de amparo, tanto en su modalidad restaurativa de derecho, como preventiva, esta última modalidad es la más efectiva, toda vez que por ser el medio ambiente un recurso vital muchas veces no renovable, o que su regeneración tarda cientos de años, la vía más idónea es el amparo preventivo, el cual aunque no esté consagrado en la legislación o Constitución, en función del principio de precaución, el juez de amparo debe prevenir el daño al derecho al medio ambiente y los recursos naturales.

El comportamiento jurisprudencial constitucional, tanto de Colombia como de República dominicana, ha sido de darle preponderancia al derecho ambiental frente al derecho al trabajo y desarrollo de empresa por ser este un derecho social colectivo y que compromete el futuro de la biodiversidad, más los dos últimos son intereses particulares.

Toda persona tiene calidad para accionar en amparo preventivo ambiental, puesto a que las consecuencias de una acción que ponga en menoscabo los recursos naturales puede repercutir en cualquier parte del mundo, en ese sentido y buscando la fortaleza constitucional de los derechos fundamentales, la figura El defensor del pueblo, puede acción en amparo en aras de proteger los derechos fundamentales, colectivos y difusos para la conservación del medio ambiente y los recursos naturales.

Finalmente, los recursos naturales, no podrán ser tutelados ni resguardado, si el hombre no termina de comprender que la huella ambiental, que deja la vorágine de consumo de manera desmedida, por lo que, en la concientización del uso racional del medio ambiente, estará y recaerá la protección seria y perpetua.

## REFERENCIAS

- Agudelo, L. (2011). El principio de precaución ambiental en la sentencia C-595 de 2010 de la Corte Constitucional. En: *Revista Verba Iuris*. Documento extraído el 1 de noviembre de 2016 de <http://www.unilibre.edu.co/verbaiuris/26/el-principio-de-precaucion-ambiental-en-la-sentencia-c-595-de-2010-de-la-corte-constitucional.pdf>
- Guarín, E. (2011). La Urgente Cuestión de Inquirir por la Fundamentación de los Derechos Humanos. En: *Revista Via Inveniendi et Iudicandi*. Documento extraído el 2 de noviembre de 2016 de <http://revistas.usantotomas.edu.co/index.php/viei/article/view/2920/2793>
- Noriega, A. (s.f.). *Lecciones de Amparo*. Editorial Porrúa, Pág. 43.
- Quintanilla M. L. (1994). *Teoría y Práctica del Juicio de Amparo en Materia Civil*, (Segunda Edición).
- Henao, J. (2003). *Derecho procesal constitucional editorial*. Bogotá: Temis S.A.
- Jorge Prats, E. (s.f.). *Derecho Constitucional* (Vol. II). Ediciones Gaceta Judicial.
- Bielsa, R. (s.f.). *El Recurso de Amparo*. Ediciones Depalma.
- Sosa, R. (2013). *Constitución Comentada* (Tercera ed.). Fundación Institucionalidad y Justicia Inc. (FINJUS) . Julio de 2012.
- Sagués, N. P. (1988). *Derecho Procesal Constitucional. Acción de Amparo*. (Tomo 3). Buenos Aires: Astrea.
- Singh, N. (1996) *Protección Ambiental y Desarrollo Sostenible: Principios jurídicos y recomendaciones* XI-XII.

# EL PREÁMBULO DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991, PRESUPUESTOS DE SU CREACIÓN Y FUNDAMENTOS DE SU PROYECCIÓN EN EL TEXTO CONSTITUCIONAL<sup>1</sup>

ALVARO MORENO DURAN<sup>2</sup>  
JAIME ALBERTO SANDOVAL MESA<sup>3</sup>  
NHORYS TORREGROSA JIMÉNEZ<sup>4</sup>

## INTRODUCCIÓN

En Colombia el origen del poder público tiene como antecedente, en la historia institucional, la Constitución de 1886 que invocaba a Dios como fuente de toda autoridad suprema, esto implicaba tesis contrapuestas entre quienes aseguraban que esto obedecía a una concepción teocrática del poder y otros que estimaban que ello obedecía a una concepción democrática. En este sentido, es preciso mencionar que casi todas las constituciones anteriores a la Constitución de 1991, establecían a Dios como fuente de toda autoridad suprema, salvo la Constitución del pueblo de los Estados Unidos colombianos que representa”. Las Constituciones de 1811 y de 1812 no traían Preámbulo. (Pérez Escobar, Jacobo, 2004, pp. 400 y 401.)

---

<sup>1</sup> El presente capítulo de libro es producto de investigación del proyecto: “El campo Jurídico en las negociaciones de paz con las FARC”. Este artículo contó con el apoyo de la Estudiante Camila Cañón quien realizó el trabajo de reconstrucción de las actas constitucionales que sirvieron de base al presente documento.

<sup>2</sup> Ph. D en Sociología Jurídica – Universidad de Paris (Francia). Docente e Investigador de la Universidad Santo Tomás (Sede Bogotá). Correo Electrónico: alvaromoreno@usantotomas.edu.co

<sup>3</sup> Ph. D en Derecho – Universidad Santo Tomás (Sede Bogotá). Docente e Investigador de la Universidad Santo Tomás (Sede Bogotá). Correo Electrónico: jaimesandoval@usantotomas.edu.co

<sup>4</sup> Ph. D en Derecho – Universidad Externado de Colombia. Docente e Investigador de la Universidad Libre. Correo Electrónico: nhoristorregrosa@yahoo.com

En la Constitución de 1991, se resolvió la cuestión, toda vez que en el Preámbulo no se estableció la suprema autoridad de Dios como origen del poder, sino que el poder emana del pueblo, este es el soberano y pese a que se invoca la protección de Dios, este es el que se constituye la fuente del mismo. Sin embargo, esta discusión no fue la única relevante en la concepción de la nueva carta de 1991, pues en realidad, otros aspectos de la transformación general del país como por ejemplo el tránsito del Estado de Derecho al Estado social ocuparon también los fundamentos ideológicos debían servir en la concepción de la sociedad. A continuación, se analizarán tales presupuestos.

## 1. EL MODELO IDEOLÓGICO PLASMADO EN UNA CONSTITUCIÓN

Sin duda en el Preámbulo de la Constitución reside el concepto ideológico a través del cual se concibe el modelo de Estado. Este proceso sin embargo ha sido el fruto de un proceso complejo en que diversas ideologías han marcado una tendencia con respecto a su estructura. Es decir, la concepción del mismo implica que desde allí se pueda anticipar su fórmula constitucional, que consagra esencialmente, los elementos de seguridad y existencia del Estado, la concepción dogmática que desarrolla los derechos fundamentales y su prevalencia, junto con sus mecanismos de protección, el régimen de libertades, el sistema democrático etc. De igual forma se establece la parte orgánica de la Constitución donde se regulan todas las concepciones del poder, relaciones económicas y mecanismos de reforma.

A simple vista parece sencillo concebir tales elementos en nuestra carta política, sin embargo, este proceso implicó muchos cambios institucionales entre ellos del modelo liberal de la Carta de 1886 al modelo de Estado Social de la Nueva Constitución.

En efecto, en cuanto al primer proceso Alfonso López Michelsen señaló en su momento respecto de la Constitución de 1886, que la misma guarda una tendencia del pensamiento liberal que no tuvo corrientes antagónicas, pese a las diferencias de los modelos descritos en nuestra historia Republicana, como por ejemplo frente a la Primera Constitución de 1811 que reconocía la autoridad del Rey Fernando VII, que ni siquiera contenía elementos independentistas (Lopez Michelsen, Alfonso, 1989, p. 21). Es de anotar que este autor tuvo en su entorno la vivencia práctica de

las transformaciones de la carta citada y sus reformas. De allí que su versión sobre el sentido constitucional del siglo XX advierte elementos precisos del concepto ideológico que se plasma en este texto y que era interpretado por los partícipes del proceso constitucional en que se desarrolló la carta de 1886. (López Michelsen, Alfonso, 1989, p. 21).

En este sentido López Michelsen, advierte que en el desarrollo constitucional incluso desde la carta de 1811, persiste una tendencia del pensamiento en las relaciones del poder civil con el poder eclesiástico, bien la forma centralista o la forma federal del gobierno y sin duda, en las consecuencias del liberalismo europeo derivado de la reforma protestante, adicionado por las libertades civiles inglesas, y complementado con el dogma de soberanía popular de Rousseau. Además de todo ello, también aparece limitada por los principios de derecho natural, según el pensamiento de Locke y del Juez Marshall en los Estados Unidos. Según este autor, este fue un dogma en el cual los partidos históricos siempre estuvieron de acuerdo (Lopez Michelsen Alfonso, 1989, p. 21).

Si se observa éste era un pensamiento de la doctrina previa a la Constitución de 1991, que siempre estuvo enfocada a una República Liberal consagrada en la Constitución de 1886 frente a un esquema democrático de prominencia bipartidista. Sobre todo, en el año en que se describe este concepto que data de 1944, cuando todavía el autor no había sido Presidente de la República, no había realizado intentos de fundar un partido independiente que finalmente fracasó en los 60s y en momentos de profundos cambios del Estado colombiano. (Período presidencial 1974-1978. Biblioteca Virtual Luis Ángel Arango. Disponible en <http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/biografias/lopealfo.htm>. Consultada el 5.08.2014.).

En este caso, también hay que tener en cuenta que aún no se había producido el bogotazo de 1948 acaecido a raíz del homicidio de Jorge Eliécer Gaitán (Moor Marianne y Zumpolle Liduine. 2002, p. 21.). A partir de este acontecimiento se generó la aparición de todas las formas de excepción, incluso bajo la ruptura constitucional como la dictadura de Rojas Pinilla y las medidas del Frente Nacional entre otros sucesos. Todos ellos con efectos hasta nuestros días, dentro de la lógica del conflicto armado nacional en proceso de resolución (Iturralde, Manuel. 2010, p. 60).

Sin embargo, es importante entender que en todo caso las motivaciones sobre la forma del Estado tenían en ese momento una relación directa con

el sistema democrático y sobre todo en relación con sus actores políticos. Adicionalmente, conviene señalar que bajo el amparo de esta Constitución de 1886 y desde 1944 hasta la promulgación de la Constitución siguiente, esta noción constitucional va a sufrir variaciones que sobre todo van a orientar tanto el Preámbulo como la fórmula del artículo 1º de la Nueva Carta Política.

Con el tiempo y el cambio profundo de la Constitución de 1991, esta visión de corte liberal clásico hacia la fórmula del Estado Social y Democrático de Derecho, implicó que desde el Preámbulo se concibe el nuevo marco de referencia del Estado ampliado, hacia la prevalencia de un sistema democrático de mayor participación frente a unos derechos liberales mínimos, en los que básicamente se fundaba la Constitución de 1886. (Bobbio Norberto, 1993, pp. 21 y 22).

De igual forma, se establecen unos derechos sociales que si bien, estaban en la carta referenciada, reciben una nueva noción de desarrollo progresivo que posteriormente va a generar su protección y aplicación inmediata junto con los primeros (derechos mínimos). Finalmente se desarrollan unos derechos de participación democrática que evolucionan, del sistema de elegir y ser elegido, hacia una fórmula de participación y veeduría del Estado, a la par con los derechos electorales. (Corte Constitucional, Sentencia T-406 de 1992).

En tal virtud, en realidad el sistema democrático implica que cada ciudadano, a través de la soberanía popular sea titular de una parte de la misma, y la ejerza mediante instrumentos que posibilitan los mecanismos directos de participación democrática, como los consagrados en el artículo 40 y 103 de la Carta, que establecen el voto, el plebiscito, el referendo, la consulta popular, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa, la revocatoria del mandato etc. De todas maneras, también se establecieron instrumentos de democracia representativa que son indirectos para el ejercicio de la soberanía popular, como los consignados en el art. 260 de la Constitución que desarrolla la elección de Presidente, Vicepresidente de la república, senadores, representantes, Gobernadores, Alcaldes etc. (Pérez Escobar Jacobo, 2004, p. 403).

Con lo anterior lo que se generan son fórmulas de protección de derechos que no aparecían como mecanismos directos en la Constitución de 1886, con lo cual se varía significativamente la nueva concepción del Estado. Para

ello basta con citar el Preámbulo que textualmente señalaba lo siguiente (Vasquez Carrizosa, A., 1989, pp. 266 a 318)<sup>5</sup>.

*“...Constitución Política de Colombia*

*Preámbulo*

*En nombre de Dios, fuente suprema de toda autoridad, los Delegatarios de los departamentos de Colombia, Antioquía, Bolívar, Boyacá, Cauca, Cundinamarca, Magdalena, Panamá, Santander y Tolima, reunidos en Consejo Nacional Constituyente.*

*Vista la aprobación que impartieron las Municipalidades de Colombia a las bases de Constitución expedidas el día 1.º de diciembre de 1885;*

*Y con el fin de afianzar la unidad nacional y asegurar los bienes de la justicia, la libertad y la paz, hemos venido en decretar, como decretamos, la siguiente: CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA...” (Disponible en <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal.jsp?i=7153> Consultada el 27.04.2016)*

Como bien se anotó antes, la invocación de Dios como fuente de toda autoridad tuvo como escenario previo, en parte, la situación de agitación política que antecedió al segundo mandato de Rafael Núñez que comenzó en 1884. Principalmente se tenía clara la necesidad de una reforma técnica encaminada a tres objetivos principales: Una mayor centralización del poder ejecutivo disperso en los nueve Estados soberanos; garantía de derechos individuales alejados de intolerancia y exaltación del dogmatismo. Finalmente, el propósito de acordar un convenio para regular las relaciones con la Santa Sede. Mucho se ha escrito sobre estos fundamentos principalmente el último que sugería un Estado Confesional y que aparece en el Preámbulo analizado. Todavía no se presupuestaba una nueva Constitución sin embargo de allí se originaban causas esenciales para reorganizar lo que Vásquez Carrizosa califica como una federación tambaleante y anarquizada montada sobre fundamentos disparatados como aquel en el cual, el poder central podía reconocer alzamientos así pudieren destruir la legitimidad del Estado. Por ejemplo, se tuvieron que adoptar medidas de emergencia especiales para la

---

<sup>5</sup> Esta Constitución estuvo sometida a las siguientes reformas principalmente las siguientes: 1910, 1918, 1921, 1936, 1945, 1957 y 1968. Vasquez Carrizosa, Alfredo 1989, pp. 266 a 318.

guerra de 1885 que tuvo lugar a raíz de una rebelión del Estado soberano de Santander. Con ello se propicia el escenario para la nueva Constitución y se genera la célebre frase de Núñez: La Constitución de 1863 ha dejado de existir. (Vasquez Carrizosa, A., 1989, p. 184).

En los precedentes de la Constitución de 1991 si bien no se llegó a tales alcances de anarquismo, el conflicto armado sugería también una gran situación de agitación popular que propició un cambio social relevante a nivel de fundamentos del estado de Derecho y sobre todo su carácter de Estado protector de los Derechos Fundamentales. Más aún si ya se avizoraba un Estado regido incluso desde el ámbito constitucional por elementos de Conflicto Armado. Igualmente, los derechos fundamentales se establecieron, principalmente, bajo mecanismos especiales diseñados para tal efecto, como la acción de tutela y sobre todo la concepción de un Estado Laico que se advierte desde el nuevo Preámbulo de la Carta naciente.

## 2. LOS ELEMENTOS DE DISCUSIÓN DEL PREÁMBULO DE 1991

En efecto, las circunstancias que rodearon los elementos de construcción del Preámbulo de la Carta vigente, inician con las siguientes intervenciones:

En primer lugar, se trató la discusión del artículo del Preámbulo, para tal efecto, la constituyente María Mercedes Carranza expresó que la propuesta presentada podía ser complementada al proponer en el título primero el tema de Dios y todos los aspectos de su introducción en el Preámbulo; así, debe enumerar los principios fundamentales, libertad, igualdad, etc., y expresar la voluntad del pueblo colombiano de que esos principios y derechos se proyecten como exigencias de la persona sobre el ordenamiento jurídico y político (Gaceta Constitucional. No. 119 de 6 de agosto de 1991. Acta No. 12 de 1º de abril de 1991).

Es decir, debe quedar expresado en los propósitos básicos y fundamentales el deseo de construir un verdadero Estado social de derecho, el cual se va a configurar en nuestra Constitución con la consagración de los derechos sociales, económicos culturales. Y también con la consagración de sus garantías. Este criterio aún se encuentra vigente en la carta actual y en construcción sobre todo en el tema de los derechos sociales. Ahora si se observa con detenimiento, la propuesta presentada era acertada en los elementos actuales de interpretación.

Ahora bien, en la intervención de Cornelio Reyes, por ejemplo, se ratifica que el texto donde se conserva el nombre de Dios del Preámbulo, procedió del proyecto de la subcomisión en el cual todos estuvieron de acuerdo con su inclusión. Es decir que no tuvo fuerza una tesis que excluyera esta postura del Preámbulo como ocurre en la Constitución de la República francesa, que desde su punto de partida constitucional realiza esta separación del Estado y la iglesia<sup>6</sup>.

No obstante, aquí se observan voces del liberalismo clásico que señalan la importancia de su conservación dada la tradición emanada de la Constitución de 1811 en Colombia, en la Constitución Americana de 1776 en la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789 entre otras. El constituyente indica en la discusión, que la alemana refiriéndose a la Constitución, por ejemplo, indica en el texto, “consciente de la responsabilidad ante Dios”; la Suiza también en el mismo sentido; todas las Constituciones americanas etc. (Gaceta Constitucional. No. 119 de 6 de agosto de 1991. Acta No. 12 de 1º de abril de 1991).

De otro lado, respecto a la definición de Estado es interesante observar que el constituyente Reyes, definitivamente guardaba una tradición liberal clásica, toda vez que cuestionaba el hecho de adicionar el término “Estado Social”, Incluso el representante mencionado, va más allá, desconociendo por supuesto la diferencia del Estado Liberal Mínimo del Estado Social y Democrático de Derecho. Sobre esto es preciso destacar que en el Estado Mínimo existían dádivas y privilegios, pero no derechos y así en el Estado social, aparecen mecanismos para el ejercicio y reconocimiento de los derechos, lo cual constituye el objetivo principal de su positivización (Bobbio Norberto, 1993, p. 18). Al ser establecidas esas prerrogativas de modo que puedan ser oponibles al conglomerado, y a quienes han sido elegidos para

---

<sup>6</sup> *Constitución Política de la República Francesa de 1958. Preámbulo:* El pueblo francés proclama solemnemente su adhesión a los derechos humanos y a los principios de la soberanía nacional tal y como fueron definidos por la Declaración de 1789, confirmada y completada por el Preámbulo de la Constitución de 1946, así como a los derechos y deberes definidos en la Carta del Medio Ambiente de 2003. En virtud de estos principios y del de la libre determinación de los pueblos, la República ofrece a los Territorios de Ultramar que manifiesten la voluntad de adherirse a ella nuevas instituciones fundadas en el ideal común de libertad, igualdad y fraternidad y concebidas para favorecer su evolución democrática. Disponible en <http://www.assemblee-nationale.fr/espanol/8bb.asp>. Consultada el 6.08.2014.

su gobierno, se logra de una parte que se logre el acceso a la participación colectiva de las decisiones y de otra, que se pueda gozar de manera individual de la suma de tales garantías. (Bobbio Norberto, 1993, p. 18).

Esta evolución fue necesaria para salir de criterios anclados en la tricolor francesa de la revolución del siglo XVIII y por supuesto fue superada en este episodio. Sobre este punto el constituyente indicó que aquí hay una referencia un poco circunstancial o coyuntural a fenómenos políticos contemporáneos. Por el ejemplo, el Estado soviético se define como un Estado socialista. La Constitución China define el Estado como un Estado socialista con dictadura del proletariado. Y ciertas Constituciones, la de Felipe González, la de Mitterrand, hablan del Estado social porque corresponden a unos movimientos socialistas. (Gaceta Constitucional. No. 119 de 6 de agosto de 1991. Acta No. 12 de 1º de abril de 1991.)

En todo caso, es importante resaltar que dicho concepto para este momento, tendía a confundirse con el de gobierno socialista, por ejemplo, se trae a colación el denominado Estado Socialista soviético que en todo caso no fue democrático y más aún, ya no existía para ese momento<sup>7</sup>. De todas

---

<sup>7</sup> Según Díaz Arenas, este tipo de socialismo al que se referían los constituyentes es el denominado Socialismo Revolucionario que no corresponde al plasmado en la carta de 1991. En tal sentido, el socialismo revolucionario que se menciona se instaura en 1917 con la revolución bolchevique de octubre en la Unión Soviética. Allí no se estableció propiamente una Constitución, pues la inicial de la URSS de 1924 carecía del capítulo de principios y de derechos fundamentales. Más bien cumplía la función de tratado de la federación del conjunto de Repúblicas socialistas soviéticas. De acuerdo con ella, el poder radicaba en el Soviet Supremo de la unión. Conforme al art. 126, el partido comunista de la unión soviética es la vanguardia y representa a los trabajadores en la lucha por la construcción de la sociedad comunista. Así el artículo 4º de la Carta de la URSS, Determinaba que la base económica estaba constituida por el sistema socialista y la propiedad socialista colectiva de los medios de producción. Sin embargo el modelo económico de la URSS se agotó en el último cuarto del siglo XX junto con un problema burocrático que implicó las transformaciones de la perestroika que dieron lugar al nuevo modelo de Estado. A diferencia de este socialismo se encuentra el socialismo Británico, más de tipo reformista, basado en un esquema democrático; el socialista alemán también democrático que aparece inicialmente en la Constitución de Weimar de 1919 y que permitía a los trabajadores participar en la reglamentación de las condiciones laborales y en el desarrollo de las fuerzas productivas con base en la igualdad y en comunidad con el patronato. Díaz Arenas, Pedro Agustín. 1991, p. 207.

formas, aquí se observan resistencias hacia la protección de los derechos fundamentales que emanan por supuesto de movimientos constitucionales como la Constitución de Weimar de 1919, o la posterior alemana de 1949 e incluso la española de 1978 y no de la revolución Bolchevique de 1917 (Díaz Arenas Pedro Agustín. 1991, p. 207). Se señaló incluso que esa tendencia a identificar el nombre de social con el Estado, obedecía a una circunstancia política determinada, que incluso podía sobrar. (Gaceta Constitucional. No. 119 de 6 de agosto de 1991. Acta No. 12 de 1º de abril de 1991). Es más, se sugirió suprimir el término social del texto, lo cual también se soportaba en argumentos lejos de los movimientos constitucionales contemporáneos, como por ejemplo el art. 20 de la ley fundamental alemana de 1949 o en España el artículo 1º de la Constitución de 1978 (Abellan-Garcia, Angel. 2002). Lo relevante para el momento en que se realizó la discusión, es que en realidad se presentaba una necesidad de tránsito del Estado de Derecho Liberal clásico de la Constitución de 1886, que ideológicamente se encontraba atado al pensamiento político de ese tiempo, por el del Estado Social y democrático que finalmente fue concebido en la Constitución de 1991. (Gaceta Constitucional. No. 119 de 6 de agosto de 1991. Acta No. 12 de 1º de abril de 1991).

Una de las intervenciones más relevantes y sobre todo progresista, correspondió al constituyente Alfredo Vásquez Carrizosa quien señaló en primer lugar que tampoco estaba en desacuerdo con la invocación de Dios en la conformación del Preámbulo, sino en el párrafo que aludía en el proyecto, al fin de engrandecer la nación y fortalecer su vida (Gaceta Constitucional. No. 119 de 6 de agosto de 1991. Acta No. 12 de 1º de abril de 1991).

En este sentido calificó tal mención de centenarista, con una gran belleza en la forma, pero con un gran vacío en el fondo, mientras que el deber concebido en el Preámbulo, es el de una definición anticipada de la Constitución (Gaceta Constitucional. No. 119 de 6 de agosto de 1991. Acta No. 12 de 1º de abril de 1991). Según su apreciación, las Constituciones podrían no tener Preámbulos, pero si se utiliza el método del Preámbulo, es para llegar a una definición de la Constitución, de allí que este aspecto defina la vida de la Constitución y por tanto, el plan de Estado Nación hacia el futuro. Ejemplo de esta definición aparece en el texto de la Constitución de Argentina que manifiesta el deseo de consolidar la unidad nacional, los beneficios de las libertades, no sólo para los ciudadanos de este país sino

para todos los que quieran habitar su territorio (Constitución de la Nación Argentina, 2007, p. 481). Es decir, se provee una fórmula de nación para todos incluso, para los extranjeros, invocando al igual que en Colombia, la protección de Dios, pero en este caso como fuente de toda razón y justicia y al final del texto (Constitución de la Nación Argentina, 2007, p. 481).

Otro fundamento que destacó el constituyente Vásquez Carrizosa se refirió al modelo de Estado social, toda vez que según su parecer, en el siglo XX el sentido social del derecho dejó de ser una doctrina o una escuela jurídica para constituir la vida misma, bajo un criterio realista, que debe ser mencionado como el objetivo social de la Constitución (Gaceta Constitucional. No. 119 de 6 de agosto de 1991. Acta No. 12 de 1° de abril de 1991). Resaltó la necesidad de incluir este objetivo social de la Constitución, pues su destinatario sin duda, se centraba en el pueblo colombiano que además se encontraba en estado de insurgencia. Este hecho se denota según su criterio, en la necesidad de dar un tratamiento justo en las relaciones laborales entre los patronos y los trabajadores (Gaceta Constitucional. No. 119 de 6 de agosto de 1991. Acta No. 12 de 1° de abril de 1991). En general el constituyente observa la naturaleza de equidad del Estado Social como fin último, basado en la igualdad, que corresponde al sentido democrático moderno, por encima de la democracia limitada que se observa en la Constitución de 1886.

El nuevo concepto jurídico que propone el doctor Vásquez Carrizosa se resume en tres cláusulas esenciales en toda redacción del Preámbulo. Los derechos humanos como garantía del estatuto de la persona desde 1948 hacia adelante, en particular en el Derecho Internacional (Gaceta Constitucional. No. 119 de 6 de agosto de 1991. Acta No. 12 de 1° de abril de 1991). En segundo lugar, la democracia según su parecer debe ser pluralista, como uno de los objetivos de la Constitución, para incorporar a las comunidades indígenas presentes en el debate, también del Estado Social, toda vez que sin esta advertencia el Preámbulo sería incompleto. Finalmente se adiciona como tercer elemento a una economía regida por una doctrina social justa, como otro de los aspectos del Estado Social que debe servir de base para la interpretación de los artículos de la Constitución (Gaceta Constitucional. No. 119 de 6 de agosto de 1991. Acta No. 12 de 1° de abril de 1991). Sin duda la doctrina de Carrizosa se articulaba en la fórmula que se incorpora en la actualidad al Estado social y democrático, bajo los componentes de los derechos mínimos del Estado de Derecho, de los derechos sociales y

culturales aún en debate y finalmente de los derechos de participación. Todo ello a través de una fórmula de interpretación de los derechos basados en la justicia material. (Lancheros Gamez, J. C., 2009, p. 251).

De otra parte, una de las discusiones que abordó el texto se centró en las características del Preámbulo, toda vez que según Raimundo Emiliani Román (Otro de los constituyentes) el mismo tiene que ser una definición exacta de cuáles son los objetivos de la Constitución. El mismo expuso el siguiente texto:

*“...Nosotros reunidos en Asamblea Nacional Constituyente de la República de Colombia invocando la protección de Dios, fundamento de la dignidad humana y fuente de vida y autoridad para el bien común...”*  
(Gaceta Constitucional. No. 119 de 6 de agosto de 1991. Acta No. 12 de 1º de abril de 1991).

Según su explicación, el nombre de Dios aparece en primer lugar porque el bien común, la dignidad, la existencia, la autoridad, no existen sino bajo el respaldo de la protección de Dios. Bueno, es una visión que en su momento no podía asimilarse a doctrina social, pero tampoco a una concepción divina del poder y realmente se puede decir que es una visión cristiana del poder, pero actual. Además, independientemente de este concepto, el representante destacó que en el Preámbulo se deben elaborar los medios fundamentales y los medios filosóficos a través de los cuales el Estado va a llenar sus propósitos, que son los principios que se enumeran después (Gaceta Constitucional. No. 119 de 6 de agosto de 1991. Acta No. 12 de 1º de abril de 1991).

El representante Alberto Zalamea Costa, indicó que la orientación de la subcomisión fue precisamente en la dignidad humana, es decir, en los derechos humanos, como aporte del orden social justo que puede integrarse al texto que inicia con la invocación de la protección de Dio. Es decir, el Estado social se integra en este aparte según la interpretación de los constituyentes (Gaceta Constitucional. No. 119 de 6 de agosto de 1991. Acta No. 12 de 1º de abril de 1991).

De igual forma se destaca la posibilidad que se otorgó en esta intervención de la adición del carácter multiétnico y pluricultural propuesto por la Constituyente Mercedes Carranza, asunto que de todas maneras era necesario que se incluyera en el texto como parte de nuestra identidad nacional, lo cual

va a generar fundamentos posteriores relevantes en materia constitucional (Gaceta Constitucional. No. 119 de 6 de agosto de 1991. Acta No. 12 de 1º de abril de 1991). En ese orden, se fueron adicionando los elementos actuales de la fórmula para completar toda la estructura constitucional actual, no sin antes observar que la tendencia progresista del texto se fue imponiendo sobre la centenarista que hasta ese momento gobernó la tradición emanada de la Constitución de 1886, que de acuerdo a la posición de Uribe Vargas D. se enmarcaba por un contexto de amplia inestabilidad institucional y múltiples reformas jurídicas que se inician desde el siglo XIX (1985. P.P.)

Sobre este punto, también fue relevante la intervención del Constituyente Jaime Arias López que señaló como cierre de la discusión la importancia del pluralismo y la participación democrática como derecho o como principio, tal como se plantea en el artículo primero del proyecto de carta y lo que para ese momento estaba ocurriendo que mostraba a tales elementos, como las características fundamentales de la sociedad de finales del siglo XX y un anticipo de lo que iba a predominar en gran parte, hacia el futuro en el país. En todo caso este constituyente a pesar de que concordaba con el pluralismo frente a la participación democrática disintió frente al pluralismo multiétnico y multicultural y lo que se observa es que a pesar de lo relevante del anterior fundamento, estas características si correspondían a nuestra realidad y más bien lo que manifestaba, es que algunos pese al esfuerzo progresista de los constituyentes seguían criterios centenaristas como lo indicó atrás Vásquez Carrizosa (Gaceta Constitucional. No. 119 de 6 de agosto de 1991. Acta No. 12 de 1º de abril de 1991).

Este concepto anticipó todos los debates que después se tejieron como por ejemplo el derecho a la igualdad o a la diversidad y más aún en relación con los alcances de la participación democrática y la igualdad que también hacen parte de los fundamentos del Estado social y democrático de derecho (Díaz, Elías, 1986, p. 84.). Adicionalmente, se instó a identificar el concepto de soberanía con el pueblo y poder político como otros de los elementos de la Nación, fundamento que también debe quedar implícito y ser desarrollado en el texto de la Constitución mediante las formas de participación democrática. Es interesante examinar esta postura, puesto que se identificaba a la soberanía con la Participación democrática y más aun con el concepto de soberanía popular, es decir la autodeterminación política ciudadana en sentido funcional a la libertad. (Lopez Pina, A. 1991, p. 22).

Sentados todos los elementos mencionados, las intervenciones casi finales de la formación del texto del Preámbulo, abogaron por la integración y el contexto de los elementos actuales. En este sentido, Augusto Ramírez Ocampo indicó la necesidad de acordar en el tema de los Preámbulos y de los principios, un texto común de consenso, que permitiría abrir el camino de todo lo que vendría después en todo el texto constitucional (Gaceta Constitucional. No. 119 de 6 de agosto de 1991. Acta No. 12 de 1° de abril de 1991). En efecto, la propuesta de consenso finalmente fue común entre los constituyentes con la adición del Representante Ramírez Ocampo del tema de la integración latinoamericana, según su criterio era importante para adicionarla al Preámbulo, toda vez que serviría de fuente desde el debate general, para el camino hacia la capacidad negociadora de América Latina. Este punto se sumaría a los dos conceptos ya unánimes en torno a la participación democrática o al orden social justo (Gaceta Constitucional. No. 119 de 6 de agosto de 1991. Acta No. 12 de 1° de abril de 1991). Para este momento ya se integraban al Preámbulo varios conceptos definitorios de la orientación filosófica del texto constitucional a saber: Dignidad humana; orden social justo; pluralismo; soberanía popular; nación multiétnica y multicultural e integración latinoamericana. Todo esto además debe ser adicionado con la protección de Dios, pero con la diferencia de la consagración del Estado Laico para conformar los nuevos criterios de orientación de nuestro ordenamiento jurídico y a su vez de transformación de las instituciones actuales (Uribe Vargas, D., 1995, p. 85).

En este estado de la cuestión, Misael Pastrana Borrero otro de los constituyentes relevantes por su influencia política en el plano nacional de ese entonces, expresó que el Preámbulo es de carácter nominalista, pues constituye el marco que después llenan los constituyentes con los diversos aspectos que forman parte de ese cuadro jurídico (Uribe Vargas Diego, 1995, p. 85). Según su parecer, en este punto de partida lo más difícil es establecer prelación, como por ejemplo de los derechos humanos. Superado este aspecto, lo relevante en su orientación, se centraba en establecer y fortalecer la unidad nacional y los demás derechos existentes antes del Estado como en el caso de los derechos humanos. De allí que también resulte propicia la invocación de Dios, en el texto (Uribe Vargas, D., 1995, p. 85).

Adicionalmente, el representante para la época de las comunidades indígenas Lorenzo Muelas Hurtado, resaltó en este último tópico que la

declaración de Dios era útil y justa toda vez que la mención de Dios no era solamente para unos, sino para cada uno de acuerdo a sus propias creencias. Además, tal invocación también produjo aislamiento en sus comunidades en el pasado (Uribe Vargas Diego, 1995, p. 85). Sin duda estos dos aspectos resaltan la vigencia de los fundamentos concebidos en la Constitución, sin prelación de los elementos en consideración del modelo de Estado. Este fundamento debe destacarse, al igual que la intervención del representante indígena citado que manifestó el sentido multicultural, de creencias e integración de sus comunidades al Estado, factor que siempre fue dejado de lado en los demás procesos constituyentes.

De todas maneras, la visión actual tampoco es alentadora, pues tal y como lo indica Rosember Ariza, en el auto 004 derivado de la sentencia T-025 de 2005, la Corte Constitucional reveló que algunos pueblos indígenas de Colombia están en peligro de ser exterminados –Cultural o físicamente–, en virtud de gravísimas violaciones de sus derechos fundamentales, individuales y colectivos y del Derecho Internacional Humanitario (Ariza Santamaria Rosember, 2013, p. 4).

En todo caso, la tutela de los derechos establecidos para estas comunidades pese al desarrollo introducido, en la actualidad está lejos de cumplir el cometido constitucional para el cual fue previsto, situación que de acuerdo con lo referido por Rosember Ariza y teniendo en cuenta los informes de relatores especiales para estas comunidades, obedecen a barreras que impiden el avance de la protección indígena en el país (Ariza Santamaria Rosember, 2013, p. 4). Ejemplo de ello son entre otras: limitaciones en la legislación que impide el uso eficaz de los derechos constitucionales consagrados en este sentido; la ausencia de una política nacional de promoción de los derechos humanos individuales y colectivos de las comunidades indígenas y finalmente, la crisis humanitaria que viven tales comunidades en virtud del conflicto armado en territorios indígenas (Ariza Santamaria R., 2013, p. 4). Este punto en el proceso de negociación de paz con las FARC de la actualidad, debe ser revisado pues no aparecen elementos concretos que se refieran a tal situación indígena dentro de los puntos de acuerdo alcanzados.

Definido el asunto anterior, la intervención de Diego Uribe Vargas se centró en el punto de la integración latinoamericana que se había orientado respecto de los ideales del Libertador Simón Bolívar. Es importante destacar que el representante analiza el asunto en una visión contemporánea al señalar

que si bien esto era cierto, toda la integración no era obra de Bolívar, y que el país había procurado a lo largo de su historia tal unificación fuera de tales ideas. (Gaceta Constitucional. No. 119 de 6 de agosto de 1991. Acta No. 12 de 1º de abril de 1991).

Así mismo manifestó que en estos primeros aspectos de la Constitución, cuando se habla de las autoridades públicas, se hacía pertinente mencionar que las mismas están instituidas para proteger las vidas, la honra y bienes de los ciudadanos residentes en Colombia, al igual de que era necesario que se dijera algo de la protección de los ciudadanos residentes en exterior sobre todo frente a las violaciones de derechos humanos de que son objeto en algunos casos, lo cual corresponde a las autoridades diplomáticas y consulares conforme a los instrumentos internacionales (Gaceta Constitucional. No. 119 de 6 de agosto de 1991. Acta No. 12 de 1º de abril de 1991).

### 3. EL PREÁMBULO FRENTE A LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL ESTADO

Pues bien, revisado todo el antecedente constitucional analizado, se observa que muchas de las discusiones centrales sobre el Preámbulo desbordaban su misión principal y al final tuvo que ser consensuado por el texto que en la actualidad aparece en la Constitución de 1991.

En tal sentido, es importante destacar que muchas discusiones que se inscriben inicialmente en el texto, después permitieron el desarrollo de los artículos relativos a los principios fundamentales de la Constitución que corresponde a su título primero, lo cual verifica que no resultó vano el esfuerzo por comprender sobre todo, el nuevo concepto de nación que se encarnaba en la nueva carta y que además exigía la realidad nacional del momento<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> Como comentario conexo es pertinente anotar que el problema del concepto y la validez del derecho es, sin lugar a dudas, uno de los más antiguos de la filosofía y la teoría del derecho. Desde la perspectiva iusnaturalista estos problemas estaban resueltos por referencia a ciertos valores superiores que se consideraban incuestionables o autoevidentes a la razón o a las creencias de los hombres; de suerte que si alguien quería saber qué era el derecho y si una determinada norma debía ser obedecida simplemente la confrontaba con esos principios o valores ideales y supra-históricos, que constituían la esencia del verdadero derecho (Carrillo 2012).

Así, se puede mencionar que el orden social justo enunciado en el Preámbulo, se enriquece después con el texto de la fórmula de Estado Social de Derecho consagrado en el artículo primero de la carta, al igual que el criterio de Dignidad humana que no sólo hace parte de esta norma, sino que después con el desarrollo constitucional actual sirvió de base para determinar la visión antropocéntrica de la Constitución que se reconoce en el artículo 5º de la misma al establecer el reconocimiento, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y a la familia como institución básica de la sociedad. Así mismo, a partir de este aspecto se derivan todos los fundamentos que rodearon el tema de derechos individuales, sociales y de democracia pluralista y participativa que también aparecen en dicho texto (Marquardt Bernd, 2013, pp. 31 y 32.)<sup>9</sup>.

Por otra parte, el proceso constituyente de 1991 narrado anteriormente y las consecuencias del Preámbulo, se reitera igualmente en el artículo 3º de la Carta según el cual, la soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público.

La discusión expuesta anteriormente, determinó por ejemplo que esta noción de soberanía se adscribe al pueblo quien es su titular y la ejerce directamente o por medio de sus representantes, conforme a los presupuestos de la Constitución. En este sentido, se observa un cambio esencial, toda vez que la orientación de la Carta de 1991, se diferencia de la Constitución de 1886, en que en esta última, el artículo 2º disponía que la soberanía residía en la Nación, norma que fue tomada del artículo 3º de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. La orientación anterior implicaba que la titularidad de la soberanía correspondía a un ente abstracto

---

<sup>9</sup> En una visión amplia del tema se observa por ejemplo que en Alemania, el tránsito de la consagración del Estado social a unas garantías materiales reales, se produce entre 1946 y 1973, representada en aspectos sociales como el régimen pensional, en principios generales como el aseguramiento de un mínimo cualitativo de ingresos, vivienda digna y segura, protección eficiente de la salud, educación primaria secundaria, superior casi gratuita y accesible para todos, según la dignidad humana, la financiación pública y la configuración de los servicios sociales como derechos exigibles. En todo caso este sistema comenzó a tener dificultades sobre todo de financiación a partir de 1973 hasta la actualidad, sin embargo ha hecho lo posible para prevenir un proletariado informal similar al que se presenta en latino América. (Marquardt Bernd. 2013, pp. 31 y 32) .

y colectivo distinto de sus integrantes y cada individuo participa como miembro de la Nación (Pérez Escobar Jacobo, 2004, p. 403).

En cambio, en la carta vigente, el concepto se basa en la Soberanía popular comentada, este criterio es diferente del consagrado en el artículo 9° del título analizado, toda vez que allí se aduce este criterio respecto del papel de las relaciones exteriores basados en la soberanía nacional y libre autodeterminación de los pueblos. Es decir, a nivel interno el pueblo es soberano pero a nivel exterior las relaciones se fundan en el respeto a la soberanía nacional y en esta medida habría de entenderse esta fundamentación, elemento que se deriva de la consideración del Preámbulo alrededor del fortalecimiento de la Unidad de la Nación.

Otro de los aspectos que sirvieron de base para el título primero de la carta y que emanaron de la discusión del Preámbulo corresponde al papel de las autoridades públicas que se inscribe en el artículo 2° de la Constitución. En este caso, tales preceptos corresponden a los fundamentos inscritos en el Preámbulo sobre el propósito del Estado de asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz. Allí solamente se suprimió la mención que se realizó en las discusiones sobre el papel de protección de ciudadanos colombianos en el exterior por parte de las autoridades en el servicio diplomático o consular en lo que a este título corresponde, aunque más adelante se desarrolló un título especial para tales elementos.

Finalmente, los conceptos de la identidad nacional y la nacionalidad que fueron parte de las peticiones tanto del representante Indígena como de otros constituyentes e hicieron parte del artículo séptimo, de manera especial declara que El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana. Así mismo el sentido de la unidad latinoamericana que se reclama en la parte final del Preámbulo también corresponde a uno de los postulados del artículo 9° como pretensión de las relaciones exteriores de la nación colombiana.

## CONCLUSIONES

Los fundamentos axiológicos de la Constitución se derivan necesariamente de consideraciones ideológicas que quedan plasmadas en el texto de la Carta Política y que sirven para identificar el modelo y la concepción del Estado.

En algunos casos como en la Constitución colombiana, tales fundamentos se pueden anticipar en el Preámbulo de la Carta como fundamento ideológico en el cual se sientan las bases del Estado.

El cambio en la concepción del modelo elegido, en el caso de la Constitución colombiana, sin duda obedece a circunstancias políticas y sociales que ameritan actualizar tanto las aspiraciones nacionales vigentes en el momento del proceso constituyente, como aquellas frente a las cuales se pueden desarrollar hacia el futuro todos los elementos del Estado. En nuestro caso la concepción del Estado de Derecho al modelo del Estado Social de Derecho permitió pasar de una forma de Estado democrática caracterizada por un bipartidismo hegemónico a unas formas pluralistas democráticas incluyentes que incorporaron a las minorías tanto políticas como multiétnicas y multiculturales.

El proceso anterior como se mencionó de características incluyentes, constituye lo que en la actualidad debe permanecer como concepto de modelo de Estado-Nación en el caso colombiano y debe servir de fuente con mayor razón, incluso en los casos de disidencia ciudadana del Estado, sean o no dentro de la lealtad a la Constitución. Todo ello, en la medida en que en la actualidad al igual que en el proceso constituyente de 1991, posiblemente se deba profundizar más en el sentido de inclusión social si se tiene en cuenta que todavía quedan pendientes dentro de los fundamentos del Preámbulo, consideraciones relativas a algunos aspectos referentes a la libertad y a la paz.

## BIBLIOGRAFÍA

- Abellan-García A M. (9 de Enero de 2002). *El Estado Social y Democrático de Derecho*. Universidad de Salamanca, España.
- Ariza Santamaria, R. (2013). *Pueblos Indígenas de Colombia ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Editorial Universidad del Rosario, Fundación Konrad Adenauer. Bogotá D.C.
- Biblioteca Virtual Luis Angel Arango. Disponible en <http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/biografias/lopealfo.htm>. Consultada el 5.08.2014.
- Bobbio, N. (1993). *Liberalismo y Democracia*, Breviarios del Fondo de Cultura Económica, Santa Fe de Bogotá.
- Carrillo, Y. (2012). El concepto y la validez del derecho en la teoría jurídica y el neo- (o nuevo) Constitucionalismo. En: *Revista Verba Iuris*. Documento extraído el 1 de agosto

- de 2016 de <http://www.unilivre.edu.co/verbaiuris/2-noticias/noticias/481-el-concepto-y-la-validez-del-derecho-en-la-teoria-juridica-y-el-neo-o-nuevo-constitucionalismo>
- Constitución de la Nación Argentina. (2007). *Códigos Universitarios*. Buenos Aires Argentina: Editorial Lexis Nexis-Abeledo Perrot.
- Constitución Política de la República Francesa de 1958. Preámbulo. Disponible en <http://www.assemblee-nationale.fr/espanol/8bb.asp>. Consultada el 6.08.2014.
- Corte Constitucional (5 de junio de 1992), Sentencia T-406. M.P. Ciro Angarita Barón.
- Díaz Arenas, P. A. (1991). *Estado y Tercer Mundo. El constitucionalismo*. Tercera Edición, Bogotá D.C.: Editorial Temis.
- Díaz, E. (1986). *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*. Editorial Taurus Humanidades, Octava Edición, Madrid.
- Gaceta Constitucional. No. 119 de 6 de agosto de 1991. Acta No. 12 de 1º de abril de 1991.
- Iturralde, M. (2010). *Castigo, Liberalismo autoritario y justicia penal de excepción*. Ed. Siglo del Hombre Editores. Universidad de los Andes. Primera Edición. Bogotá D.C.: Pontificia Universidad Javeriana-Instituto Pensar.
- Lancheros Gamez, J C. (Diciembre 2009). *Del Estado liberal al Estado constitucional. Implicaciones en la comprensión de la dignidad humana*. Revista *Dikaion*, Editorial Universidad de la Sabana. Año 23 - Núm. 18 Chía, Colombia-.
- Lopez Michelsen, A. (1989). *Introducción al Estudio de la Constitución Política de Colombia*. 4ª Ed. Bogotá D.C.: Editorial Universidad Santo Tomás
- Lopez Pina, A. (1991). *La Garantía Constitucional de los Derechos Fundamentales de los Derechos Fundamentales en Alemania, España, Francia e Italia*. Madrid, España: Editorial Cívitas.
- Marquardt, B. (2013). *Democracia Social: Una aproximación Teórica e Histórica al Estado Constitucional Social en Perspectiva Comparada*. Artículo compilado del libro *Constitucionalismo Científico. Entre el Estado y el Mercado*. Bogotá D.C.: Editorial Temis. Universidad Nacional de Colombia.
- Moor, M. y Zumpolle, L. (2002). *La Industria del Secuestro en Colombia, un negocio que nos concierne?* Holanda: Edit. Pax Christi, Utrecht.
- Pérez Escobar, J. (2004). *Derecho Constitucional Colombiano*. Séptima Edición. Bogotá D.C.: Editorial Temis.
- Uribe Vargas, D. (1995). *La Constitución de 1991 y el Ideario Liberal*. Bogotá D.C.: Editorial Universidad Nacional de Colombia.
- Uribe Vargas, D. (1985). *Las Constituciones de Colombia. Perspectiva Histórica y Sociológica*. Vol. I. Segunda Edición. Madrid. España: Ediciones Cultura Hispánica. Instituto de Cooperación Iberoamericana.
- Vasquez Carrizosa, A. (1986). *El poder presidencial en Colombia*. Tercera Edición. Bogotá D.C.: Ediciones Suramérica Ltda.



# LA ACCIÓN DE TUTELA COMO ACCIÓN INDEMNIZATORIA<sup>1</sup>

“Nada grande se ha hecho en el mundo sin una gran pasión”

FRIEDRICH HEGEL

EDGAR FABIÁN GARZÓN BUENAVENTURA<sup>2</sup>

JUAN PABLO MONROY<sup>3</sup>

## INTRODUCCIÓN

El Derecho desempeña funciones sociales fundamentales, hasta el punto de poder afirmar que éste no es una función más de la sociedad en su conjunto, sino que es la función sin la cual no hay sociedad. Por eso resulta tan importante reconstruir el espacio que ha ocupado en las diferentes estructuras sociales que se han sucedido en la historia, pues de este conocimiento depende en gran parte el funcionamiento actual y próximo de esta herramienta fundamental de convivencia (Meneses, 2012)

Cuando se hace la relación del objeto de derecho procesal constitucional como ciencia científica, se vinculan tres elementos estructurales: a) la justicia transnacional b) la justicia y jurisdicción constitucional y c) las acciones constitucionales. Todo esto engloba desde los albores del siglo XX, una nueva forma de estructura del derecho, para lo que se ha contado con grandes

---

<sup>1</sup> Capítulo libro derivado del proyecto de investigación Postconflicto a la luz de los estándares internacionales, el cual se está adelantando en la Universidad Cooperativa de Colombia

<sup>2</sup> Abogado-Filósofo, Universidad Libre de Colombia, Magister en derecho Procesal Constitucional Universidad Nacional Lomas de Zamora, Doctorando en derecho de la Universidad Libre de Colombia. Correo Electrónico: edfagabu@gmail.com

<sup>3</sup> Abogado, Universidad Libre de Colombia Especialista en derecho Constitucional, Universidad Libre de Colombia, candidato a Magister en derecho Procesal Constitucional Universidad Nacional Lomas de Zamora. Correo Electrónico: edfagabu@gmail.com

juristas; los maestros Niceto Alcalá Zamora y Castillo<sup>4</sup>, Piero Calamandrei, Héctor Fix Zamudio<sup>5</sup> y el gran doctrinante Austriaco innovador de este estatuto Hans Kelsen<sup>6</sup>.

Esto funge desde una escala sistemática en las acciones constitucionales y está resguardado en el prisma angular de la ciencia de los derechos fundamentales, siendo una justicia amparada y desligada de la solemnidad a favor del ciudadano, como en el control y ejercicio de una justicia material. Por esta razón se cobija en una de las acciones más importantes y reconocidas en el derecho occidental, distinguida en algunas legislaciones como: amparo, recurso de protección, mandato de seguridad o tutela.

Así mismo, la citada acción ha garantizado dos objetos: la recepción del derecho internacional al derecho nacional, desde el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos art. 2 literal b y Convención Americana de Derechos Humanos art. 25 numeral 1 y; desde lo nacional, a través de las cortes constitucionales que permiten una reconstrucción de los derechos innominados; siendo una jurisdicción de la libertad como sus similares en la justicia transnacional<sup>7</sup>. Pero en este panorama subyace una pregunta: ¿de qué ordenamiento jurídico- histórico nace la acción de amparo en el derecho comparado?

Así las cosas, se deduce que con la influencia de conceptos como el de supremacía constitucional o la promoción y divulgación de los derechos humanos en los procesos constitucionales, que se coligen desde el common law, el famoso caso *Bonham* o el caso *Marbury vs Madison*<sup>8</sup>, o en el derecho continental Europeo con la idea del maestro Hans Kelsen en la Constitución Austriaca y en la Constitución Checoslovaca, ambas de 1920, en las que se

---

<sup>4</sup> Ver el libro *Ensayos de derecho procesal (civil, penal y constitucional)* Buenos Aires 1944.

<sup>5</sup> Véase la garantía jurisdiccional de la Constitución mexicana (ensayo de una estructuración procesal del amparo) UNAM 1956 y *La aportación de Piero Calamandrei al derecho procesal constitucional*, Revista facultad de Derecho de México, tomo vi, No 24, octubre- diciembre 1956.

<sup>6</sup> Véase el libro *la garantía jurisdiccional de la Constitución*. (La justicia constitucional) Traducido al español por Roland Tamayo y Salmoran

<sup>7</sup> Ver Garzón Buenaventura, Edgar Fabián. *Derechos innominados en el Sistema interamericano*. Revista *Dixi*, volumen 18/ Numero 24 Octubre de 2016.

<sup>8</sup> Ver Manilli, Pablo Coordinador. *Marbury vs Madison reflexiones sobre una sentencia bicentenario*, Editorial Porrúa, México 2011

retoma una de idea de control de constitucionalidad donde van forjados los procesos constitucionales.

Sin embargo, esto que se da como una verdad histórica constitucional, no es del todo acertado. En Iberoamérica se presenta como un proceso incipiente que se desarrolla desde un encuentro de la teoría jurídica, hasta el ordenamiento legal; así vale rescatar la práctica de la acción de amparo como un proceso de control constitucional y un ejercicio de las garantías fundamentales ciudadanas donde encontramos desde la época prehispánica bajo el mandato del Rey Carlos II en 1681, la conjunción de varias leyes denominadas las leyes de las indias creadas con el objetivo de proteger a la población indígena contra los abusos de los Españoles, Criollos y Mestizos:

El afectado o agraviado por la pretendida agravación de una ley contraria al derecho natural, podía acudir al rey solicitando su protección o amparo, contra los actos de su directa autoridad o de sus inferiores, ilustrándolo sobre los hechos, contra el mismo, quien había mandado algo por opresión o mala información, o bien por su opresión u ocultación de hechos inspiradores del mandato real. Este recurso tutelaba en primer lugar, el derecho natural, y en segundo lugar, las costumbres. Por tal motivo es pertinente afirmar que en el recurso de “obedézcase” pero no se cumpla descubrimos un precedente histórico, de nuestro juicio de amparo (Troccoli, 2011, p. 9).

De estas medidas surgieron mecanismos procedimentales entre ellos: i) el recurso a la fuerza<sup>9</sup>; ii) amparo colonial<sup>10</sup> y; iii) nulidad por injusticia notoria<sup>11</sup>. Todos estos antecedentes marcan un hito: el nacimiento de la

---

<sup>9</sup> Entiéndase el que se hacía valer contra las autoridades, por quienes creían tener derecho a que conociera del caso las eclesiásticas y viceversa.

<sup>10</sup> Entiéndase en el sistema por el cual la autoridad máxima de la época, el virrey, otorgaba protección a una persona frente a autoridades inferiores y también frente a otras personas, que sin tener ese carácter de autoridad, se hallaban en una situación ventajosa en las relaciones con el protegido, debido a su posición social. Elementos que la integraban i) autoridad protectora ii) autoridades agravantes iii) petición o demanda de amparo iv) disposición o mandamiento de amparo v) actos reclamados vi) interés jurídico. Ver El amparo colonial y el juicio de amparo mexicano: antecedentes novohispanos del juicio de amparo. Autor Lira Gonzales. Andrés. Editorial Fondo de Cultura Económica. México 1972

<sup>11</sup> Entiéndase recurso contra las sentencia de vista, que de manera clara y terminante fueran contrarias a la ley, o bien cuando la parte en que se difería de la sentencia de vista, fuera insuperable de la parte que fueren conforme a ella, procedía contra las

Constitución de Yucatán del 31 de marzo de 1841 y de la acción de amparo en su Art. 62<sup>12</sup>.

Posteriormente y una vez expirado este mandato el presidente Benito Juárez, la consagra en la Constitución federal de 1857 Art. 101 y 102<sup>13</sup>. Reglamentándose la acción, mediante la Ley Orgánica Constitucional sobre juicio de amparo del 20 de enero de 1869; trasladándose a la Constitución de Querétaro de 1917 art. 107, después de la Revolución Mexicana de 1910.

Por otra parte, en el derecho alemán se encuentra otra noción histórica del amparo, Barrera (2014) manifiesta:

El antecedente más remoto en el Reichskammergericht del Sacro imperio Romano Germánico (962-1806) que permitía a los súbditos presentar una queja ante el emperador con el fin de obtener la protección. Desaparecido el imperio en 1806, la Constitución local del Estado de Baviera de 1818 facultó a los ciudadanos para que interpusieran un recurso ante la asamblea de clases, por violación de sus derechos constitucionales. Posteriormente, la primera Constitución a nivel nacional que fue la iglesia de San Pablo de Francfort, de 1849, dispuso de un mecanismo de impugnación para que los ciudadanos demandaran ante el Reichsgericht la violación de sus derechos, pero en esta Constitución nunca entro en vigor, ya que el Estado alemán se

---

ejecutorias de los respectivos tribunales , cuando se hubiesen violado las normas de procedimientos en los siguientes casos: i) defecto de emplazamiento en tiempo y forma de los que deberían ser citados en el juicio ii) falta de personalidad o poder suficiente de los litigantes iii) defecto de citación para prueba o definitiva y para toda diligencia probatoria iv) no haberse recibido el pleito o prueba v) no haberse notificado el auto de prueba o la sentencia en tiempo forma vi) cuando se denegare la súplica vii) incompetencia de jurisdicción.

<sup>12</sup> Véase Corresponde a este tribunal reunido: 1. Amparar en el goce de sus derechos a los que le pidan su protección contra las providencias del Gobernador o Ejecutivo reunido, cuando ellas se hubiese infringido el Código fundamental o las leyes, limitándose en ambos casos a reparar el agravio en la parte que procediere.

<sup>13</sup> Véase Los tribunales de la federación resolverán toda controversia que suscite 1. Por leyes o actos de cualquier autoridad que violen las garantías individuales 2. Por leyes o actos de las autoridades de estos que invadan la esfera de la autoridad federal. Art 102 Todos los juicios que habla el artículo anterior se seguirán a petición de la parte agraviada, por medio de procedimientos y formas del orden jurídico que determinara una ley. La sentencia será, siempre tal que solo se ocupe de individuos particulares, limitándose a protegerlos y ampararlos en el caso especial sobre que versa el proceso, sin hacer ninguna declaración general al respecto de la ley o acto que la motivare.

unifico en 1871. Correspondió entonces a la Constitución Estatal de Baviera de 1919 “Constitución de Bamberg” la consagración del instrumento jurídico de protección de los derechos fundamentales más próximo a la acepción actual. Por virtud del artículo 93 de dicha Constitución, los ciudadanos estaban facultados para acudir al tribunal Estatal (Staatsgerichtshof), cuando alguna actuación de alguna autoridad violara sus derechos. Si bien la Constitución de República de Weimar de 1919 previó una jurisdicción constitucional, no tuvo mayor significación, ya que su desarrollo de artículo 48, a través del cual se adoptaron las medidas de emergencia que permitieron la instauración de un régimen totalitario; precisamente por ello implicó un enorme retroceso en materia de derechos fundamentales. De modo tal, que solo hasta la expedición de la ley fundamental de Bonn de 1949, se consagro de manera expresa el recurso de amparo y por, ende sería partir del funcionamiento del tribunal constitucional federal de 1951, cuando se puso en práctica este valioso instrumento (pp. 51-52).

Igualmente, se tiene que la acción de amparo se ha interiorizado en los ordenamientos iberoamericanos, generando una simetría entre las respuestas y los requerimientos ciudadanos, convirtiéndose en el fenómeno por antomasia de la globalización judicial del derecho procesal constitucional.

Lo anterior, lográndose a través de lo que se podría denominar: los tres momentos clave en su desarrollo, a saber: El primero. En España mediante el denominado recuso de amparo y garantías individuales en la Constitución de la II República Española Art. 121 b<sup>14</sup> y la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucional del 14 de junio de 1933<sup>15</sup>, posteriormente es retomado en la Constitución Española de 1978 art. 53 numeral 2<sup>16</sup> y en Suramérica al

---

<sup>14</sup> Ver Se establece, con jurisdicción en todo el territorio de la República, un tribunal de garantías constitucionales que tendrá competencia de conocer de. B) el recurso de amparo de garantías individuales, cuando hubiere sido ineficaz la reclamación ante otras autoridades

<sup>15</sup> Ver Araujo Oliver Joan. El recurso de amparo en la segunda república Española (1931-1936) y la posterior guerra civil (1936-1939) tomado en línea file:///Users/user/Downloads/Dialnet-ElRecursoDeAmparoEnLaSegundaRepúblicaEspañola19311-3331583%20(1).pdf

<sup>16</sup> Ver cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y reconocidos en el artículo 14 y la sección primera del capítulo segundo ante los tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad, y en su caso a través del recurso de amparo ante el tribunal constitucional. Este recurso será aplicable a la objeción reconocida en el artículo 30.

inscribirse en las Constitución de Brasil de 1934, en la de 1967 y finalmente en la Constitución de 1988 como el mandato de “Seguranca Colectivo”.

En segundo lugar este desarrollo forjó un camino para los países del cono sur entre los años cincuenta, sesenta y setenta, con la consolidación de la acción de amparo: Argentina (1957-1958) Venezuela (1961) Bolivia, Ecuador y Paraguay (1967). Es de señalar que, de lo anterior, Mac-Gregor (2010), afirma:

La regulación normativa de la acción de amparo en Argentina inicio en varias provincias desde 1921, antes de que a nivel nacional sr reconociera por la Corte suprema en los paradigmáticos casos Siri Angel (1957) y Samuel Kot (1958) a pesar de no regularse a nivel constitucional o legal. En el primer caso la Corte Suprema admitió la acción para proteger el derecho de libertad de imprenta y de trabajo, derivado de la clausura de un periódico, por la que reconoció la garantía constitucional a favor de los individuos contra actos de autoridad y pesar de no consagrarse constitucionalmente. En el segundo caso, la Corte Suprema extendió el ámbito de protección, para comprender actos de particulares, y a partir de entonces ha tenido, al igual que en México y Brasil, un desarrollo doctrinal y jurisprudencial impresionante. La interpretación del más alto tribunal argentino consideró el concepto de derecho o garantía implícito, es decir, no enumerado a que se refiere el artículo 33 de la Constitución nacional: las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán atendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana del gobierno, concepción que siguieron varias constituciones y jurisprudencia latinoamericanas (Bolivia, Brasil, República Dominicana, Guatemala, Honduras, Paraguay, Uruguay y Venezuela) (p. 210).

Por último, el tercer momento se concreta como un es un efecto dinamizador que surge entre los años ochenta y noventa, como un nuevo orden constitucional, en el que se pueden considerar los más importantes: Perú (1979), Chile (1980), Uruguay (1988), Colombia (1991) y República Dominicana (1999).

Así las cosas, se evidencia que en la legislación colombiana no existía el amparo o su denominación ulterior: la acción de tutela. El orden jurídico de Colombia contaba con dos procesos enmarcados en la carta de 1886: i) Habeas Corpus y ii) Acción Pública de Inconstitucionalidad, esta última

ya incorporada en la Constitución de Cundinamarca en su art. 9<sup>17</sup> y en el acto legislativo 3 de 1910.

De esta manera en la instalación de la Asamblea Nacional Constituyente (1991), que entregó una nueva carta magna, el Presidente de la República Cesar Gaviria Trujillo incitó en su exposición de motivos cambios estructurales.

El derecho de amparo no sería un recurso extraordinario de acceso a otra instancia judicial, tampoco pretendería sustituir a la justicia ordinaria y contenciosa administrativa, su función sería la de garantizar que los derechos y libertades constitucionales recibieran una efectiva protección y fueran tenidos en cuenta como los valores jurídicos que guían la acción de las autoridades en cada caso concreto y que merecen el respeto de los particulares.

Por esta razón, el jurista constituyente Juan Carlos Portocarrero utilizando una idea más autóctona decidió acuñar la expresión de tutela para una acción preferente, ágil, sumaria e inmediata, que estuviera al alcance de todas las personas cuando por la voluntad de la administración, por acción u omisión, se quebrante la titularidad de un derecho fundamental, extendiendo a sí misma la acción para el daño que causen también los particulares. Por tal razón, el comisionado Juan Manuel Charry presentó un proyecto con el objeto de regular la tutela. Es de señalar que Ureña (1992) afirma:

El tramite sea breve y se adopte la decisión de tutela del derecho fundamental dentro los diez días que prescribe la Constitución b) que la sumariedad no solo este por la brevedad del procedimiento sino que permita al juez tomar la decisión con base en una prueba sumaria y c) que la regulación legal sea tan solo el marco que permita a los jueces y especialmente a la Corte Constitucional determinar el alcance de la acción de tutela en aspectos de importancia como la definición del concepto del derecho constitucional fundamental (p. 165).

Con estas características se expide el Decreto 2591 de 1991 para reglamentar una acción que ha detentado aciertos en el desarrollo del

---

<sup>17</sup> Véase “Habrà un Senado de censura y protecci3n, compuesto de un Presidente, que lo serà el Vicepresidente de la Representaci3n Nacional, y cuatro miembros, para sostener esta Constituci3n y los derechos del pueblo, *a fin de que de oficio o requerido por cualquiera ciudadano, reclame cualquiera infracci3n o usurpaci3n de todos o cada uno de los tres Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial que sea contra el tenor de la Constituci3n*”. (Constituci3n Polítca de Cundinamarca, 1811).

constitucionalismo social, y en la función de la defensa de los derechos fundamentales; pero a su vez ha recepcionado críticas, entre las más fuertes la vinculada con el choque de trenes<sup>18</sup>, la sobrecarga jurisdiccional a razón del conocimiento de la acción de tutela de los juzgados, las facultades de la Corte Constitucional como legislador positivo en la creación de sentencias atípicas constitucionales y la fuerza vinculante de la acción de tutela.

Todo lo dispuesto anteriormente y en el marco del ordenamiento jurídico colombiano supone comprender la Constitucionalización del derecho y el impacto de éste fenómeno en los procesos de interpretación del derecho, la seguridad jurídica y el poder discrecional de los jueces a la luz de las principales ideas de la doctrina constitucional europea y colombiana (Cortes, 2011).

## SOBRECONSTITUCIONALISMO O INFRACONSTITUCIONALISMO

El sobreconstitucionalismo hace referencia a la consolidación de los procesos constitucionales (tutela- amparo) sobre las acciones ordinarias y un desplazamiento del juez ordinario a un juez constitucional poderoso, que relaciona el derecho, la justicia, las reglas y principios con los valores que erigen el ordenamiento. Esto está dotado de una fuerza creadora del intérprete que ejerce una función de guardián del tribunal concentrado ya sea solo un juez local o federal.

Siendo que se parte de decisiones o casos complejos que exigen una labor argumentativa pragmática en estudios sociales y culturales; y de una tendencia de armonizar la unicidad de la norma positiva con las tendencias pluralistas, Zagrebelsky (2009) señala:

La coexistencia de valores y principio, sobre la que hoy debe basarse necesariamente una Constitución para renunciar a sus cometidos de unidad e integración y al mismo tiempo de no hacerse incompatible con s base material, pluralista exige que cada uno de cada valores y principios no carácter absoluta, compatible con aquellos otros con los que deben convivir. Solamente asume carácter absoluto el metavalor que se expresa en el doble imperativo del pluralismo de los valores (en lo tocante del aspecto sustancial)

---

<sup>18</sup> Ver el conflicto de intereses entre de las cortes de cierre nacional entre la Corte Constitucional y Corte Suprema de Justicia para citarse un ejemplo Informe 44/08 caso 12.448 fondo Sergio Emilio Cadena Antolinez Colombia 23 de Julio de 2008.

y la lealtad en su enfrentamiento (en lo referente al aspecto procedimental). Estas son, al final las supremas exigencias constitucionales pluralistas que quiera hacer y conservarse como tal (p. 12).

Esto son los efectos de la irradiación de temas de la influencia: i) tribunales constitucionales; ii) Estado social de derecho; iii) supremacía constitucional y; iv) derechos fundamentales, que permiten desarrollar una labor hermenéutica a favor de la informalidad y agilidad de los procesos constitucionales e igualmente una fuerte creencia en la labor del juez filósofo, en la aplicación del imperio de la ley y a favor de la justicia y del desarrollo teórico de un constitucionalismo social. Al respecto la Corte Constitucional en la sentencia T-406 de 1992, señaló:

El juez está en plena capacidad, como ningún otro órgano de régimen político, de desempeñar ese papel. En síntesis, el control ejercido por jueces y tribunales en el Estado constitucional contemporáneo resulta siendo la fórmula para la mejor relación seguridad jurídica-justicia. De lo dicho se deriva la idea de que el juez, en el Estado social de derecho también es un portador de la visión institucional del interés general. El juez, al poner en relación la Constitución –sus principios y sus normas– con la ley y con los hechos hace uso de una discrecionalidad interpretativa que necesariamente delimita el sentido político de los textos constitucionales. En este sentido la legislación y la decisión judicial son ambos procesos de creación de derecho. Corte Constitucional de Colombia, 1992, Párrafo [55]).

Este proceso dinamizador ha consagrado la aplicación de una doctrina estricta de cumplimiento del precedente, que dentro del espíritu de las fuentes del derecho colombiano, se acerca en sus inicios al civil law<sup>19</sup>, pero que al transcurrir el tiempo, se acercó a la fuerte tradición de la Judicial Review o Stare Decisis del precedente<sup>20</sup>.

Por su parte, la Corte Constitucional gracias al principio de autoridad, como guardiana e intérprete de la Constitución, ha forjado bajo su materialidad una tesis optimista a favor de la cosa juzgada constitucional<sup>21</sup>. Esto ha sido

<sup>19</sup> Ver la ley 270 de 1996 art. 48 “constituirá criterio auxiliar para la actividad judicial y para aplicación de las normas de derecho en general”.

<sup>20</sup> Ver sentencias Corte Constitucional de Colombia C-131 de 1993, C-083 de 1995, C-836 de 2000, C-539 de 2011, C-634 de 2011, C-588 de 2012.

<sup>21</sup> Véase Constitución política de Colombia art.243 “Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones

tomado a favor de la tutela, que pese a que, en los mismos criterios de la Corte, esta debe conocer tal acción en sede de revisión, siendo sus efectos, en el marco legal: vinculantes sólo a las partes, sirviéndole a otros casos como criterio auxiliar interpretativo, y por otra parte bajo el principio de igualdad, se reconstruyó la aplicación coactiva de su doctrina, tal y como lo sentenció la Corte Constitucional en la sentencia C-037 de 1996:

Por lo demás, cabe puntualizar que las sentencias judiciales a través de las cuales se deciden acciones de tutela, solo tienen efectos en relación a las partes que intervienen en el proceso (Art.36 decreto 2591 de 1991). Sin embargo la doctrina constitucional que define el contenido y alcance de los derechos constitucionales, sentada por la Corte Constitucional, con ocasión de la revisión de los fallos de tutela, trasciende las situaciones concretas que le sirven de pauta que unifica y orienta la interpretación de la Constitución. El principio de independencia judicial, tiene que armonizarse con el principio de igualdad en la aplicación del derecho, pues, de lo contrario se corre el riesgo de incurrir en arbitrariedad. La jurisprudencia de los altos órganos jurisdiccionales, por medio de la unificación doctrinal, persigue la realización del principio de igualdad. Por consiguiente, sin perjuicio de lo observado respecto de la doctrina, la exequibilidad del segundo numeral del artículo 48, materia de examen, se declarará bajo el entendido de que las sentencias de revisión de la corte constitucional, en las que se precise el contenido y alcance de los derechos constitucionales, sirven como criterio auxiliar de la actividad de los jueces, pero si estos deciden apartarse de la línea jurisprudencial trazada en ellas, deberán justificar de manera suficiente y adecuada el motivo que les lleva a hacerlo, so pena de infringir el principio de igualdad. (1996, Párrafo [110]).

Pero poco a poco fue trazando una teoría de un precedente fuerte en la acción de tutela, llegando incluso a contrariar el principio de autonomía judicial y a los puntos argumentativos que puedan atacar el efecto vinculante de la decisión del tribunal constitucional colombiano, tal y como lo indicó la misma Corte Constitucional de Colombia en la sentencia T-068 de 2000, que reza:

Las sentencias de revisión que dicta la Corte Constitucional no pueden equipararse a las que profieren los jueces cuando resuelven sobre la demanda

---

de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución” (1991).

de tutela en concreto o acerca de la impugnación presentada contra el fallo de primer grado, sino que, por la naturaleza misma de la autoridad que la Constitución le confiere en punto a la guarda de su integridad y supremacía, incorporan un valor agregado de amplio espectro, relativo a la interpretación auténtica de la preceptiva fundamental sobre los derechos básicos y su efectividad. Tales sentencias tienen un doble aspecto, con consecuencias jurídicas distintas : uno subjetivo, circunscrito y limitado al caso concreto, bien que se confirme lo resuelto en instancia, ya sea que se revoque o modifique, y otro objetivo, con consecuencias generales, que implica el establecimiento de jurisprudencia, merced a la decantación de criterios jurídicos y a su reiteración en el tiempo, y que, cuando plasma la interpretación de normas constitucionales, definiendo el alcance y el sentido en que se las debe entender y aplicar -lo cual no siempre ocurre-, puede comportar también la creación de doctrina constitucional, vinculante para los jueces en casos cuyos fundamentos fácticos encajen en el arquetipo objeto del análisis constitucional efectuado, siempre que tales eventos no estén regulados de manera expresa por normas legales imperativas. (2000, Párrafo 1).

De ahí que a partir de esta teoría se desprenden dos ámbitos de la doctrina constitucional vinculante: i) un aspecto subjetivo frente la litis de las partes y; ii) un aspecto objetivo a las consecuencias generales que se causen. Al referente, la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia T-409 de 1998:

(...) [tales consecuencias implican] el establecimiento de la jurisprudencia, merced a la decantación de criterios jurídicos y a su reiteración en el tiempo, y que, cuando plasma la interpretación de normas constitucionales, definiendo el alcance y el sentido en que se las debe entender y aplicar -lo cual no siempre ocurre-, puede comportar también la creación de doctrina constitucional, vinculante para los jueces en casos cuyos fundamentos fácticos encajen en el arquetipo objeto del análisis constitucional efectuado, siempre que tales eventos no estén regulados de manera expresa por normas legales imperativas. (1998, Párrafo [50]).

De igual manera, se tiene que la asimetría constitucional en Colombia ha generado que la acción de tutela se convierta en un instrumento formal, ya que de ser una acción constructiva de un constitucionalismo material, transcendental y equitativo, pasa a ser una alegoría a Robin Hood, estableciendo a favor de las minorías consecuencias prácticas

como: efectividad de la acción en contra de las providencias judiciales (vías de hecho), estado de cosas inconstitucionales, derecho a la intimidad informática, mínimo vital y estabilidad laboral reforzada que llevan acciones afirmativas a favor de los ciudadanos. Tal afirmación se sustenta en parte mediante el Auto A.268 de 2010 de la Corte Constitucional de Colombia, el cual señala:

(...) debido a que aspectos históricos como las discriminaciones por motivos de género, raza o clase social, han conllevado diferenciadas posibilidades de satisfacción de los derechos de las personas, se ha hecho evidente que la sociedad, al igual que el Estado, deben adoptar medidas para que estos grupos desventajados puedan alcanzar las condiciones materiales que les permitan poder ejercer efectivamente - en iguales condiciones - los derechos de los que son titulares. Por lo demás, diversos estudios han revelado que las ideas clásicas que consideraban que bastaba con la igualdad de derechos, con instituciones representativas y con actuaciones judiciales para que el ejercicio de la igualdad ante la ley fuera universal, no son de recibo frente a la necesidad actual e impostergable de hacer efectivo dicho derecho, ya que existen condiciones materiales en las sociedades que no lo permiten, salvo que sean morigeradas o superadas definitivamente mediante determinadas actuaciones a favor de estos grupos desventajados. A esto se le ha denominado igualdad material (2010, párrafo [120]).

Esto denota el ejercicio a favor de la acción de tutela, el triunfo del sobreconstitucionalismo por sobre la legalidad, aunque esta creencia fue estropeada, tiene críticas bastante acertadas y una fuerte resistencia.

La legalidad del derecho está sometida a relación de reglas como normas abstractas e impersonales donde el juez debe buscar en los significados del derecho la correspondencia entre validez, eficacia y justicia.

Lo anterior se puede denominar como infraconstitucionalismo. Entre sus características se encuentran: la acción de tutela solo procede como mecanismo subsidiario<sup>22</sup>, es decir: “la acción de tutela para subsanar estos yerros, sólo es procedente si dentro del procedimiento ordinario no existen los medios para que los jueces ordinarios conozcan de él” (Corte Constitucional [St. T-321/98], 1998, párrafo [30]).

---

<sup>22</sup> Véase Constitución Política de Colombia de 1991 Art. 86 “ Esta acción procederá cuando el afectado no disponga de otro medio judicial”.

Así esta tesis defiende la institucionalidad del carácter excepcional de la tutela en las siguientes circunstancias: i) intentando descongestionar los despachos judiciales donde se aplica el mecanismo, toda vez que cuando el juez ordinario está conociendo de la naturaleza jurídica debe suspender cualquier otro trámite hasta que sea resultado so pena de tener un control disciplinario y penal; ii) utilizando el principio de la autonomía judicial, donde el juez se limite a aplicar su procedencia<sup>23</sup>, demostrando y acreditando las causales, de ahí dependerá la autonomía judicial como su carga valorativa; iii) un exacerbado activismo judicial o protagonismo de los tribunales constitucionales entre la interpretación y la creación jurídica; sin saberse con certeza los límites constitucionales en la creación de reglas y principios; iv) la relación de procedencia de la acción de tutela a favor de la protección de los derechos económicos sociales y culturales sin tener en cuenta la relación entre la sostenibilidad fiscal y los mencionados derechos y; vi) el anarquismo judicial que ha llevado a una institución de prestigiosa reputación al desprestigio público. Es el caso de la venta de la acción de tutela a favor de intereses particulares como pasó con la Arrocería Montería Ltda. y Alejandro Lyons De La Espriella, contra el Tribunal Superior de Montería Sala Civil Familia Laboral<sup>24</sup>, o el famoso caso (Fidupetrol)<sup>25</sup>, que llevó a la suspensión del cargo al magistrado Pretel Chaljub. Tamayo (2015), declara:

El derecho de los jueces o Nuevo Derecho no es una interpretación jurídica, sino un arma de lucha política, que busca destruir el derecho vigente, con miras a instaurar un régimen unipartidista. El activismo judicial del Nuevo Derecho y sus ancestros es un medio político de lucha de clases, y no un fin pacífico del Estado de derecho. Ellos, ante la imposibilidad de llegar al

---

<sup>23</sup> Véase “La acción de tutela procede cuando (i) no existan otros medios de defensa judiciales para la protección del derecho amenazado o desconocido; cuando (ii) existiendo esos mecanismos, estos no sean eficaces o idóneos para salvaguardarlos derechos fundamentales en el marco del caso concreto, evento en que la tutela desplaza el medio ordinario de defensa; o cuando (iii) sea imprescindible la intervención del juez constitucional para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable (art. 86, C.P.), hipótesis en la cual el amparo opera, en principio, como mecanismo transitorio de protección” (Corte Constitucional de Colombia, 2014, Párrafo [100]).

<sup>24</sup> Véase Sentencia. Corte Constitucional de Colombia T-148 de 2010 M.P. Jorge Ignacio Pretel Chaljub.

<sup>25</sup> Véase Sentencia. Corte Constitucional de Colombia. SU-770 de 2014 M.P. Mauricio Gonzales Cuervo.

poder por las armas o por los votos, se inventaron la brillante idea de cambiar lentamente, mediante sentencias contrarias a la ley, el derecho vigente y legítimo, lo que genera, al final, una desinstitucionalización caótica, y el partido único, marxista o fascista, aprovecha esa circunstancia para tratar de asumir el poder. (p. 1).

Estas prácticas, hacen que la atención se centre en el equilibrio que debe existir entre el activismo judicial y el formalismo legal, siendo el principio de *phronésis*<sup>26</sup> de Aristóteles, la metodología o el remedio para una relación justiciable del derecho, e igualmente unos poderes limitados de los tribunales constitucionales bajo el manto de la teoría de las cuestiones políticas no justiciables.

Por su parte, se debe señalar que la naturaleza jurídica de la acción constitucional es la protección por la vulneración de un derecho fundamental, cabe preguntar por esta causación, por tal se formula el siguiente interrogante: ¿Es posible una reparación por daño patrimonial causado por la acción u omisión ya sea de una autoridad pública o de un particular? en principio, en el ordenamiento jurídico Colombiano el juez constitucional tiene la potestad de reparar en los términos de la pregunta, si está motivado por una previa acción de tutela<sup>27</sup>, pero de esta afirmación se desprenden dos preguntas adicionales ¿cuáles son los perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales que puede tazar el juez constitucional en la acción de tutela? y ¿es posible solicitar la indemnización del daño emergente en la acción de tutela por actos lícitos que vulneran derechos fundamentales?

Para responder las anteriores resulta necesario entender desde la teoría de la responsabilidad la causación el daño los siguientes: i) la existencia de una acción u omisión (culpa); ii) la existencia de una violación a un derecho

---

<sup>26</sup> Véase La *phronésis* es la habilidad para pensar cómo y por qué debemos actuar para cambiar nuestras vidas a mejor. *Phronésis* se convierte en latín en *prudentia*.

<sup>27</sup> Ver el Decreto 2591 de 1991 art. 25 “el fallo que conceda la tutela el juez de oficio, tiene la potestad de ordenar en abstracto la indemnización del daño emergente causado si ello fuere necesario para asegurar el goce efectivo del derecho así como el pago de las costas del proceso. La liquidación del mismo y de los demás perjuicios se hará ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo o ante el juez competente, por el trámite incidental, dentro de los seis meses siguientes, para lo cual el juez que hubiere conocido de la tutela remitirá inmediatamente copia de toda la actuación” (Presidente de la República).

constitucional fundamental (el daño) y; iii) la existencia de una relación de causalidad entre la culpa y el daño. Así Correa (2001), declara:

(...) la acción se entiende el despliegue de actos positivos que se expresan en el mundo exterior. Es el caso por ejemplo de echar a alguien de la escuela o el trabajo por motivos de raza, sexo, creencias políticas o religiosas. Por omisión se entiende la ausencia de comportamiento, cuando se tenía el deber jurídico de actuar. Es el caso por ejemplo de no contestar un derecho de petición o no atender los quebrantos de salud de alguien. Tanto la acción como la omisión deben ser probadas, aunque sea sumariamente. En palabras de la Corte la prueba debe ser sumaria pero positiva (p. 74).

De acuerdo a lo señalado, en el ordenamiento jurídico colombiano, la teoría del régimen de responsabilidad se divide en dos nociones: i) régimen subjetivo (culpa) y; ii) régimen objetivo (daño antijurídico), que se remontan al Art. 90<sup>28</sup> de la Constitución Política.

El primero tiene una concepción en el derecho de culpa invigilando y culpa in contraendo, descritas de manera didáctica en el código civil colombiano en sus art. 2347 y 2349; además de responsabilidad por el hecho ajeno, trastocando el camino a la responsabilidad directa art. 2341 C.C. De esta manera convergen en el concepto de la culpa, refiriéndose a lo no actuado o actuado imperfectamente (mal-tardidamente), esto en materia del Derecho Público (teoría de la responsabilidad) es un título jurídico de imputación denominado falla del servicio o falla probada.

En el segundo término, se hace referencia al régimen objetivo o daño antijurídico, refiriéndose como aquel daño que no exige el deber de ser soportado, Ruiz (2013) sobre el referente, afirma:

(...) [El] daño como fundamento esencial de responsabilidad civil, en este caso, de la responsabilidad civil extracontractual del Estado. Por supuesto debe ser antijurídico, un daño no contemplado por la ley como carga pública que todo particular deba soportar. En este punto es propio destacar que no todo daño es indemnizable, porque la condición primigenia para ello es que sea antijurídico, pues existen innumerables obligaciones y cargas que pueden lesionar derechos personalísimos o el patrimonio de las personas como son el pago de tributos al Estado, servir como testigo electoral o jurado

<sup>28</sup> Véase El Estado responderá patrimonialmente por los Daños antijurídicos que le sean causado por la acción y omisión del servicio.

de votación, cumplir una sanción de privación de la libertad por infringir la ley penal o prestar el servicio militar obligatorio, que son verdaderas cargas públicas consagradas en la ley, que en condiciones de igualdad todos estamos en la obligación de soportar. Es precisamente ese umbral de lo que todos los ciudadanos deben asumir en beneficio de la colectividad, lo que establece el límite para considerar que el daño se convirtió en antijurídico y superó lo que razonablemente debe tolerar un ciudadano para contribuir al interés colectivo, y es ese en ese momento en que debe valorarse el daño como indemnizable. (p. 70).

Recordando además que para ser responsable el Estado, son imperativos los siguientes títulos jurídicos de imputación: i) daño especial; ii) riesgo excepcional; iii) responsabilidad de la administración de justicia; iii) responsabilidad por trabajos obras públicas; iv) responsabilidad por derechos humanos y; iv) responsabilidad por trabajo y obras públicas, generando una responsabilidad a favor del daño en su carácter vinculante, en este sentido procede el medio de control descrito en la ley 1437 de 2011, Art. 140<sup>29</sup>, esto es: la reparación directa.

Esto se asemeja a la acción constitucional descrita en el Art. 86<sup>30</sup> de la Constitución Política de Colombia, esto es: la acción de tutela, que procede por la violación de derechos fundamentales, lo puede causar una autoridad pública o un particular que presta un servicio público; así la procedencia de la acción es el quebranto del orden constitucional y el bloque de constitucionalidad, que resulten vulnerados por la acción u omisión de los derechos fundamentales.

---

<sup>29</sup> Véase “En los términos del artículo 90 de la Constitución Política, la persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño antijurídico producido por la acción u omisión de los agentes del Estado. De conformidad con el inciso anterior, el Estado responderá, entre otras, cuando la causa del daño sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa imputable a una entidad pública o a un particular que haya obrado siguiendo una expresa instrucción de la misma”. (Congreso de la República [Ley 1437 de 2011], 2011).

<sup>30</sup> Véase “a protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública” (Constitución Política de Colombia, 1991).

De esta naturaleza es posible que la acción constitucional cuando acredita el daño (imputable, personal y cierto), el juez condene a una indemnización; así lo dice el decreto 2591 de 1991 art. 25. Al respecto, Henao (1997), declara:

Del enunciado del artículo en estudio, varios son los requisitos que se establecen para que el juez de tutela pueda decretar la indemnización del perjuicio. Ellos son: a) que el afectado no disponga de otro medio judicial para obtener la indemnización del perjuicio b) que la violación del derecho sea manifiesta y consecuencia de un acción clara e indiscutiblemente arbitraria; c) que la indemnización sólo se cubra el daño emergente causado d) que la indemnización procede solo cuando necesaria para asegurar el goce efectivo, así como las costas del proceso. (pp. 251-252).

Por su parte, la Corte Constitucional de Colombia ha reconstruido un precedente en torno a la excepcionalidad del mecanismo constitucional, al reconocer daños e indemnizaciones. La especialidad de la responsabilidad corresponde al juez contencioso en el trámite del incidente, pero por la facultad del conocimiento de los derechos fundamentales y el principio de supremacía constitucional, todos los jueces son jueces constitucionales; esto genera en el ordenamiento un tránsito a la constitucionalización del derecho de daños. Así las cosas, cabe señalar lo siguiente:

(...) ningún motivo de inconstitucionalidad encuentra la Corte en el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991, también acusado en este proceso, puesto que ese precepto se limita a indicar la natural consecuencia atribuida por el Derecho, en aplicación de criterios de justicia, a la comprobación del daño que se deriva de acción u omisión antijurídica, la cual no puede ser distinta del resarcimiento a cargo de quien lo ocasionó, tal como dispone el artículo 90 de la Constitución. Se trata de reparar, por orden judicial, el daño emergente causado si ello fuere necesario para asegurar el goce efectivo del derecho cuando el afectado no disponga de otro medio judicial, la violación sea manifiesta y provenga de una acción clara e indiscutiblemente arbitraria, supuestos que justifican y aún exigen que el fallador, buscando realizar a plenitud la justicia en cada caso, disponga lo concerniente. Desde luego, no se trata de sustituir a la jurisdicción especializada ya que el juez de tutela tan sólo tiene autorización para ordenar la condena en abstracto y su liquidación corresponde a la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo o al juez competente, lo cual en nada se opone a las previsiones constitucionales (Corte Constitucional [C-543], 1992, Párrafo [125]).

Además, se debe tener en cuenta que: el juez de tutela debe acreditar varios aspectos para otorgarla: i) un debido proceso de acción y contradicción por parte del accionado, esto indica que debe existir una prueba mínima de la ocurrencia del daño emergente, tal y como lo enuncia el Art. 1614 del código civil<sup>31</sup>; ii) la violación tiene que ser manifiesta por el accionado; iii) la indemnización debe ser necesaria para el goce efectivo del derecho y; iv) el juez constitucional discrecionalmente debe decretarla, pero debe ser explícito en cuanto a la claridad del perjuicio otorgado, a las razones del resarcimiento para el goce del derecho, el hecho o el acto del perjuicio, la relación de causalidad entre la acción del agente y el daño consumado y las razones que debe tener el juez competente para efectuar la liquidación del perjuicio.

Por tanto el juez en su tasación, debe condenar por el daño emergente y no por el lucro cesante, es así que estos corresponden a perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales, lo que indica que se puede ordenar en abstracto la indemnización del daño emergente. Siéndole al juez de tutela prohibido: ordenar la indemnización por lucro cesante, puesto que el artículo 25 expresamente se refiere al daño emergente, lo cual, según interpretación sistemática, excluye el lucro cesante.

Por supuesto que dentro del concepto de daño emergente caben los perjuicios materiales y los perjuicios morales; lo discutible es que el daño moral se incluya en el lucro cesante, sin embargo, el daño emergente queda complementado por otra frase contenida en el artículo 25 del decreto 2591 de 1991: “la liquidación del mismo y de los demás perjuicios o sea los demás perjuicios provenientes del daño emergente, por ejemplo los perjuicios morales” (Presidente de la República de Colombia).

Sumado a lo anterior, el trámite procesal constitucional le impone la condición al juez que conoce el asunto, a partir de la condena en abstracto: de tramitar oficiosamente el incidente de liquidación de perjuicios por el principios de informalidad, oficiosidad y celeridad del mecanismo constitucional, con un tiempo perentorio a favor del accionante, desligándose

---

<sup>31</sup> Véase daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento.

de la actuación que impone el interesado en la ley 1437 de 2011 Art. 193<sup>32</sup> y la ley 1564 de 2012, es decir, se aprecia un sobreconstitucionalismo en contra de las normas generales (privadas - públicas), se debe señalar que:

El juez de tutela debe interpretar una norma de procedimiento debe hacerlo a la luz de este principio. Esto es, que cuando se le presenten dos opciones interpretativas posibles sobre la misma norma de procedimiento de tutela, debe preferir aquella en la cual su papel sea activo en la protección y restablecimiento del derecho y, por el contrario, desechar aquella en que su papel se limite a ser un espectador de conflictos inter-partes. Por lo tanto, en el caso que nos ocupa, entre las dos opciones interpretativas posibles, bajo la óptica del principio de oficiosidad de la acción de tutela el juez debió preferir aquella en la cual los seis meses a los que hace alusión el artículo 25 del decreto 2591 de 1991 no se refieren a un término de caducidad, en perjuicio del accionante, sino a un término impuesto al juez para que una vez iniciada la actuación de oficio este resolviera la solicitud. (Corte Constitucional [T-1029], 2010, Párrafo [170]).

Aun así, queda por deducir ¿Es posible solicitar la indemnización del daño emergente en la acción de tutela por actos lícitos que vulneran derechos fundamentales? Dentro del ámbito constitucional colombiano hay pocos ejemplos para tomar esta medida, uno de ellos es donde se toma una acción que se debate en la relación ente los principios de espacio público y trabajo; el derecho de un bienestar general sobre un acto particular, originándose en la acción de tutela que impetraron los vendedores ambulantes de Ibagué sobre la apreciación de una excepción de inconstitucionalidad de un acto administrativo: el Decreto 742 de 1991, que en términos generales buscaba recuperar el espacio público,<sup>33</sup> así el tribunal concentrado de constitucionalidad confirma el fallo de la Corte Suprema de Justicia sala

---

<sup>32</sup> Véase “la condena se haga en abstracto se liquidará por incidente que deberá promover el interesado, mediante escrito que contenga la liquidación motivada y especificada de su cuantía, dentro de los sesenta (60) días siguientes a la ejecutoria de la sentencia o al de la fecha de la notificación del auto de obediencia al superior, según fuere el caso. Vencido dicho término caducará el derecho y el juez rechazará de plano la liquidación extemporánea. Dicho auto es susceptible del recurso de apelación” (Congreso de la República [Ley 1437 de 2011], 2011).

<sup>33</sup> Véase. Sentencia Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-225 a 400. Sala séptima de revisión Magistrados Ponentes. Jaime Sanin Greiffenstein, Ciro Angarita Barón, y Eduardo Cifuentes Muñoz.

laboral, recovando en una ponderación de reubicación de los vendedores ambulantes. De esta manera se mantiene la legalidad del acto administrativo por el hecho legítimo de la administración, pero a su vez es posible una ductilidad de la violación del derecho fundamental ya que este daño solo es indemnizable en lo contencioso administrativo por el daño antijurídico.

Se tiene además, que con un eje temático se tornará divergente la Corte Constitucional por actuaciones lícitas que vulneran masivamente derechos fundamentales en desarrollo de la teoría del Estado de Cosas Inconstitucionales, para estas últimas se consideran de relevancia trascendental los siguientes temas: i) salud; ii) desplazados; iii) hacinamiento carcelario; iv) falta de pago de las pensiones y; v) demora en la contestación de los derechos de petición. Cárdenas (2016) afirma:

De lo dicho hasta aquí se pueden acotar dos premisas la primera se refiere al ECI como un cúmulo sucesivo de situaciones y circunstancias que provocan en cascada una serie de violaciones masivas de derechos fundamentales que afectan a un número considerable de personas, y que proviene de fallas institucionales a multinivel; la segunda llave plantear el ECI como una técnica procedimental de origen jurisprudencial para la resolución de casos que resultan conformes a la descripción hecha en la primera premisa. (p. 37).

Es entonces tales actuaciones, desarrolladas en el marco de políticas públicas lícitas u omisiones de la administración, lo que en últimas llevan a establecer un orden contrario al desarrollo arquitectónico del orden constitucional, vulnerando en definitiva: los derechos fundamentales<sup>34</sup>. Independiente de la actuación y su creación jurisprudencial por medio de la acción de tutela, estas actuaciones llevarían a una eventual indemnización por el daño antijurídico causado a los ciudadanos que sólo se reconocen en un mecanismo constitucional pero no en reconocimiento del perjuicio que en el deber ser encuadraría en una actuación administrativa por el Estado de cosas inconstitucionales.

---

<sup>34</sup> Véase Sentencia. Corte Constitucional de Colombia. SU-559 de 1997 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, T- 289 de 1998 M.P. Fabio Moron Díaz, T-068 de 1998. M.P. Alejandro Martínez Caballero, T-153 de 1998 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, SU-250 de 1998 M.P. Alejandro Martínez Caballero, T-590 de 1998 M.P. Alejandro Martínez Caballero, T- 025 de 2004 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

## CONCLUSIONES

El surgimiento de la acción de amparo ha traído un repensar en el derecho constitucional a la luz de modelos históricos desde la supremacía del orden materializado en la protección de los derechos fundamentales. Esto trae consigo un derecho judicial llamado a engrandecer la facultad de los tribunales constitucionales generando contrastes desde la informalidad, oficiosidad y creando derechos materiales a favor de los ciudadanos, en un sobreconstitucionalismo, pero a su vez, ha traído un absolutismo del gobierno de los jueces que han prohiado una tiranía monetaria a favor de sus intereses particulares.

Lo anterior, trae como respuesta una tesis moderada a favor de apelar a la prudencia judicial y a la ética de la racionalidad del juez, toda vez que el aparato judicial propende por un equilibrio entre la objetividad de la norma y la favorabilidad de la norma constitucional. Esto ha permitido reconstruir un régimen indemnizatorio sobre la vulneración de derechos fundamentales que causan daño emergente (patrimoniales- extrapatrimoniales), invocando una excepcionalidad del constitucionalismo de la tutela.

De esta forma se ha generado una premisa; la acción de tutela contra actos lícitos que vulneran derechos fundamentales; creando el efecto de que el trasplante traído desde la Corte Suprema India sobre el derecho al agua (1980), del Tribunal Constitucional de Sudáfrica sobre el derecho de la vivienda (2000) y sobre la salud (2002), permee el Estado de Cosas Inconstitucionales, coadyuvado por medio de esta acción constitucional, siendo posible como nueva forma de un régimen indemnizatorio.

## REFERENCIAS

- Alcaldía del Tolima. (1991). *Decreto 742 de 1991, por medio del cual reglamentaba la utilización del espacio público y reubicaba a los vendedores*. Tolima.
- Araujo, Joan. (2010). *El Recurso de amparo en la segunda República Española (1931-1936) y la posterior Guerra Civil (1936-1939)*. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, núm. 14, Madrid.
- Barreara, J. (2014). *Jurisprudencia Constitucional, Precedentes Judiciales de la Humanidad Casos y Materiales*. Bogotá: Editorial Legis.
- Cárdenas, B. (2016). *Del Estado de Cosas inconstitucional a la Formulación de una Garantía Transubjetiva*. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia.

- Correa, N. (2001). *Derecho Procesal de la Acción de Tutela*. Bogotá: Editorial Pontificia Universidad Javeriana.
- Congreso de la República. (18 de enero de 2011). *Ley 1437 de 2011 por la cual Se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*. Colombia.
- Constitución de Cundinamarca. (1811).
- Constitución Política de Colombia. (1991).
- Corte Constitucional. *Sentencia C-543 DE 1992*. Colombia.
- Corte Constitucional. *Sentencia T-406 de 1992*. Colombia.
- Corte Constitucional. *Sentencia C-037 de 1996*. Colombia.
- Corte Constitucional. *Sentencia T-575 de 1996*. Colombia.
- Corte Constitucional. *Sentencia SU-559 de 1997*. Colombia.
- Corte Constitucional. *Sentencia T-068 de 1998*. Colombia.
- Corte Constitucional. *Sentencia T-153 de 1998*. Colombia.
- Corte Constitucional. *Sentencia T-289 de 1998*. Colombia.
- Corte Constitucional. *Sentencia T-321 de 1998*. Colombia.
- Corte Constitucional. *Sentencia T-409 de 1998*. Colombia.
- Corte Constitucional. *Sentencia T-068 de 2000*. Colombia.
- Corte Constitucional. *Sentencia T-225 a 400/92*. Colombia.
- Corte Constitucional. *Sentencia T- 025 de 2004*. Colombia.
- Corte Constitucional. *Auto A268 de 2010*. Colombia.
- Corte Constitucional. *Sentencia T-1029 de 2010*. Colombia.
- Corte Constitucional. *Sentencia T-148 de 2010*. Colombia.
- Corte Constitucional. *Sentencia SU-770 de 2014*. Colombia.
- Cortes, S. (2011). La Constitucionalización del Derecho y la Interpretación Jurídico Constitucional. En: *Revista Via Inveniendi et Iudicandi*. Documento Extraído el 2 de octubre de 2016 de <http://revistas.usantotomas.edu.co/index.php/viei/article/view/2912/2785>
- Garzón, E. (2016). *Derechos innominados en el Sistema Interamericano*. Revista Dixi, volumen 18/ Numero 24 Octubre de 2016.
- Henoa, J. (1997). *La Acción de Tutela y la Responsabilidad Extracontractual del Estado” En: Homenaje A Fernando Hinestrosa- 30 Años de Rectorado*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Mac-Gregor, E. (2010). *Acción de Tutela y Derecho Procesal Constitucional*. Bogota-Colombia: Editorial Doctrina y Ley.
- Manilli, P. (2011). *Marbury Vs Madison Reflexiones sobre una Sentencia Bicentenario*. México: Editorial Porrúa.

- Meneses, O. (2010). El Derecho en el proceso de la civilización: aproximación y desarrollos. En: *Revista Verba Iuris*. Documento extraído el 5 de septiembre de 2016 de <http://www.unilibre.edu.co/verbaiuris/24/el-derecho-en-el-proceso-de-la-civilizacion-aproximacion-y-desarrollos.pdf>
- Presidente de la República. (19 de noviembre de 1991). *Decreto 2591 de 1991. Por el Cual Se Reglamenta La Acción De Tutela Consagrada En El Artículo 86 De La Constitución Política*. Colombia.
- Tamayo, J. (2015). *Origen Nazista y Marxista del Nuevo Derecho (II)*. Recuperado de: <https://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/Educacion-y-Cultura/origen-nazista-y-marxista-del-nuevo-derecho-ii>.
- Troccoli, J. (2011). *Evolución del Juicio de Amparo como medio de Control Constitucional*. México: Editorial Porrúa.
- Ruiz, W. (2013). *Responsabilidad del Estado y sus Regímenes*. Bogotá: Editorial Ecoe.
- Urueña, J. (1992). *La Acción de Tutela*. Bogotá: Editorial Temis.
- Zagrebelsky, G. (2009). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Editorial Trotta.



# LA INEFICACIA DE LA DECLARATORIA GENERAL DE INCONSTITUCIONALIDAD EN MÉXICO (REFORMA DE 2011 EN MATERIA DE AMPARO)<sup>1</sup>

JOSÉ ANTONIO FLORES LINARES<sup>2</sup>

## INTRODUCCIÓN

La reforma del 6 de junio de 2011 en materia del juicio de amparo, con vigencia a partir del 4 de octubre del mismo año, entre muchas de sus *novedades*<sup>3</sup> contempló la creación de la *declaratoria general de inconstitucionalidad de normas*<sup>4</sup>.

La incorporación de tal institución procesal implica varios cuestionamientos, sin embargo, el problema de la investigación radica en estudiar su eficacia o ineficacia, esto en términos de poder discernir, si ha tenido efectos positivos, o bien no ha trascendido en beneficio de los gobernados.

---

<sup>1</sup> El capítulo de libro es producto de la investigación: “La ineficacia de la declaratoria general de inconstitucionalidad en México” en el marco de la de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos (UAEM).

<sup>2</sup> Profesor (México): Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos (UAEM), Universidad La Salle Cuernavaca (ULSAC); Escuela de Derecho, Posgrados y Práctica Jurídica. Licenciado en Derecho (ULSAC). Maestro en Derecho (UAEM). Doctorando en Derecho y Globalización (UAEM). Correo Electrónico: jantonioflores23@gmail.com

<sup>3</sup> Vgr. Inclusión del interés legítimo, atenuación al principio de estricto derecho, protección horizontal de los derechos humanos, amparo adhesivo, suspensión con efectos restitutorios, y algunas otras más que la jurisprudencia ya había desarrollado.

<sup>4</sup> Al respecto es importante anotar que el fenómeno de la globalización ha generado un cambio de organización política y jurídica en la figura del Estado Nación sin que dicha modificación presente elementos institucionales que garanticen una transición pacífica, equilibrada, legítima y justa (Blanco, 2011).

Por su parte y sin que de ninguna manera se pueda desvincular con el tema a desarrollar, o de cualquier aspecto de la vida en sociedad, debemos considerar el contexto en que nos situamos actualmente; es decir al nuevo orden Constitucional generado con la *reforma en materia de derechos humanos* del 10 de junio de 2011, en especial al artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM). Este nuevo contexto exige que se analice tal figura, en miras de conocer si se encuentra adecuada a tales exigencias.

Desde ahora advertimos al lector que ni la reforma Constitucional, o bien el tema inherente a los derechos humanos, habrán de ser desarrollados como tópico central del artículo, sin embargo como ya se señaló, se considera que la institución Constitucional de estudio, no puede examinarse sino dentro de paradigma que hoy en día prevalece (o debería prevalecer) en México, el cual establece a la dignidad humana como eje rector de toda actividad Estatal, situación que se correlaciona con el análisis relativo a la eficacia de tal procedimiento constitucional.

Y es que si en nuestro ordenamiento vigente existe la posibilidad de emitir declaratoria general de inconstitucionalidad de normas, entonces debe tener como finalidad ser un medio protector de derechos humanos; sin embargo desde ahora advertimos que la complejidad de su procedimiento, requisitos y efectos, lo alejan de serlo.

Dicho lo anterior advertimos desde ahora, que *solo se han integrado 8 expedientes* relativos a posibles declaratorias, sin que *a la fecha se haya emitido alguna*.

Por cuanto a los *métodos utilizados* se establecen principalmente el sistemático, deductivo-inductivo, analítico. Las principales técnicas son la documental (física e internet), legislativa (normativa) y jurisprudencial (nacional).

Se utilizará el método sistemático, partiendo del orden Constitucional vigente como eje rector, y parámetro de estudio de la declaratoria general de inconstitucionalidad, estudiándolos de manera conjunta, esto con el fin comprobar si tales conceptos forman parte de un universo cognitivo.

El uso de la lógica deductiva-inductiva, es indispensable en todo proceso de investigación al partir de los datos concretos, y de estos a las generalizaciones, lo que sirvió para construir enunciados lógicos y argumentativos sobre los

temas propuestos; destacando el aspecto Constitucional de la institución de estudio.

El método analítico se utilizará principalmente en el desarrollo del marco teórico; al partir de los conceptos fundamentales en el desarrollo de esta investigación, a efecto de poder extrapolar sus elementos genéricos, pues es indispensable partir del estudio pormenorizado de los diversos elementos que componen tales premisas.

Además debe destacarse el estudio cuantitativo y cualitativo, que se realiza respecto del número y características de los procedimientos de integración de declaratoria general de inconstitucionalidad, en miras de tener parámetros para determinar su eficacia o ineficacia, esto desde el inicio de su vigencia hasta el presente.

En tal sentido y a través técnica documental (física e internet), legislativa (normativa), jurisprudencial, además de las derivadas de las tecnologías de la información, es que se desarrollan los métodos señalados con antelación.

## I. LA CONSTITUCIÓN MEXICANA A PARTIR DEL 2011

Precedida por la sentencia derivada del caso *Rosendo Radilla Pacheco vs los Estados Unidos Mexicanos*<sup>5</sup>, el expediente varios 912/2010<sup>6</sup>; la reforma del 10 de junio de 2011 introdujo diversas instituciones al sistema jurídico mexicano tales como: el *principio pro persona*, la *cláusula de interpretación conforme* y el muy discutido y controvertido *bloque de constitucionalidad*; todas ellas amalgamadas dentro del *control difuso de convencionalidad y constitucionalidad* (Rojas y Ariel, 2012, pp. 27-34), y acotadas por la *Contradicción de Tesis 293/2010*<sup>7</sup>. Lo anterior se traduce en la *exigencia de una nueva visión en la defensa de los derechos humanos*, incluyendo por supuesto a la institución que ahora nos referimos.

Vale el caso contextualizar la aludida reforma en materia de derechos humanos, ya que no solo fue un cambio formal o nominativo, siendo incorporado el concepto de *derechos humanos*, redefiniendo el de garantía.

---

<sup>5</sup> Resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

<sup>6</sup> Dictado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

<sup>7</sup> Igualmente resuelta por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

La *garantía* es el medio para salvaguardar un derecho, para hacerlo eficaz, y tiene por objeto reparar las violaciones que se hayan producido a los principios, valores o disposiciones fundamentales (Fix-Zamudio, 2003, p. 283.), situación que fue considerada por el constituyente al momento de reformar la norma fundamental Mexicana.

Por su parte Jorge Carpizo (2011, p. 13) señala que los *derechos humanos* “... constituyen mínimos de existencia, y al saberse que serán respetados y promovidos, la persona se moviliza con libertad para lograr vivir con dignidad.”, y afirma que los *derechos fundamentales, son los derechos humanos constitucionalizados*, que se plasman en derecho positivo vigente, y protegen cualquier aspecto fundamental de la persona y en caso de infracción existe coacción por parte del Estado para su restitución.

De tal guisa advertimos que el concepto de garantía, no es que haya desaparecido del sistema Constitucional, sino que por su propia naturaleza, se ha redefinido, en términos de su uso como medio de salvaguarda de derechos humanos y fundamentales, tal es el caso del juicio de amparo, y por su puesto debería de serlo la declaratoria de estudio, sin embargo como veremos más adelante, dista de serlo así<sup>8</sup>

## II. LA DECLARATORIA GENERAL DE INCONSTITUCIONALIDAD Y EL PRINCIPIO DE RELATIVIDAD DEL JUICIO DE AMPARO

La institución de estudio *a priori*, pudiese confundirse con una excepción al principio de relatividad (efectos *inter partes*) de las sentencias de amparo, este “...consiste en que los fallos de amparo son de efectos particulares, es decir, sólo vinculan a las partes contendientes en el proceso jurídico constitucional respectivo”. (Mussi y Silva, 2011, p. 31), sin embargo como se desarrollará en este trabajo, se considera que no lo es, y que en sentido

---

<sup>8</sup> Como comentario conexo es pertinente anotar que el problema del concepto y la validez del derecho es, sin lugar a dudas, uno de los más antiguos de la filosofía y la teoría del derecho. Desde la perspectiva iusnaturalista estos problemas estaban resueltos por referencia a ciertos valores superiores que se consideraban incuestionables o autoevidentes a la razón o a las creencias de los hombres; de suerte que si alguien quería saber qué era el derecho y si una determinada norma debía ser obedecida simplemente la confrontaba con esos principios o valores ideales y supra-históricos, que constituían la esencia del verdadero derecho (Carrillo 2012).

estricto ni siquiera constituye una institución jurídica que pertenezca al proceso de amparo, sino al orden del derecho procesal constitucional en sí mismo, como un procedimiento autónomo<sup>9</sup>.

Ya se adelantó que puede existir confusión entre ambas instituciones, no por considerarlas sinónimos, sino más bien por equiparar a la declaratoria como una excepción<sup>10</sup> al principio de relatividad de las sentencias de amparo (tanto directo como indirecto), en tal sentido y para el efecto de discernir este aspecto comenzamos por definir al juicio de amparo y a la propia declaratoria. Zaldívar (2014) señala respecto del primero que:

*El juicio de amparo mexicano es un medio de control constitucional a través del cual se protege a las personas frente a normas generales, actos u omisiones por parte de los poderes públicos o, en ciertos casos, de particulares. Su ámbito de protección se extiende a la tutela de todo el orden jurídico nacional, pues comprende las funciones de habeas corpus o tutela de la libertad personal, la protección de los derechos fundamentales de fuente nacional e internacional, el control de constitucionalidad de leyes, así como el control de legalidad de los actos de las autoridades administrativas y de las sentencias judiciales (p. 778).*

Así el juicio de amparo se instituye como una garantía de protección de los derechos humanos, sus bases están contenidas en los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, destacamos en lo particular el primer párrafo de la fracción II del artículo 107 Constitucional, que contiene el principio de relatividad, señalando que las sentencias dictadas en los juicios de amparo solo se protegerán al o los quejosos que lo hubiesen solicitado.

Este principio históricamente conocido como *fórmula Otero*, en esencia se refiere a que los efectos de las ejecutorias de amparo solo benefician y/o perjudican a las partes en dicho proceso (*res inter alios judicata, aliis nec nocere prodesse potest*).

<sup>9</sup> Al respecto es importante anotar que los tribunales constitucionales no deben en el marco de los procesos de constitucionalidad solucionar problemas jurídicos de orden particular, y en su defecto deben promover la democracia (Cortes, 2012).

<sup>10</sup> Excepción que en sentido estricto no existe, sin embargo no pasa inadvertido los alcances amplios de las sentencias en materia de su cumplimiento (autoridades distintas a las responsables), litisconsorcio pasivo al ordenarse la reposición del juicio, e inclusive en acciones de amparo donde se aduzca un interés legítimo colectivo.

De hecho tal principio no es exclusivo del juicio de amparo, sino que aplica de manera general a todo proceso, máxime que da certeza a las partes, y aquellos sujetos ajenos a la relación procesal, que la sentencia que se dicte solo afectará a los contendientes relacionados directamente con el litigio: en pocas palabras dichas sentencias no tienen efectos *erga omnes*.

Sin embargo el establecimiento del dicho principio de relatividad en el juicio de amparo indirecto, ha sido históricamente criticado en materia de amparo contra normas (*infra*), al considerarse que cuando aquella es tildada de inconstitucional *debería* corresponder a la realidad jurídica de todo sujeto sometido a ella, y no solo al quejoso que promovió y acreditó la acción de amparo.

Por su parte y en materia de la declaratoria general de inconstitucionalidad (Zaldívar Lelo de Larrea, 2014), menciona que:

*En sentido amplio, la declaratoria general de inconstitucionalidad es el pronunciamiento con efectos generales que emite un órgano constitucionalmente facultado sobre la irregularidad de una norma general, haciéndola inaplicable respecto de cualquier persona... En sentido estricto, la declaratoria general de inconstitucionalidad es la facultad prevista en la fracción II del art. 107 constitucional, a través de la cual la Suprema Corte de Justicia de la Nación puede declarar la invalidez con efectos generales de normas cuya inconstitucionalidad se haya determinado mediante jurisprudencia por reiteración en amparo indirecto, con excepción de las normas generales en materia tributaria (pp. 308-309).*

Conforme a lo anterior, *lato sensu*, se refiere a los efectos generales de las sentencias en materia los medios de control de la constitucionalidad denominados: *Controversia Constitucional (fracción I del artículo 105 de la CPEUM)*<sup>11</sup> y *Acción de Inconstitucionalidad (fracción II del artículo 105 de la CPEUM)*<sup>12</sup>, ambos de competencia exclusiva de la SCJN, e inasequibles

<sup>11</sup> Es un proceso constitucional que salvaguarda el sistema federal, el principio de división de poderes, y el orden competencial de ambos, presupone un agravio del ente legitimado y procede en contra de actos o normas, destacando en el caso de las segundas, los efectos *erga omnes* de las sentencias que las declaren inconstitucionales.

<sup>12</sup> Se define como un procedimiento contra leyes (control *a posteriori*), al ser una acción abstracta no presupone un agravio, salvaguarda la certeza y validez del orden jurídico mexicano conforme al principio de supremacía constitucional, siendo los efectos de sus sentencias siempre generales.

a los gobernados, ya que la norma fundamental solo legitima a entes del Estado para su incoación; sin embargo el estudio que desarrollamos atiende al sentido estricto de dicho concepto, señalando la norma Constitucional:

*Artículo 107...*

*II...*

*Cuando en los juicios de amparo indirecto en revisión se resuelva la inconstitucionalidad de una norma general por segunda ocasión consecutiva, la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo informará a la autoridad emisora correspondiente.*

*Cuando los órganos del Poder Judicial de la Federación establezcan jurisprudencia por reiteración en la cual se determine la inconstitucionalidad de una norma general, la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo notificará a la autoridad emisora. Transcurrido el plazo de 90 días naturales sin que se supere el problema de inconstitucionalidad, la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitirá, siempre que fuere aprobada por una mayoría de cuando menos ocho votos, la declaratoria general de inconstitucionalidad, en la cual se fijarán sus alcances y condiciones en los términos de la ley reglamentaria.*

*Lo dispuesto en los dos párrafos anteriores no será aplicable a normas generales en materia tributaria.*

Dedicamos los siguientes subtema al análisis de tales enunciados destacando los requisitos de procedencia, sin embargo se considera que para tener una mejor comprensión del texto constitucional, es necesario traer a la investigación los argumentos que utilizó el Poder Constituyente Permanente, para sostener el decreto de reforma aludido:

*Estas comisiones unidas consideran que no obstante la importancia que ha tenido la vigencia del principio de relatividad para el desarrollo del juicio de amparo en nuestro país, es necesario admitir que en la actualidad el principio que nos ocupa carece de justificación y en consecuencia, es impostergable su revisión. Por lo que estas comisiones consideran que los efectos relativos de las sentencias de amparo generan ciertas consecuencias que son inadmisibles en un Estado democrático y de derecho. En un primer término, la relatividad de las sentencias de amparo vulnera el principio de supremacía constitucional. Por otro lado, se afecta la regularidad del orden jurídico mexicano, toda vez que tenemos casos de normas generales*

*irregulares así determinadas por el órgano de control que no obstante, siguen formando parte del sistema jurídico. A mayor abundamiento debe decirse que vulnera el principio de igualdad ante la ley, pues la norma declarada inconstitucional se sigue aplicando a todos aquellos que no promovieron el juicio de garantías, además del principio de economía procesal, pues se llega al absurdo de tener que seguir promoviendo juicios de amparo contra leyes que han sido declaradas inconstitucionales un sinnúmero de veces. Esto supone una carga añadida para el Poder Judicial Federal que va en detrimento de una pronta y expedita administración de justicia. Por otro lado, debe decirse que en un país con serias desigualdades económicas y sociales es una injusticia la permanencia de normas inconstitucionales y su obligatoriedad para la inmensa mayoría de los gobernados, solo porque no promovieron un juicio de amparo, a pesar de haber sido declaradas inconstitucionales<sup>13</sup>.*

Llama la atención que las consideraciones que esgrimió el Poder Reformador son, en efecto, realidades sociales que han acompañado a dicho proceso constitucional, sin embargo al concluir con el punto fino de la reforma, de nueva cuenta, se alejó de resolver los problemas planteados, coligiendo:

*...se propone otorgar a la Suprema Corte de Justicia de la Nación la facultad de emitir una declaración general de inconstitucionalidad en aquellos juicios de amparo indirecto en revisión en los que establezca jurisprudencia por reiteración en la cual se determine la inconstitucionalidad de una norma general respecto de la Constitución.*

[...]

*Si bien es cierto que a nuestro Máximo Tribunal se le confiere tan importante atribución, también lo es que sólo se actualiza ante el establecimiento reiterado de un criterio jurisprudencial, siendo además que tal declaratoria no procede en forma automática... permitiendo que sea el propio órgano emisor de la norma quien reforme o modifique la norma declarada inconstitucional y no siendo así, la Suprema Corte de Justicia sea quien emita la declaratoria general de inconstitucionalidad, aprobada por una mayoría calificada, lo que pretende preservar con ello, el pleno respeto y equilibrio entre los Poderes de la Unión. (Idem).*

<sup>13</sup> Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de los artículos 94, 103, 104 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el Diario Oficial de la Federación de fecha 06 de junio de 2011.

De lo anterior se advierte las *buenas intenciones* que en su momento tuvo el Constituyente Permanente, sin embargo evidencia una falta de congruencia en su razonamiento final; y es que no obstante haber vertido argumentos tan valiosos y atinentes al escenario social, solo sirvieron para construir uno más de los muchos enunciados demagógicos que prevalecen en la realidad del justiciable en México; alejando la posibilidad de materializar los efectos *erga omnes* dentro de los juicios de amparo directo contra normas (ya no se piense en amparo directo), al otorgar el monopolio de dicha atribución a la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), impidiendo una protección inmediata y eficaz de los derechos humanos. Situaciones que se evidencian con el análisis que se hace más adelante.

Por último y con fines de una mayor comprensión, es importante señalar que en México el *control de constitucionalidad concentrado* está a cargo del Poder Judicial de la Federación (artículo 94 CPEUM), integrado por la Suprema Corte de Justicia (SCJN), el Tribunal Electoral (TEPJF), Tribunales Colegiados (TCC) y Tribunales Unitarios de Circuito (TUC), así como Juzgados de Distrito (JD), destacando para efectos de este estudio al Juicio de Amparo (en sus vías directa e indirecta), máxime es el proceso *ad hoc* para la defensa de los derechos humanos,<sup>14</sup> siendo además parámetro para estudiar el tema de análisis (como presupuesto de integración del procedimiento de declaratoria).

Como observamos en México no existe Corte o Tribunal Constitucional, sin embargo la SCJN ejerce funciones equiparables a tales órganos, siendo Tribunal terminal en todos los casos.

Además cabe mencionar que la multicitada reforma, el caso Radilla y las derivadas jurisprudencias integradas por la SCJN, permitieron la incorporación del control difuso de constitucionalidad y convencionalidad, a cargo de todos los jueces mexicanos.

En la inteligencia de lo anterior, podemos colegir que *la declaratoria no puede considerarse como una excepción al principio de relatividad de las sentencias de amparo, máxime se manifiesta como un procedimiento constitucional autónomo*, lo que implica la prevalencia del principio de cosa

---

<sup>14</sup> Sin perjuicio de que en materia electoral existen: el juicio de revisión Constitucional electoral (artículo 99 fracción IV de la CPEUM), y el juicio para la protección de los derechos político electorales (artículo 99 fracción V de la CPEUM).

juzgada en los juicios de amparo que lo motivaron, teniendo estas sentencias efectos únicamente *inter partes*.

### III. REQUISITOS DE ACTUALIZACIÓN Y PROCEDENCIA DE LA DECLARATORIA GENERAL DE INCONSTITUCIONALIDAD

Ya en materia y como hemos señalado, encontramos su fundamento constitucional en los párrafos segundo, tercero y cuarto de la propia fracción II del artículo 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, mientras que su fundamento legal se contiene en los numerales del 231 al 235 de la Ley de Amparo, y en el Acuerdo General de la SCJN 15/2013, estas últimas, prácticamente reiteran lo señalado por la norma constitucional, por tal motivo resulta innecesario transcribir dichas dispositivos normativos, sin embargo sí consideramos su contenido para el presente desarrollo.

Entrando en análisis se reitera que declaratoria solo opera con motivo de la promoción de “*amparos indirectos en revisión*” (como presupuesto de procedencia), generando un nuevo modelo capaz de otorgar efectos generales con motivo del examen de inconstitucionalidad de normas, diferente al ya existente contenido en las controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad.

Si bien ya se definió al juicio de amparo, se deben puntualizar algunas características para poder contextualizar dicha dinámica procesal:

- A. Debe de tratarse de *amparo indirecto contra normas*. En relación al señalamiento “amparo indirecto”, cabe decir que el amparo se promueve en dos vías diferentes: *la directa e indirecta*, la primera es procedente en contra de sentencias definitivas (civiles, penales, mercantiles, etc.), laudos (laborales) y resoluciones que pongan fin al juicio, dictadas por tribunales (artículo 170 de la Ley de Amparo); y la segunda (indirecta) de manera general, protege al gobernado en contra de toda la actividad estatal –normas, actos y omisiones– diferente a la señalada con antelación (artículo 107 de la Ley de Amparo).

Ya en lo particular –amparo contra normas– cabe mencionar que procede en contra de aquellas que por su sola entrada en vigor (autoaplicativas) o con motivo del primer acto de su aplicación (he-

teroaplicativas) causen perjuicio al gobernado, entendiendo como normas a: los tratados internacionales (salvo en materia de derechos humanos); leyes federales; Constituciones y leyes de los Estados (Entidades Federativas); reglamentos, decretos, acuerdos y todo tipo de resoluciones de observancia general, abstracta e impersonal.

- B. Por su parte el término “en revisión”, y en el particular estudio, se refiere a los procesos de amparo que conoce la SCJN como tribunal de alzada, con motivo de la interposición del recurso de revisión en contra de las sentencias dictadas en amparo indirecto contra normas (artículos del 81 al 96 de la Ley Amparo).

Cabe señalar que conforme al artículo 83 de la Ley de Amparo, la SCJN es competente para conocer de tal recurso, cuando subsistan problemas de constitucionalidad, ya que por regla general corresponde conocer de tal recurso a los Tribunales Colegiados de Circuito.

Además existe la controversial prohibición de realizarla en materia tributaria, situación comprendida en el párrafo cuarto de la fracción II del artículo 107 constitucional, al respecto Ferrer y Sánchez (2014), señalan:

...habría sido una solución más adecuada para hacer compatibles la tutela de los derechos fundamentales tributarios y la preservación de las finanzas públicas, permitir que el Tribunal Constitucional apele al legislador de manera destacada a fin de que repare por sí mismo la inconstitucionalidad de las normas fiscales y establecer un plazo conveniente para que la declaratoria no afecte la planeación financiera del Estado... (p. 50).

Este tema ya ha trascendido al ser motivo de improcedencia de primera solicitud (1/2012), tercera (3/2012), y sexta solicitud (1/2015) de integración de declaratorias, situación que abordamos más adelante.

Cabe precisar que para el caso de declararse procedente la declaratoria los efectos serán generales, obligatorios y no retroactivos, salvo en materia penal,<sup>15</sup> debiéndose publicar en el Diario Oficial de la Federación, y en el medio en que se hubiese publicado la norma declarada inconstitucional o inconvencional (Chávez, 2025, p. 52).

---

<sup>15</sup> En el entendido de que la retroactividad operaría en juicios diversos a lo que motivaron la integración de la declaratoria, ante la prevalencia del principio de cosa juzgada en los procesos concluidos.

Ya habiendo citado con antelación la norma fundamental y legislación, encontramos innecesaria de nueva cuenta transcribirla, sin embargo *a continuación analizamos las hipótesis normativas, su procedencia y trámite.*

Primeramente hay que señalar que únicamente es competente para emitirla el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sin embargo presupone varios requisitos, así como dos etapas.

La primera se actualiza tanto en el Pleno (11 Ministros), como en cualquiera de sus 2 Salas (5 Ministros cada una), al resolverse juicios de amparo indirecto en revisión, que determinen por segunda ocasión consecutiva, en una o en distintas sesiones, la inconstitucionalidad de una norma, tendiendo como *único efecto el de informar a la autoridad emisora de la norma, la existencia de esos dos precedentes.*

Es decir solo se avisa, por ejemplo, al Congreso de la Unión que una Ley federal ha sido motivo de control constitucional, o inclusive convencional, y que derivado de ello se han emitido dos criterios que aún no integran jurisprudencia (*infra*). *No existe emisión de declaratoria, ni mayores efectos jurídicos o de apremio, únicamente el hacer del conocimiento tal situación.*

La segunda etapa se actualiza cuando la SCJN (Pleno o Salas), o los Tribunales Colegiados de Circuito a través de su respectivo Pleno de Circuito,<sup>16</sup> *establecen jurisprudencia por reiteración,*<sup>17</sup> es decir 5 ejecutorias declarando inconstitucional una norma, en cuyo caso se le notificará a la autoridad emisora, para que en el plazo de 90 días naturales supere el problema de inconstitucionalidad. En tal circunstancia pueden suceder dos posibles escenarios:

- A. Si la autoridad creadora de la norma atiende tal señalamiento, quedará sin materia tal procedimiento. Este caso ya se ha dado en la solicitud de declaración 2/2012, que más adelante señalaremos puntualmente.
- B. Ahora bien si se no supera el problema de inconstitucionalidad, se dará pauta al segundo escenario, el primero con verdaderos efectos

---

<sup>16</sup> Se componen por los Magistrados adscritos a los diversos Tribunales Colegiados (de cada circuito), y podrán solicitar a la SCJN, que inicie el procedimiento de declaratoria cuando sus integrantes hayan emitido jurisprudencia derivada de amparos indirectos en revisión, en la que se declare la inconstitucionalidad de una norma general.

<sup>17</sup> Además existen los diversos sistemas de integración de jurisprudencia referentes a la contradicción de tesis (unificación de criterios), y a la sustitución de tesis (artículos del 215 al 230 de la Ley de Amparo).

relevantes, es decir la emisión de la declaratoria general de inconstitucionalidad, siempre que se apruebe por lo menos con ocho votos de los Ministros de la SCJN.

Esto último es bastante criticable, ya que a pesar de haberse emitido jurisprudencia, y aún ante la renuencia del órgano emisor de la norma, se exige que la SCJN estudie y vote su emisión.

Es menester señalar, en materia de *jurisprudencia por reiteración*, que este sistema de integración, tiene como modelo el del precedente, lo que añade otra dificultad al tema desarrollado, ya que la generación de jurisprudencia depende del número de amparos (indirectos contra normas y en revisión) que se presenten y resuelvan, y no de un plazo específico y limitado.

Cabe precisar que si con posterioridad a la entrada en vigor de la declaratoria, alguna autoridad aplica la norma objeto de la misma, el afectado podrá, en términos del artículo 210 de la Ley de Amparo, denunciar dicho acto, para el efecto de que la autoridad aplicadora que lo deje sin efectos y de no hacerlo se estará a lo que disponen los artículos 192 al 198 de la misma Ley, relativos al cumplimiento e inejecución de la sentencias de amparo.

#### IV. INEFICACIA DE LA DECLARATORIA GENERAL DE INCONSTITUCIONALIDAD

Como ya adelantamos que *solo se han integrado 8 expedientes* relativos a posibles declaratorias, sin que *a la fecha se haya emitido alguna*. A continuación analizamos cada expediente<sup>18</sup>.

La *primera solicitud (1/2012)*, tuvo su origen en el Tercer Tribunal Colegiado de Sonora, y se desechó por improcedente ya que se determinó que el asunto se trataba de una norma general en materia tributaria. La norma respecto de la cual se integró jurisprudencia, fue el artículo 60 BIS B de la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado de Sonora.

---

<sup>18</sup> Esta información fue tomada y sistematizada de la página de internet “Sistema de seguimiento de declaratoria general de inconstitucionalidad”, que la SCJN ha diseñado especialmente para dar publicidad a tales asuntos, y la cual es visible en <http://www2.scjn.gob.mx/denunciassincomplimiento/ConsultaGenerales.aspx>, consultada el 20 de mayo de 2016.

Un primer precedente señala que tal numeral "...al obligar a los pensionados a aportar el 10% de su percepción al fondo de pensiones, viola el principio de previsión social inmerso en el artículo 123, apartado B, fracción XI, inciso A), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos..."<sup>19</sup>; mientras que uno diverso afirma que se "...viola el derecho fundamental de igualdad previsto en el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, dado que sólo puede otorgarse un trato igual a desiguales cuando exista una justificación legítima..."<sup>20</sup>.

Sin embargo derivado de la Contradicción de tesis 189/2012 (unificación de criterios), se integró la jurisprudencia 111/2012 (10a.), señalando que el contenido del artículo 60 BIS B de la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado de Sonora "... constituye una contribución, al tener la naturaleza jurídica de aportaciones de seguridad social y, por tanto, está sujeto a los principios de justicia fiscal contenidos en la fracción IV del artículo 31 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos."<sup>21</sup> situación que llevó al Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, desechar el asunto por subsistir un problema de constitucionalidad de una norma general en materia tributaria.

Queda de manifiesto que para la SCJN prevaleció el contenido fiscal (Estatal), sobre el derecho humano a la seguridad social, desprotegiendo de manera flagrante al gobernado, conclusión a la que acertadamente había llegado el Tribunal Colegiado en comento, y que, por una interpretación reduccionista, se impidió que pudiese integrar la primera declaratoria general de inconstitucionalidad.

Valga la referencia a tal procedimiento para señalar desde ahora, que la *tercera (3/2012)*, y *sexta solicitud (1/2015)*, se desecharon con base en argumentos de naturaleza similar a los señalados con antelación (naturaleza tributaria).

La *segunda solicitud (2/2012)*, tuvo su origen en el Décimo Sexto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito del extinto Distrito

---

<sup>19</sup> Tesis de Jurisprudencia V.3o.P.A. J/4 (10a.). Tribunales Colegiados de Circuito, México, octubre de 2012.

<sup>20</sup> Tesis de Jurisprudencia V.3o.P.A. J/3 (10a.). Tribunales Colegiados de Circuito, México, octubre de 2012.

<sup>21</sup> Tesis de Jurisprudencia 2a./J. 111/2012 (10a.), Tribunales Colegiados de Circuito, México, octubre de 2012.

Federal, y se refirió a la Artículo 10, Apartado A, Fracción XIV, Párrafos Segundo y Tercero, de la Ley de Establecimientos Mercantiles del Distrito Federal; sin embargo quedó sin materia, al haberse derogado tales artículos dentro del plazo de 90 días naturales.

La *cuarta solicitud (4/2012)*, radicada el 13 de noviembre de 2012 aún se encuentra en trámite, y fue promovida por la Primera Sala, con base en la existencia de dos sentencias amparo en revisión, inherentes a la inconstitucionalidad de los artículos 294 y 295 del Código Federal de Procedimientos Penales, relativos a las conclusiones no acusatorias, ejecutorias que a la fecha no integran jurisprudencia.

Por su parte la *quinta solicitud (1/2013)*, admitida el 8 de septiembre de 2013, promovida igualmente por la Primera Sala, con base en la existencia de tres ejecutorias de amparos en revisión, y se refiere al artículo 143 del Código Civil del Estado de Oaxaca, tildado de inconstitucional al contener una doble discriminación, al privar a las parejas homosexuales de los beneficios del matrimonio, y vulnerar los principios de igualdad y no discriminación, ejecutorias que a la fecha no integran jurisprudencia.

La *séptima solicitud (1/2016)* se admitió el 31 de marzo de 2016, y versa sobre un tema similar al anterior, siendo el objeto de estudio los artículos 40 y 165 del Código Familiar del Estado de Sinaloa, en materia de matrimonio igualitario, y no discriminación, encontrándose aún pendiente de trámite.

Por último el procedimiento *2/2016* se inició con fecha 01 de septiembre de 2016, derivado de la establecimiento de jurisprudencia emitida por el Primer Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Quinta Región, referente a la inconstitucionalidad del artículo 4º de los Lineamientos para la Recepción, Registro, Control, Resguardo y Seguimiento de las Declaraciones de Situación Patrimonial al Coordinador de Contraloría del Gobierno del Estado de Michoacán; procedimiento de recién integración, y por ende aún en integración.

Lo anterior nos hace reflexionar en múltiples aspectos. Primeramente advertimos situaciones poco prácticas con relación a la dinámica jurídica y judicial diaria.

Comencemos pensando en la jurisprudencia que motivó la *primera solicitud (1/2012)*, y que por su supuesto contenido tributario fue declarada improcedente. ¿Qué sucede con la jurisprudencia que dio motivo al

procedimiento de declaratoria, pero que no fue adecuada para integrarlo? ¿Dejará de ser observada? Consideramos que sigue siendo obligatoria, máxime no existe fundamento normativo que ordene la pérdida de vigencia, por lo que deberá ser aplicada sin mayores requisitos, beneficiando a quien solicite su aplicación en los procesos (ordinarios o de amparo), donde encuadre su pretensión.

Además encontramos pocos beneficios frente a la jurisprudencia y el control difuso, máxime los jueces día con día deben aplicar el precedente obligatoriamente, y ejercer el segundo –pudiendo inaplicar normas inconstitucionales y/o inconvencionales–, lo que imprime un mayor dinamismo a la impartición de justicia, en relación con la complejidad de integración y emisión de las declaratorias analizadas.

Así encontramos a la institución de estudio poco práctica, salvo lo dispuesto en el artículo 210 de la Ley de Amparo, relativo la denuncia por incumplimiento de la declaratoria general de inconstitucionalidad, sin embargo este dispositivo a la fecha no puede ser utilizado al no existir ninguna declaratoria integrada.

## RESULTADOS

La incorporación de la declaratoria general de inconstitucionalidad de normas, al sistema constitucional mexicano ha resultado del todo ineficaz; no ha cumplido con las exigencias sociales para las cuales fue diseñada; ya que de los 8 expedientes relativos a posibles declaratorias no se haya emitido alguno solo, lo que deja de manifiesto la desprotección a los derechos humanos, y al sentir de las reformas Constitucionales.

Además encontramos que no constituye una excepción al principio de relatividad de la sentencia de amparo, ni siquiera es una institución propia de este juicio, sino del orden del derecho procesal constitucional, como un procedimiento autónomo.

## CONCLUSIONES

1. Debemos considerar el nuevo orden Constitucional generado con la *reforma en materia de derechos humanos* del 10 de junio de 2011, ello

con el fin de redimensionar la teleología de todas las instituciones protectoras de del gobernado.

2. En cuanto a los efectos, y en caso de declararse procedente la declaratoria los serán generales, obligatorios y no retroactivos, salvo en materia penal, debiéndose además publicar en medio oficial.
3. Respecto al examen de compatibilidad de la norma objeto de la declaración, encontramos que puede ser de carácter constitucional o convencional.
4. La declaratoria presupone dos etapas de integración:
  - a. La primera cuyo *único efecto es informar a la autoridad emisora de la norma la existencia de dos precedentes que la han considerado inconstitucional*.
  - b. Le segunda presupone el establecimiento de *jurisprudencia por reiteración, y en caso de actualizarse sus presupuestos, deriva en la emisión de declaratoria general de inconstitucionalidad, siempre que se vote a favor por 8 Ministros*.
5. Se considera que se debe reformar la Constitución (y demás normativa), estableciendo únicamente como requisitos para la emisión de la declaratoria el establecimiento de jurisprudencia (por todos los medios existentes), inclusive en términos democráticos, dando oportunidad al órgano emisor de que la corrija, y apercibiéndolo de que en caso de no hacerlo, se emitirá de manera automática, sin necesidad de ser votada.

## REFERENCIAS

- Blanco, C. (2011). La importancia social y política del parlamento andino. En: *Revista Via Inveniendi et Iudicandi*. Documento extraído el 6 de septiembre de 2016 de <http://revistas.usantotomas.edu.co/index.php/viei/article/view/2941/2813>
- Carpizo, J. (2011). *Los Derechos Humanos: naturaleza, denominación características. Cuestiones Constitucionales*. Revista Mexicana de Derecho Constitucional, Núm. 25, julio-diciembre de 2011. Recuperado el 5 de abril de 2016, <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/CuestionesConstitucionales/25/ard/ard1.pdf>.
- Carrillo Y. (2012). El concepto y la validez del derecho en la teoría jurídica y el neo- (o nuevo) Constitucionalismo. En: *Revista Verba Iuris*. Documento extraído el 1 de agosto de 2016 de <http://www.unilibre.edu.co/verbaiuris/2-noticias/noticias/481-el-concepto-y-la-validez-del-derecho-en-la-teoria-juridica-y-el-neo-o-nuevo-constitucionalismo>
- Chávez, R. (2015). *Nuevo juicio de amparo*, México: Porrúa.

- Cortes, S. (2012). Poder discrecional de la Corte Constitucional en el Estado de cosas de estado inconstitucional. En: *Revista Via Inveniendi et Iudicandi*. Documento extraído el 3 de agosto de 2016 de <http://revistas.usantotomas.edu.co/index.php/viei/article/view/859/1140>
- Ferrer, E. y Sánchez, R. (2014). *El nuevo Juicio de Amparo. Guía de la reforma Constitucional ya la nueva Ley de Amparo*, México: Porrúa/UNAM/IMDPC.
- Fix-Zamudio, H. (2003). Breves reflexiones sobre el concepto y el contenido del derecho procesal constitucional. En: Ferrer E. (coord.). *Derecho Procesal Constitucional*, 4ª ed., (t. II). México: Porrúa.
- Mussi, E. & Silva, L. (2011). La fórmula Otero y la declaratoria general de inconstitucionalidad en amparo contra normas. En: González M. & Ferrer E. (coords.). *El juicio de amparo a 160 años de la primera sentencia*. (t. II). México: UNAM-IIIJ.
- Rojas, C. & Ariel, A. (2012). *Los derechos humanos en México*. México: Porrúa.
- Sistema de seguimiento de declaratoria general de inconstitucionalidad, Recuperado el 5 de abril, <http://www2.scjn.gob.mx/denunciasincumplimiento/ConsultaGenerales.aspx>.
- Zaldívar, A. (2014). “Declaratoria general de inconstitucionalidad. En: Ferrer E. et al (coords.). *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional* (t. I). México: PJF-CJF/UNAM-IIIJ.
- Zaldívar, A. (2014). Juicio de amparo (mexicano). En: Ferrer E. et al (coords.). *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional* (t. II). México: PJF-CJF/UNAM-IIIJ.

## JURISPRUDENCIA

- Tribunales Colegiados de Circuito. México. Tesis de Jurisprudencia V.3o.P.A. J/4 (10a). Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XIII. (Octubre de 2012).
- Tribunales Colegiados de Circuito. México. Tesis de Jurisprudencia V.3o.P.A. J/3 (10a). Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XIII. (Octubre de 2012).
- Tribunales Colegiados de Circuito. México. Tesis de Jurisprudencia 2a./J. 111/2012 (10a). Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XIII. (Octubre de 2012).

# LA TRASCENDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO Y DE LA JURISPRUDENCIA EN EL PROCEDIMIENTO LABORAL MEXICANO<sup>1</sup>

LEOBARDO LÓPEZ MORALES<sup>2</sup>  
HÉCTOR XAVIER VELASCO PÉREZ<sup>3</sup>

## 1. INTRODUCCIÓN

Algunos principios del procedimiento laboral en México fueron establecidos en la Constitución de 1917, para regular la resolución de todas aquellas controversias que tuvieran como fuente las relaciones de trabajo; tales principios fueron extraordinarios, dado que constituyeron los primeros a nivel mundial que fueron elevados a rango constitucional. Tal procedimiento fue regulado por dos leyes federales del trabajo, la de 1931 y la de 1970; y dos reformas procesales, trascendentes, la de 1980 y la de 2012. Asimismo es de mencionarse que el juicio de amparo, de igual

---

<sup>1</sup> El capítulo de libro es producto del proyecto de investigación: “La trascendencia del juicio de amparo y de la jurisprudencia en el procedimiento laboral mexicano” en el marco de la Universidad Autónoma de Puebla.

<sup>2</sup> Licenciado en Derecho, maestro en Derecho con terminal en Derecho del Trabajo y Previsión Social; candidato a doctor en Derecho dentro del Programa Nacional de Posgrados de Calidad, en donde es becario CONACYT, postulado por la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla; abogado postulante y catedrático de licenciatura y posgrado en distintas universidades en México. Correo Electrónico: lmtx@hotmail.com

<sup>3</sup> Licenciado en Derecho así como Maestro en Derecho con terminal en Ciencias Penales por la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, institución en la que actualmente se encuentra cursando el último semestre del Doctorado en Derecho dentro del Programa Nacional de Posgrados de Calidad, en donde es becario CONACYT, profesionalmente ha desempeñado diversos cargos dentro de la Administración Pública, en la Junta Local de Conciliación y Arbitraje así como en la Procuraduría General de Justicia del Estado de Puebla. Correo Electrónico: lmtx@hotmail.com

forma, ha tenido una trascendencia histórica, dado que fue una de las primeras instituciones jurídicas creadas y reguladas sistemáticamente para proteger, en su momento las garantías individuales de los ciudadanos, hoy derechos humanos o fundamentales. Fue inscrito por primera ocasión en la Constitución de Yucatán, México, en 1841 y a nivel federal en la Acta Constitutiva y de Reformas de 1847 y en las Constituciones de 1857 y en la vigente de 1917; ha sido reglamentado en las leyes de amparo de 1919, 1936 y en la vigente de 2013. Por cuanto hace a la jurisprudencia como facultad de un órgano judicial determinado para interpretar la ley, también ha sido reglamentada, tanto en la Constitución, también de 1917, así como ordenamientos específicos y que son precisamente las leyes de amparo, antes citadas. Por último se concluirá, con base en el análisis crítico jurídico, que tanto el juicio de amparo como la jurisprudencia han delineado un procedimiento laboral no previsto en la legislación aplicable, dado que han introducido elementos nuevos, incluso no regulados ni en la Constitución ni muchos menos en la legislación aplicable y que a la postre provocarían, incluso, violaciones a los derechos humanos laborales reconocidos en instrumentos internacionales respectivos.

## 2. DEVENIR HISTÓRICO, CONSTITUCIONAL Y LEGAL, DEL PROCEDIMIENTO LABORAL, DEL JUICIO DE AMPARO Y DE LA JURISPRUDENCIA EN MÉXICO

El procedimiento laboral mexicano, fue concebido para dilucidar todas aquellas controversias o conflictos que surgieran de las relaciones de trabajo. Así tal procedimiento está regulado por el Derecho Procesal del Trabajo, el cual se concibe como “el conjunto de reglas jurídicas que regulan la actividad jurisdiccional de los tribunales y el proceso del trabajo para el mantenimiento del orden jurídico y económico en las relaciones obrero-patronales, interobreras e interpatronales” (Trueba, 1969).

Por su trascendencia histórica se hará alusión a los antecedentes constitucionales del procedimiento laboral mexicano; de esta forma Kaye (2014) advierte que para reformar la Constitución de 1857, Venustiano Carranza, Primer Jefe del Ejército Constitucionalista, convocó a elecciones para conformar un Congreso Constituyente que habría de verificarse a partir del 1º de diciembre de 1916 en la ciudad de Querétaro, México.

El proyecto de reformas, enviado por Carranza, no aportaba casi nada en favor de los trabajadores, no obstante la promesa de aquél de implementar los mecanismos legales para lograr el progreso social que beneficiará a la clase obrera; pues sólo se propuso una adición al artículo 5º relativa al principio de la igualdad del salario en igualdad de trabajo, el derecho a recibir indemnizaciones por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y al establecimiento de comités de conciliación y arbitraje para la resolución de los conflictos entre el capital y el trabajo.

Tales propuestas no fueron consideradas para se incluyeran en el capítulo de “garantías individuales”, razón por la cual la Comisión respectiva, propuso que su discusión se haría al momento de examinar las facultades del Congreso. Al ser sometido discusión el dictamen, se inscribieron 14 oradores para hablar en su contra; por lo cual el proyecto fue terminado hasta el 13 de enero de 1917; por lo que de inmediato fue turnado a Comisión, donde se modificó sustancialmente la tendencia del proyecto de limitar la protección sólo al trabajo económico y a instancia del constituyente Múgica, se extendieron sus beneficios a todas las actividades del trabajo, sin modificar las finalidades propias de la legislación laboral.

Así, en la 57ª Sesión Ordinaria, que se celebró el 23 de enero del año citado en el párrafo inmediato anterior, se presentaron a la Asamblea Constituyente, a discusión tanto el texto del artículo 51, que se refería a las facultades del Congreso, como el del artículo 123. La Sesión, después de analizar otras cuestiones, fue suspendida. El mismo día, por la noche, se reanudó, en presencia de 152 diputados; se sugirió que se votaran aisladamente el artículo 5º, el capítulo del trabajo y un transitorio, sin embargo la Asamblea pidió se hiciera una votación conjunta.

Se tomó la votación nominal y por la afirmativa votaron casi todos los diputados, con lo cual puede concluirse que había nacido el primer precepto que a rango constitucional otorgó prerrogativas a los trabajadores. Así se promulgó la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, creándose el Título Sexto que se denominó “Del Trabajo y de la Previsión Social”, y cuyo artículo 123, en lo que interesa, originalmente establecía:

“El Congreso de la Unión y las Legislaturas de los Estados deberán expedir leyes sobre el trabajo, fundadas en las necesidades de cada región, sin contravenir a las bases siguientes, las cuales regirán el trabajo de los

obreros, jornaleros, empleados, domésticos y artesanos, y de una manera general todo contrato de trabajo: (...)

XX.- Las diferencias o los conflictos entre el capital y el trabajo, se sujetarán a la decisión de una Junta de Conciliación y Arbitraje, formada por igual número de representantes de los obreros y de los patronos, y uno del Gobierno. (...).

XXII.- El patrono que despida a un obrero sin causa justificada, o por haber ingresado a una asociación o sindicato, o por haber tomado parte en una huelga lícita, estará obligado, a elección del trabajador, a cumplir el contrato o a indemnizarlo con el importe de tres meses de salario. Igualmente tendrá esta obligación cuando el obrero se retire del servicio por falta de probidad de parte del patrono o por recibir de él malos tratamientos, ya sea en su persona o en la de su cónyuge, padres, hijos o hermanos. El patrono no podrá eximirse de esta responsabilidad, cuando los malos tratamientos provengan de dependientes o familiares que obren con el consentimiento o tolerancia de él". (Instituto de Investigación Jurídicas UNAM (2016).

Cabe hacer mención, que tal precepto constitucional daba la facultad a las entidades federativas para legislar en materia de trabajo, lo que trajo consigo que existieran diversas normas cuyos postulados en muchos casos no eran uniformes. Esta situación provocó que el 6 de septiembre de 1929, entrara en vigor la reforma de los artículos 73 fracción X y el párrafo introductorio al artículo 123 constitucionales; por los que se estableció que el único facultado para legislar en materia de trabajo en toda la República sería el Congreso General y además se sentaron las bases para contar con una única ley nacional que concediera derechos mínimos, lo cuales deberían extenderse a todo el territorio nacional.

Debido a tales reformas, el 18 de agosto de 1931 se promulgó la primera Ley Federal del Trabajo, la cual estuvo vigente hasta el 1º de mayo de 1970, cuando entró en vigor la vigente ley laboral. Aunado a lo anterior cabe resaltar que ésta última ha tenido una serie de reformas, pero dos son significativas por los cambios que generaron: la que entró en vigor el 4 de enero de 1980, conocida como reforma procesal, y la que inició vigencia el 1º de diciembre de 2012, que fue parte de las llamadas reformas estructurales.

Así quedaron impresos los principios que normarían al proceso laboral, los que en términos de Barajas (1990), son los siguientes:

- a) Publicidad, que implica que el procedimiento debe ser público, sin embargo se aceptan casos de excepción donde se admite el secreto de las actuaciones;
- b) Gratuidad, por el cual se ordena que el procedimiento no tendrá ningún costo para las partes;
- c) Inmediación, se instituye que las partes deben comparecer personalmente en alguna fase del proceso, como requisito para su continuidad;
- d) Oralidad, al establecerse que dentro del procedimiento lo oral sea predominante a lo escrito, para contar con una mejor percepción de la controversia;
- e) Participación activa, que se traduce en la facultad otorgada a las partes respecto a la actividad jurisdiccional que tienen en el desarrollo procesal;
- f) Economía procesal, que señala la necesaria supresión de cualquier instancia incidental o accesoria de la acción intentada;
- g) Concentración, que señala la posibilidad de acumular juicios que tengan alguna conexión; y
- h) Celeridad, que impide el alargamiento o prolongación del proceso, con lo cual se evitarían interrupciones innecesarias.

Por cuanto hace al juicio de amparo, entendido como “un proceso de anulación, porque su objeto es precisamente nulificar o invalidar actos de autoridad que se contraponen a lo constitucionalmente dispuesto” (Castro, 2006), también ha tenido un devenir histórico en el marco constitucional mexicano.

Cabe precisar que el juicio de amparo, ya como una institución sistematizada fue implementado por primera ocasión en la Constitución de Yucatán, México, en 1841. Lo anterior se debió, según Castillo (2007), a que dicho Estado decidió separarse de la República Mexicana, en virtud de que se adoptó un régimen centralista. Así la recién creada República de Yucatán requería un ordenamiento fundamental.

Tal tarea fue encomendada a Manuel Crescencio Rejón y Alcalá, quien el 23 de diciembre de 1840, presentó un proyecto de Constitución que incluía un medio de defensa de la propia Constitución, al que denominó juicio de amparo. Asimismo se estableció que tal juicio sería resuelto por la Suprema Corte de Justicia cuando el acto reclamado emanara del Legislador o del

Ejecutivo; en cambio si el acto violatorio trastocase una garantía individual y emanara de una autoridad administrativa, conocería un juez de primera instancia; y por último si el acto conculcador proviniese de un juzgador, conocería y resolvería el juicio de amparo respectivo, el superior jerárquico de aquél.

El citado autor refiere que en 1846 se convocó a un nuevo Congreso Constituyente, en el que no se discutió la forma de Estado, dado que todos los diputados eran federalistas, por lo que se acogió el régimen federal; pero sí se implementaron medios de control constitucional como el juicio de amparo así como un medio político de defensa constitucional en materia de leyes, antecedente de la acción de inconstitucionalidad, vigente actualmente.

Para el 5 de febrero de 1857 se promulgó una nueva Constitución Federal, en la que se estableció al juicio de amparo como el principal medio de control constitucional, a través del cual se podían impugnar tanto actos de autoridad como leyes.

La Constitución Federal, vigente a partir del 5 de febrero de 1917, estableció una gama más amplia de medios de defensa de la Constitución, a saber:

- a) Juicio de amparo (artículos 103 y 107)
- b) La responsabilidad de los servidores públicos (artículos 108 al 114)
- c) La impugnación de actos dictados por autoridades federales o locales, por parte de las propias autoridades locales o federales, según sea el caso (artículo 105) (conocidas como controversias constitucionales)
- d) La imposición del orden constitucional en las entidades federativas por parte del Senado de la República, cuando se haya interrumpido derivado de un conflicto armado (artículo 76 fracción VI).

Tanto el juicio de amparo como la jurisprudencia, han sido regulados en tres ordenamientos a raíz del marco jurídico establecido en la referida Constitución de 1917:

- a) La Ley de Amparo de 18 de octubre de 1919.
- b) La Ley de Amparo de 10 de enero de 1936.
- c) La Ley de Amparo de 2 de abril de 2013.

De los ordenamientos antes citados se ha desprendido lo que doctrinariamente se conocen como principios fundamentales del juicio de amparo, que han sido establecidos desde 1919 hasta la presente fecha, aunque en la última ley reglamentaria, se introdujeron nuevas figuras tales como el

interés legítimo, el reencauzamiento de la vía, la suplencia amplia de la queja deficiente y la declaratoria general de inconstitucionalidad.

Los principios fundamentales del juicio de amparo, según Martínez (2016), son las reglas básicas que deben observarse durante la tramitación y en su caso la resolución del proceso de amparo; advierte que no son reglas absolutas, dado que admiten algunas excepciones y que tales principios no se enuncian como tales en los artículos 103 y 107 de la Constitución Federal, sino que se derivan de su contenido y alcance.

Los principios básicos del juicio de amparo, para Martínez (2016), son:

- a) Principio de instancia de parte, que advierte que el juicio de amparo sólo puede iniciar mediante el ejercicio de la acción a petición de parte, por lo que no existe la posibilidad de que el amparo inicie en forma oficiosa.
- b) Principio de existencia de un agravio personal y directo, se presenta cuando una persona que promueve el juicio de amparo debe ser aquella que sufre la violación de sus fundamentales provocada por algún acto de autoridad.
- c) Principio de definitividad del acto reclamado, significa que el juicio de amparo sólo procede contra actos definitivos, es decir aquellos respecto de los cuales no hay un juicio, recurso o medio ordinario de defensa susceptible de ser revocado, anulado o modificado.
- d) Principio de estricto derecho, que estriba en que el juez debe estudiar la constitucionalidad del acto reclamado a la luz de los argumentos vertidos en los conceptos de violación y los agravios, cuando se trate de resolver un recurso.
- e) Principio de relatividad de la sentencia, que se deriva del artículo 107 fracción II, y que de manera textual advierte: “Las sentencias que se pronuncien en los juicios de amparo sólo se ocuparán de los quejosos que lo hubieren solicitado, limitándose a ampararlos y protegerlos, si procediere, en el caso especial sobre el que verse la demanda (...)”. Lo anterior implica, entonces, el carácter relativo de la sentencia de amparo, conocido como fórmula Otero.

Por cuanto hace a la jurisprudencia, la que puede definirse como “una norma o conjunto de normas jurídicas generales y abstractas de naturaleza

heteroaplicativa, establecidas por órganos jurisdiccionales legalmente facultados... Ciertamente la jurisprudencia tiene su origen en normas individualizadas como son las resoluciones de órganos jurisdiccionales que la integran” (Silva, 2010).

Y dada la naturaleza de la jurisprudencia, que equivale “a la doctrina emanada de las decisiones judiciales reiteradas y uniformadas a la resolución de casos no previstos por las leyes de manera clara y precisa” (Espinosa, 2012), el Poder Judicial de la Federación, a través, de sus órganos competentes también han emitido diversos criterios donde se pretende establecer el concepto y alcances de la jurisprudencia, sin embargo cabe señalar que ninguno de ellos ha alcanzado la categoría de jurisprudencia, propiamente dicha, sino que son tesis aisladas o criterios orientadores únicamente.

Uno de ellos es el siguiente, que por su alcance para los objetivos que se pretenden en el presente trabajo, se transcribe en su totalidad:

*“Jurisprudencia. Concepto, clases y fines. La jurisprudencia es la interpretación de la ley, de observancia obligatoria, que emana de las ejecutorias que pronuncia la Suprema Corte de Justicia de la Nación funcionando en Pleno o en Salas, y por los Tribunales Colegiados de Circuito. Doctrinariamente la jurisprudencia puede ser confirmatoria de la ley, supletoria e interpretativa. Mediante la primera, las sentencias ratifican lo preceptuado por la ley; la supletoria colma los vacíos de la ley, creando una norma que la complementa; mientras que la interpretativa explica el sentido del precepto legal y pone de manifiesto el pensamiento del legislador. La jurisprudencia interpretativa está contemplada en el artículo 14 de la Constitución Federal, en tanto previene que en los juicios del orden civil la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley; y la jurisprudencia tiene una función reguladora consistente en mantener la exacta observancia de la ley y unificar su interpretación, y como tal, es decir, en tanto constituye la interpretación de la ley, la jurisprudencia será válida mientras esté vigente la norma que interpreta”* (Primer Tribunal del Noveno Circuito, 2003).

No debe pasar por desapercibo que ni la Constitución Federal ni mucho menos la Ley de Amparo señalan un concepto de jurisprudencia; pues únicamente se señalan las facultades de los órganos para crearla y otras disposiciones de forma, tan es así que en el artículo 215 de la citada Ley de

Amparo, se señala el nuevo sistema de creación de jurisprudencia, a saber: por reiteración de criterios, por contradicción de tesis y por sustitución.

La reiteración de criterios, según la Suprema Corte de Justicia de la Nación (2014), es considerado como el método tradicional o por antonomasia para la creación de jurisprudencia, que se origina cuando el Pleno, las Salas o los Tribunales Colegiados de Circuito, emiten en los asuntos de su competencia, cinco resoluciones aprobadas en cuando dos sesiones diferentes en las que se sostiene el mismo sentido del criterio en forma ininterrumpida, sin ninguna en contrario.

La contradicción de tesis, que es un sistema al que se le llama también jurisprudencia por unificación de criterios, que se encuentra condicionada a la existencia simultánea de criterios encontrados u opuestos, aislados o jurisprudenciales, sin que sea necesario que exista una tesis redactada, en tanto resuelvan situaciones análogas; de esta forma, la unificación pretende dejar atrás cualquier compatibilidad que exista para establecer el criterio que debe prevalecer como obligatorio.

Por último, el método de sustitución se establece a través de un proceso que inicia con una solicitud que las Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los Plenos de Circuito o los Tribunales de Circuito (órganos legitimados) elevan ante el Pleno, las Salas o los Plenos de Circuito (órganos competentes), con la finalidad de que éstos reemplacen la jurisprudencia que por reiteración o contradicción tuviesen establecida.

Todo lo dispuesto anteriormente supone comprender la Constitucionalización del derecho y el impacto de éste fenómeno en los procesos de interpretación del derecho, la seguridad jurídica y el poder discrecional de los jueces a la luz de las principales ideas de la doctrina constitucional europea y del país en donde se evidencie el correspondiente problema jurídico (Cortes, 2011).

### 3. DERECHOS HUMANOS LABORALES

Conforme a la reforma al artículo 1º de la Constitución Federal, que entró en vigor el 10 de junio de 2011, se estableció el reconocimiento y protección de los derechos humanos de las personas, contenidos no sólo en la propia Constitución sino también en los tratados internacionales previamente ratificados; asimismo se introdujo el denominado principio *pro persona*, el

cual implica que cuando se tenga que hacer una interpretación normativa se deberá hacer en el sentido de que favorezca y otorgue una protección más amplia a la persona.

Para una mayor comprensión del tema habrá que decir que los derechos humanos son: "...valores que deben orientar el contenido de la norma jurídica, toda vez que deben ser reconocidos por el Estado y deben establecerse en ordenamientos legales nacionales e internacionales para proteger al ser humano del poder público, además de garantizarlos por medio de procedimientos jurídicos eficaces" (Hernández, 2015).

No podrían entenderse los derechos humanos sin determinar lo que implica la dignidad humana:

"La humanidad misma es una dignidad; porque el hombre no puede ser utilizado únicamente como medio por ningún hombre (ni por otros, ni siquiera por sí mismo), sino siempre a la vez como fin, y en esto consiste precisamente su dignidad (la personalidad), en virtud de la cual se eleva sobre todos los demás seres del mundo que no son hombres y sí que pueden utilizarse, por consiguiente, se eleva sobre todas las cosas" (Pérez, 2007).

Por cuanto hace a los derechos humanos, éstos según Canessa (2008), son "aquellos derechos en material laboral consagrados en instrumentos internacionales de derechos humanos que reconocen universalmente como titular a la persona, respetando la dignidad humana y satisfaciendo las necesidades básicas en el mundo del trabajo".

En este sentido, el Estado Mexicano tiene obligación de reconocer y proteger los derechos humanos laborales no sólo los que están contenidos en la Constitución Federal sino también los que se encuentren en los tratados internacionales previamente ratificados.

En el caso concreto de los derechos humanos laborales cabe destacar que están dispersos en diversos instrumentos internacionales, no sólo en los convenios firmados con la Organización Internacional del Trabajo. Pero también existen otros instrumentos internacionales que sin contar con una fuerza jurídica vinculatoria si cuentan con un aval moral que impone.

Por ejemplo la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en cuyo considerando segundo se estableció que:

*"...Considerando que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la*

*conciencia de la humanidad, y que se ha proclamado, como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias.”* (Derechos Humanos, 2016).

O la Declaración de Filadelfia de la Organización Internacional del Trabajo de 1944, que sentó los siguientes principios:

1. *“El trabajo no es una mercancía.*
2. *La libertad de expresión y de asociación es esencial para el progreso constante.*
3. *La pobreza, en cualquier lugar, constituye un peligro para la prosperidad de todos.*
4. *Todos los seres humanos sin distinción de raza, credo o sexo, tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad y de seguridad económica y en igualdad de oportunidades”* (Organización Internacional del Trabajo, 2016).

Sin embargo, existen otros instrumentos que sí cuentan con fuerza vinculatoria para el Estado Mexicano, sobre todo para los órganos encargados de las administración de justicia, conforme a la citada reforma constitucional.

Y a efecto de demostrar los objetivos del presente artículo se toma como ejemplo una disposición contenida en el Protocolo Adicional a la Convención de Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, mejor conocida como “Protocolo de San Salvador”, en cuyo artículo 7º inciso d) se establece lo siguiente:

*“Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen que el derecho al trabajo al que se refiere el artículo anterior, supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular:...*

*d) la estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional;...”* (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2016).

En concordancia con lo dispuesto anteriormente y en el marco de los derechos sociales y su protección a través del amparo, es importante cuestionarse acerca de si se justifica la intervención del Juez Constitucional en las políticas públicas que pretenden garantizar los derechos sociales; aspecto que debe ser abordado a través del neoconstitucionalismo, entendido como modelo institucional de organización Política (Rodríguez, 2014).

#### 4. A MANERA DE CONCLUSIÓN: REPERCUSIONES DEL JUICIO DE AMPARO Y DE LA JURISPRUDENCIA EN EL PROCEDIMIENTO LABORAL

- El juicio de amparo en materia laboral, procede contra actos de autoridad que trastoquen derechos humanos laborales. Procede contra laudos y resoluciones que pongan fin al juicio y que no haya ningún medio ordinario mediante el cual se puedan anular o modificar (amparo directo) (artículo 170 de la Ley de Amparo) y en contra de todos los demás actos de la autoridad laboral procede amparo indirecto (artículo 107 de la Ley de Amparo).
- Cabe resaltar que no todos los actos de la autoridad laboral pueden ser objeto de impugnación a través del amparo indirecto, pues habrá que analizar si no opera el principio de definitividad. Pero además, no obstante que en el año de 2011, se establecieron reformas para proteger y reconocer los derechos humanos, en la Ley de Amparo, vigente desde 2013, se endureció o entorpeció la procedencia del amparo indirecto, lo anterior se demuestra con claridad en lo dispuesto por su artículo 107 fracción V, que a la letra advierte: “Contra actos en juicio cuyos efectos sean de imposible reparación, entendiéndose por ellos los que afectan materialmente derechos sustantivos tutelados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte”.
- Como resultado de la disposición antes citada, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, emitió una jurisprudencia por contradicción de tesis, cuyo rubro es: “AMPARO INDIRECTO. POR REGLA GENERAL, ES NOTORIAMENTE IMPROCEDENTE EL INTERPUESTO POR UNA DE LAS PARTES EN EL JUICIO NATURAL, CONTRA LA OMISIÓN DE LA AUTORIDAD JURISDICCIONAL DE

ACORDAR PROMOCIONES O DE PROSEGUIR EN TIEMPO CON EL JUICIO, AL TRATARSE DE UNA VIOLACIÓN INTRAPROCESAL QUE NO AFECTA DERECHOS SUSTANTIVOS” (Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2016). En tal criterio se estableció que no obstante una autoridad jurisdiccional no haya dado respuesta a una petición formulada por alguna de las partes dentro del plazo establecido por la propia ley, tal omisión no podrá impugnarse a través de amparo indirecto, dado que el inactuar de la autoridad, según el criterio de la Segunda Sala, no puede considerarse como una afectación a los derechos sustantivos de la parte solicitante, sino más bien debe entenderse como una violación intraprocesal.

- Con base en un análisis crítico jurídico, se puede establecer que tal determinación jurisdiccional, es total y completamente errónea, dado que es una situación real y que acontece todos los días en las Juntas Locales como Federales de Conciliación y Arbitraje, donde éstas no cumplen con los plazos previamente establecidos, en este caso en la Ley Federal del Trabajo, para que lleven a cabo determinados actos. Luego, a la Suprema Corte le interesa más lo formal que lo sustancial y real, dado que no obstante el propio artículo 17 constitucional ordena que los tribunales estarán expeditos para administrar justicia dentro de los plazos establecidos por las leyes respectivas. Así el gobernado tendrá que esperar a que la autoridad ordinaria tenga a bien actuar, no obstante que lo haga fuera del plazo ordenado en la ley o que simplemente no lo haga, porque ya no podrá promover amparo indirecto, dado que no importa la violación al derecho humano relativo a la administración de justicia sino que es más importante la interpretación formal que se haga de un precepto legal. Ante lo cual se puede afirmar que se está provocando precariedad en el Derecho Procesal del Trabajo.
- Otro ejemplo de interpretación formalista y que redundante en la administración de justicia laboral, se presenta en la jurisprudencia cuyo rubro es: PERSONALIDAD. EN CONTRA DE LA RESOLUCIÓN QUE DESECHA LA EXCEPCIÓN DE FALTA DE PERSONALIDAD SIN ULTERIOR RECURSO, ES IMPROCEDENTE EL AMPARO INDIRECTO, RESULTANDO INAPLICABLE LA JURISPRUDENCIA P./J. 4/2001 (LEY DE AMPARO VIGENTE A PARTIR DEL 3 DE ABRIL

DE 2013) (Pleno, 2014), en la que se estableció que en contra de la interlocutoria que resolviera el incidente de falta de personalidad, interpuesto por los trabajadores, ya no se podrá promover amparo indirecto, sino que debe promoverse como violación del procedimiento en amparo directo.

- Tal criterio, también se refuta como incorrecto y que en nada beneficia el tránsito ágil de los procedimientos laborales. Y para demostrar lo antes afirmado, tómesese en consideración que hasta antes de tal determinación, si un trabajador, interponía un incidente de falta de personalidad en contra del patrón, y si la Junta respectiva, a través de la interlocutoria correspondiente lo declaraba improcedente; el trabajador podía atacar esa determinación a través de amparo indirecto. Si el juez de Distrito, que resuelve amparos indirectos, le concedía el amparo y la protección de la Justicia de la Unión, el efecto era que se ordenaba a la citada Junta, que revocara su determinación y desconociera la personalidad jurídica del patrón, con lo cual, dependiendo la etapa del procedimiento, se le podría tener, incluso, por contestada la demanda en sentido afirmativo, con lo cual prácticamente se concluía el juicio.
- En cambio ahora, con la restricción antes citada, aunque a todas las luces la determinación de la Junta sea incorrecta, el trabajador tendrá que esperar a que se desahogue todo el procedimiento y que se dicte el laudo o resolución que resuelve el fondo del asunto, y hacer valer la determinación en comento como violación al procedimiento en amparo directo, y cuyo efecto será reponer el procedimiento y ordenar la Junta del conocimiento que deje insubsistente la interlocutoria respectiva y desconozca la personalidad del patrón; y volver a desahogar todo el juicio completo.
- Otra determinación, convertida en jurisprudencia y que se considera conculcadora de derechos humanos, es la que lleva por rubro: “TRABAJADORES DE CONFIANZA AL SERVICIO DEL ESTADO. SU FALTA DE ESTABILIDAD EN EL EMPLEO CONSTITUYE UNA RESTRICCIÓN CONSTITUCIONAL, POR LO QUE LES RESULTAN INAPLICABLES NORMAS CONVENCIONALES” (Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2014). En tal determinación se estableció que los trabajadores de confianza al servicio del Estado, no gozaban de la estabilidad en el empleo, no obstante que una norma convencional es aplicable a favor de los mismos.

- En la determinación antes citada, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, pudo haber resuelto todo lo contrario, si hubiera deseado interpretar la norma constitucional en sentido literal. Esto es, como se ha mencionado en párrafos anteriores, el artículo 1º de la Constitución establece que las autoridades tienen la obligación de llevar a cabo una interpretación que favorezca a las personas; así dicha Sala pudo determinar que los trabajadores de confianza al servicio del Estado sí debían gozar de la estabilidad en el empleo, dado que el artículo 123 en su apartado “B”, no señala expresamente que dichos trabajadores no puedan gozar de este principio laboral, pero más aún, existe norma convencional aplicable, como lo es el Pacto de San Salvador; tal y como se ha señalado en líneas anteriores.
- Entonces no obstante que persisten dos derechos humanos laborales: uno constitucional y otro convencional, la Segunda Sala, introdujo un nuevo concepto, al que denominó “restricción constitucional”, según el cual cuando exista un derecho humano previsto en la Constitución Federal, no se debe acudir a las normas convencionales sino a la propia Constitución.
- Con base en los criterios antes vertidos, se puede afirmar que las determinaciones que ha emitido el más alto tribunal en México, y que se han convertido en jurisprudencias, que son obligatorias para todos los tribunales jurisdiccionales, han provocado la precariedad del Derecho Procesal del Trabajo y más grave aún, parece que la tendencia es precarizar los derechos humanos laborales de los trabajadores, lo que al tiempo traerá graves consecuencias no sólo para éstos últimos si no para el proceso productivo en general, lo que implicará una afectación en lo económico, lo jurídico, lo social e incluso hasta en lo cultural para toda la sociedad.

## REFERENCIAS

- Barajas S. (1990). *Derecho del Trabajo*, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.
- Canessa M. (2008). *La protección internacional de los derechos humanos laborales*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- Castillo A. (2007). *Primer Curso de Amparo*, México: Ediciones Jurídicas Alma, S.A. de C.V.

- Castro J. (2006). *Garantías y Amparo*, México: Porrúa.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Documentos básicos en materia de derechos humanos en el Sistema Interamericano*. (En línea) (Fecha de consulta: 3 de junio de 2016). Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/documentos-basicos-12-spa.pdf>
- Cortes, S. (2011). La Constitucionalización del Derecho y la Interpretación Jurídico Constitucional en *Revista Via Inveniendi et Iudicandi*. Documento Extraído el 2 de octubre de 2016 de <http://revistas.usantotomas.edu.co/index.php/viei/article/view/2912/2785>
- Derechos Humanos (en línea) (fecha de consulta 4 de junio de 2016). Disponible en: <http://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/1948DeclaracionUniversal.htm?gclid=COzeIfD0w8sCFZWMaQod3AAOEg>.
- Espinosa C. (2012). *La jurisprudencia y los derechos adquiridos*. México: Porrúa.
- Hernández A. (2015). *Los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales. Modelo constitucional de derechos humanos en México*, México CNDH.
- Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, (en línea), (fecha de consulta: 5 de junio de 2016). Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/infjur/leg/conshist/pdf/1917.pdf>.
- Kaye D. (2014). *Relaciones individuales y Colectivas del Trabajo*, México: Themis.
- Martínez E. (2016). *Los principios fundamentales del Juicio de Amparo, una visión hacia el futuro*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, (en línea) (fecha de consulta: 5 de junio de 2016). Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3065/27.pdf>.
- Organización Internacional del Trabajo. Declaración de Filadelfia. (En línea) (fecha de consulta: 4 de junio de 2016) Disponible en: <http://www.ilo.org/public/spanish/bureau/inf/download/brochure/pdf/page5.pdf>
- Pérez J. (2007). *De la dignidad humana y otras cuestiones jurídico-morales*, México: Fontamara.
- Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis: P./J. 37/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 7, Junio de 2014, Tomo I.
- Primer Tribunal de Noveno Circuito, Tesis: IX.1o.71 K, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XVIII, Octubre de 2003.
- Rodríguez, A. (2014). Indicadores de constitucionalidad de las políticas públicas: enfoque de gestión de derechos. En: *Revista Via Inveniendi et Iudicandi* documento extraído el 20 de octubre de 2016 de <http://revistas.usta.edu.co/index.php/viei/article/view/2438/2379>
- Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis: 2a./J. 23/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 4, Marzo de 2014.
- Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis: 2a./J. 48/2016, *Semanario Judicial de la Federación*, 06 de mayo de 2016.
- Silva C. (2010). *La Jurisprudencia*, México: Themis.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación (2014). *De la modificación a la sustitución de la jurisprudencia*, México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Trueba A. (1965). *Tratado Teórico-práctico de Derecho Procesal del Trabajo*, México: Porrúa.

# LOS PROCESOS DE SELECCIÓN DE OPERADORES PRIVADOS DEL SERVICIO PÚBLICO DE TELEVISIÓN, EN TORNO A LA LIBRE CONCURRENCIA<sup>1</sup>

JUDITH MILLÁN DURÁN<sup>2</sup>  
CAROLINA BLANCO ALVARADO<sup>3</sup>  
CIRO NOLBERTO GUECHA MEDINA<sup>4</sup>

## INTRODUCCIÓN

La sociedad de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones a nivel mundial viene evolucionando y Colombia no ha sido la excepción a esa dinámica ni al desarrollo que ello genera; es así como podemos evidenciar amplios avances en proyectos de telecomunicaciones sociales, internet en

---

<sup>1</sup> Este artículo es producción académica del proyecto de investigación «La Contratación Estatal en el marco de la Comunidad Andina», gestionado en el marco del Grupo de Investigación de Derecho Público de la Universidad Santo Tomás (Sede Bogotá), realizado con el apoyo estructural y financiero de la mencionada universidad y cuya directora es Carolina Blanco Alvarado. El presente artículo se proyectó con el apoyo de Judith Millán Duran, quien cursó la maestría en Derecho Contractual Público y Privado en la Universidad Santo Tomás; y quien apoyó a través de su trabajo de grado la publicación de este texto.

<sup>2</sup> Magíster en Derecho Contractual Público y Privado, Universidad Santo Tomás. Consultor Legal Gestión y Contratación Pública y Privada. Correo electrónico: [jmdjj2011@hotmail.com](mailto:jmdjj2011@hotmail.com)

<sup>3</sup> Ph.D en Derecho – Universidad Santo Tomás (Sede Bogotá). Docente investigadora de la USTA. Coordinadora de la Sublínea de Contratación Estatal y Unificación Legislativa, de la Universidad Santo Tomás, la cual está inscrita en el Grupo de Investigación de Derecho Público de la citada universidad. Correo electrónico: [carolinablancoalvarado@hotmail.com](mailto:carolinablancoalvarado@hotmail.com)

<sup>4</sup> Ph.D en Derecho - Universidad Externado de Colombia. Ph. D en Derecho Administrativo - Universidad Alfonso X El Sabio. Docente e Investigador de la Universidad Santo Tomas. Correo electrónico: [ciroguecha@usantotomas.edu.co](mailto:ciroguecha@usantotomas.edu.co)

banda ancha, aplicaciones, comunicaciones móviles, tecnologías de última generación, radio, y televisión entre otros.

En el marco de los contratos de concesión en la prestación del servicio público de televisión, no podemos abstraernos de una realidad consistente en que a la fecha los concesionarios incumbentes están próximos a finalizar la ejecución de sus actos de prórroga, sin que haya sido posible adjudicar nuevas concesiones de operadores privados del servicio, por razones imputables básicamente a la inexistencia de garantías que posibiliten la libre competencia y entrada de nuevos competidores al mercado, debiéndose validar si esas barreras de entrada están dadas o no en el marco regulatorio.

Nuestro análisis se concreta en la regulación relativa al “servicio público de televisión con cubrimiento nacional que es prestado por operadores privados” seleccionados a través de Licitación Pública, para la adjudicación de concesiones por el tiempo determinado en la ley, análisis en el que debemos mencionar la reglamentación inherente al espectro electromagnético; y de manera más específica a los requerimientos y elementos constitutivos del proceso de selección.

Este análisis es importante en razón a que a la fecha el servicio público de televisión abierta, sigue siendo prestado por los operadores incumbentes de operación privada<sup>5</sup>, habiéndose prorrogado las concesiones existentes, no siendo esta una prerrogativa del concesionario sino un hecho excepcional; y pese a que el Estado colombiano generó desde el año 2008 durante la existencia de la hoy liquidada Comisión Nacional de Televisión (CNTV), reemplazada por la Autoridad Nacional de Televisión (ANTV), la expectativa respecto a la potencial existencia de un tercer, cuarto y/o quinto canal(es).

El presente documento es producto de una investigación básica, soportada fundamentalmente en la identificación y análisis de los elementos legales y doctrinarios. El método de investigación empleado fue el dogmático, ya que el documento pretendió explicar el orden jurídico tal como es del

---

<sup>5</sup> Comisión Nacional de Televisión hoy liquidada, adjudicó a Caracol Televisión S.A., y a RCN Televisión S.A., la concesión para la operación y explotación de dos canales de televisión de operación privada de cubrimiento nacional por un plazo inicial de diez años, contados a partir de la fecha de inicio de operación comercial, los cuales han sido a la fecha prorrogados por un lapso igual; habiéndose pactado en los mismos la cláusula de exclusividad

contrato de concesión para la prestación del servicio público de televisión en el contexto de la libre competencia.

El trabajo de investigación permitió adelantar una investigación cualitativa, la cual puede ser vista como el intento de obtener una comprensión profunda de los significados y definiciones de la situación; esto es, del contrato de concesión para la prestación del servicio público de televisión en el contexto de la libre competencia. Para efectos de lo anterior se utilizó el proceso abstracto-concreto, entendiendo por abstracción el proceso mediante el cual se aíslan elementos o propiedades del resto de los componentes y se destacan los nexos esenciales que pasan inadvertidos en una visión global; y por concreción, el accionar mediante el cual se integran las abstracciones reproduciéndose el objeto en su totalidad de estructuras y de conexiones.

#### ALGUNOS ANTECEDENTES AL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

Las nuevas realidades políticas y económicas suponen re contextualizar las categorías básicas del derecho de contratos, especialmente sus principios generales. A tal punto, que es imprescindible reconocer que los principios y tendencias que dominan la teoría posmoderna del contrato en algunos ámbitos se complementan, pero de manera indudable en otros aspectos se contradicen ampliamente (Acosta, 2012).

Históricamente la televisión en Colombia era de propiedad de familias de políticos quienes la transfirieron a dos operadores privados con posición obviamente dominante o incumbente. Lo anterior permite afirmar en primer lugar que la libertad de información dependa de quien la posee para transmitirla (Carreño Rodríguez, 1995, pp. 28-39); y en segundo lugar que el Régimen de la libre competencia, si bien es el supuesto normal y general de la actividad económica en condiciones de igualdad; la posición dominante sea lo excepcional y anticompetitivo (Pérez Ramírez & Carrillo Benito, 2000, pp. 228-242)

Suponer condiciones de igualdad entre iguales, al entrar al mercado uno o más operadores de carácter privado, comparativamente frente a la competencia de mercado con los operadores existentes es imposible por obvias razones que se evidencian no solo por las inversiones a realizar, la infraestructura existente, el factor comercial de reconocimiento y de pauta entre otros aspectos.

Para puntualizar la manera como se ve representado el principio de la libre competencia en los procesos de asignación del espectro para la prestación del servicio público de televisión con cubrimiento nacional por parte de concesionarios privados, es pertinente anotar que la selección del concesionario se efectúa aplicando el mecanismo de selección determinado por la ley, esto es para el caso concreto el de Licitación Pública, considerado como un “procedimiento de formación del contrato” (Dromi, 1985, p. 423), que busca “la selección del sujeto que ofrece las condiciones más ventajosas para los fines de interés público, que se persiguen con la contratación estatal”, basado en la publicidad de las reglas que han de aplicarse en igualdad de condiciones a todos los interesados, escogiéndose por parte del Estado la que le genera mayor beneficio, (Laso, 1940, p. 176); mecanismo que esta reglado por norma especial y general, buscando en todo caso satisfacer el interés general inherente al uso eficiente del recurso escaso y la prestación igualmente eficiente del servicio público de televisión, además de la contraprestación que ha de asumir el concesionario por acceder a ellos que se obtiene a través de la aplicación del postulado de la maximización de recursos establecido por el artículo 72 de la ley 1341.

Ahora bien, en materia de la libre competencia el profesor Elink menciona que “la importancia de definir el mercado radica en determinar cuál competencia podría ser afectada por la práctica”<sup>6</sup>, al citar a Domingo Prigretti enuncia que para que se presente un mundo de mercados perfectos debe contarse con la presencia de los siguientes elementos: “1. atomicidad del mercado, 2) homogeneidad del producto, 3) libre entrada en la industria, 4) perfecta transparencia del mercado, 5) movilidad perfecta de los factores de producción de la industria”; culminando en manifestar que ese mercado ideal y de libre concurrencia no existe (Elink, 2002, p 53),

La concurrencia hace referencia a la pluralidad de potenciales interesados en el acceso al uso del espectro para la prestación del servicio, y obviamente partiendo del hecho de que las frecuencias estén determinadas y disponibles según el cuadro nacional de frecuencias. Pero dicha pluralidad debe materializarse desde los actos de inscripción de los potenciales interesados

---

<sup>6</sup> Atendiendo lo dispuesto es importante anotar que el legislador en el marco de los contratos estatales ha omitido la creación de unas reglas metodológicas para la distribución de los riesgos, lo cual hace que sea imperativa una propuesta de solución efectiva que la estructure para evitar la quiebra de la economía del contrato (Fandiño, 2011).

y su presentación en el proceso de licitación pública y permanencia hasta la finalización del mismo.

Dicha concurrencia está limitada por las connotaciones inherentes al régimen general de inhabilidades, incompatibilidades y conflicto de intereses, así como el contemplado en el régimen especial que se traduce básicamente en la imposibilidad de que los operadores existentes participen en los nuevos procesos de licitación, y a la vez por la inviabilidad de que operadores con otro tipo de cubrimiento igualmente lo hagan. Igualmente se limita al cumplimiento de los requisitos previos a la convocatoria pública del mecanismo de selección, esto es al cumplimiento de los requisitos organizacionales, financieros y de capacidad técnica y operacional que implica surtir el proceso de inscripción en el registro de operadores del servicio.

La historia del servicio público de televisión prestado por parte de operadores privados en Colombia cuenta con un único antecedente, materializado en la presencia de dos operadores o canales, cuyos contratos contaron con pacto de cláusula de exclusividad por diez años, y a hoy habiendo sido prorrogadas las concesiones, esa cláusula sigue operando por las condiciones del mercado incumbente que cuenta con una ventaja competitiva dada por la experiencia, el manejo de la pauta publicitaria, inversión en infraestructura, audiencia, contenidos, modelo económico, entre otros aspectos, aunado a la imposibilidad de lograrse adjudicar un tercer, cuarto o quinto canal con sus correspondientes frecuencias del espectro electromagnético para la prestación del servicio; no siendo entendible por qué habiéndose definido en cada intento fallido las causas generadoras, no se hubiesen hecho esfuerzos para mitigarlas superarlas y propender por dicha competencia en un mercado participativo.

## LA LICITACIÓN PÚBLICA COMO INSTRUMENTO DE SELECCIÓN DE OPERADORES PRIVADOS DEL SERVICIO PÚBLICO DE TELEVISIÓN ABIERTA CON CUBRIMIENTO NACIONAL

La determinación del mecanismo por medio del cual se seleccionan los operadores privados prestatarios del servicio público de televisión abierta con cubrimiento nacional, así como a quienes se les concede el permiso del uso de las frecuencias o acceso al espectro electromagnético tiene consagración específica en los regímenes especiales de televisión y el de intervención

del Espectro, siendo en todo coherentes con la ley general de contratación pública (Consejo de Estado, 2001).

A efectos de contextualizarnos conceptualmente debemos citar lo dispuesto por el artículo 23 de la ley 335 de 1996, por la cual se crea la televisión privada en Colombia:

*“Para efectos de la interpretación de la Ley 182 de 1995, cuando quiera que se encuentre en su texto la expresión “Canal Zonal o Canales Zonales”, entienda que se trata de Canales Nacionales de Operación Privada. Igualmente cuando la ley se refiera a canales nacionales, deberá entenderse que se trata de los Canales Nacionales de Operación Pública, esto es, los que están constituidos por los concesionarios de espacios de televisión.”* (Subrayado fuera del texto)

En este orden de ideas el artículo 48 de la ley que consagra el régimen especial del servicio de televisión, establece:

*“De las concesiones a los operadores zonales. La escogencia de los operadores zonales, se hará siempre y sin ninguna excepción por el procedimiento de licitación pública. La adjudicación se hará en audiencia pública. De ninguna manera la concesión se hará por subasta pública.”* (Subrayado fuera del texto)

Y frente al mecanismo de asignación de las frecuencias destinadas a la prestación del servicio de telecomunicaciones, incluido el de televisión, el artículo 11 de la ley 1341 de 2009 prevé:

*“El uso del espectro radioeléctrico requiere permiso previo, expreso y otorgado por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. El permiso de uso del espectro respetará la neutralidad en la tecnología siempre y cuando esté coordinado con las políticas del Ministerio de Comunicaciones, no generen interferencias sobre otros servicios, sean compatibles con las tendencias internacionales del mercado, no afecten la seguridad nacional, y contribuyan al desarrollo sostenible. El Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones **adelantará mecanismos de selección objetiva, previa convocatoria pública, para el otorgamiento del permiso para el uso del espectro radioeléctrico y exigirá las garantías correspondientes**. En aquellos casos, en los que el nivel de ocupación de la banda y la suficiencia del recurso lo permitan, así como cuando prime la continuidad del servicio o la ampliación de la*

*cobertura, el Ministerio podrá otorgar los permisos de uso del espectro de manera directa”* (Resaltado fuera del texto).

Y en el artículo 72 de la norma *ibídem*, puntualiza el legislador:

*“Reglas para los procesos de asignación de espectro con pluralidad de interesados. Con el fin de asegurar procesos transparentes en la asignación de bandas de frecuencia y la maximización de recursos para el Estado, todas las entidades a cargo de la administración del espectro radioeléctrico incluyendo al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, la Comisión Nacional de Televisión, deberán someterse a las siguientes reglas:*

*\*Previamente al proceso de otorgamiento del permiso de uso del espectro radioeléctrico de asignación o de concesión de servicios que incluya una banda de frecuencias, se determinará si existe un número plural de interesados en la banda de frecuencias correspondiente.*

*\*En caso de que exista un número plural de interesados en dicha banda, y con el fin de maximizar los recursos para el Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y el Fondo para el Desarrollo de la Televisión, se aplicarán procesos de selección objetiva entre ellos la subasta.*

*Cuando prime el interés general, la continuidad del servicio, o la ampliación de cobertura, el Ministerio podrá asignar los permisos de uso del espectro de manera directa* (Resaltado y Subrayado fuera del texto)

La normatividad referenciada implica no olvidar lo dispuesto por el artículo 18, numeral 6° de la Ley 1341, el cual dispone que es función del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones planear, asignar, gestionar y controlar el espectro radioeléctrico con excepción de la intervención en el servicio de televisión de que trata el artículo 76 de la Constitución Política, con el fin de fomentar la competencia, el pluralismo informativo, el acceso no discriminatorio y evitar prácticas monopolísticas.

Las normas anteriores, las cuales si bien hacen parte del procedimiento especial de asignación de frecuencias del espectro para el servicio público de televisión, son de aplicación dentro del procedimiento general determinado por el estatuto de contratación pública, en cuanto consagra la ley 80 de 1993 en su capítulo segundo al tratar los principios de la contratación estatal y al referirse al de transparencia en el numeral 1° del artículo 23, derogado por la

ley 1150 de 2007 que “...La escogencia del contratista se efectuará por regla general a través de licitación pública, con las excepciones que se señalan en los numerales 2, 3 y 4 del presente artículo” (subrayado fuera del texto)

Así las cosas, por disposición del legislador la única forma a través de la cual se puede acceder al uso del espectro electromagnético para la prestación del servicio público de televisión abierta con cubrimiento nacional por parte de operadores privados, es agotando el procedimiento preestablecido para participar en el mecanismo de selección de contratista por convocatoria de licitación pública; no existiendo la posibilidad de optar a su asignación directa bajo ninguna justificación; evento este último que no debe confundirse con lo determinado por el artículo 9º de la ley 680 de 2001, en cuanto a que a estos operadores les asiste el derecho sin necesidad de participar en un nuevo proceso de selección a obtener la reposición de frecuencias que sean necesarias para emitir su señal sin costo alguno, en el caso de presentarse decisión de la administración de reestructurar las asignadas.

#### ¿LA LICITACIÓN PÚBLICA PARA LA ADJUDICACIÓN DE CONTRATOS DE CONCESIÓN DE PRESTADORES DEL SERVICIO PÚBLICO DE TELEVISIÓN FORTALECE U OBSTACULIZA LA LIBRE COMPETENCIA?

Los contratos de concesión son aquellos que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden.

Atendiendo el citado concepto el profesor Santofimio ha establecido que la concesión administrativa admite dos formas de acción: (i) la concesión unilateral, esto es permisos o autorizaciones dadas por el Estado a los particulares para el ejercicio de actividades económicas propias del Estado o (ii) la contractual, la cual supone cumplir con las siguientes características:

Cumplir una finalidad social, llevar implícito el ejercicio de una función administrativa que le obliga a los operadores prestatarios del servicio en su condición de privados actuar conforme a los principios que gobiernan la actuación administrativa señalados en el artículo 209 de la Constitución Nacional, su objeto contractual está legalmente determinado, generan una contraprestación en favor del Estado con ocasión al uso y explotación del recurso escaso y del servicio, el plazo de ejecución está determinado por la ley en diez (10) años, poseen cláusula de reversión específicamente de las frecuencias asignadas y la asignación del riesgo está en cabeza del concesionario (Santofimio, 2010).

Las disposiciones contenidas en los regímenes especiales de telecomunicaciones, televisión y el general de contratación tienen su fundamento en el cumplimiento de la satisfacción del interés general, mas sin embargo mal podríamos pensar que este está ajustado a cada una de las necesidades y evolución de los mercados que hacen parte individualmente considerados, sino que por el contrario están retroalimentados por la evolución, dinámica y comportamiento de los diferentes mercados a nivel nacional y la experiencia internacional (Tapias Perdigon, 2000).

En concordancia con lo dispuesto en el párrafo anterior, consideramos que no están dadas las condiciones para obtener la participación de nuevos proveedores del servicio de televisión por parte de operadores privados, en razón a que la normatividad no elimina barreras de entrada a nuevos competidores frente a los incumbentes. Lo anterior en razón a que cuando observamos en concreto cuál ha sido el comportamiento del servicio público de televisión con cubrimiento nacional prestado por operadores privados en Colombia, se observa que:

- a. Ha sido brindado desde el año 1999 hasta la fecha por dos operadores incumbentes: RCN TV y CARACOL TV.
- b. Los contratos de concesión suscritos con RCN TV y CARACOL TV contaron con cláusula de exclusividad durante los 10 primeros años de la concesión, exclusividad que les permitió adquirir una posición dominante del mercado en cuanto a:
  - Experiencia adicional a la demostrada en el proceso de selección en la exploración y explotación y manejo del servicio, lo que involucra situaciones legales, administrativas, técnicas, manejo de riesgos, y demás inherentes a la prestación del servicio.

- Mercado obtenido (audiencia y cubrimiento)
  - Modelos económicos de los concesionarios existentes en su condición de incúmbentes frente al valor de las nuevas concesiones. Es importante recordar que las formas de pago de las concesiones fueron objeto de modificación durante toda la ejecución del contrato inclusive al momento de pactar las prórrogas consecuentes a su autorización.
  - Infraestructura establecida de los concesionarios existentes frente a los nuevos y su capacidad de llegar a acuerdos de negociación para compartirla o no, siendo una opción de ley y no una obligación.
  - El paso de la televisión analógica a la digital terrestre, lo que implica una mayor compenetración con otros servicios de tecnologías de la información y las comunicaciones
  - Manejo de casi el 90% de la pauta publicitaria en televisión.
- c. Pese a que la cláusula de exclusividad ya es inexigible, aún siguen gozando de las ventajas que otorga la exclusividad, dado que a la fecha no ha entrado ningún competidor al mercado, encontrándonos a cuatro años del vencimiento de las prórrogas otorgadas.
- d. La imposibilidad de haberse dado curso a procesos de licitación dentro del marco de la leal y libre competencia.
- e. Se ha contado con una reglamentación permanente que ha sido evolutiva y dinámica en torno al marco general de las telecomunicaciones, las competencias y el régimen de contratación pública, entre los años 2009 y 2012, pero que con anterioridad y posterioridad a dichas fechas se ha tornado estática.
- f. En el mercado incúmbente durante los últimos dieciséis (16) años, no ha entrado al mercado otros operadores privados prestatarios del servicio de televisión, y las razones que determinan esa ausencia de competencia puede estar dada en las condiciones de orden legal, reglamentario y contractual vigente que se constituyen en barreras de entrada a nuevos competidores, y que podrían ser eliminadas para favorecer la competencia nacional e internacional.

Para el efecto, proponemos algunas soluciones frente a la temática en particular:

- La posibilidad de eliminar la limitante de inversión extranjera de un proponente futuro concesionario del servicio, ya que esto impide que

libremente un prestatario legal de televisión legalmente constituido en su país de origen, que cuente con experiencia, nuevas tecnologías y la capacidad operacional para brindar el servicio en Colombia, lo pueda hacer.

En el marco de aplicación del principio de reciprocidad, veamos cómo se encuentra consagrada la limitante a la inversión extranjera:

***Ley 680 de 2001. Artículo 1º.*** *El artículo 34 de la Ley 182 de 1995, quedará así: Se autoriza la inversión extranjera en sociedades concesionarias de televisión cualquiera que sea su ámbito territorial hasta en el cuarenta por ciento (40%) del total del capital social del concesionario.*

*El país de origen del inversionista deberá ofrecer la misma posibilidad de inversión a las empresas colombianas en condiciones de reciprocidad y llevará implícita una transferencia de tecnología que, conforme con el análisis que efectúe la Comisión Nacional de Televisión, contribuya al desarrollo de la industria nacional de televisión.*

*La inversión extranjera no podrá hacerse a través de sociedades con acciones al portador. No se aceptará la inversión de una sociedad cuyos socios sean sociedades con acciones al portador.”(Subrayado fuera del texto)*

La norma en comento, igualmente estableció en su artículo segundo el que los concesionarios de espacios de los canales nacionales de operación pública, siempre y cuando éstos o sus socios no tengan participación accionaria en los canales privados, podrán fusionarse, conformar consorcios o crear nuevas personas jurídicas que podrán absorber las concesiones de sus socios, previa autorización de la Comisión Nacional de Televisión (hoy liquidada), entiéndase hoy Autoridad Nacional de Televisión –ANTV–, siempre y cuando éstos estén al día en sus obligaciones con el ente respectivo; determinando que en todo caso las empresas resultantes de las fusiones, consorcios o las nuevas empresas resultantes, estarán sometidas a las siguientes limitaciones y restricciones:

- a) Ningún concesionario directa o indirectamente podrá ser titular de más del 33% del total de horas dadas en concesión a un canal;
- b) Ninguna persona natural o jurídica, podrá hacer parte de manera directa o indirecta de más de una sociedad concesionaria y hacer parte de más de un canal;
- c) Ningún concesionario podrá tener más de un informativo noticiero diario.

En definitiva la autorización prevista en la ley, para fusionarse, conformar consorcios o crear nuevas personas jurídicas, y su aplicación en ningún caso puede implicar que la operación, características y naturaleza propia de los contratos de concesión de espacios puedan homologarse o hacerse equivalentes a las de un canal de operación privada previstas en las leyes 182 de 1995 y 335 de 1996.

En concordancia con lo dispuesto en líneas anteriores, es importante anotar que los tratados de libre comercio existentes a la fecha suscritos y debidamente ratificados por Colombia, se hace exclusión expresa de los servicios de televisión; en este sentido las estipulaciones contenidas en los referidos tratados solo aplican para los servicios de telecomunicaciones diferentes al de la televisión.

En este esquema, se exigirá un certificado emitido por la respectiva Misión Diplomática colombiana, en la cual conste que los Proponentes colombianos gozan de la oportunidad de participar en los procesos de contratación pública en las mismas condiciones y con los mismos requisitos exigidos a los nacionales de su país.

En atención a lo dispuesto en los párrafos anteriores se sugiere no limitar la inversión extranjera y abogar por que los tratados de libre comercio cubran este tipo de servicio de telecomunicaciones sin excluirlo, ya que ello no contribuye en ninguna manera a la libre competencia a nivel internacional.

- Deben tenerse en consideración la posibilidad de eliminar las inhabilidades generadas en aplicación de la inversión extranjera en el régimen especial de televisión que impiden que los operadores diferentes a los zonales hagan parte de un proponente para la televisión zonal, esto es de cubrimiento nacional con carácter privado.

Para el efecto, podría autorizarse a los concesionarios de espacios de televisión, la posibilidad de asociarse con operadores de telecomunicaciones, telefonía móvil o internet, con un porcentaje accionario y una capacidad operacional y unos años de experiencia en producción y trasmisión de contenidos para la prestación del servicio a nivel nacional como operador privado.

- El ámbito geográfico de cubrimiento es una limitante al considerarse como inhabilidad, debiendo mantenerse obviamente la imposibilidad de que los actuales operadores privados se presenten mientras estén vigentes sus concesiones; se debería permitir el que operadores privados con otro tipo de

cubrimiento o que hagan parte de concesionarios plurales se asocien para presentarse dentro de los nuevos procesos, aun manteniéndose una limitante de participación accionaria.

Es importante anotar que tal como está planteado el régimen de inhabilidades, conlleva a que los operadores opten por acudir a figuras de evasión, al vender sus acciones o participación dentro de las concesiones, a renunciar a ellas y crear nuevas firmas jurídicas o asumir estrategias de todo orden tendientes a no quedar inhabilitados, a actuar como subcontratistas dentro de los nuevos potenciales concesionarios.

- Frente a los requisitos previos a la licitación pública es decir a los inherentes para que se genere el correspondiente registro calificación y clasificación del operador del servicio de televisión, de acuerdo con la clasificación asumida por la ley, es importante anotar que los potenciales proponentes reúnan unas condiciones de capacidad legal, técnica, operacional y demás exigencias del reglamento determinado en la resolución 202 de 2012, sin embargo habrá que validar que tan objetivos son esos requerimientos frente a la libre competencia del mercado, y si estos están estructurados frente al potencial mercado que pueda entrar incluyendo otros operadores de telecomunicaciones que pudieran prestar el servicio así fuese en condición de proponente plural o si solo está basado en los actuales prestatarios incluidos los diferentes niveles regionales de cubrimiento y el comportamiento de la pauta y su proyección a largo plazo (Autoridad Nacional de Televisión, 2012).

Debemos hacer claridad en el hecho de que legalmente no están limitadas las participaciones de otros miembros del sector de telecomunicaciones, sin embargo al momento de plasmar exigencias relativas a capacidad e infraestructura, se plasman exigencias relativas a demostrar la propiedad o acceso a los equipos e infraestructura requerida para Sistemas de Edición, Estudios de Grabación con Parrilla y Consola de Iluminación, Salas de Control de Producción, Salas de Control Máster, Unidades Móviles equipadas con: Vehículo, Fuente de Energía, Monitores, Cámaras, Switchers e Iluminación. Sistema de Microondas Portátil 1 Uplink Satelital Portátiles (Fly Away), Instrumentación de Control Técnico por Área en la Cadena de valor, Servidores de almacenamiento etc.

Y frente a la experiencia deben acreditar experiencia en:

- (i) Producción de material audiovisual que se haya transmitido a través de un canal o concesionario de televisión.

(ii) Programación de material audiovisual transmitido a través de un canal o concesionario de televisión.

(iii) Prestación del servicio de radiodifusión de televisión

Lo anterior igualmente conlleva a que haya alianzas de mercado con los operadores ya concesionados y no otros, y que no se pueda participar en forma individual. Cuando cualquiera de los dos componentes podría ser objeto de subcontratación y en nada valida un tema de capacidad, más la experiencia podría ser de no concesionados en otro país o que preste el servicio no al Estado sino a requerimientos privados de cubrimiento.

En cuanto a los requerimientos de la licitación estos deberían limitarse a capacidad de generar novedad en los contenidos debidamente validados y la propuesta económica que incluya un potencial análisis de crédito tercerizado a través de un banco al expedir un certificado de cupo de crédito, para validar las condiciones actuales del proponente.

En el evento en que se permita plasmar otras exigencias estas deben fundarse en la situación real de los potenciales proponentes y la situación actual del mercado.

Ya frente al valor de la concesión que excluye el precio que deben cancelar por concepto del acceso al uso de las frecuencias que se define por acto administrativo, y que solo hace referencia al valor de retorno por la prestación de servicio, si bien debe partir de un valor de referencia definido por el Gobierno Nacional, este valor debe estar definido por esquemas basados en supuestos fijos y variables del mercado debidamente determinados en la ley, para evitar cualquier tipo de subjetividad por parte de quienes hacen parte de la estructuración de los procesos de selección.

Igualmente el legislador ha de considerar claramente el evento de un único proponente a efectos de obtener esa maximización de recursos de que habla el artículo 72 de la ley 1341 de 2009, definiendo el procedimiento y las reglas básicas de las cuales puede partir la administración para llegar a la maximización de los recursos. Lo anterior para evitar el que se declare desierto un proceso en cuanto no se mantenga la pluralidad desde que se surte el registro hasta la adjudicación del proceso.

- La validación efectiva de que estén dadas las condiciones para generar la expectativa de la apertura de un proceso de selección de contratista con las implicaciones que ello tiene. Y nos referimos al hecho de que no

puede hablarse de un tercer cuarto o quinto canal, cuando no se tienen a disposición las frecuencias necesarias y requeridas, o no se tiene un número de potenciales proponentes debidamente inscritos, o no se cuenta con la información financiera que nos permita determinar en su justa medida los requerimientos a los proponentes o el precio base de la concesión y en general sin contar con todos los elementos que seriamente conlleven a la generación de un mecanismo de selección de esta magnitud.

- Un aspecto que ayudaría a eliminar los comportamientos adversos a la libre competencia sería el determinar verdaderos indicadores de valoración de la prestación del servicio; aunado al hecho de estipular claramente un mecanismo de vigilancia y control en la prestación, ya que los operadores actuales han sido objeto de intervención solo desde mediados del año 2014, siéndolo antes a través de funcionarios de la hoy liquidada comisión quienes no contaban con la disponibilidad y capacidad operacional para ejercer una adecuada vigilancia y control de los contratos.

#### CONNOTACIONES FRENTE AL PROCESO DE SELECCIÓN DE NUEVOS CONCESIONARIOS PRESTATARIOS DEL SERVICIO PÚBLICO DE TELEVISIÓN

La ley especial del tema en particular, exige que quienes pretendan participar en los procesos de selección de concesionarios privados deberán entre otros aspectos:

- a) Previamente a la apertura de la correspondiente licitación, surtir el proceso de inscripción, calificación y clasificación del Registro Único de Operadores “RUO”; el cual se surte valorando aspectos tales como “la estructura organizacional de los participantes, su capacidad financiera y técnica, los equipos de que disponga, su experiencia y la de sus socios mayoritarios o con capacidad de decisión en los aspectos fundamentales de la compañía”. La vigencia de dicho registro es de dos (2) años y los componentes que se valoraron para dicha inscripción no pueden volver a valorarse dentro de la licitación respectiva.

- b) Los criterios que la Junta de la Autoridad Nacional de Televisión determine para la adjudicación de los contratos en el proceso de selección, serán “calidad del diseño técnico, capacidad de inversión para desarrollo del mismo, capacidad de cubrir áreas no servidas, número de horas de

programación ofrecida, mayor número de horas de programación nacional y viabilidad económica de programación del servicio”, pero podrán incluirse otros.

c) La ley igualmente puntualiza que “solamente serán elegibles aquellos proponentes que cumplan estrictamente con las exigencias establecidas para el diseño técnico, de conformidad con los pliegos de condiciones y demuestren de manera satisfactoria capacidad económica suficiente para cumplir con el plan de inversión correspondiente”.

d) La concesión se conferirá por un término de hasta diez (10) años prorrogables. La prórroga se *conferirá de conformidad con las normas que expida la Autoridad Nacional de Televisión;*

#### CONNOTACIONES ESPECIFICAS DEL REGISTRO ÚNICO DE OPERADORES DEL SERVICIO DE TELEVISIÓN RUO

Las Connotaciones específicas del Registro Único de Operadores del servicio de televisión RUO están determinadas en la Resolución ANTV 202 de 2012 (ANTV, 2012, pp. 1-22). Dicho acto administrativo previamente a su expedición fue objeto de discusión con miembros del sector de la televisión, habiendo presentado observaciones NTC TELEVISIÓN, HV TELEVISIÓN, JUAN SEBASTIAN CORDOBA, JORGE BARON TELEVISIÓN LTD, TV AZTECA SUCURSAL COLOMBIA, COLOMBIANA DE TELEVISIÓN S.A., CM& TELEVISION, RCN TELEVISION S.A. y CARACOL TELEVISION S.A., RADIO TELEVISIÓN INTERAMERICANA R.T.I. S.A., EL TIEMPO CASA EDITORIAL –Citytv–. La citada discusión arrojó como resultado el mantenimiento de la vigencia del mismo de dos años a partir del acto individual de registro de cada operador una vez surtido el trámite reglamentario (ANTV, 2012, pp. 1-38).

Dentro del marco de desarrollo de la Agenda Estratégica de la Autoridad nacional de Televisión, se planteó como objetivo generar la reglamentación tendiente a materializar el objetivo inherente a obtener “Apertura del Mercado de la Televisión Abierta y Entrada de Nueva Oferta Televisa”, de lo cual deviene la reglamentación del –RUO–, que determina las siguientes condiciones a ser cumplidas por los potenciales proponentes, en el marco de la operación privada del servicio, específicamente en el anexo número dos de la misma (ANTV, 2012, pp. 16-20). En este se determinan como elementos

a ser objeto de evaluación y que no podrán ser considerados nuevamente dentro de la licitación en que potencialmente participen:

- a) Estructura organizacional de los participantes, basta con presentar el organigrama de quien aspira a la inscripción, en el que se evidencia la estructura y las funciones que se ejercerían frente a una potencial concesión.
- b) Capacidad financiera, deberán aportar los estados financieros de los dos últimos ejercicios fiscales, con los requisitos y excepciones de ley. Contar con un capital pagado de \$12.000.000.000.00, y el cumplimiento de los indicadores financieros relativos a liquidez, patrimonio y solidez.
- c) Equipos de los que se dispone, deberá demostrar que tiene el derecho de propiedad o de uso, frente a los mismos requeridos para el ejercicio de una futura concesión, (a través de contratos u otro medio de prueba de conformidad con la ley).
- d) Capacidad técnica y su experiencia y la de sus socios o accionistas mayoritarios o con capacidad de decisión en los aspectos fundamentales, específicamente producción de material audiovisual, programación de este material, prestación del servicio de televisión de radiodifusión o producción de televisión expresado en un mínimo de horas, equivalentes a su ejecución en más de un año.

## CONCLUSIONES

El proceso de selección de operadores privados para la prestación del servicio público de televisión con cubrimiento nacional debe generarse por disposición legal a través del mecanismo de selección de contratista de la Licitación Pública, por expresa consagración de los regímenes especiales de telecomunicaciones, de televisión, de espectro electromagnético y el general de contratación pública.

Los operadores incumbentes poseen de manera evidente una posición ventajosa frente a potenciales nuevos interesados, cuyas causas podrían constituir circunstancias discriminatorias de mercado, que han sido generadas y propiciadas, por las disposiciones contractuales y la inercia ante la efectividad de obtener el funcionamiento operación y servicio por parte de otros interesados, y nos referimos a circunstancias tales como: la cláusula de exclusividad pactada y que a hoy aunque no está vigente opera de hecho, la inversión ya efectuada en materia de infraestructura y el hecho de

que compartirla no es una obligación sino simplemente un evento que la ley posibilita, la ostensible ventaja del manejo y control de la pauta publicitaria y los negocios que ello implica, el mercado obtenido a la fecha en cuanto a audiencia y contenidos, la madurez de los modelos económicos de los operadores frente a un nuevo competidor.

## REFERENCIAS

- Acosta Joaquín. (2012). El Necesario Reconocimiento del Principio de Justicia Contractual. En *Revista Vía Inveniendi et Iudicandi*; documento extraído el 26 de octubre de 2016 de <http://revistas.usta.edu.co/index.php/viei/article/view/2892>
- Agencia Nacional de Contratación Pública. (25 de 10 de 2010). Detalle del Proceso Número CNTV-LP-002-2010. Adjudicación del Contrato de Concesión para la Operación y Explotación de un Tercer Canal de Televisión de Operación Privada de Cubrimiento Nacional, en las condiciones y términos que se determinan en el Pliego. (C. C. eficiente, Ed.) Bogotá, Colombia. Recuperado el 01 de Septiembre de 2015, de <https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=10-1-54504>
- Agencia Nacional de Contratación Pública. (16 de 09 de 2009). Detalle del Proceso Número CNTV-LP-001-2009 Tercer canal de televisión. <https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=10-1-54504>, Bogotá, Colombia: Colombia Compra Eficiente SECOP. Recuperado el 20 de Septiembre de 2015, de <http://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=09-1-42636>
- Agencia Nacional del Espectro -ANE-. (2013). <http://www.ane.gov.co>. Obtenido de <http://www.ane.gov.co/index.php/component/jdownloads/finish/3/680.html?Itemid=0>
- Agencia Nacional del Espectro ANE. (22 de 09 de 2014). <http://www.ane.gov.co>. Recuperado el 24 de Septiembre de 2014, de <http://www.ane.gov.co/index.php/conozcala-ane/que-es-el-espectro/que-es-el-espectro>
- Agencia Nacional del Espectro -ANE-. (22 de 09 de 2014). [www.ane.gov.co](http://www.ane.gov.co). Recuperado el 26 de Septiembre de 2014, de [www.ane.gov.co](http://www.ane.gov.co/cnabf/modulos/buscar_glosario_abc.php?letra=A&id=16): [http://www.ane.gov.co/cnabf/modulos/buscar\\_glosario\\_abc.php?letra=A&id=16](http://www.ane.gov.co/cnabf/modulos/buscar_glosario_abc.php?letra=A&id=16)
- Agencia Nacional del Espectro ANE. (26 de 09 de 2015). <http://www.ane.gov.co>. Recuperado el 05 de Octubre de 2014, de <http://www.ane.gov.co>: <http://www.ane.gov.co/index.php/2011-11-21-02-37-29.html>
- Atheortua Rios, C. A. (2006). *Servicios Públicos Domiciliarios, Proveedores y Regimen de Controles*. (primera ed., Vol. 1). Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia. Recuperado el 19 de febrero de 2015
- Autoridad Nacional de Televisión. (2012). *Respuestas a Comentarios del Sector a la Propuesta del Registro Unico de Operadores RUO del servicio de TV*. Bogotá: Coordinación Normatividad Protección y Promoción.
- Autoridad Nacional de Televisión ANTV. (12 de 12 de 2012). [http://www.antv.gov.co/sites/default/files/121210\\_docrespuestas\\_ruo.pdf](http://www.antv.gov.co/sites/default/files/121210_docrespuestas_ruo.pdf). Obtenido de Autoridad Nacional de Televisión: [http://www.antv.gov.co/sites/default/files/121210\\_docrespuestas\\_ruo.pdf](http://www.antv.gov.co/sites/default/files/121210_docrespuestas_ruo.pdf)

- Autoridad Nacional de Televisión. ANTV.Coordinación de Normatividad, Promoción y Protección. (12 de 12 de 2012). *Agenda estrategica 2013. I*, 22. Bogotá, Colombia: Coordinación de Normatividad, Promoción y Protección. Recuperado el 26 de Junio de 2015, de [www.antv.gov.co/sites/default/files/121224\\_agendaestrategica\\_antv\\_2013.pdf](http://www.antv.gov.co/sites/default/files/121224_agendaestrategica_antv_2013.pdf)
- Autoridad Nacional de Televisión. (03 de 12 de 2012). *Agenda estrategica 2012* Autoridad Nacional de Televisión. 16. Bogotá, Colombia: Coordinación de Regulación y Normativa. Recuperado el 24 de Enero de 2015, de [http://www.antv.gov.co/sites/default/files/resolucion\\_202\\_de\\_2012\\_ruo.pdf](http://www.antv.gov.co/sites/default/files/resolucion_202_de_2012_ruo.pdf)
- Banca de inversión Equity Investment S.A. (2006). *Informe de Consultoría*. Bogotá: Contrato 062.
- Banco de la República.Subgerencia Cultural. (2015). *Los medios de comunicación audiovisual*. Obtenido de [www.banrep.gov.co](http://www.banrep.gov.co): [http://www.banrepultural.org/blaavirtual/ayudadetareas/comunicacion/medios\\_audiovisuales](http://www.banrepultural.org/blaavirtual/ayudadetareas/comunicacion/medios_audiovisuales)
- Carreño Rodríguez, C. B. (1995). *El nuevo aire de la Televisión en Colombia: Entre la libertad y la Incertidumbre*. Bogotá.: Facultad de Comunicación y Lenguaje de la Pontificia Universidad Javeriana.
- Carreño Rodríguez, C. B. (1995). *El nuevo aire de la Televisión en Colombia: Entre la libertad y la Incertidumbre* (Vol. 1). (U. Javeriana, Ed.) Bogotá: Facultad de Comunicación y Lenguaje de la Pontificia Universidad Javeriana. Recuperado el 30 de Abril de 2015
- Castro Cuenca, C. G., García López, L. F., & Martínez Vargas, J. (2010). *La Contratación Estatal. Teoría General. Perspectiva Comparada y Regulación Internacional* (Primera ed., Vol. 1). Bogotá: Editorial Universidad del Rosario. Centro de Recursos de Apoyo al aprendizaje y a la Investigación. Recuperado el 1 de 12-06 de 2014-2015
- Comisión de Regulación de Comunicaciones. (23 de 03 de 2012). *Resumen Ejecutivo "Diagnóstico del sector de televisión de Colombia y consulta pública para una agenda convergente"*. Bogotá: CRC.
- Consejo de Estado. (20 de 11 de 2003). <http://consejodeestado.gov.co>. (Relatoria, Ed.) Recuperado el 15 de Octubre de 2014, de <http://consejodeestado.gov.co/documentos/sentencias/47001233100020110000602.pdf>
- Consejo de Estado. (19 de 07 de 2001). Concepto Jurisprudencial Sobre la Licitación Pública como Mecanismo de Selección de Contratista Radicación 11001-03-26-000. Bogotá, Colombia: Relatoria. Recuperado el 23 de Agosto de 2014, de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal.jsp?i=13311>
- Coordinación de Normatividad, Protección y Promoción ANTV. (1 de 10 de 2012). *Reglamentación del registro Único de Operadores RUO del Servicio de Televisión. I*, 44. Bogotá, Colombia. Recuperado el 26 de Diciembre de 2014, de [www.antv.gov.co](http://www.antv.gov.co): [http://www.antv.gov.co/sites/default/files/121003\\_docregulatorio\\_ruo.pdf](http://www.antv.gov.co/sites/default/files/121003_docregulatorio_ruo.pdf)
- Coordinación de Regulación, Relaciones de Gobierno y Asesoría CRC. (01 de 07 de 2015). *Simplificación Normativa para Promover la Competencia y la Inversión*. Documento Final de Análisis. I, I, 23. Bogotá, Colombia: Coordinación de Regulación, Relaciones de Gobierno y Asesoría CRC. Recuperado el 2 de Noviembre de 2015, de [www.crcm.gov.co/uploads](http://www.crcm.gov.co/uploads)

- Corte Constitucional. (14 de julio de 2010). Concepto legal sobre la aplicacion del articulo 72 de la ley 1341 de 2009. En cuanto se debe garantizar la pluralidad de interesados y la maximizacion de r3recursos y otros demas inherentes al sevicio de television. 63. Bogotá, Colombia: Relatoria. Recuperado el 10 de 02 de 2015, de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/c-570-10.htm>
- Corte Constitucional. (14 de 07 de 2010). *www.corteconstitucional.gov.co*. Recuperado el 24 de Noviembre de 2014, de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/c-570-10.htm>
- Corte Constitucional. (19 de 03 de 2014). Pronunciamiento sobre las normas de proteccion a la libre compentencia y libertad económica. 52. Bogotá, Colombia: Relatoria. Recuperado el 16 de marzo de 2015, de <http://www.corteconstitucional.gov.co>: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-172-14.htm>
- Corte Constitucional. (27 de 05 de 2010). *Sentencia modulativa*. Recuperado el 12 de febrero de 2015, de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/C-403-10.htm>
- Corte Constitucional. (08 de 05 de 2013). Concepto sobre libertad economica y libre competencia. 45. Bogotá, Colombia. Recuperado el 22 de Marzo de 2015, de [www.corteconstitucional.gov.co](http://www.corteconstitucional.gov.co): <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/c-263-13.htm>
- Dallos Jabbour, G. A. (2014). *El ABC de la selección objetiva en la asignación del espectro radioelectrico con pluralidad de interesados*. (Vol. 1). Bogotá, Colombia: Zetta Comunicaciones S.A. Procuraduría General de la Nación. Recuperado el 16 de enero de 2015.
- Dávila Vinueza, L. G., & Neyva Morales, A. I. (2015). *Contratación Administrativa. Decreto 1082 de 2015. Decreto de Unificación Régimen Reglamentario del Sector Administrativo de PLaneación Nacional* (1 ed., Vol. 1). Bogotá, Colombia: Grupo Editorial Ibañez. Recuperado el 10 de Enero de 2015
- Departamento Nacional de Planeación DNP. (09 de 06 de 2015). Bases Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018. Todos por un Nuevo Pais. Ley 1753 de 2015. 793. Bogota, Colombia: DEpartamento Nacional de Planeación. Coordinación de Comunicaciones y Relaciones Públicas. Recuperado el 26 de Julio de 2015, de [www.dnp.gov.co](http://www.dnp.gov.co): <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Prensa/Bases%20Plan%20Nacional%20de%20Desarrollo%202014-2018.pdf>
- Departamento Nacional de Planeación-DNP. (2010). Bases del Plan Nacional de Desarrollo 2011-2014 Prosperidad para Todos.Más empleo,menos pobreza y mas seguridad. y Ley 1450 de 2011. I, I, 861. (G. Celis Sarmiento, Ed.) Bogotá, D.C , Colombia, Colombia: Departamento Nacional de Planeación. Grupo Comunicaciones y Relaciones Públicas. Recuperado el 6 de Agosto de 2014, de <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/PND/Bases%20PND%202010-2014%20Versi%C3%B3n%205%202014-04-2011%20completo.pdf>
- Dromi, J. R. (1985). *La licitación pública* (Vol. 2a Edición). Buenos Aires, Argentina: Astrea.
- Elink, P. (2002). *Tratado de Defensa de la Libre Competencia. Legislación Doctrina y Jurisprudencia Regulatoria de la Libre Competencia*. Lima: Fondo editorial de la Pontificia Universidad católica del Perú.

- Elink, P. (2002). *Tratado de Defensa de la Libre Competencia. Legislación Doctrina y Jurisprudencia Regulatoria de la Libre Competencia* (Vol. 1). Lima, Perú: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Recuperado el 1 de Agosto de 2015
- Dromi, J. R. (1985). *La licitación pública* (Vol. 2a Edición). Buenos Aires, Argentina: Astrea. Recuperado el 21 de Septiembre de 2015
- Fajardo Muriel, A. (2003). *Nueva Realidad jurídica de las Telecomunicaciones en Colombia. En: Lecciones en Materia de Telecomunicaciones* (primera ed., Vol. 1). Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia. Recuperado el 25 de Marzo de 2015.
- Fandiño Jorge. (2011) Regulación y distribución de riesgos en los contratos de concesión de obra e infraestructura de transporte en *Revista Verba Iuris*. Documento extraído el 8 de septiembre de 2016 de <http://www.unilibre.edu.co/verbaiuris/26/regulacion-y-distribucion-de-riesgos-en-los-contratos-de-concesion-de-obra-e-infraestructura-de-transporte.pdf>
- González López, E. (2010). *Comentarios a la Ley de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones* (primera ed., Vol. 1). Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia. Recuperado el 20 de Enero de 2015.
- Laso, E. S. (1940). *La licitación Pública*. (B. d. Sociales, Ed.) Montevideo, Uruguay.
- Laso, E. S. (1940). *La licitación Pública*. Montevideo, Uruguay: Biblioteca de publicaciones oficiales de la Facultad de Derecho. Recuperado el 27 de Agosto de 2015.
- Llaneza González, P. (2002). *Nuevo Marco Regulatorio de las Telecomunicaciones* (Primera ed.). Barcelona, España: BOSCH.
- Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. (12 de 04 de 2012). Obtenido de [www.mintic.gov.co](http://www.mintic.gov.co): <http://www.mintic.gov.co/portal/604/w3-article-3546.html>
- Miranda Londoño, A. (1997). *Abuso de la Posición Dominante. Perspectivas de la Aplicación en Colombia a la luz del Derecho Comparado* (Vol. 1). Bogotá, Colombia: Centro de Estudios de Derecho de la Competencia. Recuperado el 12 de marzo de 2015
- Miranda Londoño, A. (1 de 11 de 2003). El Derecho de la Competencia en el Servicio Público de Televisión. *I*, 35. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia. Recuperado el 24 de Noviembre de 2014, de [www.uexternado.edu.co/derecho/pdf/derecho\\_telecomunicaciones/competencia:television.pdf](http://www.uexternado.edu.co/derecho/pdf/derecho_telecomunicaciones/competencia:television.pdf).
- Moreno Molina, J. A. (2006). *Los principios Generales de la Contratación de las Administraciones Públicas* (Vol. 1). Navarra, España: Bormazo Albacete. Recuperado el 26 de Octubre de 2014
- Organizacion Internacional de Telecomunicaciones-ITU-. (12 de 02 de 2014). Portal de la UIT .Organismo especializado de las Naciones Unidas para las Tecnologías de la Información y la Comunicación – TIC. Ginebra, Suiza. Recuperado el 18 de febrero de 2015, de [www.itu.int/es](http://www.itu.int/es): <http://www.itu.int/es/about/Pages/default.aspx>
- Pérez Ramírez, B., & Carrillo Benito, E. (2000). *Desarrollo Local. Manual de Uso*. Madrid, España: ESIC.

- Pérez Luño, A. E. (2005). *Dimensiones de la Igualdad* (2a ed.). Madrid, España: Dykinson S L Melendez Valdez. Recuperado el 30 de Agosto de 2015.
- Pérez Ramírez, B., & Carrillo Benito, E. (2000). *Desarrollo Local. Manual de Uso* (Vol. 1). (A. Universidad Nacional, Ed.) Madrid, España: ESIC. Recuperado el 26 de Junio de 2015.
- Santofimio, J. O. (2010). *El Contrato de Concesión de Servicios Públicos. Coherencia con los Postulados del Estado Social y Democrático de Derecho en aras de su Estructuración en Función del Interés Público*(Tesis Doctoral). Bogotá: Gatafe.
- Tapias Perdigon, C. (2000). *Aspectos Prácticos de la Contratación Pública. Ley 80 de 1993 explicada y comentada. Solución a inquietudes frecuentes*. (1 ed., Vol. 1). Bogotá., Colombia.: Casa Editorial Grupo Ecomedios. Recuperado el 18 de Julio de 2014.
- Unión Internacional de Telecomunicaciones UIT. (s.f.). *Manual Comprobación Técnica del Espectro*. (F. Rancy, Ed.) Ginebra, Suiza: Oficina de Radio Comunicaciones. División ventas y Comercialización. Recuperado el 14 de Abril de 2015, de [www.itu.int/es](http://www.itu.int/es): <http://www.itu.int/es/about/Pages/overview.aspx>
- Unión Temporal Correval-CGI, . (2008). *Modelo de valoración y análisis de riesgos*. Bogotá: Contrato 052.
- Universidad de Alcalá. (s.f.). <http://www3.uah.es/bibliotecaformacion/BPOL/FUENTESDEINFORMACION>. Recuperado el 26 de noviembre de 2015, de Biblioteca Universidad de Alcalá: [http://www3.uah.es/bibliotecaformacion/BPOL/FUENTESDEINFORMACION/normas\\_tcnicas.html](http://www3.uah.es/bibliotecaformacion/BPOL/FUENTESDEINFORMACION/normas_tcnicas.html)

FANTASMAS, TRAUMA  
Y MEMORIA EN COLOMBIA:  
UNA CONSIDERACIÓN DESDE EL CINE Y LA LITERATURA<sup>1</sup>

DAVID VALENCIA VILLAMIZAR<sup>2</sup>



WILLIAM BLAKE (1757-1827), *espectro de una pulga* (*The ghost of a flea*, 1819-1820).

- 
- <sup>1</sup> Este texto es producto del proyecto de investigación “Historia, Cultura y Derecho” adscrito al Centro de Investigaciones Francisco de Vitoria de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás. Fue discutido en el XVII Congreso Colombiano de Historia en octubre de 2015 y hace parte de los avances de investigación del Grupo Socio-Humanística del Derecho (Colciencias categoría D) de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás.
- <sup>2</sup> Doctor en Historia Universidad Nacional de Colombia. Profesor e Investigador de la Universidad Santo Tomás. Correo Electronico: davidvalencia@usantotomas.edu.co

## DISEÑO METODOLÓGICO Y PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Así como se habla de la “voz” de los muertos recogida por el historiador (Joutard), reconstruida a través de documentos u otros signos, así desde autores como S. Freud, J. Derrida y S. Zizek, esta ponencia se interroga acerca de la *sobrevivencia a la propia muerte* (simbólica) como ocurre con las víctimas o aquellos que han sufrido un trauma o severa ruptura del orden simbólico.

En este caso el historiador se topa con la intrusión brusca de un Real debatido entre obscuro y francamente ridículo, siempre inefable, amenazante, *unheimlich*<sup>3</sup>. Este Real asumiría la brumosa silueta del fantasma. Se visualizará esto desde el cine de horror no solo como fuente visual o archivo cinematográfico que el historiador puede consultar, sino desde la ontología misma de las imágenes-movimiento que propone Gilles Deleuze en sus estudios sobre cine.

Vale decir, el cine como matriz ontológica de la cual se derivan formaciones discursivas históricamente dadas. El cine como esa *episteme* de la que hablara Foucault, pero definida por su devenir, es decir, por su capacidad de mutación o transformación<sup>4</sup>.

Esta “sobrevivencia a la propia muerte” se cuestiona especialmente en un relato denominado histórico y autorizado para servir de referencia sobre los acontecimientos del pasado, y más ligado a una temporalidad lineal. Es decir, una temporalidad que excluye o *no ve* la aparición atemporal e intempestiva del espectro, ese momento que trastoca el orden temporal definido en la narrativa.

El caso de Hamlet es un ejemplo magnífico de estas ideas (Derrida 32-62). El fantasma, desde figuraciones psicoanalíticas, será entendido como

<sup>3</sup> Freud intentaría definir lo *unheimlich* como aquello situado en la bisagra entre lo familiar y lo desconocido. Traducido como ominoso o siniestro, implica una experiencia que confunde lo cotidiano y lo extraordinario, como en el ejemplar *Hombre de Arena* de E.T.A. Hoffman, relato usado como paradigma en estos aspectos.

<sup>4</sup> Aquí la noción de Voluntad de poder de Nietzsche, expresada como cristalización también en determinadas tablas de valores: “Una tabla de valores está suspendida sobre cada pueblo. Mira, es la tabla de sus superaciones, mira, es la voz de su voluntad de poder” (Nietzsche 99). Rompiendo esas fijaciones se aprecia el cine como devenir inagotable de imágenes movimiento, a partir del cual cobrarán consistencia narrativas históricas específicas (Deleuze).

la imposibilidad de situar en un estricto orden único los acontecimientos. Tal fantasma no se opone a una realidad “histórica”, sino que la estructura en lo imaginario.

Aquí la frase *time out of joint* que pronuncia al final del primer acto de la tragedia un melancólico Hamlet, pivota en ese cruce de temporalidades del trauma.

“The time is out of joint, el tiempo está *desarticulado*, descoyuntado, desencajado, dislocado, el tiempo está trastocado, acosado y trastornado, *desquiciado*, a la vez desarreglado y loco. El tiempo está fuera de quicio, el tiempo está deportado, fuera de sí, desajustado. (...) ¿Y cómo traducir “the time is out of joint”? Maligno o no un genio *opera*, resiste y desafía siempre a la manera de una cosa espectral” (Derrida 31-32).

Ese desajuste propicia la aparición tenebrosa al tiempo que es una consecuencia de la misma aparición tenebrosa. Es un tiempo de violencia, un ámbito crono-desmadrado en el que –en Hamlet– un hermano asesina a otro por ambición. Suscitando este evento<sup>5</sup> una maldición primigenia. Como en el relato bíblico del Génesis, el asesinato de Abel por Caín desata la primera gran maldición de Yahvé al género humano.

También en la novela homónima (traducida como “tiempo desarticulado”, 2012) que en 1959 publicara Philip K. Dick, y que además de ser un antecedente de la imprescindible película “Truman Show” (1998), se detiene en esa superposición de realidades que vive su protagonista. Vale decir, como al príncipe de Dinamarca, a Truman Burbank (interpretado por Jim Carey) y al protagonista de la novela de K. Dick, el tiempo se confunde por la irrupción súbita de un acontecimiento terrible. Sea lo que el fantasma de su padre revela a Hamlet, y que atmo-terroristamente lo lleva a hablar acerca de que “algo podrido hay en el reino de Dinamarca”, o la constatación de que el mundo de todos los días es en verdad un *reality show*, un gigantesco e inescapable montaje.

Lo anterior como punto de partida en una refiguración de la distinción que desde lo epistemológico escinde la narrativa histórica de la narrativa “así llamada de ficción”, especialmente en el caso de la narrativa cinematográfica,

---

<sup>5</sup> Como veremos en la cinta japonesa *The Ring*, en que el crimen engendra un magnético maleficio, todo un “video” en la expresión coloquial. La maldad cometida y no perseguida amplifica este desastre video-fónico, icónico y persecutorio.

separándolas con la certeza de una taxonomía científica hostil al espectro, al espacio ubicuo e inubicable de su epifanía.

Así en el reciente texto de Žižek (2014) titulado justamente “Acontecimiento” y que se aventura en las paradojas que genera un pensamiento del evento mismo. La clave va a ser la paradoja u aporía tremenda que cuestiona los límites biológicos y filosóficos atribuidos a la muerte como algo inexorable, porque definitiva e indecisamente penetrar en los dominios del muerto vivo (La pulsión o *Triebe* –drive– como un deseo vuelto sobre sí mismo) implica un desafío a esos marcadores temporales tenidos por absolutos.

La modernidad misma puede entenderse, entonces, como evento traumático. El surgimiento del Estado-Nación como colapso y catástrofe colectiva<sup>6</sup>, tales serían las primeras pistas sobre las cuales nos gustaría orientar nuestro análisis, ya que son las identidades culturales las que se hallan severamente deformadas con la irrupción del desastre. Con Lacan, sostenemos que en tales casos “la realidad está ahí sufriendo, está aguantada, a la espera” (Lacan 64).

Es la realidad de los excluidos y marginalizados en procesos colectivos de alteración radical del espacio socio-político la que “sufrir” allí, la que se halla suspendida y sin posibilidad de descansar o fijarse de manera definitiva. Semejante desajuste de la estructura psíquica además, y como en el caso del Estado, está unido al origen mismo del psicoanálisis: “¿no les parece notable que, en el origen de la experiencia analítica, lo real se haya presentado bajo la forma de lo que tiene de inasimilable -bajo la forma del trauma, que determina todo lo que sigue, y le impone un origen al parecer accidental?” (Lacan 63).

Pero, ¿cómo es que en el inconsciente es imposible simplemente descartar o reprimir un tipo de memoria adjetivada como traumática?, ¿qué principio rige las representaciones inconscientes?, ¿por qué allí las memorias no pueden sencillamente esfumarse?, ¿domarse o disciplinarse?

Como se expresa en el “malestar en la cultura”<sup>7</sup>, estas huellas mnémicas no solo permanecen sino que pueden volver en contextos radicalmente diferentes, como un asedio o una insistencia (im)propiamente *fantasmal* que

---

<sup>6</sup> Otra lectura sobre la genealogía de las formas modernas de dominación, con una discusión sobre contextos socio-políticos más actuales, puede consultarse en Arias (2014).

<sup>7</sup> “Habiendo superado la concepción errónea de que el olvido, tan corriente para nosotros, significa la destrucción o aniquilación del resto mnemónico, nos inclinamos a la concepción contraria de que en la vida psíquica nada de lo una vez formado puede desaparecer jamás;

no cuenta con el tiempo del calendario ni con el de los relojes. Entonces, ¿cómo ocurre tal cosa?, una idea al respecto la da el mismo Sigmund Freud en “Más allá del principio del placer”, en un audaz cuestionamiento a la universalidad de los *a priori* kantianos, siempre desde su experiencia clínica, Freud sostiene que en el inconsciente los eventos no se eslabonan cronológicamente, ni se siguen o hilan de acuerdo a una temporalidad lineal, el destronamiento de esas políticas temporales como meta-relatos intrínsecamente verdaderos o dados de antemano no deja de ser un gesto sumamente sugerente y provocador:

“El principio kantiano de que el espacio y el tiempo son dos formas necesarias de nuestro pensamiento, hoy puede ser sometido a discusión como consecuencia de ciertos descubrimientos psicoanalíticos. Hemos visto que los procesos anímicos inconscientes se hallan en sí “fuera del tiempo”. Esto quiere decir, en primer lugar, que no pueden ser ordenados temporalmente, que el tiempo no cambia nada en ellos y que no se les puede aplicar la idea de tiempo” (Freud 1107).

En una rara suspensión contra-temporal o paradójicamente cronológica, estas memorias no-muertas divagan por fuera de los registros cronológicos de la idea lineal de tiempo moderna, de ahí el peligro, pero también la estupefacción acerca de la repetición de escenas traumáticas “más allá del principio del placer”, esto es, rebasando la consecución de placer como meta suprema del organismo vivo, también en sus procesos psíquicos y especialmente inconscientes. Así entendemos ese “real” lacaniano que durante la experiencia traumática daña o menoscaba el orden simbólico, su irrupción amenaza radicalmente las coordenadas cognitivas básicas de los individuos, memorias huidizas e intransigentes, de las que, así se quiera, no se puede voluntariamente prescindir.

En últimas, la ponencia busca una reconsideración, valiéndonos de las voces Zizek (2006) sobre la visión *en paralaje* entre lo virtual y lo real, de la plantilla de temporalización que establece como inamovibles ciertas demarcaciones, particularmente la manera como el historiador usa algunos mapas pre-conceptuales (Hayden White, *Metahistoria*) o marcos lógicos para darle consistencia al relato, al *fantasma* diríamos si la historiografía derivada de la epistemología de la modernidad no pretendiera exorcizar (de manera sospechosa y siempre *sintomática*) al fantasma, excluyendo la

---

todo se conserva de alguna manera y puede volver a surgir en circunstancias favorables, como, por ejemplo, mediante una regresión de suficiente profundidad” (Freud 5).

ficción hiper-real de su presencia de la imagen consolidada de historia<sup>8</sup>. Allí donde el significado usualmente otorgado a los fantasmas, no pasa de ser una rareza psicologizada, un episodio en la historia de las supersticiones o de las creencias “subjetivas”. Olvidando o simulando olvidar que *el fantasma está en el origen de cualquier aproximación al pasado*, el espectro es el relato y la indecisión del relato, su “fidelidad” a los “hechos” y la deformación perspectiva siempre presente en cualquier narración histórica<sup>9</sup>.

#### DIFICULTAD DE PENSAR LA PAZ EN CONTEXTOS DE VIOLENCIA POLÍTICA COMO COLOMBIA



*La Patasola, leyenda popular colombiana*

- 
- <sup>8</sup> Construir una aproximación hermenéutica a la historicidad como práctica argumentativa, es el objetivo del texto de Carreño (2015). La razonabilidad política y la razonabilidad jurídica son confrontadas para brindar un soporte epistemológico desde las teorías de la argumentación.
- <sup>9</sup> Una profundización de estos aspectos narrativos y el perspectivismo que conlleva en la elaboración del relato histórico la encontramos en Carreño y Valencia (2016), particularmente en el apartado sobre la construcción historiográfica de los referentes nacionales a finales del siglo XIX en Colombia.

Aquí hablamos de “paz imposible” refiriéndonos específicamente a las memorias traumatizadas de las víctimas<sup>10</sup>. Si un estribillo de toda ceremonia fúnebre se refiere a la “luz perpetua” y el “descanso en paz”, lo que sostenemos acá es la imposibilidad, a nivel de psicología social, de lograr esta paz<sup>11</sup>. Desde el ámbito de la historia nos interesamos por la forma como la memoria de las víctimas del conflicto armado<sup>12</sup>, por ejemplo, se halla perturbada de tal forma que lo que el psicoanálisis llama el “asedio del fantasma”, exige un modo de reflexión historiográfica especial. Ligado a este tema de escritura de la historia se halla un asunto de filosofía de la temporalidad, vale decir, un cuestionamiento desde el tema psicoanalítico del fantasma a los modos de concebir la temporalidad en el relato histórico. La principal crítica será la validez otorgada a la linealidad en la forma de ordenar los acontecimientos del pasado, como hemos venido afirmando.

Si el título mismo del Congreso de Historia invita a pensar en la cimentación de una cultura de paz en Colombia, de la mano de coyunturas como las negociaciones con las Farc en La Habana, proponemos enriquecer estos debates al tener en consideración la experiencia traumática o de severa dislocación simbólica de las víctimas. No sostenemos que sea imposible el logro de la paz, sobre todo si se relaciona esta con la firma de un acuerdo político, sino que es a nivel de memorias sociales que debe re-enfocarse el debate. *Son estas memorias las que no se hallan en paz*. Añadiéndole a esto que la impunidad intensifica el asedio espectral de estas memorias del

---

<sup>10</sup> Una posible aproximación, desde la disciplina histórica sería esta: “el trauma cultural ocurre cuando los miembros de una colectividad sienten que han sido sometidos a un acontecimiento espantoso que deja trazas indelebles en su conciencia colectiva, marca sus recuerdos para siempre y cambia su identidad cultural en formas fundamentales e irrevocables” (Ortega 125).

<sup>11</sup> Para una discusión más pormenorizada de este asunto vale la pena reseñar el trabajo de la Dra. Mariela Inés Sánchez (2015) que aborda la problemática de construcción de la cultura de paz en Colombia. Resaltando el asunto de la violencia cultural se propone un acercamiento desde la psicopedagogía a este núcleo problemático.

<sup>12</sup> La tensión entre memoria y olvido se aprecia en esta cita del estudio introductorio a *Trauma, Cultura e Historia*: “Ahora, en el caso del recuerdo traumático existe, en adición, un infructuoso esfuerzo por olvidar. Precisamente por ello, allí es donde se necesita olvidar más vehementemente y donde el poder y la complacencia demandan de manera más insistente el olvido; allí es donde el sujeto, fracturado, traumatizado, quiere encontrar un alivio en el olvido, allí acaece de manera más patente la memoria, aun cuando sea de manera disimulada” (Ortega 42).

pasado. Incluso desde la tragedia clásica, como se evidencia en la Orestíada de Esquilo, por ejemplo, sabemos que la sangre derramada clama por venganza, los crímenes no castigados intranquilizan la psique colectiva, asediándola desde esa dimensión espectral con una fuerza extraña e infatigable.

Jacques Derrida en *Espectros de Marx*, propone toda una perspectiva o espectrología para acercarse a esta clase de problema. Lo primero que habría que decir es que el fantasma no es únicamente una creencia supersticiosa en la supervivencia de los muertos, especialmente aquellos que han muerto de forma violenta, sino aquello que estructura la visión de realidad que se tiene en un momento histórico determinado.

Nuestro punto de vista, entonces, a partir de estas ideas propone una aproximación especial a estas memorias traumatizadas en las que se incuban creencias populares y sensibilidades que determinan una concepción de los acontecimientos del pasado ligada a lo que en las Tesis de Filosofía de la Historia, Walter Benjamin llamaba el *ángelus novus*. Su frase “ni los muertos estarán a salvo si el enemigo vence”<sup>13</sup> nos ubica en la sensibilidad que emana de una visita a estos estados de shock social y los modos de representarla al interior de la narración histórica.

Abordaremos tres ejemplos para materializar estas intuiciones, aclarando que aquí la “materialidad” se refiere a esa suerte de ectoplasma inasible y pegajoso del fantasma. O al efecto de estática indecible entre presencia y ausencia que asume el espectro particularmente en la película *The Ring* de Hideo Nakata.

Si la frase “Un fantasma recorre Europa” se ha hecho slogan ineludible, en lo que sigue ese fantasma parpadea como una suerte de glitch<sup>14</sup> que pone en cuestión las categorías básicas que orientan la labor del historiador. Como si en palabras de Hayden White, el campo de figuración preconceptual ondulara y de repente los regímenes de visión funcionaran mal, o el software fuera infectado por un virus informático de rara e inubicable procedencia<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> Una discusión detallada de esta posición historiográfica puede verse en *El Ángel de la Historia* de Stéphane Mosès.

<sup>14</sup> Ver nota 14.

<sup>15</sup> Este llamado virus tiene relevancia en la reflexión historiográfica porque puede llegar a indistinguir la diferencia entre real e imaginario, o verdad y ficción en la trama del

El primer ejemplo será la película *Solaris* de Andrei Tarkovski, basado en la novela homónima de Stanislaw Lem. El segundo apartado seguirá las provocaciones de Philip K. Dick en su novela *UBIK*, y de la cual a pesar de rumores que apuntan a Terry Gilliam o a Michel Gondry como directores, no existe aún una versión cinematográfica. Y por último *The Ring* (traducida como *El Aro*, Hideo Nakata, 1998) será el espejo negro, como en la lúcida e imprescindible serie de televisión británica “*Black Mirror*”, en el que atisbaremos el espanto del fantasma y sus repercusiones en la epistemología y la filosofía de la historia.

### 1. EL CASO DE LA CIENCIA FICCIÓN



Alegoría del Revenant o Redivivo, Memoria del trauma que siempre retorna.

---

relato: “hoy día, el cine está profundamente marcado por esas huellas de lo real y las hace transitar por el cuerpo, porque ha levantado la prohibición que pesaba sobre los referentes fuertes, diluyendo así los límites entre lo real y lo imaginario” (Imbert 92).

Partiremos de *Solaris*, un filme experimental del cineasta ruso Andrei Tarkovsky (1972), para adelantar una reflexión crítica sobre el modo cómo se rememoran acontecimientos del pasado tanto por parte de Kris Kelvin el protagonista, como por parte del historiador. Comenzaremos señalando las torsiones que sufre la línea cronológica que viven los habitantes de la estación espacial *Solaris*. Tal como aparece en la carátula de la compilación de “Historias de Fantasmas” la fallecida esposa del protagonista surge de la nada como un ser sufriente, una suerte de memoria traumatizada, una proyección atormentada de la psique de Kris Kelvin. Este relato es ejemplar en cuanto la revisita de este fantasma alude de manera directa al trauma sufrido por su suicidio.

Subtitulamos “El castigo deseante” haciendo eco de la irónica frase – atribuida a Oscar Wilde– “cuando los dioses quieren castigar a los hombres, les conceden sus deseos”, ya que eso es justamente lo que le ocurre al protagonista, Kris vuelve a ver a su amada muerta, pero su reaparición se torna insufrible. Slavoj Žižek había hablado que algo peor que la no realización de un deseo, es su cumplimiento exacto, *esto recibe el nombre de pesadilla*. El regreso de Hari –la esposa– destruye las coordenadas simbólicas del psicólogo, quien al ver materializada quizá su máxima fantasía, simultáneamente se ve confrontado con el horror más grotesco. El fantasma, una suerte de animación de neutrinos sostenida por la inteligencia inescrutable del mar de *Solaris*<sup>16</sup>, *no se va nunca*. Resiste tercamente en su presencia insoportable, también bella y alucinatoria, pero en todo caso de índole trastornante e indefinible.

Incluso las interpretaciones animistas son escarnecidas en estos términos: “¡Demonomanía primaria! El planeta gobernado por un enorme demonio, que satisface las exigencias de un humor satánico enviando súcubos a los miembros de una expedición científica” (Lem, 88).

El acontecimiento violento del suicidio de su esposa marca en la memoria de Kelvin un duelo imposible, como nos proponía reflexionar Freud en “Duelo y Melancolía”, allí donde la estructura psíquica del sujeto se desencaja ante la erupción súbita de un dolor insoportable, con lo cual la linealidad

---

<sup>16</sup> Al respecto, dice la novela: “no son individuos autónomos, ni copias de personas reales. No son más que proyecciones cerebrales materializadas, que se refieren a un cierto individuo” (Lem 120).

temporal tiembla y el modo en que el sujeto elabora la autobiografía de su vida se hace insufrible, y es este trastorno el que tematizamos aquí. En una suerte de visión de paralaje (Zizek, 2006) proponemos emparentar esta imposibilidad de narrar de forma secuencial los sucesos dolorosos, en este caso el suicidio de la esposa con la sensación que experimenta el historiador frente a acontecimientos como la violencia en Colombia.

En el informe del Centro de Memoria Histórica (2013) se narran opresivos testimonios de víctimas del conflicto, igualmente atrapados por la aparición fantasmal de sus seres queridos, ya no de forma literal como en el film de Tarkovsky, pero sí como parte de un trastorno traumático que imposibilita continuar con el relato auto-biográfico de sus propias vidas<sup>17</sup>.

---

<sup>17</sup> Este testimonio recogido en el municipio de Viotá Cundinamarca conjuga el tema de la muñeca espectral, el arte de Doris Salcedo (Bogotá 1958), la narrativa atroz y el asunto de las memorias condenadas: “En varias entrevistas, he escuchado a Doris Salcedo decir que todas sus obras parten de un testimonio, y justo allí, con esta indicación, un desfile de recuerdos me deja inquieta y pensativa. Recuerdo, por ejemplo, la historia de la muñeca descabezada que encontró una niña de La Palma, luego de volver a su casa tras abandonarla debido a que un grupo de paramilitares se tomó la vereda donde ella vivía. Luego del horrible hallazgo, la niña descabeza a cada muñeca que le regala su madre, quizá, en un intento de aliviar el dolor y la rabia fruto de la pérdida de su hijita imaginada. También acude a mi memoria la historia de don Pepe, hombre de unos cincuenta años que llego a Viotá desplazado por la violencia del Urabá antioqueño; del caserío prospero donde vivía no quedó ni el rastro. La violencia convirtió a la pequeña población en un caserío fantasma donde no es posible *acercarse porque los muertos no enterrados todavía andan por ahí y asustan*. La historia de Simón no es menos trágica y escabrosa: el niño, de apenas cinco años, vio como unos uniformados les arrancaban la vida a su madre y a su padre, asesinándolos y dejando sus cuerpos como carroña para los chulos” (Pineda 179-180, cursiva añadida).

## 2. PHILIP K. DICK Y LAS TEMPORALIDADES TRASLAPADAS



Representación medieval de un diálogo entre muertos y vivos.

La frase “yo estoy vivo y ustedes están muertos” de la novela *Ubik*, además usada por Emmanuel Carrère para titular la biografía de este autor norteamericano<sup>18</sup> (2002), sirve como motivo en esta segunda parte, para proponer una línea de reflexión en la que la experiencia límite entre la muerte y la vida es determinante.

Fascinado con la idea de los Universos Paralelos, Philip K. Dick (1928-1982), fabula un mundo en el que por virtud de la criogenia avanzada, el cuerpo de las personas gravemente heridas o terminales puede mantenerse en una semi-vida aunque sus signos vitales se encuentren severamente debilitados. Como en el apartado anterior, la explicación es científica, situándose deliciosamente dentro del canon de la ciencia-ficción especulativa, y no recurre a creencias “fantásticas” para explicar esta forma de vida residual que equiparamos a la no-muerte del fantasma.

<sup>18</sup> De relevancia para esta ponencia resulta el capítulo 13 de esa biografía, titulado sugestivamente “donde viven los muertos” (Carrère 158-175) y que interseca el análisis de *Ubik* con las experiencias de Philip K. Dick durante ese período de su vida.

Los protagonistas son un equipo de psíquicos que se encuentran en la luna en una misión especial para neutralizar los “campos psíquicos invasores” de un grupo de telépatas rivales. Convencidos de la muerte de su jefe, notan cómo su mundo sufre un proceso de reversión temporal que involucra la putrefacción y en general la regresión de artículos y bienes de consumo.

Solo UBIK, producto en forma de aerosol, puede detener los efectos pasmosos de esa suerte de “pulsión de muerte” que los asedia. Lo importante para nosotros es esa suerte de vida residual que hace que la narrativa histórica se bifurque.

Decimos bifurcación porque paulatinamente los protagonistas descubren que el mundo que daban por descontado es una proyección de sus cerebros agonizantes conectados a una máquina especial. Se trata de varios universos fantasmáticos interconectados y en competencia. Resaltamos el asunto de las temporalidades en regresión ya que, la narrativa se debate entre la fijación de un presente esquivo y la imposible estructuración de lo que ocurre en un único cronograma: “Esto encaja, se dijo Joe. Naturalmente que su capacidad de desplazarse en el tiempo ya no actúa. En realidad no estamos en 1939; *estamos totalmente fuera del tiempo* (...). Los grafitis decían la verdad: estamos en la semivida” (Dick, *Ubik* 233, cursiva añadida).

Nuevamente es el trauma el que desencadena esta proliferación de experiencias temporales incompatibles. Ya en *Tiempo de Marte* (Martian Time-slip) del mismo autor, se apreciaba esta superposición de realidades en la que se jugaban velocidades de percepción y por tanto relatos históricos diferentes y excluyentes. En el caso de la novela ambientada en marte, esto opera en una esquizofrenia como alteración de la velocidad sensible del protagonista: “ahora comprendo qué es la psicosis: una alienación total de la percepción respecto de los objetos del mundo exterior (...) Es la detención del tiempo. El fin de la experiencia, de cualquier cosa nueva. Una vez que una persona se vuelve psicótica, ya nunca le ocurrirá nada” (Dick, *Tiempo* 164-165).

Esta detención temporal es emparentable con el congelamiento del flujo de los acontecimientos derivado del surgimiento espectral. Los tiempos se desencajan o se detienen en ese instante fuera de la sucesión de los instantes.

La exploración es muy profunda en los modos como la enfermedad mental es capaz de desarreglar categorías básicas, particularmente en ese *time-slip* o deslizamiento temporal que superpone visiones de varios protagonistas, haciendo difícil, desde el punto de vista histórico, consolidar una versión oficial de los “hechos”.

En *Ubik*, ese *time-slip* también a manera de *glitch* va deteriorando objetos en una regresión que emparentamos con la muerte mista, proceso de entropía generalizada solo controlable gracias a *Ubik*, ese aerosol mágico que podría asemejarse al intento del historiador por fijar en la escritura la evanescencia connatural del tiempo, y más cuando el punto cero es una dislocación radical en la experiencia de los protagonistas, como hemos venido sosteniendo.

De lo anterior se deriva que la línea cronológica que creían vivir los psíquicos antes del trauma es una cierta “fantasía estabilizadora”. Sobre esto nos había dicho el teórico de la historia Keith Jenkins: “Así, la historia de la Tradición Occidental, viviendo a la sombra de Platón, ha sido abrumadoramente la historia de diversas articulaciones de semejante fantasía estabilizadora, a guisa de verdades eternas expresadas ahora en las ya familiares mayúsculas” (Jenkins 52-53). Esa multiplicidad es descrita vertiginosamente en la obra de K. Dick.

En *Ubik*, como en la película *Sexto Sentido* con Bruce Willis (1999) o el film de Alejandro Amenábar “*Los Otros*” (2001), *los sujetos no saben que están muertos*, ignoran que la consistencia de su mundo ha estallado como fina burbuja, y lo que queda en una existencia umbrátil en la que los referentes más básicos se han perdido para siempre. ¿Pero acaso no es esta la definición de “condición posmoderna” de Jean François Lyotard?, ¿la orfandad respecto a los grandes metarrelatos abrigadores, justificadores, racionalizadores? Esos criterios de verdad, en tanto esquemas mentales del historiador, dan solidez a una narrativa colectiva de los eventos del pasado.

Clave para resaltar de *Ubik*, es que el fantasma no es una rareza aislada, sea en una base espacial como *Solaris* o en una propagación video-viral en *The Ring*, sino un modo de semi-vida social, es decir colectivo. Por lo cual en esta novela se aprecia con intensidad el corrimiento o desleimiento de los límites narrativos y temporales. Esto implicando también un severo des-posicionamiento de la idea occidental de historia:

La historia ha sido tan fuerte en la formación de nuestra cultura, tan central fue su lugar en el “experimento de la modernidad” burgués y proletario, que casi parecería que la historia es un fenómeno natural: siempre hay un pasado, y por tanto nada más natural que existan historias de él. Pero, por supuesto, la historia no es en absoluto un fenómeno natural ni tiene nada de eterno. En una cultura, nada cultural es, por definición, “natural”; por consiguiente, ningún discurso es sino un fenómeno contingente. Por tanto, no hay necesidad de pensar que el tiempo necesita ser expresado históricamente (Jenkins 27).

Esta expresión no histórica del tiempo es la que sentimos en los caleidoscópicos entornos de *Ubik*, un encabalgamiento espectral de cronologías que revela la historia oficial como fenómeno contingente y aporético. Trazando un mapa de posibilidades *intensivas* o modos *no pulsados* (Deleuze) de la temporalidad. Sobre todo si un ojo se ensancha para engullirlo todo, como temblorosamente exploraremos en el tercer apartado.

### 3. EL ESPECTRO COMO *GLITCH*<sup>19</sup>



Espectro de pesadilla, simbolización de la memoria de dolor que se resiste al olvido.

Un anillo perfecto. Un espantoso círculo. Como para Zaratustra el eterno retorno en tanto demencial y gigantesco monstruo, este “anillo de los anillos” le causaba el peor de los terrores, originando así las pesadillas más insidiosas (Nietzsche 302). Se trata de un inquietante o amenazador “sol negro”. Como ícono la boca del pozo en que aguarda la locura simboliza ese anillo, *annus mundi* que de Giges a Frodo trastorna e invisibiliza a su poseedor.

<sup>19</sup> “A glitch is a short-lived fault in a system. It is often used to describe a transient fault that corrects itself, and is therefore difficult to troubleshoot. The term is particularly common in the computing and electronics industries, and in circuit bending, as well as among players of video games, although it is applied to all types of systems including human organizations and nature”. <https://en.wikipedia.org/wiki/Glitch>

Abordaremos en esta tercera parte la saga de terror japonesa iniciada en 1998 con *The Ring*, verdadero universo ficcional en el que aparecen secuelas, precuelas, spin-offs, reboots, video-juegos, comics, derivaciones, parodias etc. Incluso se espera ahora en 2015 el estreno de *The Rings*, película enmarcada en las ideas de la pionera y visionaria cinta del director Hideo Nakata. Nos interesa rastrear la presencia del fantasma y el papel que juega en la desestructuración del pasado y la forma como ilumina indecisamente, u oscurece de terror pánico la labor del historiador.

En este caso se ambienta un cuento de terror japonés en el que a diferencia de los dos aparatados anteriores, no se halla una explicación “científica” de los inclasificables y aturdidores fenómenos desencadenados. Casi que estamos en presencia de una clásica historia de fantasmas, pero con el plus de maridarla con la fascinación tecnológica o tecno-adicción actual:

“El duo Nakata-Takahashi concibió la adaptación fílmica de la confusa obra de Suzuki como una hibridación de potenciales anacrónicos del presente y el pasado, componentes de terror racional contemporáneo e invocación del mal aurático en el alma de la leyenda urbana en torno a la que pivota el argumento del libro. Las connotaciones significativas del contagio por parte de una conciencia maligna a través de un virus tecnológico y, capturando la reverberación tradicional de lo sobrenatural japonés” (Olivares 46).



La reaparición de Sadako, la niña con poderes paranormales, igual que en los casos abordados, obedece a un trauma o fisura en el tejido simbólico. Ese desgarrón traumático desencadena una maldición, como si el encierro en un pozo por parte de su padre, despertara en la joven un odio sin límites capaz de contaminar la realidad psíquica de quienes la rodean<sup>20</sup>. Este es el tema de *Ju-on The grudge* (2002), otro filme japonés en el que la maldición inicia al morir alguien en un estado de intensísima aflicción o rabia pura capaz de infectar los lugares y desencadenar acontecimientos catastróficos. Sobre la tradición de los espíritus vengadores en japon, la obra de Yan Zhitui (2002) contiene ejemplos literarios aleccionadores, pero no menos desasosegantes ni monstruosos.

Vale la pena resaltar que en el caso de *The Ring*, la maldición se propaga por medios tecnológicos. Por una suerte de contagio aural que afecta a quienes ven el “cursed video” en el cual ha quedado registrada, de forma imposible e inexorable, la memoria de dolor de la enclaustrada niña. “Nakata explora en los intersticios o ángulos muertos de la textualidad fílmica, en la sustancia del metraje, para desvelar la irrupción de residentes fantasmagóricos, rémoras subliminales de planos que emanan un potencial aterrador acusado” (Olivares 44).

Para un historiador es clave el estatuto de esta imagen del pasado, siempre desde una estética glitch ominosa y *unheimlich*, un malfuncionamiento que según Slavoj Žižek sostiene la visión del mundo del sujeto. Aquí el glitch como figura de imprecisión figural oscura, indecisa, parpadeante, la equiparamos con ese objeto @ lacaniano, inclasificable y anómalo. Y ese es el fantasma. Un recuerdo imborrable. Una obsesión recurrente. Un sin fondo devenido angustia.

Estamos en la irradiación de un dolor similar al que la protagonista de la más reciente *The Babadook* (Dir. Jennifer Kent, 2014) congela en la silueta de un monstruo, una madre que nunca superó la muerte de su esposo y sufre un asedio constante por una criatura molesta que salida de un cuento infantil, parece encarnar nuevamente el trauma y la soledad de esta mujer enajenada.

Pero *The Ring* resalta porque su estética sobria y minimalista constituye un escenario precioso para la aparición del horror literalmente *salido de la pantalla* como se ve en el fotograma de la página anterior. Resaltamos que la película aborda directamente temas ligados a la tecnofilia o tecno

---

<sup>20</sup> Recordemos que este era uno de los motivos de la novela *Ubik*.

adicción apabullante de finales de siglo XX y que experimentamos ahora con peculiar intensidad. Un poco como una tecno-malevolencia que relativiza la distinción entre ciencia y superstición. Haciendo sentir que en el soporte más tecnológico aún se inscriben miedos y ansiedades colectivas atemporales.

Esa angustia sigue siendo la del ancestral “mal de ojo”<sup>21</sup> como fuente de las execraciones más antiguas. En el video destaca el ojo de ese “espíritu vengador”, *Yurei*<sup>22</sup> u *Onryo*<sup>23</sup>. Esa orbicularidad o circularidad perfecta es justamente la fuente del mal. Un mal que se transmite *por la mirada*, como se temía de algunas personas capaces de concentrar en sus pupilas una energía enfermante. En este caso es el video el que nos suscita este “mal de ojo”<sup>24</sup>, esta de-sintonización que saca de rutinas perceptivas habituales y conduce a una muerte pánica y espantosa.

La película colombiana *Al final del espectro* (2006), también da cuenta de cómo en entornos super vigilados, especialmente por la textura de los registros de cámaras de circuito cerrado, se dejan ver estos seres cuyo relato no ha podido realizarse. En el caso de la agorafóbica Vega, su manía hiper-vigilante desencadena una serie de amenazas como sombras de un pasado sin resolver. ¿Pero, qué le aportan estos miedos a la labor historiográfica?

Estos espantos continúan intranquilizando la tarea más aparentemente racional que despliega el historiador. Hundiendo los marcadores temporales

<sup>21</sup> “El mal de ojo, es una creencia popular1 supersticiosa2 según la cual una persona tiene la capacidad de producir mal a otra persona sólo con mirarla. De esta persona afectada se dice que “está ojeada, o que le echaron mal de ojo, o el ojo encima”. La creencia está extendida universalmente a través de muchos pueblos”. [https://es.wikipedia.org/wiki/Mal\\_de\\_ojo-](https://es.wikipedia.org/wiki/Mal_de_ojo-)

<sup>22</sup> “Los *yūrei* (幽霊) son fantasmas japoneses. Como sus similares occidentales, se piensa que son espíritus apartados de una pacífica vida tras la muerte debido a algo que les ocurrió en vida, falta de una ceremonia funeraria adecuada, o por cometer suicidio. Usualmente aparecen entre las dos de la madrugada y el amanecer, para asustar y atormentar a aquellos que les ofendieron en vida, pero sin causar daño físico”. <https://es.wikipedia.org/wiki/Y%C5%ABrei>

<sup>23</sup> “Un *Onryo* (怨霊?) es un fantasma japonés que puede volver al mundo físico para buscar venganza”. <https://es.wikipedia.org/wiki/Onryo%C5%8D>

<sup>24</sup> Referencia obligada aquí es el ejemplar estudio de Jean Pierre Vernant *La muerte en los ojos*. En esta mirada gorgónica- petrificante o aniquiladora, la mitología de Artemisa, la Medusa y Hades se confunden desde la mitología griega. Así ocurre en el film de Nakata.

e identitarios más básicos en una estática rara, en un glitch penumbroso que emborrona los límites entre sueño y vigilia, pero sobretodo la linealidad de una plantilla temporal trastocada por la repetición incesante de la memoria del trauma.

Casi como un efecto de “disco rayado” incluso en soportes digitales, o de glitch que enrarece el funcionamiento de algún software, el fantasma insiste en su forma de generar desconcierto. Repite el absurdo de un momento escapado de las maquetas ontológicas más obvias, haciendo que la percepción del acontecimiento desastroso se propague como una enfermedad infecciosa. Esto es justamente lo que muestran estas películas. Dice el autor de “Espectros de Marx”: “cuestión de repetición: un espectro es siempre un (re)aparecido” (Derrida 25)

La pregunta historiográfica aquí es bastante delicada, involucra los modos a través de los cuales estas experiencias traumáticas son traducidas a un relato plausible de lo ocurrido. Se percibe una interpelación del cuerpo incorporal y emborronado del espanto sobre los códigos narrativos y referenciales que usan las víctimas, pero también el historiador en una aproximación a esta clase de eventos desastrosos: “El video también ilustra la retórica del extrañamiento, prolongando la percepción, perplejidad mediante, explotando la dimensión de lo implicado, lo sugerido. Lanzando índices de lo inaprehensible” (Olivares 160).

## RESULTADOS E IMPACTO



Después de este breve recorrido, rescatamos la noción freudiana de lo *siniestro* u ominoso (unhemliche) como concepto analítico clave en la reflexión historiográfica. Destacamos que el espectro no es solo algo que simplemente rebasa los marcos de comprensión habituales, sino que se sitúa en su frontera, como una transparencia de rara y difusa opacidad. Una mácula de altísima definición.

Este texto buscó ser una línea de fuga para entender fenómenos ligados a la multiplicación de leyendas populares y propiamente historias de fantasmas en las zonas afectadas por la violencia política en Colombia<sup>25</sup>.

La hipótesis de inicio involucra una revisión a los relatos que hospedan la figura del fantasma, películas y novelas de terror, ya que constituyen *síntomas* de fenómenos de psicología social que demandan al historiador sensibilizarse con fuentes psicoanalíticas para dar cuenta de estos huidizos fenómenos.

En *Cine e Imaginarios sociales* se caracteriza este género así: “Cine posmoderno, he llamado a este cine de la ruptura, del cuestionamiento identitario, de la fractura de la realidad, de la confrontación con el horror, un cine que llega a veces a una “pornografía del horror” por la hipervisibilidad que ha alcanzado” (Imbert 17).

El cine de terror, desde estas ideas, puede ser una herramienta interesante, ya que consideramos esta clase de historias aparecen cuando situaciones de violencia desmedida no han sido adecuadamente tramitadas a nivel de psicología colectiva. No solo porque los miedos correspondan a un fondo abisal a-histórico como sostiene H.P. Lovecraft en “El Horror sobrenatural en la literatura” (2010), sino también porque esos temores se fermentan en el inconsciente cuando los muertos no han recibido un ritual funerario propicio, el cual involucra el esclarecimiento de las circunstancias de su homicidio.

Como si la impunidad<sup>26</sup> alimentara la furia de estos fantasmas en tanto muertos en vida, condenados a perturbar las mentes de sus familiares hasta que los culpables de sus trágicas muertes reciban algún castigo.

---

<sup>25</sup> Una referencia más completa puede rastrearse en *Genealogías de la violencia* de Alfredo Molano. Igualmente en Pineda (Inflexiones) pueden situarse crónicas de las víctimas del conflicto asociadas a fenómenos paranormales o intranquilizantes estados psicológicos.

<sup>26</sup> Impunity (2011), de Hollman Morris y Juan José Lozano es una referencia insoslayable en este punto.

Esto último puede apreciarse en la saga de horror japonesa *The Ring* cuando la ira maldiciente de la niña se transforma en visión del abismo, esparciéndose como virus descontrolado. Principalmente porque su asesino, su propio padre, nunca sufrió las consecuencias del crimen ni asumió ninguna responsabilidad por las atrocidades cometidas.

En el caso de *Ubik*, el trasegar fantasmático tiene que ver con la no aceptación por parte de sus víctimas de las circunstancias cataclísmicas que llevaron a su aniquilación. Y es en especial la mente invasora de un muerto-vivo que rechaza su condición y amenaza con absorber las mentes de los demás, en una suerte de canibalismo psíquico aterrador y envolvente. La lucha de los telépatas en la novela de K. Dick puede leerse como un avatar en la lucha entre memorias hegemónicas y memorias condenadas: “¿Quién y en qué circunstancias de sujeción, dominación y control decide qué y cómo se recuerda-olvida? Más allá de un contenido fijo, trascendente e inmutable, lo que compromete la relación memoria-olvido es el enfrentamiento entre historias hegemónicas e historias disidentes” (Gnecco-Zambrano 20). De un lado tenemos la realidad de los intereses corporativos y del estado paranoide-vigilantista dominante, y de otra las “realidades paralelas” del grupo de semi-vivos buscando que la regresión entrópica que los asfixia no los devore completamente<sup>27</sup>.

---

<sup>27</sup> “Dos características significativas distinguen -por lo menos en grado- las representaciones traumáticas de otro tipo de memorias colectivas: la intensidad emocional y la disputa por su significado” (Ortega 41). Esa disputa es la que quisimos tematizar en este texto. El pulso o forcejeo de las víctimas por las memorias de sus muertos, el asedio espectral de los muertos mismos en la psicología colectiva de una nación. El acento estuvo puesto sobre la exclusión y segregación de cierto tipo de representaciones mnémicas, la condenación de memorias en el contexto del actual conflicto armado. *Esas segregadas huellas vuelven de forma horripilante*. Desde las intuiciones de Freud está claro que la memoria no funciona como una hoja de papel de la que cabe borrar cualquier inscripción, justamente su imagen del “tablero mágico” o *wunderblock* nos invita a pensar la memoria como palimpsesto, como enigma y como metáfora. En tanto complejo mecanismo de almacenamiento y olvido selectivo o inconsciente de algunos acontecimientos, hallamos eventos umbrátiles entre la rememoración lógica y el fantasmático asalto, a medio camino del sistema consciente y el síntoma indescifrable, así las cosas, se indagó aquí por las formas de exclusión de ciertas representaciones del pasado, por eso el choque de diversas narrativas históricas está en el centro de nuestras preocupaciones.

La crítica a la narrativa secuencial derivada de la epistemología moderna, como dispositivo de subjetivación histórico específico, fue una noción central de esta ponencia. Tal como ocurre en *Solaris*, en que la perplejidad de los personajes por la reaparición de seres muertos hace mucho, hace que los relatos del pasado se tornen inoperantes. Desmultiplicando, como el mismo océano *Solaris*, excelente ejemplo de inteligencia de enjambre, las visiones de mundo en una infatigable y abiertamente escalofriante recreación del pasado. Desorden *glitch* del tiempo, la narrativa histórica y la sucesión o encadenamiento de eventos anunciado en *Espectros de Marx* así: “En el fondo, el espectro es el porvenir, está siempre por venir, sólo se presenta como lo que podría venir o reaparecer” (Derrida 52).

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Arias Duque, J. C. (2014). *La agonía del Estado y el ocaso del ciudadano*. Amazon Digital: Amazon Digital Services LLC.
- Cárdenas, J. S.(ed.). (2008). *Libro de fantasmas*. Zaragoza. 451 editores.
- Carreño D. et al. (2015). *La razonabilidad jurídica, la razonabilidad política de la historicidad y la razonabilidad de la virtud de la prudencia, en la perspectiva de la hermenéutica y la argumentación*. Bucaramanga: Universidad Santo Tomás. 2015.
- Carreño, D. & Valencia, D. (2016). *Historiografía, Persona y Nación*. Bogotá: Ibáñez-Ediciones Usta.
- Carrère, E. (2002). *Yo estoy vivo vosotros estáis muertos*. Barcelona: Minotauro.
- Deleuze, G. (1994). *La imagen movimiento. Estudios sobre cine I*. Barcelona. Paidós.
- Derrida, J. (2003). *Espectros de Marx, el estado de la deuda, el trabajo del duelo y la nueva internacional*. Madrid: Trotta.
- Dick, P. K. (2008). *Ubik*. Barcelona: La factoría de ideas.
- Dick, P. K. (2002). *Tiempo de marte*. Barcelona: Minotauro.
- Dick, P. K. (2012). *Tiempo desarticulado*. Barcelona: Minotauro.
- Freud, S. (1968). *Obras completas*. Madrid: Biblioteca Nueva.
- GMH. (2013). *Bastaya. Colombia Memorias de Guerra y dignidad*. Bogotá: Imprenta Nacional.
- Gnecco Cristóbal-Zambrano, M. (eds.). (2000). *Memorias hegemónicas, Memorias disidentes, el pasado como política de la historia*. Bogotá: Min.Cultura-ICAH-U.Cauca.
- Imbert, G. (2010). *Cine e imaginarios sociales, el cine posmoderno como experiencia de los límites (1990- 2010)*. Madrid: Cátedra.
- Jenkins, K. (2006). *¿Porqué la Historia?* México: F.C.E.
- Joutard, P. (1999). *Esas voces que nos llegan del pasado*, México: F.C.E.

- Lacan, J. (1987). *Seminario XI. Los cuatro conceptos fundamentales del psicoanálisis*. Barcelona: Paidós.
- Lem, S. *Solaris*. (2003). Barcelona: Minotauro.
- Lovecraft, H.P. (2010). *El Horror sobrenatural en la literatura*. Madrid: Valdemar.
- Molano, A. (2003). Genealogías de la violencia. En: *In-Sur-Gentes*, Bogotá: Ed. Universidad Surcolombiana.
- Mosès, S. (1997). *El Ángel de la historia*. Madrid: Cátedra.
- Nietzsche, F. (2006). *Así habló Zaratustra*. Madrid: Alianza.
- Olivares, J. A. *The Ring. Una mirada al abismo*. Madrid. Ediciones jaguar. 2005.
- Ortega, F. (ed.) (2011). *Trauma, cultura e historia, Reflexiones interdisciplinarias para el nuevo milenio*. Bogotá. U.Nal/ C.E.S.
- Pineda, A. “Inflexiones de la obra de arte en el vínculo social”. *Tesis de Maestría en Psicoanálisis, subjetividad y cultura*. Universidad Nacional, 2015. Disponible en: <http://www.bdigital.unal.edu.co/49506/1/04458648.2015.pdf>
- Sánchez, M. (2015). *Educación para la Cultura de Paz*. Bogotá: USTA.
- Vernant, J. P. (1996). *La muerte en los ojos*. Barcelona: Gedisa.
- White, H. (2001). *Metahistoria. La imaginación histórica en la Europa del siglo XIX*. México: F.C.E.
- Zhitui, Y. (2002). *Las venganzas de los espíritus*. Madrid: Lengua de trapo.
- Zizek, S. (2006). *Visión de paralaje*. México: F.C.E.
- Zizek, S. (2014). *Acontecimiento*. México: Sexto piso.

## FILMOGRAFÍA

- Al final del espectro*. Dir. Juan Felipe Orozco. Colombia. Paloalto films. 2006.
- Black Mirror* (Tv series). Cr. Charlie Brooker. U.K. Channel Four. 2011-2015.
- Ju-on: The grudge*. Dir. Takashi Shimizu. Japón. Lions Gate Films. 2002.
- Impunity*. Dir. Hollman Morris y Juan José Lizano. Suiza.Francia.Colombia. Morris Producciones. 2011
- Los Otros*. Dir. Alejandro Amenábar. España. Warner Bros. 2001.
- Sexto sentido*. Dir. M. Night Shyamalan. USA. Buena Vista. 1999.
- Solaris*. Dir. Andrei Tarkovsky. USSR. Mosfilm. 1972.
- The Babadook*. Dir. Jenifer Kent. Canadá. Australia. Cinetic Media. 2014.
- The Truman Show*. Dir. Peter Weir. USA. Paramount Pictures. 1998.
- The Ring*. Dir. Hideo Nakata. Japón. Toho. 1998.
- The Rings*. Dir. F. Javier Gutierrez. USA. Paramount. 2015.

Esta obra se terminó de imprimir  
en abril de 2017  
con un tiraje de 500 ejemplares  
en los Talleres Gráficos de  
GRUPO EDITORIAL IBÁÑEZ  
Carrera 69 Bis No. 36-20 Sur.  
Tels: 2300731 - 2386035  
Bogotá D.C. - Colombia