

Los Derechos Humanos en la Constitución del 91

Hernando Valencia Villa*

Entre los cambios introducidos por la nueva constitución colombiana, el que mayor valor simbólico tiene por lo que significa como victoria del país nacional sobre el país político es la reestructuración del Congreso en lo relacionado con el origen de las cámaras y el régimen disciplinario de los Senadores y Representantes. Sin embargo, para la gente de la calle, que no sabe ni tiene por qué saber derecho público, tal vez lo más relevante de la ley fundamental de 1991 es la *carta de derechos*.

Recogida en el Título II e integrada por los ochenta y cuatro artículos que van de la regla once a la regla noventa y cinco, esta sección de la norma superior tiene una influencia en la vida cotidiana de hombres y mujeres del común mucho mayor que cualquier otro aspecto del ordenamiento promulgado en julio de 1991. La razón es obvia: aunque la renovación de los organismos gubernamen-

tales, judiciales, fiscales y legislativos incide en la marcha de la sociedad, su gravitación en los microproblemas que configuran la existencia concreta de individuos y comunidades no puede compararse con la del sistema de derechos civiles y políticos, sociales, económicos, culturales y colectivos de que son titulares los colombianos y habitantes del territorio desde la adopción de la nueva carta. Se trata del más grande avance del derecho político nacional porque representa la mejor caja de herramientas para armar, operar y reparar la democracia desde la fundación misma de la república. Mucho más si se considera que los derechos humanos constituyen la ética de la democracia, pues integran ese conjunto de reglas sin cuya vigencia efectiva el juego de la política y de la convivencia resulta indigno, inferior a la sociedad humana, y no vale la pena de ser jugado. En esta perspectiva, conviene ofrecer una sinopsis de la carta de derechos y de los mecanismos de protección de las libertades en la constitución del 91 y subrayar sus rasgos distintivos de cara al proceso político nacional.

* Profesor del Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales de la Universidad Nacional de Colombia.

Antes de entrar en materia, resulta oportuna una glosa metodológica sobre la parte en relación con el todo. La carta de derechos reproduce en pequeña escala, como en un microcosmos, la heterogeneidad característica del documento constitucional en su conjunto. Tal diversidad es el producto directo del procedimiento acentuadamente inductivo que se empleó para redactar el nuevo código político del país. Esta curiosa técnica de producción normativa, que bien podría calificarse de codificación por agregación, pone de manifiesto la amplia participación de las distintas fuerzas integrantes de la Asamblea Constituyente de 1991 y, al mismo tiempo, la notoria ausencia de una ideología dominante que encuadre todas las reglas de la carta y les dé jerarquía y armonía internas. La construcción modular resultante ostenta, sin duda, una legitimidad propia, de nuevo cuño, en la medida en que corresponde cabalmente a la dispersión de actores y a la falta de consenso que distinguen hoy a la política colombiana. Al mismo tiempo, sin embargo, la utilización de la tecnología del rompecabezas arroja serias dudas sobre la coherencia y la aplicabilidad del texto final en tanto instrumento de gobierno y pacto de convivencia para Colombia y los colombianos.

La perspectiva de una constitución transaccional y analítica o reglamentaria hace que la función del control constitucional sea decisiva para el futuro del país, pues de la interpretación exegética o contextual, reaccionaria o progresista, que realice la Corte Constitucional, nuevo tribunal

supremo, dependerá no sólo la práctica de las reglas fundamentales mismas sino también su virtualidad democratizadora y pacificadora de la vida nacional. Ello es igual o mayormente válido para la carta de derechos por dos razones: porque se trata de un articulado tan abigarrado como el del resto de la norma superior, y porque su desarrollo legislativo, judicial y administrativo requerirá forzosamente del respaldo de una jurisprudencia constitucional renovada, mucho más comprometida con la cultura de la democracia y de los derechos humanos que la que mantuvo la Corte Suprema de Justicia —hoy corte de casación— durante los ochenta y un años en que se desempeñó como tribunal constitucional.

1. La Carta de Derechos

Tres aspectos principales requieren atención en el estatuto de libertades de la ley suprema de 1991: *a)* su génesis, *b)* su significación filosófica, y *c)* su contenido temático.

a) El articulado vigente proviene del proyecto de consenso de la Comisión Primera de la Constituyente, que fue preparado por los delegatarios Aida Abella, María Mercedes Carranza, Raimundo Emiliani Román y Diego Uribe Vargas. Intitulado "Proyecto de Nueva Carta de Derechos, Deberes, Garantías y Libertades", constaba de cincuenta y un artículos y se inspiraba, según advertencia expresa de los ponentes, en "noventa proyectos que se refieren a los principios". Entre estos, se

destacaban el proyecto del gobierno¹, los proyectos de los miembros de la Asamblea y las propuestas de las once subcomisiones preparatorias sobre derechos humanos que, convocadas e integradas por el ejecutivo, sesionaron en el último trimestre de 1990 y recogieron muchas iniciativas de las llamadas mesas de trabajo y de las organizaciones de la sociedad civil en todo el país. Sin embargo, el proyecto del gobierno, elaborado por un grupo de trabajo integrado por el propio Presidente César Gaviria, los Ministros Jaime Giraldo y Julio César Sánchez, el Viceministro Andrés González, los Consejeros Manuel José Cepeda y Fernando Carrillo, y los asesores Humberto de la Calle, Héctor Riveros, Mario Roberto Molano y quien esto escribe, tuvo mayor influencia en el texto final de la que se admite. La versión oficial presentada al órgano constituyente fue redactada por el Consejero Cepeda e incluía el derecho de amparo, que vino a convertirse, con la contribución del delegatario Juan Carlos Esguerra, en la acción de tutela del actual artículo 86 constitucional, quizá el mayor avance del constitucionalismo nacional en materia humanitaria.

Con todo, el problema de la autoría de éste y de los demás artículos de la nueva constitución no puede plantearse en los mismos términos que emplea la crítica literaria cuando de la atribución de un texto se trata. Si bien interesa saber quién propuso tal o cual

artículo, para efectos de explorar la filiación ideológica o escuela jurídica a que pertenece, en el caso de la carta del 91 estamos en presencia de una obra colectiva como ninguna otra en la historia política nacional, cuyo sincretismo obedece no sólo al pragmatismo de la hora sino también al clima de transacción y compromiso prevaliente en una asamblea de minorías. Sobre este tema, que tanta importancia tiene para la interpretación constitucional, existe una olvidada conferencia de Michel Foucault, de publicación póstuma, en la cual el gran pensador francés cuestiona la función autorial y propone una hermenéutica impersonal o despersonalizada, mucho más acorde con el carácter estratégico de la escritura y con sus ambiguos efectos en la realidad social que la exégesis moralista y psicologista aún en boga:

Lo propio de la crítica no es poner de relieve las relaciones de la obra con el autor, ni querer reconstituir a través de los textos un pensamiento o una experiencia; más bien tiene que analizar la obra en su estructura, en su arquitectura, en su forma intrínseca y en el juego de sus relaciones internas².

Llegará el día en que los intérpretes de la norma fundamental apelarán a la intención original del constituyente del 91 como único criterio válido para determinar el alcance de una u otra regla, en especial cuando se trate de regular situaciones nuevas o reivindi-

1. Presidencia de la República. *Proyecto de Acto Reformatorio de la Constitución Política de Colombia*. Bogotá: Imprenta Nacional, Febrero de 1991, p. 7-25 y 101-210.

2. FOUCAULT, Michel. "Qué es un autor?". En: *Revista de la Universidad Nacional*. Vol. II, No. 11, Bogotá, Segunda época, Mar., 1987, p. 6.

caciones insurgentes, no previstas o legitimadas por la codificación en vigor. Frente a esta jurisprudencia de la intención original, que se resuelve en últimas en una concepción conservadurista del derecho y de la justicia judicial, hay que postular desde ahora una jurisprudencia del contexto sociopolítico, que es la única que se compadece, consultando los signos de los tiempos, con el carácter también simbólico y no sólo instrumental que tiene el documento-monumento constitucional.

Contra la opinión mayoritaria de los miembros de la profesión legal entre nosotros, la interpretación de la constitución o de la ley no es una simple operación de lógica formal que puede realizarse en el vacío ideológico, más allá de los intereses individuales y colectivos que condicionan la conciencia de magistrados y jueces y la conducta de cortes, consejos, tribunales y juzgados. Por el contrario, toda interpretación judicial es la lectura creativa de un contexto, entendido como el conjunto de los elementos de situación o lenguaje que motivan una formulación y determinan su sentido, según la magistral definición de Foucault³. Y en cuanto tal, la jurisdicción o declaración del derecho implica de hecho el empleo de creencias, prejuicios y valores que atraviesan y constituyen al juzgador o intérprete de la norma, de manera que la sentencia es una toma de partido en pro de unos intereses y en contra de otros. Por más aséptica o legalista que se

pretenda, la hermenéutica jurídica siempre está situada, comprometida, encuadrada en unas coordenadas de espacio y tiempo y en una relación de fuerzas económicas, políticas y sociales, que confieren al derecho toda su estratégica trascendencia como saber esotérico y retórico al servicio de la polémica ciudadana.

El antiguo tribunal constitucional defendía una exégesis tradicional de la norma superior, basada en una idea técnica y autorreferencial del derecho, para la cual el legislador se encuentra sustraído de la lucha política o es ajeno a la confrontación de los intereses y puede, por tanto, formular reglas abstractas y absolutas. A este tipo de lectura, que entre nosotros se denomina interpretación exegética y que tiende a favorecer la defensa del orden o desorden establecido, pertenece casi toda la jurisprudencia constitucional acumulada en el país. Pero existe otra lectura, la llamada interpretación sociológica o contextual, que reconoce explícitamente los condicionamientos y las determinaciones de carácter extradiscursivo que gravitan sobre el derecho y que permite o fomenta, en consecuencia, el cambio y la participación como procesos legítimos susceptibles de respaldo judicial⁴.

b) En cuanto a su significación filosófica, la carta de derechos es el centro axiológico de la nueva constitución. Esto quiere decir que la fuente de energía ética y política del texto es la libertad, la libertad plural, mientras

3. FOUCAULT, Michel. *La Arqueología del Saber*. México: Siglo XXI, 1976, p. 163.

4. TRIBE, Laurence H. & DORF, Michael C. *On Reading the Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1991, p. 10.

que en la Constitución de 1886 ese núcleo valorativo giraba en torno a la noción de orden, de orden central. Ahora la idea de orden es diferente, más abierta y más compleja en la medida en que depende de equilibrios más elaborados y más sutiles entre el Estado y la ciudadanía, entre la nación y las entidades territoriales, y entre el gobierno, el parlamento, la justicia y los organismos de control. Más aún, en la carta del 91, el orden debe armonizarse con los derechos, so pena de deslegitimarse, y en este balance entre los extremos de la autoridad y la libertad radica hoy la clave del orden público interno, al igual que el dinamismo medular del sistema institucional y normativo, el cual se define en adelante como un Estado social de derecho de carácter democrático.

En estrecha relación con nuestras anteriores reflexiones sobre autoría y hermenéutica, cabe anotar que si la carta de derechos es el centro axiológico ello significa que debe leerse también como el núcleo criteriológico de interpretación y aplicación de la nueva constitución. Así lo ponen de manifiesto el preámbulo y los artículos 1, 2, 5, 86 y 94. El preámbulo es el artículo cero o la norma fundamental de la norma fundamental, toda vez que recoge los postulados filosóficos que informan el régimen político y lo sujetan a derecho en una perspectiva democrática moderna. El artículo 1 define a Colombia como un Estado social de derecho. El artículo 2 enuncia los siete fines del Estado y la doble misión de las autoridades. El artículo 5 esta-

blece la primacía de los derechos humanos. El artículo 86 crea la acción de tutela de los derechos fundamentales. Y el artículo 94 dispone la aplicación analógica o extensiva de las normas sobre derechos y garantías de las personas. El nudo normativo formado por estas seis reglas muestra cómo el estatuto de libertades no es sólo un listado de derechos sino también un conjunto de criterios para interpretar y aplicar el resto del articulado constitucional, si se admite, como parece obvio, que la racionalidad finalista de todo el instrumento es garantista o libertaria.

El énfasis que la ley fundamental hace en el garantismo corresponde a una tradición minoritaria y hasta cierto punto herética en el constitucionalismo colombiano. En efecto, la mayoría de las quince constituciones nacionales del siglo XIX y de las sesenta y siete enmiendas constitucionales del siglo XX se caracterizan por un tratamiento autoritario de las libertades públicas de los nacionales y de los habitantes del territorio. Tan sólo los códigos federalistas de 1853, 1858 y 1863, y las reformas de 1910 y 1936, reconocen amplios derechos a los asociados e incorporan nuevas garantías que fortalecen a la sociedad civil frente al Estado. Pero aquí se perdieron las guerras federales, en lo que probablemente constituye el acontecimiento político más preñado de consecuencias en todo el período republicano, como lo recordaba Gabriel García Márquez con ocasión de la publicación de su versión del mito bolivariano⁵. Además, los progresos alcanza-

5. *Semana*. No 358, Bogotá: marzo 14 a 20 de 1989, p. 31.

dos por la oposición al quinquenio de Reyes y por la Revolución en Marcha de López Pumarejo, se desdibujaron muy pronto con el advenimiento de la Violencia, la dictadura y el Frente Nacional, que forman un continuo histórico de autoritarismo e involución en materia de derechos y participación de los ciudadanos en el proceso político nacional.

c) El tercer aspecto general que vale la pena considerar en esta reseña es el contenido temático del Título II de la constitución del 91. En un gesto que permite recuperar el tiempo perdido cuando menos desde 1936, la carta de derechos incorpora el catálogo actualizado y completo de las libertades y garantías que distinguen hoy a las democracias constitucionales, es decir, a los regímenes en los cuales operan de manera eficaz y simultánea un sistema de mayorías y un sistema de control constitucional o, lo que viene a ser lo mismo, las soberanías concurrentes del pueblo y de la Constitución. Por fin tenemos las tres generaciones de derechos humanos en la ley de leyes: la primera generación, de derechos individuales, civiles y políticos, se encuentra en el Capítulo I, del artículo 11 al 41; la segunda generación, de derechos sociales, económicos y culturales, está en el Capítulo II, del artículo 42 al 77; y la tercera generación, de derechos colectivos, aparece en el Capítulo III, del artículo 78 al artículo 82. Adicionalmente, se incluyen mecanismos de protección y aplicación de los derechos en el Capítulo IV, del artículo 83 al artículo 94, y los deberes y las obligaciones de los co-

lombianos y moradores del territorio en el artículo 95 o Capítulo V de la carta de derechos. Una tal estructura asegura que los principales bienes jurídicos de los asociados se encuentren reconocidos al más alto nivel normativo, que la fuerza centrífuga de los derechos esté debidamente equilibrada por la fuerza centrípeta de los deberes y que por primera vez los colombianos y las colombianas del común dispongan de un recurso expedito para pedir y obtener el amparo judicial de los derechos fundamentales.

El catálogo de libertades que nos ofrece la ley suprema constituye en sí mismo un avance de imprevisibles consecuencias para el proceso político y para la vida cotidiana de la nación y de los ciudadanos. Entre los derechos fundamentales o de primera generación, se consagran el derecho a la vida, que no estaba garantizado como tal; el derecho a la intimidad y a la honra, con su moderno corolario, el llamado *habeas data*; el derecho a la libertad, que tampoco existía bajo una formulación positiva; las libertades de conciencia y de cultos, por fin emancipadas de la tutela católica; las libertades de expresión e información y el derecho de rectificación, que configuran una opinión pública democrática; las libertades de enseñanza, aprendizaje, investigación y cátedra, propias de un sistema educativo abierto y pluralista; el *habeas corpus*, que llega con más de un siglo de retraso a nuestra carta política; y el múltiple derecho de participación, que incluye el sufragio, el derecho de asociación política, la iniciativa constituyente y legislativa, y la revocatoria del mandato. A su lado, se

proscriben de manera inequívoca una serie de prácticas infames cuya ausencia distingue a la civilización de la barbarie: la pena de muerte, la desaparición forzada, la tortura, la discriminación, la esclavitud, la servidumbre, el destierro y la extradición de nacionales.

En el capítulo de derechos sociales, económicos y culturales o de segunda generación, se encuentran detalladas disposiciones relativas a la familia, las mujeres, los niños, los jóvenes, los ancianos y los disminuidos, que corrigen viejas injusticias al responder a las necesidades especiales de estos sectores desaventajados o vulnerables de la población. Los derechos laborales y sindicales se amplían de un modo significativo. Y los servicios públicos modernos, como la salud, la seguridad social, la vivienda, la recreación y el deporte, la educación, la cultura, la ciencia y la tecnología, entre otros, se convierten de manera explícita en derechos subjetivos y al mismo tiempo en obligaciones estatales.

La carta del 91 inaugura la era de los derechos colectivos o de tercera generación entre nosotros. Se incluyen en este capítulo los derechos a la paz, al medio ambiente, al espacio público, a la calidad de los bienes y servicios de consumo masivo, a la participación popular, a los servicios públicos y a las acciones populares en defensa de los propios derechos colectivos. En materia ecológica, se incorporan los conceptos de planificación ambiental y desarrollo sostenible, que constituyen el estado del arte. Se prohíben las armas químicas, biológicas y nucleares, al igual que los residuos y

desechos tóxicos. Y se dispone la regulación de los recursos genéticos.

Con respecto a los deberes ciudadanos, el artículo 95 constitucional enumera nueve, de los cuales tan sólo uno, el de tributar, puede considerarse una obligación legalmente exigible. Los demás son deberes cívicos, de índole ética, que por ahora apelan a la buena voluntad de las personas: respetar los derechos ajenos, realizar acciones humanitarias y de solidaridad, acatar a las autoridades, defender los derechos humanos, participar en la vida pública, conservar la paz, colaborar con la justicia y contribuir a la defensa del ambiente y el patrimonio natural y cultural. Este decálogo escaso tiene, sin embargo, señalada importancia pues sirve de contrapeso, así sea académico o simbólico, al estatuto de libertades y contribuye a definir un perfil del ciudadano democrático sin el cual los postulados de la constitución del 91 serán letra muerta.

Estas y otras características ayudan a entender por qué la carta de derechos ocupa un lugar central en la nueva ley fundamental, al punto que sin aquella, ésta no tendría la trascendencia política y la jerarquía ética que le atribuimos muchos colombianos. Una cierta familiaridad con la práctica constitucional nos obliga a reconocer que la declaración de derechos sería nugatoria si el constituyente del 91 no la hubiese completado con una panoplia de mecanismos de protección. Estos dispositivos, de los cuales pueden identificarse por los menos nueve, se encuentran tanto en el Título II como

en otros títulos de la carta y configuran un auténtico derecho procesal constitucional que puede contribuir como pocas herramientas normativas, a la consolidación de una cultura humanitaria en nuestra sociedad.

2. Los Mecanismos de Protección de los Derechos

Cabe distinguir dos clases de mecanismos de protección de los derechos en la nueva constitución: los generales y los específicos. Los primeros son aquellas instituciones o disposiciones que amplían el campo de las libertades o que apoyan su ejercicio, de modo indirecto o mediato, a través de la participación o de la vigilancia de la comunidad o de algunas instancias de control. Los segundos son los recursos concretos que permiten a los particulares, en tanto que titulares de los derechos, oponerse a la arbitrariedad o pasividad de las autoridades y promover el reconocimiento y la efectividad de las garantías ciudadanas, sin dilaciones y sin intermediarios. Mientras los unos se refieren a distintos funcionamientos del régimen constitucional, que dependen de las ramas del poder público, incluidos los organismos fiscales, o de la dinámica del juego electoral, los otros deben emplearse siempre ante los jueces, ya que se trata de acciones públicas a través de las cuales se procura la intervención puntual de los tribunales en el microcosmos de la libertad ciudadana. Los mecanismos de protección general son seis: la consagración constitucional, la prevalencia del derecho

internacional de los derechos humanos, la aplicación absoluta del derecho internacional humanitario, los organismos de control con funciones en materia de derechos, el sistema de control constitucional y los mecanismos de participación popular. Los dispositivos de protección específicos son tres: la acción de tutela, la acción de cumplimiento y las acciones populares. A continuación se presenta una breve discusión sobre cada uno de ellos.

2.1. La consagración constitucional es tan obvia que pasa desapercibida y muchos la tienen por irrelevante. Los colombianos de las últimas generaciones —especialmente quienes alcanzamos la mayoría de edad hacia 1970 y descubrimos de manera vivencial que la cuestión humanitaria es la clave de la democracia política con ocasión del Primer Foro Nacional por los Derechos Humanos en 1979—, sabemos que el reconocimiento de las libertades fundamentales modernas por la décimosexta constitución nacional es una hazaña de la razón ciudadana y abre una nueva era en la lucha por la modernidad democrática en el país. Entre un estatuto anacrónico, incompleto y avaro, como era el Título III de la constitución del 86, y un estatuto moderno, sistemático y amplio, como es el Título II de la constitución del 91, media un abismo que los colombianos tardamos sesenta años en salvar. Este salto cualitativo pone en evidencia las dos funciones del derecho: la instrumental y la simbólica. En su relación sagital con la realidad social⁶ el

6. Como la flecha que está destinada al blanco pero que lo hiere o lo destruye cuando llega a él. Véase: FOUCAULT, Michel. *La Crisis de la Razón*. Murcia: Universidad de Murcia, 1986, p. 16.

derecho se propone no sólo inducir un comportamiento mediante la aplicación de una regla coactiva, sino también enjuiciar lo existente a partir de un valor ético, lo cual se logra casi siempre confiriendo a la situación un carácter ritual o simbólico. En este sentido, la elevación de la carta de derechos al máximo nivel jerárquico de nuestro ordenamiento jurídico es importante por sí misma y cumple dos propósitos a la vez: facilitar la expresión y la actuación autónomas de los individuos y de la sociedad civil frente al Estado e incluso contra el Estado, que es la finalidad instrumental o pragmática de cualquier regulación sobre derechos subjetivos o grupales; y fijar una utopía normativa que no sólo opere como polo de atracción de las relaciones sociales sino que también dramatice la distancia entre la norma y la realidad al subrayar la mediocre o mala situación de derechos humanos en que se vive; tal es la finalidad simbólica o ritual de aquella legislación.

2.2. La prevalencia del derecho internacional de los derechos humanos en el orden interno, que se encuentra recogida en el artículo 93 constitucional, es el resultado de la combinación del artículo 49 del proyecto de la Comisión Primera de la Constituyente con el artículo 65 del proyecto de la administración Gaviria. Se trata de un avance de tanta trascendencia que, si bien no requiere desarrollo legal o reglamentario y puede ser aplicado de inmediato, todavía no advertimos todas sus implicaciones y consecuencias. Según

este revolucionario postulado, que resuelve de un plumazo la vieja disputa escolástica entre monismo y dualismo en las relaciones entre derecho internacional y derecho nacional, los instrumentos internacionales sobre derechos humanos adquieren rango constitucional en Colombia, lo cual significa que prevalecen contra la ley en todos los casos e incluso contra la propia norma fundamental si ella se opone al *ius gentium*. En otras palabras, la disposición crea una nueva categoría de leyes, que no podemos calificar más que como leyes constitucionales: las leyes aprobatorias de tratados públicos de derechos humanos, las cuales sobrepujan a cualquier otra ley en materia humanitaria. Adicionalmente, los convenios internacionales sobre derechos servirán como criterio de interpretación del propio Título II y de sus normas concordantes y complementarias.

2.3. Idéntica perspectiva internacionalista se advierte en el tercer mecanismo de protección general: la aplicación absoluta del derecho internacional humanitario en los estados de excepción de que tratan los artículos 212 y siguientes de la codificación fundamental. Con esta fórmula, recogida en el numeral segundo del nuevo artículo 214, se da la razón a quienes argumentábamos que el derecho de gentes en el antiguo estado de sitio sólo podía entenderse y aplicarse como una legislación complementaria y moderadora —complementaria en tanto moderadora—, de las facultades presidenciales y gubernamentales en caso

de desorden público interno debido a guerra o alzamiento⁷. En el nuevo régimen de estados de excepción, que viene a sustituir y por tanto a heredar, aunque con beneficio de inventario, al viejo régimen de estado de sitio, la limitación se hace explícita y genérica: "en todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario" o derecho de Ginebra, que, como se sabe, protege a la población civil no combatiente y a los combatientes puestos fuera de combate por cualquier razón en los conflictos armados internacionales y no internacionales, incluyendo las situaciones de disturbios y tensiones interiores. En este caso y en el del mecanismo precedente, resulta evidente que el constituyente ha decidido que la vigencia efectiva de las libertades fundamentales sólo se consigue mediante la limitación de la soberanía del Estado y la ampliación correlativa de la soberanía del individuo. La única restricción de la soberanía nacional que no sólo puede aceptarse sino que incluso debe promoverse es la que resulta de la aplicación plena de la legislación internacional de derechos humanos. Más aún, la actual coyuntura nacional, en cierto modo, exige la utilización del derecho internacional de los derechos humanos, que es una normatividad para democracias funcionales en tiempos de paz, y también, y sobre todo, del derecho internacional humanitario, que es una normatividad para democracias disfuncionales en tiempos de guerra. No existe, pues, excusa alguna para eludir la invocación y aplicación

del derecho de Ginebra al conflicto armado interno, por cuanto el estatuto superior lo impone como legislación civilizadora y humanizadora del nuevo estado de sitio, bajo el cual, conviene añadir, tampoco "podrán suspenderse los derechos humanos, ni las garantías fundamentales", según dispone el mismo artículo 214 constitucional inmediatamente antes de la referencia comentada.

Por eso resulta tan preocupante el proyecto de ley estatutaria de los estados de excepción, recientemente presentado por la administración Gaviria a consideración del Congreso, que pretende reeditar la lógica autoritaria del antiguo artículo 121 constitucional y de su jurisprudencia, en abierta contradicción con el nuevo régimen de ley marcial de la norma fundamental. En concreto, los artículos 15, 23, 27 y 34 del proyecto número 91 de 1992 parecen inexecutable y son antidemocráticos por las siguientes razones: el artículo 15 faculta al gobierno para crear zonas de confinamiento, que no son más que campos de concentración, indefensables desde cualquier punto de vista; el 23, en el inciso tercero de su literal a), revive el espíritu autoritario del artículo 28 de la constitución de 1886, de ingrata recordación entre nosotros; el 27 hace lo propio con el antiguo artículo 61 constitucional, que fue la coartada para la militarización de la justicia entre 1944 y 1987; y el 34 confiere rango constitucional a los decretos legislativos al sustraerlos del ámbito de la acción de tutela, lo cual equivale a otorgar patente de corso

7. VALENCIA VILLA, Hernando. "El derecho de los conflictos armados y su aplicación en Colombia". En: *Revista Debate Abierto* N. 3. Madrid, Otoño/Invierno de 1990, p. 84.

contra los derechos humanos de los colombianos a las decisiones excepcionales del ejecutivo.⁸

2.4. De los cinco organismos de control que prevee la carta del 91, a saber, la Contraloría General de la República, la Registraduría Nacional del Estado Civil, la Veeduría del Tesoro, la Procuraduría General de la Nación y la Defensoría del Pueblo, tan sólo los dos últimos se ocupan de los derechos humanos. Ambas agencias forman el Ministerio Público, aunque la relación entre ellas no es ciertamente de coordinación pues la Defensoría está sujeta a la Procuraduría, como lo demuestra el hecho de que el primer Defensor haya sido designado por el actual Procurador con base en una terna enviada por el Presidente de la República, de conformidad con el artículo transitorio 37. A juzgar por la celeridad y el celo que han brillado por su ausencia en el despegue de la nueva institución, hay que empezar a preocuparse por la eventual contribución de la Defensoría del Pueblo a la abogacía de las libertades fundamentales. En cualquier caso, cabe esperar que Procuraduría y Defensoría terminen por hacer una coalición de fuerzas en favor de la ciudadanía y de sus garantías democráticas, para lo cual es menester persuadirse de que la responsabilidad por las violaciones de los derechos humanos incumbe ante todo al Estado y que la única política

humanitaria digna de ese nombre es el activismo independiente frente a todos los actores armados, regulares e irregulares, que han hecho de la población civil desarmada el teatro mismo de sus hostilidades. Las fallas consuetudinarias y la timidez habitual de la vieja Procuraduría, que no pueden trasladarse a la nueva Defensoría, deben corregirse pronto si es que las dos partes del Ministerio Público quieren ser tenidas algún día como baluartes de los derechos ciudadanos.

2.5. El control constitucional, de acuerdo con la célebre fórmula del jurista norteamericano Alexander Bickel, es la fuerza antimayoritaria de las democracias modernas por cuanto supone la defensa judicial de la constitución, a veces en contra de las instancias electivas y políticamente responsables que gobiernan y legislan en nombre del soberano⁹. Sin embargo, toda constitución democrática se define hoy como la articulación dinámica entre el principio de mayoría y el principio de supremacía constitucional¹⁰. La vigencia efectiva de la constitución, como ley suprema del territorio, es lo único que garantiza la sujeción de todos los poderes públicos y privados al derecho y la práctica de todas las libertades individuales y colectivas dentro del marco normativo de la propia Constitución. Por ello tiene sentido hablar de la justicia constitucional entre los mecanismos de protección

8. Véase también: VAZQUEZ CARRIZOSA, Alfredo. *Comoción interior o Estado de Sitio Incontrolado*. Bogotá: Comité Permanente por la Defensa de los Derechos Humanos, 1992.

9. BICKEL, Alexander M. *The least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1962, p. 16, 18 y 20.

10. CRUZ VILLALÓN, Pedro. "Derechos humanos y estados de excepción". Conferencia inédita, Bogotá: noviembre 7 de 1991.

general de los derechos humanos: porque defender la supremacía política y la superlegalidad o supralegalidad jurídica de la constitución¹¹ no es otra cosa que poner a buen recaudo la carta de derechos, centro del ordenamiento superior y, a su vez, instrumento y símbolo del Estado democrático de derecho.

El sistema colombiano de control constitucional ha sido renovado por el constituyente del 91 en algunos aspectos esenciales: en lugar de una corte de casación con una sala especializada meramente sustanciadora, tenemos un tribunal especializado e independiente, dedicado por entero al juzgamiento de exequibilidad e inexecuibilidad, e integrado de tal manera que refleje el proceso político nacional; la acción pública se extiende a los actos reformativos de la carta; el llamado control oficioso o automático se amplía a la convocatoria de referendos, asambleas constituyentes, consultas populares y plebiscitos, a los proyectos de leyes estatutarias y a los tratados internacionales y sus leyes aprobatorias; y se crea una especie de jurisdicción eventual para que la Corte Constitucional revise las decisiones judiciales sobre acciones de tutela. Con estas herramientas y con las que empleaba la antigua Corte Suprema de Justicia, el nuevo tribunal constitucional está llamado a convertirse en la principal instancia judicial de defensa de los derechos fundamentales de los nacionales y moradores del territorio. Ello depende de la composición política,

generacional y profesional de la Corte en este primer año de prueba y en el período regular de ocho años que debe iniciarse en marzo de 1993, al igual que de la concepción libertaria o disciplinaria, desde la llanura o desde la montaña, que sustente la nueva jurisprudencia constitucional a partir de la reciente decisión inaugural: el auto de marzo 3 de 1992 por medio del cual el magistrado Alejandro Martínez Caballero desestima las demandas de Juan Manuel Silva Nigrinis y José Galat Noumer contra la constitución de 1991.

2.6. El sexto mecanismo general de protección de derechos es el conjunto de dispositivos de participación popular del artículo 103: el voto, el referendo, el plebiscito, la consulta popular, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa y la revocatoria del mandato. Con excepción del sufragio, que tiene ahora la condición de un derecho y no de una función, los seis medios restantes son nuevos y fueron introducidos en desarrollo del principio de la soberanía popular del artículo tercero, con el propósito de pasar del régimen representativo o república al régimen participativo o democracia. Estas instituciones configuran una reorientación radical en el sistema político colombiano, por cuanto tienden a desplazar su centro de gravedad del Estado a la sociedad civil y de la clase parlamentaria a la ciudadanía. Se trata, por supuesto, de una transformación virtual que debe ser llevada a la práctica a través de múlti-

11. ARAGON REYES, Manuel. *Sobre las Nociones de Supremacía y Supralegalidad Constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1986.

ples esfuerzos de muchos individuos y grupos durante largo tiempo. Sólo así podrá el pueblo apoderarse de su soberanía y desempeñar el papel protagonista que le corresponde en el proceso político nacional. Para el logro de este objetivo, los mecanismos de participación, control y vigilancia populares abren avenidas a los partidos y movimientos políticos y sociales que no existían antes y que pueden contribuir a crear un clima en el cual no sólo se asegure la intervención ciudadana en la toma de decisiones públicas sino que se garantice también el ejercicio de las libertades por tirios y troyanos. En tal sentido, la participación democrática resulta imprescindible para generar el medio ambiente nutricional de una cultura de los derechos humanos como lo ratifica la propia ley de leyes al disponer en su artículo 377 que deben someterse a referendo derogatorio las reformas constitucionales sobre derechos fundamentales, si así lo solicita el cinco por ciento del censo electoral. Por lo demás, el proyecto de ley estatutaria sobre instituciones y mecanismos de participación ciudadana, que el gobierno presentó al Congreso en febrero pasado, consulta el espíritu y la letra de la Constitución en forma mucho más fiel que el proyecto sobre estados de excepción. En principio, la propuesta oficial desarrolla las seis figuras nuevas en una perspectiva democrática, aunque la revocatoria del mandato se restringe sin justificación alguna a los alcaldes municipales y a los gobernadores departamentales, con lo cual los representantes políticos de la población —senadores, representantes, diputados, concejales

y ediles—, siguen siendo incontrolables y por tanto irresponsables. Si donde existe la misma razón, debe existir la misma disposición, no se ve por qué puede revocarse el mandato de los unos (los personeros ejecutivos o administrativos) y no el de los otros (los personeros legislativos o parlamentarios), cuando todos ellos han recibido la investidura popular y tienen que responder ante el público por su gestión, como es apenas obvio tratándose de una democracia participativa.

Al lado de estos seis mecanismos generales, la constitución del 91 diseña tres mecanismos específicos de protección de los derechos fundamentales: la tutela, la acción de cumplimiento y las acciones populares.

2.7. Por sí sola, la tutela merecería capítulo aparte. Para efectos de la presente sinopsis, basta con subrayar su significación política y refutar los argumentos especiosos con los cuales se ha pretendido no tanto desvirtuarla cuanto satanizarla. Respecto de lo primero, hay que señalar que la novísima figura del artículo 86 constitucional entraña una devolución de poder a los ciudadanos, propone la vinculación de la justicia al cambio social y apunta a una nueva estructura jerárquica de la rama jurisdiccional. En efecto, la racionalidad finalista del amparo colombiano, tal como lo llamábamos en el II Foro Nacional por los Derechos Humanos en 1982, no es, no puede ser otra que restablecer a los asociados en su derecho natural de defender las libertades concretas para evitar que sean violadas o que no puedan ejercitarse por acción o por omisión de

cualquier autoridad e incluso de los particulares en ciertos casos. Este poder ciudadano para meter en cintura a las autoridades arbitrarias o pertinaces implica, a su vez, una nueva política judicial en la medida en que al responder a las acciones de tutela los jueces pueden proferir órdenes administrativas, intervenir en procesos públicos de diverso orden y, en general, impulsar el cambio social y la participación ciudadana so pretexto de la protección de los derechos constitucionales fundamentales. Pero una tal vinculación de la justicia a la administración a través de la garantía de las libertades básicas, que ha sido tomada de los modelos norteamericano y alemán, no es la única innovación que comporta la tutela de cara a la rama jurisdiccional. El otro cambio importante en esta materia consiste en que, sin decirlo explícitamente, el constituyente del 91 convirtió a la Corte Suprema de Justicia en una corte de casación e hizo de la Corte Constitucional el tribunal supremo del Estado colombiano. La explicación es simple: al perder su condición de tribunal constitucional, la antigua Corte Suprema queda reducida a un tribunal de casación y, junto al Consejo de Estado, cae bajo la subordinación de la nueva Corte Constitucional, la cual prevalece sobre cualquier otra autoridad judicial en todo cuanto concierne a derechos y libertades pues el artículo 86 le da la última palabra en esta materia estratégica. Si se acepta que el tema humanitario es el centro de gravedad del ordenamiento fundamental, forzoso es concluir que la estructura jerárquica de la justicia ha cambiado

y que el organismo de cúpula es hoy el guardián de la constitución y, en cuanto tal, el protector de los derechos.

Las objeciones técnicas formuladas por magistrados y abogados contra la tutela o su reglamentación (Decretos 2591 de 1991 y 306 de 1992) son, en realidad, argumentos políticos contra la constitucionalización de los derechos humanos. Así se pone de manifiesto en una somera revisión del debate incoado en torno al amparo colombiano por los altos tribunales y algunos conspicuos voceros de la profesión legal en los últimos meses de 1991 y en los primeros meses de 1992. Se dice que la tutela viola el principio de la cosa juzgada y ello no puede ser visto más que como un delito de lesa majestad; que la nueva acción es responsable de agravar la congestión de la justicia; y que con su libre ejercicio termina por desquiciarse la tradicional jerarquía judicial del país. Puede replicarse a estos tres argumentos de la siguiente manera: es evidente que la tutela limita los efectos de la cosa juzgada pero ello no tiene por qué considerarse como un atentado contra la seguridad jurídica, sino como una exaltación de la libertad y dignidad de las personas, que se convierten ahora en el valor supremo del sistema al cual han de plegarse las demás normas y decisiones, incluidas las sentencias ejecutoriadas, cuando vulneran los derechos fundamentales; si el precio que tenemos que pagar por hacer efectivos nuestros derechos es el de sacrificar la sacrosanta estabilidad de los fallos judiciales, pues hay que

hacerlo con alegría, porque es más importante la persona que la regla. En cuanto a la avalancha de acciones de tutela que parece haberse presentado en los últimos meses, es de mala fe atribuir a un recurso ciudadano—que además debe resolverse en días o en semanas—, el entramamiento estructural de tribunales y juzgados, que es un fenómeno de años y décadas, producido por una legislación individualista, privatista y ritualista, por una comunidad legal mediocre y corrupta y por el abandono crónico por parte de la tecnocracia y de la clase política. Nótese además que los colombianos han descubierto que una tutela de diez días puede ofrecerle soluciones que no han conseguido mediante juicios ordinarios de seis o siete años, y que la invocación masiva de la nueva acción no es más que la judicialización de las querellas ciudadanas que han venido reclamando de tiempo atrás los partidarios del orden. La denuncia del supuesto desquiciamiento de la rama, no encubre otra cosa que la ignorancia o el desacato de la nueva constitución, de su principio rector (la defensa de los derechos humanos) y de su tribunal supremo (la Corte Constitucional). La moraleja de esta parte de nuestra historia es que hay que tutelar la tutela para evitar que ésta, la mejor herramienta con que ha contado la democracia de los derechos en Colombia, muera en manos de los legistas.

2.8. La acción del artículo 87 implica la posibilidad ciudadana, inédita hasta ahora, de pedir a cualquier

juez no sólo el reconocimiento de los derechos sino también el cumplimiento de las leyes o de los actos administrativos, caso en el cual la decisión judicial “ordenará a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido”. Comparable al *writ of mandamus* de la justicia norteamericana, la acción de cumplimiento se resuelve en una orden administrativa del juez, mediante la cual protege lo que podríamos llamar el derecho a la ley, esto es, la legítima aspiración de cada ciudadano a que toda ley o decisión de la autoridad se aplique o ejecute, sin importar que ella sea general o particular, benéfica o perjudicial. La redacción de la norma sugiere que puede ser aplicada directamente, sin necesidad de desarrollo legal o reglamentario, como en el caso del artículo 93 sobre prevalencia del derecho internacional de los derechos humanos en el orden interno. Lo importante, sin embargo, es que este nuevo recurso puede servir para vencer la inveterada costumbre del “se obedece pero no se cumple”, gracias a la cual más de la mitad de las prácticas y relaciones sociales en las que está envuelta la población nacional corresponde a la noción de ilegalismo y constituye un mentís cotidiano del imperio del derecho. Si hay algo más antiético y antijurídico que una situación generalizada de corrupción y violencia es una situación generalizada de corrupción y violencia decorada o escenificada por las formas del derecho.

2.9. Gracias en parte al rescate que hiciera Germán Sarmiento Palacio de las acciones populares en favor

de los bienes de uso público y de daño contingente, de que tratan los artículos 1005 y 2359 del Código Civil¹², la Constituyente de 1991 reconoció la personería jurídica del sujeto colectivo para efectos de la defensa de sus derechos e intereses propios. En consecuencia, bienes comunales como el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros que definirá la ley, pueden ser protegidos por medio de las acciones populares del artículo 88 constitucional. Tales herramientas tienen ventajas apreciables que deben subrayarse: reconocen el carácter colectivo de la mayoría de los conflictos existentes hoy en el país, que son otras tantas disputas por los bienes políticos, económicos, sociales y culturales, y por este camino hacen posible la administración de remedios también colectivos; ahorran recursos procesales; y estimulan la confederación de intereses y de esfuerzos para litigar por las vías del derecho lo que de otro modo tendría que ajustarse por las vías de hecho, como sucede hoy en casi todos los escenarios de nuestra vida social. Emparentadas con las acciones de clase del sistema anglosajón, las acciones populares pueden ejercitarse en los pequeños teatros donde se aprenda la sabia lección que encierran estas palabras de un ensayista francés:

"La discordia, lejos de ser un error o un arcaísmo de la sociabilidad, es nuestro bien político más

preciado [...] La excelencia de la democracia, su superioridad sobre todas las demás formas de coexistencia humana, reside precisamente en el hecho de haber institucionalizado el conflicto inscribiéndolo en el principio mismo de su funcionamiento".¹³

En este orden de ideas, es harto probable que el ideal de paz política a que apunta la constitución de 1991 no sea el de una sociedad armoniosa y transparente, finalmente reconciliada consigo misma, sino más bien el de una sociedad litigiosa, en tregua democrática, que privilegie los pleitos sobre las guerras privadas y que haga más énfasis en los medios que en los fines. Esta utopía procesal descansa en la democracia como el único tipo de régimen político que conviene a la persona humana porque se funda en una concepción plural de la verdad y no aspira a la unanimidad sino a la igualdad en la libertad y en la diversidad. Así lo planteaba el jurista austríaco Hans Kelsen en 1929:

La concepción filosófica que presupone la democracia es el relativismo. La democracia concede igual valor a la voluntad política de cada uno, porque todas las opiniones y doctrinas son iguales para ella, por lo cual les concede idéntica posibilidad de manifestarse y de conquistar las inteligencias y voluntades humanas en régimen de libre concurrencia.

Tal es la razón del carácter democrático del procedimiento dialéctico de la discusión, con el que

12. SARMIENTO PALACIO, Germán. *Las Acciones Populares en el Derecho Privado Colombiano*. Bogotá: Banco de la República, 1988.

13. FINKIELKRAUT, Alain. *La Memoria Vana: Del Crimen contra la Humanidad*. Barcelona: Anagrama, 1990, p. 110.

funcionan los parlamentos y asambleas populares. Por eso mismo, el poder mayoritario de la democracia no es posible sin una minoría opositora a la que ineludiblemente ha de proteger, y por esto también la política democrática es transaccional, del mismo modo que el relativismo tiende a procurar la compensación de los puntos de vista contrapuestos, ninguno de los cuales puede aceptarse íntegramente y sin reservas, y con negación completa del otro. La relatividad del valor de cualquier fe política, la imposibilidad de que ningún programa o ideal político pretenda validez absoluta [...] induce imperiosamente a renunciar al absolutismo en política: sea el absolutismo de un monarca, de una casta sacerdotal, aristocrática y guerrera, de una clase o de cualquier grupo privilegiado¹⁴.

Mas allá de la nueva carta de derechos humanos, la única garantía eficaz de las libertades públicas de los colombianos radica en la justicia en su doble acepción de servicio público y de experiencia colectiva, es decir, como mecanismo institucional de solución de conflictos a través de tribunales y juzgados, y como política de asigna-

ción de recursos económicos, políticos y culturales en todos los niveles de la organización social. Del mismo modo que, como dice René Girard, el control democrático de la violencia intrasocietaria reposa por entero en "un organismo soberano independiente capaz de reemplazar a la parte lesionada y reservarle la venganza"¹⁵, que no es otro que la justicia judicial, la gestión democrática de la vida cotidiana depende de un equilibrio dinámico y siempre inestable entre el orden y las libertades, entre la autoridad y los derechos, que sólo puede mantenerse como tensión creadora con la mediación de la justicia económica, política y cultural. Sin justicias, como sin mayorías y minorías, por más libertades que se consagren o por más elecciones que se realicen, la democracia se reduce al constitucionalismo y al garantismo. Ningún texto constitucional, por bien intencionado, innovador o legítimo que sea, podrá suplir la tarea inaplazable de redistribuir los bienes y reconstruir las relaciones, de manera que los derechos humanos, con todo su potencial de participación y de cambio, tengan una primera o una segunda oportunidad sobre esta tierra.



14. Citado por: ARAGON REYES, Manuel. "Estudio Preliminar a Carl Schmitt". En: *Sobre el Parlamentarismo*. Madrid: Tecnos, 1983, p. XXV y XXVI.

15. GIRARD, René. *La Violencia y lo Sagrado*. Barcelona: Anagrama, 1983, p. 25.