



**XVII ENCUENTRO**

# TODOS SOMOS

## JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

**MEMORIAS**

**29 · 30**  
**SEPTIEMBRE**  
**2022**

ISSN 2954-7962



Implementado por  
**giz** Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH



**Universidad del Rosario**

Universidad **Externado** de Colombia  
VIGILADA EDUCACION



Rama Judicial  
 Consejo Superior de la Judicatura  
 República de Colombia

Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla"



**Presidenta**

Cristina Pardo Schlesinger

**Vicepresidenta**

Diana Fajardo Rivera

**Magistrados/as**

Antonio José Lizarazo Ocampo  
Enrique Ibáñez Najar  
Alejandro Linares Cantillo  
Paola Andrea Meneses Mosquera  
José Fernando Reyes Cuartas  
Natalia Ángel Cabo  
Hernán Correa Cardozo

**Coordinador Editorial**

Juan Camilo Rivadeneira Vélez  
Ana María Ramos Serrano

**Líderes de la agenda académica**

Diana Margarita Zea Amortegui  
Tomás Carrizosa Aparicio  
Ana María Montoya Caballero  
Carolina Restrepo Herrera  
Alexandra Fonnegra Castro

**Equipo Proyecto GIZ –****Corte Constitucional**

Christoph Lukits (responsable)  
Valeria Molina  
Adriana Beltrán  
Jessica Lozada

**Desarrollo de contenidos**

Fundación Enlaza

**Diseño y diagramación**

Cactus Taller Gráfico

**ISSN 2954-7962****Agradecimientos**

Consejo Superior de la Judicatura  
Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla  
Centro de Documentación Judicial  
RTVC Sistema de Medios Públicos  
Cooperación Alemana – GIZ Colombia  
Universidad Externado de Colombia  
Universidad del Rosario  
Hotel Duruelo

**Equipo despacho magistrada****Cristina Pardo**

Carolina Restrepo  
Ingrid Gissed Suárez Osma  
Roberto de Jesús Bula Gutiérrez  
Viviana Giraldo Gómez  
Martha Elvira Rodríguez Guerrero  
Rafael Arturo Sánchez Suárez  
Johan David Enciso Osorio  
Linda Constanza Forero Ruiz  
Ximena del Pilar Rincón Castellanos  
Ana Cristina Henao Bedoya  
Pablo Augusto Buendía Arbeláez  
Julián Hernando Hernández Palacios  
Doralba Muñoz Muñoz  
Andrea Galvis Malagón  
Ana Isabel Riveros Colorado  
Laura Rudas Lleras  
Santiago Alpiniano García Giraldo  
Cristian David Montaña Santos  
Paola Andrea Sereno Contreras

**Equipo de divulgación y Prensa**

Nancy Liliam Torres Leal  
Jacobó Beltrán Garzón  
Clara Patricia Montoya Henao  
Fernando Pérez Benavides  
Miguel Alejandro Orozco Naranjo

**Equipo Presidencia**

Mariana Eleonora Mora Munera  
Silvana María Russi Salazar  
Lorena Isabel Álvarez Cumplido  
Víctor Manuel Mondragón Sánchez  
Marinela Quintero Pérez  
Fernando Pérez Barbosa

**Equipo Sistemas**

Isaac Sáenz Cruz  
Eduard Fernando Montenegro Santana

**Equipo Coordinación Administrativa**

Rafael Gómez Agudelo  
Camilo Andrés Quimbay González  
Lina Marcela Páez Rivera  
Andrés Miguel Iriarte Padilla

# TABLA DE CONTENIDO

|  |    |   |     |
|--|----|---|-----|
| <b>GLOSARIO</b> .....  | 4  | Grupo de Trabajo C  |     |
| <b>PRESENTACIÓN</b> .....  | 5  | <b>PROTECCIÓN JUDICIAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES, CULTURALES Y AMBIENTALES</b> .....                           | 85  |
| <b>PALABRAS DE APERTURA</b> .....  | 6  |   |     |
| Ramiro Barragán Adame .....  | 7  |   |     |
| Josué Javier Castellanos Morales .....   | 9  | Conferencia Magistral   |     |
| Magistrada Cristina Pardo Schlesinger .....  | 10 | <b>EMERGENCIA CLIMÁTICA. ALCANCE Y OBLIGACIONES INTERAMERICANAS DE DERECHOS HUMANOS (RESOLUCIÓN 03 DE 2021)</b> ..... | 103 |
| Panel Inaugural  |    |   |     |
| <b>LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO: LOGROS Y DESAFÍOS</b> .....                 | 15 |   |     |
| Néstor Iván Osuna Patiño .....   | 18 | Panel Eje Dos   |     |
| Alí Vicente Lozada Prado .....   | 23 | <b>PRECEDENTE CONSTITUCIONAL: RETOS Y POSIBILIDADES</b> .....   | 111 |
| Alexei Julio Estrada .....   | 27 | Manuel José Cepeda Espinosa .....   | 112 |
| Magdalena Inés Correa Henao .....  | 31 | Nelsy López Cuellar .....   | 118 |
|  |    | Octavio Augusto Tejeiro Duque .....   | 122 |
| Panel Eje Uno  |    | Rocío Araújo Oñate .....  | 126 |
| <b>DIÁLOGOS CON LA CORTE CONSTITUCIONAL Y TRIBUNALES INTERNACIONALES</b> .....       | 36 |   |     |
| Laura Victoria García Matamoros .....  | 40 | <b>GRUPOS DE TRABAJO EJE DOS</b> .....  | 131 |
| Humberto Antonio Sierra Porto .....  | 41 | Grupo de Trabajo A  |     |
| Patricia Pérez Goldberg .....  | 47 | <b>LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO LABORAL Y DE SEGURIDAD SOCIAL</b> .....                                       | 132 |
| Natalia Torres Zúñiga .....  | 50 | Grupo de Trabajo B  |     |
|  |    | <b>LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PENAL</b> .....   | 147 |
| <b>GRUPOS DE TRABAJO EJE UNO</b> .....   | 53 | Grupo de Trabajo C  |     |
| Grupo de Trabajo A   |    | <b>LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO</b> .....  | 158 |
| <b>BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD VS. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD</b> .....            | 54 | Grupo de Trabajo D  |     |
| Grupo de Trabajo B   |    | <b>LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO CIVIL</b> .....   | 172 |
| <b>EFICACIA DE LAS SENTENCIAS ESTRUCTURALES Y CONSTITUCIONALISMO DIALÓGICO</b> ..... | 71 |   |     |
|  |    | <b>CONFERENCIA DE CIERRE</b>  |     |
|  |    | Diana Fajardo Rivera .....  | 188 |

# GLOSARIO

**CADH**

Convención Americana de Derechos Humanos

**CIDH**

Corte Interamericana de Derechos Humanos

**CPACA**

Código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo (Ley 1437 de 2011)

**DESCA**

Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales

**DIDH**

Derecho Internacional de los Derechos Humanos

**ECI**

Estado de Cosas Inconstitucional

**JEP**

Jurisdicción Especial para la Paz

**PAIS**

Programa de Acción por la Igualdad y la Inclusión Social

**PIB**

Producto Interno Bruto

**REDESCA**

Relatoría Especial sobre los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales

## PRESENTACIÓN

Durante el año 2022, la Corte Constitucional ha trabajado para lograr el cohesionamiento de los jueces de las jurisdicciones especializadas, en su rol de jueces constitucionales. Como es sabido, la jurisdicción constitucional, salvo por la Corte Constitucional, carece de estructura orgánica y solo existe funcionalmente, cuando los jueces de las otras jurisdicciones asumen el papel de jueces constitucionales para atender demandas de tutela.

La Corte detectó la necesidad de cohesionar a esa jurisdicción funcionalmente constitucional. Para ello ha realizado diferentes acercamientos a ella a través de diversas estrategias.

Una de ellas fue el Encuentro de la Jurisdicción Constitucional, que en 2022 tuvo lugar en Villa de Leyva, Boyacá, bajo el lema “Todos somos Jurisdicción Constitucional”.

Su objetivo explícito fue el de empoderar a todos los jueces y magistrados como jueces constitucionales. No solo cuando resuelven acciones de tutela, sino también cuando en las sentencias proferidas como jueces de las jurisdicciones ordinaria o contencioso administrativa resuelven asuntos de estas especialidades. En efecto, también allí la interpretación de cada rama del derecho debe hacerse desde la perspectiva constitucional y por eso cada uno de ellos debe procurar la constitucionalización de su especialidad. Solo así la Carta fundamental tendrá verdadera proyección normativa y estará llamada a cambiar la realidad.

El encuentro estuvo precedido de talleres de intercambio de buenas prácticas que, con el apoyo de GIZ y el Consejo Superior de la Judicatura, se realizaron en siete departamentos del país, lo que ha ayudado a hacer visibles problemas y medidas de mejoramiento en el trámite de tutelas.

Las temáticas de las conferencias y paneles que se llevaron a cabo en Villa de Leyva buscaron acercar a la Corte Constitucional con las otras jurisdicciones y tocar aquellos temas más sensibles, en donde la jurisprudencia constitucional no ha logrado su cabal recepción. La Corte acudió no a un “choque de trenes”, sino a un diálogo sincero y abierto, constructivo y enriquecedor.

Adicionalmente, la Corte también quiso propiciar una conversación entre autoridades judiciales nacionales e internacionales, alrededor de lo que hoy se denomina el “Derecho Constitucional Global”.

Fueron dos jornadas de trabajo intenso pero interesante, que abrieron caminos de diálogo entre las jurisdicciones y permitieron conocer posturas disidentes en las distintas ramas del derecho, a fin de lograr espacios de unificación.

Esta labor contó con la invaluable cooperación de la Escuela judicial Rodrigo Lara Bonilla y de la Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit, GIZ. Esta última institución alemana de cooperación internacional apoyó económicamente los talleres piloto previos al Encuentro y la Relatoría del trabajo del mismo, que ahora se presenta en este ejemplar virtual. En él se hace una excelente memoria de todo lo dicho, lo examinado, lo controvertido y lo consensuado en este feliz Encuentro de la Jurisdicción constitucional.

Muchas gracias a la GIZ que hizo posible presentar a ustedes este trabajo de Relatoría.

**Magistrada Cristina Pardo Schlesinger**  
Presidenta de la Corte Constitucional

**Palabras  
de apertura**



**Ramiro  
Barragán Adame**  
Gobernador  
de Boyacá

Para el departamento de Boyacá es muy importante contar con la presencia del máximo intérprete de la Constitución, justo aquí en la última morada de Antonio Nariño, prócer de la independencia y quien transcribió la Declaración Universal de los Derechos Humanos en reivindicación de la dignidad de las personas y el bienestar de las comunidades. Como gobernador quiero expresarles mi sentimiento de regocijo por haber acogido esta tierra de libertad que representa tanto para la progresividad de los Derechos humanos y para la independencia y autonomía de las personas y de los pueblos en la historia de Colombia. Es por esto que celebro su presencia y les doy la más fraternal bienvenida.

Para nosotros como boyacenses y, en especial, para el hermoso municipio de Villa de Leyva, es todo un honor tener a tan dignas personalidades hoy haciendo presencia en este lugar tan emblemático no sólo para nosotros los boyacenses, sino para los colombianos y para la humanidad. En su arquitectura, Villa de Leyva todo su patrimonio histórico y cultural que ha marcado el devenir de esta hermosa tierra llamada Colombia.

Correspondiendo al asunto que nos convoca, desde la óptica del gobierno departamental se observa cómo la Constitución Nacional permite la interpretación y la realización de las normas jurídicas. En facultad de magistrados de la Corte Constitucional, ustedes son los máximos intérpretes que hacen que el ordenamiento jurídico interno tenga correspondencia con las disposiciones, los presupuestos y las finalidades que demandan interpretación al momento de la realización de las leyes. No en vano se dice que a partir de la Constitución de 1991 se materializó la constitucionalización del Derecho en todas sus áreas. No hay norma en Derecho sustancial o en Derecho Procesal que no ha de interpretarse, entenderse y aplicarse a la luz de las disposiciones que emanan de la Constitución, sin perder el norte de la concepción de un Estado Social y Democrático de Derecho, es decir, en conexión con el bienestar social, con la paz y la solidaridad que nos invita a reflexionar respecto a las condiciones para lograr una verdadera igualdad de oportunidades para todos.

Es importante —y lo digo como ciudadano—, resaltar el papel que la Corte y todos sus magistrados poseen en reivindicar los derechos de los ciudadanos. Estamos en un departamento respetuoso de las normas, considerado con la división de los poderes del Estado, pero, sobre todo, un departamento en el que nos sentimos orgullosos de nuestro origen campesino, de aquella gente que labra la tierra y donde siempre hemos estado esperanzados de que las decisiones tomadas por las cortes y, en

“  
**Cuando la interpretación y la aplicación de la ley no armonizan con las problemáticas sociales, la norma no representa los propósitos que emana el deber ser.**

”

especial la Corte Constitucional, siempre tiendan a defender la propiedad y la igualdad de aquellos campesinos que a veces por su falta de acceso a la justicia, por su falta de conocimiento o por disputas internas, terminan perdiendo derechos sobre las tierras que heredaron milenariamente.

Desde el punto de vista histórico es importante dar una mirada a la cronología constitucional de Colombia. ¿Dónde se hizo lo posible por plasmar unas ideas que se ajustaran a nuestra cultura, ambiente y realidades latentes? Precisamente aquí, en este departamento. A pesar de que en Villa de Leyva vemos unas montañas relativamente áridas que esconden tesoros dados por la paleontología, este territorio conserva la riqueza más grande que puede tener Colombia representada en los páramos boyacenses, ecosistemas frágiles que requieren de su protección, que demandan una mirada equitativa para lograr la supervivencia del ser humano, toda vez que necesitamos defender el principio de vida que es el agua y es allí, en estos páramos, donde surge la vida.

Ahora bien, cuando la interpretación y la aplicación de la ley no armonizan con las problemáticas sociales, la norma no representa los propósitos que emana el deber ser. Lo esperado es que cada norma que se aplique corresponda y respete los designios de nuestra Carta Magna. Al respecto, quiero resaltar que nuestra Constitución comprende los Tratados Internacionales de Derechos humanos, Colombia hace parte de la globalidad y debe entrar en la interrelación con reconocimientos y compromisos en la defensa del medio ambiente y de los territorios en función de los intereses internacionales para el sostenimiento del planeta y las garantías de los ciudadanos que debe proteger.

Dicho esto, es allí donde hablamos de los ecosistemas frágiles que debemos proteger entre todos y que, por supuesto, nosotros como autoridades administrativas y como líderes comunitarios comprendemos que siempre debemos salvaguardar, siempre acogiéndonos a esas normas que ustedes defienden e interpretan en el ejercicio de garantizar los derechos de nosotros como seres humanos. De ahí que, sentimos que se está haciendo un trabajo de gran relevancia.

Finalmente, quiero agradecerles a ustedes nuevamente por la presencia en esta hermosa tierra de Boyacá, tierra de libertad, derechos y oportunidades; tierra que también cuenta con muchos atractivos turísticos, que hace sentir muy bien al turista y donde nos alegra enormemente que personalidades como ustedes hoy sigan engrandeciendo nuestro hermoso departamento de Boyacá. Dios los bendiga. ¡Bienvenidos a Boyacá!





**Josué Javier  
Castellanos  
Morales**  
Alcalde de  
Villa de Leyva

Inicio expresando mis profundos agradecimientos por considerar nuestro municipio como sede del XVII Encuentro Todos Somos Jurisdicción Constitucional, un evento que año tras año da a conocer las últimas jurisprudencias y permite crear un espacio de diálogo con las diferentes especialidades de todas las convicciones. Ello coincide con la celebración de los 450 años de la fundación de Villa de Leyva. Al respecto, la historia menciona que la villa de nuestra señora Santa María de Leyva fue fundada el 12 de junio de 1572 por orden de Don Andrés Díaz Venero de Leyva quien fuera el primer presidente del nuevo reino de Granada. La fundación se realizó sobre un valle denominado sacro principal y un suelo dejado por el mar en periodo cretáceo; prueba de ello son los millones de moluscos fosilizados que se denominan amonitas y más de los tres enormes reptiles que han sido encontrados en nuestro territorio.

Estos hallazgos permiten hacer una referencia directa a la realización del Congreso de las Provincias Unidas en 1812 donde se sostuvo un diálogo entre los federalistas liderados por Camilo Torres y los centralistas a cargo de Antonio Nariño. Este diálogo tuvo lugar en una casona en el costado nororiental de nuestra casa principal, sumado al nacimiento del prócer de la independencia don Antonio Clemente José María Bernabéu Ricaurte Lozano quien, siendo un oficial del ejército patriota, se instaló en la Hacienda Santa Fe. Del mismo modo, nuestro municipio también ha sido testigo de la presencia de don Antonio Nariño de Álvarez quien tradujo del francés al español los derechos del hombre y trabajó incansablemente por abolir la esclavitud, lucha que perdió y esto le costó estar preso en las bóvedas de Cartagena.

Fueron estos hitos de la historia los que llevaron a que el teniente general Gustavo Rojas Pinilla siendo presidente de la República en 1954 declarara a Villa de Leyva como monumento nacional para su cuidado y salvaguarda. Hoy al igual que en 1812 y ante la necesidad urgente de un diálogo enérgico y respetuoso con toda la comunidad jurídica del país, Villa de Leyva es nuevamente sede del encuentro de las distintas instituciones que administran la justicia. Así pues, en nombre de la administración municipal Villa de Leyva, me permito dar una calurosa bienvenida a este gran evento a todos los asistentes y participantes. Anhelamos que los conocimientos y experiencias compartidas continúen favoreciendo la aplicación de la justicia en favor de los derechos y las necesidades de los ciudadanos y, por adición, propicien una oportunidad para disfrutar de la variada propuesta cultural, turística y gastronómica de nuestro municipio.

Recuerden que Villa Leyva es única en Colombia y en el mundo.



**Magistrada  
Cristina Pardo  
Schlesinger**  
Presidenta de la  
Corte Constitucional

Señor presidente de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador, doctor Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo, presidente del Consejo de Estado doctor Carlos Enrique Moreno Rubio, señor presidente del Consejo Superior de la Judicatura doctor Jorge Luis Trujillo Alfaro, señora presidenta de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial doctora Diana Marina Pérez Vásquez, señor ministro de justicia y del derecho doctor Néstor Iván Ospina Patiño, señor secretario jurídico de la Presidencia de la República doctor Vladimir Fernández Andrade, señor vicepresidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos doctor Humberto Sierra Porto, señora relatora para los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos Soledad García, señor vicepresidente del Consejo Superior de la Judicatura doctor Aurelio Rodríguez Guzmán, señora vicepresidenta de la Comisión de Disciplina Judicial doctora María Victoria Acosta Walteros, señor gobernador de Boyacá Ramiro Barragán Adame, señores magistrados, secretaría general y servidores de la Corte Constitucional.

Señores exmagistrados de la Corte Constitucional, señores magistrados de las otras altas cortes, señor vice defensor del pueblo doctor Luis Andrés Fajardo Arturo, señor vice contralor de la Contraloría General de la República Ricardo Zuluaga Gil, señor alcalde de Villa de Leyva Josué Javier Castellanos Morales, señores magistrados de los tribunales y jueces de la Rama Judicial, señores panelistas, señores de organismos internacionales y de cooperación, señor maestro Víctor Roperro director de la banda sinfónica del Carmelo de Villa de Leyva e invitados en general.

Ante todo quiero agradecer a todos los presentes por haber acudido a nuestro encuentro, así como a todos los que nos siguen por medio de la televisión y las redes sociales y mencionar mi agradecimiento muy especial a todo el equipo de presidencia de la Corte Constitucional y a mi despacho, así como al señor alcalde de Villa de Leyva por la cooperación en la organización de este evento, gracias a este esfuerzo podemos estar todos juntos aquí hoy

El Encuentro de la Jurisdicción Constitucional tiene este año dos grandes propósitos: En primer lugar, dialogar con las autoridades judiciales que forman parte de la jurisdicción constitucional, así como con los tribunales y organismos internacionales de protección de los derechos humanos; Y de otro lado, empoderar en su rol de jueces constitucionales a los jueces de la jurisdicción ordinaria en cada una de sus especialidades, a los de la jurisdicción contenciosa, la disciplinaria y la especial para la paz. Es decir, a todos los jueces de Colombia.

“  
**No obstante, es absolutamente importante que en un asunto tan trascendente como la defensa de la supremacía de la constitución, la jurisprudencia de toda la Rama Judicial tenga la misma voz.**  
”

No en vano el Encuentro que hoy se inicia hoy lleva el título “Todos Somos Jurisdicción Constitucional”. Y lleva este nombre porque tiene un propósito concreto que es el de recordar a todos los jueces y magistrados del país que no solo en materia de tutela, sino en cualquier otro proceso judicial, obran también como jueces constitucionales.

Se busca recordar que aun cuando la Carta Política le confió a la Corte Constitucional la guarda de su integridad y supremacía, esta misión no se logrará satisfactoriamente si no se realiza con el apoyo de los jueces y magistrados que integran las jurisdicciones especializadas. Desde luego, en un Estado de derecho que es participativo, social y pluralista, regido por una constitución cuya fuerza normativa es reconocida, todas las personas y todas las autoridades somos intérpretes de la Constitución y contribuimos a darle vida a sus normas, a generar oportunidades reales para consolidar, cada vez con mayor amplitud y profundidad, la participación democrática, la convivencia social pacífica respetuosa de la diversidad y para realizar, de modo concreto y palpable, los derechos fundamentales.

Aun cuando los demás órganos del poder público, en especial el legislador y la administración, son relevantemente importantes para el cumplimiento de esa meta de hacer realidad la Constitución, el papel de la jurisdicción en general y de la jurisdicción constitucional en particular, a la cual pertenecemos todos los jueces de tutela, ha sido significativo. Cada vez que, un juez se dispone a resolver una acción de tutela para garantizar la efectividad de un derecho fundamental, le da vida a la constitución, pues esta deja de ser letra muerta. Pero, también cuando actúa como juez especializado, al interpretar las leyes y la normatividad reglamentaria en clave de la constitución, consolida su fuerza normativa y la proyecta a las realidades jurídicas propias de cada área del derecho, logrando su verdadera supremacía.

No obstante, es absolutamente importante que en un asunto tan trascendente como la defensa de la supremacía de la constitución, la jurisprudencia de toda la Rama Judicial tenga la misma voz. La Corte Constitucional observa que, en algunos asuntos, su jurisprudencia, especialmente la sentada al resolver demandas contra providencias judiciales, no ha sido de recibo en las jurisdicciones especializadas. De esta manera, para lograr este propósito común de trabajar juntos para resguardar la supremacía de la constitución, esperamos que las jornadas que ahora empiezan sean un espacio para propiciar una conversación relevante de la Rama Judicial que permita identificar las dificultades que puedan haberse presentado en las otras jurisdicciones a propósito de la recepción de la jurisprudencia constitucional.

No se trata en absoluto de un “choque de trenes”, se trata de una conversación entre pares, de un diálogo horizontal, de una charla entre amigos. Vamos a bajar la guardia, a admitir que nuestra jurisprudencia puede estar equivocada. Que tal vez hay aristas que no se tuvieron en cuenta. Esa es la actitud en la que viene la Corte Constitucional.

Se habla ahora de la “justicia dialógica”. Quizás, ese concepto se asocie al de democracia deliberativa, pero en el terreno práctico apela al diálogo de la Rama Judicial con las otras ramas del poder y con las organizaciones de la sociedad civil. Lo que aquí se propone es un paso previo, es llevar a cabo un diálogo extra procesal al interior de la Rama Judicial, tan importante o aún más que, aquel otro que proponen los defensores de la justicia dialógica.

Y es que ese ponernos de acuerdo los jueces es primordial de cara a derechos y principios tan caros a la recta administración de justicia, como lo son el derecho a la igualdad y la seguridad jurídica. No es posible que sigamos manteniendo posiciones jurisprudenciales no unificadas. No solo al interior de cada una de las altas cortes, sino al interior de la Rama como un todo, debemos procurar una justicia predecible, igualitaria y sólida. Sin ello, difícilmente podremos traer a la realidad los mandatos constitucionales.

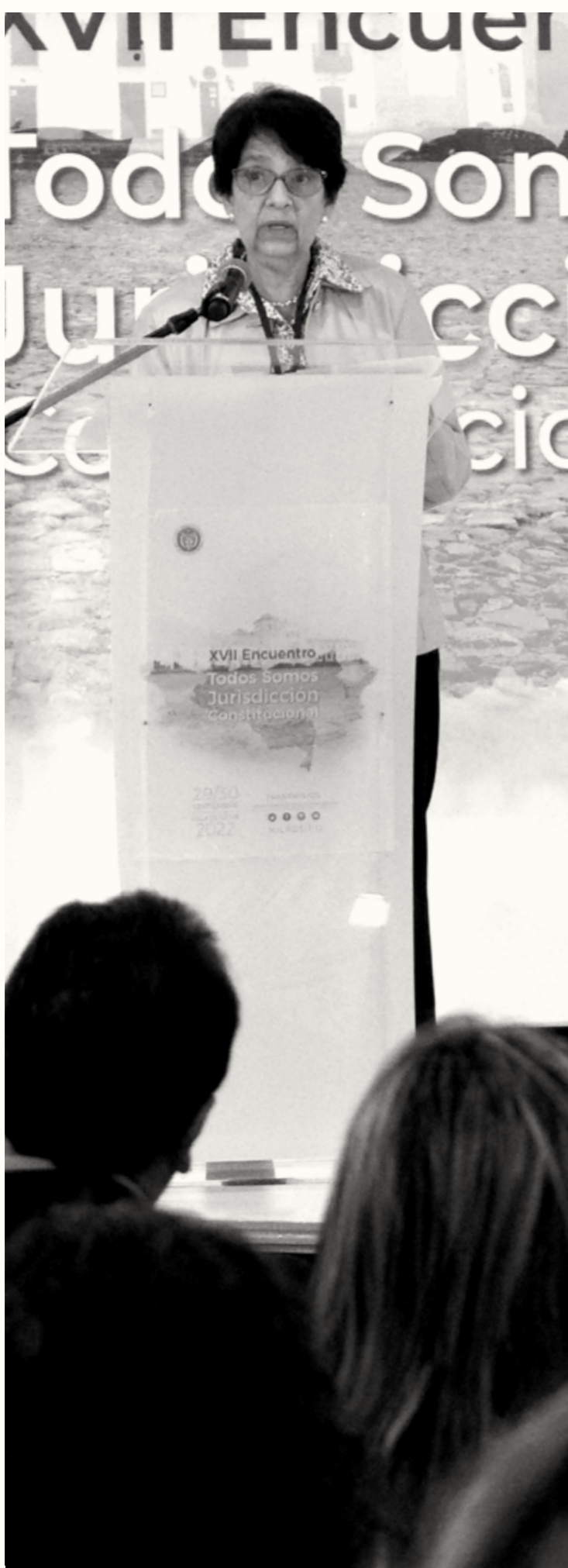
No se trata de defender la superioridad de ninguna de las posiciones, se trata de oírnos para entendernos. Lo haremos en un ambiente natural excepcional, pacífico y tranquilo, propicio para este encuentro, en el sentido más literal de la palabra.

Encontrémonos pues, pongámonos de acuerdo.

Para ello, se han programado paneles generales y talleres simultáneos, que abordarán las temáticas que más tensiones jurisprudenciales generan, que se evidencian en especial, pero no únicamente, en las acciones de tutela por violación del debido proceso.

Pero, los diálogos constitucionales que ahora se iniciarán no suponen solamente una reflexión nacional. Los debates en torno de los derechos humanos, o los derechos fundamentales, como quiera que se les llame según el contexto, no son solamente asuntos internos. Inevitablemente, la jurisprudencia interamericana e internacional vertida en esta materia interactúa con la de los tribunales nacionales. Se habla hoy de un derecho constitucional global o regional, que plantea grandes preguntas aún no resueltas, preguntas que exigen un diálogo abierto, un espacio de interlocución extra procesal, un mirarnos cara a cara para que sea más fácil oírnos, compartir perspectivas, analizar dificultades que en este terreno no son pocas y que inciden en la adecuada y ponderada administración de justicia nacional e internacional. Si bien, la Corte Interamericana y la Corte Constitucional tienen el mandato de aplicar e interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de interpretar y garantizar la supremacía de la Constitución Política, respectivamente, ello no impide reconocer el fin común de garantizar el respeto de los derechos y las libertades de las personas con fundamento en la dignidad humana. Nuevamente, el diálogo aparece como el mejor camino a seguir para lograr las metas comunes sin descuidar los mandatos específicos que justifican la existencia de cada corte.

Para estos diálogos, hemos invitado a algunos de los actores reales de la discusión, aquellos que desde esa perspectiva “global” o “regional” toman decisiones que impactan nuestras jurisdicciones. Será una oca-



“  
**Los controles sociales y políticos ejercidos por la sociedad y por las instituciones democráticas, resultan muchas veces efectivos y trascendentales para cumplir con esos objetivos y cuentan con la legitimidad democrática para hacerlo.**  
”

sión para hablar de la constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos y el fenómeno de la constitucionalización desde la Corte y otros tribunales internos. También, para preguntarnos sobre la evolución y el estado actual de la discusión sobre las relaciones entre el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad. Así mismo, para dar una mirada a la protección judicial actual de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. Estará también en la mira el debate actual en torno a los fallos estructurales y su seguimiento y a las soluciones que postula la doctrina del constitucionalismo dialógico.

Gracias a la magistrada de la Corte Interamericana, Patricia Pérez Golberg y a la relatora especial sobre derechos sociales, culturales y ambientales para la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Soledad García Muñoz, por venir a nuestro encuentro. Gracias también al vicepresidente de la Corte Interamericana, y ex magistrado de la Corte Constitucional Colombiana, Humberto Sierra Porto. Estamos aquí para oírlos con mucha atención y también para ser oídos por ustedes. Enriquecerá el debate la visión de nuestros vecinos ecuatorianos. La presencia del presidente de la Corte Constitucional del Ecuador, Magistrado Alí Losada, traerá aire fresco sobre la mirada con la que en su país se abordan los asuntos que aquí nos reúnen. Concretamente, nos hablará de la constitucionalización del derecho en el ordenamiento jurídico del Ecuador.

En el asunto de analizar las tensiones que la jurisprudencia de la Corte Constitucional plantea a las jurisdicciones internas especializadas de Colombia, examinaremos los retos y posibilidades del precedente constitucional y la necesidad de construirlo mancomunadamente. ¿Qué aristas relevantes de otras ramas del derecho ha dejado de lado la jurisprudencia constitucional que impidan su recepción y aplicación? En cada una de las especialidades de la jurisdicción ordinaria habrá un panel, un grupo de trabajo, para entablar este diálogo en aquellos asuntos en los que se detectan más desacuerdos o dificultades. Por su parte, en el diálogo con la jurisdicción contenciosa, en el panel abordará aquellos asuntos que han sido más difíciles para unificar la jurisprudencia, no solo al interior del propio Consejo de Estado, sino entre éste y la Corte Constitucional.

La Corte Constitucional reconoce que no está sola en la labor de materializar la supremacía constitucional ni en la lucha constante por respetar y garantizar la dignidad humana y los derechos que emanan de ella. Los controles sociales y políticos ejercidos por la sociedad y por las instituciones democráticas, resultan muchas veces efectivos y trascendentales para cumplir con esos objetivos y cuentan con la legitimidad democrática para hacerlo. Sin embargo, no se puede desconocer que el papel de la jurisdicción constitucional ha sido significativo en el respeto de las normas constitucionales. La relevancia del control constitucional judicial podría explicarse si se considera, entre otros aspectos, lo que significa este tipo de control, las características que exhiben las autoridades que lo ejercen y los medios de los que estas se valen para llevarlo a la práctica.



“  
**Bienvenidos  
todos a este  
encuentro en el  
que todos somos  
jurisdicción  
constitucional.**  
”

De otro lado, a diferencia de los controles sociales que en ocasiones son difusos, el control judicial se encuentra altamente institucionalizado, aunque esta característica resulta común también al control político ejercido por el Congreso de la República, las diferencias entre una y otra clase de control muestran los motivos por los cuales tiende a prevalecer el control judicial en la medida en que a diferencia del político que se funda en motivos de conveniencia y oportunidad, el control judicial procede por razones y argumentos institucionalizados y objetivables.

En fin, estar dispuestos como lo estamos en estos dos días a escuchar voces críticas e intentar comprender el fondo de lo que hacemos y el sentido de discrepancias razonadas, formuladas con actitud propositiva y constructiva, es la muestra más clara de que, en efecto, “Todos somos jurisdicción constitucional”.

Es este un ejercicio que se inició desde el momento mismo en que se les planteó a los panelistas el tema del evento. Ya desde ese instante comenzó un diálogo amistoso que seguramente dará inmensos frutos.

Empoderémonos todos como jueces constitucionales y propongamos todos poner lo que se exige de nuestra parte para administrar verdadera justicia, herramienta paradigmática para buscar la paz.

Bienvenidos todos a este encuentro en el que todos somos jurisdicción constitucional.

Panel Inaugural

**La  
constitucionalización  
del derecho:  
logros y desafíos**

# La constitucionalización del derecho: logros y desafíos



## Néstor Iván Osuna Patiño

Ministro de Justicia, Doctor en Derecho de la Universidad de Salamanca (España) y abogado egresado de la Universidad Externado de Colombia. Catedrático de Derecho Constitucional de esta última institución superior e investigador invitado del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM desde 1988, además de ser profesor invitado de la Universidad Carlos III de Madrid desde 2005. Se ha desempeñado como magistrado del Consejo Superior de la Judicatura, conjuce de la Corte Constitucional, editor de la Revista Derecho del Estado, miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional e investigador registrado en Colciencias. También es autor de varios libros y artículos en revistas nacionales e internacionales. Se desempeñó como director académico de la Universidad Externado de Colombia hasta su nombramiento como Ministro de Justicia en el actual Gobierno Nacional.



## Alí Vicente Lozada Prado

Doctor (Ph. D) en Derecho Público y Método Jurídico, magíster en Argumentación Jurídica de la Universidad de Alicante (España) y de la Universitat degli Studi de Palermo (Italia), con postgrados en Derecho Constitucional de la Universidad Andina Simón Bolívar de Ecuador y de la Universidad de Salamanca (España) y en Derecho Penal de la Universidad de Buenos Aires. Se desempeñó como representante titular de la República de Ecuador ante el Comité de Expertos del Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción de la OEA y director General Jurídico de la Comisión de Control Cívico de la Corrupción. Actualmente, es vocal del Observatorio DOXA de Argumentación Jurídica para el Mundo Latino, integrante del comité editorial de la Revista CAP Jurídica y miembro de número de la Academia del Colegio de Abogados de Pichincha. Es presidente de la Corte Constitucional del Ecuador.



## Alexei Julio Estrada

Abogado egresado de la Universidad Externado de Colombia, especialista en Derecho Constitucional y Ciencia Política del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid y doctor en Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. Trabajó durante varios años en la Corte Constitucional como magistrado auxiliar y, actualmente, se desempeña como director Jurídico de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Es autor de varios libros y artículos publicados en revistas nacionales e internacionales.



## Magdalena Inés Correa Henao

Abogada de la Universidad Externado de Colombia, especialista en Derecho Administrativo (Externado) y constitucional (CEPC), magíster en Administración y Gestión Pública (U. Amberes) y doctora en Derecho (U. Carlos III, Madrid). Ha sido magistrada auxiliar en la Corte constitucional de Colombia y, recientemente, formó parte del Grupo internacional de Expertos independientes para Bolivia conformado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y el Estado boliviano. Pertenece al proyecto ICCAL promovido por el Max Planck Institute de Heidelberg, a la asociación mundial de Derecho público ICON-S y al capítulo ICON-Colombia. Fue directora del departamento de Derecho Constitucional del Externado y, actualmente, integra el equipo de profesores de dicha institución.



## RESUMEN DEL PANEL

**“  
Esta  
aproximación  
jurídica se ha  
construido a  
partir de los  
avances de  
tribunales  
regionales  
que se han  
alimentado entre  
sí en el proceso  
constructivo  
de una nueva  
aproximación  
al derecho.**

**”**

El panel se desarrolló con expertos de distintas latitudes y, consecuentemente, tuvo la aproximación académica y jurídica desde diversos puntos de vista; cuestión que enriqueció la discusión alrededor del fenómeno de la constitucionalización del derecho desde todos sus frentes. En este sentido, el panel tuvo la aproximación de profesionales de diferentes áreas del derecho priorizando el análisis diverso desde una perspectiva de derecho comparado e internacional. La discusión se centró en el fenómeno de constitucionalización del derecho que ha permeado de manera unánime diversas áreas de este tanto a nivel interno como internacional. Esta aproximación jurídica se ha construido a partir de los avances de tribunales regionales que se han alimentado entre sí en el proceso constructivo de una nueva aproximación al derecho.

Dicho lo anterior, la constitucionalización del derecho ha tenido el inmenso logro de permear, a juicio del primer interviniente, el Ministro de Justicia de Colombia, no solo el ordenamiento jurídico propiamente dicho, sino el modelo de gobierno colombiano. Además, reconoció la importancia del control de convencionalidad y el reconocimiento de la Convención Americana de Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico interno. Esta apreciación conectó idealmente con la exposición posterior del doctor Alexei Estrada quien abordó el proceso de constitucionalización de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, resaltando especialmente el aporte que la Corte Constitucional colombiana, entre otros tribunales regionales, ha tenido sobre este proceso.

El camino de constitucionalización del derecho se materializa, entre otras cosas, en la actualización del catálogo de derechos; el análisis e interpretación garantista de las normas y la priorización de la garantía y efectividad de los derechos fundamentales. Al respecto, el presidente de la Corte Constitucional de Ecuador señaló que esta transformación hacia la centralidad de los derechos en el ordenamiento jurídico se manifiesta en el nivel de razonamiento de los juristas y de los operadores jurídicos. Finalmente, con la pregunta sobre si realmente el proceso de constitucionalización ha sido lineal, ideal y garantista, Magdalena Correa propuso un análisis crítico sobre este fenómeno jurídico que, muy a pesar de sus inmensos logros, sigue adoleciendo de fallas estructurales.

# Néstor Iván Osuna Patiño

## Ministro de Justicia

Agradezco a la doctora Cristina Pardo por la invitación a participar en este encuentro al que concurrimos anualmente a debatir, escuchar y proponer temas. Así se ha ido construyendo la vida de nuestra constitución que es cada vez más relevante y que ha recibido gran acogida en la sociedad colombiana. Gracias a ello, la Corte Constitucional ha adoptado un papel protagónico por lo que es menester hacer un reconocimiento a su histórica labor como principal garante de la construcción de nuestra constitución y de la protección de los derechos y libertades de todos los colombianos.

En primer término, me permito transmitirles un saludo muy especial, patriótico y respetuoso del señor Presidente de la República, Gustavo Petro Urrego, quien además me pidió transmitirles dos mensajes. El primero es que este gobierno será totalmente respetuoso de la independencia de la rama judicial y, por lo tanto, de todas las sentencias y determinaciones del poder judicial. En suma, que nuestro compromiso será el acatamiento, la obediencia y el respeto al derecho y los jueces, incluso cuando vengan fallos adversos. Lo anterior, aunado al respeto y admiración por las personas que ejercen el poder judicial. En ese sentido, el Presidente quiere hacerles saber que su vida privada, su labor, sus posturas políticas y su forma de ver el derecho serán absolutamente respetadas.

El otro mensaje es transmitirles la visión pública, del fortalecimiento del poder judicial mediante la creación —en la medida de lo económicamente posible— de más despachos judiciales, sobre todo, en aquellos lugares del país donde la presencia de la rama judicial es más escasa y la democracia es, consecuentemente, casi inexistente. En suma, lograr la creación de más despachos judiciales, reformas institucionales, asignación de más presupuesto, reasignación de funciones; todo lo anterior con el propósito de lograr un aumento en la inserción de la justicia a la cotidianidad de los ciudadanos.

En el trayecto de Bogotá a Villa de Leyva Con y en ocasión del presente panel que trata de “la Constitucionalización del Derecho: logros y desafíos” pensé que realmente este gobierno es un producto de la idea de constitucionalización del derecho. Al respecto, cabe mencionar que la principal meta de este gobierno y de todos sus planes es hacer efectiva la promesa que está inscrita en la Constitución de 1991, además de superar las dificultades que hemos tenido y obedecer a aquello de la Constitución que está aún sin estrenar o que se ha estrenado de forma tímida.

Entre esos aspectos (aunque no es propio de este panel sino de otro paralelo) quisiera mencionarles el que tiene que ver con la emergencia climática. El gobierno nacional está absolutamente comprometido con la lucha contra el cambio climático y la protección de la naturaleza a partir de una visión que sea novedosa, efectiva y adecuada con respecto a los graves desafíos que nos plantea la crisis climática. De ahí el compromiso

con la aprobación —lo más pronto posible— del tratado internacional sobre el acceso a la información y acceso a la justicia para las personas que se dedican a la protección del medio ambiente, el llamado “Acuerdo de Escazú”.

Sobre este novedoso acuerdo, ayer se dio su aprobación en tercer debate en la Cámara de Representantes. Con emoción asistí a ese debate, y observé los rostros de los líderes y líderes sociales que han trabajado durante tanto tiempo en la protección medioambiental y que recibieron con lágrimas y aplausos la aprobación del acuerdo en el tercer debate. Ahora, por supuesto, sabemos que en el camino para su implementación aún está pendiente el cuarto debate, el control previo de la Corte Constitucional, y luego, si es posible, comenzará a regir.

En ese sentido, escuché a la Presidenta de la Corte Constitucional decir que este encuentro también es uno con todas las jurisdicciones y dentro de ellas el marco de la jurisdicción internacional, que además está muy bien representada por el Director Jurídico de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y, por supuesto, por la presencia del Presidente de la Corte Constitucional de Ecuador.

En esa materia también creo es un fruto de la constitucionalización del Derecho, algo que me atrevo a llamar la “Convencionalización de nuestro Derecho”. Si la Convención Americana de Derechos Humanos forma parte del derecho interno, la controversia podría versar ya sobre otros asuntos, toda vez que, a mi parecer, lo antedicho ya está suficientemente resuelto. Pero para darle mejor cabida a esa idea, también quisiera mencionarles que este gobierno está decidido a presentar las reformas normativas que sean necesarias para adaptar nuestro derecho disciplinario a la Convención Americana de Derechos Humanos. No utilizando una palabra sobrepuesta ni buscando escabullirse de asuntos que no son de la Rama Judicial, sino asignando de verdad a la Rama Judicial aquellos procesos disciplinarios que, según la Convención Americana de Derechos Humanos, no le pueden corresponder a autoridades que no son judiciales. Eso dentro de un trayecto de reformas un poco más amplio que incluye a la Procuraduría General de la Nación.

Pero bien, de los desafíos que pueden resultar para el Gobierno, producto de la creciente constitucionalización del Derecho, partimos de que no hay duda que el efecto principal de otorgarle fuerza normativa a la Constitución es su irradiación a todos los ámbitos del derecho. Además, el garante de la supremacía y vigencia de la Constitución permite que tenga un papel relevante y muy protagónico en la determinación de hasta dónde esta fuerza normativa limita los contenidos posibles del Derecho.

He sido testigo y partidario de una visión que concibe la Constitución no como un código puramente procedimental, sino como un código sus-





tantivo por los derechos y valores políticos que están establecidos ahí y he aplaudido la mayor parte de las decisiones de la Corte Constitucional que han constitucionalizado algunos ámbitos del Derecho. Sin embargo, sí considero que hay unas visiones extremas de la idea de constitucionalización del derecho, particularmente aquellas que consideran que hay una sola respuesta jurídica y legal posible para cada fenómeno social y que viene impuesta desde la Constitución. Hay un texto italiano que mencionaba que, según el Tribunal constitucional alemán, de cada derecho fundamental necesariamente derivaba la existencia de un tipo penal como forma extrema de protección de tal derecho fundamental y que, por lo tanto, al legislador le estaba vedado evitar la configuración de un tipo penal para proteger cada derecho fundamental.

Desde que asumí el cargo en el que hoy me encuentro he venido diciendo que el gobierno está pensando en una reforma de la política penitenciaria que pasa por despenalizar algunas conductas que probablemente no tienen por qué estar en el código penal. Al respecto, comparto una lista de aquellas que habíamos pensado eliminar sustancialmente del código penal:

- Impedimento y perturbación de celebración de audiencia pública.
- Supresión, alteración o suposición del estado civil.
- Enajenación ilegal de medicamentos.

Claro, si uno le apuesta fuertemente a la idea de que todo derecho fundamental necesariamente tiene que verse reflejado en un tipo penal esta propuesta puede comenzar a tener peligros. Estoy convencido de que

**“  
El proyecto  
es volver al  
espíritu inicial  
del sistema  
acusatorio,  
en el cual se  
permite una  
negociación en  
materia penal y  
penitenciaria, sin  
restricciones; esto  
es, suprimir esos  
obstáculos al  
principio de la  
oportunidad,  
mediación y  
allanamiento  
a cargos.  
”**

el efecto de irradiación de los derechos fundamentales implica que todo derecho fundamental debe tener una forma efectiva de protección, pero no necesariamente una protección penal. Es más, podríamos pensar en qué tan efectiva es la protección penal, qué tanto tener un tipo penal protege realmente la vulneración de algunos derechos fundamentales. Entonces, fíjense que en el diseño de una posible política penal diferente a aquella que ha regido en los últimos años tenemos siempre en cuenta esa idea de constitucionalización del derecho así nos plantee un desafío.

En consecuencia, quisiera terminar diciendo lo siguiente: desde hace mucho tiempo, como académico y a veces como abogado litigante, me he encontrado con las sentencias estructurales que declaran estado de cosas inconstitucional —ECI— y dentro de ellas. Entre ellas con la más antigua y que mas ha persistido, la que declaró el ECI en materia penitenciaria, carcelaria, de hacinamiento y en general de vulneración de derechos fundamentales en el mundo penitenciario. Así que, fruto de esa eficacia de la irradiación del derecho constitucional hacia el derecho penal y el derecho penitenciario, puedo decirles que el principal proyecto del Ministerio a mi cargo es superar el ECI en materia penitenciaria.

Ahora, ¿Qué tenemos pensado para lograr eso? Ustedes lo enjuiciarán cuando llegue el momento, pero déjenme anunciar algunas consideraciones:

- Descriminalizar efectivamente algunas conductas que son, a nuestro modo de ver, innecesariamente delictivas.
- Ampliar el principio de oportunidad, de mediación y cualquier forma de aceptación anticipada de cargos lo cual conduce a ciertos beneficios penales. En este sentido, el proyecto es volver al espíritu inicial del sistema acusatorio, en el cual se permite una negociación en materia penal y penitenciaria sin restricciones; esto es, suprimir esos obstáculos al principio de la oportunidad, mediación y allanamiento a cargos.
- Gestionar una reforma legal para eliminar la penalización de la protesta social. En ocasiones, la criminalización de la protesta viene por la forma en que un juez o un fiscal interpreta la conducta que cometieron quienes protestaron. Pero el asunto se ha tornado tan grave y contrario a compromisos internacionales que creemos que es importante hacer una modificación legislativa para que no se emplee el tipo penal de terrorismo o de concierto para delinquir en casos de protesta social.
- Apostar por penas no privativas de libertad como penas principales, no para todos los delitos, pero sí para una buena parte de ello. Hemos pensado ampliar una pena que es la de prestación de servicios de utilidad pública como pena sustitutiva de la prisión. En eso, de nuevo, gracias a la influencia de la Corte Constitucional, nos guía que ese subrogado penal ya fue incluido en un proyecto de ley para el beneficio de madres cabeza

de familia, de mujeres proveedoras y cuidadoras que hayan cometido algún delito de hurto menor o de drogas. El expresidente Iván Duque objetó el proyecto de ley por inconstitucional, aunque ya la Corte revisó y declaró infundadas las objeciones. Está pendiente la publicación para que el presidente pueda sancionar la ley y, a partir de eso, propondremos un proyecto de ley que amplíe esa pena de prestación de servicios de utilidad pública, en sustitución de la prisión para unos cuantos delitos. Lo anterior pensando en que, por medio de esta pena, se pueda reparar a la víctima y restaurar el tejido social. Así mismo, estamos pensando en que esos servicios de utilidad pública tengan mucho que ver con el cuidado del medio ambiente: cuidado de bosques, actividades de reforestación, cuidado de cuerpos de agua, biósfera fauna y todo aquello que pueda serle de mucha más utilidad para la sociedad.

- Ampliar la prisión domiciliaria, reformando el artículo 38B del Código Penal para que sea posible acceder a ese beneficio por la exigencia de que sean delitos con una pena relativamente baja.
- Aplicar algunos subrogados penitenciarios por ejemplo, la posibilidad de permisos de fines de semana, libertad preparatoria, libertad condicional, con más audacia de como se ha hecho hasta ahora. Lo anterior, pensando en que hay unos delitos que por su gravedad no serán merecedores de esos beneficios tales como: violencia sexual, homicidio, feminicidio, graves violaciones al Derecho Internacional Humanitario, no estarán incluidos en esos beneficios.



Así que, honorables Magistrados, con este primer anuncio de trabajo, propongo la apertura de un diálogo con la sociedad en general, con el Congreso de la República, para ver qué tanto de esto es de su sabiduría aprobar. Pero les aseguro que el ánimo de toda esta política penitenciaria no es otro que el de superar ese vergonzoso ECI que la Corte Constitucional nos ha señalado, reiterado, manifestado en distintos tonos de voz a lo largo de más de 20 años, sin que lo hayamos logrado superar. Como efecto de constitucionalización del derecho que se vea al menos ese ejemplo: uno de los principales propósitos de este Gobierno en materia de justicia es superar el ECI en materia penitenciaria.

**Alí Vicente  
Lozada Prado**  
Presidente  
de la Corte  
Constitucional del  
Ecuador

En principio, agradezco a la Corte Constitucional ecuatoriana, a la presidenta Cristina Pardo y sus colegas de la Corte Constitucional colombiana por permitirnos estar aquí y poder exponer alguna información respecto al proceso de constitucionalización en mi país. La verdad es que son magníficos anfitriones. Me he sentido cobijado, no solo por los colores, que son los mismos entre nuestros dos países, sino por los valores que nuestras constituciones contienen y que también tienen un tronco común: esos colores nos hablan de un pasado de unión y los valores constitucionales refieren a un futuro de unión. Esperemos que así sea.

Me permito iniciar con una anécdota que coincide con las formulaciones anteriores. En algún momento un Presidente de la República en Ecuador también se dirigió a los jueces de la Corte Constitucional apenas se había posicionado en el cargo y dijo: “tengan plena seguridad de que siempre respetaré la independencia y acataré las disposiciones de la Corte Constitucional”, pero agregó: “eso sí, no me hagan sufrir demasiado”. Creo que esto muestra que estamos en el mismo camino de constitucionalización, es decir, estamos en ese camino en el que el Estado de Derecho, visto desde el paradigma del Estado Constitucional, se vuelve el signo de los tiempos en los que la constitución subordina a todos los poderes y la Corte es la guardiana del cumplimiento de esta.

En Ecuador el Estado constitucional tuvo un hermoso inicio más o menos a mediados del siglo xx con la Constitución de 1945, en la que se estableció un primer esbozo de control de constitucionalidad. Sin embargo, eso no tuvo continuidad y fue a mediados de la década de los 90 cuando se hicieron algunas reformas a la Constitución y se consolidó un tribunal con la última palabra, además, también se introdujo el recurso de amparo.

Todo esto tomó forma con la Constitución de 1998 y todavía más con la Constitución de 2008. Luego entonces Ecuador es un Estado Constitucional que ha comenzado a constitucionalizarse desde hace un tiempo.



No obstante, como es obvio, eso no siempre fue así. Tenemos un caso paradigmático del siglo XIX, del coronel Higolle, un coronel de las milicias liberales y que en una asonada resultó sometido y procesado penalmente. A todos los involucrados les aplicaron la ley marcial de aquel entonces, y se planteó la cuestión sobre la constitucionalidad. Esa ley marcial dictaminaba que debía imponerse la pena de muerte, pero la Constitución decía que estaba prohibida la pena de muerte. En ese contexto, en un fallo (que siempre estudiamos en Ecuador) la Corte Suprema dijo que, aunque se aceptaba que la Constitución era norma suprema del Estado, que tenía una serie de derechos, entre ellos la prohibición de la pena de muerte, no era todavía un Estado Constitucional consolidado por el Ecuador, ya que la Constitución no le había dado a la Corte Suprema la facultad de declarar la inconstitucionalidad de una ley. En consecuencia, tuvo que pasar mucho tiempo para que eso en Ecuador fuera posible. El resultado trágico fue que condenó a la pena de muerte, aunque no se llegó a ejecutar la sentencia.

En todo caso, el proceso de constitucionalización data de hace poco en términos históricos. Ahora, como en todos los países este proceso de constitucionalización ha supuesto un cambio profundo de la cultura, no solo al nivel de las normas y de las instituciones, sino también en la enseñanza del derecho, en la formación de los juristas y, valga resaltar que la enseñanza de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana ha sido muy relevante. El referente regional para la Corte Constitucional ecuatoriana siempre ha sido la Corte Constitucional colombiana, incluso desde su fundación en 1991.

En suma, hay citas muy frecuentes en la jurisprudencia ecuatoriana que remiten a esta Corte y en los últimos fallos he podido ver que, por ejemplo, para el derecho a la privacidad, o la tutela o acción de protección contra particulares, la protección a animales y su valoración intrínseca, la misma idea de libertad de configuración legislativa, el derecho de acceso a la justicia, la garantía de la *non reformatio in peius* y el derecho al libre desarrollo de la personalidad. En todos estos, existen referencias profundas a la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. Eso da cuenta de cómo ha influido, no solo a nivel jurisprudencial, sino también a nivel de la creación legislativa, muchas de las figuras jurídicas que están en la práctica constitucional colombiana y que han sido trasladadas a la legislación ecuatoriana y a la formación jurídica. Por ello, quisiera centrarme en el aspecto metodológico de esta constitucionalización.

Acuña el tema sobre cómo esta transformación hacia la centralidad de los derechos en el ordenamiento jurídico se manifiesta en el nivel de razonamiento de los juristas y de los operadores. Para decirlo en términos de deberes, el jurista de esta nueva época, del Estado Constitucional tiene que funcionar no solo a partir del método de la subsunción, sino que, necesariamente, debe desarrollar su juicio de proporcionalidad. La idea



“  
**La idea de proporcionalidad es la contracara metodológica de los derechos, en cuanto a su categoría como sujetos sustantivos de la constitución.**  
”

de proporcionalidad es la contracara metodológica de los derechos, en cuanto a su categoría como sujetos sustantivos de la constitución. Ahora, sin la idea de proporcionalidad, sería imposible razonar sobre los derechos y sacar las coaliciones que sobre ellos se plantean, resultaría inverosímil establecer cuando un principio que refleja un Derecho Constitucional supone un límite para un valor institucional o viceversa.

En realidad, esta idea de la proporcionalidad que, al parecer, se originó en el Derecho Administrativo alemán, migró al Derecho Constitucional alemán y se ha convertido en el criterio universal de constitucionalidad. De hecho, Barack ha reconocido que, si bien es Alemania el lugar de origen de la proporcionalidad como tesis, también hay un cúmulo de varios estudios que muestran cómo en la jurisprudencia de Estados Unidos este método también se utiliza. Afirmo que no podía ser de otra manera porque la racionalidad de la proporcionalidad es la racionalidad de los principios de los valores y de los derechos, no es una contingencia. De ahí que me parezca racionalmente indispensable la proporcionalidad.

En Ecuador, ha positivizado el test de proporcionalidad a través de la legislación. Este test es procedente cuando se habla de los métodos de interpretación y se ha descrito no solamente el test y su estructura (legitimidad, idoneidad, necesidad, ponderación) sino se ha redundado poniendo la descripción respecto a en qué consiste la ponderación como método de interpretación, se habla de la concordancia práctica y de la optimización de los principios.

En adición, la aplicación jurisprudencial que se ha hecho en Ecuador y cuya influencia de la jurisprudencia colombiana ha sido determinante, refiere al conocido e internacionalizado test integrado en el que se junta esta estructura metodológica de la proporcionalidad con la distinción en cuanto a la intensidad del escrutinio que viene de la jurisprudencia norteamericana. Pues bien, la Corte ecuatoriana ha recogido este test del lado de la igualdad y ha ido marcando algunos supuestos en los cuales se aplica uno u otro nivel.

Por lo anterior, me permito finalizar con una reflexión autocrítica de la jurisprudencia ecuatoriana, ya que esto es un diálogo y todo diálogo debe ser crítico. Una gran pregunta a discutir es: ¿cuál debería ser el uso del test de proporcionalidad? A veces se piensa que el test de proporcionalidad debe usarse como un mecanismo muy arreglado, como si se tratara de un corsé metodológico de manera que hay unas etapas que deben cumplirse y, por tanto, si no hay idoneidad no continúa el análisis.

También, si es que se aborda alguna de estas etapas hay que pronunciarse necesariamente sobre la idoneidad, necesidad, etc. Por lo tanto, parece que ese no es un uso apropiado para el test, esa es mi respuesta autocrítica. Se ha puesto esto de manifiesto —voy a decirlo en mis palabras—, que



nosotros deberíamos usar el test de proporcionalidad no tanto como un protocolo clínico, no como una cuestión clínica tan parametrizada. A mi parecer, es necesario esclarecer los criterios que hay que tener en cuenta en la labor argumentativa; es decir, los tópicos que uno debe considerar al momento de argumentar acerca de si hay o no justificación para cierta restricción de un principio en nombre de otro.

Ahora, quizás esto que yo venía pensando desde el esquema léxico más estricto, lo confirmó un estudio que conocí el año pasado. Es una investigación empírica sobre varias cortes importantes del mundo que concluye en tres aspectos a saber:

- Los tribunales constitucionales no siempre culminan una etapa, como la idoneidad o la necesidad, muchas veces simplemente problematizan la necesidad o la idoneidad, pero no se pronuncian sobre ello. Esto sería una heterodoxia si se ve desde el punto de vista léxico estricto.
- En caso que se responda negativamente la pregunta por la idoneidad o por la necesidad tampoco termina allí el examen, sino que los tribunales continúan; en consecuencia, si uno lo ve desde la estructura lógica del test eso es disonante.
- En el conjunto de la argumentación lo más frecuente la inexistencia de una etapa predominante. No es que un criterio de idoneidad, necesidad o de proporcionalidad en el sentido estricto sea necesariamente el determinante, sino que se apoyan entre sí.

**Alexei Julio Estrada**  
Director jurídico  
de la Corte  
Interamericana  
de Derechos  
Humanos

Lo anterior, nuevamente evidencia el error, porque uno podría decir “bueno, están equivocadas estas cortes” y puede ser que haya falta de rigor en parte, pero con los porcentajes y los datos estadísticos que arroja esta investigación uno diría “No puede ser que estén tan equivocados, es que simplemente tienen razón”. En consecuencia, no es preciso ver al test como un protocolo estricto, clínico, severo, sino que deberíamos usarlo más bien como una caja de tópicos que nos ayuda a pensar en ciertas cosas que no deben descuidarse y así argumentamos y justificamos acerca de la restricción o no de un derecho.

Acudiendo al eje temático en cuestión, dialogaré en torno a la constitucionalización de los Derechos Humanos. Si bien propongo no presentarla desde la perspectiva del derecho interno, considero importante revisar cómo se ve este proceso de constitucionalización desde un tribunal internacional como la Corte Interamericana de Derechos Humanos —CTIDH—.

Realmente, la discusión sobre cómo ha incorporado el Derecho Constitucional el Derecho Internacional de los Derechos Humanos —DIDH— ha tenido varias facetas y aristas. Por un lado, está la idea de que los derechos humanos han sido incorporados en nuestra Constitución y, por tanto, en la Corte Constitucional y, por otro lado, está la idea del control de convencionalidad, que es un tema que tiene muchas aristas y es muy debatible, aunado al diálogo judicial entre el tribunal internacional y las cortes internas, que también tienen sus críticos, que dicen que ya no es un diálogo judicial, que no es un diálogo entre pares. Mi idea no es abordar ninguno de esos tópicos, porque ya hay una vasta literatura y han sido lo suficientemente tratados.

Hablaré sobre el rol que han tenido las constituciones regionales, el trabajo o los conceptos propios del Derecho Constitucional y la labor de los tribunales constitucionales de nuestra región en la labor de la CTIDH. Así pues, es importante nombrar algunas consideraciones al respecto:

La primera es la idea de actualización de los derechos, porque, sin duda, el catálogo de derechos se ha enriquecido a través de los catálogos de las constituciones regionales. En segundo lugar, no solo la actualización del catálogo sino la actualización del contenido de los derechos a la luz de la labor de los tribunales regionales y en particular de la Corte Constitucional colombiana son indispensables de conversar. En suma, hablaré de la idea de la incorporación con la CTIDH, de la implementación propia del Derecho Constitucional, o lo importante en el Derecho Constitucional, con sus críticas y sus problemas. Por último, el uso e influencia de los tribunales judiciales nacionales para construir sus propios estándares interpretativos y la aplicación de la convención.

“  
**Si se observa la jurisprudencia de la Corte, lo que ha determinado esta última es hacer referencia a insumos de una construcción típica del derecho constitucional que es el libre desarrollo de la personalidad.**  
”

### **Actualización del catálogo de derechos**

La Convención Americana de Derechos Humanos —CADH— es un instrumento internacional del año 69 y no ha sido modificado desde el momento de su redacción. Por ello, hay derechos que están muy detallados, tales como el derecho de la libertad personal del artículo 7 que tiene 6 incisos, o la garantía judicial y su debido proceso.

Curiosamente, en la CADH no hay una cláusula general de libertad, más allá de lo que dice el artículo 7, sobre el derecho al desarrollo de la libertad personal. No se menciona nada puntual sobre el libre desarrollo de la personalidad, carece de un derecho que permita construir esa cláusula de autodeterminación, de poder tomar decisiones propias y desarrollar ciertas facetas de nuestra autonomía como persona. Se entendió un poco que ese derecho podría ser construido alrededor del derecho de la vida privada del artículo 11, pero es un poco insuficiente, porque el derecho a la vida privada fue pensado a la luz de la CADH como un derecho de defensa, no de desarrollo de la autonomía personal.

Entonces, cuando la Corte comienza a enfrentar casos en los que esa era la discusión, a partir del año 2012, comenzando con *Natalia Rifo* un caso de discriminación por orientación sexual, luego *Natalia Murillo* un caso sobre prohibición de la fecundación *in vitro* en Costa Rica, y, *a posteriori*, otros casos de discriminación por orientación sexual, hasta llegar a la Opinión Consultiva 24 en el 2017. En los casos antedichos, la Corte siempre tuvo el problema sobre dónde anclar ese derecho de libertad personal que permita esos casos de ejercicio de autonomía en la CADH. De ahí que, la Corte, en un ejercicio de intentar vincularlo en diferentes preceptos de la convención, como el artículo 7 o el artículo 11, ha explorado distintas vías.

Sin embargo, si se observa la jurisprudencia de la Corte, lo que ha determinado esta última es hacer referencia a insumos de una construcción típica del Derecho Constitucional que es el libre desarrollo de la personalidad. Se hace acotación a que la vida privada abarca la capacidad para desarrollar la propia personalidad, da un alcance al derecho de la vida privada para dar lugar a esa posibilidad de tomar ciertas decisiones.

Por último, se hace referencia al libre desarrollo de la personalidad con énfasis en un caso en el que someten a una mujer a esterilización forzada. Al respecto, la Corte dice claramente que la vida privada abarca el libre desarrollo de la personalidad, específicamente, el libre desarrollo de la personalidad de la mujer. Finalmente, la Opinión Consultiva 24 de 2017, que ha tenido diferentes interpretaciones, enuncia un principio del libre desarrollo de la personalidad, incluso habla de un derecho a la identidad sexual y género; derecho que, como sabemos, la Corte Constitucional colombiana, viene recogiendo en su jurisprudencia desde del 2013–2014. En consecuencia, la labor de los tribunales constitucionales nacionales ha servido de inspiración para actualizar sustancialmente el contenido de

CADH, y para que no se quede como un instrumento rezagado, a la luz de las Constituciones regionales que son mucho más recientes, y que, por tanto, tienen figuras que permiten una mayor protección.

### **Actualización del contenido de los derechos**

En esta labor ha jugado un papel muy importante lo que han dicho los tribunales regionales. Aquí estamos frente a ciertos derechos que aparecen de una manera muy esquemática en la CADH, pero la Corte ha reportado casos que escapan un poco de esa formulación gramatical tan estrecha. Por ejemplo, discusiones en torno a cuál es el alcance de la defensa de un abogado, específicamente, a la idea de la defensa pública. Cuando la Corte se enfrenta por primera vez a un caso ya analizado, no el hecho de la ausencia del defensor de oficio, sino sobre su actuar, la Corte debe profundizar en qué es ese derecho a ser defendido o a tener un defensor. En ese contexto, la Corte hecha mano a la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, la Corte Suprema de Justicia colombiana, la Corte Suprema de Costa Rica y de la Corte Suprema de Argentina, para establecer su propio estándar.

Allí vemos plasmada la idea del salirse de estándares estrictos y revisar lo que han hecho los tribunales. Esto es ciertamente propio del derecho judicial. Ahora, con respecto al derecho a la garantía judicial y el derecho a la igualdad, la CADH tiene dos artículos: el artículo 1 que establece las categorías sospechosas y prohíbe la discriminación, y el artículo 2 que menciona la igualdad ante la ley. Pero esas cláusulas, nuevamente, son las propias de un instrumento del año 69. En esa medida, la CADH no tiene cláusulas que obliguen a promover la igualdad, que establezcan la obligación de tomar acciones positivas o acciones afirmativas, y la Corte ha ido incorporando esa la idea de las acciones afirmativas en las cláusulas de igualdad de la propia CADH, en los artículos 1 y el 24. Lo anterior, aunque no está previsto expresamente en la CADH, ha sido copiado de las Constituciones regionales.

Aunque la Corte siempre se ha caracterizado por su preocupación en las medidas de reparación integral, asiste a la discusión sobre las sentencias estructurales tomando como referencia la acción de los tribunales regionales para intentar precisar un poco qué medidas de reparación tomar, sobre todo cuando se trata de medidas de no repetición.

El caso *Cusucul Pivaral Vs. Guatemala*, es un buen referente a esa discusión, pues allí la Corte afirma que hay una falta de atención a las personas que tienen VIH en Guatemala, y la idea de la corte era la necesidad de superar ese problema. Por lo anterior, se reafirma la necesidad de crear un mecanismo participativo en el que puedan participar todos los afectados: médicos; personas con VIH; sociedad civil, etc., para ir avanzando hacia la solución de ese problema de carencia de atención de la salud. Aquí se evidencia claramente la jurisprudencia de la Corte Constitucional co-



lombiana que ha procurado la creación de mecanismos de participación ciudadana en el marco de la justicia dialógica.

### **Estándares y uso de técnicas interpretativas/argumentativas**

Por último, me referiré brevemente al uso e influencia de los tribunales regionales en la construcción de estándares y técnicas interpretativas. Este tema no ha sido pacífico, toda vez que la CTIDH ha sido criticada por cierto sector de la academia de los derechos humanos, por adoptar técnicas interpretativas propias del Derecho Constitucional. La jurisprudencia inicial de la Corte era de absolutos, los derechos tenían un carácter absoluto, de ahí que se haya presentado el mismo debate que ha surgido en el Derecho Constitucional: ¿cuáles son las restricciones legítimas del derecho? ¿Para que un derecho pueda ser limitado la limitación debe estar en el mismo precepto?

Ahora, más allá de las bondades o desventajas de esa teoría interpretativa, la Corte ha adoptado medidas propias del Derecho Constitucional para las discusiones entorno a la libertad de expresión, en tanto el artículo 13 de la CADH establece que las responsabilidades ulteriores en el ejercicio de este derecho deben ser necesarias. Al respecto, es menester recordar que la necesidad es una de las aristas que conforman el principio de proporcionalidad y, además, aparecen unas finalidades legítimas que permiten establecer responsabilidades interiores.



**Magdalena Inés  
Correa Henao**  
Docente e  
Investigadora del  
Departamento  
de Derecho  
Constitucional de  
la Universidad  
Externado

En consonancia, el propio precepto ordena la idea de hacer juicios de proporcionalidad para medir si una responsabilidad interior afecta o no en exceso el ejercicio de la libertad judicial. Además, en el artículo 7.5 en relación con la finalidad de la prisión preventiva, la Corte sostiene una tesis muy restrictiva del uso de la prisión preventiva y la última ratio indica que debe ser muy justificada y en casos muy excepcionales. En función de ello, la Corte ha entendido que la finalidad legítima de la restricción es garantizar la presencia del imputado del proceso y, a partir de ahí, ha desarrollado el test.

En conclusión, puede evidenciarse que el DIDH y el Derecho Constitucional están mucho más ligados de lo que parece, y esa relación no solo es una imposición de la CADH o de la jurisprudencia de la Corte sobre lo que hacen los tribunales internos. Al contrario, la influencia es mutua y se dirige en ambos sentidos. En la medida en que esos vínculos se hagan manifiestos, se podrán construir teorías y herramientas más prácticas que permitan cerrar las discusiones que siguen vigentes.

En la presente discusión me referiré a la constitucionalización del derecho interno y sus efectos. Para ello, haré acotación a tres elementos a saber:

- Posibilidades de la constitucionalización en el marco del derecho interno.
- Revisión crítica en torno al proceso de constitucionalización.
- Apuntes breves sobre cómo enfrentar las deficiencias que se presentan.

**La constitucionalización del derecho: 30 años después**

En primer lugar, podríamos preguntarnos si es posible hablar de la constitucionalización del derecho. La respuesta es afirmativa. Partimos de reconocer que el gran actor en la constitucionalización del derecho es la sociedad. La apropiación del Derecho Constitucional por parte de la sociedad, es un elemento fundamental de este proceso de tener las normas constitucionales reconocidas en su valor vinculante, y como fundamento del sentido de justicia de las causas sociales que se alegan. Por eso, hablamos de constitucionalismo feminista, indígena, incluso travesti y, también, del constitucionalismo popular, aunque dentro de él se acuñen las críticas sobre el excesivo protagonismo de los jueces.

Desde esta perspectiva, la constitucionalización del derecho en el Estado es clave en la función de administrar justicia. Sobre este particular es importante mencionar que hablamos de constitucionalización toda vez que hay unas razones jurídicas que establecen que los jueces, los que administran la justicia, están sometidos por sobre todas las cosas a la supremacía de la constitución y al imperio de la ley. Por otro lado, porque también desde el punto de vista del derecho formal se ha establecido

que son jueces de tutela y, en esa medida, como se dijo en jurisprudencia de 2008, hacen parte de la jurisdicción constitucional. A eso se suma la competencia residual en cabeza del Consejo de Estado para el ejercicio del control abstracto.

Estas respuestas formales son importantes, pero priman más las de orden material, la verdadera aprehensión de ese sentido de justicia que es la constitucionalización. Es claro que en las Jurisdicciones Contencioso y Ordinaria se encuentran buenos ejemplos de ese valor extraordinario que tiene la Constitución. Allí existen ejemplares líneas jurisprudenciales sobre el enfoque de género, el control de convencionalidad que es una herramienta muy comprometida de las otras jurisdicciones, o también, en la delimitación de esa clásica autonomía de la voluntad; no obstante, la gran actriz de la constitucionalización del derecho es la Corte Constitucional por razones formales y materiales.

De la milagrosa institucionalidad —que depende de los y las magistradas que la componen— comprometida con el valor normativo de las promesas y derechos constitucionales surge la siguiente pregunta: ¿serán estos datos suficientes para establecer un escenario de constitucionalización? Para responder a ello, también es necesario cuestionarse: ¿esa constitucionalización en la jurisdicción ordinaria y contenciosa ha sido motu proprio o ha sido motivada todo el tiempo por decisiones del juez constitucional? Si se aborda esa constitucionalización, todos somos jueces constitucionales, pero, ¿cuántas jurisdicciones constitucionales hay a partir de la diversidad de opiniones? Al respecto, es meritorio decir que hay que dejar de lado las críticas sobre la “invasión” de funciones de otros jueces por parte del juez constitucional.

### **Problemas de una constitucionalización a fuerza de choques**

A razón de lo anterior, surgen inquietudes como: ¿cuáles son las razones por las cuales los jueces se apartan de las decisiones del juez constitucional? ¿Cómo lograr que el juez constitucional se juegue entre sus límites a pesar de sus poderosas competencias y haga respetar sus líneas jurisprudenciales, pero también las de los otros jueces?

Estas preguntas se encuentran encauzadas con ocasión de un choque está asociado a la continuidad de cambios, pero que siempre han venido demostrándose entre las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional.

Luego entonces, ¿será que son razones cuantitativas o cualitativas por las que esta discusión es importante? Pues llegando a unas conclusiones rápidas, podría afirmarse que no toda vez que tendríamos que decir que no son las razones cuantitativas, sino las cualitativas que derivan en:

- Razón política: en lucha por nuestro Estado de Derecho a lo largo de la historia, ha sido y sigue siendo, a pesar de sus dificultades, el poder judicial,





“  
**Estas preguntas se encuentran encauzadas con ocasión de un choque está asociado a la continuidad de cambios, pero que siempre han venido demostrándose entre las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional.**  
”

el gran estandarte de nuestro Estado de Derecho, y estos disensos fisuran la solidez del poder judicial.

- Razón práctica: de las enormes dificultades que enfrenta nuestro Estado constitucional y las enormes dificultades que atraviesa la jurisdicción constitucional, esta razón subyace al interior de la justicia.
- Razón dogmática: hace referencia a que estas discusiones están dando cuenta, en la medida en que son resueltas procesalmente, en tanto el juez constitucional está viendo a la Constitución como el huevo jurídico original del que hablaba Forsthoff. La decisión del juez constitucional es la que da origen y fin a todo el ordenamiento jurídico y dota de contenido a la forma de interpretar las normas de todo el ordenamiento. Sin embargo, una posición de esta naturaleza olvida elementos importantes de la unidad que se defiende, como la función que tiene cada poder público, el valor democrático que tiene la ley al ser aplicada por jurisdicciones ordinarias y contencioso administrativas. Es decir, si hay huevo, debería ser frito, donde la yema será la dimensión constitucional y la clara lo que se concreta por la ley y los jueces ordinarios. Aunque ambas hacen al huevo ser tal, cada una de ellas es lo que es.



Correa, M. (2022). Interpretación gráfica. Autoría propia.

Entonces, resolver esta cuestión, definir ese sentido de la constitucionalización del derecho, sin pensar en una reforma constitucional, o en una mutación constitucional, que resuelva el asunto y señale que hay una Corte de cierre, implica hacer uso del poder normativo y fijar unas reglas mucho más sencillas o, simplemente, eliminar la tutela contra providencias judiciales, que a pesar de todo a lo largo de los años se ha admitido que es una herramienta de la constitucionalización del derecho.

Al respecto, es pertinente realizar una aproximación al análisis económico del Derecho, desde las matemáticas, la teoría de juegos, para lo cual acuño los planteamientos de Jorge Iván González que, haciendo alusión a un documento de un nobel de economía, se preguntaba sobre el guardián de los guardianes que es una pregunta que funciona perfectamente para este asunto.

Se plantea en primer lugar que la manera como se está desarrollando este asunto presenta un escenario en el que todos los interesados pierden, ¿Y por qué todos los interesados pierden? porque lo cierto es que las cortes que se enfrentan, hacen parte de la función de administrar justicia, pero



también está la sociedad, y una forma única de interpretar el derecho frente a los conflictos, puede ir al traste con otros intereses jurídicos. En consecuencia, ¿qué hacemos con la confianza en el derecho y la justicia? Podría pensarse en una apuesta por un juego de coordinación entre las cortes. Se propone entonces que las cortes se basen en la premisa de la importancia de la coordinación para los efectos de dar seguridad con miras a obtener una decisión justa que satisfaga los principios constitucionales.

|    |   | CS      |        |    |
|----|---|---------|--------|----|
|    |   |         | G      | NG |
| CC | A | (10,10) | (-5,5) |    |
|    | D | (5,-5)  | (1,1)  |    |

Correa, M. (2022). Interpretación gráfica. Autoría propia.

El gráfico en mención permite ver que la mejor y peor opción en relación. La opción menos viable es cuando la Corte Suprema de Justicia (cs en el gráfico) o el Consejo de Estado (cs en el gráfico), toma una decisión que pareciera apartarse de los mandatos constitucionales, y las garantías y con la que la Corte Constitucional (cc en el gráfico) esté en desacuerdo. La mejor opción, es cuando el juez ordinario toma una decisión poderosa en el ejercicio de sus sentencias y resulta un fallo que va en corriente con la constitucionalización del Derecho. Por tanto, la Corte Constitucional está de acuerdo. Siendo así, tenemos que decir qué es lo que se obtiene, se logra así un equilibrio, cuyo éxito radica en que se obtenga los objetivos deseados, que son la realización de los derechos constitucionales salvaguardados.

**En consecuencia,  
¿qué hacemos  
con la confianza  
en el derecho  
y la justicia?  
Podría pensarse  
en una apuesta  
por un juego de  
coordinación  
entre las cortes.**



### **Conclusiones**

Haciendo un llamado reiterado al diálogo, propongo destacar los siguientes aspectos:

- Diálogo para la Corte Constitucional sobre sus propias reglas, de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales, tomárselas más en serio, partiendo del concepto gaseoso y dúctil de la relevancia constitucional.
- Diálogo jurisprudencial con las líneas que tratan los jueces en casos en los que la Corte distingue que ha habido tratamiento por parte de otras jurisdicciones, qué han dicho, cuál ha sido la historia de esa jurisprudencia por la especialidad con la que esta última se ha creado.
- Diálogo interdisciplinario en el razonamiento judicial que tiene que ver un detector de saber. Refiere a cuáles son las consecuencias que se adoptan en las áreas del derecho en las que se dice que la Corte Constitucional se inventó figuras o nuevas categorías, sin medir el impacto que esa novedad tiene en estructuras jurídicas consolidadas. Ese detector debe dar pistas sobre la ayuda que ese invento puede prestar al resto de la estructura y articularse entre sí.
- Diálogo en el proceso, llamar a los jueces que han tomado las decisiones.
- Diálogo institucional asociado con discutir las soluciones de esos casos tan controversiales.

En ese orden, se espera que la unión de la jurisdicción resulte próspera, pues no se busca eliminar el disenso, ni las razones de él (inevitables por demás en un Estado constitucional), no obstante, es menester la existencia de un disenso que minimice su ocurrencia e impacto y propicie la más justa y eficiente garantía de los derechos constitucionales en los que tanto creemos.

Panel Eje 1  
**Diálogos con la  
Corte Constitucional  
y tribunales  
internacionales**

# Diálogos con la Corte Constitucional y tribunales internacionales



## Humberto Antonio Sierra Porto

Doctor en Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, especialista en Derecho Constitucional y Ciencia Política del Centro de Estudios Constitucionales de Madrid y abogado de la Universidad Externado de Colombia. Es profesor titular de Derecho Público y Derecho Constitucional de Universidad Externado de Colombia desde el año 2006. Fue magistrado de la Corte Constitucional Colombiana en el periodo 2004–2012 y presidente en el año 2008.

Actualmente, se desempeña como juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (presidente en el periodo 2014–2015 y vicepresidente en el periodo 2022–2023) y director del Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia.



## Natalia Torres Zúñiga

Se desempeña como investigadora postdoctoral en la Facultad de Derecho de la Universidad de Oslo (Noruega). Es investigadora visitante de la Universidad de Kent (Inglaterra), doctora en Derecho de la Universidad de Oslo, magíster en Derecho Constitucional de la Universidad Internacional Menéndez Pelayo (España) y abogada de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Sus áreas de trabajo son el Derecho Constitucional, los derechos humanos y la relación entre el Derecho Constitucional y economía política. Natalia Torres es autora de los libros *The Inter-American Court of Human Rights. The legitimacy of international Courts and tribunals*, Routledge, Abingdon 2022; *El control de convencionalidad de las normas constitucionales*. EAE, Saarbrücken, 2015; *Control de convencionalidad: deber complementario del juez constitucional peruano y el juez interamericano (similitudes, diferencias y convergencias)*. EAE, Saarbrücken, 2013.



## Patricia Pérez Goldberg

Doctora en Derecho Constitucional de la Universidad de Valparaíso (Chile), doctora Honoris Causa de la California Western School of Law y magíster en Derecho Penal y Ciencias Penales de la Universidad Católica de Valparaíso. Recientemente publicó el libro *Mujeres privadas de libertad en Chile y el enfoque de capacidades*.

Es una de las seis mujeres que se ha desempeñado como ministra de justicia en Chile. Durante su período impulsó la nueva ley de penas sustitutivas, diseñando un modelo de implementación progresiva del monitoreo telemático y buscando fortalecer las sanciones no privativas de libertad. Asimismo, implementó por primera vez en Chile una política penitenciaria con enfoque de género, trabajando en medidas especiales para las mujeres y la población LGTBIQ+, entre otras iniciativas. Anteriormente, se desempeñó como subsecretaria de justicia y, durante una década, en la Defensoría Penal Pública como litigante y asesora. Fue miembro del Consejo Directivo del Centro de Estudios de Justicia de las Américas y actualmente se desempeña como jueza de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

## RESUMEN EJECUTIVO

“  
**En ese orden de ideas, se discutió si la jurisprudencia de la Corte Interamericana tiene un carácter superior y, por lo tanto, debe aplicarse preferentemente sobre el ordenamiento jurídico doméstico.**  
”

En este panel se analizaron los distintos aspectos que implican la posibilidad de un diálogo extraprocesal entre la Corte Constitucional y los diferentes organismos internacionales, más precisamente con la Corte Interamericana de Derechos humanos. Esto, con el fin de superar posibles controversias que surgen entre la jurisprudencia nacional e internacional y así, poder realizar una efectiva protección de derechos fundamentales o de derechos humanos. En ese orden de ideas, se discutió si la jurisprudencia de la Corte Interamericana tiene un carácter superior y, por lo tanto, debe aplicarse preferentemente sobre el ordenamiento jurídico doméstico. En este punto, es importante aclarar que la mayoría de los panelistas estuvieron de acuerdo con que la Corte Interamericana es un tribunal internacional sin ser una institución superior respecto de los escenarios nacionales.

Por otro lado, se planteó la cuestión sobre qué autoridad judicial o cualquier otra autoridad estatal le corresponde realizar el respectivo control de convencionalidad y si efectivamente lo lleva a cabo. En síntesis, se propuso la forma en que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha incluido en el debate si en Colombia la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los tratados relacionados son o no referentes autónomos del control de convencionalidad.

Laura Victoria García Matamoros, Decana de la Universidad del Rosario brindó una presentación de los ejes centrales del presente panel. Así pues, expuso la idea de revisar el proceso progresivo de convencionalización del derecho en Colombia, proceso en el cual se puede ver cómo la recepción de las normas sustantivas del Derecho Internacional de los derechos humanos en el derecho y jurisprudencia colombiana, ha tenido una evolución que parte de una etapa inicial realmente de una negación, una sorpresa, una perplejidad frente a la posibilidad de darle eficacia a un derecho regional hasta convertirse hoy en componentes normativos decisivos realmente para la solución de casos concretos.

Humberto Antonio Sierra Porto, vicepresidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos indicó que el control de convencionalidad puede ser entendido de dos formas:

- Punto de vista jerárquico o vertical, pues al estar en la Constitución al igual que los derechos fundamentales y la jurisprudencia de la Corte sobre los derechos fundamentales, prevalecen sobre el sistema de fuentes en las normas de inferior rango.

“  
**la Convención  
Americana no es  
una constitución,  
la Convención  
es un tratado  
internacional  
que asigna una  
determinada  
competencia  
a un tribunal  
internacional y  
que, en ningún  
caso, tiene una  
característica de  
una constitución,  
sin perjuicio de  
que se puedan  
utilizar ciertas  
herramientas  
propias del  
Derecho  
Constitucional.**  
”

- El control de convencionalidad también es utilizar de manera conjunta el Derecho Internacional y el derecho interno para resolver los problemas en un caso concreto que puede efectuarse a través del bloque de constitucionalidad y el principio de asimilación de las fuentes del Derecho Internacional al derecho interno. Es decir, desde el Artículo 230 de la Constitución Política se debe ver cómo se aplica el derecho en Colombia y, desde allí, asimilar la fuente internacional con una de las fuentes del citado artículo.

Por otra parte, el Doctor Humberto Sierra Porto indicó que no existe un consenso sobre cómo hacer control de convencionalidad. Por ejemplo, el Consejo de Estado está utilizando el control de convencionalidad para realizar sentencias interpretativas de las leyes con el fin de inaplicar leyes, haciendo toda una serie de operaciones con el argumento del control de convencionalidad. Por otro lado, la Corte Suprema de Justicia también lo está haciendo y la Corte Constitucional ha tenido las posiciones anteriormente mencionadas.

Por su parte, Patricia Pérez Goldberg, magistrada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos presentó sus ideas entorno a la discusión. Así pues, como primera medida la Magistrada indicó que la Corte Interamericana no es un tribunal supraconstitucional, pues es un tribunal cuyo ámbito de acción es subsidiario y complementario en las jurisdicciones internas. En ese sentido, no hace falta observar la naturaleza de la Corte Interamericana como una institución supraconstitucional, desde que se constitucionalice el Derecho Internacional de los derechos humanos por vía de bloque de constitucionalidad.

Adicionalmente, es importante manifestar que la Convención Americana no es una constitución, la Convención es un tratado internacional que asigna una determinada competencia a un tribunal internacional y que, en ningún caso, tiene una característica de una constitución, sin perjuicio de que se puedan utilizar ciertas herramientas propias del Derecho Constitucional.

Con relación al control de convencionalidad, Patricia Pérez Goldberg aclaró que es una doctrina que generó la Corte Interamericana y un control que se hace de oficio por parte de todas las autoridades en el marco de sus competencias y dentro de sus escenarios procedimentales. La forma en que se haga este control de convencionalidad puede variar según el país, el tipo de fuente que se contemple en sus ordenamientos jurídicos y sistemas de competencias. Ahora bien, el control de convencionalidad también puede comprenderse desde un punto jerárquico o vertical, o, por el contrario, como un diálogo constructivo. En ese sentido, la idea es tener una lista de soluciones de criterio interpretativo que permitan resolver de una mejor manera los casos en concreto.

Para finalizar, Natalia Torres Zúñiga, Investigadora del Centro Noruego de Derechos Humanos de la Universidad de Oslo manifestó su posición respecto de la naturaleza de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el control de convencionalidad y al diálogo entre las respectivas cortes. Para la ponente, la Corte Interamericana es simplemente un tribunal internacional y no un tribunal constitucional, cosa distinta a que la Corte efectúe el uso de analogías constitucionales de manera deliberada.

Con relación al control de convencionalidad, mencionó que es una figura creada por la Corte Interamericana, sin tener en cuenta que la Corte no tenía competencia para para crear y ejercer el mencionado control. Lo anterior, a la luz de la Convención Interamericana de Derechos Humanos. En otras palabras, la Corte utiliza mucho la analogía constitucional para expandir competencias que no necesariamente necesitaba, ni estaban originalmente en el tratado.

Respecto al dialogo se hizo acotación a que nace en un contexto de pluralismo constitucional y como un diálogo entre autoridades constitucionales o cortes cuasi constitucionales. Por ejemplo, como la Corte Europea de Justicia o como la Corte Europea del sistema europeo de derechos humanos. Por lo tanto, hablar de diálogo entre la Corte Constitucional y la Corte Interamericana es una cuestión difusa, teniendo en cuenta que esta ultima no es de constitucional. Además, en un diálogo final se necesita saber quién tiene la última palabra y unas metas y principios que ayuden a resolver ese diálogo o conflicto entre las instituciones en mención; esto es, el carácter pragmático sin enfoque de arbitrariedad.

**Laura Victoria  
García  
Matamoros**  
Decana de la  
Facultad de  
Jurisprudencia de  
la Universidad del  
Rosario

Reciban todos ustedes un saludo cordial. Como académicos en la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario es un honor participar en este encuentro y dar inicio a este magnífico panel que abordará ese eje relativo a los diálogos de la Corte Constitucional con tribunales y organismos internacionales. Se trata de un diálogo alrededor de un tema de gran actualidad pues, la reflexión que se busca parte de la necesidad de responder a la pregunta de hasta dónde la jurisprudencia, los tribunales internacionales concretamente en esta sesión —la emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos— debe aplicarse de preferencia a la jurisprudencia nacional.

En otras palabras, la idea es revisar ese proceso progresivo de convencionalización del derecho en Colombia en el cual se puede ver cómo la recepción de las normas sustantivas del Derecho Internacional de los derechos humanos en nuestro derecho y en nuestra jurisprudencia, ha tenido una evolución que parte de una etapa inicial realmente de una





**Humberto  
Antonio Sierra  
Porto**  
Vicepresidente  
de la Corte  
Interamericana  
de Derechos  
Humanos

negación, una sorpresa, una perplejidad frente a la posibilidad de darle eficacia a un derecho regional.

En este sentido, se espera evidenciar cómo las reglas y los estándares fijados por la Corte Interamericana en algunas áreas del derecho, han sido recibidos de manera preferentemente y optativa siendo identificados como criterios relevantes o vistos como normas vinculantes. Esto sostiene relación con la evolución de la convencionalización en nuestro derecho y la visión planteada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos que ha entendido el control de convencionalidad como una obligación, no solamente como una opción que tienen los jueces y las autoridades públicas de los estados para aplicar el Derecho Internacional.

Esta plenaria se verá enriquecida con el tema del bloque de constitucionalidad versus el control de convencionalidad, la eficacia de las sentencias estructurales y del constitucionalismo dialógico, la protección judicial de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales – DESC.

Con esta breve presentación procedo a dar paso a los expertos en la materia que nos permitirán establecer conclusiones enriquecedoras y propositivas nutrirán el diálogo que la Corte Constitucional ha querido entablar en este encuentro.

Cordial saludo. En esta intervención hago referencia a la relación entre la Corte Interamericana y los tribunales nacionales y, en particular, al trabajo de la Corte Constitucional colombiana. Haré acotación al punto de partida, 646 de 2001 jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana, el control de convencionalidad implica aceptar la existencia de normas supraconstitucionales. La tesis anterior es incompatible con el ordenamiento jurídico colombiano por cuanto desconoce la supremacía constitucional y transmuta la naturaleza de la Corte Constitucional que pasaría de ser juez constitucional a ser juez convencional.

Cabe resaltar que no estamos en la situación del choque de trenes propia de la Constitución del 91, toda vez que prima el diálogo que, en su momento, también tuvo resultado con ocasión de establecer que no era posible transmitir a los distintos tribunales nacionales una sensación de zozobra al país de que no había quién decidiera, quién dijera la última palabra en materia de derechos en nuestro país.

A lo largo del tiempo hemos concluido que es necesario seguir conversando y buscar cauces para resolver este tipo de situaciones pues, independientemente de que haya posiciones discrepantes en las altas magistraturas, siempre habrá un cauce para resolver los conflictos. Esto

“  
**Nuestras  
sociedades  
exigen una  
lectura sensata,  
garantista y  
compartida sobre  
el significado  
y la protección  
de los derechos  
humanos en la  
región.**  
”

se evidenció cuando la Corte Constitucional modificó su reglamento y obligó a que se diera por sentencia de unificación, sentencias de las altas cortes, cosa que resolvió buena parte del debate que se dio en nuestro país.

Los hechos anteriores, conducen a problematizar en torno a la relación entre la jurisprudencia de la corte y el diálogo, la construcción de decisiones que se ejerce entre los tribunales nacionales y la Corte Interamericana donde jamás bastará con hacer una aproximación metodológica utilizando criterios estrictamente jurídico técnicos respecto a asuntos como: qué es el control de convencionalidad, cuáles son los límites, cuál es el alcance. Estos últimos son importantes para establecer la relación, pero además es necesario hablar de los presupuestos políticos que determinan que la jurisprudencia de la corte se cumpla, tenga un gran impacto y un desarrollo magnífico e inmenso en todo el continente. Hablemos entonces de los presupuestos políticos y los presupuestos jurídicos que tiene este proceso:

El primer punto a considerar es el diálogo judicial entre la Corte Interamericana y las altas cortes de los países latinoamericanos que encuentran su fundamento jurídico en la figura del control de convencionalidad, sumado a una serie de elementos, fundamentos, presupuestos que podríamos denominar sociológicos políticos que son tanto o más importantes para comprender la importancia, el efecto y la trascendencia que tienen este tipo de fallos.

Bien veamos esto, veamos los determinantes políticos apuntan a que en un tribunal como la Corte Interamericana en que sólo se expiden unas 30 sentencias al año, se tiene un impacto profundo en la configuración institucional y en la comprensión del derecho aplicable en todos nuestros países. Así pues, la perspectiva de derechos humanos es hoy en día una necesidad indispensable en todas nuestras sociedades y estados. Nuestras sociedades exigen una lectura sensata, garantista y compartida sobre el significado y la protección de los derechos humanos en la región. La pregunta es, por qué se modifica la Corte Suprema, las competencias que se están dando, y el gran debate que se ha dado ahora con la Procuraduría y el sistema de responsabilidad civil cuando se trata de delitos de lesa humanidad y la acción de reparación en el Consejo de Estado.

La aplicación de la convención y de la jurisprudencia de la corte es mucho más un fenómeno de *autoritas* que de *potestas*. La justicia de las decisiones es la que hace que tenga relevancia y tenga un impacto, es el Derecho Internacional que se cumple por su *autoritas* que por sus *potestas* y mucho más cuando se trata de un tribunal internacional de derechos humanos. Ese punto hace que la actividad de la Corte Interamericana sea quizás uno de los elementos paradigmáticos. En Chile, se modificó la constitución por la existencia de una norma constitucional que podía ser



entendida cómo censura previa y atentaba contra la libertad de expresión en la Convención Americana.

En los casos de condenas a los países por las leyes de amnistía, de punto final, indultos y auto amnistías que se dieron en el Cono Sur han tenido un impacto determinante en un proceso de justicia transicional. El Derecho Penal de víctimas y los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación tal y como han sido construidos por la jurisprudencia de la corte fueron un condicionante para todo el diseño que se hizo de nuestra justicia transicional.

Las sentencias sobre los migrantes de República Dominicana fueron determinantes para la decisión del gobierno colombiano y del Congreso colombiano de permitir que todos los niños venezolanos hijos de venezolanos en Colombia se les reconociera la nacionalidad en cumplimiento del precedente de un caso de República Dominicana donde se evidencia una crisis para el cumplimiento; pero en virtud del valor del precedente del valor que tiene la jurisprudencia de la corte, si se ha cumplido en otros países como en el caso colombiano. La libertad de expresión en casos argentinos es lo establecido, los estándares que se están respetando en todo el continente, el doble conforme, casos argentinos y casos costarricenses no condena de Colombia han determinado que se haga una modificación estructural en el sistema de funcionamiento de la Corte Suprema de Justicia particularmente de la sala penal.

“  
**Existe una  
realidad  
internacional  
donde los  
estados, las  
sociedades de  
nuestros países  
sus instituciones  
políticas y  
los poderes  
judiciales  
requieren  
del Derecho  
Internacional.**  
”

Esto sostiene varias implicaciones en las jurisprudencias sobre consulta previa, si la consulta previa es consulta, si es consentimiento previo con concomitante es necesario dar participación económica. Esos debates y elementos desde el sistema interamericano han tenido un impacto no solo en la jurisprudencia, las instituciones, sino sobre la economía de todo el continente.

Un aspecto interesante dentro de esta recepción de elementos de juicio para establecer cómo entender este diálogo es el relacionado con el ordenamiento jurídico colombiano en la medida en que acepta la competencia de la Corte Interamericana, pero sobre todo la Convención Americana que se enmarca en un conjunto de valores y principios compartidos por la comunidad internacional. Así pues, existe una realidad internacional donde los estados, las sociedades de nuestros países sus instituciones políticas y los poderes judiciales requieren del Derecho Internacional, toda vez que hay una necesidad del Derecho Internacional como fundamento de legitimación en un contexto en el que existe una crítica profunda a la democracia representativa y a las consecuencias que tiene el ejercicio de una democracia representativa con problemas de legitimidad que es el derecho escrito.

Eso tiene consecuencias en la utilización del Derecho Internacional para legitimar decisiones y que está a la orden del día. Esto se explica también por el déficit de legitimidad democrática que surge en varios países y se expresa en los problemas de credibilidad de nuestro derecho. Así pues, nosotros tenemos serios problemas con el derecho escrito que hace el Congreso de la República porque tenemos un problema con la credibilidad del mismo.

La acción pública de constitucionalidad y la excepción de inconstitucionalidad son manifestaciones de la falta de credibilidad en el derecho escrito porque hay un problema de credibilidad en quien lo hace y eso explica que, en muchas ocasiones, sea indispensable la utilización del Derecho Internacional y de los valores que subyacen en las decisiones de la corte en este tipo de casos.

Por otra parte, el Derecho Internacional de los derechos humanos y particularmente el derecho interamericano opera como una especie de catalizador positivo de transformaciones sociales, de reformas normativas o institucionales que no se realizan sin fundamento en la influencia en la presión del Derecho Internacional y de la comunidad internacional.

En efecto, es esencial mencionar cuál es el significado de una sentencia de condena de la Corte Interamericana que puede leerse de manera negativa, como la incapacidad del estado para resolver un conflicto, en los errores judiciales o la inactividad en un momento dado de los órganos internos para resolver un problema de derechos humanos. No obstante,

“  
**En consecuencia,  
control de  
convencionalidad  
no es desconocer  
la jerarquía ni  
la soberanía  
del estado, es  
utilizar un  
insumo más para  
la protección de  
los derechos de  
las personas.**  
”



en otros casos, la esencia está en que, a través de sentencias de condena, se producen reformas.

En consonancia con lo anterior, a las distintas soluciones que da el derecho interno se abre el Derecho Internacional como una adición más; elementos alternativos para proteger los derechos que permiten que, en virtud del principio *pro-persona*, el estado pueda resolver un caso concreto con más alternativas y elementos de juicio.

Eso es también un elemento central para entender cómo relacionarse con el Derecho Internacional, como una expresión clave de la protección multinivel. No solamente para proteger los derechos humanos se acuden a los tribunales nacionales sino a los tribunales internacionales y no solo fuentes del derecho interno sino fuentes del Derecho Internacional.

La eficacia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana está determinada. No es un proyecto de integración, no hay proyecto para consolidar una unidad al estilo europeo o con un traslado de competencias supra-constitucionales bajo ningún punto de vista. Es producto de un fenómeno de confluencia de elementos sociológicos y políticos que, esencialmente, consisten en un mismo idioma, una misma lengua, religión, cosmovisión y forma de entender el derecho como las mismas problemáticas. Esto ocasiona que, de manera espontánea, las decisiones sobre libertad de expresión de Argentina sean las mismas que se están discutiendo en Colombia y los mismos problemas que existen en materia de debido proceso.

El segundo gran bloque de argumentos son los de carácter jurídico, los determinantes de carácter jurídico. Para ello, hago énfasis en el concepto de control de convencionalidad toda vez que puede ser entendido de dos formas a saber:

La primera hace alusión al plano jerárquico al igual que los derechos fundamentales y la jurisprudencia de la corte sobre los derechos fundamentales que prevalecen sobre el sistema de fuentes en las normas de inferior rango. No obstante, hay otras maneras de entender el control de convencionalidad referido a utilizar de manera conjunta el Derecho Internacional y el derecho interno para resolver los problemas en un caso concreto, y eso se hace de distintas maneras o a través de distintos mecanismos: se utiliza el bloque de constitucionalidad, el principio de asimilación de las fuentes del Derecho Internacional al derecho interno.

El otro elemento es el relacionado con la hermenéutica jurídica, utilizar el Derecho Internacional como elemento teológico, hacer una interpretación conforme y sistemática del derecho interno en conformidad con el Derecho Internacional, dialogar entre las distintas fuentes para resolver los casos concretos. En consecuencia, control de convencionalidad no es desconocer la jerarquía ni la soberanía del estado, es utilizar un insumo más para la protección de los derechos de las personas.

Por lo anterior, el diálogo judicial esencialmente está determinado por aspectos sociológicos, políticos y por consideraciones jurídicas, no se comprende el control de convencionalidad ni el diálogo, sin uno ni otro, es un proceso con una dinámica muy propia que debe ir creciendo con respecto a la influencia de la importancia de la jurisprudencia y de los estándares interamericanos.

Por otra parte, el control de convencionalidad en este momento es un gran reto de todos los tribunales respecto a cómo incorporar el Derecho Internacional en el derecho interno para resolver casos concretos.

En este punto es necesario establecer un mecanismo de seguridad jurídica para utilizar el Derecho Internacional e incorporarlo en el derecho interno. El control de convencionalidad es el modelo, es el paradigma para las demás áreas de derecho, cómo tienen que ser incorporadas en el derecho interno. En efecto, todo lo que se dice de control de convencionalidad es el modelo para incorporar en otras áreas del derecho en otras ramas del derecho, el Derecho Internacional en el derecho interno. En ese sentido, es importante destacar también que el diálogo judicial es una necesidad, no es una opción, es decir, un país no se puede estar por fuera del sistema de valores que sostiene la convención americana y los derechos que están en la comisión y son reconocidos por la Constitución.



**Patricia Pérez  
Goldberg**  
Magistrada  
de la Corte  
Interamericana  
de Derechos  
Humanos

Es un reto para la Corte Constitucional, así como para todos los demás países y es necesario un trabajo intenso y coordinado que proporcione bien normativamente, una construcción de una jurisprudencia para hacer ese proceso de incorporación que es esencial para que el control de convencionalidad no sea interpretado como una figura útil para generar caos interno.

En este marco, cabe resaltar que en Colombia no existe un consenso sobre cómo hacer control de convencionalidad. El Consejo de Estado está utilizando el control de convencionalidad para hacer sentencias interpretativas de las leyes para inaplicar leyes, está ejerciendo toda una serie de operaciones con el argumento del control de convencionalidad. Por su parte, si bien la Corte Suprema de Justicia también se encuentra en ello, requiere trabajar conjuntamente para ir decantando unos elementos básicos de seguridad jurídica sobre este punto.

Esta reflexión está encaminada a las adjudicaciones de derechos humanos. Acudo a mencionar el rol de la judicatura internacional en materia de derechos humanos y, seguidamente, algunas ideas en torno al control de convencionalidad.

Desde una perspectiva particular, me permito establecer que la Corte Interamericana no es una suerte de tribunal supraconstitucional, es un tribunal internacional cuyo ámbito de acción es subsidiario y complementario en las jurisdicciones nacionales y una cuestión distinta y por supuesto positiva, luego entonces la Convención Americana no es una constitución, es un tratado internacional que asigna una determinada competencia a un tribunal que es internacional y que en ningún caso tiene una característica de una constitución sin perjuicio de que se puedan utilizar ciertas herramientas interpretativas propias del Derecho Constitucional.

Ahora, esta relación de estos planos como el plano nacional e internacional que pueden ejemplificarse a la luz de la discusión en torno a la justicia directa de los derechos económicos, sociales y culturales conforme al artículo 26 de la Convención Americana. Allí es importante hacer una distinción porque en los ámbitos internos mediante procedimientos democráticos, la ciudadanía de los distintos países decide plasmar estos derechos en su respectivo ordenamiento jurídico, en su constitución y leyes, así como incorporan el Derecho Internacional de los derechos humanos en lo pertinente. En ese contexto, los tribunales nacionales están encargados de interpretar y hacer justiciables estos derechos de acuerdo con ese ordenamiento jurídico.

En el ámbito internacional, el rol es diferente toda vez que la corte está limitada por aquellos marcos que brinda la Convención. Por lo tanto, el



tribunal debe determinar si ese estado en particular ha incumplido sus obligaciones de acuerdo con la Convención y, particularmente, a lo que se refiere en el artículo 26, si incumplió la obligación del desarrollo progresivo y de no agresividad y no los derechos económicos, sociales y culturales considerados en forma aislada.

En cambio, en materia interamericana puede decirse que estamos regidos por la convención y por el Protocolo de San Salvador y, por lo tanto, es necesario considerar el Protocolo de San Salvador que somete al sistema de peticiones y de casos individuales dos derechos económicos, sociales y culturales que son: el derecho a la educación y el derecho a la afiliación sindical. A razón de ello, es pertinente traer a colación el caso de Ximenes Lopes o González Lluy en Ecuador. Del mismo modo, en el caso del Lago del Campo se estuvo por reconocer la justiciabilidad directa de los derechos sociales, económicos y culturales con excepciones posteriores que es un caso contra Guatemala y uno en contra de Colombia, en que recondujo las violaciones o las infracciones a los derechos a estos.

En cuanto a este tema de interpretación que es aplicable a las normas convencionales, como bien lo sabemos se aplican las ventajas hermenéuticas que están contempladas en la Convención de Viena, la buena fe, el sentido corriente de los términos, el objeto y fin del tratado que desligan el principio *pro persona* y la interpretación evolutiva. Un claro ejemplo de ello es el caso de Awas Tingni de Nicaragua donde la corte



“  
**Es menester  
construir un  
repertorio de  
soluciones  
de criterio  
interpretativo  
que permitan  
resolver mejor  
los casos y  
tener una mayor  
cantidad de  
alternativas  
disponibles  
para poder  
solucionarlos.**  
”

hizo uso de estas herramientas y consideró que, de acuerdo con el Artículo 21 que contempla el derecho a lo que propiedad, se debería entender la propiedad comunal por lo que consideró la propiedad del pueblo indígena, la legislación nicaragüense, como también la costumbre de los pueblos autóctonos. Todo esto este marco de interpretación creativa es completamente fiel a la intención de los estados al momento de conferir competencia a la Corte.

Cuestión distinta es pretender el uso del principio de *pro persona* para ampliar la competencia de un tribunal al margen de las competencias específicas que el tratado que le ha dado origen y que establece el tribunal le otorga.

Aunado a lo anterior, es pertinente hacer una serie de precisiones en torno al control de convencionalidad que no se trata de un proyecto de integración sino de una convergencia que hace deseable que se pueda establecer este diálogo multidireccional, no es un monólogo. Por ello, la corte no puede ser concebida como el tribunal supraconstitucional, sino que posee un marco de acción bastante definido. Así pues, el control de convencionalidad es una doctrina que generó la Corte Interamericana, es todo un control ejercido al oficio por parte de todas las autoridades, el marco de sus competencias sumadas a la forma en que se haga este control de convencionalidad que varía según el país para vender el tipo de fuente que se contemplen en sus respectivos ordenamientos jurídicos.

En consonancia, lo anterior puede comprenderse en dos vías: la forma de arriba hacia abajo que está en la clave jerárquica y como un diálogo constructivo, articulador, que no parte de la base de una jerarquía, sino de la cooperación. De hecho, se puede presentar un ejemplo ilustrativo: en la decisión de la Corte Suprema en el año 92 se dio una aplicación directa al Artículo 14 de la Convención y luego se señaló el caso de Megías que, conforme al Artículo 27 de la Convención de Viena, debía referirse la norma internacional. Así, se constitucionalizó una mirada particular que es algo autogenerado, interno y no impuesto que posee un valor bastante relevante.

En conclusión, es menester construir un repertorio de soluciones de criterio interpretativo que permitan resolver mejor los casos y tener una mayor cantidad de alternativas disponibles para poder solucionarlos. En el año 2013, la Corte Suprema de México a través de la contradicción de tesis 193 estableció internamente que la jurisprudencia de la Corte Interamericana era vinculante siempre que contuviera disposiciones más favorables a las personas que las disposiciones internas. Así pues, la Corte Interamericana puede realizar una interpretación creativa, avanzar en el establecimiento de estándares de los derechos humanos que van a seguir como criterios orientadores para otros tribunales nacionales e internacionales.

En este proceso de desarrollo estándar es importante que la corte continúe considerando los desarrollos nacionales que hacen los tribunales, las altas cortes y tribunales en general cuando se produce este fenómeno de constitucionalización del Derecho Internacional de los derechos humanos y, por lo tanto, es ahí donde la doctrina y el control de convencionalidad se resignifica como un verdadero diálogo.

## Natalia Torres Zúñiga

Investigadora del  
Centro Noruego  
de Derechos  
Humanos de la  
Universidad de  
Oslo

Con miras a corresponder a las reflexiones de este espacio, me permito plantear algunos elementos para pensar. En principio, cuando se habla de convencionalización se acude a una analogía con el Derecho Constitucional, referimos a una suerte de *ius Constitutionale Commune*, una constitución material que en la práctica es creada por jueces y el juez de la Corte Interamericana, pero esta convencionalización que se refiere de algún modo a un *ius Commune* interamericano y una constitucionalización del derechos interamericano con el nombre de convencionalización, no se ha discutido cuando todos hemos incorporado el discurso del control de convencionalidad.

Asumimos que la corte tenía la competencia para tener el control de convencionalidad, valdría preguntarse si todo ello ha sido necesario. Al respecto, debo aclarar que, en lo referente a las analogías constitucionales, considero que se usan deliberadamente para flexibilizar y ampliar competencias que no están inicialmente establecidas en un tratado como la Convención Americana de los Derechos Humanos. En concreto, se utiliza constantemente la analogía constitucional para expandir competencias que no necesariamente se necesitaban, ni estaban originalmente en el tratado por lo que se torna dificultoso hablar de control de convencionalidad.

Las implicancias teóricas que eso ha generado, están asociadas al diálogo como noción en un contexto de pluralismo constitucional entre autoridades constitucionales o cortes cuasi constitucionales como la corte europea de justicia. Entonces, la noción de diálogo en sí misma se refiere a una comunicación entre iguales de naturaleza constitucional.

También, se asume que el derecho es un producto discursivo. Si hablamos del derecho como una práctica discursiva, el derecho es el resultado de lo que un juez quiere decir, y lo que en la práctica ejerce. Es necesario siempre determinar quién tiene la última palabra, tal es el caso de la Corte Interamericana y las cortes constitucionales. El problema es estos principios son auto referenciales; es decir, democracia y justicia pueden ser polisémicas, pero dependen de la enunciación del juez. Por tanto, el control de convencionalidad es una creación jurisprudencial. Al respecto, considero que es mejor dejarlo como un tribunal internacional que tiene

“  
**Es necesario generar ciertos criterios que digan o que eviten estos conflictos entre la Corte Interamericana y cortes constitucionales como la de Guatemala.**  
”

sentencias *inter partes*, pero se reetorna a la gran pregunta: ¿quién decide cuáles son los principios yuxtacostitucionales?

Dado lo anterior, es necesario generar ciertos criterios que digan o que eviten estos conflictos entre la Corte Interamericana y cortes constitucionales como la de Guatemala. De ello deviene el asunto del consenso, pero ¿qué es el consenso? ¿cómo se ejerce? ¿qué se requiere para lograrlo? Al respecto, es pertinente traer el caso de la Corte Interamericana contra de Costa Rica sobre la fertilización in vitro donde se hace referencia a varias sentencias para hablar del derecho a la vida y cómo es que la protección al derecho de la vida no sólo se refiere al nacimiento sino al momento de la unión entre el espermatozoide y el óvulo, cuando el cigoto se instala en el útero.

La corte ni siquiera se refiere a un consenso de prácticas legales sino al consenso del vacío porque no había ley en América Latina que regulara la fertilización in vitro. La pregunta es: ¿cuál es la noción de consenso que allí se vislumbra? Así las cosas, si queremos concretizar el diálogo primero empecemos por estos elementos en concreto que, sin duda, sostienen vínculo con el criterio de la democracia que se refleja muy bien en el caso Gelman versus Uruguay. En este caso, la corte decide invalidar una norma de amnistía que había sido aprobada vía plebiscito en un contexto de una Uruguay democrática, porque para la corte la impunidad es innegociable.

En este caso, la democracia se manifiesta cuando la corte enuncia que las mayorías están representadas por la protección de los derechos humanos, pero eso es tan genérico que termina la noción de protección de derechos



humanos tan absolutista que vacía el concepto de democracia. Aunado a ello, cabe destacar que en los últimos años la pugna ha disminuido. En Barrios Altos versus Perú, La Cantuta y Barrios Altos versus Perú cuando se supervisa la sentencia, entre otros.

En ese orden, Humberto Sierra Oporto tiene una crítica a la protección de los derechos sociales que, a mi parecer, es pertinente. Este asunto coincide con el tema del consenso y a tener criterios en una arbitrariedad menor. Todo ello depende de la naturaleza de los jueces.

Sin duda, se desconoce cuánto tiempo dure el control de convencionalidad, no obstante, no es necesario escribir demasiada teoría sobre la existencia del control de convencionalidad. De la realidad y el diálogo hay que ser más pragmáticos y no sobredimensionar a las cortes.



**GRUPOS DE TRABAJO**  
**EJE 1**

# Bloque de constitucionalidad vs. control de convencionalidad



## Magistrado Alejandro Linares Cantillo (moderador)

Magistrado de la Corte Constitucional desde el año 2015. Abogado de la Universidad de los Andes, con estudios de posgrado en Finanzas y Tributación Internacional y maestría en Derecho de la Universidad de Harvard (LL.M.). Doctor en Derecho (summa cum laude) de la Universidad Externado de Colombia. Cuenta con experiencia profesional de más de 30 años en el sector público, privado y en la academia.

Como servidor público ha asumido importantes cargos de dirección en la rama ejecutiva dentro de los cuales destacan la jefatura de la División Jurídica de la Dirección General de Crédito Público y del Tesoro del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la jefatura de la División Especial de Inversiones Extranjeras del Departamento Nacional de Planeación, el viceministerio de Agricultura y la dirección del Plan Nacional de Rehabilitación y la vicepresidencia Jurídica de Ecopetrol.

Durante más de veinte años ejerció su profesión en varias firmas de abogados, incluyendo a Gómez-Pinzón Abogados, en temas de Derecho de los Negocios Internacionales y litigio transnacional. En la academia ha sido profesor de derecho en varias universidades del país, tales como la Universidad de los Andes y la Universidad del Rosario en Bogotá y la Universidad del Norte en Barranquilla. Además, ha publicado varios artículos en revistas especializadas en materia de hacienda pública, Derecho Económico Internacional y Derecho de los Negocios, incluyendo el libro *El derecho aplicable en el arbitraje de inversión: la tensión con el derecho interno*, publicado en el año 2019 por la Universidad Externado de Colombia.



## Alejandro Ramelli Arteaga

Magistrado del Tribunal Especial Para la Paz. Doctor en Derecho de la Universidad de Salamanca (España) y magíster en Derechos Humanos de la Université de Paris x Nanterre. Es abogado de la Universidad Externado de Colombia. Se ha desempeñado como magistrado auxiliar de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, fiscal delegado ante la Corte Suprema de Justicia, jefe de la Unidad de Derechos Humanos de la Fiscalía General de la Nación y docente de diferentes universidades como Los Andes, Externado, Libre, Santo Tomás y Sergio Arboleda. Es autor de varios libros y artículos publicados en revistas nacionales y extranjeras, así como conferencista en Ecuador y México.



## Juana Inés Acosta López

Profesora Asociada de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de la Sabana. Abogada de la Pontificia Universidad Javeriana, magíster en Derechos Humanos de la Universidad Externado, LLM en International Legal Studies de NYU. Ha sido consultora en el sector público y privado, agente en representación de Colombia, Bolivia y Chile ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en más de diez casos y subdirectora del área temática de la Oficina del Alto Comisionado para la Paz en los diálogos de paz en La Habana, Cuba.

Ha sido vicepresidenta de la Academia Colombiana de Derecho Internacional y profesora de pregrado y posgrado en universidades nacionales y extranjeras. Cuenta con numerosas publicaciones en temas de derechos humanos y justicia transicional. Actualmente es candidata a doctora de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM); directora de la Clínica Jurídica de Interés Público y Derechos Humanos de la Universidad de La Sabana; miembro del Observatorio de la Jurisdicción Especial para la Paz; conjuer del Tribunal Especial para la Paz y consultora en temas de Derecho Internacional y justicia transicional. Además, es miembro del Comité Editorial del International Review of the Red Cross y miembro fundador de ICON-S, Capítulo Colombia.

## RESUMEN EJECUTIVO

En el presente grupo de trabajo se brindó un espacio con los diferentes ponentes en aras de efectuar una aproximación del significado del control de constitucionalidad versus el bloque de convencionalidad. Para ello, uno de los ejes de la discusión giró en torno a si realmente los jueces nacionales son jueces convencionales, es decir que, efectúan un control en el cual brindan un carácter de supremacía a la Convención Interamericana de Derechos Humanos y a las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por encima del derecho interno. O, en su contrario, si los jueces domésticos no son jueces convencionales, puesto que el control que efectúan es constitucional.

En otras palabras, se discutió si los jueces nacionales en su ejercicio de control constitucional realizan control convencional. Esto teniendo en cuenta que, tanto la Convención Interamericana de Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, han ingresado a la Constitución Política colombiana por medio del bloque de constitucionalidad.

**Alejandro  
Linares Cantillo  
(moderador)**  
magistrado  
de la Corte  
Constitucional

El magistrado propuso abrir la discusión con un primer diálogo sobre el estado del arte frente a lo que se entiende como control de convencionalidad y bloque de constitucionalidad. Para introducir el tema en mención el doctor Linares narró su experiencia en un encuentro de tribunales constitucionales en Santiago de Chile donde se expusieron distintas teorías sobre la relación entre el derecho internacional y el derecho interno y sobre qué sistema jurídico debe prevalecer sobre el otro al momento de aplicarse en casos concretos. Se refirió especialmente a la intervención del Presidente del Tribunal Federal Alemán respecto a los retos que hoy en día tienen los estados europeos frente a las decisiones de la corte Europea de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Al respecto, el tribunal federal alemán se había planteado múltiples problemas con relación a las dos teorías que muestran cuáles son las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno. Por un lado, está el *monismo* que señala que debe prevalecer alguno de los dos órdenes sobre el otro —generalmente, el orden internacional prevalece sobre el derecho interno—. De otro lado, existe el *dualismo* que señala que son sistemas jurídicos distintos. Sin embargo, también hay un dualismo

moderado en el que se trata de conciliar el derecho internacional con el derecho doméstico. Ante ello, el Doctor Linares señaló que lo interesante de la conferencia había sido que el presidente del tribunal alemán brindó orientaciones sobre cómo no cumplir con el control de convencionalidad en el contexto europeo, que en Europa no se llama control de convencionalidad sino que se refiere al no vencimiento a sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Europeo de Justicia.

Con lo anterior, el magistrado Linares enuncia varias tesis a saber:

1. La tesis del ámbito de la competencia en el que se discute si una corte, por ejemplo, La Corte Interamericana de Derechos Humanos, tiene la competencia de emitir fallos que decidan sobre determinado tema o que se extiendan a países que no fueron parte de la decisión (*inter partes*).
2. La tesis del *ultra vires* que señala que cuando una sentencia de un tribunal se hace sin competencia, esa sentencia no puede ser aplicada en determinado contexto.
3. En Europa se encuentra también la tesis del *margen nacional de apreciación* que propugna que cuando se emite una decisión internacional los jueces locales y las autoridades locales (dado el contexto histórico, político y jurídico de su entorno) pueden usar su margen de apreciación para adaptar la decisión a la situación concreta.





“  
**hay una tesis  
nominada  
“control de  
identidad”  
que señala  
que cuando  
una decisión  
internacional  
va contra la  
identidad de  
la constitución  
local, los jueces y  
administradores  
públicos pueden  
advertir que, por  
motivo de la  
decisión atenta  
contra el control  
de identidad de  
la constitución,  
podrían no  
cumplirla.**  
”

4. Una tesis más reciente denominada “el control de identidad”, que es similar a nuestro “juicio de sustitución”, señala que cuando una decisión internacional va contra la identidad de la constitución local, los jueces y administradores públicos pueden advertir que, por motivo de que la decisión atenta contra el control de identidad de la constitución, podrían no cumplirla.

De otro lado, es importante mencionar que el tema del control de convencionalidad no es un tema exclusivo de América Latina. Por ejemplo, el Tribunal de Polonia desconoce todos los fallos internacionales y los alemanes han desarrollado unas tesis de interés para no cumplir o matizar las decisiones emitidas el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Finalmente, el magistrado Linares señaló que nuestra jurisprudencia ha sido variada en esta materia. Y, por ejemplo, ha aceptado el carácter vinculante de las medidas cautelares emitidas por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, y por otra parte, no ha admitido la supraconstitucionalidad.

El magistrado señala que la CIDH ha hecho un desarrollo jurisprudencial sobre los efectos de las sentencias emitidas por la misma. Se trata de dos tipos de efectos: efectos *inter partes*, que hacen tránsito a cosa juzgada y solo surten efecto entre las dos partes en un caso y esté el efecto llamado “la norma convencional interpretada”, que ha sido tomado por nuestra corte, donde, por ejemplo, la *ratio* de una sentencia en la que no participa Colombia de todos modos tiene efectos vinculantes. Al respecto, la misma corte ha dicho que se trata de efectos *erga omnes* que se extienden a todos los países que han aceptado la jurisdicción de la CIDH.

Adicionalmente, el doctor Linares señala que se pueden identificar tres tipos de intensidad en control de convencionalidad:

1. Control de intensidad severa, que deja sin efectos la normatividad interna de cualquiera de los países miembros porque esta última que viola las disposiciones de la Convención Interamericana. Esto vendría siendo una función análoga a lo que viene cumpliendo la Corte Constitucional con las fallos de inexecutable. Este grado de intervención ha sido criticada en varios países.
2. Control de intensidad intermedia, es cuando la Corte Interamericana dice que condena al Estado e indica modificar determinada legislación o expandir el contenido de un derecho, pero no declara que no tiene efectos esa normatividad interna.
3. Control de intensidad baja, es cuando la corte dice que determinada legislación del país no es *per se* contra la convención, pero que la interpretación que más se ajusta a los derechos de la convención es determinada y, en adelante, los países deberían interpretar la convención de esa manera.

**Juana Inés  
Acosta López**  
Profesora  
Asociada de  
la Facultad  
de Derecho y  
Ciencias Políticas  
de la Universidad  
de la Sabana

Preguntas orientadoras por parte del moderador al grupo de trabajo

- ¿Cuál es el estado del arte del control de convencionalidad versus el bloque de constitucionalidad?
- ¿Cuáles son los desafíos que tiene la comparación entre el bloque de constitucionalidad y el control de convencionalidad?

La profesora Juana Acosta manifestó que el control de convencionalidad puede entenderse de múltiples maneras, en tanto no es un concepto nuevo, pues la Corte Interamericana lo creó en el caso *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile* – Sentencia de 26 de septiembre de 2006. La Convención ya había establecido en su artículo segundo que los estados deben adecuar su ordenamiento interno a dicha convención. Sin embargo, al conceptualizarlo, el control de convencionalidad tomó fuerza en el continente americano, y la Corte Interamericana refirió que los jueces deben interpretar sus normas nacionales de conformidad con la Convención Americana de Derechos Humanos y la interpretación de la Corte Interamericana. Después, la Corte empezó a brindar más entendimiento al control de convencionalidad en distintas sentencias indicando que dicho control ya no solo se refería sobre la Convención, sino sobre cualquier otro tratado interamericano que haya sido ratificado por el Estado.

Ahora, el mencionado control no debe ser ejercido solo por los jueces, deben hacerlo todas las autoridades públicas de un Estado y de cualquiera de las tres ramas del poder público. Así las cosas, en una sentencia, la Corte Interamericana indicó que las autoridades deben realizar el control de convencionalidad pero en el marco de sus competencias. Ello hace parte de la manera como los Estados pueden dar cumplimiento al principio de subsidiariedad significa que a través del control de convencionalidad los estados pueden cumplir sus obligaciones internacionales y no necesariamente llegar a instancias de la Corte Interamericana, como una manera de prevenir efectivamente que exista responsabilidad internacional del Estado y también amplía el parámetro de control. Ahora bien, el control no solo debe tener como base la Convención, sin que también debe tener en cuenta a otros tratados, a la jurisprudencia de la Corte, a las opiniones consultivas, algunas decisiones de supervisión de cumplimiento y las resoluciones de cumplimiento de sentencias. Así mismo, en algunas medidas provisionales y medidas urgentes la Corte también ha exigido que haya cierto control de convencionalidad.

La Corte Interamericana ha, incluso, ordenado la modificación de las constituciones en los eventos en que las constituciones nacionales puedan llegar a violar la Convención Americana. Ahora bien, de las consecuencias prácticas que puede traer el control de convencionalidad para los Estados, la Corte Constitucional no ha estado de acuerdo en utilizar el concepto



del control de convencionalidad por lo cual surge la sentencia C-146 de 2021<sup>1</sup> en la que se analizó profundamente qué se entendía por control de convencionalidad y en la que hubo algunos salvamentos de voto de interés. La Corte ha dicho “nosotros no somos jueces convencionales, somos jueces constitucionales”.

Dicho esto, la doctora Acosta señaló la importancia de un parámetro de control como la constitución política, pues no hay tal cosa como una supra constitucionalidad de las decisiones de la corte de la Convención Americana, sino que esta última ingresa al bloque de constitucionalidad y, a partir de la interpretación del bloque, es que eventualmente la sentencia y las opiniones consultivas pueden entrar por vía de interpretación para llenar de contenido las disposiciones constitucionales con miras a revisar si las normas son acordes o no al derecho internacional.

De otro lado, la ponente afirmó que el Ministro de Justicia menciona que la jurisdicción constitucional también es convencional. Sin embargo, a perspectiva particular, no es tan fácil incorporar la jurisprudencia interamericana a la Corte Constitucional.

De otro lado, en sentencia C-147 del 2021<sup>2</sup> dicha corte ha dicho que es más amplio el “margen de apreciación” en relación con decisiones que no son contra Colombia y es más restringido en decisiones que la Corte Interamericana toma contra el país. Lo anterior, podría resultar problemático en el sentido de que podría generar internacional del Estado.

<sup>1</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-146 de 20 de mayo de 2021. magistrada ponente: Dra. Cristina Pardo Schlesinger. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2021/C-146-21.htm>

<sup>2</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-147 de 20 de mayo de 2021. magistrado ponente: Dr. Alejandro Linares Cantillo. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2021/C-147-21.htm>

“  
**la Corte Interamericana indicó que fue el Consejo de Estado quien hizo el control de convencionalidad. Colombia no había cumplido la decisión del Consejo de Estado y la Corte Interamericana no estaba facultada para repetir esa decisión.**”

”

Frente al valor propio de las sentencias de la Corte Interamericana, la Corte Constitucional ha dicho que no son vinculantes. Así pues, la jurisprudencia de la Corte Interamericana no entra automáticamente, pero sirve como parámetro de interpretación de las normas constitucionales. Esta jurisprudencia no puede ser transplantada y no se integra al bloque de constitucionalidad, lo que hace parte del bloque, en sentido, estricto es la Convención Americana, pero sin la jurisprudencia de la Corte no se puede entender el sentido de la Convención por lo cual también entra esa interpretación.

En función de ello, el Consejo de Estado ha sido más directo en aplicar el control de convencionalidad actuando como juez convencional. En ese orden de ideas, la Doctora Linares quiso mencionar el caso de Gustavo Petro, actual Presidente de la República, Frente a este caso comentó que la Corte Interamericana emitió una sentencia en la que realizó una interpretación del Artículo 23 de la Convención Americana y dijo que la mayor restricción a los derechos políticos, cuando es inhabilitación y destitución, solo debería hacerse a través de una condena por juez en un proceso penal. Por lo que ordenó la modificación del ordenamiento nacional. No obstante, la sentencia del caso Petro tuvo un problema toda vez que la Corte Interamericana afirmó lo siguiente: “el Consejo de Estado en Colombia al decidir sobre la nulidad de las decisiones frente a la destitución y la inhabilitación de Gustavo Petro, realizó un adecuado control de convencionalidad, cesó la violación y reparó los derechos políticos”. Así pues, la Corte Interamericana indicó que fue el Consejo de Estado quien hizo el control de convencionalidad. Pero Colombia no había cumplido la decisión del Consejo de Estado y la Corte Interamericana no estaba facultada para repetir esa decisión. Sin embargo, al margen de esa crítica, lo cierto es que cuando la Corte avala la sentencia del Consejo de Estado, pareciera que lo hace en su totalidad.

Ahora bien, tal sentencia del Consejo de Estado no acuñó de manera tan literal el artículo 23 de la Convención, porque no dice que la condena deba ser por juez en un proceso penal sino interpreta que debería ser condenado por una decisión jurisdiccional, pero no necesariamente por proceso penal sino con garantías del debido proceso. Si embargo eso es muy distinto a lo que dijo la Corte Interamericana en su sentencia cuando interpretó el artículo en mención de forma literal.

Con lo anterior, la ponente manifestó que la Corte Constitucional en la sentencia C-028 del 2006<sup>3</sup> con ponencia del Doctor Humberto Sierra, ya había interpretado el Artículo 23 de la Convención de una no forma literal sino de forma sistemática y teleológica. Por ello, es viable cuestionarse: ¿quién hace el control de convencionalidad y por qué es más legítimo el control de convencionalidad que hizo posteriormente la Corte Interamericana al que hizo la Corte Constitucional en el 2006 al interpretar el artículo 23, cuando la Corte todavía no lo había interpretado de esa manera?

<sup>3</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-028 de 26 de enero de 2006. magistrado ponente: Dr. Humberto Antonio Sierra Porto. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-028-06.htm>

Y si es cierto que el control de convencionalidad sirve para cumplir con el principio de subsidiariedad, pues la CIDH debió haberle dado un mayor valor a esa sentencia de 2006.

Por otro lado, cuando se emite la sentencia C-028 de 2006<sup>4</sup> por la Corte Constitucional, empieza toda una discusión nacional, se presentan los proyectos de reforma a las funciones de la Procuraduría General de la Nación y tras la aprobación de la ley ocurren dos asuntos adicionales:

1. En mayo de 2022, la Corte Constitucional emitió la sentencia C-146 de 2021<sup>5</sup> en la que no estaba analizando propiamente el cumplimiento de la sentencia Gustavo Petro, pero sí el mismo problema jurídico: el análisis e interpretación del artículo 23. La Corte reiteró que esa interpretación puede incluir cualquier jurisdicción.

2. En noviembre del 2021, la Corte Interamericana emitió una resolución de cumplimiento de sentencia, en la que mencionó “esa ley que está analizando la Corte Constitucional es inconvencional, porque la interpretación del artículo 23 requiere ser literal”. Entonces, la pregunta es: ¿la Corte Interamericana ha debido esperar a que la Corte Constitucional decidiera sobre la constitucionalidad de la ley y qué efectos tiene esta resolución de cumplimiento sobre la decisión que tiene que tomar la Corte?. Con ello, es admisible cuestionarse: ¿es parámetro de control de convencionalidad esa resolución de cumplimiento por lo que la corte está obligada a declarar la inexecutable con base en esa resolución?

Hay un gran desafío pensar si hay un verdadero diálogo entre la Corte Constitucional y la Interamericana, sobre si la Corte Interamericana está tomando en consideración los matices que se están viendo los magistrados de la Corte Constitucional y cómo se interpretan. De otro lado, también existe un gran problema porque si el tribunal constitucional declara executable otro proyecto de ley como el de esta reforma, se puede generar una responsabilidad internacional del estado y haber un hecho ilícito internacional generado por la Corte Constitucional ya que esta no generó adecuadamente un control de convencionalidad.

Ahora bien, en materia de justicia transicional la Corte Constitucional ha hecho una interpretación respecto a los límites del deber de investigar, juzgar y sancionar, con lo cual ha avalado el modelo de justicia transicional en Colombia, ha avalado la selección de casos en la Jurisdicción Especial para la Paz y las sanciones propias no carcelarias que van a tener los comparecientes de la JEP.

Y ya existen casos en la Comisión y en la Corte Interamericana que están pidiendo que diga que el diseño de la JEP es contrario a la Convención porque, por ejemplo, no cumple con el principio de proporcionalidad de las sanciones frente a crímenes internacionales o porque el principio de



<sup>4</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-028 de 26 de enero de 2006. magistrado ponente: Dr. Humberto Antonio Sierra Porto. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-028-06.htm>

<sup>5</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-146 de 20 de mayo de 2021. magistrada ponente: Dra. Cristina Pardo Schlesinger. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2021/C-146-21.htm>

selección no cumple con la interpretación adecuada al deber de investigar, juzgar y sancionar.

En efecto y en su jurisprudencia, la Corte Constitucional ha avalado todo el modelo y ha hecho control de convencionalidad. Constantemente ha dicho que efectivamente sí se cumple con esas obligaciones internacionales, pero es posible que la Corte Interamericana tenga una interpretación distinta de lo que significa proporcionalidad de las sanciones.

Finalmente, la Doctora Juana dijo conocer otro caso muy interesante que implica un verdadero choque entre la Corte Constitucional y el Consejo de Estado frente a la caducidad de las acciones cuando se trata del crimen internacional. La Corte Interamericana dice que las acciones civiles de reparación no deberían prescribir cuando se trata de crímenes internacionales. Y, con base en lo anterior, el Consejo de Estado interpreta que realmente la sentencia de Órdenes Guerra Vs Chile no menciona lo anterior. Por tanto, puede haber una caducidad porque es distinto nuestro ordenamiento al de Chile. Del mismo modo, a través de tutelas, la Corte Constitucional avala la postura del Consejo de Estado y dice que sí puede haber caducidad y efectivamente se puede interpretar Órdenes Guerra de una manera distinta. Pero posteriormente, el Consejo de Estado en sentencia de tutela dice que no puede haber prescripción ni caducidad frente a crímenes internacionales.

**Alejandro  
Ramelli Arteaga**  
magistrado del  
Tribunal Especial  
Para la Paz

El magistrado Ramelli comenzó su intervención planteando los siguientes interrogantes:

- ¿Cuál ha sido la evolución y el estado actual del arte, de la discusión en la Corte sobre las relaciones entre el control de constitucionalidad y el control constitucional?
- ¿Qué desafíos comporta, en sede de control de constitucionalidad, el cumplimiento de sentencias emitidas por la Corte Interamericana cuya ejecución implica modificar el ordenamiento jurídico colombiano?

El Doctor Ramelli indicó que existe una clara interrelación entre el valor acordado de la jurisprudencia de la Corte Interamericana y la comprensión del control de convencionalidad. Así pues, hay una primera etapa en la que no existía el control de convencionalidad, ni el sistema interamericano. En esa primera época, la Corte Constitucional citaba constantemente sentencias de la Corte Interamericana y viceversa. Luego, comenzaron las dificultades como en la sentencia del aborto en la que se dice que es un criterio relevante de interpretación, pero al mismo tiempo en la sentencia de justicia y paz dice que dicha jurisprudencia es obligatoria.

Así mismo, el Doctor Ramelli indicó que otro tema tensionante refiere a cuando la corte dice que el trato y la interpretación van en distintas vías;

“  
**La Corte se apartó un poco del precedente anteriormente dicho, ya que las relaciones entre la Convención y la Constitución no deben analizarse desde una perspectiva jerárquica, sino a partir de un dialogo.**”

**6** Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-442 de 25 de mayo de 2011. magistrado ponente: Dr. Humberto Antonio Sierra Porto. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/C-442-11.htm>

**7** Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-458 de 22 de julio de 2015. magistrado ponente: Dra. Gloria Stella Ortiz Delgado. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/C-458-15.htm>

es decir que, la Convención hace parte del bloque de constitucionalidad, pero la jurisprudencia de la Corte Interamericana no. Por otro lado, la interpretación que hizo la Corte Constitucional de la Convención sin la existencia de la regla de la convencionalidad fue que el artículo 23 de la Convención Americana debe interpretarse con otros tratados que tienen que ver con la lucha contra la corrupción. En consecuencia, la Corte Constitucional fue el intérprete original del mencionado artículo, ya que no existían sentencias de la Corte Interamericana.

La segunda etapa, fue cuando la Corte Constitucional reconoció expresamente la figura del control de convencionalidad en la sentencia C-442 del 2011<sup>6</sup>, cuyo ponente fue el Dr. Sierra. Ahora bien, el mencionado ex magistrado dijo que la primera premisa o la mayor de interpretación eran las sentencias de la Corte Interamericana y la ley colombiana.

Así pues, la tercera etapa, se refiere a las restricciones al control de convencionalidad, pues hay varias sentencias en las que se encuentra que no hay un convencimiento para ejercer dicho control, toda vez que se dice que la jurisprudencia de la Corte Interamericana no es vinculante cuando el Estado colombiano no ha sido parte del proceso. Es decir, en Colombia no se comparte la postura de la Corte Interamericana en la que todas las interpretaciones que ha realizado de la convención para otros países son vinculantes para Colombia. Así mismo, la Corte Constitucional indicó que las reglas judiciales no hacen parte del bloque de constitucionalidad.

Por lo mencionado, en esta tercera etapa la Corte Constitucional examina la relación entre la cosa juzgada constitucional y la interpretación sobreviviente de la Corte Interamericana; se analiza hasta dónde se cambia el parámetro internacional. También, se dice expresamente en la sentencia C-458 de 2015<sup>7</sup> que la Corte Constitucional no es un juez convencional, por lo que la sentencia en mención es todo lo contrario a las etapas iniciales. No obstante, sí menciona que la Corte Constitucional debe ejercer control de convencionalidad sobre las normas internas, pues un control de convencionalidad no se limita únicamente a verificar la concordancia de dichas normas con la convención. Se debe tomar como parámetro de juzgamiento la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

Al respecto, se señaló que la Corte se apartó un poco del precedente anteriormente dicho, ya que las relaciones entre la Convención y la Constitución no deben analizarse desde una perspectiva jerárquica, sino a partir de un dialogo. Por último, de haber problemas, se debe escoger la interpretación más favorable. Así pues, de acuerdo con el ponente, el tema del control de convencionalidad se puede entender en dos perspectivas: es lógico que el juez internacional piense de esa manera y es admisible que el juez interno piense distinto; es la paradoja de principio supremo. En ese sentido, los jueces internacionales tienen dos herramientas para hacer valer su rol: la imponibilidad y el control de convencionalidad, ambas como

“  
**Cuando la Corte Interamericana supervisa el cumplimiento de la sentencia no solo mira si se modificó la legislación, sino que procura evidenciar si los jueces internos atendieron a ello.**  
”

complementariedad. Ahora bien, la herramienta más usada por los jueces internacionales es el control de convencionalidad; por ejemplo, en caso de una controversia entre una disposición internacional y una nacional, el juez en mención aplicará la norma internacional. La diferencia radica en que el control de convencionalidad cuestiona la validez de la norma interna mientras que la imposibilidad no; el control de convencionalidad en sus dos dimensiones, sobre todo el concentrado, es un juicio sobre la legislación interna, incluida la Constitución y la jurisprudencia.

Por otro lado, el magistrado Ramellí manifestó que las mayores dificultades a la hora de hablar del carácter vinculante de las sentencias internacionales no son precisamente las sentencias, el problema está en las resoluciones de cumplimiento de los fallos. Es decir, cuando la Corte Interamericana supervisa el cumplimiento de la sentencia no solo mira si se modificó la legislación, sino que procura evidenciar si los jueces internos atendieron a ello. Ahora bien, para complementar lo anterior, el Doctor Ramelli presentó como ejemplo el caso Fujimori y en la resolución del 07/04/2022 la Corte Interamericana dijo: “El estado del Perú debe abstenerse de implementar la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional del Perú”, es decir que, al abstenerse de cumplir una sentencia de su tribunal constitucional, la Corte está diciendo a Perú que inadmite la sentencia del tribunal, independientemente del caso.

Otro problema es el control de convencionalidad concentrado, porque implica colocar la norma internacional por encima de la interna y esto se vuelve desigual dependiendo del sistema legislativo interno. En ese punto, Ramelli se planteó la siguiente pregunta: ¿hasta dónde se pueden separar





“  
**Es cierto que los roles que cumplen la Corte Constitucional y la Corte Interamericana son diferentes; de allí que se comparte el planteamiento que el juez constitucional no puede ubicar un tratado por encima de la Carta Política, pero sí busca una interpretación armónica entre ambos textos.**  
”

la norma convencional (bloque) de su interpretación judicial (no bloque)? Con ello, presentó las siguientes reflexiones finales:

Es cierto que los roles que cumplen la Corte Constitucional y la Corte Interamericana son diferentes; de allí que se comparte el planteamiento que el juez constitucional no puede ubicar un tratado por encima de la Carta Política, pero sí busca una interpretación armónica entre ambos textos. Adicionalmente, en ejercicio del control de convencionalidad por vicios de competencia, la Corte construye la premisa mayor con normas convencionales e internas, lo cual termina siendo una manifestación de supraconstitucionalidad

Si se miran sentencias de la Corte Constitucional sobre los famosos vicios de competencia, no hay supraconstitucionalidad. Es más, si se realiza el ejercicio de ingresar a la relatoría de la Corte con la palabra supraconstitucionalidad, los resultados son casi inexistentes. Además, en el salvamento de voto en la sentencia sobre el marco para la paz, específicamente en el salvamento de voto de incendios, se aplica un modelo supra constitucional porque la premisa mayor es conformada por principios constitucionales, pero también por estándares internacionales, y la premisa menor es una reforma de la Constitución.

La JEP viene realizando un control de convencionalidad. En sede de tutela, el Consejo de Estado ha entendido de otra manera el control de convencionalidad, sin embargo, en ese mismo auto el Consejo de Estado mencionó que aplican la jurisprudencia de la Corte Interamericana pero esta última “no puede meterse con la perdida investidura”.

Es importante destacar que hay sentencias positivas, o sea que favorecen el diálogo y sentencias que complican el diálogo. Las sentencias que pueden ayudar al diálogo son extensivas; cuando la Corte Interamericana crea una regla judicial y la Corte Constitucional la extiende de manera interna. Así mismo, están las sentencias innovadoras, es decir, cuando no hay una sentencia de la Corte Interamericana y la Corte Constitucional interpreta el tratado. Por último, existen sentencias correctivas cuando los jueces internos ajustan su jurisprudencia al darse cuenta que hay unas reglas convencionales distintas.

#### **Interrogantes de los asistentes**

- ¿Cómo entender la aplicación del control de convencionalidad cuando la misma Corte Interamericana reversa decisiones?
- ¿El control de convencionalidad comprende el bloque de constitucionalidad? O, por el contrario, ¿el bloque de constitucionalidad comprende el control de convencionalidad a partir del entendido de que la Declaración Universal de los Derechos Humanos antecede a la Corte Interamericana y la Convención, siendo estos últimos desarrolladores de la Declaración?

**Juana Inés  
Acosta López**  
Profesora  
Asociada de  
la Facultad  
de Derecho y  
Ciencias Políticas  
de la Universidad  
de la Sabana

- Bajo el entendido de que la Convención es un contrato, que es vinculante para los estados parte que se comprometen a ajustar su ordenamiento jurídico interno, ¿por qué hay una discusión sobre la obligatoriedad de la Convención desde el control de convencionalidad o el bloque?
- Teniendo en cuenta la interpretación de la Corte Interamericana sobre el artículo 23 de la Convención y tratándose de la pérdida de investidura, ¿solo estarían concordantes con la Convención las causales en las que ha precedido una sentencia penal en la que un parlamentario haya cometido un delito?

Con relación a la primera pregunta del público, la ponente señaló que la discusión empieza en la resolución del cumplimiento de sentencia y sí es cierto que la Corte Interamericana ha hecho cambios y matices a sus sentencias en la resolución de cumplimiento de sus sentencias. También es verídico que se ha generado un diálogo con los Estados. A veces, ese diálogo en el marco de la resolución de cumplimiento puede llevar a soluciones legítimas. Por ejemplo y con relación a la tercera pregunta, en la pérdida de investidura, si se interpreta la resolución de cumplimiento a la Corte Interamericana del caso Gustavo Petro, la figura de pérdida de investidura debería desaparecer del ordenamiento jurídico en Colombia, porque la Corte dice que está haciendo una interpretación literal y que es exclusivamente condena en el marco del proceso penal.

Sin embargo, en la sentencia de la Corte Interamericana, el Artículo 23 de la Convención no afecta en ninguna medida la pérdida de investidura. Aunque, la resolución de cumplimiento del caso Petro parece volver a recuperar una interpretación literal, es una contradicción que la Corte diga que el Consejo de Estado hizo completamente bien y mal el control de convencionalidad y al porque el Consejo de Estado no interpreta de manera literal el artículo 23 de la Convención. Por lo tanto, ahí podría llegar a haber un diálogo interesante para llegar a soluciones que permitan interpretar contextualizadamente las normas convencionales, a la vez de no incumplir el fallo de la Corte. Esto ocurre cuando las sentencias de la Corte permiten interpretaciones.

Por ejemplo, la Corte lo ha hecho con medidas de reparación, ha modificado la modalidad de medidas de reparación, pues el estado mencionaba que no podía hacer tal modificación, se pretendía que Colombia tuviera un fiscal único y exclusivo para ese caso. Entonces, la Corte matizó una orden de reparación. Otro ejemplo de ello refiere cuando la Corte Interamericana suspendió un debate legislativo en El Salvador sobre justicia transicional de reconciliación justamente porque incluye el principio de selección que Colombia tiene en la Jurisdicción Especial para La Paz, porque dijo

“  
**Al ratificar la  
convención  
se tiene que  
cumplir con el  
derecho.**  
”

que era contrario a la Convención la selección de casos. Luego, la Corte en pleno, cambio la decisión acudiendo a esperar a la terminación de la discusión de la ley y a que el tribunal constitucional del salvador tomara una postura sobre dicha ley. Lo anterior, es realmente correcto porque la Corte Interamericana debería tener presente la decisión que tome el tribunal constitucional de un Estado.

Frente a la segunda pregunta, la doctora Juana indicó que al ratificar la convención se tiene que cumplir con el derecho. Para el derecho internacional es irrelevante si los estados son humanistas, dualistas, etc. El problema está en la interpretación, ya que muchos estados que realizan una interpretación de la Convención, lo hacen de una manera completamente alejada del texto y la lógica de esto son los distintos tipos de interpretación que existen. Por ejemplo, hay una interpretación evolutiva, contextual que debe permitir un diálogo con los Estados y la Corte Interamericana.

Sin embargo, en el caso de Gustavo Petro, Colombia tuvo que hacer una reserva del artículo 23 de la Convención. Por lo tanto, Colombia ha debido hacer una reflexión anterior a la ratificación del tratado y una reserva del artículo 23 de la Convención.



# Alejandro Ramelli Arteaga

magistrado del  
Tribunal Especial  
Para la Paz



El Doctor Ramelli comenzó su segunda intervención manifestando que cuando la Corte Interamericana da un plazo razonable para ajustar el ordenamiento jurídico colombiano, no dice cuánto tiempo se tiene para cumplirlo. Ello es preocupante por una posible existencia de problemas internos en el país a nivel jurídico. Ahora bien, también es complicado el tema de las resoluciones de cumplimiento porque no solamente es un control de convencionalidad, si no que se alegan medidas provisionales. De otro lado, el ponente mencionó el proyecto de reforma a la Constitución en respuesta al caso Petro sobre la pérdida de investidura que quedaría de la siguiente manera: “con excepción de la sanción de la pérdida de investidura, las limitaciones de los derechos políticos de las personas solo podrán ser proferidas por una autoridad judicial competente en un proceso penal”. Por lo anterior, es importante manifestar críticamente que el problema del control de convencionalidad no es exclusivo de Colombia, pues los otros países de la región están teniendo las mismas dificultades.

## Interrogantes de los asistentes

- Teniendo en cuenta la resolución de cumplimiento de la Corte Interamericana del caso Petro, la Procuraduría General de la Nación puede continuar con su función disciplinaria y, respecto de los servidores públicos de elección popular un proceso disciplinario no debe terminar en destitución. En ese orden de ideas, la Ley 2094 de 2021 restringe en términos de ejecutoriedad los fallos que van dirigidos contra funcionarios de elección popular y dejó esa tarea al Consejo de Estado ya que hay un recurso e instrucción que dice que aquel fallo que lleve a la destitución, a la suspensión de un funcionario, debe esperar hasta que haya un pronunciamiento del Consejo de Estado. Entonces: ¿qué papel tiene la resolución mencionada en los fallos de destitución?
- En el Congreso está el proyecto de reforma a la Constitución sobre la pérdida de investidura y en el evento en que el Congreso elimine la reforma, ¿qué implicación tendría su eliminación?
- Si se toma como base que la ratificación de la Convención es la manifestación de la voluntad del estado y ante una eventual interpretación alejada de la Convención, ¿se podría hablar de un vicio del consentimiento?
- Ante una eventual responsabilidad internacional por incumplimiento de la resolución del caso Petro, ¿cuál sería una posible defensa que el estado podría ejercer?
- Teniendo en cuenta que Colombia tiene experiencia en firmar tratados internacionales y si eventualmente llega haber una antinomia entre la Convención Americana y otro tratado, ¿cuál es la solución? ¿Quién pone límites a la Corte Interamericana?
- Teniendo en cuenta el objetivo del encuentro que trazó la Doctora Pardo y viendo a muchos jueces ordinarios, ¿cuál es la forma para incentivar al

juez ordinario a que se sienta parte del contenido convencional? ¿Cómo aplicar el control de convencionalidad en casos ordinarios para que luego en sede de tutela no se tenga que realizar tantos controles?

- ¿Qué alcance tiene la legitimidad de la Corte Interamericana en el evento en que esta terminara con la JEP a través de una sentencia teniendo en cuenta que hay unos elementos políticos?

## Juana Inés Acosta López

Profesora Asociada de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de la Sabana

Respecto a la última pregunta, la ponente manifestó que, efectivamente, pueden llegar a haber contradicciones entre distintos tratados que haya ratificado el país, pues se habla del principio pro persona. Sin embargo, es de cuestionarse si frente a estos conflictos el principio en mención puede llegar a solucionar el problema, particularmente, el del Artículo 23 de la Convención. Así pues, debe pensarse cómo se aplica el principio pro persona o si se debe eliminar la figura de la pérdida de investidura para que sea más favorable para el procesado; aquello que, sin duda, vincularía el principio pro persona.

Este último indica que los actos de corrupción tienen efectos inmensos en los derechos humanos de la población y en todo tipo de derechos, incluidos los derechos económicos, sociales y culturales. En otras palabras, el principio en discusión no necesariamente resuelve los conflictos mencionados y no hay una respuesta concreta sobre cómo resolverlos, pues habría que ver el caso concreto y determinar cuál es el conflicto que se está presentando.

Sobre el vicio del consentimiento, es complejo mencionar que un Estado lo posee al ratificar un tratado porque cuando se ratificó el tratado no solamente se ratificó, sino que también se dio autoridad a los órganos para interpretar el tratado. Ahora bien, es un problema alejarse de la intención de los Estados al firmar el tratado, aunque el Estado no debe rendirse únicamente a la interpretación de la Corte Interamericana, pues es posible hacer autorreflexión o un diálogo que, incluso los estados, pueden presionar para modificar la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

## Alejandro Ramelli Arteaga

magistrado del Tribunal Especial Para la Paz

El Doctor Ramelli terminó su participación interviniendo sobre el tema de la Procuraduría y la reforma Constitucional respecto de sus funciones. A modo particular, la Corte Interamericana no dijo a Colombia que cambiara la Constitución si no que hiciera una interpretación con miras a la vigilancia de la Procuraduría. Así pues, la sentencia de la Corte atañe a la modificación de las normas del Código Disciplinario Único y a las funciones de la Contraloría. En ese orden de ideas, la Corte Interamericana deja a los Estados un margen de configuración, es decir, un control sobre la sentencia y sobre las reformas del ordenamiento jurídico interno.

**Juana Inés  
Acosta López**  
Profesora  
Asociada de  
la Facultad  
de Derecho y  
Ciencias Políticas  
de la Universidad  
de la Sabana

Respecto a la última pregunta, El doctor ramelli respondió que el tema no es únicamente jurídico, también es político y de percepción. Eventualmente, la JEP tendrá que explicarle a la Corte Interamericana qué es lo que se está haciendo en el proceso de paz en Colombia, toda vez que es necesario incentivar el diálogo entre corporaciones, hay que trabajar no desde lo jurídico, sino desde lo pedagogía y explicar a la Corte Interamericana por qué ciertos tipos de figuras de la legislación interna son las más adecuadas en un proceso transaccional.

La Doctora Juana señaló que el diálogo es muy importante porque hay ocasiones que se dan cosas por sentado, como el control de convencionalidad. Para esa figura, la Corte Interamericana y la Corte Constitucional deben seguir realizando reflexiones de lo que significa y su alcance. De otro lado, es de cuidado la legitimidad de la Corte Interamericana porque hay decisiones en la que la Corte puede estar excediendo sus competencias; por ejemplo, la Corte menciona a los jueces penales internos cómo calificar conductas, cosa que podría hacer en la JEP. Otro ejemplo, en el caso Manuela contra El Salvador, la Corte Interamericana dijo al Estado cómo debía ser la dosificación de la pena del homicidio agravado del recién nacido (4 años). Eso es un tema que no corresponde a la Corte, ya que excede completamente sus competencias. Ello puede afectar su legitimidad y el sistema interamericano cuyas decisiones han sido muy beneficiosas para la protección de los Derechos Humanos.

Respecto a la penúltima pregunta, la ponente manifestó la importancia de continuar con una labor pedagógica de incorporar el derecho internacional al derecho nacional con miras a que los jueces ordinarios sientan que son competentes para incluir el derecho internacional. En ese orden de ideas, todo funcionario público compromete la responsabilidad del Estado, por lo que hay que fijarse en esa pedagogía en mención para evitar esa eventual responsabilidad.

# Eficacia de las sentencias estructurales y constitucionalismo dialógico



## Magistrada Natalia Ángel Cabo (Moderadora)

Abogada de la Universidad de los Andes, magíster en Derecho de la Universidad de Harvard y candidata a doctorado de la Universidad de York. Ha sido profesora de planta de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, directora del Área de Derecho Público Constitucional y editora de la Revista Latinoamericana de Derecho. Se ha desempeñado como magistrada auxiliar y conjuer de la Corte Constitucional, asesora jurídica de la Cámara de Comercio y consultora de diferentes organizaciones internacionales como la Organización de Naciones Unidas (ONU), el Banco Mundial, el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.



## Eduardo Cifuentes

Magistrado de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) (desde 2018) donde hace parte de la Sección de Apelación de la cual fue presidente. Ha sido magistrado y presidente de la Corte Constitucional (1991–2000). Como Defensor del Pueblo (2000–2003) creó el Sistema de Alertas Tempranas (SAT) y el mecanismo de las resoluciones defensoriales. Desde allí defendió activamente a las comunidades y poblaciones vulnerables y también promovió la ratificación del Estatuto de Roma (Corte Penal Internacional). Entre 2003 y 2005 fue director de la División de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO).



## Andrés Gutiérrez Beltrán

Doctor en Derecho y Ciencia Política de la Universidad Autónoma de Madrid evaluado con calificación *summa cum laude*; ganador del premio Nicolás Pérez Serrano otorgado por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de España a la mejor tesis doctoral en Derecho Constitucional en 2016. Magíster en Filosofía de la Pontificia Universidad Javeriana y en Integración Europea de la Universidad de Valladolid y abogado de la Universidad Externado de Colombia. Cuenta con dieciséis años de experiencia docente e investigativa en el Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia, tres años de experiencia laboral en el Consejo de Estado como magistrado auxiliar en la Sala de Consulta y Servicio Civil. En la actualidad se desempeña como magistrado auxiliar de la Corte Constitucional.



## María del Pilar Veloza

Abogada de la Universidad Católica de Colombia, magíster en Derecho con énfasis en Teoría del Derecho de la Universidad Externado, especialista en Derecho Administrativo de la Universidad del Rosario y en Derecho Contractual y Relaciones Jurídico Negociales de la Universidad Externado. Durante su carrera profesional se ha desempeñado como magistrada encargada en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, fiscal del Distrito Judicial de Bogotá y asesora en asuntos constitucionales en el despacho del fiscal general de la Nación, magistrada auxiliar y relatora del Consejo de Estado. Actualmente es magistrada del Tribunal Administrativo de La Guajira.

## RESUMEN EJECUTIVO

El tema central de la discusión fue el de las sentencias estructurales, particularmente, las decisiones por medio de las cuales se declara el Estado de Cosas Inconstitucional —ECI—. Cada una de las aproximaciones de los intervinientes fue sumamente fructífera para entender las problemáticas subyacentes a este fenómeno jurídico. La Magistrada Veloza ofreció perspectivas sobre el reto que supone el cumplimiento de órdenes de un ECI desde el territorio. Por otro lado, el Dr. Cifuentes fue vehemente en reclamar la importancia que este tipo de fallos tiene en la consolidación del mandato constitucional de proteger y garantizar derechos fundamentales, aunque a veces la presentación de resultados no se esclarezca en la práctica. Finalmente, el Dr. Gutiérrez presentó posibles soluciones al problema de la eficacia de las sentencias, trayendo a colación ejemplos clave en los que la Corte ha logrado sopesar su espíritu garantista con la importancia de respaldar su legitimidad a través de la eficacia de sus decisiones.

### Natalia Ángel (Moderadora) Magistrada de la Corte Constitucional

La moderadora introdujo el tema alrededor de las sentencias estructurales y el constitucionalismo dialógico. El eje central de la conversación giró en torno a la discusión sobre el rol que han tenido las sentencias estructurales en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, especialmente, en lo que atañe a la problemática alrededor de la poca eficiencia de este tipo de decisiones y el bajo cumplimiento de las órdenes que en ellas se inscriben.

Al respecto, la Magistrada Ángel señaló que desde hace más de 20 años la Corte Constitucional profirió sus primeras sentencias estructurales. Además, precisó que al hablar de este tipo de decisiones se está haciendo referencia a aquellas que tratan de dar solución, no solo a los tutelantes, sino también a quienes están en la misma situación. El cúmulo de decisiones estructurales dio origen a lo que se conoce como el Estado de Cosas Inconstitucional, en adelante – ECI. En este punto, se ha avanzado en el diálogo solucionador, es decir, ha habido ocasiones en las que la Corte, en vez de dar órdenes directas al Estado o entidades públicas, asume un diálogo para que la problemática que dio lugar a la declaratoria del ECI, se solucione a través de una política pública.

Siguiendo con esta línea, la ponente continuó precisando el desarrollo histórico de esta figura comentando que la Corte Constitucional ha ensayado diversos mecanismos de seguimiento para verificar el cumplimien-

<sup>1</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-025 de 22 de enero de 2004. Magistrado ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>





to de las sentencias; uno de ellos es el mecanismo de seguimiento de la Sentencia T-025 de 2004<sup>1</sup>, en virtud de la cual se declaró el ECI en materia de desplazamiento forzado. Tanto en ese escenario, como en el del ECI en materia de cárceles, la Corte tiene dispuestas unas salas de seguimiento encargadas de la verificación del cumplimiento de las órdenes.

Ahora bien, una vez hecho el recuento anterior, la moderadora expuso la problemática central respecto a la eficacia y el cumplimiento de las sentencias estructurales. “A pesar de los mecanismos de seguimiento, hay órdenes que no se cumplen de manera directa” señaló. De lo anterior, propuso la siguiente pregunta para iniciar la conversación: ¿cuáles son las restricciones en el territorio de las autoridades que tiene que hacer cumplir sus fallos?

**María del Pilar  
Veloza**  
Magistrada  
del Tribunal  
Contencioso  
Administrativo de  
La Guajira

La Dra. Veloza inició su intervención señalando que la Jurisdicción Contenciosa colombiana se estructura de forma similar a la francesa, pues prima el juez garante del control de legalidad. En conformidad, durante el siglo XXI la Jurisdicción Contenciosa era la última ratio en la defensa de los derechos y en su efectividad. En consonancia, se enunció lo que significa ser juez contencioso en un lugar como La Guajira como zona de frontera; lo anterior, en tanto el orden constitucional establece un régimen especial para dicho sector en el que convergen 5 culturas aborígenes o prehispánicas distintas aquello que, a juicio particular, supone el nacimiento de una especie de multiculturalidad que es un eje transversal del orden constitucional colombiano.

Sobre la presencia de multiculturalidad, la interviniente señaló que a su jurisdicción pertenece el norte de la Sierra Nevada, la zona limítrofe con

“  
**En ese espacio territorial, las fronteras son líquidas, pues el departamento de la Guajira tiene más cercanía con las Antillas holandesas.**  
”

Venezuela y, consecuentemente, el pueblo Wayuu. De ahí que su ejercicio esté permeado por el Derecho Internacional, que implica ubicarse desde una posición como juez globalizado que aplica, no sólo el orden constitucional y legal interno, sino también los artículos 93 y 94 de la Constitución sobre tratados y regímenes internacionales. Así mismo, Veloza afirmó que, en ese espacio territorial, las fronteras son líquidas, pues el departamento de la Guajira tiene más cercanía con las Antillas holandesas.

A razón de lo anterior, se hizo hincapié en que todas las particularidades anteriores tienen un impacto en el efecto y capacidad de efectividad de las sentencias estructurales. Para precisar más el tema, puso de presente un ejemplo sobre la primera sentencia que tuvo en su rol como magistrada. La ponente señaló que se trataba de una sentencia sobre el gasoducto de Venezuela, construido por PDVSA, y su impacto sobre la población Wayuu. En el caso concreto, se estaba reclamando por los derechos relacionados con la salud. Sin embargo, la pregunta para los jueces apunta a si bien podía exigirse a la empresa estatal venezolana la construcción de las casas para la población indígena, ¿cómo podían entregar soberanía a una empresa extranjera para que hiciera un aporte social y económico a la población Wayuu colombiana?



“  
**las sentencias  
estructurales  
son la  
consecuencia  
de la aplicación  
directa de la  
Constitución.**  
”

Así mismo, los jueces se preguntaban: ¿cómo impacta realmente a la población Wayuu que su territorio sea atravesado por un gasoducto de esa naturaleza? El riesgo, señaló Veloza, tenía muchas aristas. Para resolver la cuestión antedicha, los jueces observaron que los ministerios encargados del asunto en Colombia señalaban que, desde su capacidad y mandato legal, habían cumplido con lo necesario para resolver la cuestión. No obstante, se percibía una enorme descoordinación entre las autoridades nacionales. A razón de ello, la comunidad abogaba por una vivienda digna distante de las perspectivas occidentales.

Con base en este ejemplo, la magistrada evidenció la dificultad de la efectividad de las sentencias estructurales toda vez que son herramientas frente a problemáticas alrededor de los derechos humanos, son respuestas del juez constitucional frente a las omisiones de los mandatos constitucionales de las autoridades responsables de garantizarlos. Así mismo, señaló que las sentencias estructurales son la consecuencia de la aplicación directa de la Constitución. En el siglo xx los jueces no aplicaban directamente la constitución, pero en el siglo xxi el paradigma cambió, lo anterior como consecuencia de dos hechos a saber:

- En el siglo xx se declaraban los derechos con garantías especialmente presentes en escenarios de prestación de servicios sociales. Ello tiene consecuencias políticas que deben concurrir para garantizar el cumplimiento. De lo anterior, es claro que las sentencias estructurales son necesarias ante la vigencia de una Constitución democrática.
- Se manifiesta una constitucional que responde al control de convencionalidad que prevé los estándares de mecanismos judiciales para garantizar derechos. En un Estado constitucional es necesario tener mecanismos judiciales que respondan a la protección de los derechos fundamentales.

**Eduardo  
Cifuentes Muñoz**  
Magistrado de  
la Jurisdicción  
Especial para la  
Paz

Las reflexiones críticas del Dr. Cifuentes giraron en torno a 3 ejes temáticos presentados de la siguiente manera:

**Los ECI y la tutela**

El Magistrado Cifuentes precisó conceptualmente que la decisión de los ECI y el procedimiento de estos se enmarca en fase de revisión ejercida por la Corte Constitucional respecto a las acciones de tutela. Además, tanto la acción de tutela como la revisión y las funciones y poderes de la Corte Constitucional en estas dos materias provienen de la Constitución Política. De manera que, si el proceso de tutela sirve de ancla de los ECI, está claro que hay suficiente fundamento constitucional. Así pues, el proceso de los ECI es una innovación constitucional.

“  
**La regulación de la tutela en Colombia es tan prodigiosa que ha permitido entender la figura con la posibilidad de ampliar esos márgenes, pues la ampliación del margen es connatural a la protección que el juez constitucional requiere priorizar a los derechos y a los sujetos.**  
”

Al abordar la tutela propiamente dicha, el ponente señaló que el modelo y la figura de la tutela en Colombia es sumamente necesaria y es un recurso sencillo para que todo individuo pueda ejercer sus derechos y procurar su garantía. Así mismo, afirmó que el diseño jurídico de esta herramienta le provee al juez un repertorio de poderes dentro de los que se encuentra la facultad de ampliar el elenco, el número de los demandados, de los eventuales actores por acción u omisión, incluso, el juez de tutela puede incrementar el número de cargos que podrían efectuarse contra esas autoridades siendo el encargado de armar y estructurar el remedio más adecuado.

En suma, Cifuentes manifestó que la regulación de la tutela en Colombia es tan prodigiosa que ha permitido entender la figura con la posibilidad de ampliar esos márgenes, pues la ampliación del margen es connatural a la protección que el juez constitucional requiere priorizar a los derechos y a los sujetos. Finalmente, sobre este primer punto, reiteró que la tutela —aunque es un recurso sencillo—, no supone que la respuesta de la justicia no debe ser completa; lo anterior, en tanto las percepciones judiciales surgen de las posibilidades que le ofrece el derecho positivo al juez.

Por lo anterior, se reflexionó en torno a la problemática sobre el aparente abuso de la figura. A juicio particular, no se trata de si hubo un abuso originario del juez de tutela al crear el ECI sino de la existencia o no de una deformación de la tutela. En consecuencia, el ponente afirmó que persiste principalmente una potenciación de un mecanismo de defensa de los derechos. Así las cosas, la objeción sobre aspectos epistémicos, y negar al juez constitucional la capacidad de indagar sobre la vulneración y no remontarse al origen básico de la misma, “sería una crítica muy pobre frente a un remedio tan portentoso como lo es la acción de tutela” acotó.

#### **Los ECI y el control de constitucionalidad**

Sobre este punto, Cifuentes precisó que en Colombia se distingue el control abstracto del control singular que refiere al control de constitucionalidad, mientras que el segundo hace referencia a la acción de tutela. Sin embargo, tratándose de los ECI, Cifuentes considera que se está frente a un nuevo tipo de control: el control normativo de constitucionalidad que gira en torno a la validez y a las normas dentro del sistema político; es intertextual, tiene una base gramatical muy fuerte, de naturaleza escritural. Es un control de constitucionalidad material eminentemente visto como un examen sobre la eficacia.

Dicho lo anterior, Cifuentes planteó la siguiente pregunta: ¿cuál es el parámetro de control de constitucionalidad? Respondió señalando que sería el A-B-C, es decir, la articulación básica constitucional, que es el punto en el cual se conectan: (i) la constitución dogmática de los derechos; (ii) el cuerpo de los derechos fundamentales y (iii) el Estado Social de Derecho que tiene obligaciones de respeto, organización, protección y promo-



“  
**El Estado Social de Derecho es el mandato de activación de los derechos.**

”

ción. En un Estado Social de Derecho la razón del Estado está vinculada a ejecutar ese programa de derechos que se inscriben en una constitución. No es admisible que los derechos sean vistos solo como normas, pues tienen la vocación de convertirse en norma social.

El Estado Social de Derecho es el mandato de activación de los derechos. Ello condujo al ponente a establecer un vínculo con los macrocasos de la JEP, señalando que permiten determinar fracciones de realidad que se acoplan en los ECI. En esas porciones de realidad, el juez constitucional determina cómo funciona ese ABC para lo cual es necesario cuestionarse sobre su existencia. Ante ello, hay un grupo que no utiliza las disparidades propias del control normativo del sistema jurídico, sino las asimetrías que, a juicio particular, son evidentes si se habla de sujetos vulnerables que enfrentan violaciones masivas en un contexto de estatalidad que se esfuma.

Al abordar ese escenario, Cifuentes señaló que se ingresa en “las horas constitucionales desde el punto cero” refiriéndose a contextos en los que se naturaliza la precarización, se cosifica el ser humano y el lenguaje de los derechos pierde capacidad connotativa; cuestión que, Cifuentes recalcó como algo profundamente violento para el orden jurídico y el cumplimiento de los derechos, toda vez que los derechos son lenguajes portadores de significación y su aspiración tiende a inscribirse en la realidad social. Así las cosas, desde el punto de vista de la gramática constitucional, ningún jurista ha tenido esa capacidad de inmersión en la realidad.

Al respecto, ejemplificó que, en un municipio olvidado en Colombia, se puede concretar una relación infantil que está relacionada con una tasa de mortalidad, a una tasa de analfabetismo y una presencia estatal insistente; pues allí es donde debería reflejarse con contundencia el lenguaje de los derechos, pero allí no habla. Con base en el ejemplo, Cifuentes finaliza diciendo que -justamente- por esos escenarios es que los ECI son fundamentales. Pues, a través ellos se permite restituir y aplicar esos lenguajes de los derechos para que tengan incidencia en las realidades, para que identifiquen sujetos de acción y la precariedad de sujetos vulnerables, para que tengan —realmente— un significado.

Finalizando la primera intervención, Cifuentes señaló que esta nueva modalidad de control constitucional material permite entender adecuadamente el ABC, no solo las políticas públicas, sino que la posibilidad que tenía la Corte Constitucional después del proceso constituyente de sembrar la Constitución en zonas o. Sin embargo, es preciso acudir a las políticas públicas que son inherentes a la actuación del Estado, fórmulas estructurales para enfrentar zonas o o potencialmente o constitucionales, de tal forma que, el lenguaje de los derechos tenga poder de validación al mismo tiempo que el Estado asista a su reconstrucción.

## Andrés Gutiérrez Beltrán

Magistrado  
Auxiliar Corte  
Constitucional

La intervención del Dr. Gutiérrez inició con una propuesta sobre cuestiones conceptuales toda vez que resulta complejo establecer acuerdos sobre qué son los fallos estructurales y a qué se está haciendo referencia cuando se critica o elogia la eficacia de este tipo de fallos, qué se entiende por un remedio eficaz o ineficaz.

En primer lugar, el ponente señaló que la eficacia no se refiere únicamente al cumplimiento, pues también hace alusión a la legitimidad. Lo anterior, en tanto la Corte Constitucional, cuando expide un fallo estructural, suscita una primera reacción que surge de la censura, la crítica que se manifiesta -en palabras del orador- en aseveraciones como: “eso es una democracia representativa, eso es un problema de separación de poderes” o en preguntas tales como: “¿por qué la Corte constitucional asume esa competencia y la usurpa de otras autoridades representativas?” A la crítica anterior, la respuesta común es que esos fallos se necesitan y se expiden gracias al compromiso de la institución con la garantía de los derechos fundamentales.

En ese sentido, Gutiérrez señaló que la Corte es consciente de la tensión en la que se ponen los principios tradicionales de la democracia representativa con los fallos estructurales. Sin embargo, afirmó que esa tensión responde a una apuesta que parte de la asunción de esos retos con el objetivo de cumplir la Constitución, con el propósito de corregir

<sup>2</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-025 de 22 de enero de 2004. Magistrado ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>

el desfase entre la realidad y la Constitución. En ese escenario, el tribunal debe cumplir y ser eficaz en las transformaciones propuestas.

Siguiendo con el hilo anterior, Gutiérrez planteó que, normalmente, se evalúa el cumplimiento de una decisión judicial a partir de los efectos instrumentales. Por ejemplo, formuló que en la sentencia T-025 DE 2004<sup>2</sup>, el análisis de cumplimiento giró sobre si se produjeron o no las mejoras presupuestales que exigió la Corte; si se corrigieron los defectos de funcionamiento de coordinación administrativa entre las autoridades, entre otros. A razón de lo anterior, Gutiérrez manifestó que esta metodología de análisis de cumplimiento se basa en dos razones principales:

Cuando se lleva a cabo el rol de cumplimiento de un fallo se está hablando de responsabilidad subjetiva, esto es, hablando de la acción de tutela, del evento en el que hay una situación de desacato o una solicitud de cumplimiento. Allí se evalúa la responsabilidad subjetiva de la persona, de la autoridad a quien se dirigió esa orden.

Para determinar o no el cumplimiento se debe contrastar el comportamiento de la autoridad con aquello que ordenó la sentencia judicial.

Ante esto, Gutiérrez argumentó que, en el caso de las sentencias estructurales, ese enfoque no parece ser el más adecuado; lo anterior, por dos motivos a saber:



“  
**Las sentencias estructurales son transformadoras. El ordenamiento jurídico nacional proviene de una tradición continental europea que tiene como uno de sus principios generales la premisa de que “nadie se puede enriquecer cuando ha sufrido un daño”.**  
”

En primer lugar, las sentencias estructurales son transformadoras. El ordenamiento jurídico nacional proviene de una tradición continental europea que tiene como uno de sus principios generales la premisa de que “nadie se puede enriquecer cuando ha sufrido un daño”. En consecuencia, el juez de tutela restaura a la víctima y a situación originaria, pero las sentencias estructurales tienen un cometido diferente. Cuando declara un ECI, la Corte Constitucional no busca restaurar a las víctimas; por el contrario, buscan transformar su situación vital en la medida en que entiende que ello es revictimización.

En ese sentido, a juicio del orador, evaluar los fallos estructurales es bastante difícil en la medida en que exige establecer qué tan efectiva fue la sentencia judicial. Para ese propósito de análisis Gutiérrez formuló que existen 3 tipos de efectos: (i) instrumentales que suponen un estricto cumplimiento; (ii) indirectos que son todos aquellos que surgen pese a que la Corte Constitucional no los ordena, por ejemplo, la creación de la comisión de seguimiento de la política de desplazamiento forzado que apareció luego de la T-025 y (iii) simbólicos que, aunque son complejos de evaluar, resultan más efectivos al medir una transformación social.

Esos efectos simbólicos generan cambios en las representaciones mentales que tiene una determinada sociedad frente a una situación. Para ello, trajo a colación el ejemplo sobre el cambio de un paradigma que ha promovido la Corte Constitucional frente a la población LGBTIQ+. Si bien no se trata de un cambio de permitir el matrimonio o ejercer otros derechos, otras orientaciones sexuales son igualmente aceptables en nuestra sociedad.

El ponente mencionó que la doctrina estadounidense ha hecho un análisis interesante en sociología jurídica sobre la evaluación de la eficacia de los fallos estructurales en términos generales. En este punto, dos escuelas se enfrentan: el neorrealismo y el constructivismo. El realismo se cuestiona frente a la eficiencia de la Corte en promover estos cambios sociales. Por ello, se encarga de medir los cambios sin efectos simbólicos, los mide a través de encuestas sobre cómo ha cambiado o no la percepción de las personas sobre la población LGBT. En consecuencia, los realistas concluyen que los fallos estructurales son ineficaces porque tienen expectativas demasiado altas.

Por otro lado, el constructivismo, se enmarca no solamente en evaluar las acciones de la Corte de manera vertical a través de los enfoques, sino también desde aquellos que propone la sociedad. Así las cosas, el constructivismo ve en la derrota judicial una oportunidad de éxito, pues “una sentencia injusta puede servirnos para retratar una injusticia, puede servirnos para enviar un mensaje sobre la necesidad de un cambio de una determinada situación”.



## Intervenciones finales

“  
**la razón de ser de la valía del fallo constitucional sobre el tema de personas víctimas de desplazamiento, es la protección de la vida de las personas.**  
”

3 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-025 de 22 de enero de 2004. Magistrado ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>

Finalmente, Gutiérrez manifestó la pertinencia de sostener un punto medio entre esas dos corrientes que podría denominarse como “la perspectiva compleja con énfasis en la víctima”. Este punto medio tendría en cuenta todos los efectos antedichos (directos, indirectos y simbólicos), haciendo hincapié en el impacto real que tienen esos fallos estructurales en las condiciones desde la perspectiva de la víctima. Es decir, cuestionarse en torno a qué tanto el fallo estructural está cambiando las condiciones de vida de la población.

Una vez culminadas las reflexiones anteriores, la moderadora dio inicio a la discusión a partir de interrogantes tales como: ¿qué pasa con las decisiones de la Corte una vez salen a la luz? ¿Cuál es la vía que toman estas decisiones de la corte y los obstáculos que tienen las personas en territorio para cumplirlas? ¿Dónde debe hacerse seguimiento a estas decisiones? ¿Qué dificultades se observan en los territorios para hacer cumplir los fallos estructurales? Mencionando las carencias de estudios empíricos en Colombia sobre qué pasa con las decisiones de la Corte Constitucional una vez son emitidas.

La ponente María del Pilar Veloza estimó que, con ocasión del desplazamiento forzado y desde el punto de vista de la eficacia de la sentencia, se eliminó el seguimiento desconociendo la cantidad de ejecuciones extrajudiciales existentes. Señaló que la razón de ser de la valía del fallo constitucional sobre el tema de personas víctimas de desplazamiento, es la protección de la vida de las personas, pues, en palabras particulares, la Corte no ha esclarecido la diferencia entre una sentencia estructural, subestructural, una de tutela y una de eficacia; cuestión que ha supuesto un problema severo desde el punto de vista epistemológico porque la sentencia estructural supera los efectos entre las partes. Ello es fundamental, pues se está frente a un escenario en el que la decisión supera los efectos que inicialmente estaban previstos para ella, lo que repercute en el cumplimiento y efectividad del fallo.

Veloza continuó con el ejemplo específico sobre la T-025<sup>3</sup> y recalcó que las sentencias estructurales cambian el esquema tradicional de los efectos de las sentencias, esto se debe a que en el análisis de un fallo la Corte que debía remitirse únicamente a un caso en particular, encuentra violaciones masivas sobre el mismo punto, lo que permite declarar un ECI. Sin embargo, la interviniente señaló que en las entidades territoriales es difícil que se aplique o cumpla una orden cuando, en principio, no estaba sometida a juicio.

En suma, sobre el contexto particular, Veloza argumentó que la dificultad del cumplimiento de aquel fallo estructural es que no se ha definido en el

“  
**la declaración de un ECI es relevante frente a la constatación de un ámbito inconstitucional manifiesto y a una estabilidad baja con unos sujetos vulnerables. Lo anterior deviene en la tarea propiamente administrativa en la que la Corte Constitucional ha comprometido a muchos sectores sociales, fomentando la asociación entre ellos.**  
”

tiempo y, por tanto, la población sigue en aumento. De ahí la importancia de las sentencias estructurales que consideren límites de población para que se dé por cumplido el fallo y no se sostenga el idilio de ejecutar una política pública sin cumplir al ser ilimitada en el tiempo. Lo anterior, no solo es un problema por temas de cumplimiento de la orden, sino porque genera congestión judicial.

Atendiendo al epicentro de la discusión, la moderadora resaltó preguntas como: ¿de qué manera es posible hacer seguimientos más largos y puntuales y, a su vez, determinar y delimitar el ECI? A lo cual el ponente Eduardo Cifuentes estimó que se presenta una contradicción en los críticos de la Corte Constitucional con respecto a los ECI, pues señalan que es una actuación ilegítima, crítica subsanada, ya que el ECI está cimentado sobre el derecho positivo constitucional. En ese orden de ideas, la Corte actúa en estos escenarios frente a un Estado débil, un aparato estatal inexistente.

Paralelamente, señaló que los críticos de la Corte la culpan por la falta de un cambio de las circunstancias reales, de la ineficacia de sus decisiones o del seguimiento prolongado con demasía en el tiempo. Frente a esto, Cifuentes añadió que la declaración de un ECI es relevante frente a la constatación de un ámbito inconstitucional manifiesto y a una estabilidad baja con unos sujetos vulnerables. Lo anterior deviene en la tarea propiamente administrativa en la que la Corte Constitucional ha comprometido a muchos sectores sociales, fomentando la asociación entre ellos.

Sobre este último punto, Cifuentes aclaró que eso no es intrusivo, especialmente cuando el Estado omite o tiene una visión básica de una población desfavorecida. Esto no significa intervenir en la política, sino exigir el cumplimiento de la Constitución. “Luego del proceso constituyente hay que separar la Constitución de la realidad, ese grito, es allí donde triunfa la Constitución.”

Al abordar los métodos de seguimiento, Cifuentes hizo énfasis en la importancia de que la Corte haga uso de todas las herramientas que tiene a su alcance para hacer cumplir y acatar ese “grito de inconstitucionalidad”. Al respecto, señaló que, tras una terapia social, la puesta en marcha de políticas públicas y un suficiente apoyo presupuestal, la Corte tendrá que transmutar su “grito” en unas comunicaciones importantes señalando que después de un cierto tiempo procederá la tutela singular y, en ese caso, habrá consecuencias.

Finalmente, reiteró que la Corte tiene un deber e institución por la cual debe velar. Tiene, además, un lenguaje de los derechos porque cuenta con su capacidad de aterrizar en la realidad social. Finalizó la respuesta a la pregunta señalando que el paso de una sentencia unilateral a una estructural hace bien a la protección de derechos, potencia a la sociedad, se profundiza la democracia representativa y participativa.



A razón de las formulaciones propuestas, el ponente Andrés Gutiérrez agregó que es fundamental el cumplimiento de los fallos, pues lo que está en juego es la legitimidad misma de la Corte y que incide en las transformaciones reales que los fallos consiguen. En ese sentido, señaló que el mejor de los escenarios es aquel en el que se obtienen efectos simbólicos. Para ejemplificar su punto, agregó que las sentencias T-025<sup>4</sup> y T-760<sup>5</sup> buscaban cambiar la vida de alrededor 60 millones de personas; unas decisiones demasiado ambiciosas para la capacidad institucional del Estado. En contraposición, la sentencia T-398 de 2019<sup>6</sup>, decisión en la que la Corte ordenó atención a favor de una mujer en situación de calle que necesitaba la atención de sus necesidades menstruales.

En el análisis del caso, la Corte observó que es una situación sistemática y expande el objeto de su investigación. Con base en lo anterior, Gutiérrez hizo un estudio sobre la diferencia en la adopción de la decisión y las órdenes que habría dado la Corte en el 2004 en comparación con la que dio en 2019. En 2004, a juicio del interviniente, la Corte había señalado que era imperioso transformar la vida de todas estas personas. Sin embargo, en 2019 se hizo una apuesta más moderada en la que se declaró el ECI para corregir la violación generalizada y sistemática de las mujeres habitantes de calle del país; fue un fallo estructural en el que ordenó un cumplimiento progresivo, circunscrito, en principio, solo a la ciudad de Bogotá.

A partir de lo dicho, Veloza afirmó la importancia de la determinación de un límite temporal y de que la Corte establezca órdenes cuyo cumplimiento sea escalonado. Señaló que la efectividad en el caso expuesto por Gutiérrez, se debe a la determinación en el tiempo, pues eso hace que sea

<sup>4</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-025 de 22 de enero de 2004. Magistrado ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>

<sup>5</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-760 de 31 de julio de 2008. Magistrado ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/T-760-08.htm>

<sup>6</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-398 de 29 de agosto de 2019. Magistrado ponente: Dr. Alberto Rojas Ríos. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/T-398-19.htm>



**La sociedad suele centrar sus expectativas e investigaciones en la Corte Constitucional. No obstante, esto ha supuesto una omisión sobre los otros actores políticos e institucionales que son igualmente importantes.**



mucho más fácil cumplir en el caso concreto. Sin embargo, es necesario precisar la temporalidad y, resaltando lo señalado por Cifuentes, la declaración, porque “tenemos algunas sentencias estructurales que no están declaradas como casos de ECI, entonces para la sociedad y para el juez es muy complejo saber cuándo sí y cuándo no”.

Por lo mencionado anteriormente, surgió la siguiente pregunta: ¿qué estructuras de soporte podrían apoyar a los jueces constitucionales para pensar estas decisiones? El ponente Andrés Gutiérrez afirmó que la sociedad suele centrar sus expectativas e investigaciones en la Corte Constitucional. No obstante, esto ha supuesto una omisión sobre los otros actores políticos e institucionales que son igualmente importantes. Un ejemplo de ello se evidencia en la academia y las universidades que han demostrado una loable tarea en la agencia de los derechos a través de investigaciones cuantitativas y rigurosas que ofrecen unos elementos de apoyo fundamentales para la Corte.

Desde su experiencia particular, el doctor Cifuentes Muñoz finalizó señalando que el diálogo continúa. Precisó que en un extremo se encuentra la tutela singular, luego están las fallas en servicios y diferentes funciones del Estado y, en el otro extremo, están los ECI donde efectivamente se da una ruptura. En efecto, el ponente invitó a la Corte a tener una política judicial en materia de tutelas individuales, otra en sentencias estructurales, pero aclaró que esta invitación no estaba aunada a dejar de lado su deber de vigilancia u omitir situaciones de mayor vulnerabilidad que ponen en juego el principio de dignidad humana.

Acto seguido, al hablar sobre la universalización, Cifuentes manifestó que es una preocupación que debe tener la Corte. Es el caso de la sentencia T-025<sup>7</sup> que fue un paso necesario, toda vez que significó un cambio de políticas públicas, empoderamiento de sujetos débiles y profundización de la democracia participativa. En palabras de Cifuentes, la razón por la cual se mantiene el ECI es el conflicto armado interno. Esto condujo al ponente a formular que la constitución colombiana muestra una enorme asimetría asociada a una realidad que la invisibiliza e impide su universalización.

Así pues, resultó pertinente cuestionarse sobre las acciones de la Corte Constitucional y su función histórica en beneficio de las poblaciones, un aspecto donde los ECI están llamados a rendir en Colombia muchos años. La Corte Constitucional debe contener un gran número de sentencias como todas aquellas que continúan promoviendo cambios y mantienen la exigencia del valor social en la agenda del Estado de todos sus servidores. En palabras propias, *“esto es una victoria más de los invisibles a través del visualizador que es la Corte Constitucional.”*

<sup>7</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-025 de 22 de enero de 2004. Magistrado ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>

# Protección judicial de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales



## Magistrada Paola Andrea Meneses Mosquera (moderadora)

Magistrada de la Corte Constitucional desde el año 2021. Es abogada de la Pontificia Universidad Javeriana con amplia experiencia profesional en Derecho Público y Corporativo, especialista en Derecho Constitucional del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid, especialista en Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Javeriana y cuenta con estudios avanzados en Derecho Público de la Universidad Carlos III de Madrid. Durante su larga trayectoria profesional se ha desempeñado en el sector público y privado como directora jurídica de la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. Ha sido secretaria general de la empresa Redassist S.A., secretaria general de la Federación Nacional de Departamentos, superintendente de Subsidio Familiar, delegada contra la Criminalidad Organizada de la fiscalía general de la Nación y asesora jurídica en temas relacionados con servicios públicos.



## Soledad García Muñoz

Relatora especial sobre derechos económicos, sociales, culturales y ambientales para la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Abogada, especialista en derechos fundamentales de la Universidad Carlos III de Madrid (España). Es una reconocida académica y activista con una larga trayectoria de trabajo regional y global en derechos humanos, así como en género y derechos humanos de las mujeres. Ha prestado servicios profesionales y voluntarios a diferentes agencias de Naciones Unidas, a Amnistía Internacional, la Organización Iberoamericana de la Juventud, entre otras prestigiosas organizaciones. Antes de iniciar su mandato como Relatora Especial, fue representante regional para Suramérica del Instituto Interamericano de Derechos Humanos con base en Montevideo (Uruguay). Es la primera titular del mandato de REDESCA, tras ser elegida por la CIDH en un concurso público interamericano. Fue renovada para cumplir un nuevo periodo de mandato en el año 2020.



## Johanna del Pilar Cortés Nieto

Coordinadora del Grupo de Derecho Constitucional de la Universidad del Rosario, doctora en Derecho de la Universidad de Warwick (Reino Unido), LL.M de la Universidad de Columbia (Estados Unidos) con apoyo de una beca Fullbright-Colciencias-DNP, especialista en Derecho Público de la Universidad Externado de Colombia y abogada de la Universidad del Rosario. Durante su trayectoria profesional se ha desempeñado como magistrada auxiliar de la Corte Constitucional enfocada en derechos económicos, sociales, culturales, ambientales, autóctonos y constitucionalismo económico. Desde el 2018 es profesora de carrera de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario.



## Mauricio Felipe Madrigal

Director de la Clínica Jurídica de Medio Ambiente y Salud Pública de la Universidad de los Andes. Abogado en Colombia y México, especialista en Derecho Ambiental, magíster en Derecho y Ph.D. en derechos humanos. Cuenta con 12 años de experiencia en temas ambientales con énfasis en docencia e investigación. Sus temas de investigación se enfocan en la relación ambiente y derechos humanos, en especial, agua y cambio climático. Fue director de la Organización Mexicana para la Conservación del Medio Ambiente y del Centro Latinoamericano de Estudios ambientales y profesor de la Universidad de Medellín. Actualmente, es director de la Clínica jurídica de Medio Ambiente y Salud Pública del semillero de investigación sobre cambio climático y derechos humanos y profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes.

## RESUMEN EJECUTIVO

El objetivo de este grupo de trabajo consistió en establecer un dialogo entre la academia y una de las autoridades regionales encargadas de la protección y promoción de los DESCDA: la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en calidad de referentes de la jurisdicción constitucional. La conversación se articuló en torno a algunos temas de relevancia actual como los retos y tensiones generadas en torno a la exigibilidad judicial de los DESCDA y sus facetas prestacionales, específicamente, en lo referente a determinar cuáles son las garantías de esas facetas y, al mismo tiempo, cuáles son las limitaciones que se presentan a los jueces constitucionales y cómo deben superarlas para tomar decisiones en los distintos casos. Lo anterior, suscitó una serie de reflexiones acerca del papel del Derecho Constitucional, los organismos internacionales de protección de derechos y de la academia frente a la tensión existente entre la protección de este tipo de derechos y asuntos como el desarrollo económico de los países y la transición energética.

**Paola Andrea  
Meneses  
(Moderadora)**  
Magistrada  
de la Corte  
Constitucional

La Magistrada Meneses propuso abordar dos problemáticas a saber: la tensión generada entre el desarrollo económico de las naciones y los derechos humanos, a propósito de la transición energética y, por otro lado, las dificultades que pueden surgir para la exigibilidad de los DESCDA, así como algunos problemas epistémicos que giran en torno a sus facetas prestacionales.

Para iniciar el primer bloque de discusión, la magistrada señaló que una de las grandes conclusiones de la conferencia de las Naciones Unidas sobre el cambio climático es la transición energética como una necesidad. La mayoría de los estados han hecho un compromiso para convertirse en estados llamados de “Carbono neutral” en la segunda mitad del siglo XXI y esto implica cambiar el actual sistema energético que se basa en combustibles fósiles por uno de emisiones bajas o nulas de carbono basado en fuentes renovables. Esto supone dos asuntos coyunturales: el factor político, local, regional e internacional y los derechos humanos.

Así pues, la discusión en torno a la protección de los derechos humanos frente al desafío de una transición energética necesaria se fundamenta en 3 postulados:

1. La transición energética es necesaria.
2. La transición energética no puede detener el desarrollo económico de las naciones.
3. El desarrollo económico no puede darse en detrimento de los derechos humanos.

En ese sentido, los Estados implementan continuamente algunos sistemas energéticos basados en fuentes de energía renovables como las solares, las eólicas y las hidráulicas. En el caso de las energías hidráulicas surgen algunos elementos para revisar críticamente: el primer ejemplo es el del megaproyecto de Hidro Ituango en Antioquia que ha generado enormes debates en Colombia porque enfrenta la necesidad de desarrollo del país y el derecho al medio ambiente que tienen las comunidades cercanas. En esta controversia están quienes abogan por el megaproyecto toda vez que, a su parecer, es una iniciativa que suple la quinta parte de la demanda energética del país y, adicionalmente, consideran que debe preservarse la inversión hecha para una mega obra del tamaño de Hidro Ituango. Y en la otra orilla, también con elementos supremamente poderosos, se encuentran las causas que son abanderadas por organizaciones sociales como el movimiento “Ríos vivos” que se oponen al megaproyecto por sus impactos ambientales, lo cual ha sido objeto de causas ante la corte internacional de derechos humanos.<sup>1</sup>

El segundo ejemplo es la ruptura del dique de contención en la ciudad de Brumadino en el Estado de Minas Gerais en Brasil que generó una tragedia sin precedentes donde fallecieron alrededor de 40 personas y generó un riesgo de contaminación en el río San Francisco, uno de los más importantes de ese país. En este caso, al igual que en el de la represa del Rio Dos Macacos, el conflicto escaló a la Corte Interamericana de Derechos Humanos y se adoptaron importantes decisiones. Sobre este panorama, la magistrada Meneses sustentó su primera pregunta para los panelistas: ¿cuáles son los criterios y estándares vigentes que permiten resolver la tensión entre el desarrollo de las naciones y el respeto por los derechos humanos?

<sup>1</sup> Al respecto, la corte constitucional tuvo la oportunidad de pronunciarse a través de la sentencia T-369 del 2021, en la que protegió a personas que habían sido víctimas de la emergencia ambiental causada por la obstrucción de los túneles. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-369 de 26 de octubre de 2021. magistrado ponente: Dr. José Fernando Reyes Cuartas. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2021/t-369-21.htm>





## Soledad García Muñoz

Relatora especial  
sobre derechos  
económicos,  
sociales, culturales  
y ambientales  
para la CIDH



**Se debe desmitificar la idea de que los derechos humanos se oponen al desarrollo cuando una sociedad más próspera es mayoritariamente empática con la naturaleza.**



La doctora Soledad García inició su intervención señalando que todos los temas mencionados por la magistrada Meneses han llegado a la puerta de la relatoría especial creada con objeto de promover y proteger los derechos económicos, sociales y culturales y ambientales. Señaló que la relatoría especial sobre DESCAs, trabaja como un órgano autónomo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos dando asesoramiento técnico a todos los mecanismos de la comisión. Dicho lo anterior, la doctora Soledad afirmó que el dilema que menciona la magistrada Meneses en su pregunta supone proponer un cambio de paradigma de integralidad de los derechos humanos que parte de la noción de indivisibilidad, interdependencia e interrelación de todos los derechos humanos y de la conexión imprescindible entre los seres humanos con el desarrollo y la democracia.

En este orden de ideas, García se preguntó si el cuestionarse sobre un enfrentamiento entre desarrollo derechos humanos no es partir de una falsa premisa, en la medida en que tal vez se está confundiendo el desarrollo con el crecimiento económico. El desarrollo considerado como sostenible, tanto en Naciones Unidas como en los sistemas interamericanos, cuenta con la agenda mundial de los denominados Objetivos de Desarrollo Sostenible y pone en el centro a los DESCAs, empezando por el primer ODS que busca poner fin a la pobreza en el mundo.

En ese sentido, poner fin a la pobreza extrema en las Américas implica la mayor apuesta a los derechos humanos en el continente más desigual del planeta. En cuanto al crecimiento económico, la doctora García afirmó que se debe reconocer que el crecimiento económico es benéfico y necesario para nuestras sociedades ya que cuando se habla de DESCAs se habla de una categoría de derechos que dedica todos los recursos disponibles por parte de los estados en línea con su progresividad. Así mismo, para que un estado cumpla a cabalidad con sus obligaciones constitucionales o internacionales en materia de DESCAs, su economía tendría que estar direccionada a cumplir con esas obligaciones y compromisos que son compromisos con la dignidad humana. De acuerdo con lo expuesto por la corte interamericana en su primer caso contencioso, el Estado tendría el deber de organizar todo su aparato estatal para que sus decisiones económicas satisfagan esos derechos económicos, sociales, culturales y ambientales.

Por tanto, la doctora García aseveró que frente a esta pregunta existe la necesidad de desmitificar algunos argumentos y razonamientos jurídicos. Uno de estos mitos es la teoría sobre las generaciones de derechos que carece de rigor toda vez que, históricamente, los derechos sociales nacieron a la par con los derechos civiles y políticos como lo demuestran la Constitución de Weimar en Alemania o la Constitución de Querétaro en México. Insistió en que se debe desmitificar la idea de que los derechos



humanos se oponen al desarrollo cuando una sociedad más próspera es mayoritariamente empática con la naturaleza.

Para finalizar, se hizo referencia a algunos estándares jurídicos a los cuales ha contribuido la comisión por medio de un primer informe temático que realizó la relatoría especial DESCA sobre las empresas y los derechos humanos con el que se buscaba responder a nivel interamericano al debate desarrollado en Naciones Unidas en torno a los principios rectores sobre empresas y derechos humanos. Dicho informe estableció los criterios fundamentales a aplicar en materia de empresas y derechos humanos, es decir, los parámetros que cualquier estado debe tener en cuenta al asumir que las actividades empresariales en su territorio pueden generar impactos negativos frente a los Derechos Humanos. El primer estándar fue el de la centralidad de la dignidad de la persona a partir del cual se desarrolló el criterio de “desarrollo sostenible”. En el informe se conceptualizó una idea de desarrollo sostenible que no se opone a los derechos humanos, sino que busca el bienestar de las poblaciones sin oposición al crecimiento económico concebido como la manera de hacer más prósperas, más democráticas y con mayor dignidad a nuestras sociedades.

# Johanna del Pilar Cortés Nieto

Docente principal de carrera y coordinadora del Grupo de Derecho Constitucional de la Universidad del Rosario



La doctora Johana del Pilar Cortés inició su intervención reafirmando la noción de desarrollo que, en términos de bienestar, constituye un objetivo común y supone la garantía y protección de los derechos humanos. Mencionó que su trabajo académico de los últimos años se ha centrado justamente en pensar cómo gobernar los poderes privados que participan en el crecimiento económico, por lo que surgió el siguiente interrogante: ¿cuáles son los límites desde los derechos humanos y otras nociones de justicia social que pueden gobernar el ejercicio del poder privado que está implícito en las nociones de crecimiento económico?

En primer lugar, hizo referencia a los estándares, salvaguardas sociales y ambientales de los prestamistas de muchos de estos proyectos retomando el ejemplo de Hidro Ituango que recibió financiación de parte del Banco Interamericano de desarrollo. La doctora Cortés resaltó una controversia que existe actualmente en que la comunidad, representada por “Ríos vivos”, ha llevado algunas quejas ante el panel de inspección del mismo Banco Interamericano de Desarrollo. Claramente, no se trata de afirmar que ni el Banco Mundial ni el Banco Interamericano de Desarrollo sean los mejores garantes de los derechos humanos, pero sí es necesario entender que hay herramientas fuera del marco tradicional de los derechos humanos y que son meritorias de estudio e inclusión en las estrategias de litigio.

Entre otras razones, destacó el hecho de que la última generación de cláusulas de salvaguarda del Banco Mundial es incluso más progresista que los estándares fijados en la jurisprudencia constitucional colombiana que es muy completa en la materia. En ese contexto, no se habla solo de consulta previa, que se ha entendido como un ejercicio participativo, sino de consentimiento previo. Y señaló que desde la perspectiva de comunidades indígenas ya hay ejercicios que buscan movilizar ese derecho “transaccional” que no es propiamente derecho de los Estados, pero es vinculante, definitivo y gobierna las relaciones dadas en el contexto de proyectos de desarrollo, pues crea un espacio de mayor garantía al que pueden acudir los pueblos indígenas.

También existen cláusulas alusivas a la participación ambiental que, en el caso colombiano, refiere a un espacio de socialización a la hora de llevar a cabo un proyecto. Las salvaguardas en mención contienen unas garantías adicionales de participación efectiva. En consecuencia, ya que muchos de estos proyectos de desarrollo se manifiestan en acciones muy concretas como la construcción de una hidroeléctrica o una infraestructura, se hace necesario prestar atención a los estándares inscritos en los derechos de origen privado que gobiernan esos proyectos.

Por consiguiente, la profesora Cortés reflexionó en torno a otro tipo de derecho que no suele surgir con frecuencia en estos debates y es difícil

de invocar en un ejercicio de litigio estratégico: el derecho que se crea de abajo hacia arriba desde las comunidades; pues allí están surgiendo otro tipo de estándares que integran conocimientos, no solo ancestrales de los pueblos indígenas, sino también conocimientos comunitarios. Los más conocidos siendo aquellos relacionados con los derechos de la naturaleza, considerando que es difícil que en el panorama actual alcancen un estándar de vinculatoriedad plena. Al respecto, Cortés consideró importante mencionarlos al hablar de déficit sistémico toda vez que permite visibilizar relaciones y afectaciones que muchas veces son invisibles para el derecho. Aseguró que prestar atención a esto también ayudará a abrir los lentes al derecho desde el Derecho Positivo, de las cortes y de los tratados para visibilizar relaciones que necesitan ser reparadas y que suelen ser afectadas en el contexto de los proyectos de desarrollo.

## Mauricio Felipe Madrigal

Director de la  
Clínica Jurídica de  
Medio Ambiente y  
Salud Pública de la  
Universidad de los  
Andes

Mauricio Felipe Madrigal inició su intervención retomando dos aportes que hicieron sus colegas en la discusión: el primero es el de cuestionar el contenido dado al concepto de desarrollo sostenible y a los ODS. Afirmó que, si se parte de la base de la emergencia climática actual, el cambio climático como la mayor amenaza para los derechos humanos y la insuficiencia de la política global para afrontar esta problemática, es menester cuestionar el mismo derecho al desarrollo y los fundamentos éticos del modelo de desarrollo.

El segundo aporte destacado por el doctor Madrigal es la relevancia del derecho que se hace desde abajo hacia arriba, desde las comunidades dando el ejemplo de las sentencias dialógicas o estructurales. Comentó que ha venido participando desde hace tres años en un panel de expertos que hace seguimiento a la sentencia del río Atrato junto con la Comisión de guardines y guardianas del río donde han surgido indicadores y estándares muy particulares desde estas comunidades específicas.

El ponente puso a consideración el rol de la Relatoría de Ambiente y Derechos Humanos en la configuración de esos estándares y obligaciones ya que ha establecido cuatro elementos sustantivos o facetas del derecho: el derecho a un ambiente sano, aire limpio, agua limpia, clima seguro y biosfera sana. Para cada elemento sustantivo la Relatoría establece un promedio de ocho a nueve obligaciones procedimentales: acceso a la información, participación, justicia y otras obligaciones sustantivas de respeto, cumplimiento y protección.

Si bien estos elementos sustantivos y obligaciones tienen aspectos muy importantes, reconocen a las comunidades étnicas, a las personas

2 Al respecto, mencionó dos informes de esta relatoría: uno del año 2020 que habla del progreso de estos derechos y de la efectividad vertical asociada a los pisos mínimos de los derechos al agua y al saneamiento, así como de la efectividad horizontal con seis preguntas claves y una definición del máximo de recursos disponibles, para que las autoridades, especialmente las ejecutivas y las judiciales, sepan cuál es su marco de acción. El segundo informe fue el informe temático del año 2017 sobre cooperación internacional para el desarrollo y la efectividad de los Derechos Humanos.

defensoras del ambiente y sus derechos y el enfoque de género como clave para la defensa de la naturaleza. Frente a esto, señaló el siguiente cuestionamiento: ¿estamos hablando de derechos autónomos o se están independizando esta cantidad de obligaciones? ¿Cómo integrarlos en un ordenamiento jurídico?

Para finalizar, el doctor Madrigal invitó a reconocer la importancia de la Relatoría de Derechos Humanos al Agua y al Saneamiento, pues es un derecho que brinda muchas posibilidades para comprender ese concepto; es un derecho fundamental individual, pero con una alta carga prestacional.<sup>2</sup>

## Intervenciones finales



**¿Cuál es el rol del derecho en los contextos sociales tan complejos en los que podría evidenciarse esta tensión?**



Respecto a la pregunta, ¿cuál es el rol del derecho en los contextos sociales tan complejos en los que podría evidenciarse esta tensión? Generada por la magistrada Paola Meneses, surgieron las siguientes consideraciones:

Soledad García manifestó estar de acuerdo con la obligación de ser crítico desde las distintas profesiones jurídicas porque el derecho tiene un fin superior que es la justicia material, la dignidad humana y la obligación de incorporar, no solo el principio pro persona, sino el principio pro natura, sin que los dos entren en colisión. García invitó a leer el informe del Panel Internacional sobre el Cambio Climático para entender el punto de no retorno del estado de las cosas en cuestión ambiental. Insistió en la revisión crítica de las agendas desde el enfoque de derechos humanos que representan una de las mayores conquistas de la humanidad y que fueron concebidos desde el hecho tan revolucionario de afirmar que todos los seres humanos nacemos libres e iguales en dignidad y en derechos. García insistió en que el poder de ese “mantra” tendría que irradiar a todas las profesiones jurídicas para estar a la altura de lo que implica esa aspiración universal que proviene de aprendizajes tan duros como los que dejó segunda guerra mundial

Señaló que, a pesar de lo anterior, permanece una contravía entre valores, epistemologías y normativismos que están por encima de esa dignidad proclamada, por encima del respeto que le debemos al planeta tierra. Lo anterior, implica desarrollar la capacidad crítica y sobre todo la creatividad jurídica, como lo hace tan excepcionalmente la corte constitucional colombiana, y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos; un sistema, que, más allá de sus debilidades y aspectos a mejorar, representa un patrimonio jurídico para la humanidad. Para ilustrar esta idea, la doctora García hizo referencia a los estándares desarrollados tanto en la Comisión como la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuanto al derecho al medio ambiente reconocido como derecho humano y que en el Sistema Interamericano en cambio fue reconocido desde 1988 en el Protocolo de San Salvador.

“  
**Es urgente generar los cambios de paradigmas hermenéuticos necesarios para impulsar una aplicación del derecho que responda a la verdadera dimensión de la dignidad humana. Es necesario modificar el “estado de cosas inconstitucional”, o “estado de las cosas inconvencional” a nivel interamericano.**  
”

De acuerdo a esto, la doctora García aseveró que es urgente generar los cambios de paradigmas hermenéuticos necesarios para impulsar una aplicación del derecho que responda a la verdadera dimensión de la dignidad humana. Es necesario modificar el “estado de cosas inconstitucional”, o “estado de las cosas inconvencional” a nivel interamericano. Estas transformaciones, al igual que aquellas para la incorporación de la perspectiva de género y el enfoque diferencial o interseccional, requieren un cambio urgente de paradigma cultural en el mundo del derecho.

La doctora García se preguntó por el derecho de salud en tiempos de pandemia y el derecho al medio ambiente en medio de la emergencia climática propia de los tiempos actuales. En ese sentido, en su rol de relatora especial sobre DESCA, la doctora García insistió en la relevancia de no perder de vista las acciones inmediatas frente a estos dos derechos. Iberoamérica cuenta con un escenario privilegiado a nivel jurídico con herramientas como el sistema interamericano, el sistema universal, los sistemas nacionales y el nuevo constitucionalismo latinoamericano que ha llevado a proclamar los derechos de la naturaleza en alguna de las constituciones. Afirmó que este escenario jurídico debe ser utilizado por el bien de los millones de personas que viven en la pobreza extrema y en situación de calle que, para la “REDESCA”, son las más importantes de esta región.

Por su parte, Johana del Pilar Cortés planteó dos puntos para hablar del rol del derecho en los contextos de la tensión entre proyectos de desarrollo y DESCA: el primer punto hizo referencia a que el derecho ayuda a resolver los conflictos donde se deben identificar los intereses y las afectaciones en juego. En este sentido, el derecho a la propiedad y a las relaciones patrimoniales ha sido una institución jurídica central muy importante, pero algunos de los conflictos recientes, como el caso ya mencionado de Hidro Ituango, o de otro tipo de proyectos que afectan a comunidades indígenas o rurales, demuestran que las “gafas” del derecho están empañadas. A razón de ello, señaló que la discusión de los últimos años acerca de los derechos de la naturaleza o aquella que se ha dado en la JEP acerca de los territorios relacionales pone de manifiesto la relevancia de empezar a incorporar otro tipo de relaciones en el diagnóstico de los intereses en conflicto y de las afectaciones que deben ser reparadas, como es el caso de las relaciones comunitarias.

En lo relacionado con el conflicto armado en Colombia desde la JEP se está hablando de reconstruir el tejido social, por ejemplo. Al respecto, la doctora Cortés señaló que este tipo de conceptos no han aparecido aún en las discusiones sobre temas de desarrollo y agregó que en el caso de Hidro Ituango parte del conflicto tenía que ver con el tema de las reparaciones y de las indemnizaciones por desplazamiento. No obstante, al mirar el manual de casaciones de las indemnizaciones, el criterio central

“  
**Es fundamental fortalecer el rol de las universidades frente al tema de los DESCA.**  
”



era que existiera algún tipo de relación de propiedad o cercana a la propiedad. Entonces, las relaciones que tienen las comunidades con esos territorios quedan invisibilizadas ante el derecho y no pueden ser tasadas en las indemnizaciones.

De acuerdo a lo anterior, un papel importante del derecho consiste en ampliar el prisma incorporando nuevas relaciones en los estándares de identificación de intereses a proteger y de las reparaciones a realizar. La práctica jurídica busca reparar a través de mecanismos patrimoniales o sanciones económicas, pero es importante empezar a aplicar el concepto de reparación integral en lo relacionado con proyectos de desarrollo. Un concepto que ha sido ampliamente desarrollado en el sistema interamericano y en la corte constitucional colombiana y que se viene aplicando en lo relacionado con el conflicto armado. Se trata entonces de pensar en otro tipo de reparaciones como las planteadas para el cumplimiento de las sentencias del Río Atrato y el Amazonas las cuales están incluyendo el saber comunitario, no solamente como una fuente de información sino visibilizando esos conocimientos como parte de las reparaciones.

El segundo punto abordado por la panelista se refirió a otra función tradicional del derecho relacionada con limitar los poderes. En este sentido, la doctora Cortés señaló que se debe prestar atención a cómo se gobiernan las relaciones contractuales y cómo se estructuran financieramente este tipo de proyectos en un mundo globalizado, pues se trata de proyectos que están enmarcados en una cantidad de arreglos financieros que son muy difíciles de entender y financiados por inversionistas que desconocen el Estado colombiano. Cortés insistió en que para entender cómo se configuran los derechos en esos megaproyectos de desarrollo, es necesario prestar atención a esas relaciones contractuales y financieras, pues es allí donde se definen los contornos de estos derechos, se define qué derechos se protegen y qué se entiende por el contenido protegido de estos derechos.

En consonancia, el ponente Mauricio Madrigal en facultad de representante de las instituciones educativas enfocó su intervención sobre el rol de la academia afirmando que es fundamental fortalecer el rol de las universidades frente al tema de los DESCA e hizo un llamado a reconocer que el Derecho Ambiental colombiano se estructuró a partir del trabajo de grandes maestras de Derecho como: Gloria Amparo Rodríguez en la Universidad del Rosario y Lina Muñoz, María del Pilar García, en el Externado; Érica Castro, en la Universidad de Medellín; y en la Universidad Tecnológica del Chocó la Dra. Lisneider.

El doctor Madrigal se preguntó cuántas facultades de derecho integran como materia obligatoria el Derecho Ambiental, cuántas están promoviendo espacios de docencia e investigación sobre temas tan importantes como la emergencia climática o la relación entre derechos humanos y

“  
**Las garantías  
prestacionales  
y progresivas  
suponen que  
estos derechos  
dependerían  
única y  
exclusivamente  
de la voluntad  
presupuestal de  
los estados.**  
”



medio ambiente. Afirmó que los desarrollos sobre Derecho Ambiental se han dado desde otros campos, como la ingeniería ambiental, por ejemplo, e invitó al derecho universitario a investigar más al respecto.

También insistió en reconocer el rol que juegan las clínicas jurídicas para la garantía y el contenido general de los DESCA. Mencionó un artículo publicado junto con la profesora Érica Castro en el que destaca que las clínicas jurídicas son espacios de práctica jurídica necesariamente interdisciplinarios e incluyentes que contribuyen, especialmente, a la garantía de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. Sin embargo, señaló que de las 35 clínicas jurídicas identificadas en el país solo 3 se dedican a temas ambientales. También indicó que desde la clínica jurídica de medio ambiente y salud pública de la Universidad de los Andes se han hecho ejercicios desde una investigación acción-participativa del lado de las comunidades y que la pandemia reflejó la preocupante flexibilización de la apropiación ambiental en Colombia.

Frente a esto, la doctora García hizo un llamado de atención a la Academia invitándola a interrogarse sobre cómo orientar su accionar frente a la emergencia climática, no solamente desde la docencia y la investigación sino también desde la responsabilidad social universitaria, pues consideró que no debe haber dilema entre las consultoras y los procesos de investigación universitarios asociados a las empresas y la responsabilidad social universitaria. Por ello, se cuestionó sobre cómo mediar para que desde la mercantilización de las instituciones universitarias no persista una inequidad en torno a la gestión del conocimiento y su apropiación, así como entender que se puede generar conocimiento tanto para el sector privado como para las comunidades y la sociedad.

Como preámbulo a la pregunta siguiente, la moderadora Paula Andrea Meneses retomó la reflexión iniciada por la doctora Soledad frente a la clasificación tradicional de las generaciones de derechos que hoy en día se torna obsoleta por el relacionamiento intrínseco que existe entre los distintos derechos humanos. Este tipo de clasificaciones supone una dificultad enorme de cara a la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales y ambientales. Si se asumiera ese dogma de división tajante entre los derechos civiles y políticos para diferenciarlos de los DESCA, se llegaría a conclusiones que hoy están perfectamente superadas, como, por ejemplo, que solo aquellos civiles y políticos son derechos considerados de garantía plena y que los DESCA, en cambio, son derechos que corresponden a garantías prestacionales. No obstante, estas garantías prestacionales y progresivas suponen que estos derechos dependerían única y exclusivamente de la voluntad presupuestal de los estados y esto, por supuesto, es evidentemente problemático. En el escenario colombiano, la exigibilidad de estos dos tipos de derechos es perfectamente viable a través de jueces y de distintos procedimientos, pero si se asumiera



“  
**Hoy en día,  
se ve cada  
vez más la  
necesidad de  
que el juez  
intervenga de  
manera directa  
en la garantía  
plena de los  
DESCA.**

”

esa teoría de las generaciones de derechos, se tendría que volver a los orígenes donde en el seno de la corte constitucional no debería estar la discusión sobre los DESCAs, salvo cuando tuvieran alguna conexión con los derechos del primer grupo.

La magistrada aseguró que, hoy en día, se ve cada vez más la necesidad de que el juez intervenga de manera directa en la garantía plena de los DESCAs. Ha habido incluso decisiones recientes de la corte constitucional como la sentencia T-500 del 2020<sup>3</sup> y la T-030 del 2020<sup>4</sup>, en donde se ordenó la construcción de obras y la prestación de servicios públicos porque se consideraron completamente indispensables para prestar los servicios de educación; un derecho social que hay que garantizar y que, en estos particulares, no podía tener ningún tipo de aplicación si no se llevaban a cargo estas órdenes. Adicionalmente, hay derechos que fueron clasificados de segundo grupo y que hoy hacen parte del primer grupo como la salud, por ejemplo. En suma, hay otro tipo de derechos que, preservando su naturaleza jurídica, tienen unas garantías que se funden con las garantías que se han adscrito tradicionalmente a los derechos del primer grupo, como el derecho a una vivienda digna y el derecho al medio ambiente.

Respecto a este último derecho al medio ambiente, la corte constitucional ha sido profusa en señalar que tiene muchas connotaciones y, dada su importancia, lo ha definido como un principio, un servicio público y fin en sí mismo. Según la Corte, este derecho está relacionado de una manera intrínseca con derechos como la vida y la integridad personal. Por lo tanto, estos tres derechos deberían interpretarse conjuntamente para su garantía.

Sin embargo, en Colombia, hay algunas perspectivas que podrían entrar en discusión como el juez competente y el proceso a seguir, teniendo en cuenta que los derechos ambientales pueden ser protegidos por dos vías. Sin embargo, hay un carácter de estos derechos relacionado con la óptica prestacional y con lo que esto patrimonialmente significa. Estos aspectos deberían, en principio, ser definidos por las políticas públicas y no en un escenario judicial. A partir de estas ideas, la magistrada Meneses extendió dos preguntas a saber: ¿tienen los jueces un déficit epistémico que impide establecer las facetas prestacionales de los DESCAs? y ¿cuáles son los retos que debe afrontar hoy en día la exigibilidad de los DESCAs?

La doctora Soledad García reiteró que no solo los jueces, sino todas las profesiones jurídicas en general tienen un déficit epistémico. Aunque planteó que es necesario hacer un matiz importante en tono de desmitificación pues considera que hablar de las facetas prestacionales de los DESCAs presupone un mito según el cual los DESCAs son derechos caros, mientras que los derechos civiles y políticos, al no implicar prestaciones, son derechos baratos. Para ilustrar esta idea la doctora García se interrogó sobre si la organización de unas elecciones o el funcionamiento del poder judicial para garantizar el acceso a la justicia son inversiones baratas para un Estado.

<sup>3</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-500 de 2 de diciembre de 2020. magistrado ponente: Dr. Alejandro Linares Cantillo. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/t-500-20.htm>

<sup>4</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-030 de 29 de enero de 2020. magistrado ponente: Dra. Diana Fajardo Rivera. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/t-030-20.htm>

“  
**La progresividad es característica inherente de los DESCAs a diferencia de los derechos de naturaleza civil y política que responden más a una característica de inmediatez en la obligación que subyace a su reconocimiento.**  
”

<sup>5</sup> Para dar un ejemplo del carácter justiciable de los DESCAs, la doctora García mencionó el caso *Cuscul Pivaral vs Guatemala*, en el que la corte interamericana condenó a Guatemala por la violación del artículo 26 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos y de la progresividad de este artículo.

Por otra parte, la relatora García afirmó que la progresividad es una característica inherente a los DESCAs a diferencia de los derechos de naturaleza civil y política que responden más a una característica de inmediatez en la obligación que subyace a su reconocimiento. Esta progresividad de los DESCAs plantea unos desafíos interesantes que tiene que ver con la exigibilidad y justiciabilidad de estos derechos.<sup>5</sup> Lo anterior pone en evidencia la característica justiciable de los DESCAs que permite distanciarse un poco de esta concepción de su prestacionalidad. Lo anterior, sin perjuicio de reconocer que en la mayor parte de las decisiones judiciales hay un costo, un efecto económico o presupuestario. Cuando se resuelve una indemnización o un litigio de carácter civil o patrimonial se presenta también la necesidad de que el tribunal haga una valoración económica.

Otro aspecto que la doctora García consideró, obedece a una necesidad urgente y que constituye uno de los enfoques del trabajo de la Relatoría Especial para los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales es el reto de la interdisciplinariedad, ya que no es posible entender el derecho a la salud, o el cambio climático sin dialogar con la ciencia o con las comunidades, por ejemplo. Frente a los retos de la exigibilidad, la ponente indicó que la REDESCA tiene una agenda estratégica que precisamente obedece, en sus líneas temáticas, a estos retos. Afirmó que el mandato de la relatoría es muy amplio porque no está solamente dedicado a un solo DESCAs, sino que los abarca todos a la vez, lo cual ha conllevado a desarrollar lo que se podría llamar una perspectiva o enfoque DESCAs, al tiempo que se aplica la perspectiva de género, o la interseccionalidad. De esta manera, siempre que se examina un asunto que involucra derechos humanos fundamentales se debe aplicar un enfoque DESCAs de indivisibilidad e interdependencia.

En ese sentido, agregó, hay que estar siempre alerta de cuáles son los derechos que la dignidad humana requiere todavía consolidar en su reconocimiento y protección. Por ejemplo, señaló que la REDESCA incluyó en su agenda un nuevo “DESCAs” que es el derecho al cuidado, un derecho que la pandemia puso sobre la mesa de manera rotunda porque responde a la necesidad que tenemos todas las personas a lo largo de nuestras vidas de ser cuidadas o de cuidar (sobre todo las mujeres). Así como los estados tienen que fortalecer sus sistemas de salud, tienen que fortalecer también los sistemas de cuidado, y aún más con poblaciones que están envejeciendo o que necesitan cuidado por ser niños o niñas cuyos padres laboran.

Por otra parte, la doctora García recordó que los desafíos actuales de la humanidad tienen todos que ver con los DESCAs: la pandemia y la salud, la crisis alimentaria profundizada justamente por la pandemia en nuestra región, y por último la crisis climática y el derecho humano al agua, que van de la mano. En el sistema interamericano, además de desarrollar es-

“  
**Existe un déficit  
que tiene  
que ver con el  
conocimiento  
de los saberes  
comunitarios y  
ancestrales.**  
”



tándares para fortalecer la protección del derecho humano al agua, se desarrollan líneas de trabajo novedosas y necesarias, como aquella que pone en contacto la movilidad humana con los DESCA.

Se relaciona la movilidad humana con los DESCA, pero también la protesta social, pues los estallidos sociales que se han venido manifestando en nuestra región basan muchos de sus reclamos ciudadanos precisamente en la exigencia y necesidad urgente de acceder a la salud, a la educación y al trabajo digno. De acuerdo con esto, la REDESCA trabaja en políticas fiscales y DESCA que dependen de los recursos disponibles. Señaló que la economía tiene que estar al servicio de los derechos humanos, por lo que las políticas fiscales son una herramienta fundamental.

Para terminar, la doctora García abordó el tema de las Tecnologías de la Comunicación y de la Información frente a los DESCA, frente al cambio climático, al derecho a la salud y futuro del mundo del trabajo. Sobre este último, hizo énfasis en el impacto en las relaciones laborales digitalizadas o robotizadas en el acceso al trabajo digno de las personas, en la pérdida de empleo y en la informalidad. Esto último permitió pensar en términos de políticas fiscales, contenidos mínimos de los derechos y conceptos como el del mínimo vital que ha desarrollado la corte constitucional en Colombia.

María del Pilar Cortés inició refiriéndose al tema de la restricción fiscal y presupuestal, señalando que es necesario pensar cómo se pueden resolver este tipo de tensiones fuera de los espacios judiciales. Como académica la doctora Cortés propone reflexionar sobre los procesos de toma de decisión en temas de planeación, inversión y asignación de recursos presupuestales en el seno del Estado.

En lo referente a los déficits epistémicos, la doctora Cortés señaló que la mayor parte de las personas que trabajan en las cortes usualmente son abogados y pueden tener mucho interés en derechos humanos y sobre otras cosas, pero su lente sigue siendo el lente jurídico. Confirmó que es fundamental profundizar en la interdisciplinariedad y en los espacios de diálogo no solamente para viabilizar el cumplimiento de las sentencias sino desde la construcción de estas. El déficit epistémico tiene que ver con aspectos relacionados con el conocimiento técnico y financiero. No obstante, existe un déficit que tiene que ver con el conocimiento de los saberes comunitarios y ancestrales. Y en este orden de ideas, así como se invita a los guardianes del río a participar en el cumplimiento de la sentencia del río Atrato, también deberían existir esos espacios para la construcción de la decisión.

En cuanto a los retos, la doctora Cortés quiso referirse a los aprendizajes que, desde la teoría feminista, se pueden dar para alimentar estas reflexiones como es el caso del enfoque de interseccionalidad. Como

ejemplo mencionó que, desde una óptica de justicia climática, quienes están empezando a sufrir las peores consecuencias del cambio climático son personas en situación de desigualdad y pobreza, de desplazamiento y poblaciones racializadas.

Otro aspecto que rescató de las discusiones feministas es que conver- san con el territorio de lo relacional y con los derechos de la naturaleza, y, en este sentido, plantean un reto importante que refiere a pensar en reparaciones que sean relacionales. La tendencia de nuestros regímenes jurídicos ha sido la de reparar a nivel individual y patrimonial y a lo que nos están invitando muchas de estas discusiones es a salirnos del espacio del individuo y pensar en las relaciones y cómo se inter constituyen esas relaciones.

Atendiendo a lo anterior, Mauricio Madrigal inició su intervención señalando que si la discusión parte de la ecologización de los derechos humanos y del cambio climático como la principal amenaza para su garantía y si se considera la protección ambiental en general como un asunto que toca la estructura de los estados, el debate debe ir más allá del conocimiento especializado para los jueces, hacia una reforma de la gestión judicial en su integralidad. Lo anterior fue señalado por el doctor Mauricio y dos de



“  
**Un ejemplo de ello es el recientemente firmado acuerdo de ESCAZÚ, Acuerdo Regional sobre el acceso a la información, la participación pública y el acceso a la justicia en asuntos ambientales en América Latina y el Caribe.**  
”

sus colegas Érica Castro y Juliana Bel en un artículo recientemente publicado sobre justicia ambiental comparada en América Latina en el que abordaron los casos de Brasil, Chile y México cuyos desarrollos son muy diversos con, por ejemplo, la creación de salas especializadas, o de tribunales ambientales como es el caso de Chile, donde integran magistrados de otras ciencias (ingenieros y biólogo/as). El doctor Mauricio insistió en que se debe analizar cómo están funcionando estos desarrollos, cuáles son las críticas y que estándares se han incorporado e hizo un llamado a entender cómo se está gestionando actualmente el poder judicial, entender cuáles son las necesidades y, a partir de allí, estructurar las reformas que sean necesarias.

Declaró la necesidad de crear una jurisdicción ambiental y un tribunal ambiental para nuestro país. Un ejemplo de ello es el recientemente firmado acuerdo de ESCAZÚ, Acuerdo Regional sobre el acceso a la información, la participación pública y el acceso a la justicia en asuntos ambientales en América Latina y el Caribe. El acuerdo de ESCAZÚ establece, entre otras cosas, mecanismos de cooperación entre estados para fortalecer capacidades y medir cómo se avanza en el derecho de acceso a la justicia ambiental, pues se debe reconocer que el déficit epistémico frente a esta emergencia climática no es únicamente de los jueces sino de la sociedad completa, es de todas y todos.

Para finalizar, el doctor Madrigal recogió tres puntos clave: el primero es un ejemplo a propósito a la tercera iniciativa de acto legislativo que cursa actualmente en el congreso sobre el reconocimiento del derecho humano al agua, un acto que se ha presentado 13 veces. Desde 1992 el derecho al agua fue reconocido por la corte constitucional y actualmente se está determinando la faceta prestacional de un derecho que ni siquiera está reconocido en nuestra constitución. Este es un ejemplo claro de la progresividad del poder judicial ante un poder estructural que no se ha querido plasmar en la constitución para que derive en leyes y políticas públicas.

El segundo punto tiene que ver con la importancia de visibilizar las tensiones entre los derechos ambientales y los derechos de los animales y de la naturaleza. En función de ello, existen retos particulares como la necesidad de dotar de atributos jurídicos a los derechos de la naturaleza, pues ya existen más de 20 sentencias en este sentido y, por otra parte, la tensión que existe específicamente entre la concepción actual de los derechos de los animales y las prácticas y tradiciones de las comunidades étnicas y campesinas. A modo de cierre de su intervención, el doctor Mauricio Madrigal mencionó el acto legislativo que actualmente se discute en el congreso para reconocer en la constitución los derechos de la naturaleza y de los animales.

## Conclusiones

A manera de conclusión, la magistrada Meneses retomó algunas reflexiones a partir de las principales ideas expuestas por los participantes del grupo de trabajo:

- Es necesario desmitificar la tensión existente entre desarrollo sostenible y derechos humanos y plantear un concepto de interrelación entre ellos. Para abordar esta interrelación se requieren unos estándares de salvaguarda que deberían ser construidos de abajo hacia arriba, reconociendo y aprovechando los conocimientos y saberes de las comunidades. Esta participación de las comunidades debería también tenerse en cuenta en la construcción de sentencias dialógicas relacionadas con los DESCA.
- El rol del derecho frente a los DESCA tiene que ver principalmente con garantizar la dignidad humana tomando el concepto de principio Pro-Persone junto al principio Pro-Nature.
- En lo referente a los conflictos generados por los grandes proyectos de desarrollo energético, como el caso de Hidro Ituango se insistió en la importancia de pensar reparaciones integrales y colectivas y no solo individuales.
- Frente al posible déficit epistémico se mencionó que no corresponde únicamente a los jueces, sino que se trata de un déficit epistémico de toda la sociedad frente a los desafíos de la crisis climática y, en este sentido, resulta necesario abrir espacios dialógicos, apelar a la interdisciplinariedad y aplicar enfoques interseccionales.
- De cara a los retos de exigibilidad sobre DESCA, se plantearon los desafíos que ha traído la pandemia: derecho del cuidado, el Derecho Laboral, las tecnologías de la información y de la comunicación.
- Es pertinente realizar una mirada crítica desde la academia frente a los Objetivos de Desarrollo Sostenible como única solución posible formulando retos que tienen que ver con algunos aspectos que se discuten actualmente en el Congreso de la República como el derecho humano al agua y otras iniciativas que llevan a pensar en la alternativa de una jurisdicción ambiental para Colombia.

# Emergencia climática. Alcance y obligaciones interamericanas de derechos humanos (Resolución 03 de 2021)



**Soledad García  
Muñoz**  
Relatora especial  
sobre derechos  
económicos,  
sociales,  
culturales y  
ambientales  
para la Comisión  
Interamericana  
de Derechos  
Humanos

Extiendo mis felicitaciones a la Corte Constitucional por destinar este espacio para hablar de los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales DESCA. Este gesto demuestra el interés de la Corte por este tema y se suma a su jurisprudencia como referente para la región.

Así las cosas, presento ante ustedes los trabajos de la relatoría especial sobre derechos económicos, sociales, culturales y ambientales REDESCA de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos es, junto con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, un órgano de protección de derechos humanos del Sistema Interamericano integrado por siete expertos electos por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos. La Comisión divide sus trabajos en relatorías temáticas y especiales como la que me ha sido asignada.

La relatoria especial para los DESCA se creó hace 5 años con el encargo de impulsar la agenda de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales; primer mandato interamericano que incorpora dichos temas tan necesarios para nuestra existencia y el planeta. Este mandato trabaja en relación con todos los demás mecanismos de la Comisión, pues somos la oficina experta y asesora técnica principal de la Comisión en los casos que llegan tras el agotamiento de los recursos internos. Por tanto, la Comisión es la puerta de acceso al sistema para todos los casos que llegan a la faceta contenciosa de la Corte Interamericana. Su mandato tiene un alcance hemisférico que va desde Argentina hasta Canadá y comprende los 35 estados parte de la Organización de los Estados Americanos, lo cual nos hace otorga el rol de observatorio privilegiado de la situación de los derechos humanos en todo el hemisferio. Finalmente, se tiene una función de promoción y asistencia técnica a los estados que desarrolla los estándares en materia de protección del medio ambiente y los desafíos emergentes en el cambio climático.

En el mismo año de creación de REDESCCA, la Corte Interamericana de Derechos Humanos dicta su opinión consultiva No.23 sobre el derecho humano a un medio ambiente sano, declarándolo un derecho autónomo justiciable ante el sistema y se da la primera sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos declarando justiciabilidad en el artículo 26 del Pacto de San José de Costa Rica y la sentencia Lagos del Campo versus Perú sobre estabilidad laboral. Sin embargo, estos trabajos en ma-

teria de cambio climático y derechos humanos ya habían sido delegados a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por la propia Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos que desde 1996. Por su parte, en el año 2011 y en la Resolución de 2008, la Asamblea General solicitó expresamente a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos dar estándares para interpretar cuáles son los impactos y obligaciones que tienen los estados americanos frente al cambio climático.

En ese marco del monitoreo ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, se generaron espacios para que la Comisión recibiera información sobre esta temática. Así, en el año 2005, la Comisión tuvo una audiencia pública sobre los impactos del calentamiento global y los derechos humanos, y más recientemente con la relatoría especial en julio 19 de 2022, se tuvo una audiencia muy importante en el periodo de sesiones celebrado en la ciudad de Washington sobre los DESCA y el cambio climático, las mujeres, niños y niñas, adolescentes, pueblos indígenas y grupos en situación de vulnerabilidad. En el 2021, tuvo lugar una audiencia sobre los impactos de las empresas extractivas en el caribe, una zona de las más afectadas por el cambio climático por su carácter insular.

Lo anterior, se abordó simultáneamente en algunos informes propios de nuestro monitoreo junto con estándares en materia de empresa y derechos humanos; una temática ligada a la de cambio climático y el impacto de las actividades empresariales en la producción de gases de efecto invernadero. En uno de los informes destacan las jurisprudencias comparadas que dan claves necesarias para abordar esta cuestión, se abordan cuáles son las obligaciones de los estados en relación con la fiscalización y control de las actividades empresariales que producen el efecto de gases de invernadero. Acto seguido, en el informe anual de 2022, se está sistematizando la información de los 35 estados en relación con las obligaciones interamericanas plasmadas en esta resolución. En consonancia, también es de resaltar el informe de derechos humanos para la Amazonía.

En consecuencia, la elaboración de esta resolución es fruto de un proceso de colaboración con numerosas universidades de nuestra región y también con diversos expertos y expertas del poder judicial y de la comunidad científica con el ánimo de identificar la relación innegable entre cambio climático y derechos humanos. En un comunicado de prensa del 2021, se reafirmaba que los impactos climáticos abruptos de evolución lenta producen cambios en los ciclos naturales de los ecosistemas, sequías, inundaciones, olas de calor, incendios, pérdida de las líneas costeras, entre otros, que traen consigo una amenaza importante en la amplia gama de derechos: el derecho a la vida, alimentación, vivienda, salud, agua, y al medio ambiente sano. Es por eso que tras asistir a los grandes foros climáticos donde se negocian las agendas, acciones y compromisos climáticos y haber estudiado el derecho internacional de los derechos humanos y





del medio ambiente, se considera necesario establecer con claridad el vínculo que existe entre cambio climático y los derechos humanos.

Ello permite afirmar la centralidad del enfoque de derechos en la construcción de instrumentos, políticas, planes, programas y normas sobre cambio climático. Al ser los derechos humanos un tema presente en las agendas de la sociedad civil pero no en la de los gobiernos, es indispensable construir una base jurídica sólida como la de los instrumentos interamericanos. Al respecto, la resolución a proponer también aborda cómo el cambio climático o “emergencia climática”, afecta los derechos de personas y grupos en situación de vulnerabilidad o de discriminación histórica, toda vez que es inadmisibles no reconocer cómo millones de personas están huyendo de sus hogares debido a los efectos del cambio climático. Así mismo, se hace referencia a los derechos de niños, niñas y adolescentes quienes además de asumir la herencia del deterioro del planeta, también deben participar activamente en las decisiones climáticas y en la protección del ambiente. Ello también aplica para los derechos de los pueblos indígenas, comunidades tribales, afrodescendientes y campesinas que trabajan en zonas rurales. Es menester reflejar cuáles los derechos específicos de estos colectivos a la luz de los estándares interamericanos y esclarecer cuál es el rol de la sabiduría ancestral en la protección de la naturaleza.

En dicha resolución también se hace mención a los derechos de las personas defensoras de la tierra y la naturaleza, dialogando con los derechos



“  
**El cambio climático está pidiendo cambiar de paradigma, de “responsabilidad social empresarial” a uno de empresas y derechos humanos que se ve reflejado en este informe. Esto se evidencia también en otros instrumentos de Naciones Unidas como los principios rectores sobre empresas y derechos humanos.**  
”

nacionales y constitucionales y con el derecho internacional del medio ambiente también que atañe al Acuerdo Escazú. Además de vivir en una de las regiones del mundo con mayor desigualdad, esta región es la más peligrosa para los defensores del ambiente, de la tierra y de los territorios. Justamente, se acaba de publicar un Informe Global de Witness que indica que países como Brasil, Colombia y México son los más peligrosos para la defensa ambiental; un asunto que demanda la acción legislativa, judicial e interamericana.

Igualmente, en lo referente a los denominados derechos de acceso que provienen del principio 10 de la Declaración de Río sobre medio ambiente y que están integrados en la resolución (derecho de acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia), también se han visto resultados en la pugna de Escazú. El acuerdo de Escazú está cristalizando una serie de obligaciones que ya son parte del acervo interamericano como estos derechos de acceso. Aunado a ello, es relevante mencionar las obligaciones extra territoriales de los estados en materia ambiental y climática. Es necesario perfeccionar progresivamente la hermenéutica en cuanto a cómo se entienden las obligaciones de los Estados respecto a actividades empresariales que ocurren fuera de sus fronteras y que perjudican a terceros.

Esto hace alusión a la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos y remediar posibles violaciones a los mismos en el contexto ambiental y climático. El cambio climático está pidiendo cambiar de paradigma, de “responsabilidad social empresarial” a un paradigma de empresas y derechos humanos que se ve reflejado en este informe. Esto se evidencia también en otros instrumentos de Naciones Unidas como los principios rectores sobre empresas y derechos humanos. Toda esa construcción emergente está reflejada en la resolución al identificar cual es la responsabilidad de las empresas con una serie de recomendaciones y estándares en materia de políticas fiscales, económicas y sociales para una transición justa.

La resolución procura transmitir la perspectiva de indivisibilidad y la interdependencia de los derechos humanos porque son varios los derechos humanos que se ven afectados por el fenómeno del cambio climático. En definitiva, es necesario agudizar el sentido de dignidad en esta vía. A perspectiva particular, el mandato en la Comisión es de máximo interés colectivo para las más de 200 millones de personas que viven en la pobreza en esta región y aquellas personas que ya se están viendo especialmente afectadas por el cambio climático. Por eso es tan necesario aplicar el enfoque de igualdad de género y de interseccionalidad o enfoque diferencial que ha sido tan desarrollado en Colombia.

Por lo dicho, insistiré en algunos conceptos como los denominados derechos de acceso donde hay un tema por desmitificar en torno a Escazú.



Este acuerdo está consagrando derechos que ya están reconocidos y que son parte de la jurisprudencia interamericana. Por ejemplo, en el informe en mención sobre empresas y derechos humanos, se identificó el derecho a la información sobre las causas, consecuencias y medidas para enfrentar la crisis climática porque supone una obligación positiva de transparencia activa, de generar información oportuna completa, comprensible, clara, accesible, culturalmente adecuada, veraz y expedita sobre adaptación, mitigación y medios de implementación sobre el cambio climático. Ello implica crear sistemas de información ambiental en todos los niveles del Estado. Todavía la ciudadanía no tiene la información requerida para adquirir la conciencia necesaria y actuar decididamente contra el cambio climático.

Lo mismo puede decirse en cuanto al derecho de acceso a la participación que debe ser abierta, inclusive en la etapa temprana de la toma de decisiones. Sin embargo, se observa cómo los compromisos internacionales que los Estados asumen, pocas veces cuentan con hacer partícipe a la ciudadanía. No se informa a la ciudadanía sobre cuál es el nivel de admisión climática de su Estado. Esto es aquello que se pretende cambiar pues, en definitiva, se necesita información por parte de las empresas cuando involucran la emisión de gases de efecto invernadero, así como de sus características técnicas y físicas, impactos, medidas previstas y tecnologías disponibles para ser utilizadas.

“  
**Las empresas deben adoptar planes para reducir sus emisiones, no deben obstaculizar la implementación de políticas ambientales y deben respetar todas las normativas ambientales vigentes, ajustar su comportamiento a las normas en materia de empresas y derechos humanos.**  
”

Por último, en cuanto al derecho de acceso es viable mencionar que los Estados deben tomar medidas para armonizar la legislación nacional y las medidas de política que garanticen a las personas afectadas por el cambio climático y la degradación ambiental, los derechos de procedimientos en materia ambiental. En efecto, deben coordinar institucional e interseccionalmente sus instituciones para asegurar la integridad y coherencia de las acciones, así como fortalecer las capacidades técnicas y jurídicas para la democracia ambiental. Sin duda, el derecho de acceso a la justicia cobra una especial dimensión cuando se habla de protección del ambiente, de combate del cambio climático y del impacto en las personas. La resolución clama por la adopción de medidas inmediatas para promover proteger los derechos asegurando un no hostigamiento, estigmatización, discriminación o vulneración a quienes salvaguardan el medio ambiente.

Ello conduce a afirmar que aún se desconocen ciertos roles de especial atención de las mujeres que defienden el ambiente, son las mujeres. Casos como el de Bertha Cáceres en Honduras son intolerables. En el caso de los niños, niñas y adolescentes es realmente necesario interactuar con ellos en este tema, pues tienen las ideas muy claras y tendrían mucho para decirle a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y a esta Corte Constitucional. No es posible desconectar las obligaciones de los Estados con la protección de la infancia y la protección de las generaciones futuras; otro gran tema que necesitamos abordar con urgencia desde una perspectiva jurídica interamericana.

Frente al tema urgente de las obligaciones extra territoriales, la resolución establece que, en el contexto de la emergencia climática, la obligación de prevención de daño ambiental se manifiesta en la elaboración de metas de mitigación de gases de efecto invernadero o NDC: contribuciones nacionalmente determinadas. En este sentido, un Estado no solo es responsable de las acciones y emisiones en su territorio sino de aquellas que podrían tener efectos en otras latitudes. Así pues, es obligación de los mismos regular, supervisar y fiscalizar actividades que puedan afectar significativamente el ambiente dentro o fuera de su territorio.

Para terminar, es preciso señalar algunos contextos de especial atención que aborda la resolución:

En el tema de empresas y derechos humanos se impone un cambio de paradigma para que las empresas dejen de pensar únicamente en términos de responsabilidad social empresarial voluntaria. Pues, considerando que las empresas son necesarias y pueden generar aspectos positivos en nuestras sociedades, debe asumirse la gravedad de los impactos que generan, especialmente, las empresas del sector extractivo, aquellas que utilizan agrotóxicos en monocultivos y sus impactos en el ambiente y salud. Así pues, las empresas deben adoptar planes para reducir sus emisiones, no

deben obstaculizar la implementación de políticas ambientales y deben respetar todas las normativas ambientales vigentes, ajustar su comportamiento a las normas en materia de empresas y derechos humanos.

En consonancia, es clave revisar el cómo entender el cambio climático y los derechos humanos desde la óptica de las transacciones justas. En la resolución se establece que los Estados deben tener en cuenta sus obligaciones de derechos humanos al momento de diseñar e implementar políticas relativas con miras a una transición para un futuro libre de carbono. Esto implica la adopción de medidas adecuadas para no dejar a nadie atrás. En ese orden, es imperativo prestar atención a que esas transiciones sean verdaderamente justas, a que no se descarbonice la economía, y las matrices energéticas a costa de energía que no es limpia y está produciendo los mismos males que ocasionan las energías fósiles. En la relatoría especial sobre DESCAs se reciben cada vez más denuncias de pueblos indígenas, colectivos afrodescendientes o campesinos que se están viendo afectados también por estos proyectos. Por lo anterior, esperamos que esta resolución sea de su interés y ojalá también de su utilidad. Desde la REDESCA siempre estaremos a disposición de la Corte Constitucional, de la Corte del Ecuador, de las distintas cortes de nuestra región para seguir en este diálogo tan necesario y urgente para que los DESCAs pasen a ser la realidad que nuestros pueblos merecen.

Panel Eje 2  
**Precedente  
constitucional:  
Retos y posibilidades**

# Precedente constitucional: Retos y posibilidades



## Manuel José Cepeda

Abogado de la Universidad de los Andes y magíster en Derecho de la Universidad de Harvard. Fue asesor del Gobierno para la Asamblea Constituyente de Colombia y embajador de Colombia en la UNESCO. También se ha desempeñado como magistrado y conjuer de la Corte Constitucional, decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, presidente de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional y miembro del equipo de negociación técnica sobre Justicia Transicional en el proceso de paz con las FARC. Ha sido conferencista de universidades a nivel nacional e internacional, autor de libros y artículos en revistas especializadas.



## Nelcy López Cuéllar

Abogada de la Universidad del Rosario con maestrías en Derecho de la Universidad Externado de Colombia y Yale Law School. Obtuvo su doctorado en Derecho de la Universidad de McGill, Faculty of Law en Canadá. Tiene gran interés por el Derecho Constitucional y la teoría del derecho lo que le ha permitido trabajar en la Corte Constitucional de Colombia y ser docente en varias universidades de Colombia y Canadá. Dentro de sus publicaciones más destacadas se encuentran sus libros: Estudio de la Selección; Revisión de Tutelas en la Corte Constitucional y Pluralismo Jurídico Estatal: entre conflicto y diálogo.



## Octavio Tejeiro Duque

Abogado de la Universidad Gran Colombia, especialista en Derecho Procesal Civil de la Universidad Externado de Colombia y Máster en Argumentación Jurídica de las Universidades de Alicante (España), y Palermo (Italia). Juez de la República durante 13 años, magistrado auxiliar de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, magistrado de los Tribunales de Villavicencio y Medellín. Profesor de Posgrado en la Universidad Externado de Colombia y en la Pontificia Universidad Javeriana, entre otras. Profesor invitado en la Universidad de Salamanca, España, conferencista nacional e internacional. Es actualmente magistrado de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia y uno de los nueve miembros de la comisión Iberoamericana de Ética Judicial, así como del Consejo Consultivo de la Red Iberoamericana de Integridad Judicial.



## Rocío Araújo Oñate

Abogada y especialista en Derecho Administrativo de la Universidad del Rosario, tiene una maestría en Ciencias Administrativas con énfasis en planeación, organización y decisión estratégica de la Universidad Speyer de Alemania y una maestría en Ciencias Jurídicas con énfasis en Derecho Constitucional y Administrativo de la Universidad alemana Ruprecht-Karls Heidelberg. Candidata a Doctora en Ciencias Jurídicas de la Universidad de Castellón en España. Ha sido asesora externa de la Presidencia de la República, la Registraduría Nacional del Estado Civil, el Ministerio del Interior y de la Contraloría General de la República, además de haber sido conjuer de la Sección Tercera y de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. Actualmente, es directora de la especialización en Derecho Administrativo de la Universidad del Rosario y es magistrada de la Sección Quinta del Consejo de Estado, máximo tribunal de lo contencioso administrativo y órgano consultivo del Gobierno.

## RESUMEN EJECUTIVO

El panel giró alrededor del precedente constitucional. La composición variada del espacio supuso una discusión nutrida desde distintos puntos de vista respecto de los retos que, histórica y actualmente, ha enfrentado la figura del precedente. Manuel Cepeda, desde su posición como exmagistrado de la Corte Constitucional hizo un recorrido histórico sobre el desarrollo del precedente, aterrizando los elementos característicos que componen la figura. Sin embargo, aunque la discusión sobre la existencia del precedente parece estar zanjada, la académica Nelcy López trajo al escenario la cuestión sobre la importancia del diálogo entre instituciones de un mismo Estado presentado la idea del pluralismo jurídico estatal que, a juicio de la interviniente, es el fenómeno que da cuenta de la situación en Colombia.

Posteriormente, Octavio Tejeiro desde su rol como magistrado de la jurisdicción ordinaria, hizo un análisis sobre el precedente como criterio auxiliar de interpretación, la constitución de la doctrina probable y la particularidad de las exigencias disímiles que deben concurrir para que las decisiones de tutela constituyan una doctrina probable en comparación con las decisiones de casación. Finalmente, Rocío Araujo centró el debate en la importancia del diálogo y los consensos interinstitucionales entre las altas cortes, especialmente en lo que respecta a la definición de las decisiones que sí constituyen precedente y relevancia constitucional. Lo anterior, con el fin de salvaguardar la seguridad jurídica y la unidad del Derecho.

### Manuel José Cepeda Espinosa Exmagistrado de la Corte Constitucional

El tema al que haré referencia fue relevante desde antes de la Constitución de 1991. Aquí vale la pena recordar que la Corte Constitucional protegió la jurisprudencia del Consejo de Estado, que tenía valor desde antes de la Constitución del 91, por lo que es fundamental resaltar lo que ha sido positivo en el trabajo de los organismos del Estado, especialmente de los organismos judiciales. Ante esto, me permito dejar en claro que, a parecer particular, la Corte Constitucional ha logrado un muy buen equilibrio en materia de precedentes. Puede haber críticas en aspectos puntuales, pero, en general, la doctrina construida hasta el momento ha logrado muy buen equilibrio.

Lo segundo que quiero resaltar es que el tema de los precedentes, aunque es polémico, es inevitable en diferentes Estados y sistemas jurídicos. Es



“  
**Cuando se decidió crear la Corte Constitucional, los constituyentes que entendían lo que estaba pasando, y el significado de ese acto tan importante, decidieron que era fundamental incluir una norma sobre el sistema de fuentes normativas.**  
”

decir, ya no es algo típico de los sistemas de tradición anglosajona sino también de los de tradición romano germánica, por diferentes razones —como lo muestran estudios muy recientes—. Una razón fundamental es la dinámica propia de la actividad judicial, que invita a que las cortes que se encuentran en la cumbre de su respectiva jurisdicción reafirmen su autoridad, pero más allá de ello está el tema de lograr consistencia y coherencia en un sistema jurídico. Además, hay factores de tipo cognitivo para el juez de conocimiento, pues la forma de abordar el problema jurídico que enfrenta le invita a que, cognitivamente, se refiera hacia el ejemplo previo de alguien que se ha ocupado del mismo tema. Es un aspecto psicológico básico.

A su vez, el precedente tiene una función fundamental desde el punto de vista comunicativo y lingüístico, pues permite categorizar un problema y, así mismo, catalogar la noción jurídica para solucionarlo. Por supuesto, hay factores de tipo operativo como la eficiencia. En suma, todos esos elementos han llevado a que el tema del precedente sea ubicuo en múltiples Estados, por lo tanto, el punto de partida no es un tema anglosajón ni del sistema jurídico. Salvo una prohibición expresa en un sistema jurídico como ocurre en Francia, los jueces usualmente se refieren a los antecedentes, jurisprudencia, o doctrina. Ahora, la complejidad de este tema recae en el funcionamiento disímil del precedente entre Estados. Como lo demuestra un libro muy importante en materia de derecho comparado, citado por la propia Corte Constitucional, el libro de Neil Maccormick y Robert Summers sobre cómo se interpretan los precedentes en diferentes sistemas jurídicos.

Ahora, como son los 30 años de la Corte Constitucional y estamos conmemorando durante este año la importancia del nacimiento de la Corte Constitucional, haré unas pequeñas remembranzas de tipo histórico para mostrar la complejidad de los precedentes. Empiezo por resaltar que la sola creación de la Corte Constitucional fue árdua, la Asamblea Constituyente no tenía certeza de la creación de una Corte Constitucional, ningún partido político de la Asamblea Constituyente presentó un proyecto de nueva constitución con Corte Constitucional.

Cuando se decidió crear la Corte Constitucional, los constituyentes que entendían lo que estaba pasando, y el significado de ese acto tan importante, decidieron que era fundamental incluir una norma sobre el sistema de fuentes normativas. Un constituyente propuso lo que es hoy el artículo 230 de la Constitución, en el que se señala que los jueces están sometidos al imperio de la ley y que existen criterios auxiliares de interpretación como la jurisprudencia. Esta fue la manera de compensar la creación de la Corte con el posible impacto que la existencia de este nuevo órgano podría tener en el sistema de fuentes.



Ahora bien, esa batalla continuó después de la Constitución de 1991. Un ejemplo paradigmático de esa batalla es la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, en la que se señala que aquello que obliga cuando se interpretara una ley no es una sentencia, es la interpretación auténtica de la ley hecha por el Congreso. Por supuesto, estamos en un sistema de derecho legislado y así se escribió en la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia. Posteriormente, la Corte Constitucional en la sentencia C-037 de 1996<sup>1</sup> señaló que lo anterior era inconstitucional, pues la jurisprudencia de la Corte tiene fuerza normativa y tanto la Corte como los demás jueces tienen autoridad para interpretar la ley.

Quisiera resaltar que la propia Corte Constitucional se ha visto en dificultades para ver cómo introducir la fuerza normativa del precedente, el ejemplo más interesante es la sentencia C-131 de 1993<sup>2</sup>. Esa sentencia es fantástica porque ante esta batalla en el origen de la Constitución y de la Corte Constitucional, el artículo 230 y Decreto 2067 de 1991, se escribió en el artículo 23 que la doctrina constitucional enunciada en las sentencias de la Corte Constitucional, mientras no sea modificada por esta, será criterio auxiliar como decía el 230, pero se agregó la palabra “obligatorio”; es decir, será criterio auxiliar “obligatorio” para las autoridades y corrige la jurisprudencia. Por supuesto, demandaron ante la Corte Constitucional la palabra “obligatorio” y la Corte Constitucional declaró inconstitucional la palabra “obligatorio”.

En suma, el origen de lo que aquí nos atañe data de 1993. La Corte lo hizo con un argumento muy interesante, reafirmó su autoridad y pronunció la histórica frase que cito a continuación “cuando la Corte Constitucional interpreta la Constitución, entre esta y aquella, no debe interponerse ni

<sup>1</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-037 de 5 de febrero de 1995. Magistrado ponente: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-037-96.htm>

<sup>2</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-131 de 1 de abril de 1993. Magistrado ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/c-131-93.htm>



3 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-380 de 3 de noviembre de 2021. Magistrada ponente: Dra. Diana Fajardo Rivera. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2021/SU380-21.htm>

una hoja de papel”. Esto no quiere decir que esté subsanada la dificultad sobre su obligatoriedad. ¿Qué significa “Criterio auxiliar”? La sentencia SU-380 de 2021<sup>3</sup> es una sentencia unánime en que todos los magistrados de esta Corte están de acuerdo en que existe el precedente y es un tema de reiteración de jurisprudencia, pero entre ese momento tan difícil de 1993 y este del 2021 han pasado muchas cosas y quisiera entonces hacer alguna remembranza de cómo se han superado dificultades enormes.



La primera es sobre la existencia del precedente. Gradualmente, la Corte Constitucional empezó a distinguir el precedente de la cosa juzgada, luego de la doctrina sentada por la jurisprudencia. Posterior a ello, diferenció el precedente de la norma legal creada por el Congreso y, por supuesto, terminó diferenciando el sistema de precedentes propio del que existe en el mundo anglosajón.

Sin embargo, con miras a apreciar como ha sido el proceso de construcción colectiva por la Corte Constitucional cito un salvamento de voto del 2000 en el que se enuncia lo siguiente: “podemos afirmar que el sistema jurídico colombiano es diverso a los sistemas de precedente”. Hoy ya se entiende que este tema está consolidado y es loable el trabajo para consolidar esa idea por lo que se enuncian varios elementos: sí existen los precedentes como tal, la Corte superó el problema de definición de su identidad y elaboró una doctrina interesante distinguiendo lo siguiente:

- Lo que son muchos antecedentes o sentencias previas de lo que es precedente.
- Ha hecho una distinción entre el *obiter dictum* y la *ratio decidendi*.
- Dio el paso para establecer que en tutela existe precedente no sólo en control abstracto.
- Finalmente, en materia de control abstracto trabajó ese tema, todas esas son sentencias muy importantes de la década de los 90 y principios de este siglo.

No obstante, luego nació la problemática alrededor del precedente vinculante normativamente, o es el precedente una predicción de lo que ocurrirá empíricamente, es decir, es una cuestión de hecho fáctica, o es una cuestión normativa. La sentencia clave en esa materia fue la sentencia sobre doctrina probable. Una norma del siglo XIX decía que tres sentencias en un mismo sentido de la Corte Suprema de Justicia constituían doctrina probable, era un tema probabilístico, un tema empírico.

En consecuencia, estamos en una situación fascinante de la construcción de los precedentes en Colombia, pues la noción de precedente fue construida gradualmente por la Corte Constitucional como un reconocimiento a la autoridad de la Corte Suprema —en la sentencia antedicha— y del Consejo de Estado en una sentencia anterior que versaba sobre si podía

  
**Hemos  
construido un  
sistema de  
precedentes  
para solucionar  
unos problemas  
graves en  
un país muy  
complejo  
como el que  
conocemos y  
para establecer  
un dialogo serio  
y responsable  
entre jueces.**  


interponerse un recurso de súplica cuando una sección se apartara de la jurisprudencia del plenario. En esta providencia, la Corte señaló la importancia de unificar jurisprudencia, ratificando la autoridad tanto del Consejo de Estado como de la Corte Suprema de Justicia. De esta manera, empieza a construirse sólidamente la doctrina del precedente.

Además de determinar su existencia y definir su identidad, la Corte Constitucional ha proferido sentencias muy cuidadosas para definir cómo funciona el precedente. El tercer problema funciona solo a nivel vertical como ocurre en algunos países o también hay un precedente horizontal que analiza qué tan vinculada está una alta corte por su propio precedente, qué condiciones debe seguir para modificarlo. En este escenario aparece el problema sobre si un juez se aparta de un precedente constitucional y se puede invalidar lo decidido. Ello puede hacerse no sólo porque es un juez de tutela y, por tanto, la Corte puede siempre no invalidar, sino revisar la sentencia y revocarla. Por ejemplo, esto ocurre con la figura de la tutela contra providencia judicial en la que es posible que —por violación del precedente— se invalide la sentencia. En este escenario tenemos que el precedente, en la práctica, tiene una suerte de fuerza normativa que va creciendo en Colombia hasta llegar a este punto de funcionamiento.

El último punto de funcionamiento es el del alcance de su vinculatoriedad. ¿Qué tan vinculante es y qué efectos tiene que se desconozca un precedente? Allí, la Corte Constitucional ha dado un paso muy importante. En materia de precedentes, debería ser un juez con humildad e imparcialidad que reconoce lo hecho por sus pares. En esa perspectiva la Corte Constitucional expande el efecto vinculante del precedente y dice “Si yo desconozco mis propias sentencias, mi propia jurisprudencia yo mismo me anulo mis sentencias”, eso no existe ni en los sistemas del Common Law, nuestro sistema de precedentes es tan diferente a lo que opera en el Common Law que la Corte Suprema de Justicia norteamericana jamás se le ocurriría anular su propias sentencias porque desconoció un precedente y tampoco a la Corte Suprema del Reino Unido. Hemos construido un sistema de precedentes para solucionar unos problemas graves en un país muy complejo como el que conocemos y para establecer un dialogo serio y responsable entre jueces.

Resumiendo todo lo anterior, me he referido a los retos del pasado sobre la existencia, identidad, funcionamiento y vinculatoriedad del precedente, retos que ya están abiertamente superados, pero entonces, ¿cuáles son los retos del futuro?

- ¿Cómo se cambia un precedente? la Corte Constitucional se ha dedicado a establecer unas cargas argumentativas para poder modificar y apartarse de un precedente para luego modificarlo abiertamente.
- Es pertinente evidenciar cuáles son los valores constitucionales que está protegiendo y la relevancia de hacer el cambio en el momento oportuno.



- Tiene una carga argumentativa de suficiencia para mostrar que ese cambio protege mejor los valores y principios constitucionales. No es el capricho, es un acto de humildad del juez sometido al derecho.

Sin embargo, hacia el futuro habrá unos desafíos enormes en la evolución del derecho porque la sociedad está cambiando muy rápidamente y hay cambios tecnológicos que plantean unas preguntas fundamentales sobre si las categorías jurídicas que hemos venido utilizando siguen siendo aplicables para resolver problemas de gran complejidad.

Ahora, otra enorme dificultad que se presentará en el futuro será la relativa a la evolución del precedente. ¿Cómo evoluciona un precedente? Este reto se plantea porque en Estados Unidos, se presencia un cambio en el precedente dramático en el cual simplemente por el cambio en la composición de la Corte Suprema, los nuevos magistrados toman la decisión de restringir un derecho. Lo anterior no es cualquier cosa, una Corte que protege derechos quita un derecho, el que haya sido, no importa la controversia. Entonces, ¿en qué condiciones puede evolucionar el precedente y puede ser modificado? Al respecto, en Colombia existe otra característica que distingue nuestro sistema de precedentes del sistema anglosajón. El sistema anglosajón tiene un sistema de precedentes que valora mucho al juez individual, al individuo. Esto se debe al hecho de que en la tradición anglosajona el derecho se fue creando por jueces tomando decisiones, incluso antes que las propias cortes que están en la cima del ordenamiento, se valoraban al juez individual, y el precedente está vinculado con lo que piensa el juez individualmente.

En Colombia no es así, hay unos jueces a nivel individual que toman decisiones y deben ser consistentes con las decisiones. Así pues, el precedente en la Corte Constitucional es un precedente que está vinculado al órgano compuesto por varios individuos, razón por la cual la Corte anula en una sentencia de 3 individuos de una sala de revisión que sale de la jurisprudencia construida colectivamente, entonces el precedente entre nosotros es muy distinto al norteamericano no sería aceptable que alguien dijera en Colombia “yo ahora pienso distinto, entonces cambio el precedente”. Aunque me parece maravilloso leer aclaraciones de voto, los magistrados aclaran porque respetan lo que ha sido ese proceso de construcción colectiva, eso sería impensable en Estados Unidos, un magistrado insistiría siempre en su tesis y trataría que se cambiara y acogieran su posición individual.

Por otro lado, es de importancia en este diseño institucional que la Corte reconoce que no tiene la última decisión porque los magistrados que estuvieron en los 90 no tienen la última palabra, pues son los magistrados que siguen los que interpretan lo hecho con antelación y ven si lo aprueban o no. En ese sentido, hay un trabajo colectivo permanente de construcción

**Nelcy López  
Cuéllar**  
Docente e  
investigadora  
independiente

del Derecho Constitucional que debe respetar unos parámetros que rebasan la posición individual de cada magistrado.

Para terminar, quisiera resaltar que la metáfora de la antorcha es, sin duda, pertinente para ejemplificar qué ocurre con un precedente. Cada fallo es una antorcha que ilumina la democracia y el derecho, si dicha llama permanece viva será tomada por Corte quien dará continuidad toda vez que irradia de manera apropiada los principios y valores de la dignidad, la libertad, la igualdad y de la diversidad que todos debemos proteger.

Quiero compartir reflexiones de carácter conceptual, especialmente sobre el diálogo institucional y cómo las Cortes pueden actuar alrededor de este diálogo. Desde el nacimiento de la Corte Constitucional, el precedente ha enfrentado grandes desafíos, uno de los más importantes ha sido el denominado “choque de trenes” entre las altas cortes, a propósito de la tutela contra providencia judicial. Frente a este reto, ¿cuáles son las posibilidades de interacción interinstitucional entre las altas cortes? Propondré que el caso de choque de trenes es un escenario de pluralismo jurídico estatal y señalaré si, frente a este reto, efectivamente, hay cabida al diálogo en esa situación.

Ahora, ¿qué se entiende por pluralismo jurídico estatal? Considero que el fenómeno legal tiene cuatro elementos constitutivos a saber:

- Este fenómeno ocurre al interior de la estructura gubernamental del Estado.
- Incluye a dos o más instituciones dentro del Estado.
- El pluralismo jurídico supone una tensión entre dos o más instituciones proveniente de un reclamo simultáneo de autoridad sobre un mismo asunto.
- Este pluralismo estatal incluye la falta de acuerdo sobre una norma superior que dirima la tensión.

Un ejemplo de pluralismo jurídico estatal se presenta en la relación de la Corte Constitucional con otras altas cortes en el marco de la tutela contra providencia judicial. Así, dos instituciones del Estado colombiano — Corte Constitucional y Consejo de Estado— simultáneamente reclaman autoridad sobre la resolución de la tutela contra providencia que está impugnando un fallo proferido por otra de las altas cortes. Esta tensión que lleva varios años no tiene autoridad judicial que resuelva el conflicto, ni interpretación unívoca sobre la norma que resuelva el conflicto de competencia de forma definitiva.



**La teoría del diálogo fue una forma que utilizaron los académicos para analizar la interacción entre estas dos entidades para justificar o bien la supremacía judicial o la legislativa. [...] “la falta de jerarquía”, empantana la posibilidad de aquel tipo de relación comunicativa.**



En el centro de este pluralismo jurídico han sido cuestionados diferentes precedentes de la Corte Constitucional, estos cuestionamientos han dado lugar a la configuración del pluralismo jurídico estatal. Ejemplo de ello son:

- En el marco del derecho a la igualdad, mientras la Corte Constitucional hacía énfasis en la vinculatoriedad de su jurisprudencia en esa materia, las otras altas cortes hacían resistencia a esa postura, apoyadas en la norma constitucional según la cual el precedente es fuente auxiliar de Derecho.
- A principios de la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, Consejo de Estado y Corte Suprema negaron la procedencia de la tutela contra providencia judicial de las altas cortes, hasta el punto de —en el caso de la Corte Suprema— retener los expedientes para que no fueran enviados a Sala de revisión. Esto se daba en el marco de hacerle contrapeso al precedente de la Corte Constitucional respecto del cual la tutela contra providencia, también era procedente contra fallos de altas cortes.
- La Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado han desatendido los precedentes de la Corte Constitucional en temas específicos como: (i) protección especial a trabajadores; (ii) regímenes pensionales especiales y (iii) regulación de despido de empleados públicos.
- Cuando la Corte Constitucional ha dejado sin efectos fallos de la Corte Suprema de Justicia o del Consejo de Estado, las altas cortes han desatendido la orden.

Ahora, aunque esto podría considerarse que es un problema del pasado, actualmente el Consejo de Estado sigue sin atender el precedente de la Corte Constitucional respecto de la tutela contra providencia, sino que atiende su propio precedente. Así queda señalado en la sentencia SU-257 de 2021<sup>4</sup>. Dicho esto, es menester preguntarse: ¿es posible en un contexto de pluralismo jurídico estatal, como el que se presenta en Colombia, pensar en un diálogo institucional? Para responder a esta cuestión, entenderé por diálogo una interacción comunicativa que requiere la presencia de un yo y de otro, en una relación recíproca que implica equivalencia y la posibilidad de disentir. Precisados los conceptos antedichos, procedo a explicar los retos teóricos y prácticos de este último en aquel.

En la teoría constitucional mucho se ha hablado de diálogo, pero estas referencias han sido imprecisas. A finales del siglo xx y del XXI floreció la teoría del diálogo en Canadá, varios constitucionalistas sostuvieron que, en el caso de desacuerdo entre Corte Suprema y Parlamento en el marco de un análisis de constitucionalidad de la norma, se presentaba un diálogo entre el ente legislativo y la Corte Suprema. La teoría del diálogo fue una forma que utilizaron los académicos para analizar la interacción entre estas dos entidades para justificar o bien la supremacía judicial o la legislativa. Al darle la última palabra a una de las instituciones, la ausencia de uno de los elementos de diálogo “la falta de jerarquía”, empantana la posibilidad de aquel tipo de relación comunicativa.

<sup>4</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-257 de 5 de agosto de 2021. Magistrado ponente: Dr. Jorge Enrique Ibáñez Najar. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2021/SU257-21.htm>

A mediados del siglo xx un académico en Estados Unidos se refirió a la interacción entre instituciones estatales como una forma de comunicación cercana al diálogo, a través del coloquio. Wickel apelaba a los mecanismos de auto restricción de la autoridad judicial como una forma de dejar hablar a las otras entidades del Estado. Siguiendo los pasos de Wickel, en los 90, Robert Bart también habló de la necesidad de auto restricción de la actividad de la Corte frente a la actividad el Congreso y, fundamentado en Madison, mencionó la facultad del Congreso de ser intérprete de los mandatos de la Constitución. Para ellos, Madison sentó las bases para que cada una de las instituciones del Gobierno tuviera su propia voz, sin ser opacada por cualquier otra de las ramas del poder. Su intención, señalan los académicos, era que las decisiones vinieran más del consenso que por la imposición unilateral de la voluntad de una de las ramas.

No obstante, Gargarella ha dicho que basarse en la propuesta de Madison sobre pesos y contrapesos, impide llegar a la posibilidad de un consenso. Lo que restringe el diálogo en este contexto es la necesidad de imponer la posición propia, sin embargo, aunque Gargarella está en lo cierto, olvida un punto fundamental, incluso si Madison y sus artillerías institucionales no están en el camino, aún queda Kelsen y su imagen piramidal del Derecho. La teoría positivista de Kelsen se ha tornado, en América Latina en







**Ahora, en lo que respecta a los retos prácticos del diálogo, el obstáculo más serio que enfrenta la realización de un diálogo en el contexto en el que se presenta pluralismo jurídico estatal, es que el conflicto irresoluble de autoridad es esencial al pluralismo jurídico estatal.**



el deber ser del derecho, sus ideas jerárquicas han permeado las normas y la institucionalidad.

Entonces, volviendo a Gargarella, si bien su intención es proponer el diálogo, su idea de este es restringida. Para él, lo dialógico implica una mejoría al proceso democrático entendido como deliberativo. Por tanto, no podría haber diálogo entre instituciones legales o gubernativas, que no son instituciones democráticas propiamente dichas. Sin embargo, se puede objetar la validez de esta limitación desde una concepción Hobbesiana del Estado como persona. Para Hobbes, el Estado y sus instituciones internas son personas, con capacidad de hablar —requisito esencial del diálogo—, son personas artificiales que hablan a través de las que sí pueden hacerlo directamente.

Ahora, en lo que respecta a los retos prácticos del diálogo, el obstáculo más serio que enfrenta la realización de un diálogo en el contexto en el que se presenta pluralismo jurídico estatal, es que el conflicto irresoluble de autoridad es esencial al pluralismo jurídico estatal, pero, ¿es posible que las autoridades estatales en conflicto suspendan su búsqueda de autoridad —exclusiva y excluyente— que ambas tienen sobre un mismo asunto y, consecuentemente, sobre la otra entidad? Lo que dificulta el diálogo es que la definición de institución estatal se relaciona con la autoridad exclusiva. Es decir, no hay institución estatal sin autoridad exclusiva sobre un tema en particular.

Pese a lo anterior, la búsqueda de una articulación armoniosa entre entidades estatales no está perdida. El teórico Leslie Green ha señalado que el Estado no siempre actúa como autoridad y, por tanto, las instituciones del Estado no tienen que actuar así siempre. El artículo 113 de la Constitución colombiana establece que las distintas ramas del poder público del Estado tienen diferentes funciones, pero colaboran armónicamente para la consecución de los intereses estatales. La Corte Constitucional de Colombia en la sentencia C-310 de 1996<sup>5</sup> señaló que de este artículo se deriva el principio de colaboración armónica entre las entidades del Estado. A la luz de dicho principio la Corte consideró constitucional atribuir la competencia a dos órganos del Estado sobre el mismo asunto. Lo anterior, da lugar a un ejercicio de autoridad armonioso y dialógico.

Una alternativa frente a los conflictos entre instituciones del Estado es el diálogo, sin embargo, este es remotamente probable, pero el derecho por definición aspira a un ideal. A pesar de ser una mera aspiración, el diálogo puede ser más fructífero que la obligatoriedad incuestionable de un orden judicial, además es igualmente idealista creer que será acatado todo lo ordenado por una autoridad Estatal. Esto se manifiesta en el fenómeno de las órdenes dadas por la Corte Constitucional y la reticencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado por cumplirlas. En conclusión, el diálogo es una posibilidad digna de explorar.

<sup>5</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-310 de 11 de julio de 1996. Magistrado ponente: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-310-96.htm>

# Octavio Augusto Tejeiro Duque

## Magistrado de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia



Respecto al eje temático del panel en mención abordaré algunos temas asociados a las nociones de precedente judicial y constitucional. Si bien es cierto que el tema en Colombia ha sido relativamente decantado, es claro que ya no tiene las connotaciones propias de finales del siglo pasado. Sin embargo, este nuevo siglo y las nuevas circunstancias que nos rodean, traen unas preguntas nuevas y unos desafíos novedosos; de modo que uno podría pensar en este momento que en el siglo XXI las preguntas sobre qué es un precedente y qué es jurisprudencia, son indispensables.

Para lo anterior, podría partirse de una visión histórica muy rápida. Es cierto que la historia normalmente no es tan consecuente como uno quisiera, ni tan contundente ni tan clara. Napoleón decía: “la historia es un conjunto consensuado de mentiras” de modo que, ¿hasta dónde podemos creerle a la historia? Sin embargo, hay que acudir a la historia para saber entender los conceptos.

El precedente, tal como se originó, parece haber tenido su origen en los esquemas anglosajones y la jurisprudencia, y su génesis especial o particular en los sistemas europeo continentales. En efecto, el problema casi que sería terminológico, ¿qué pasó con el precedente? Cuando comenzó a originarse este tema en los sistemas anglosajones, el derecho era consuetudinario, no estaba reglado, no estaba constitucionalizado, lo que hacían los jueces era decir en su sentencia lo que el derecho constituye de lo que la costumbre mostraba. Es decir, el juez no inventaba nada, traía a su sentencia lo que veía que pasaba.

En suma, es más o menos lo mismo, solo que uno se basa en la ley consuetudinaria y la otra en la ley positivizada, en la expresión del poder soberano. El precedente surge de los jueces, pero no de los jueces mismos sino del pueblo, es el poder del pueblo aquel que el juez copia y plasma en las decisiones; más o menos lo que se deriva del otro esquema, no es el juez el que dice, sino es el sistema jurídico, el ordenamiento jurídico el que señala la consecuencia y la labor del juez es interpretarlo, a eso lo llamamos jurisprudencia y a lo otro lo llamamos precedente. Dicho lo anterior, cabe hacer la pregunta sobre ¿dónde se ubican algunas diferencias? Primero, el precedente, el original, el que surgió en Estados Unidos es un precedente, una decisión. La jurisprudencia es un conjunto de decisiones continuadas conformes. Esa sería la primera distinción, porque el precedente es único y la jurisprudencia es plural.

El precedente implica un análisis de identidad fáctica entre un hecho y otro y si hay identidad fáctica obtenemos el mismo resultado jurídico que obtuvimos en el primero. En la jurisprudencia no tenemos identidades fácticas, lo que llamamos jurisprudencia busca identidades de máximas jurídicas. La jurisprudencia dice “esta norma se interpreta así” no dice “este caso se resuelve así”.

“  
**La fuerza de la jurisprudencia termina en lo persuasivo, es decir, la jurisprudencia es válida, acogida, entendida, asumida en cuanto persuasiva, y este es un elemento importante porque eso genera legitimidad para el órgano que marca esa jurisprudencia.**  
”

Además, hay circunstancias prácticas que colaboran o no en estos elementos. En los sistemas anglosajones hoy se encuentra que la Corte Suprema de Estados Unidos emite aproximadamente 100 decisiones al año, la Corte Suprema en Inglaterra y en Reino Unido emite aproximadamente otras 100. Sin embargo, solo con mirar otros países, Italia —por ejemplo— produce solo en lo civil cerca de 30 mil casaciones anuales. Entonces viene un problema grandísimo ¿dónde está la jurisprudencia en 30 mil casaciones? y lo más grave ¿cuántos magistrados se requieren en una Corte Suprema para resolver 30 mil casaciones? Este es un problema central que, de alguna manera, también llega aquí.

Ahora, la explicación de la problemática antedicha es relativamente sencilla, es que el recurso de casación en Italia es un recurso derecho, es un derecho fundamental de los ciudadanos. De manera que siendo derecho fundamental todo ciudadano que ponga casación tiene derecho a que la Corte se la revise; lo que no sucede en los Estados anglosajones porque las cortes obedecen a un sistema diferente. La Corte selecciona lo que estima que necesita para hacer su precedente. Para ese fin, entonces, selecciona solo 100, 90, 120, 110, 150, pero selecciona, mientras que en Italia y, en algunos países europeos que han seguido su tradición, eso constituye un derecho y, por tanto, esas Cortes no pueden seleccionar, deben tramitar. De manera que la consideración de lo que llega a una Corte depende también de si es un derecho y, por tanto, responde al derecho particular de los ciudadanos o al derecho de toda la sociedad a tener un rumbo específico jurisprudencial.

En los sistemas originales anglosajones el sistema de precedente resulta rígido y, en consecuencia, es vinculante. En cambio, en el sistema contrario, no es rígido ni vinculante, es probable, es decir implica doctrina probable. La doctrina probable, como se vio en la intervención que me antecedió es un conjunto de decisiones armónicas que es probable que tengan la razón y que se siguen, justamente por esa probabilidad de corrección.

Ahora bien, lo anterior no quiere decir que, en los sistemas anglosajones, el esquema de precedente por ser vinculante, por ser rígido, sea obligatorio. En términos más suaves, no es obligatorio del todo, tenemos posibilidades de rebeldía, pero son unas posibilidades; en términos generales sí es rígido. El nuestro no es tan rígido y es distinto, y cuando digo nuestro no me refiero a Colombia sino al mundo del siglo XX, porque Colombia no es un antecedente. Entonces, la fuerza de la jurisprudencia termina en lo persuasivo, es decir, la jurisprudencia es válida, acogida, entendida, asumida en cuanto persuasiva, y este es un elemento importante porque eso genera legitimidad para el órgano que marca esa jurisprudencia. Tiene que hacer un esfuerzo importantísimo por resultar persuasiva, en cambio originalmente en el sistema anglosajón no había que hacer mayor esfuerzo, simplemente lo que se traduce como una especie de obligación atenuada.



Fruto de esas distinciones surgió en los siglos XIII y XIX y para nosotros en la ley 169 de 1896, el artículo aquel tan importante de la doctrina probable, que entre otras cosas fue el que sustituyó al artículo anterior de 1887 pero era una doctrina obligatoria, pero años más tarde el legislador dijo que eso tenía que ser doctrina probable. De ahí llegamos al concepto de doctrina probable, en virtud del cual tres decisiones de casación en el mismo sentido, constituyen doctrina probable y son criterios auxiliares. Ahora bien, la sentencia C-836 del 2001<sup>6</sup> de la Corte Constitucional avaló este artículo con una modulación y dijo “Sí, esas 3 decisiones uniformes constituyen doctrina probable, pero no es doctrina probable sino doctrina vinculante”. Es decir, generó una obligatoriedad atenuada en la medida en que, dependiendo de una especial argumentación, podría el juez deslindarse de las consideraciones anteriores.

A pesar que la Corte tocó el tema de si una sentencia o tres sentencias, lo que en su parte resolutive terminó declarando la constitucionalidad el artículo 4, es decir, 3 decisiones. Posteriormente, llegamos al artículo 48 de la Ley 270, norma que señala que las sentencias emitidas en tutela constituyen criterio auxiliar. Le otorga el mismo valor que la Ley 169 le da a la jurisprudencia de las cortes, a la casación. No obstante, es dable cuestionarse, ¿cuál es la razón para que una sentencia de tutela sea criterio auxiliar y, en cambio, para ser criterio auxiliar la Corte Suprema —en casación— deba proferir por lo menos 3 decisiones en el mismo sentido?

<sup>6</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-836 de 9 de agosto de 2001. Magistrado ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-836-01.htm>

“  
**Nosotros  
tenemos un  
sistema al  
que podemos  
llamar “de  
precedentes”,  
pero que no  
tiene esas  
características  
específicas, es  
un sistema  
moderado, de  
precedentes o  
que inclusive  
podemos  
llamarlo  
jurisprudencia,  
todo llamado  
a que nos  
entendamos.**  
”

La posible respuesta es que la tutela trabaja alrededor de la garantía de derechos fundamentales. Sin embargo, ¿la casación no trabaja derechos fundamentales? La respuesta podría ser que en la tutela los derechos fundamentales son el centro, en cambio en la casación no, ¿es tan cierto que la casación no tenga como centro los derechos fundamentales? El artículo 3-33 del Código General del Proceso señala explícitamente como uno de los fines de la casación la defensa de derechos constitucionales. Lo anterior genera una discusión importante, una sentencia de tutela es criterio auxiliar, con independencia de la estratificación que le demos, pero para que sea criterio auxiliar la casación requiere por lo menos 3 decisiones.

Por último, en Colombia, el primer problema es que no tenemos un sistema clásico de precedentes. Nosotros tenemos un sistema al que podemos llamar “de precedentes”, pero que no tiene esas características específicas, es un sistema moderado, de precedentes o que inclusive podemos llamarlo jurisprudencia, todo llamado a que nos entendamos. ¿A qué nos estamos refiriendo cuando usamos la palabra jurisprudencia y cuándo utilizamos la palabra precedente? ¿Estamos definiendo dos conceptos distintos o uno? Me parece que en Colombia y con nuestras particularidades nos estamos refiriendo al mismo fenómeno, pero ustedes ya saben que en la historia eso tiene unas distinciones.

Ahora, el precedente o la jurisprudencia ¿Debería ser obligatorio? quizás, para el siglo XXI y para el futuro no debemos pensar en esa posibilidad, yo creo que lo que hizo la corte en la sentencia C-836 del 2001<sup>7</sup> está bien hecho, me parece que hablar de precedente vinculante o de jurisprudencia vinculante está bien abrirle la puerta a la posibilidad de desistimiento del juez, entre otras razones porque los tiempos cambian, las circunstancias cambian, los lugares cambian y es posible que lo que ayer se entendió como una posibilidad interpretativa de la ley muy clara, muy contundente, muy buena y muy justa para el caso concreto es posible que actualmente o en el futuro sea diferente.

Lo anterior, explica —en parte— por qué en ocasiones las cortes que son vértice cada una en su jurisdicción pueden tener encuentros o desencuentros en la interpretación de la ley y es porque son puntos de vista distintos, si cada uno mira desde una perspectiva seguramente va a encontrarse con resultados diferentes de esa mirada. Ahora, si fruto de esas miradas nos sentamos a conversar con esas diversas miradas es posible que lleguemos a conclusiones diversas de las que concluyó el uno y concluyó el otro en virtud de sus diversas posturas y sobre todo de sus diversas posiciones en la mirada del fenómeno.

Finalmente, quisiera abordar una última curiosidad: la Sala casación civil de la Corte Suprema de Justicia profiere cerca de 1000 sentencias de tutela cada mes, es decir aproximadamente 11000 sentencias de tutela al año, y es la sola Sala de Casación Civil. Esto, ustedes entenderán que

<sup>7</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-836 de 9 de agosto de 2001. Magistrado ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-836-01.htm>

“  
**¿Al final se  
justificaría que  
fuera criterio  
auxiliar tres  
decisiones de  
casación de  
la corte y que  
en cambio sea  
criterio auxiliar  
una sentencia de  
tutela?**  
”

**Rocío Araújo  
Oñate**  
Magistrada de la  
Sección Quinta del  
Consejo de Estado

tiene unos efectos, en casación, en cambio, no estamos llegando a las 200 decisiones al año y no podremos llegar dadas las circunstancias. La Corte Constitucional, y esta comparación la hago no con intenciones negativas, sino con intenciones positivas de análisis del fenómeno, en este momento del año lleva aproximadamente 150 sentencias de tutela, no sé cuántas de constitucionalidad, supongo que no serán muchas, (cuando digo muchas es que no se parezcan a 1000 o 2000) y eso naturalmente genera unos efectos condicionantes de muchas otras circunstancias.

También, a modo de curiosidad, expedido el Código General del Proceso en el año 2012, la jurisprudencia que ha aclarado los miles de problemas que cualquier legislación nueva trae ha sido en tutela por Sala de Casación Civil. Lastimosamente por vía de casación no es tan fácil entrar a hacer distinciones y a hacer jurisprudencia o precedente frente a un código procesal porque los temas típicamente procesales no llegan a la casación. Entonces, la jurisprudencia en Colombia sobre un código como el Código General del Proceso, la viene haciendo la Corte Suprema de Justicia a través de la Sala de Casación Civil; de manera que muchas de esas tutelas que se están estudiando mensual y anualmente tienen que ver con ese elemento importantísimo que ha tenido que hacer esta Corte y que, insisto, permite que revisemos con un poco más de cuidado todo esto. ¿Al final se justificaría que fuera criterio auxiliar tres decisiones de casación de la corte y que en cambio sea criterio auxiliar una sentencia de tutela?

En efecto, desde que comenzamos en la magistratura del Consejo de Estado, ciertamente hemos tenido la preocupación con respecto a esa necesidad de diálogo. Hace muchos años tuve la oportunidad de demandar el recurso de súplica, y le correspondió a la Corte Constitucional resolverlo. Esa demanda se debió, principalmente, a que se veía el problema desde el punto de vista funcional, en lo que correspondía a la función de hacer prevalecer la Constitución y el principio de igualdad y libertad, en contraposición con la importancia del respeto de la competencia de los Tribunales de cierre. En efecto, no existe en la Constitución una norma que dirima estos conflictos, ni noticia de precedente. Ciertamente la Corte Constitucional, por la necesidad en la que se ha visto avocada, ha tenido que crear el concepto de precedente para armonizar la jurisprudencia y el trabajo judicial.

El problema se contextualiza y tiene una enorme dimensión con el Consejo de Estado porque todos los jueces, en el modelo actual de Derecho, somos jueces —no solo de legalidad—, sino también de constitucionalidad y convencionalidad. De ahí la importancia de este espacio, para efectos de poder encauzar lo que se ha denominado “todos somos jueces de constitucionalidad” y la forma en que podemos entendernos y preservar

los valores superiores. En el fondo, la Corte Constitucional ha creado un precedente que no solo tiene un carácter declarativo, sino constitutivo del Derecho y que entraña más que una función hermenéutica de la norma constitucional, posee un ámbito de creación basado en los elementos normativos que arroja el sistema jurídico. En ese ejercicio se fundan dos elementos argumentativos: (i) la racionalidad y (ii) la corrección. La Corte Constitucional ha creado el precedente constitucional que cobija no solamente sentencias de constitucionalidad, también cobija las de unificación y las de tutela. Todo lo anterior, sobre la base de entender la supremacía constitucional, el poder normativo de la Constitución, la seguridad jurídica, la igualdad, la confianza legítima, alterando —sin duda alguna— el sistema de fuentes.

A parecer particular, este debate debe centrarse en la definición sobre ¿cuáles son los casos en los que se requiere —en realidad— crear un precedente? ¿Cuál es el poder limitado de la Corte Constitucional y de los jueces de cierre para crear reglas de derecho y parámetros que orienten el funcionamiento armónico de la Rama Judicial? ¿Cuál es el método que debemos emplear para extraer esos parámetros y reglas? ¿Cuáles son las reglas y procedimientos de argumentación lógica para generar este tipo de reglas soportadas en el ordenamiento jurídico? E igualmente, la conjugación de un mayor diálogo entre las altas cortes.

No todos los problemas jurídicos que conoce la jurisdicción entrañan relevancia constitucional, es decir, no se puede maximizar el problema de los precedentes, sino que básicamente deberíamos estar de acuerdo en que todos los jueces queremos aplicar las decisiones de constitucionalidad, convencionalidad y legalidad. El epicentro de esta discusión está en la calidad de motivación de nuestras decisiones y, por ello, se espera que las decisiones que adoptemos sean el producto de la razón y no del poder y, mucho menos la arbitrariedad.

La necesidad que se esgrime para la creación de precedentes es la unidad del Derecho, pero esa —también— es nuestra preocupación. Quisiera dedicarme a establecer algunas inquietudes de cómo podríamos avanzar en la construcción del precedente. No es meritorio confundir la jurisprudencia y doctrina probable con el precedente que podría delimitarse así: es el parámetro creado en las distintas sentencias para llenar la laguna que se arroja desde el ordenamiento jurídico y que impide resolver la cuestión examinada, justamente, por ese vacío, de ahí que se traiga otra decisión para llenar ese vacío. De tal manera que ese carácter vinculante u obligatorio no debe ser el punto de partida para determinar si la sentencias son o no precedente. El precedente no puede definirse en función del tipo de sentencia, ya que no todas las sentencias del control concreto o abstracto de constitucionalidad constituyen precedente, en la medida en que no en todas se crean reglas de derecho.





Dicho lo anterior, no puede confundirse la cosa juzgada constitucional con lo que corresponde a la construcción del precedente. No se puede afirmar como regla general que todas las sentencias de constitucionalidad, de unificación o de tutela, son precedentes. En todo caso, es necesario verificar su contenido para evidenciar si la Corte ejerció la función creadora de Derecho —llenó un vacío—, caso en el que será precedente, o si por el contrario resolvió el caso concreto con base en el ordenamiento jurídico vigente.

Hay tipologías de sentencias que, en virtud de su finalidad, nunca tienen la virtualidad de crear derecho, como sucede en la sentencia c. Estas son interpretaciones conforme con la Constitución, estas decisiones —por supuesto que son obligatorias—, pero ello no las convierte en precedente. En las acciones de tutela contra providencia judicial, la Corte Constitucional en gran medida no crea reglas de derechos, pues su competencia está dada en la verificación de la vulneración de derechos fundamentales. Un punto, indispensable en el acuerdo entre las altas cortes, respecto a lo que constituye una vulneración de un derecho fundamental —en esa función que tenemos al juzgar los casos en tutela contra providencia judicial— sería precisar aún más lo que constituye el núcleo esencial de los derechos fundamentales. Sobre este punto emprendimos un diálogo en 2017 con algunos exmagistrados de la Corte Constitucional donde, precisamente, manifestamos esa necesidad de precisión de los núcleos esenciales de los derechos.





  
**Igualmente  
debemos  
prevenir  
conjuntamente  
el uso indebido  
de la acción  
de tutela como  
una nueva  
instancia entre  
las jurisdicciones  
competentes.  
La finalidad  
del requisito  
demuestra  
que al juez  
del amparo le  
está vedada  
la creación de  
nuevas reglas  
de derecho.**  


En garantía de los principios de igualdad y de seguridad jurídica las decisiones de la Corte vinculan a todos los operadores judiciales que se ven avocados a problemas jurídicos similares a los ya resueltos por la Corte Constitucional. Si ya hay acuerdo, siempre habrá la necesidad de aplicar estas decisiones de la Corte Constitucional porque allí dialoga la jurisprudencia de ella con la de los otros tribunales de cierre. En el punto de la relevancia judicial de la tutela contra providencia reconozco el mayúsculo esfuerzo que ha hecho la Corte Constitucional por definirlo y, es indispensable seguir en ese camino. En la medida en que representa un mayor respeto por las competencias de las otras jurisdicciones, la autonomía e independencia de los jueces, la preservación de la específica finalidad de la acción de tutela (instituida para proteger y reestablecer los derechos fundamentales).

Igualmente, también debemos prevenir conjuntamente el uso indebido de la acción de tutela como una nueva instancia entre las jurisdicciones competentes. La finalidad del requisito demuestra que al juez del amparo le está vedada la creación de nuevas reglas de derecho. De tal manera que, en lo que corresponde a la relevancia constitucional, se encuentra madura la jurisprudencia de la Corte Constitucional solo que habría que generar un diálogo con las altas cortes para ponernos de acuerdo qué asuntos son —en verdad— de relevancia constitucional. El Consejo de Estado ha emprendido un observatorio del comportamiento interno de las tutelas para efectos de poder precisar lo que corresponde a esta relevancia constitucional y, desde ese punto de vista, nos gustaría entregar los resultados después de revisar todo el producto de nuestras sentencias.

Para concluir, considero menester hacer un llamado al diálogo constructivo para adoptar decisiones conjuntas cuando hay disenso entre las altas cortes. Esta fue una idea que se puso de presente en diciembre de 2019 en un escenario académico. Lo anterior, para efectos de poder señalar que existe en los 30 años de nuestra Constitución, un incipiente desarrollo en la relación de comunicación entre nosotros y, desde ese punto de vista existen tensiones, retos y resultados que han surgido de la implementación de la Constitución de 1991, que implican un diálogo constructivo para adoptar decisiones que doten de seguridad jurídica, igualdad y unidad de derecho. Estos diálogos que hemos emprendido han surgido de la buena voluntad de los magistrados, pero no ha implicado un diálogo institucionalizado, lo que supone un déficit.

En ese sentido, de lo que se trata es de emprender un diálogo conjunto, pero institucionalizado entre las altas cortes para efectos de que pudiéramos —desde el punto de vista constitucional— establecer las distintas aristas y roles que juegan un determinado elemento en la decisión y, frente a ellos, me parece que esa construcción conjunta no debe pasar por el reconocimiento de que alguien tenga la razón, sino de discutir la decisión

acorde a la experticia que tenemos en la jurisdicción contencioso administrativa como en la ordinario, son puntos de vista que vienen a enriquecer el debate desde la percepción constitucional. No se trata solamente de escucharnos, informalmente, en el piso 9 del Palacio de Justicia, sino también de establecer una institución que nos permita conversar sobre el problema jurídico y encontrar decisiones más razonables frente a los valores de la seguridad jurídica y de la unidad del Derecho.

Cierto es que existe por el diseño institucional una imposibilidad de mesa conjunta, pero mientras esta idea toma cuerpo, pudiéramos seguir en el diálogo informal que muchas veces nos ha supuesto un cambio de posición. Este escenario da cuenta de esa posibilidad de diálogo. Sobre este último punto, quisiera que pudiéramos continuar. El Consejo de Estado siempre ha estado dispuesto al diálogo. Cuando nosotros los jueces utilizamos argumentos que son válidos y nutren nuestra autoridad, se convierte nuestra función en un símil positivista, allí no hay que retroceder y, por esa razón, es indispensable encontrar la mejor decisión en conjunto.

**GRUPOS DE TRABAJO**  
**EJE 2**

# La constitucionalización del Derecho Laboral y de seguridad social



## Magistrado Antonio Lizarazo Ocampo (moderador)

Abogado de la Universidad Libre, especialista y magíster en Derecho Administrativo, con más de 35 años de experiencia en el ejercicio de la profesión como litigante ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, y como asesor y consultor en materias propias del Derecho administrativo y electoral. Profesor de pregrado en Derecho Administrativo y de posgrado en Derecho Electoral. En el servicio público se ha desempeñado como magistrado auxiliar de la Sección Quinta y conjuez de las Secciones Primera y Quinta del Consejo de Estado; miembro del Consejo Nacional Electoral durante el período 2002–2006, del cual fue su presidente; viceministro de Educación Nacional, y gobernador del departamento de Norte de Santander.



## Iván Mauricio Lenis Gómez

Abogado con Doctorado en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas. Durante más de 20 años se desempeñó como docente investigador en facultades de derecho, la mayor parte del tiempo en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Icesi en Cali, donde ejerció varios cargos, entre ellos, jefe de departamento, director del Grupo de Investigaciones y director de Posgrados en Derecho. También fue profesor en la Universidad Eafit, la Universidad del Valle y en la Universidad Externado de Colombia y ejerció el cargo de magistrado auxiliar en la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia. Además, es profesor en el área de Derecho laboral y de la seguridad social en la Universidad de los Andes, la Pontificia Universidad Javeriana, sede Bogotá, la Universidad del Norte y la Universidad Icesi.



## Natalia Ramírez Bustamante

Doctora en Ciencias Jurídicas de la Universidad de Harvard y magíster en Derecho de la Universidad de los Andes y de la Universidad de Harvard. Es abogada y filósofa de la Universidad de los Andes. Actualmente es directora del Área de Derecho Laboral y del Semillero de Investigación de Derecho y Trabajo de la Universidad de los Andes, miembro Co-Fundadora de Quanta – Cuidado y Género, miembro de la Misión de Empleo para Colombia 2020–2021 y asesora técnica del Banco Interamericano de Desarrollo (BID). Autora de diferentes artículos en revistas especializadas a nivel nacional e internacional, así como directora de la Serie “Justicia Global” de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes.



## Karena Caselles Hernández

Abogada, especialista en Derecho constitucional y administrativo, experta latinoamericana en relaciones laborales, magíster en Derecho con énfasis en Derecho del trabajo y con estudios doctorales en derecho de la Universidad Complutense de Madrid. Es socia fundadora de la Asociación Colombiana de Estudios del Trabajo. Ha sido investigadora en derechos sociales, jueza de la República, magistrada auxiliar de la Corte Suprema de Justicia y profesora de cátedra. Actualmente trabaja como magistrada auxiliar de la Corte Constitucional.

## RESUMEN EJECUTIVO

“  
**El enfoque de la discusión no debería ser si debe o no otorgar pensión a los más vulnerables (que es lo deseable desde cualquier punto e vista), sino de dónde se financian.**

”

Para este grupo de trabajo se propuso dividir la discusión en tres ejes temáticos: (i) Aplicación del principio de favorabilidad en la interpretación de las cláusulas convencionales; (ii) Aplicación del debido proceso en la terminación del contrato con o sin justa causa y (iii) Discusión de la condición más beneficiosa en materia pensional.

En el bloque sobre principio de favorabilidad en la interpretación de las cláusulas convencionales, los participantes en este grupo de trabajo estuvieron de acuerdo en que hay interpretaciones diferenciadas en ambas Cortes, especialmente en los casos en los que la convención no establece claramente la regla para acceder al beneficio. Se recalcó la importancia de tener en cuenta que, más allá de lo interesante que resulte la discusión para jueces y académicos, estas discusiones tienen repercusiones en la vida de los trabajadores y/o sus familias o dependientes.

En el segundo bloque, sobre la aplicación del debido proceso en la terminación del contrato con o sin justa causa, se resalta la discusión sobre la inconveniencia de traer figuras del Derecho privado, al Derecho laboral, en donde no se parte de una relación entre partes iguales, sino, por el contrario, en donde justamente se protege al empleado de una relación en donde naturalmente el empleador tiene mayor poder. Se menciona este tema como un aspecto clave o reflejo de la democracia en que se está.

En el tercer bloque se discutió sobre la progresividad deseada en la jurisprudencia de la Corte, de la que no se espera que restrinja, sino que amplíe derechos, pero también se problematizó cuando es la sentencia la que crea la regla, estableciendo normas que no surgen del proceso democrático. Además, se recalcó que el enfoque de la discusión no debería ser si debe o no otorgar pensión a los más vulnerables (que es lo deseable desde cualquier punto e vista), sino de dónde se financian. De ahí que se hiciera un llamado a pensar el papel que debería estar teniendo el legislativo en esta discusión.

Finalmente, se dijo que la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia tienden a converger en la gran mayoría de temas y que para los puntos en que difieren, que no son muchos, es necesario seguir abriendo espacios de discusión como este.

**Antonio Lizarazo  
Ocampo  
(moderador)**  
Magistrado  
de la Corte  
Constitucional

El Dr. Antonio José Lizarazo Ocampo dio inicio al grupo de trabajo recordando que, el objetivo del eje es dialogar sobre la configuración y aplicación del precedente constitucional en materia laboral y asuntos relativos a la determinación de criterios para resguardar la supremacía de la Constitución. Plantea que la materialización de la constitucionalización del Derecho Laboral se ha dado través de figuras como el principio in dubio pro operario; el reconocimiento de la debilidad manifiesta; la eficacia horizontal de los derechos (los derechos fundamentales mantienen su fuerza protectora en las relaciones entre particulares); la incorporación al derecho interno de los convenios internacionales sobre Derecho del trabajo o la figura de los sujetos de especial protección.

En el marco del objetivo general que se ha planteado para el encuentro, la discusión del grupo estaría permeada bajo la premisa de la “Constitucionalización del Derecho Laboral”. Esta cuestión, señaló el moderador, ha implicado retos importantes, entre ellos, el de establecer garantías de protección de los derechos previstos en la Constitución frente a una legislación laboral de mediados del siglo pasado.



Para iniciar la conversación, después de hacer una introducción sobre cada uno de los participantes en el grupo de trabajo, el moderador invitó a que, además de las reflexiones y discusiones que se puedan dar sobre cada tema, se puedan plantear propuestas para mejorar la función constitucional que todos tienen como jueces de la República.

### **Primer bloque de discusión “Interpretación y aplicación de principio de favorabilidad de cláusulas convencionales”**

A continuación, el moderador formula la pregunta para el primer bloque de discusión: plantea que la Corte Constitucional en su análisis de las cláusulas convencionales señaló que estas deben ser interpretadas bajo el principio de favorabilidad y, en términos generales, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia también lo ha reconocido así. Entonces, la pregunta es: A pesar del reconocimiento que ambas Cortes han hecho al principio de favorabilidad aplicado a estas cláusulas, ¿hay diferencias en la interpretación que hace cada Corte? Si es así, ¿Cuáles son y por qué se dan?

**Iván Mauricio  
Lenis Gómez**  
Presidente de la  
Sala de Casación  
Laboral de la  
Corte Suprema de  
Justicia

El orador inicia haciendo un desarrollo de la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia. Al respecto, precisó que este órgano ha previsto que las convenciones colectivas de trabajo pueden analizarse de dos maneras: (i) como prueba y (ii) como norma. En esta segunda acepción se aplica toda la hermenéutica de la disciplina, como fuente normativa. Es pues, en esta segunda posibilidad en la que se aplica el principio de favorabilidad. La Corte Constitucional ha acogido esa posición, la única diferencia entre las Cortes versa sobre las convenciones colectivas de trabajo en las que se prevé un beneficio pensional como un derecho convencional. Muchas veces la misma convención establece la forma en que se causa el derecho y cuando se goza; cuando hay esa claridad, no hay diferencia entre las Cortes. Sin embargo, cuando no es así y el texto convencional no es claro, dando cabida a interpretación, se aplica el principio de favorabilidad y ahí si se presenta divergencia entre las Cortes. Esta radica en cuándo se hace causación y cuándo exigible el derecho.

Continúa el magistrado señalando que se exige que el trabajador, pese a tener las semanas cumplidas, deba estar vinculado a la empresa. Sin embargo, es allí donde aplica el principio de favorabilidad, es decir, que, pese a que ya no exista vínculo laboral, si el trabajador retirado tiene el tiempo de servicio cumplido, la decisión que favorece más al trabajador, en estos casos, sería que por el solo hecho del tiempo de servicios tiene derecho al beneficio convencional. Sobre lo anterior, insiste el orador, es preciso seguir avanzando, en tanto aún no hay un consenso al respecto.

## Karena Caselles Hernández Magistrada auxiliar Corte Constitucional de Colombia

<sup>1</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-027 de 5 de febrero de 2021. magistrado ponente: Dra. Cristina Pardo Schlesinger. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2021/SU027-21.htm>

La oradora inicia señalando que las convenciones colectivas de trabajo son pactos de paz. Continúa haciendo una acotación sobre la importancia que, a su juicio, tuvo en esta materia el Tribunal Supremo del Trabajo que existió en Colombia desde 1946 a 1956, que fue la Corte de oro al ser el primer órgano que habló de principio de favorabilidad y convenciones colectivas del trabajo. Desde 1947 hasta 1990 la Corte Suprema de Justicia mantuvo una misma línea de pensamiento de aplicación del principio de favorabilidad y de tomar la convención colectiva de trabajo como fuente formal de derecho. Luego, en 1990 se cambió la posición y la Corte Suprema adoptó la visión de que las convenciones colectivas del trabajo eran pruebas, más no fuentes de derecho. Este cambio generó sendas inequidades, en tanto trabajadores bajo las mismas condiciones tenían acceso al derecho pensional mientras otros no, lo que implicaba violación de la cláusula de igualdad. De allí nace el primer sismo entre las Cortes, que dio lugar a la sentencia de unificación SU-1185 de 2001<sup>1</sup> en la que la Corte Constitucional, bajo el amparo del principio de favorabilidad, ordenó que el derecho adquirido por el accionante estuviera amparado por la cláusula de igualdad y el principio de favorabilidad. Esto generó fuertes tensiones entre las Cortes.

## Natalia Ramírez Bustamante Directora del Departamento de Derecho Laboral de la Universidad de los Andes

<sup>2</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-027 de 5 de febrero de 2021. magistrado ponente: Dra. Cristina Pardo Schlesinger. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2021/SU027-21.htm>

La invitada inicia señalando que, si bien las tensiones sobre estos temas han disminuido considerablemente, hay interpretaciones disímiles que persisten. Una de ellas se avizora en la sentencia SU-027 de 2021<sup>2</sup>, en la que la Corte Constitucional analiza una providencia que niega el derecho pensional al trabajador en las condiciones en las que explicó el magistrado Levis (el trabajador había cumplido el tiempo de servicio, pero no la edad pensional en vigencia del contrato). La Corte Constitucional allí reitera el precedente jurisprudencial desde 2001, respecto de la aplicación del principio de favorabilidad.

Esas divergencias interpretativas no serían tan graves, sino fuera por el impacto que ello tiene en la vida de las personas. La oradora se pregunta ¿será que el problema es que no se conocen las sentencias de la Corte Constitucional? Anota que el hecho de que las sentencias sean actualmente mucho más largas y complejas hace difícil, incluso para los más expertos, el dominio de la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Eso sigue teniendo, en suma, repercusiones prácticas. Cada accionante se demora 11 años y 5 meses en promedio, desde que se radica la demanda en la jurisdicción ordinaria, hasta la expedición de la su. Lo anterior implica un desgaste importante en los recursos de la administración de justicia, pero y —quizás más importante aún— los costos humanos que



“  
**Quienes logran  
llegar a tener  
alguna de las  
sentencias de  
unificación son  
una minoría de  
trabajadores.**  
”

esto significa para los ciudadanos. Quienes logran llegar a tener alguna de las sentencias de unificación son una minoría de trabajadores: quienes sobreviven; quienes tienen recursos económicos y de tiempo; y quienes pueden contratar abogados con capacidad técnica para llevar todo el proceso.

En esos escenarios las diferencias interpretativas no se quedan solo en la discusión doctrinal o académica, sino que repercuten directamente en las personas que se pierdan en los laberintos de la justicia.

Para cerrar este bloque el moderador le pide al Dr. Lenis confirmar si en los casos en que la cláusula convencional establece claramente que deben cumplirse tanto la edad, como el tiempo de servicio, para acceder al beneficio no hay discusión alguna, lo que el invitado confirma, aclarando que es así puesto que ha sido convenido por las partes. Es diferente, en cambio, cuando no hay dicha claridad y la edad no está expresamente establecida como requisito de causación; en estos escenarios, no es posible imponer el requisito de la edad vía interpretación y se debe dar cabida al principio de favorabilidad.



# Antonio Lizarazo Ocampo (moderador) Magistrado de la Corte Constitucional

<sup>3</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-449 de 15 de octubre de 2020. magistrado ponente: Dr. Alejandro Linares. <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2020/SU449-20.htm>

# Natalia Ramírez Bustamante Directora del Departamento de Derecho Laboral de la Universidad de los Andes

<sup>4</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-449 de 15 de octubre de 2020. magistrado ponente: Dr. Alejandro Linares. <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2020/SU449-20.htm>

## Segundo bloque de discusión “Aplicación del debido proceso en la terminación del contrato con o sin justa causa”

El moderador inició recordando la sentencia SU-449 DE 2020<sup>3</sup>, providencia en la que la Corte Constitucional señaló que la terminación unilateral del contrato de trabajo por parte del empleador, con justa causa, no es una sanción disciplinaria, pues esta facultad obedece al ejercicio de la condición resolutoria tácita por incumplimiento, prevista en el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, facultad que subyace a todos los contratos bilaterales. Ahora, pese a que la terminación del contrato no es una sanción disciplinaria, la Corte Constitucional ha señalado que el trabajador tiene el derecho de ser escuchado antes de que el empleador ejerza su facultad unilateral de terminación. Lo anterior, en aplicación de los principios de buena fe, de lealtad, de dignidad humana e igualdad de trato y derecho de defensa.

En ese contexto, el moderador elevó las siguientes preguntas: ¿Cuáles son las diferencias entre la visión de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional? ¿Cómo deben protegerse los derechos de los trabajadores en estos escenarios? ¿Cómo compatibilizar las figuras como la estabilidad laboral reforzada, igualdad y no discriminación con la facultad del empleador?

La oradora señala que, en ese caso en particular, no identifica diferencias sustantivas entre las Cortes. Introduce la discusión sobre la sentencia SU-449 de 2020<sup>4</sup>, que, a su juicio, es problemática ya que señala que la terminación del contrato laboral (con o sin justa causa) no es una manifestación del poder disciplinario del empleador. Según la invitada, esta aproximación desconoce el principio de primacía de realidad sobre formalidades. El mayor poder de subordinación es, justamente, la capacidad de terminación del contrato de trabajo, y negar la posibilidad de defensa a los trabajadores en la terminación con justa causa, es una violación del principio de dignidad humana; de ahí su problema. Incluso, continúa la oradora, la Corte Constitucional, en esta sentencia, utiliza principios propios del Derecho Privado, cuestión que desconoce que el empleo es la fuente de supervivencia del trabajador y obvia la gran desigualdad entre trabajador y empleador en las relaciones laborales. En suma, en escenarios de terminación con justa causa, ya que no procede indemnización, el empleador debería permitir el derecho de defensa del trabajador y no simplemente el derecho a ser escuchado.

# Karena Caselles Hernández Magistrada auxiliar Corte Constitucional de Colombia

La magistrada auxiliar inicia preguntándose ¿Cuál es el objetivo del trabajo? Y señala que es el mecanismo a través del cual se permite el acceso a otros derechos (el trabajo permite el acceso a derechos como vivienda, educación, cultura, etc.). Cuando se habla de despido, se está arrebatando la ciudadanía social del trabajador —el acceso a otros derechos—.

Continúa precisando que el artículo 33 de la Constitución Política cobra especial relevancia en este escenario, pues allí se prevé que toda actividad económica está permitida siempre que no vulnere el bien común. Ese bien común, en términos de trabajo, son reglas mínimas de ciudadanía. La relación laboral reproduce lo mismo que sucede en la sociedad, eso es lo que hace que haya una regulación compensatoria de esos derechos.

En consecuencia, cuando se está hablando de despido, los trabajadores están en condiciones de vulnerabilidad; por ejemplo, en los eventos en que las personas no están en condiciones de conseguir prontamente un nuevo trabajo. De ahí que el despido no es solo una norma fría, sino una cuestión de redistribución de riqueza social; el trabajo reproduce dinámicas sociales y de democracia. Si se tiene en cuenta que el empleador hace las reglas (aunque la Corte Constitucional, en la sentencia C 954 indicó que en la formulación de los reglamentos internos de trabajo se debe contar con la participación de los trabajadores, precisamente para disminuir este poder), las ejecuta y además juzga, podemos afirmar que concentra en sus manos las tres esferas del poder: legislativo, ejecutivo y judicial. Es por esto por lo que el juez debe procurar aminorar esa concentración de poder, a través del debido proceso. Por eso, a juicio de la oradora, todas las causales del Código Sustantivo del Trabajo requieren de la aplicación del debido proceso. Finaliza, señalando que la sentencia SU-449 de 2020<sup>5</sup> efectivamente desconoce los derechos sociales al basarse en un análisis propio del Derecho Privado. Las reglas del trabajo, en últimas, hablan de la salud de la democracia.

<sup>5</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-449 de 15 de octubre de 2020. magistrado ponente: Dr. Alejandro Linares. <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2020/SU449-20.htm>



**Iván Mauricio  
Lenis Gómez**  
Presidente de la  
Sala de Casación  
Laboral de la  
Corte Suprema de  
Justicia



**La complejidad de ese problema se materializa en que, al decir que el despido no es una sanción, le da la facultad al empleador de que, ante una falta cualquiera, se dé el despido.**



Inicia el magistrado precisando que las diferencias entre las Cortes en este escenario son muy sutiles. Considera que la Corte Constitucional no ha argumentado de manera clara la cuestión, de ahí que haya incurrido en problemas en casos específicos. Está de acuerdo con quienes afirman que nuestro Código Sustantivo del Trabajo no es muy democrático. El despido, a su juicio, es una sanción, pero la doctrina y jurisprudencia de los 90's lo diferenció de las sanciones disciplinarias, especialmente para aclarar que estas segundas tenían un proceso diferente del despido.

Continúa señalando que el despido entra en conflicto con los derechos fundamentales. La Corte Constitucional dio un primer paso y señaló que en todo contrato laboral está la condición resolutoria tácita, pero allí empieza otro problema porque cuando se incorpora una institución del Derecho Privado en el Derecho Laboral hay que tener sumo cuidado, pues responde a intereses diferentes. Por ejemplo, en el Derecho Civil se parte de la igualdad entre las partes, en el Derecho Laboral eso no necesariamente se da.

La condición resolutoria tácita permite reclamar una indemnización de quien incumplió; eso en la materia laboral no sucede, y no sucede, porque muchas de las justas causas que están consagradas en el artículo 62 no son incumplimiento.

La complejidad de ese problema se materializa en que, al decir que el despido no es una sanción, le da la facultad al empleador de que, ante una falta cualquiera, se dé el despido. En cambio, si se tratara como una sanción se impondría la consecución de los elementos y procedimientos propios de una sanción disciplinaria, pudiéndose incorporar que la sanción tiene que ser proporcionada, razonable; que la falta que se cometa tiene que ser grave, para ameritar el despido y garantizarle al trabajador los derechos de defensa y contradicción, el principio de inocencia, etc. Hay que superar la doctrina de que el despido no es una sanción.

Respecto al despido sin justa causa, la Corte Constitucional tiene una jurisprudencia muy sólida al respecto. No hay que tenerle miedo a esta figura, pues normativa y jurisprudencialmente tiene límites para evitar la arbitrariedad.

El Dr. Lenis cierra su intervención diciendo que es necesario revisar esa doctrina ya que la Corte Constitucional, contrario a proteger al trabajador que de seguro era su intención, terminó amplificando el poder de los empleadores para despedir.

**Antonio Lizarazo  
Ocampo**  
**(moderador)**  
Magistrado  
de la Corte  
Constitucional

**Tercer bloque de discusión: “El principio de la condición más beneficiosa en materia pensional”**

El moderador señala que la Corte Constitucional, a pesar de acoger la posición de la Corte Suprema de Justicia en lo que respecta al principio de condición más beneficiosa en materia pensional, hizo una salvedad para los eventos en que una persona no cumpla los requisitos de las semanas de cotización en los 3 años anteriores a su muerte previstos en la ley 797 del 2003, al establecer que sus beneficiarios pueden acceder a la pensión de sobrevivientes, siempre que, además de tener 300 semanas de aportes, se cumplan las siguientes condiciones del test de procedencia: (i) pertenecer a un grupo de especial protección constitucional o encontrarse en uno o varios supuestos de riesgo; (ii) tener afectación directa de la satisfacción de necesidades básicas; (iii) depender económicamente del causante antes de su fallecimiento; (iv) no haberle sido posible al afiliado continuar la cotización en el sistema de pensiones; y (v) la persona reclamante tuvo una actuación diligente al adelantar actuaciones administrativas o judiciales. La Corte Suprema de Justicia se apartó de esa posición en 2019.

El moderador eleva las siguientes preguntas: ¿cuáles son las consecuencias de apartarse de esta posición? ¿al apartarse, estaría la Corte Suprema de Justicia privilegiando los principios de sostenibilidad fiscal, legalidad y seguridad jurídica sobre el derecho fundamental a la seguridad social, mínimo vital y vida digna? ¿por qué son incompatibles los criterios de las Cortes sobre este tema?

**Karena Caselles  
Hernández**  
Magistrada  
auxiliar Corte  
Constitucional de  
Colombia

El derecho al trabajo se agotó en una dimensión, pues era insuficiente para darles garantía y cobertura a todos los trabajadores, por lo que nace el Derecho Social, que junta al derecho del trabajo con la seguridad social. La condición más beneficiosa está prevista en la Constitución Política, donde se prevé que la protección y los derechos de los trabajadores no pueden verse afectados por un cambio normativo.

La Corte Constitucional aplica la posibilidad de la ultraactividad de las pensiones. Esa, a juicio de la magistrada, es una decisión acertada; “si me van a cambiar las reglas, que sean progresivas para ampliar derechos, no para restringirlos”, dice.

En ese sentido, la Corte Constitucional aplica un análisis desde la progresividad, en lo que atañe a los derechos fundamentales. Lo propio en esos escenarios es que exista un tipo de aseguramiento. ¿No es mejor tener al mayor número de personas con recursos, pensionadas? Eso incide en disminuir la desigualdad.



La oradora afirma que, normalmente, la discusión que se presenta, en estos escenarios, es el relativo a la sostenibilidad fiscal; pero, al respecto —señala la magistrada— no hay datos. Las decisiones de la Corte Constitucional apelan a esa sostenibilidad fiscal, sin señalar si esas repercusiones son reales o imaginarias. Ahora, el Estado siempre va a tener que financiar: si no es a través de la pensión, tendrá que buscar otras alternativas. De ahí que existan muchos mecanismos que permitan la protección de derechos y, paralelamente, apelen a una cuestión de sostenibilidad fiscal.

## Natalia Ramírez Bustamante

### Directora del Departamento de Derecho Laboral de la Universidad de los Andes

La Corte Constitucional tendió a converger con la Corte Suprema de Justicia y, consecuentemente, restringió el derecho de acceso a la pensión de sobrevivientes y de invalidez, señaló la oradora. En algunas decisiones se rechazó la posición más garantista, que había adoptado como regla la aplicación de la condición más beneficiosa. La Corte Constitucional ha restringido esta posición y, precipitadamente, bajo la preocupación de que se iba a poner en peligro la sostenibilidad fiscal, devolvió su propio precedente.

No se ha hecho el estudio respecto de cuál es el verdadero impacto fiscal de la ultraactividad de las pensiones. En la sentencia SU-556 de 2019<sup>6</sup>, la Corte ajusta las reglas de la condición más beneficiosa en sede de tutela y adopta el test de procedibilidad o test de vulnerabilidad, creando una serie de reglas a través de la sentencia misma, ahora sí con déficit democrático. Además, eleva unas exigencias muy rígidas para el acceso a la acción de tutela en este contexto. La dra. Ramírez sugiere que sería interesante hacer una investigación sobre cuáles son los efectos que tienen esas medidas restrictivas en el acceso a la justicia.

<sup>6</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-556 de 20 de noviembre de 2019. magistrado ponente: Dr. Carlos Bernal Pulido. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/SU556-19.htm>

**Iván Mauricio  
Lenis Gómez**  
Presidente de la  
Sala de Casación  
Laboral de la  
Corte Suprema de  
Justicia



Continúa la oradora señalando que, Juan Felipe Parra, estudiante de doctorado que trabaja con ella, hizo un hallazgo llamativo: entre 2016 y 2021, la Corte Constitucional ha emitido 5 sentencias de unificación, cuyo eje ha sido la aplicación de condición más beneficiosa; en esas sentencias, todos los accionantes son hombres y las sobrevivientes todas son mujeres. Esto evidencia la cuestión sobre la brecha pensional y el impacto que tiene en la economía de cuidado y actividades domésticas.

El orador inicia señalando que no hay diferencias entre las cortes, frente a la plus ultraactividad. El problema es que la Corte Constitucional crea el test de procedencia y decide darles pensión a las personas más vulnerables; de ahí que, si bien la cuestión o el debate no es si darles o no pensión a las personas más vulnerables, pues es a lo que todos aspiran, esto no hacerse con los recursos del sistema general de pensiones, sino que debería salir del presupuesto general. Anota, como ejemplo, que la asistencia humanitaria o pensión para las víctimas del conflicto armado se financia del presupuesto general. Entonces, dice el magistrado, la Corte Constitucional cae en un error y hace una indebida relación entre los sistemas de los regímenes contributivo y no contributivo.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional desconoce las finalidades de las reformas pensionales. ¿Para qué hacer reformas si a través de jurisprudencia se va a volver a la norma de hace 30 años? Hoy en día la legislación se ha decantado por la pensión por convivencia para compañeras y conyugues, y por dependencia para padres, hijos o hermanos. En Europa hoy en día se está discutiendo si la pensión de sobreviviente se debe dar a personas que no son, ni eran dependientes del cotizante.

Es injusto que una persona haga las semanas que requiere y no vuelva a cotizar, frente a los que lo siguen haciendo. Antes de los 90 no había principio de solidaridad en el financiamiento. Esto se debe, justamente, a lo que realmente era justo. En el sistema actual la pensión de sobreviviente se basa en el criterio de tener una cotización activa.

Otro problema, según el Dr. Lenis, en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, es que, aunque ha habido regímenes de transición cuando hay cambios normativos, y aunque ahora ya no se reconocen pensiones de vejez por régimen de transición ya que este ya no está vigente, la teoría de la Corte Constitucional está dando —bajo condición más beneficiosa— pensiones de vejez por régimen de transición.

Finaliza el interviniente señalando que debería haber un diálogo entre la Corte Constitucional y el poder legislativo: la Corte debería exhortar al legislativo para que —normativamente— proteja a las personas vulnerables. Insiste en que está bien que la Corte les otorgue pensiones a las personas vulnerables, pero no de la manera en que lo está haciendo.



## Antonio Lizarazo Ocampo (moderador)

### Conclusiones generales del grupo de trabajo

El moderador señala que del debate surge la pregunta sobre el rol que el poder legislativo ha tenido frente a estos temas y en esta discusión.

Para concluir eleva la siguiente pregunta para que los invitados al grupo de trabajo concluyan su participación: ¿cuáles creen ustedes que deberían ser los mecanismos para deliberar mejor entre los jueces, con el objetivo de cumplir la tarea —que corresponde a la misión constitucional— de garantizar derechos y hacer cumplir la Constitución?

## Natalia Ramírez Bustamante Directora del Departamento de Derecho Laboral de la Universidad de los Andes

La profesora e investigadora inicia recordando la presentación de la Dra. Pardo al inicio de este Encuentro, en la que habló del ánimo dialógico entre jueces y dice que tal vez, —en principio— ese sea el camino. Añade que, a veces, se pierde la perspectiva sobre los complejos retos que este debate impone sobre el acceso a la justicia para los trabajadores; la existencia de una multiplicidad de precedentes posibles pero contradictorios, permite, básicamente, que unos ciudadanos logren la materialización de sus derechos, mientras que otros, en las mismas condiciones, no lo logran. Es decir, hay un problema en términos de igualdad y de acceso a la justicia.

A juicio de la dra. Ramírez dado que la Corte Constitucional interpreta las normas del del Código Sustantivo del Trabajo a la luz de los principios constitucionales, dicha interpretación debería ser vinculante para todos



**Karena Caselles  
Hernández**  
Magistrada  
auxiliar Corte  
Constitucional de  
Colombia

los jueces de la República. Sin embargo, como se ha visto en este grupo de trabajo y probablemente en los otros grupos se estén debatiendo circunstancias similares, esto no es así. Por lo tanto, invita a seguir dialogando sobre estos puntos en los que aún no hay acuerdo, y reconoce que es posible que con algunos de los argumentos esgrimidos en este grupo de trabajo, con este ejercicio dialógico, ya algo de eso se ha logrado.

La magistrada propone que el trabajo debe pensarse más allá de la norma y los laberintos de ella. Es necesario avanzar; el foro del legislativo también es necesario. La Corte Constitucional ya ha marcado la línea para garantizar los derechos de los trabajadores. El Ministerio tiene un llamado y una obligación de verificar la protección y garantía de los derechos. El Ejecutivo tiene un gran margen de acción en esto.

La Corte Constitucional, en general, sí ha ampliado el reconocimiento de derechos fundamentales a los trabajadores y también se debe reconocer que ha habido una simbiosis entre la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia. Es decir, sobre muchos temas se han aplicado precedentes y posiciones entre ambos órganos. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha impactado la de la Corte Constitucional. El diálogo debe ser en el marco de los procesos; se puede materializar en procesos de tutela y en las sentencias de unificación; Así, si la Corte Suprema de Justicia quiere sentar su posición o procura mutar la de la Corte Constitucional, es preciso que lo haga en el proceso mismo.

Gómez

de la Sala de Casa  
la Corte Suprema



**Iván Mauricio  
Lenis Gómez**  
Presidente de la  
Sala de Casación  
Laboral de la  
Corte Suprema de  
Justicia

El Dr. Lenis señala que está de acuerdo con lo planteado por sus antecesoras. Las diferencias entre las posiciones de las Cortes son muy pocas, pues se han nutrido entre sí en varios temas. Por ejemplo: (i) ineficacia del traslado del régimen pensional; (ii) sumatoria de tiempos y (iii) pensiones de invalidez de los jóvenes. En suma, hay muy pocas diferencias.

Finaliza el orador señalando que una de las grandes transformaciones de la Constitución de 1991 fue la creación de una Corte Constitucional y la acción de tutela. La preocupación no puede ser que se interpongan muchas acciones de tutela, sino que se vulneren mucho los derechos fundamentales. Respecto de la tutela contra providencias judiciales, es una herramienta útil y necesaria, siempre que se utilice en el marco de las dos causales precisadas en la jurisprudencia que le dan lugar: (i) debido proceso; (ii) vía de hecho. Sobre este punto, la jurisprudencia de la Corte Constitucional es fenomenal, pero tiene un problema sobre la flexibilización de los requisitos para admitir la tutela contra providencia judicial. La intuición es que la flexibilización de los requisitos es lo que está llevando —justamente— a estas problemáticas.

Por lo demás, los escenarios de diálogo son ideales para encontrar los mejores argumentos para solucionar las problemáticas.

# La constitucionalización del Derecho Penal



## Magistrado José Fernando Reyes Cuartas (moderador)

Abogado de la Universidad de Caldas, egresado en 1987 del programa de Estudios Penales (1987 y 1994) de la misma universidad. Realizó cursos de Doctorado en Derecho Penal y Derechos humanos en la Universidad de Salamanca (España) entre 1994–1995 (titulación en curso). Desarrolló un Diplomado en Hermenéutica Jurídica de la Universidad del Rosario y la Universidad de Manizales (1999). Ha sido procurador delegado para la Moralidad Pública (2001–2004) y magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Manizales (2004–2017). Se ha desempeñado como docente de Derecho Penal y constitucional en la Universidad de Caldas y derecho disciplinario en la Universidad Externado de Colombia (desde 2002). Del mismo modo, ha sido catedrático en programas de posgrado en la Universidad del Norte, Universidad Santo Tomás, Universidad de Caldas, entre otras. Actualmente es Magistrado de la Corte Constitucional de Colombia.



## Gloria Ligia Castaño Duque

Abogada de la Universidad de Caldas y magíster en Criminología de la Universidad Santiago de Cali, especialista en Derecho Financiero de la Universidad del Rosario. Inició su trabajo en la Rama Judicial en el año 1987. Tras desempeñarse como juez promiscuo municipal, juez penal municipal, juez de instrucción penal aduanera, de instrucción criminal y fiscal delegada ante los Juzgados Penales del Circuito de Cali, fue nombrada como magistrada del Tribunal Superior de Buga, en el Tribunal Superior de Cali, y en el distrito de Manizales a partir del año 2005. Ha sido formadora de la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Es autora del libro “El delito de usura frente al régimen legal de intereses vigente en Colombia”. Actualmente se desempeña como magistrada de la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales.



## Myriam Ávila Roldán

Abogada especialista en Derecho Penal de la Universidad Nacional de Colombia y doctora en Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Cuenta con una amplia experiencia profesional en la Rama Judicial y el Ministerio Público, en cargos como: procuradora delegada para la investigación penal, magistrada auxiliar y encargada de la Corte Constitucional, defensora pública del Ministerio de Justicia, consultora de la fiscalía general de la Nación y directora nacional de Recursos y Acciones Judiciales de la Defensoría del Pueblo. Directora de especialización y docente de la Universidad Nacional, en las cátedras de Protección de Derechos humanos, Derecho Penal Constitucional, Derecho Penal Internacional, Derecho Penal Especial y Tendencias Contemporáneas del Derecho Penal. Ha publicado libros y artículos académicos sobre la tutela, los crímenes de guerra en el Código Penal y la adecuación del derecho interno a los estatutos de la Corte Penal Internacional, entre otros temas. Actualmente es Magistrada de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia.



## Yesid Reyes Alvarado

Doctor en Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, magíster en Ciencias Penales, Criminológicas y Criminalísticas de la Universidad Externado de Colombia, y especialista en Ciencias Penales y en Criminología de la misma Universidad. Es abogado externadista. Durante su larga trayectoria profesional se ha desempeñado como ministro de Justicia y del Derecho, conjuce de la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo Superior de la Judicatura y del Tribunal Superior de Bogotá. Ha sido columnista y comentarista en medios de comunicación, y abogado litigante. Actualmente es director del área de Derecho Penal de la Universidad Externado de Colombia.



## Ricardo Posada Maya

Doctor y DEA en Derecho de la Universidad de Salamanca (España), especialista en Derecho Penal de la Universidad de Antioquia y abogado de la Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín. Profesor asociado del área de Derecho Penal, procesal penal y criminología de la Facultad de Derecho en la Universidad de los Andes, director del Grupo de investigación en Derecho Penal y Justicia Transicional: “Cesare Beccaria”. Es miembro del grupo de investigación GECTI de la Universidad de los Andes, del Observatorio de Criminalidad Organizada Transnacional de la Universidad de Salamanca (España) y del Instituto di Studi Penalistici “Alimena” del Centro de Investigación Interdepartamental de la Universidad de Calabria (Italia). Actualmente es Conjuce de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y profesor de la Universidad de los Andes.

## RESUMEN EJECUTIVO

El grupo de trabajo desarrolló una serie de reflexiones críticas en torno al fenómeno de la constitucionalización del Derecho Penal; cuestión que ha abordado el área penal desde distintos puntos. En primer lugar, el interviniente Ricardo Posada centró su participación en cómo el fenómeno de constitucionalización ha permeado la política criminal. Sin embargo, hizo énfasis en que la política criminal en Colombia sigue adoleciendo de rigurosidad y orden, en tanto responde —comúnmente— a pulsiones políticas de turno. Posteriormente, Gloria Castaño hizo un análisis sobre las penas y su incidencia real en la disminución de los contextos delictivos mencionando que la metodología de imposición de penas está caracterizada por una aproximación netamente retributiva la cual no facilita ni garantiza la verdadera solución a la problemática sobre la seguridad y la delincuencia.

Acto seguido, Myriam Roldán puso en discusión la manera en que el recurso extraordinario de casación ha mutado y se ha adaptado a partir del desarrollo del Derecho Constitucional y su capacidad de permear todas las áreas del Derecho en el ordenamiento jurídico. Finalmente, Yesid Reyes abordó la importante cuestión sobre las medidas de aseguramiento, sus límites, el desarrollo constitucional que ha nacido de la jurisprudencia de la Corte para señalar cuáles son los criterios de aplicación y, cómo el control de convencionalidad y los estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, han influido en la adopción de esas características y parámetros en el Derecho Interno.

**José Fernando  
Reyes Cuartas  
(moderador)**  
Magistrado  
de la Corte  
Constitucional

El doctor Reyes Cuartas inauguró el grupo de trabajo presentando a los participantes y agradeciendo la organización del espacio de discusión alrededor de la constitucionalización del Derecho Penal. Señaló 4 ejes principales a saber que permitieron orientar las reflexiones:

(i) Intervención del Dr. Ricardo Posada Amaya quien abordó la cuestión sobre el principio de proporcionalidad y la política criminal; (ii) Participación de la Dra. Gloria Castaño Duque quien presentó sus consideraciones sobre el populismo punitivo y control para el efecto que ejerce la jurisdicción constitucional; (iii) La Dra. Myriam Ávila desarrolló la cuestión sobre la dimensión constitucional del recurso de casación y (iii) El Dr. Yesid Reyes Alvarado presentó el estándar de valoración a considerar para la privación de la libertad.



## La pregunta central refiere a cómo la dignidad humana orienta el Derecho Penal y el Derecho Constitucional.



Dado lo anterior, se propuso dar preámbulo con la constitucionalización del Derecho Penal en Colombia. Para tal fin, el moderador propuso una idea que permita reconciliar todos los frentes y que ha sido respaldada por Francis Fukuyama. El moderador señaló que el ideal liberal “libertad cuanta sea posible y restricción no más de la que sea necesaria”, compagina con la teoría del Estado de Rousseau, y reivindica toda la teoría liberal de los siglos XVII en adelante. Esta teoría —prevé— aunque está bien escrita en los libros, no está sintonizada adecuadamente en la realidad. Particularmente en lo que respecta a que, en teoría, la ley penal es última *ratio*, no obstante, en la realidad es primera *ratio*.

En ese sentido, el Dr. Reyes Cuartas, señaló el cómo puede procederse para que —efectivamente— la Constitución y la Corte Constitucional sean las protagonistas en la apuesta y el Derecho Penal esté al servicio del Estado. Además, señaló que la pregunta central refiere a cómo la dignidad humana orienta el Derecho Penal y el Derecho Constitucional. Así mismo, enfatizó en que el Derecho Penal es el maximizador del principio de dignidad humana. Con ello, el moderador señaló que el reciente trabajo de la Corte Constitucional en materia de las leyes penales, ha cumplido un trabajo significativo para los académicos, y ha llevado a la Corte a utilizar el principio de dignidad humana como eje axial de su ejercicio.

## Intervención de Ricardo Posada Maya Conjuez de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia

El orador en mención dialogó en torno a la política criminal y el principio de proporcionalidad. Precisó que la política criminal es un conjunto de herramientas que permiten mejorar la gestión del conflicto social y el Derecho Penal es un mecanismo de control social. Así mismo, señaló que la política criminal permite racionalizar la respuesta del Estado como pena a través de medida de seguridad, y justificar la violencia del estado como una puesta de ese conjunto de situaciones que representan el crimen. En suma, la política criminal permite mejorar la aplicación del Derecho Penal, y proteger los bienes jurídicos.

Se añadió que la pena es una restricción de derechos pues, al ver la pena como una restricción de derechos, se puede entender el principio de proporcionalidad como el intermedio entre la protección de los bienes jurídicos y la sanción por su vulneración —utilizado para evitar la comisión de futuros crímenes—. Ahora bien, el orador continuó precisando que ese concepto de proporcionalidad como medida de la sanción parte de la equivalencia de restricciones que tiene como base la gravedad relativa del injusto y la culpabilidad del autor. Ello ha sido tratado por la Corte Constitucional desde sus primeras sentencias, especialmente la T-015 de 1994<sup>1</sup>

A razón de lo anterior, suscitó la siguiente pregunta: ¿por qué es importante la política criminal? La política criminal cobra especial importancia, pues es

<sup>1</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-015 de 25 de enero de 1994. Magistrado ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/T-015-94.htm>

“  
**A través de los escándalos públicos, la política criminal refleja la polarización de los medios de comunicación.**  
”

<sup>2</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-388 de 26 de junio de 2015. Magistrado ponente: Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2015/T-388-15.htm>

<sup>3</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-294 de 2 de septiembre de 2021. Magistrada ponente: Dra. Cristina Pardo Schlesinger. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2021/C-294-21.htm>

la herramienta que permite diseñar de manera adecuada los delitos y los medios de restricción constitucionalmente admisibles del Derecho Penal. Según el ponente, en los últimos años se ha implementado una idea de prevención aunada a la exacerbación de la retribución como venganza social. Afirmó que Colombia no ha logrado construir un sistema de política criminal que ajuste el Derecho Penal en términos de proporcionalidad para generar un control adecuado de los derechos. Es decir, lo que no se ha podido hacer es evitar que el Derecho Penal se convierta en un instrumento de moralización, en un instrumento político.

Respecto a ello, el Derecho Penal está totalmente politizado, coyuntural y reactivo. Lo anterior —precisó— fue señalado por la Corte Constitucional en la sentencia T-388 de 2015<sup>2</sup>, cuando plantea el ECI y habla de la política criminal. Enfatizó en que en Colombia no hay una política criminal democrática, pues está enfrascada en un Derecho Penal que elimina mecanismos de solución de conflicto, altamente alterado, anti garantista y por fuera de los marcos de la Constitución de Colombia.

A través de los escándalos públicos, la política criminal refleja la polarización de los medios de comunicación. En efecto, en los últimos 22 años el Código Penal ha sido reformado más de 80 veces, esa —señaló el Doctor Posada— fue una discusión perdida por los penalistas, quienes siempre han reclamado que la ley penal debe ser leyes estatutarias y no ordinarias, para que se dificulte el ejercicio deliberado de creación de leyes penales que respondan a voluntades políticas. En ese orden, se espera que las leyes penales, que tienen como núcleo la restricción de derechos fundamentales, no sean leyes estatutarias, pues ello ha propiciado —justamente— que el Código Penal se haya reformado 80 veces.

Bajo estas premisas, la proporcionalidad que se ha pensado desde la perspectiva de la restricción de derechos, siempre se ha dado bajo una



idea como límite material de la restricción de derechos fundamental. No obstante, la pregunta central debería ser si ha contribuido a disminuir la criminalidad. El ponente enunció una negativa y precisó que La Corte ha hecho valer ese respeto por la dignidad humana, especialmente en la Sentencia C-294 de 2021<sup>3</sup> referida a la prisión perpetua.

Atendiendo a las premisas anteriores, el ponente finalizó su intervención señalando que, tras 250 años, la política criminal ha consistido en aumentar delitos y penas, así como disminuir beneficios y generar normas penales ineficaces. Las normas —que en el papel no representan grandes alteraciones a los derechos fundamentales— sí lo hacen en el ámbito de la aplicación completa de los jueces, lo que genera que, todo el discurso constitucional relegue los problemas técnicos a los jueces penales. Por ello, se concluyó que el control de constitucionalidad en abstracto no restringe el libre ejercicio del legislador, toda vez que estos le apuestan al control de la Corte Constitucional y utilizan el sistema para garantizar sus réditos políticos.

## Intervención de Gloria Ligia Castaño

Magistrada de la  
Sala de Decisión  
Penal del Tribunal  
Superior del  
Distrito Judicial de  
Manizales

La ponente inició su presentación señalando que las cárceles son un instrumento de segregación social. A su juicio, la delincuencia se ha erigido en la sociedad como una oportunidad única, pues es claro que el crimen tiene una marcada relación con la escasez de recursos y la falta de oportunidades. Lo anterior ha sido objeto de investigaciones que han puesto de presente cómo el aumento del PIB genera —automáticamente— un decrecimiento de la criminalidad; es decir, la generación de oportunidades, permite que los habitantes de una sociedad tengan una proyección distinta que les permita elegir libremente y, las elecciones suelen no ser no ser las de la criminalidad.

En palabras de Castaño, hay una suerte de criminalización de la pobreza, pues “la mera observación de la realidad nos muestra que los sectores sociales, que se encuentran criminalizados son en su amplia mayoría destruidos por las políticas de Estado”. En suma, los pobres se enfrentan a un panorama sombrío y hostil, pues la delincuencia no está siendo abordada con enfoque social. A razón de ello, enunció que los problemas económicos y sociales han procurado ser resueltos desde la norma penal, lo que ha dificultado enormemente la disminución real de la criminalidad, luego entonces el actuar coyuntural del legislador responde a expresiones de populismo punitivo. Este fenómeno hace que el procesamiento penal en la práctica sea sumamente difícil, ya que las normas están previstas para no conceder rebajas de pena, ni algún tipo de beneficios.

La ponente mencionó que existe un expansionismo del Derecho Penal, cuestión que se acentúa por la falta de una política criminal seria y contextual, que ha endiosado a la pena retributiva como la única forma de



“  
**En efecto, el populismo punitivo se materializa en las promesas políticas que se hacen en campaña respecto a la metodología con la que se aborda el fenómeno criminal.**

”

tratar la delincuencia. En suma, persiste un ambiente social de dificultad, temor, oídos cerrados y propaganda populista con el que se alivia el sentimiento colectivo de inseguridad ciudadana, pero que no resuelve de fondo el problema.

En efecto, el populismo punitivo se materializa en las promesas políticas que se hacen en campaña respecto a la metodología con la que se aborda el fenómeno criminal. Por lo tanto, se señaló que es muy importante que la Rama Judicial asuma una postura autocrítica y cuestione las prácticas que abogan por la inquisición penal. En este orden, hay escenarios en la administración de justicia en los que el análisis de culpabilidad no tiene un enfoque humanista, muchas veces la operatividad de la policía judicial y la Fiscalía está enmarcada en el cumplimiento indiscriminado de estándares y estadísticas. Este, a su juicio, no es un problema de la ley, sino del abordaje jurídico.

Por lo anterior, la ponente finalizó manifestando que la actividad judicial no debería obedecer al cumplimiento de metas estadísticas. Aunque es importante tener directrices administrativas, circunscribir el ejercicio judicial a ello representa sendas problemáticas en materia de judicialización, pues muchas veces se investiga y judicializa por la búsqueda de cumplimiento de indicadores. Lo anterior genera despropósitos en la judicialización de determinadas actividades delictivas aunado a la presión que los jueces atraviesan con respecto a las posibles acciones disciplinarias en su contra y que genera que los servidores judiciales actúen de manera imparcial. Así pues, el populismo punitivo requiere concebirse desde diferentes esferas: desde el área legislativa y su proyección normativa y, desde el ejercicio judicial propiamente dicho. En conclusión, es preciso que se apueste por metodologías y normas penales que se basen en la dignidad humana y la protección de los derechos fundamentales.



## Myriam Ávila Roldán

Magistrada de la  
Sala de Casación  
Penal de la Corte  
Suprema de  
Justicia



**En lo que  
respecta a la  
metodología de  
interpretación de  
la voluntad del  
legislador, se ha  
tenido como foco,  
el fortalecimiento  
de las garantías  
del sistema de  
procesamiento,  
y la concepción  
de los derechos  
de las víctimas.**



La ponente inició su intervención reflexionando sobre las posibilidades de interrelación entre el ejercicio penal y la constitucionalización como fenómeno que, en últimas, apuesta por la protección y supremacía de los derechos fundamentales al momento de ejercer cualquier función. En consecuencia, uno de los objetivos principales del Constituyente en 1991 está orientado a que todos los jueces a nivel nacional sean garantes de derechos fundamentales.

Una vez señalado lo anterior, Roldán precisó su interés de proponer que el recurso extraordinario de casación, excesivamente formal por su naturaleza, está encaminado a la protección de los derechos, siempre respetando y defendiendo la norma y el Estado de Derecho. No obstante, resaltó que, a la fecha, es un recurso que busca la máxima garantía de los derechos fundamentales. Respecto a ello, la Constitución de 1991 ha tenido un impacto significativo que se puede materializar en la transformación del concepto de Derecho tal como se conocía; los estándares internacionales vinculantes; y la consagración de estos mecanismos dentro de la escala de fuentes del Derecho. No obstante, esto ha repercutido en la manera en que el recurso de casación se ha configurado como un escenario para garantizar la supremacía del derecho fundamental.

Respecto a lo anterior, la ponente señaló que, en la dogmática jurídico penal, el fenómeno de constitucionalización ha repercutido fuertemente. En lo que respecta a la metodología de interpretación de la voluntad del legislador, se ha tenido como foco, el fortalecimiento de las garantías del sistema de procesamiento, y también la concepción de los derechos de las víctimas. A parecer particular, ello ha constituido una progresiva adopción de estándares internacionales en el reconocimiento de los derechos de las víctimas y ha supuesto una reflexión alrededor del sistema penal que gira en torno a dos ejes fundamentales:

- Es precisa la reconfiguración del proceso penal a partir del reconocimiento de los derechos de las víctimas y los estándares internacionales.
- Cuestionamientos en torno a qué posibilidades ofrece la constitución en materia de justicia. A juicio de la ponente, el artículo 9 de la Constitución ha llevado a desarrollos analíticos muy importantes, sobre la prueba ilícita, y la prueba ilegal. Esto ha sido muy fructífero en los juicios penales y en lo que atañe a los derechos de las personas privadas de la libertad.

Con base en lo anterior, la interviniente precisó que la consecuencia obvia de los análisis antedichos era la declaración del ECI en los sitios de reclusión permanente y los sitios de reclusión transitorios; cuestión que cobra importancia en el Derecho Penal no solo por la garantía de derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad, sino por las reflexiones de castigo y la posibilidad de pensar en penas alternativas.



Una vez la oradora esbozó el contexto anterior, retornó al tema principal relativo al recurso de casación. La cláusula del artículo 128 de la Constitución que establece la prevalencia del derecho sustancial sobre el derecho formal, ha tenido un impacto en el desarrollo de este mecanismo. Aunque al principio este recurso estaba previsto para unificar jurisprudencia, ha ido ampliando su objetivo y consecuencias por la injerencia del Derecho Constitucional en el Derecho Penal.

Se señaló que hay un segundo escenario que amplía ese recurso: haber establecido unos fines de contenido sustantivo para liberar el recurso de casación, lo anterior, en tanto este recurso puede tener la vocación de proteger y hacer efectivo un derecho material y buscar la eficiencia de garantías del proceso penal, levantar injusticias en el marco de recursos penales. De ahí que, sea posible señalar que hay un recurso de casación mucho más amplio que en el pasado.

Luego de lo anterior, se abordó un tema relacionado con los derechos de las mujeres y el enfoque de género. Esta perspectiva que busca incorporarse en el análisis de los jueces ha sido aplicada en diferentes providencias en el plano de la víctima de los delitos, especialmente, las víctimas de violencias. En este caso, el análisis de Corte es totalmente novedoso, pues se analizan los derechos de las mujeres con enfoque de género, pero en relación con la infractora, cuestión que le ha permitido impartir penas que consideren el enfoque de género y sean omnicomprensivas con ese rol dentro de la sociedad. La oradora destacó un segundo caso en el que se puede observar el fenómeno de interrelación entre el Derecho Constitucional y el recurso de casación: el ámbito del pluralismo jurídico.

## Yesid Reyes Alvarado

Director del área  
de Derecho Penal  
de la Universidad  
Externado de  
Colombia

“  
**La Corte ha  
sido enfática  
en precisar que  
la imposición  
de medidas de  
aseguramiento  
debe ser  
proporcional.**  
”

El ponente inició su intervención afirmando que la constitucionalización del Derecho Penal ha supuesto la adopción de la creencia general de la importancia que reviste el Derecho Constitucional en todas las áreas jurídicas. En lo que atañe al tema en cuestión sobre la restricción de la libertad, la Corte Constitucional y los principios constitucionales han influido considerablemente en la figura de la prisión preventiva. Haciendo uso del control de convencionalidad, la Corte Constitucional ha traído referencias y estándares internacionales para proteger y disminuir el mal uso de esta figura.

La Corte Constitucional ha insistido en la necesidad de diferenciar qué es una detención preventiva y se ha ocupado en establecer los principios que debería regir en la aplicación de las medidas de aseguramiento, pero específicamente a la detención preventiva. Dentro de ellos se encuentra el proyecto de reserva legal, conforme al cual solamente el legislador puede decir cuáles son las causas por las que se puede imponer una medida de prisión preventiva, cuáles son los estándares probatorios o los parámetros que deben seguir para que se aplique ese aseguramiento preventivo.

No obstante —precisó el interviniente—, hay excepciones a la regla. En lo que refiere al periodo de pandemia y a través de decretos legislativos se reguló la prisión preventiva y pena domiciliaria. Al respecto, el Decreto 247 de 2020, tenía la particularidad de haber hecho más restrictiva la prisión domiciliaria, incluso, en detrimento del principio penal general. En función de ello, Reyes señaló que la corte prevé que sólo los jueces pueden imponer medidas de aseguramiento, que deberían ser excepcionales por la restricción a la libertad individual que supone su imposición. Al ser un tema tan relevante en materia de derechos fundamentales, Reyes señaló que la Corte ha sido enfática en precisar que la imposición de medidas de aseguramiento debe ser proporcional. De ahí la importancia de preguntarse: ¿qué se quiere proteger y qué derechos se afectan en la protección o imposición de la detención preventiva?

Paralelamente, hay que cuestionarse: ¿cuál es la verdadera necesidad de la medida de aseguramiento? El interviniente señaló que la Corte ha tomado decisiones tales como asumir que el propósito de la medida de aseguramiento, consistía en “asegurar la comparecencia de los infractores frente a la ley”. Frente a ello, la Corte señaló que la Fiscalía debe garantizar y priorizar la medida de aseguramiento en escenarios de protección a los testigos. En consecuencia, la Corte Constitucional ha ampliado enormemente la medida de aseguramiento que ha generado una enorme preocupación por la seguridad de las personas.

## Intervenciones finales

- La magistrada Castaño manifestó que el incremento de penas más rigurosas, no necesariamente supone una disminución del fenómeno delictivo. Precisó que los Estados que tienen penas de muerte, no necesariamente son aquellos en los que hay menos comisión de delitos. Concluyó que la decisión del legislador de ejercer su función desde el populismo punitivo es un error pues, tal como lo decía Zaffaroni, solo temen a las penas quienes no están incurso en contextos delictivos, pues —tal como lo señala el autor— los delincuentes ven la prisión como una suerte de accidente de trabajo.
- El conuez Posada Maya señaló que las penas perpetuas ya existen en Colombia. Este es el caso de la pena de ejercicio de derechos políticos. Así pues, hay un desequilibrio coyuntural donde el legislador no posee ejercicio autónomo y amplio de legislar. Actualmente, el único obstáculo de este órgano es el control de constitucionalidad y, por tanto, resulta importante garantizar la independencia judicial y proteger a los jueces en su ejercicio. Es preciso tener un nuevo Código Penal garantista con la realidad.
- La Dra. Ávila Roldán señaló que el modelo de justicia restaurativa está puesto en la mesa como una alternativa válida. Añadió que desde la actividad judicial cobran importancia los subrogados penales como métodos para morigerar la imposición desmedida de las penas. A su juicio, la Corte Suprema de Justicia ha esbozado sendas directrices a los jueces para imponer penas desde la dignidad humana y la protección de los derechos fundamentales con miras a evitar la imposición de penas desmesuradas.
- A razón de lo anterior, Yesid Reyes afirmó que lo anterior solo demuestra el desorden de la política criminal, pues la estructura actual del Código Penal no responde a una imposición de penas mayores a los delitos más graves. Esto —a su juicio— responde también a la cantidad de reformas al código penal y la consecuente imposibilidad de revisar con juicio cada una de las proposiciones de cambio que se presentan anualmente.

# La constitucionalización del Derecho Administrativo



## Magistrado Luis Javier Moreno Ortiz (Moderador)

Magistrado auxiliar de la Corte Constitucional, abogado y licenciado en Filosofía y Humanidades de la Universidad Sergio Arboleda. Doctor y magíster en Derecho de la misma institución superior, y especialista en Derecho Administrativo del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Se ha desempeñado como procurador auxiliar para Asuntos Constitucionales y asistente de presidencia de la Academia Colombiana de Jurisprudencia. Actualmente, ejerce como magistrado auxiliar de la Corte Constitucional en el despacho del magistrado Jorge Enrique Ibáñez Najar.



## Stella Conto Díaz de Castillo

Exmagistrada de la Sección Tercera del Consejo de Estado, abogada de la Universidad del Rosario con especialización en docencia universitaria de la misma institución superior. Es especialista en Derecho de Seguros de la Universidad Javeriana y en Derecho Comercial de la Universidad de los Andes con estudios de maestría en responsabilidad civil, contractual, extracontractual y del Estado. Se ha desempeñado como magistrada del Consejo de Estado, magistrada auxiliar de la Corte Constitucional y de la Sala de Consulta del Consejo de Estado, juez civil municipal y del circuito y directora del área de Derecho Civil y del consultorio jurídico de la Universidad del Rosario. Conferencista en eventos nacionales e internacionales en las materias de su especialidad. Exintegrante de la Comisión de Género de la Rama Judicial y conferencista en derechos humanos con énfasis en asuntos de justicia, equidad y no discriminación.



## Jaime Orlando Santofimio Gamboa

Exmagistrado de la Sección Tercera del Consejo de Estado Postdoctorado en Derecho de las Universidades Carlos III de Madrid y del Externado de Colombia, doctor en Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid, magíster en Gobierno Municipal y especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia. También cuenta con una especialización en Administración Pública del Instituto Brasileño de Administración Municipal (IBAM). Es abogado externadista y ha sido magistrado de la Sección Tercera del Consejo de Estado y conjuez de la misma Corporación y del Tribunal de Cundinamarca, árbitro de los Centros de Arbitraje y Conciliación de las Cámaras de Comercio de Bogotá, Tunja y Cartagena. Profesor e investigador invitado del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México y de la Universidad Carlos III de Madrid, y docente en diferentes universidades de Colombia, Ecuador, Panamá, Santo Domingo, Perú y México. Autor de varias obras como el Tratado de Derecho Administrativo y el Control de Convencionalidad y Responsabilidad del Estado, y de más de 50 artículos publicados en revistas nacionales y extranjeras especializadas.



## Maximiliano Aramburo Calle

Presidente del Instituto Colombiano de Responsabilidad Civil y del Estado. Abogado egresado de la Universidad Pontificia Bolivariana; especialista en Responsabilidad Civil y Seguros de la Universidad Eafit; especialista en Derecho Penal de la Universidad Eafit; especialista y máster en Argumentación Jurídica de la Universidad de Alicante (España); Doctor (PhD) en Derecho de la Universidad de Alicante (España). Ha sido profesor de cursos de pregrado, diplomado y posgrado (especialización y maestría) en las universidades Pontificia Bolivariana, Andes, Nacional de Colombia, del Norte, de La Sabana, Sergio Arboleda, de Nariño, de Caldas, Libre, de Antioquia, Eafit y Externado. Actualmente, es profesor de la Universidad Pontificia Bolivariana, árbitro de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia y conjuez de los tribunales superiores de Medellín y Antioquia; presidente del Instituto Colombiano de Responsabilidad Civil y del Estado y presidente del Colegio de Abogados de Medellín.

## RESUMEN EJECUTIVO

En el presente grupo de trabajo se discutió en torno a tres grandes temáticas con relación a la constitucionalización del Derecho Administrativo:

- a. La acción pública de inconstitucionalidad y la dinámica de constitucionalización del Derecho Administrativo y los desafíos y limitaciones de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado.
- b. La caducidad de las acciones administrativas en los asuntos que involucran delitos de lesa humanidad.
- c. La responsabilidad del estado en materia de designación justa de la libertad a la luz a del Derecho Penal, Derecho de Responsabilidad y del Derecho.

**Stella Conto  
Díaz de Castillo**  
Exmagistrada de  
la Sección Tercera  
del Consejo de  
Estado



**el positivismo  
legal es ahora  
un “judicialismo”  
constitucional.**



La Doctora Stella Conto comenzó su participación afirmando que la constitucionalización del Derecho Administrativo se centra en la fuerza normativa de la Constitución y en la separación de poderes en un estado de derecho. Esa separación está dirigida a limitar las competencias institucionales, así como de articular las mismas. Ahora bien, esas limitaciones o parámetros son traducciones de las disposiciones constitucionales que garantizan la materialización de los derechos de los particulares. En ese orden de ideas, la doctora señaló que esa constitucionalización del Derecho Administrativo requiere de la judicialización y la judicialización supone el reconocimiento de una jurisdicción constitucional ampliada en la que participan todos los jueces y magistrados, funcionarios que están vinculados con el convencimiento de la bondad y con el compromiso de atender o cumplir las orientaciones de los tribunales constitucionales. Ahora bien, dicho cumplimiento no se debe a un carácter de autoridad, si no a una fidelidad del ordenamiento constitucional y con la posibilidad de que ese juez pueda realizar el derecho que le ha sido designado resolver.

Por lo tanto, dada la prerrogativa de los tribunales constitucionales, la Doctora Conto manifestó que es necesario preguntarse si esa prerrogativa coincide con la reconocida a la rama legislativa. En otras palabras, el positivismo legal es ahora un “judicialismo” constitucional. En ese sentido, es necesario indicar que un Estado no tiene un solo lector o un solo gestor de los ideales colectivos, una sola voz frente a las tradiciones, las creencias culturales, sociales y religiosas ya que en el origen del estado de derecho tuvo que ver la reconstrucción del estado, que buscó la similitud de las monarquías absolutistas, es decir, el estado de derecho renunció





**1** Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-036 de 9 de octubre de 1997. magistrado ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/C-036-97.htm>

**2** Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-355 de 27 de agosto de 2020. magistrado ponente: Dra. Gloria Stella Ortiz Delgado. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/SU355-20.htm>

**3** Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-355 de 27 de agosto de 2020. magistrado ponente: Dra. Gloria Stella Ortiz Delgado. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/SU355-20.htm>

a esos ideales y adoptó autoritarismos y fundamentalismo que negaron principios, ahora, desde la comunidad internacional se pretende corregir esos mencionados ideales. Así mismo, la Doctora Conto señaló que el estado social de derecho está dirigido a corregir los contras que tienen que ver con el autoritarismo, es así que la Constitución llama a la realización del orden pacífico, justo y sin una sola voz. Lo anterior, es un reto toda vez que hay que realizar un ejercicio de autocontrol al ejercicio del poder.

Ahora bien, Stella Conto afirmó que es cierto que los tribunales constitucionales tienen la última palabra, pero hay que tener cuidado con esa premisa puesto que dichos tribunales no tienen una única verdad. Así pues, con relación a la sentencia C-036 de 1997, la Corte Constitucional<sup>1</sup> distinguió lo que era la jurisdicción constitucional desde el punto de vista funcional en la cual ella está en la cabeza y por debajo participan todos los jueces de Colombia. Sin embargo, en ese momento la Corte no mencionó nada de fondo respecto al Consejo de Estado, solo que tenía una función constitucional de carácter residual. No obstante, el Artículo 237 de la Constitución indica que el Consejo de Estado es la suprema autoridad del ejercicio del poder, y esta corporación dentro de sus facultades tiene una facultad constitucional ya que resuelve la constitucionalidad de los actos políticos de naturaleza y origen administrativo.

De otro lado, Stella Conto señaló que la Corte Constitucional sí tiene unas facultades más amplias que el Consejo de Estado, pues es el juez de actos políticos con alcances constituciones, convencionales y legales sin importar su origen, pero esas competencias implican que sean articuladas y no que estén en forma de jerarquía, por ejemplo, el juez de naturaleza administrativa es la sala plena del Consejo de Estado. Con lo anterior, la doctora Conto trajo a colación la sentencia SU-355 de 2020<sup>2</sup> en la que la Corte Constitucional desconoció que un acto administrativo emitido por el Consejo Superior de la Judicatura en el que reguló una convocatoria pública, fuera declarado nulo por el Consejo de Estado, y la Doctora Stella dijo no estar de acuerdo ya que la declaración de nulidad fue en virtud de las competencias constitucionales del Consejo de Estado, por lo que la Corte Constitucional extralimitó su ejercicio de control de poder y esto tiene que ser de advertencia tratándose de un órgano de cierre y de autoridad.

Ahora bien, con relación a esas extralimitaciones, la ponente señaló que debe haber un diálogo que no necesariamente sea extraprocesal, pues puede ser dentro del proceso mismo, por ejemplo, en el caso de la sentencia SU-355 DE 2020<sup>3</sup> le correspondía a la Corte Constitucional escuchar ya que en ese caso su facultad era discrecional, y el Derecho Administrativo enseña que la función discrecional está sometida a estricto rigor y exceso de control cuando se trata de un órgano de cierre. En ese orden de ideas, la Corte Constitucional tiene funciones discrecionales para la selección



de decisiones de tutela, para catalogar y desarrollar los derechos fundamentales y para determinar cuando hay procedencia de una tutela contra providencias judiciales.

Ahora bien, en el caso de la sentencia anterior, la Doctora Conto se preguntó: ¿cuál sería la reflexión si la Corte Constitucional se autocontrola y reconoce la competencia del Consejo de Estado? Si bien, la Corte debió dar a la sentencia otros efectos, como, por ejemplo, aplazar la decisión de la sala plena del Consejo de Estado planteando que el acto administrativo podría tener efectos transitorios para la convocatoria en particular, pero no debió desconocer la jerarquía del Artículo 126 de la Constitución, pues con ello se convirtió en “letra muerta”.

Siguiendo la línea anterior, el moderador realizó unas preguntas específicas:

¿Cuál sería la manera de llegar a un equilibrio para que la Corte Constitucional no se exceda en sus límites?

¿Las sentencias de la Corte Constitucional podrían ser demandadas ante el Consejo de Estado en su ejercicio de control de constitucionalidad?

Al respecto, la doctora Conto indicó que ese límite se podría dar por medio de la tutela, pero no para revisar una sentencia del Consejo de Estado

4 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-355 de 27 de agosto de 2020. magistrado ponente: Dra. Gloria Stella Ortiz Delgado. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/SU355-20.htm>

## Jaime Orlando Santofimio Gamboa

### Exmagistrado de la Sección Tercera del Consejo de Estado

5 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 29 de noviembre de 2018 (Caso Órdenes Guerra y otros Vs. Chile). Disponible en: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_372\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_372_esp.pdf)

y así desconocer su competencia, sino para restablecer el derecho fundamental que está en contienda. De otro lado, el Consejo de Estado no tiene competencias para demandar las sentencias de la corte. Por ejemplo, en el caso de la sentencia SU-355 DE 2020<sup>4</sup> los ciudadanos demandaron el precedente de la Corte Constitucional que revivió el Consejo Superior de la Judicatura y el Consejo de Estado dijo que no tenía competencia para revisar las decisiones de la Corte Constitucional, no obstante, lo que hizo el Consejo de Estado fue revisar la validez del acto administrativo emitido por el Consejo Superior de la Judicatura.

Jaime Santofimio inició su participación con un tema central: la no caducidad del medio de control en lo contencioso administrativo con ocasión de la ocurrencia de la lesa humanidad. Según el ponente, dicha caducidad no debe entenderse en el escenario de un derecho propio de lo contencioso administrativo tradicional, sino de una caducidad especial que tiene relación directa con los derechos humanos y principalmente con graves situaciones que pueden ser enmarcadas en el contexto de lesa humanidad. Ahora bien, la discusión anterior viene de los precedentes generados por la Corte Interamericana que rompe todas aquellas normas de naturaleza procesal que impidan el acceso a la justicia en los escenarios de delitos de lesa humanidad. A modo de ejemplo, está el caso de la Corte Interamericana “Órdenes Guerra y Otros Vs Chile”<sup>5</sup>, en el que el estándar mínimo de respeto de los derechos humanos de las víctimas está dado por una lectura de no prevalencia de la limitante procesal y sí de un reconocimiento sustancial al acceso a la justicia. En otras palabras, la Corte Interamericana brindó prevalencia al Derecho Sustancial convencional sobre el Derecho Procesal.

En este punto, el Doctor Santofimio dijo que en ocasiones en el derecho interno no se da esa prevalencia de acuerdo con los estándares mínimos del Derecho Internacional, y es un gran problema ya que esos estándares hacen parte del derecho doméstico por vía de bloque de constitucionalidad, son obligaciones internacionales que Colombia debe cumplir y que incluso se encuentran desarrolladas por la jurisprudencia interamericana. Ahora bien, se señaló que el problema anterior puede darse por un problema estructural del ordenamiento jurídico de Colombia. En primer lugar, para solucionar el problema hay que entender que en América Latina existe un Derecho Constitucional común que implica que pueda haber un diálogo común entre todos los países que hacen parte del sistema interamericano, en aras de que los derechos humanos se hagan efectivos, así como lo dispone el Artículo Segundo de la Convención Interamericana de Derechos Humanos. Lo anterior, es algo elemental, algo fácil que se puede llevar a cabo por parte de los jueces y magistrados empezando por la Corte Constitucional.



**Una decisión judicial no puede fundarse única y exclusivamente en el derecho nacional porque se deja por fuera a los destinatarios de esa decisión.**



**Maximiliano Arámburo Calle**  
Presidente del Instituto Colombiano de Responsabilidad Civil y del Estado

<sup>6</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-072 de 5 de julio de 2018. magistrado ponente: Dr. José Fernando Reyes Cuartas. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/SU072-18.htm>

Adicionalmente, el Doctor Santofimio indicó que una decisión judicial no puede fundarse única y exclusivamente en el derecho nacional porque se deja por fuera a los destinatarios de esa decisión. Además, tener únicamente en cuenta el derecho doméstico en un proceso judicial puede llegar a materializar el incumplimiento de obligaciones internacionales, y por eso es tan importante el diálogo. En ese sentido, no se trata de imponer la razón de unos sobre otros, de mantener esa pugna sobre qué corte es la que establece el mejor derecho y, aunque así funciona el sistema, materialmente debe haber un diálogo constitucional democrático que tenga en cuenta la Constitución vinculada con el orden interamericano.

El Doctor Santofimio también señaló que el diálogo en mención debería ser institucionalizado ya que los que se han dado han sido muy informales. También, no se puede olvidar que de alguna manera se puede ejercer un diálogo formal contravirtiendo los precedentes, invocándolos, utilizándolos, reconociendo que existe un tratado y que existen obligaciones internacionales tanto por el Consejo de Estado como por la Corte Constitucional. No obstante, lo ideal sería generar un escenario mucho más amplio para efectos de la respuesta institucional, de los fallos que se deban proferir en un momento determinado. Mientras tanto, se va a seguir con las sentencias que son muy bien elaboradas, pero que desconocen las obligaciones internacionales, más específicamente los derechos de las víctimas.

El Doctor Arámburo afirmó la necesidad de tratar sobre la responsabilidad por privación injusta de la libertad. Y para ello preguntarse si la tesis según la cuál la responsabilidad por privación injusta de la libertad está gobernada por una responsabilidad objetiva y es la causa de que haya tanto litigio, porque la gente siente que al pasar por la administración necesariamente tendrá una indemnización. Con el anterior interrogante, reiteró la existencia de personas que han sido privadas injustamente de la libertad que luego demandan a la nación. Entonces, si el proceso judicial se convierte en una caja para cobrar por ventanilla porque la responsabilidad es objetiva se puede decir que parte de la causa de tanto litigio la estableció el Consejo de Estado al determinar el régimen de responsabilidad objetiva.

Por otra parte, el Doctor Arámburo acudió a recordar a Luis García de Avellanos quien era un historiador del derecho español y en su manual de historia del derecho manifestó que lo que contaba era de un tiempo de 30 o 40 años atrás, pues tras ese tiempo ya no era historia, sino política. Según el ponente, en el escenario colombiano sucede algo similar, toda vez que a partir de la sentencia SU-072 del 2018<sup>6</sup> en la que se examinó la constitucionalidad de la administración de justicia y que ha suscitado unas decisiones recientes sobre privaciones injustas de la libertad, no



<sup>7</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-072 de 5 de julio de 2018. magistrado ponente: Dr. José Fernando Reyes Cuartas. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/SU072-18.htm>

<sup>8</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-072 de 5 de julio de 2018. magistrado ponente: Dr. José Fernando Reyes Cuartas. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/SU072-18.htm>

## Intervenciones finales

había un único régimen posible para la responsabilidad por privación de la libertad. Así pues, el Doctor Maximiliano manifestó que existe un consejo en que la privación injusta de la libertad es un caso especial de error judicial, pues esto implica un punto de partida en una solución precedida de privación de la libertad y a la especialidad del caso pues deriva de que haya un fundamento legislativo independiente del que tienen los otros supuestos de responsabilidad por la actividad del estado (juez). Además, necesariamente debe haber una decisión que se considera incorrecta cuyo objeto es la privación de la libertad que genera un daño.

Ahora bien, ha habido unas cuatro fases como desarrollo jurisprudencial en cuanto al tema de la privación injusta de la libertad, cuatro fallos que ha identificado el Consejo de Estado y que ha hecho recuento la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Con ello, Maximiliano Arámburo se preguntó si la Corte Constitucional tuvo razón al revocar la sentencia SU-072 del 2018<sup>7</sup> y si ejerció un constitucionalismo dialógico al escuchar al Consejo de Estado. Esto, ya que tuvo que haber sido una gran labor al interior del Consejo de Estado para ponerse de acuerdo al emitir la sentencia SU-072 del 2018. Por lo tanto, podría hablarse de una vulneración de la confianza legítima del ciudadano que no sabe a qué régimen de responsabilidad debe ajustarse. Ahora, la solución dada es que cada juez en cada caso concreto decide qué régimen aplicar, pero para el doctor Arámburo eso es un peligro por la discrecionalidad tan amplia que puede tener el funcionario judicial.

En ese orden de ideas, el Doctor Arámburo señaló que la distinción de hipótesis de las posibilidades de reconocer indemnizaciones con régimen objetivo cuando el hecho no existió o cuando el sindicado no cometió el delito, puede ser razonable. En cuanto al dialogo, por supuesto, que la idea es llegar a consensos con el fin de evitar los problemas como los presentados con la sentencia SU-072 del 2018<sup>8</sup>.

El moderador otorgó un espacio de preguntas del público de las cuales se destacan las siguientes reflexiones:

- ¿Es problemático que la Corte Constitucional asuma o amplíe su competencia y quite esa competencia al Consejo de Estado porque no es posible suspender unos actos que, en principio, el constituyente quería que se pudieran suspender?
- Una de las razones que tuvo la Corte Constitucional para decir que no aplicaba la caducidad de la acción del medio de control fue que Colombia desarrolló todo un sistema de justicia transicional con el fin de proteger a las víctimas. En ese orden de ideas, es pertinente cuestionarse: ¿por qué no podría ser más garantista ese desarrollo de una justicia transicional, de



**Con el tema de las competencias hay que ser muy estricto ya que dichas competencias están regladas y las autoridades no pueden ejercer facultades que no le han sido asignadas constitucional y legalmente.**



unas medidas de reparación que lo que dice la Corte Interamericana que debe permitirse demandarse en cualquier momento? ¿No podría aplicarse diciendo que no habría responsabilidad internacional con relación al artículo 29 de la Convención Americana?

Respecto a la primera pregunta, la Doctora Conto señaló que las competencias de la Corte Constitucional están fijadas en la Constitución. En ese sentido, dicha Corte no tiene facultades de suspensión. Definitivamente, si se trata de un acto administrativo de naturaleza legal, la competencia para revisar si dicho acto está acorde a la Constitución corresponde a la Corte Constitucional, pero no su suspensión. De otro lado, si se trata de un acto administrativo de naturaleza administrativa y si hay una eventual nulidad por inconstitucionalidad la competencia le corresponde al Consejo de Estado en materia de suspensión. Con lo anterior, la Doctora Conto indicó que con el tema de las competencias hay que ser muy estricto ya que dichas competencias están regladas y las autoridades no pueden ejercer facultades que no le han sido asignadas constitucional y legalmente.

En función de la segunda pregunta, el doctor Santofimio comenzó con una idea que él llama “la regla de mejor calidad”. En ese sentido, para saber cuál es el sistema más garantista en la protección de los derechos de las víctimas ya sea el sistema interamericano o el sistema de justicia transicional interno, es necesario mirar cuál es el de mejor calidad en pro de la protección de las víctimas.

- ¿La Corte Constitucional es la única instancia que posee la responsabilidad de dar interpretación de las obligaciones internacionales propias del Estado?
- ¿Cómo, desde el ejercicio del derecho, se puede empezar a trazar esa exigibilidad del cumplimiento de las obligaciones en cuanto a los tratados que ha adoptado Colombia?





**En el caso de la privación injusta de la libertad se está lesionando las garantías excepcionalísimas del individuo y la Constitución nació precisamente para proteger dichas garantías. No obstante, cuando en Colombia hay un error de esa naturaleza se han producido al menos siete errores funcionales.**



<sup>9</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-400 de 20 de mayo de 2003. magistrado ponente: Dr. Jaime Córdoba Triviño. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-400-03.htm>

El Doctor Santofimio manifestó que, para responder a los dos cuestionamientos en mención, es pertinente hablar del control de convencionalidad. Así pues, a partir del caso “Almonacid Arrellano vs Chile” la Corte Interamericana indicó que es un deber de todos los jueces domésticos, en el ámbito de sus competencias, darle aplicación y prevalencia a la Convención Americana de Derechos Humanos. Posteriormente, la Corte Interamericana extendió ese deber de aplicación y prevalencia de la Convención a todas las autoridades nacionales. Ahora bien, el fundamento de esas decisiones de la Corte es el Artículo dos de la Convención Americana.

- La nulidad por inconstitucionalidad está asignada en algunos asuntos a la Corte Constitucional y en otros asuntos al Consejo de Estado. Tenido en cuenta lo anterior, ¿qué justifica que cuando se profieren las decisiones de la Corte Constitucional se tenga un efecto de cosa juzgada constitucional y las del Consejo de Estado solamente de cosa juzgada?

Al respecto, el Doctor Santofimio manifestó que no existe una razón jurídica para responder el tema del efecto de la cosa juzgada de una corte a otra. Así mismo, tampoco se puede decir que haya una razón convencional. Por su parte, Stella Conto hizo una precisión y dijo que la acción de nulidad por inconstitucionalidad es de competencia del Consejo de Estado y también de la Corte Constitucional. No obstante, si se mira la competencia de la Corte es acción por inconstitucionalidad y la del Consejo de Estado es nulidad por inconstitucionalidad y realmente no es que sean acciones distintas. En ambos casos hay cosa juzgada constitucional.

En función de ello, el moderador Luis Moreno dio razón a la distinción entre la cosa juzgada de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado. Por ejemplo, en la sentencia C-400 DE 2003<sup>9</sup> la Corte Constitucional advirtió que, aunque el Consejo de Estado tiene una competencia constitucional no es un tribunal constitucional, luego no tiene cosa juzgada constitucional.

- Teniendo en cuenta que tenemos un estándar de criminalidad tan alto y que la regla general es que la detención preventiva es de una excepción y no la regla general, ¿no es mejor adoptar un régimen subjetivo en el que caso a caso se determine si la privación preventiva de la persona tiene o no fundamentos?

Respecto al cuestionamiento anterior, el doctor Arámburo señaló que, por ejemplo, la Convención no determina un régimen de indemnización objetiva. Ahora bien, si, la intención de instaurar un régimen de responsabilidad objetiva fuera la de desestimular la litigiosidad contra el estado, esto podría ser un fin de dudosa legitimidad. En las hipótesis que ha manejado la sentencia de unificación se está pensando en casos en los que no hay necesidad de buscar una culpa adicional, si la conducta es atípica y es algo que puede examinar quien determina la privación de la libertad



antes de decidir si envía a alguien a una detención preventiva, parece razonablemente justificado que el régimen no dependa de una culpa. Ahora bien, si el hecho no existió, es más complicado porque la prueba que demuestra que el hecho no existió puede llegar después de una actividad investigativa en el marco de un proceso penal.

Sin embargo, Maximiliano Arámburo manifestó que no hay que olvidar que es muy claro en la sentencia SU-072 DE 2018<sup>10</sup> que la detención preventiva tiene unas finalidades muy particulares y que, en principio, cuando esas finalidades se han vulnerado y se ha abusado de la detención preventiva de la libertad, tiene sentido que haya un régimen en lo que se busque la falla en el servicio. Por lo tanto, es dudoso pensar cuáles serían las finalidades en las que se adoptaría una regla general de falla en el servicio, un régimen subjetivo. Así mismo, puede haber hipótesis en las que se justifique un régimen en el que no haya culpa, también puede haber hipótesis que, habiendo un régimen de responsabilidad objetiva, la mayoría de las veces va ser muy fácil identificar la falla, como sucede en materia de la responsabilidad médica, escenarios en los que muchas veces se quiere un régimen de daño especial, pero resulta que en muchos de estos casos de responsabilidad médica si esta la prueba de la falla por lo que no habría que acudir al expediente de responsabilidad sin culpa.

Con relación a lo anterior, el Doctor Maximiliano señaló que, en principio, el legislador puede determinar qué casos deben entrar en un régimen

<sup>10</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-072 de 5 de julio de 2018. magistrado ponente: Dr. José Fernando Reyes Cuartas. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/SU072-18.htm>



“  
**En las demandas de privación injusta de la libertad se encuentra que la persona necesariamente tendría que haber sido condenada, pero el juez de la responsabilidad no puede desconocer la presunción de inocencia y no puede desconocer la sentencia penal.**  
”

de responsabilidad objetiva y qué otros en responsabilidad subjetiva. No obstante, puede haber un problema en el ámbito práctico pues son muchos los casos que ocurren.

Para la Doctora Conto en el pacto de derechos civiles y políticos la responsabilidad es objetiva porque una vez condenada la persona y privada de la libertad, entonces la indemnización es objetiva. No obstante, el problema radica en que en Colombia, se tienen medidas de aseguramiento sin condena que admiten restringir la libertad sin haber desvirtuado la presunción de inocencia.

Siguiendo la línea de la última pregunta, Jaime Santofimio manifestó que quien determina la privación preventiva de la libertad muchas veces no tiene elementos suficientes para tomar la decisión, sino que se priva de la libertad y después se buscan esos elementos. La Corte Constitucional cuando estudió la Ley Estatutaria planteó la falla y no plantea la regla del análisis subjetivo de estas hipótesis para verificar si se dan los presupuestos. Incluso el estándar interamericano esta por la falla y no por la responsabilidad objetiva.

Por ejemplo, en los últimos fallos de la literatura española, salió una sentencia en la que se condenó al Estado objetivamente por haber privado de la libertad a una de las personas investigadas por el atentado a un tren porque se entiende que hubo una privación de la libertad que no fue justificada por el estado al momento de proferir la sentencia. Ahora bien, desde el punto de vista de la falla, sí se dictó la medida y sí había condiciones para dictarla, garantizando todos los derechos de la persona tanto legales como convencionales, no hay que culpar al funcionario que dictó la medida. Por lo tanto, es importante un diálogo institucional para saber en qué casos se estaría en un ámbito de responsabilidad objetiva y en qué escenarios en responsabilidad subjetiva.

Por su parte, Stella Conto propuso tener en cuenta los altos índices de impunidad, un tema del que se generó unificación jurisprudencial en la Sección Tercera del Consejo de Estado. En las demandas de privación injusta de la libertad se encuentra que la persona necesariamente tendría que haber sido condenada, pero el juez de la responsabilidad no puede desconocer la presunción de inocencia y no puede desconocer la sentencia penal. Es necesario plantear otro elemento para el análisis y es que la impunidad mas alta de los casos que llegan por privación injusta de la libertad es por violencia sexual contra menores.

El doctor Maximiliano agregó a la discusión que, a nivel de hipótesis, hay una posibilidad de pensar que la tendencia a la objetividad también está determinada por una suerte de sesgo, pues el hecho que nuestras condiciones de reclusión y de privación de la libertad también induce al funcionario judicial a pensar que cualquier privación de la libertad en

“  
**Para quienes fueron formados en el Derecho Administrativo clásico siempre se entendió que dicho Derecho lo creó y lo desarrolló el Consejo de Estado francés, luego el colombiano y finalmente el legislador. Pero de unos años para acá, en Colombia nos enfrentamos a lo que se llama la constitucionalización del Derecho Administrativo.**

”

Colombia será en condiciones realmente indignas. Para el Doctor Santofimio la situación en Colombia sobre la privación injusta de la libertad es disímil con relación a la jurisprudencia del Consejo de Estado, pues en cada subsección hay posiciones de todos los índoles. Para él, es más efectivo demandar al estado por el daño jurídico ocasionado por haber mantenido al preso en condiciones indignas que pedir una reparación por privación injusta la libertad.

Al respecto, La Doctora Stella Conto señaló que el Sección Tercera del Consejo de Estado sacó una acción de grupo sobre un grupo de más de veinte mujeres que están detenidas en una cárcel donde no tienen ninguna condición de dignidad humana. Esta acción de grupo condena las condiciones inhumanas que están viviendo las mujeres al interior de la cárcel y no el hecho de la privación de la libertad

#### **Reflexión por parte del público**

- Para quienes fueron formados en el Derecho Administrativo clásico siempre se entendió que dicho Derecho lo creó y lo desarrolló el Consejo de Estado francés, luego el colombiano y finalmente el legislador. Pero de unos años para acá, en Colombia nos enfrentamos a lo que se llama la constitucionalización del Derecho Administrativo. Pero en la Constitución no se regula ese derecho, entonces es la Corte Constitucional la que ha venido fijado el Derecho Administrativo mediante sentencias de unificación, por lo tanto ¿Realmente es correcto lo que está realizando la Corte?
- Ahora bien, la Corte Constitucional no tiene la competencia para fijar la interpretación de normas legales. Por ejemplo, en la caducidad de la acción de reparación directa por privación injusta de la libertad, cuando la Corte hace una sentencia de unificación y fija una subregla sobre una norma del CPACA está invadiendo la competencia del Consejo de Estado. Entonces, desde el diálogo ¿Cómo pueden saber los operadores jurídicos qué sentencia de unificación tiene mayor valor, si la de la Corte o del Consejo de Estado?
- En el caso de la privación injusta de la libertad se está lesionando las garantías excepcionalísimas del individuo y la Constitución nació precisamente para proteger dichas garantías. No obstante, cuando en Colombia hay un error de esa naturaleza se han producido al menos siete errores funcionales. Por ejemplo, un fiscal no pide una orden de captura si previamente el investigador judicial no le presenta un informe en el que le acredite que se justifica (primer error del investigador). Luego, está el error del fiscal que con fundamento en ese informe hace una solicitud de aseguramiento al juez de control de garantías, un juez que se supone es constitucional. Por lo tanto, es necesaria una reformulación por parte de aquellos jueces porque ellos son de estricta jurisdicción constitucional y no penal.

## Conclusiones

A manera de conclusión, el moderador retomó algunas reflexiones a partir de las principales ideas expuestas por los participantes del grupo de trabajo:



- Se hace necesario pensar en mecanismos de diálogo permanente entre las corporaciones, buscar modos en los que el diálogo sea la constante.
  - Sobre la base del respeto todos podemos discrepar, es algo valioso, no se trata de un ejercicio soberbio y de imposición, se trata de una construcción colectiva desde el diálogo.
  - Hace falta una mejor articulación entre las corporaciones que tienen competencia de control de constitucionalidad, entre Consejo de Estado y la Corte Constitucional.
1. Es pertinente preguntarse si las interpretaciones que la Corte Interamericana hace en las sentencias o en las opiniones consultivas se consideran parte del bloque de constitucionalidad, o si son elementos relevantes para ejercer el control de convencionalidad.
  2. Con relación al tema de la responsabilidad y la privación injusta de la libertad, es necesario no solo reconocer que los jueces de control de garantías no son jueces penales ya que son jueces constitucionales, sino reconocer que tenemos un problema estructural en las prisiones colombianas y que todos tenemos el compromiso de resolver ese problema. No habla bien de la cultura jurídica del país que el tema de las prisiones lleve tanto tiempo sin resolver.

# La constitucionalización del Derecho Civil



## Magistrado Hernán Correa Cardozo (moderador)

Magistrado de la Corte Constitucional. Abogado de la Universidad Nacional de Colombia y especialista en Derecho Constitucional de la misma universidad. Magíster en Derecho de la Universidad de los Andes y en Derecho Internacional de la Universidad de Georgetown. Ha laborado en la Corte Constitucional desde 2002 y como magistrado auxiliar desde 2009. Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de los Andes y de cursos de posgrado en Derecho Público en las universidades EAFIT, ICESI y del Norte. Fue magistrado encargado de la Corte Constitucional en 2017. Becario Fulbright 2014–2015 y condecorado con la Orden José Ignacio de Márquez al mérito judicial en 2019. Desde julio del presente año es magistrado encargado de la Corte Constitucional.



## Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo

Presidente de la Corte Suprema de Justicia, abogado de la Universidad Autónoma de Colombia, magíster en Derecho de la Universidad Nacional y especialista en Derecho de Instituciones Jurídicas Familiares de la misma institución superior. Fundador de la Estrategia Municipios y Departamentos por la Infancia y la Adolescencia en el año 2005, liderada por la Procuraduría General de la Nación, Unicef y la Federación Nacional de Departamentos. Se ha desempeñado como procurador delegado para la Defensa de la Infancia, la Adolescencia y la Familia, decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma y director del Posgrado de Familia de la Facultad de Derecho, Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Nacional de Colombia. También, ha sido profesor de las facultades de Derecho de la Universidad Nacional, los Andes y Santo Tomás. Fundador y miembro honorífico de la Asociación de Facultades de Derecho (AFOCADE), investigador de COLCIENCIAS, coordinador del texto Formación Integral de la Ley de Infancia y la Adolescencia publicado por la Universidad Nacional, correlator e impulsador del nuevo Código de la Infancia y la Adolescencia. Actualmente, es presidente de la Corte Suprema de Justicia.



## Cecilia Diez Vargas

Directora de la Especialización en Derecho de Familia de la Universidad del Rosario. Abogada de la Universidad Católica de Colombia con especialización en Derecho de Familia de la Pontificia Universidad Javeriana. También, es diplomada en Mecanismos Alternativos de Resolución de Conflictos del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario y en Gestión Pública de la Universidad Central. Durante siete años ha sido conjuer de la Sala de Familia del Tribunal Superior de Bogotá, además de ejercer como procuradora de Familia y procuradora delegada para la defensa de los derechos de la Infancia, la Adolescencia y la Familia. También ha sido docente en las universidades del Rosario, Sergio Arboleda, Antonio Nariño, Ibagué y Pasto, conferencista y autora de diferentes publicaciones especializadas. Actualmente, es directora de la Especialización en Derecho de Familia de la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.



## Juliana Bustamante Reyes

Directora del Programa de Acción por la Igualdad y la Inclusión Social de la Universidad de Los Andes. Abogada de la Universidad de Los Andes con maestrías en Derecho Internacional y Comparado de la Universidad Jorge Washington y en Relaciones Internacionales y Derechos Humanos de la Universidad de Auckland. Trabajó por varios años en temas de derechos humanos, Derecho Internacional y asuntos transicionales en el Ministerio de Relaciones Exteriores, el Ministerio del Interior y como consultora independiente de USAID, UNICEF, entre otros. Ha sido docente universitaria y de la Academia Diplomática de Colombia. Desde noviembre de 2018 es la directora del Programa de Acción por la Igualdad y la Inclusión Social –PAIIS– de la Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes. Es columnista del proyecto editorial Colombia 2020 de El Espectador y del Diario de Opinión “Un Pasquín” y tiene varias publicaciones relacionadas con temas de derechos humanos y construcción de paz.

## RESUMEN EJECUTIVO

En este grupo de trabajo se planteó un diálogo respecto a la constitucionalización del Derecho Civil. La conversación se articuló en torno a lo relacionado con la capacidad jurídica de las personas y las nuevas perspectivas sobre la figura en mención, como los nuevos derechos de las personas con discapacidad. Sobre la base de la relación del Derecho Civil y el Derecho Constitucional, los ponentes de este grupo se adentraron a discutir y a indagar cómo los mandatos constitucionales de autonomía y libertad se materializan en la presunción de la capacidad legal de las personas con discapacidad. De otro lado, se discutió respecto a los retos presentes que tiene que enfrentar la Ley 1996 de 2019 por medio de la cual se establece el nuevo régimen para el ejercicio de la capacidad legal de las personas mayores de edad con discapacidad.

**Hernán Correa  
Cardozo**  
**(moderador)**  
magistrado  
de la Corte  
Constitucional

El magistrado encargado de la Corte Constitucional precisó el tema que se iba a tratar, específicamente sobre la capacidad jurídica de las personas y las nuevas perspectivas. Lo anterior, teniendo en cuenta los principios de libertad y autonomía de la voluntad. Hernán Correa señaló que la construcción política que hace el derecho liberal del sujeto de derecho, se realiza a partir de lo que no es sujeto de derecho, con quienes no son capaces o quienes están en otro lado. Ahora bien, hoy en día tenemos el modelo social de la discapacidad de todo el sistema de derechos humanos como la alternativa presente, y compatible y garantista para proteger los derechos de las personas con discapacidad.

Al respecto, comentó que el Derecho Constitucional ya resolvió todo el escenario sobre el modelo social de discapacidad que debe articularse, pues pasa necesariamente por una reconceptualización del Derecho Civil pues corre el riesgo de quedarse en ese mundo superior de los conceptos constitucionales, pero no va a irrigarse al centro de la vida cotidiana que es el reino de la legislación civil. En ese sentido, no se debe entender la constitución del derecho como un fenómeno directivo, se necesita romper el binomio capacidad – capacidad, porque ese binomio es incompatible con un modelo social de la discapacidad. Para ello, es pertinente considerar lo siguiente:

Se requiere un diseño legal universal sobre discapacidad que sirva a todas las personas en consonancia con unos ajustes razonables normativos.



Entonces, la legislación de ajustes se hace necesaria con el fin de asumir a las diferentes personas con sus diferentes capacidades y, de esta manera, romper con el binomio capacidad y capacidad.

Es pertinente corresponder con la Ley 1996 de 2019 sobre capacidades, que es con la que la Corte entra a la vida cotidiana del modelo social de la discapacidad. Es una ley revolucionaria porque en las facultades de derecho se enseñaba que es un interdicto y se aprendía casi de manera taxológica unas graduaciones sobre niveles de incapacidad. Así pues, esta ley no puede hacer una reforma incremental, tiene que romper con el binomio, por lo que crea un mundo nuevo en el que parte de la base que todas las personas son capaces y que solamente se requiere crear un modelo de apoyo para permitir que aquellos que requieren esos apoyos puedan ejercer su capacidad.

En correspondencia, los ejes de la discusión se orientan a la relación entre Derecho Constitucional y el Derecho Civil, particularmente, en cómo los elementos constitucionales de autonomía y libertad personal se materializan en el nuevo paradigma, en esa revolución de la presunción de la capacidad. Por ello, es necesario indagar sobre los retos que tiene la implementación de la ley 1996 de 2019 y cómo estos retos pueden ser resueltos a la luz de los principios y garantías constitucionales. Finalmente, es pertinente abordar cómo hacer para que el Derecho Constitucional de manera humilde y respetuosa ingrese al terreno de la legislación civil.

## Juliana Bustamante Reyes

Directora del Programa de Acción por la Igualdad y la Inclusión Social de la Universidad de Los Andes

Partiendo de la pregunta sobre cómo analizar la relación entre el Derecho Constitucional y el Derecho Civil a partir del reconocimiento de la capacidad legal de las personas con discapacidad de la que trata la ley 1996 de 2019, Juliana Bustamante comenzó su intervención contando sobre la creación del PAIS cuyo objetivo fue crear una clínica jurídica, la primera en Latinoamérica sobre derechos de las personas con discapacidad en un contexto en el que se estaba negociando la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y se empezaba a hablar de lo que significaba reconocer la capacidad en todas las personas como la sombrilla para gozar de derechos, de la cotidianidad.

En ese orden de ideas, este fue el móvil inicial para crear una clínica jurídica con un tema muy innovador en ese momento suscrito a un contexto de la negociación de una convención y una constitución que mencionaba la pluralidad, la diversidad, la igualdad, y la no discriminación y el reconocimiento del valor de la diversidad como favorecimiento colectivo. Por lo tanto, el derecho civil vigente se había convertido en la barrera más grande para un sector específico de la población con discapacidad que impedía ejercer derechos.



**No es posible seguir creyendo que hay personas que tienen que ser sometidas a una institucionalización forzada, a una exteriorización forzada, a una exclusión de los sistemas educativos, del sistema laboral.**



En ese sentido, inicia la constitucionalización del Derecho Civil, con, por ejemplo, una figura como la interdicción que demanda una transformación cultural de una sociedad que siempre ha sido formada dividiendo y discriminando ciertas poblaciones y considerando que unas son mayores, que obtienen unos privilegios distintos a las otras. Por lo tanto, el derecho había sido una herramienta clave entre las personas con discapacidad, por lo que, a través de la transformación del Derecho Civil, fue posible aterrizar los derechos que reconoce la Convención y que, después se traducirían en leyes como la ley estatutaria de discapacidad la Ley 1618 de 2013.

Al respecto, la doctora Bustamante reiteró la necesidad de hacer una transformación a través del derecho del reconocimiento, es decir, reconocer que todas las personas son iguales y que eso tiene que reflejarse en la vida real. No es posible seguir creyendo que hay personas que tienen que ser sometidas a una institucionalización forzada, a una exteriorización forzada, a una exclusión de los sistemas educativos, del sistema laboral. Todo esto genera unas brechas entre personas y entre posibilidades de tener proyectos de vida significativos, autónomos, libres, independientes que es lo que busca la Constitución del 1991, un estado social de derecho. Si bien, con la ley 1996 de 2019, que es la puesta en marcha del Artículo 12 de la Convención, se acaba este concepto de incapacidad por discapacidad y se pasa a la toma de decisión mediante la sustitución, se irrumpe en la sustitución de la voluntad y se empieza a hablar de la toma de decisiones por apoyos.

Por otro lado, la ponente señaló que antes de que Colombia fuera parte de la Convención, ya la Corte Constitucional estaba hablando de capacidad jurídica y reconocía los derechos de las personas con discapacidad. La Corte inició dicho reconocimiento con la sentencia sobre desplazamiento forzado la T-025 DE 2004<sup>1</sup>, al hablar de la población con discapacidad tanto en el auto 006 de 2009, como en el auto 173 del 2014. La Corte Constitucional identificó la capacidad legal y la posibilidad de tomar decisiones de manera plena, con validez plena, como una necesidad que tiene la población con discapacidad para realmente poder ser beneficiaria de los derechos que le promete la Constitución de 1992.

Luego entonces, la Corte se atrevió a hablar de estos temas en el Comité de Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad y empezó a construir jurisprudencia que propicia la ley 1996 de 2019. La Corte Suprema de Justicia se convirtió en el tribunal por excelencia para desarrollar estos temas, lo que significó materializar las disposiciones de la ley 1996 de 2019. Lo anterior, formula el desafío de flexibilizar esas formas del derecho tan rígidas y entender que cada persona tiene unas necesidades de apoyos distintas, que merecen ser reconocidas.

<sup>1</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-025 de 22 de enero de 2004. Magistrado ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>



# Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo

## Presidente de la Corte Suprema de Justicia



Partiendo de los cuestionamientos de si debe presumirse la capacidad legal de las personas con discapacidad y si se puede incurrir al proceso judicial mediante agencia oficiosa, así como cuál debe ser la valoración que debe hacer un juez constitucional para abordar la legitimación activa de la acción de tutela, el presidente de la Corte Suprema de Justicia señaló que las discusiones del XVII Encuentro parten de dos factores: una idea de carácter procesal y otra idea de carácter sustancial. La idea de carácter procesal, es que todos deben conocer sobre todo el tema constitucional y desde el punto de vista sustancial es que los jueces son defensores también de derechos fundamentales, por ello el nombre de Todos Somos Jurisdicción Constitucional.

En segundo lugar, el magistrado Aroldo Quiroz abordó el tema de la constitucionalización del Derecho Civil y comentó que en Colombia desde que se creó la Constitución del 1991 hay dos grandes corrientes: la corriente de los abogados ortodoxos, exmagistrados ortodoxos y magistrados ortodoxos que dicen que los jueces deben dirigirse con los temas procesales por lo que muchas veces no aplican ni la Leyes, ni la Constitución. La otra corriente es el tema de que sí hay que aplicar directamente la Constitución en aquellos casos en que no sea posible aplicar la ley de carácter civil. Ello fue ideado por la Ley 57 de 1887 en su Artículo 8°.

Ahora bien, si se hace una lectura del mencionado artículo, no puede haber una contradicción entre la ley legal y la Constitución y cuando existe una contradicción entre la ley legal y la Constitución, se aplica la Constitución. Adicionalmente, el magistrado realizó una lectura del Código Civil y comentó que en su estructura que es la parte general del código civil, se está unido con el sujeto de derecho, bienes, obligaciones, contratos y familia. Si lo anterior se observa con la Constitución, se puede decir que el Artículo 4° cita que la Constitución es norma de normas. Entonces, ahí se encuentra la primera parte y es la aplicación del Código Civil a través de ese artículo 4°.

Cuando se habla del sujeto de derecho está el artículo 14 de la Constitución que da la importancia del sujeto de derecho. Cuando se hace referencia a los temas de bienes se acude al artículo 58 de la Constitución que habla de la propiedad. Por su parte, para obligaciones y contratos está el artículo 16 sobre la autonomía de la voluntad. Finalmente, cuando se habla de los temas de sucesiones se acude al artículo 58 que refiere a la propiedad. En lo anterior se sustenta toda la estructura constitucional. Acto seguido, el magistrado Aroldo Quiroz precisó que el gran tema de discusión no es la capacidad de goce, sino la capacidad de ejercicio ya que la capacidad de goce se traduce en que todas las personas son titulares de derecho y la titularidad de derechos se da por ser personas. En este orden, somos personas a partir del nacimiento pues la ley así lo establece, ahora en calidad de titulares de derechos, la discusión es: ¿cómo podemos ejercer esos derechos? La ley habla de una capacidad de ejercicio.

“  
**La persona  
carente de  
movilidad requiere  
un apoyo, pero no  
está limitada en  
su comunicación  
toda vez que  
hace uso de sus  
recursos gestuales.**  
”

Presentado lo anterior, el presidente de la Corte Suprema expuso un ejemplo de capacidad gradual. El código establece que se puede trabajar a partir de los 15 años, que se responde penalmente a partir de los 14 años y permite conformar una familia a través de un matrimonio a partir de los 14 años. Sin embargo, con 20 años, la ley establece que no se puede adoptar, si no a partir de los 25 años. Así las cosas, significa que la capacidad hoy en día es gradual, depende del ejercicio del derecho que se vaya a realizar.

Si bien, acorde con lo manifestado, no es fácil ese tipo de comprensión y más con las ritualidades a las que están acostumbrados los jueces y abogados. El doctor Quiroz presentó un resumen de un capítulo del programa de Canal Caracol “Los Informantes”, en el que se expone una pareja de esposos que padece de una enfermedad que les impide la movilidad de los músculos de su cuerpo. Sin embargo, entre los dos encuentran la manera para comunicarse y descifrar la voluntad del que tiene la discapacidad. Con esto, el Doctor quiso dar a entender que la voluntad de las personas con discapacidad tiene valor y permite tomar decisiones. El tema está en encontrar la asistencia y el ajuste razonable para que las personas con discapacidad pueden tomar decisiones y así ejercer sus derechos. Al respecto, el presidente de la Corte Suprema señaló que la persona carente de movilidad requiere un apoyo, pero no está limitada en su comunicación toda vez que hace uso de sus recursos gestuales.

Posteriormente la reflexión del magistrado abordó la agencia oficiosa relacionando indicando que la misma ley lo establece y permite enunciar dos



**Cecilia Diez Vargas**  
Directora de la  
Especialización  
en Derecho en  
Familia de la  
Universidad del  
Rosario

“  
**Si no hay un  
cambio con  
la nueva  
perspectiva de  
la capacidad,  
se estaría  
vulnerando los  
derechos de las  
personas con  
discapacidad.**  
”

aspectos: la posibilidad de demanda por parte del sujeto con discapacidad y la posibilidad de existencia de una circunstancia de carácter patrimonial, por decir que la persona con discapacidad tenga unos bienes y no tiene la posibilidad de acudir ante el juez a través de ese proceso de jurisdicción voluntaria. En ese caso, es necesario nombrar un curador que le represente dentro de ese proceso y contribuya a la toma de decisiones.

Considerando la importancia de emitir un concepto sobre un caso en que el sujeto de derechos se encuentre en absoluta imposibilidad de manifestar su voluntad y designe al curador *ad litem* en su representación, la doctora Diez empezó su intervención haciendo énfasis en la transformación del término incapacidad por discapacidad. En sus palabras, hoy solamente es incapaz en Colombia el menor de edad, todos los mayores de edad son capaces en Colombia tengan o no discapacidad. Adicionalmente, indicó que la Convención habla de la capacidad jurídica y reúne las dos grandes capacidades: capacidad de goce y capacidad de ejercicio, luego entonces aquello que se retira con la interdicción es la capacidad de ejercicio.

Expuesto lo anterior, la doctora señaló que el artículo 38 de la Ley 1996 de 2019 dispone que la estructura del proceso es verbal sumaria que no tiene la estructura ni controversial, ni contenciosa, es un verbal sumario en una norma especial y, por lo tanto, es un proceso especial. Adicionalmente, la Corte Suprema en reiterados escenarios en cabeza del doctor Quiroz ha dicho que no es un contencioso. Por ello, es necesario mirar la estructura que diseñó el artículo 38 cuando dice: “se iniciará la demanda y solo podrá interponerse en beneficio exclusivo de la persona con discapacidad”. Si se parte de esa primera palabra en beneficio exclusivo, ¿cómo podrá interpretarse que la persona con discapacidad sea parte demandada?, ¿quién es el titular del acto jurídico? La persona con discapacidad mayor de edad. Por lo tanto, ¿qué debe probar esa tercera persona? Sin duda, debe manifestar que la persona con discapacidad está en absoluta imposibilidad de manifestar su voluntad de preferencias por cualquier forma de comunicación. Además, esa imposibilidad de esa manifestación conduce a una vulneración de los derechos de la persona mayor de edad con discapacidad por parte de un tercero.

Esto condujo a reiterar la preocupación de las familias frente a estos procesos. Si no hay un cambio con la nueva perspectiva de la capacidad, se estaría vulnerando los derechos de las personas con discapacidad. Por otra parte, respecto del curador *ad litem*, la doctora inició con el Artículo 55 del Código General del Proceso y señaló que el artículo indica a quiénes se designan curadores *ad litem*, a las personas incapaces y a las personas indeterminadas, presupuestos que son obligatorios en esos momentos. No obstante, con la Ley 1996 de 2019 vale preguntarse: ¿las personas mayores de edad con discapacidad son incapaces?, ¿las personas mayores



de edad con discapacidad son indeterminadas? Sin duda, no es así. Esto condujo a cuestionarse por cómo garantizar los derechos de las personas con discapacidad dentro del proceso. Sin embargo, se puede recurrir al Artículo 40 de la Ley 1996 de 2019 y allí se puede encontrar que es obligatoria la participación del Ministerio Público durante el trámite del proceso para garantizar los derechos de las personas con discapacidad.

Así pues, la doctora Cecilia solicitó a los jueces a acudir al Ministerio como dispone la norma, notificarlo desde el principio para que se garantice los derechos de la persona y un debido proceso. Por lo tanto, si de pronto el artículo 40 no es del convencimiento, está el Artículo 267 de la Constitución Nacional que menciona las funciones del Ministerio Público. Así pues, la ponente consideró la importancia de tener claro que el Artículo 35 de la Ley 1996 de 2019 dice que se modificó el numeral 7° del Artículo 22 del Código General del Proceso, el cual habla sobre el conocimiento de los jueces de familia en primera instancia. Ahora bien, si se realiza una lectura del verbal sumario general se sabe que es de única instancia, pero el sumario de la Ley 1996 de 2019 es de dos instancias.

Con lo anterior, Cecilia Diez invitó a no resistirse al cambio y a tener claro que hoy la persona con discapacidad mayor de edad no es paciente, sino un sujeto pleno de derechos. Y aseveró que se debe aplicar la filosofía y las directrices que la Corte Suprema de Justicia, desde el mismo 2019, viene brindando en una forma clara y metodológica y tener en cuenta lo dicho por la Corte Suprema de Justicia en ponencia del Dr. Quiroz, “la discapacidad no ha cambiado, la discapacidad antes del 2019 y después del 2019 es la misma. ¿Qué ha cambiado? El paradigma del reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad”.

## Intervenciones finales

Partiendo de las reflexiones sobre el pensamiento de los abogados ortodoxos respecto al tema de la capacidad como algo inmutable, resultaron las siguientes afirmaciones por parte de los ponentes:

La doctora Juliana Bustamante manifestó su desacuerdo con el eventual pensamiento de los abogados ortodoxos y precisó que hay mucha resistencia al cambio, desde el momento en que se estaba construyendo el proceso del proyecto de ley que terminó en la Ley 1996 de 2019, hubo mucha resistencia. También, hubo demandas contra la citada ley por esa rigidez del derecho que no desea aceptar que la interdicción se acabó y que, en efecto, de lo que se está hablando es de otra cosa, porque la interdicción excluía y ponía al margen de la posibilidad de ejercer derechos a una persona de manera plena.

Adicionalmente, la Doctora Bustamante manifestó que la Ley y la Convención ponen en contrariedad esta discusión. Por lo tanto, el derecho lo

“  
**La ley al final lo que busca es que nos veamos todos en una diversidad. En ese orden ideas, la ley apunta a ver una persona con discapacidad en cualquier circunstancia. Así pues, es necesario avanzar en la inclusión de la persona con discapacidad desde el punto de vista jurisprudencial.**

”

que hizo fue corregir esa exclusión que tenía legalizada e instalada no solo en el derecho sino también en la sociedad, pero todavía hay una cantidad de valores actitudinales que permanecen en los funcionarios públicos y también en sectores privados. El problema de la resistencia no sólo pasa en los jueces, o en los notarios, también pasa en los servicios financieros, en los servicios de salud. Esto se presenta en muchos escenarios y todavía no hay una apropiación suficiente del mandato legal que existe desde hace tres años.

Todavía hay muchísimos retos porque muchas personas creen que la interdicción sigue vigente con un nombre distinto y eso no es verdad. Además, se puede decir que no es cierto, toda vez que la ley establece salvaguardas, una posibilidad de revisar los acuerdos de apoyo cada 5 años, y permite a la persona con discapacidad decidir si quiere cambiar el apoyo que escogió en un momento determinado por cualquier razón que así lo considere. Nada de eso pasaba con la interdicción, donde tras la declaración, la persona desaparecía del mundo jurídico. En efecto, lo que se necesita es contar con la Corte Constitucional, contar con la Corte Suprema de Justicia que siga realizando la interpretación que está en la base de la ley y en el concepto filosófico de derechos.

Al respecto, el Doctor Quiroz, señaló que no está de acuerdo con la intervención de la doctora Bustamente, pues él cree que el atraso en los procesos de apoyo no es culpa de los jueces. A su juicio, hay requerir al Consejo Superior de la Judicatura para que, en una forma administrativa, reorganice esa situación con el fin de evitar que no tengan problemas de capacidad. El juez no tiene culpabilidad ya que hay una autoridad administrativa la cual hay que requerir para que entre a determinar cómo se va a redistribuir esa carga a fin de que se pueda remover los temas de la interdicción.

Por otro lado, el Doctor Quiroz manifestó su opinión sobre el cambio. De acuerdo con Foucault hay dos lógicas: una moral y una lógica a veces costumbrista. Desde el punto de vista de carácter moral hay un ejemplo claro: hace 40 años era muy difícil reconocer la posibilidad de cambio de la familia constituida a través de una unión de hecho, con un desarrollo de carácter jurisprudencial se avanzó en las parejas heterosexuales e incluso con una regulación legal. Luego, surge otro paradigma para el cambio: reconocer la familia del mismo sexo. Adicionalmente, en materia de infancia pasó igual cuando se estableció el código de infancia, derechos a una persona menor de 18 años.

Así pues, el Doctor señaló que la ley al final lo que busca es que nos veamos todos en una diversidad. En ese orden ideas, la ley apunta a ver una persona con discapacidad en cualquier circunstancia. Así pues, es necesario avanzar en la inclusión de la persona con discapacidad desde el punto de vista jurisprudencial.



No obstante, el estado debe ir mucho más allá con una política pública en aras de extender y comenzar a conformar los equipos interdisciplinarios para el tema de los apoyos.

El magistrado Hernando Correa atendiendo a las consideraciones del doctor Quiroz sobre la ley 1996 de 2019 que trae un elemento muy importante y es el informe de la valoración de apoyos, en particular, cuando se trata de la jurisdicción judicial, preguntó: ¿cuál será la naturaleza jurídica de ese informe y qué problemas hay al respecto?

La Doctora Cecilia precisó que el informe de valoraciones de apoyos solamente es exigible a nivel judicial, es decir que, ningún notario ni conciliador extrajudicial en derecho inscrito en un centro, lo puede exigir. Adicionalmente, el informe de valoraciones de apoyo es una prueba especial, obligatoria e innominal. Ahora bien, es especial porque está establecida en una norma y es nueva. Por lo tanto, ese informe permite conocer la necesidad de una persona con discapacidad, qué nivel de apoyo necesita, para qué clase de actos jurídicos, y qué persona dentro de su red familiar de convivencia o de parentesco pueda servirle de apoyo para determinado acto jurídico.

Además, hay que precisar que el informe no es para siempre, porque se vuelve al esquema de curador, y el curador nada tiene que ver ya que

“  
**El proceso de valoración de apoyos es un proceso flexible que permite aportar al juez un conocimiento técnico, es un proceso de interlocución con la persona con discapacidad, es una cercanía que permite tener un conocimiento de la persona con discapacidad con el fin de conocer su proyecto de vida, su voluntad, sus decisiones cómo las quiere tomar y cuándo las quiere tomar.**  
”

quedó por fuera. De otro lado, la Doctora dijo que la característica de obligatoriedad es esencial para proferir sentencia, pues no puede un juez de familia proferir un fallo sin tener el informe de valoración de apoyos. Sin embargo, no es de la esencia para la admisión de la demanda ya que la misma ley dice que en el evento en el que no se anexe el informe con la demanda hay que solicitarlo, es decir que, el juez debe oficiar a una entidad pública no privada porque esta última tiene un costo, en cambio, la pública es gratuita y la misma ley dice quiénes pueden hacer las valoraciones como las gobernaciones, personerías, Defensoría del Pueblo y las alcaldías que tengan la calidad de distrito.

Acto seguido, la Doctora Cecilia realizó el análisis del Artículo 165 del Código General del Proceso. En la parte final del primer inciso menciona que para cualquier otro medio de prueba que sea útil para la formación del convencimiento del juez, el juez practicará las pruebas no previstas en el Código de acuerdo con las disposiciones que regule medios semejantes según su prudente juicio, preservando los principios y garantías constitucionales. Por lo tanto, es obligatoria, especial e innominada establecida en la Ley 1996 de 2019. En otras palabras, es un mecanismo que le permite a la persona con discapacidad con el acompañamiento de un facilitador como lo dice el decreto 487 del 1° de abril de 2022, y con el acompañamiento de su núcleo de su red familiar, expresar su voluntad se necesita apoyos.

Lo anterior, no es una regla general para todas las personas con discapacidad mayores de edad con miras a ejercer su capacidad legal. Igualmente, el informe es importante porque permite conocer la persona con discapacidad y su propio entorno familiar, además, se realiza con la persona con discapacidad, no a través de la persona con discapacidad, conforme lo expone el lineamiento y el protocolo nacional.

El informe de valoración ayudará para entender qué ajustes razonables necesita la persona, si necesita un intérprete, un macro tipo o sistema braille, en aras de manifestar su propia voluntad y preferencias y, así mismo, participar dentro de la celebración del acto jurídico. Por lo tanto, el proceso de valoración de apoyos es un proceso flexible que permite aportar al juez un conocimiento técnico, es un proceso de interlocución con la persona con discapacidad, es una cercanía que permite tener un conocimiento de la persona con discapacidad con el fin de conocer su proyecto de vida, su voluntad, sus decisiones cómo las quiere tomar y cuándo las quiere tomar.

El informe de valoración de apoyos y su informe final, no es un diagnóstico, es una valoración que se hace a la persona con discapacidad como sujeto pleno de derechos, es quizás una valoración que se pueda hacer de todo el entorno de la necesidad o no necesidad de apoyo. Así pues, no es una prueba pericial y por eso es una prueba innominada, especial y obligatoria.

“  
**Toda persona  
con discapacidad  
necesita acudir  
ante un juez,  
notario o centro  
de conciliación.**  
”



El informe también muestra, las capacidades, las habilidades de la persona con discapacidad, se centra en sus aspiraciones, en sus sueños, en sus preferencias, en la elección de vida que quiera la persona con discapacidad.

Al respecto, el doctor Quiroz enfatizó en que toda persona con discapacidad necesita acudir ante un juez, notario o centro de conciliación. Al respecto, fue viable reflexionar sobre qué actos realmente necesitan esa posibilidad de apoyo. Por ejemplo, si una persona con discapacidad quiere adoptar un hijo necesitará de un apoyo, por lo que puede acudir ante un notario y no necesariamente con el acompañamiento de la valoración de apoyo. También lo puede hacer no solamente para los temas patrimoniales sino para temas personales.

Con relación a lo anterior, específicamente con los temas patrimoniales, el magistrado Quiroz señaló que una persona con discapacidad que no tiene bienes, no es reconocida en sociedad lo cual es un infortunio. En ese orden de ideas, el Doctor indicó que junto con la Corte Suprema adelanta un proceso de revisión para determinar cómo se puede hacer una redistribución equitativa y no imponer toda la carga al juez. Además, los jueces tienen que entender que, si una persona con discapacidad estaba en una interdicción y no hace la solicitud para la revisión de su proceso, el solo hecho que llame el juez necesariamente puede levantar la medida correspondiente.





  
**La directiva anticipada, es el mecanismo mediante el cual la persona con discapacidad decide tomar un apoyo eventual, es decir, para un momento específico en el futuro, por lo que esta directiva no tiene un término, aunque se puede cambiar.**  


En adición, el magistrado Hernán Correa señaló que hay dos grandes retos para la implementación de la Ley 1996 de 2019: el primero, sobre el acceso a la justicia y el segundo sobre el acceso a las autoridades administrativas. La Ley 1996 de 2019 es muy amplia en dar a diferentes tipos de autoridades la posibilidad de concurrir para ciertas verificaciones. Por lo anterior, es viable cuestionarse cómo se desarrolla el proceso y cuál debería ser la función de las autoridades administrativas.

Al respecto, la doctora Cecilia Diez dijo que la ley habla de apoyos, pero establece tres mecanismos de apoyos formales y no a los apoyos para el diario vivir: el aporte de apoyo, las directivas anticipadas y el proceso judicial de apoyo. Por ello, se puede celebrar ante los notarios o ante un conciliador extrajudicial en derecho, inscrito en un centro de conciliación. Esta es la razón por la cual hay un defensor de familia. Ahora bien, aunque la audiencia de formalización de apoyo se pueda llevar a cabo por medio de un conciliador, hay que dejar en claro que no es una conciliación. En ese este tipo de audiencia no se está manejando un conflicto, se está formalizando la voluntad de la persona.

Por otra parte, manifestó que los acuerdos de apoyo tienen un término máximo de 5 años que no son prorrogables, sin embargo, se puede realizar el proceso de nuevo. De otro lado, con relación a la directiva anticipada, es el mecanismo mediante el cual la persona con discapacidad decide tomar un apoyo eventual, es decir, para un momento específico en el futuro, por lo que esta directiva no tiene un término, aunque se puede cambiar. Finalmente, en los procesos judiciales según la Ley, no hay un término en estricto sentido. No obstante, la norma establece como una salvaguarda una duración y dice en el literal B del numeral 8° del Artículo 38 de la Ley 1996 de 2019 que en la sentencia se debe establecer un término de duración del apoyo. En ese sentido, lo anterior es una salvaguarda porque es una medida para evitar un abuso, por ejemplo, en personas con ciertas discapacidades cognitivas se debe establecer un término de apoyo, teniendo en cuenta que el estado de lucidez puede variar en un futuro. Por lo tanto, la revisión es muy importante en aras de llegar a una conclusión final respecto del apoyo.

Juliana Bustamante habló sobre la paradoja de que las personas tengan capacidad, pero no la tengan en la práctica. Mencionó dos aspectos coyunturales: el problema de la revisión de los procesos donde interviene el Consejo Superior de la Judicatura que actúa frente a la poca o insuficiente capacitación en los territorios y la falta de conexión o diálogo entre el plano judicial y las personas. En suma, también se carece de apoyos financieros para tener equipos interdisciplinarios, algo que pide la ley para generar los informes de valoración de apoyo.

En efecto, se reiteró un reto en términos de política pública en aras de actualizar las necesidades para articular ese análisis con la construcción

“  
**Hay que hacer una reflexión que va más allá de las jurisdicciones, que involucra el sector del gobierno, el sector de promoción social.**  
”

de un sistema nacional de cuidado que se articule con la política pública de discapacidad. De otro lado, la búsqueda de brindar medidas de asistencia a las personas cuidadoras está conduciendo en la perpetuación de las personas con discapacidad, a sus cuidadores. Lo anterior, es muy problemático porque va en contra del desarrollo de los derechos de la autonomía de la vida, independiente de qué es lo que busca la Convención y lo que se busca con el reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad. En ese orden de ideas, la Doctora Bustamante cree que hay que hacer una reflexión que va más allá de las jurisdicciones, que involucra el sector del gobierno, el sector de promoción social. Estos otros sectores tienen que tomar en cuenta los temas de cuidado y los temas del abordaje de la discapacidad desde los derechos.

En su última participación, la Doctora Diez Cecilia dijo que sí existe apoyo con representación de acuerdo con el Artículo 48 de la Ley 1996 de 2019, pues este establece que una persona que ha sido designada mediante sentencia de apoyo puede solicitar ante un juez la autorización para actuar con representación demostrando que la persona con discapacidad está en absoluta imposibilidad en manifestar su propia voluntad y preferencias. Así mismo, se debe demostrar que esa persona de apoyo es la que mejor puede interpretar la voluntad de la persona con discapacidad



Al respecto, la Doctora indicó que el tema del diálogo es un tema muy importante, pues hay un gran valor en la transversalización de los debates en las diferentes jurisdicciones, pero también de las diferentes disciplinas que van más allá del derecho. Es menester recordar la capacidad legal y los avances que ha hecho la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia frente al tema de la toma de decisiones con apoyos, sumados al reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad, al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en línea con lo que se ha logrado con la Comisión de Naciones Unidas. Así pues, el sistema está en deuda con la región para referirse al tema de discapacidad e incluso, para repensar o para considerar la posibilidad de que se negocie un nuevo tratado de los derechos de las personas con discapacidad a nivel interamericano que permita a las personas que sufran vulneraciones a sus derechos llevar sus casos hasta la Corte Interamericana de Derechos Humanos y, en efecto, poder ser titulares de derechos específicos en el marco del sistema.

# **Conferencia de cierre**



## **Diana Fajardo Rivera** Vicepresidenta de la Corte Constitucional de Colombia

Magistrada de la Corte Constitucional desde el 6 de junio de 2017. Abogada y politóloga con especialización en Gestión Pública e Instituciones Administrativas de la Universidad de los Andes. Cuenta con una experiencia laboral de más de 30 años, en los que ha laborado tanto en el sector público como privado. En el sector público su trabajo se ha enfocado en el Derecho Constitucional. Participó en el proceso que culminó con la promulgación de la Constitución de 1991, en el cargo de asesora de las consejerías presidenciales para la Reforma y la Asamblea Constitucional y para el Desarrollo de la Constitución. Además, se desempeñó como Magistrada Auxiliar de la Corte Constitucional. Por otra parte, se ha dedicado a la asesoría jurídica de entidades territoriales y del orden nacional, como el Ministerio del Interior y la Presidencia de la República. En su trayectoria ha asumido cargos directivos como en la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

Las conferencias y grupos de trabajo del evento en mención han arrojado un balance más que positivo que motiva a continuar con estos escenarios de diálogo entre jueces y tribunales. Hace unos años Ronald Dworkin planteó una linda metáfora para entender el derecho, propuso imaginarlo como una novela en cadena, en la que cada participante lee e interpreta los capítulos que le anteceden para luego escribir un capítulo nuevo. Este ejercicio colectivo, que también es una forma de dialogar, requiere de una coherencia narrativa y de compromiso entre los múltiples actores por buscar el mejor relato posible.

Las reflexiones de estos días conducen a pensar una imagen más ambiciosa que la novela en cadena, pero quizá más apropiada para nuestro contexto, es la imagen del derecho como un gran pilar de diversos colores, participativo y horizontal, pero también conjuntos medulares que soportan la red. Un gran telar con múltiples manos que tejen de manera simultánea, con tensiones y, por momentos, sin una coherencia narrativa clara, pero con el propósito de materializar fielmente los mandatos constitucionales y con el potencial de arroparnos a todas y todos. Reivindicar la imagen del telar común es consecuente, además, con el pluralismo y con la multiculturalidad que reclama nuestra Carta Política; los hilos y las telas han servido como instrumento de los pueblos negros e indígenas para denunciar, recordar, arropar y sanar. Son esas puntadas individuales las que dan vida a un relato colectivo.

La última vez que revisé las estadísticas de la Corte Constitucional el contador de tutelas llegaba a 8.816.214, literalmente millones de expedientes en los que, juzgados, tribunales y altas cortes han fungido como jueces constitucionales para resolver demandas de derechos fundamentales; de estas casi 9 millones de tutelas menos del 1% son seleccionadas por la Corte, esta gigantesca labor se asemeja a la de un gran telar común. No se trata de una novela escrita secuencialmente desde la autoría exclusiva de la Corte Constitucional, asistimos —más bien— a un entramado de actores que trabajan simultáneamente para administrar justicia, desde distintas jurisdicciones a nivel interno y supranacional y que no necesariamente responden a una única narrativa, sin que ello suponga caer en la incoherencia.

Reconozco que la imagen de un gran telar como común puede parecer abrumadora porque parece poner entre dicho la noción clásica de derecho

“  
**Tal apertura al diálogo no es un fenómeno gratuito sino consecuente con la Carta Política de 1991, pues en efecto nuestra constitución tiene una orientación a nutrirse de los instrumentos internacionales de protección de los Derechos humanos.**  
”

1 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-146 de 20 de mayo de 2021. Magistrada ponente: Dra. Cristina Pardo Schlesinger. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2021/C-146-21.htm>

como un sistema completo, jerarquizado y lógico. El telar, por el contrario, supone una constelación de participantes que, a diario, desde distintas técnicas, deshilvanan y vuelven a hilvanar el ordenamiento jurídico. Por ello, también veo en esta imagen una oportunidad para potencializar la justicia constitucional y encauzar de una forma más prometedora los conflictos que inevitablemente surgen en las distintas autoridades.

Por lo anterior, es menester plantear las siguientes conclusiones:

#### **I. Diálogo con tribunales constitucionales**

Hemos asistido al diálogo con tribunales e instrumentos internacionales de protección a los derechos, práctica que hace tan solo unas décadas parecería tan etérea. Basta con recordar que, en 1978, al revisar la constitucionalidad del estatuto de seguridad del momento, la Corte Suprema de Justicia rechazó de plano los cuestionamientos que varios ciudadanos formularon desde el Derecho Internacional. Según se lee en la ponencia “Estas cuestiones son problemas de relaciones interestatales que por lo mismo no pueden definirse ante tribunales nacionales como asuntos de derecho interno”. Es que, como lo señala Roberto Gargarella, durante muchas décadas, no solo en Colombia sino en la región, el derecho local se las había ingeniado para relegar el Derecho Internacional.

La Constitución de 1991 y la jurisprudencia de las altas cortes revirtieron esta tendencia. En particular, desde sus inicios, nuestro tribunal constitucional ha recurrido al Derecho Internacional tanto en su acepción estricta como al denominado “Derecho blando”. De este modo, es posible encontrar en la jurisprudencia referencias a la CADH para dar alcance al principio de doble conformidad en materia penal; a las observaciones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales para entender el derecho al mínimo vital al agua, a los principios Pinheiro para resolver la situación de los segundo ocupantes dentro de los procesos de restitución de tierras, o como escuchamos ayer, a los informes de la Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales para entender los enormes desafíos que supone la crisis climática.

Tal apertura al diálogo no es un fenómeno gratuito sino consecuente con la Carta Política de 1991, pues en efecto nuestra constitución tiene una orientación a nutrirse de los instrumentos internacionales de protección de los Derechos humanos y a buscar una integración regional. Desde el preámbulo declara el objetivo de impulsar la integración de la comunidad latinoamericana al punto que encomienda avanzar a la transformación de una comunidad latinoamericana de naciones. A nivel jurídico la Constitución incluyó varias cláusulas de apertura al Derecho Internacional de los Derechos humanos, los artículos 5, 53, 94, 101, 2 Y 2.14-2 siendo el más conocido el artículo 93. A partir de ellos la jurisprudencia ha desarrollado el concepto de bloque de constitucionalidad, según el cual la Constitu-

ción no se limita a los contenidos de su texto, sino que incorpora otros mandatos que robustecen la carta de principios y derechos.

El anterior enfoque ha permitido avances importantes en la apropiación de los instrumentos internacionales en el derecho local y la posibilidad de diseñar mecanismos de complementariedad entre la jurisdicción nacional y asistencias regionales; un ejemplo de ello ha sido el uso de la acción de tutela para exigir a nivel interno el cumplimiento de las medidas cautelares dictadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Pero más allá de esos casos exitosos de complementariedad, el debate continúa abierto en los escenarios donde surgen diferencias entre los distintos sistemas normativos o al menos una aparente contradicción. Tales escenarios suscitan las preguntas que se abordaron en el día de ayer sobre la relación entre el bloque de constitucionalidad y el control de convencionalidad; la Corte Constitucional ha tenido varias aproximaciones al control de convencionalidad, algunas más próximas a esta figura mientras que otras se han apartado de su vinculatoriedad.

En un reciente fallo, sobre el tema que fue comentado en este evento, en la sentencia C-146 del 2021<sup>1</sup> la Corte reconoció el valor hermenéutico de la jurisprudencia interamericana y la posibilidad de que esta reabra un asunto previamente revisado por la Corte Constitucional, siempre y cuando —entre otros criterios— este nuevo análisis ofrezca un mayor grado de protección a los derechos que fueron otorgados por la Constitución. Así mismo, la posición mayoritaria de la Corte Constitucional descartó que los jueces nacionales estén llamados a realizar un control de convencionalidad en tanto que en ello tendría punto de partida la supremacía de la CADH y llevaría a prescindir de la Constitución Política para determinar la validez de las normas nacionales. Este es pues un punto medular de la discusión y que no se encuentra aún saldada, ¿cómo entendemos la interacción entre la jurisprudencia nacional y los órganos regionales de derechos humanos?, ¿es acaso una confrontación? ¿Complementariedad? o más bien, ¿de construcción colectiva y pluralista de un corpus iuris interamericano?

Plantear el debate antedicho en términos de la supremacía de la Constitución Política de 1991 o de la CADH puede conducirnos a una visión de todo o nada que dificulta avanzar en ese gran telar común de los Derechos humanos. Sin embargo, es a partir de estas reflexiones que hemos escuchado en este Encuentro, que es posible apuntar a una relación de cooperación y armonización, cuyo fin último será la protección del ser humano, de la naturaleza y de los demás seres con quienes compartimos nuestro planeta. Por supuesto, esta visión no conlleva una adopción acrítica de las posiciones asumidas por la CIDH en su rol de intérprete auténtico de la CADH, pero el criterio de decisión radica más bien en el principio pro persona, según el cual en caso de discrepancia entre las normas del derecho interno o de Derecho Internacional el juez debe aplicar siempre la



“  
**¿Cómo sabemos que existe un consenso sobre el alcance de un derecho sin que ello implique elegir un juez regional absoluto que vacíe las competencias de los órganos nacionales? Por lo que escuchamos entiendo que estos son interrogantes que continúan abiertos a la discusión.**  
”

norma o interpretación que resulte más favorable para la protección de los derechos de la persona.

Sin embargo, el planteamiento previo deja abiertos varios interrogantes que pueden tornarse irresolubles, por ejemplo, cómo determinar cuál postura jurisprudencial reivindica mejor el principio pro persona y en últimas quién lo determina si persisten las diferencias entre los órganos judiciales. ¿Cómo sabemos que existe un consenso sobre el alcance de un derecho sin que ello implique elegir un juez regional absoluto que vacíe las competencias de los órganos nacionales? Por lo que escuchamos entiendo que estos son interrogantes que continúan abiertos a la discusión. Además, sería ingenuo pensar que siempre llegaremos a un consenso acerca del alcance de los derechos y de la mejor forma de protegerlos.

## **II. Diálogo por las jurisdicciones nacionales**

Es interesante observar cómo a nivel interno han surgido similares desafíos e interrogantes en el diálogo entre las distintas jurisdicciones pese a que existe un marco constitucional común. Nuestro texto constitucional invita al diálogo, es cierto que a la Corte Constitucional se le confió la guardia, la integridad y supremacía de la carta política, pero también lo es que existe un control difuso que le permite a otras autoridades plantear una excepción de inconstitucionalidad, que todos los jueces de la República están llamados a ser jueces constitucionales cuando resuelven acciones de tutela. Acción de tutela no es el único instrumento para defender derechos fundamentales, de hecho, por definición es un mecanismo subsidiario frente a las vías ordinarias, y que sumado todo lo anterior nuestra carta reconoció el derecho propio de los pueblos indígenas y la necesidad de coordinación con el sistema nacional.

Así mismo, es importante recordar que en Colombia la función judicial es ejercida por diversos jueces, tribunales, y que coexisten varios órganos de cierre: la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional. En estas primeras décadas se han hecho palpables los desafíos que supone para la seguridad jurídica y el principio de igualdad contar con 3 órganos de cierre; situación que por momentos ha conducido a escenarios difíciles que la opinión pública ha catalogado como “choque de trenes”, pero este diseño también ha propiciado un diálogo entre las jurisdicciones así como la extensión de los principios de derechos y valores de la Constitución Política, dando lugar a una constitucionalización del derecho.

De este modo, la máxima según la cual la “Constitución es norma de normas”, se ha vuelto tangible en distintas disciplinas. Como escuchamos esta mañana, su impacto ha sido evidente en el Derecho Penal, quizá por la libertad humana y el castigo a cargo del Estado, esta disciplina se encuentra en una posición sensible a la constitucionalización. A su vez, esta mañana se propuso una comprensión del instrumento de la casación





como un mecanismo de control de constitucionalidad, también se destacó el impacto de la Constitución en la participación de las víctimas en el proceso penal o para trazar los límites sustanciales a los pre-acuerdos. Igualmente, el origen de las normas rectoras del Código Penal y en específico de los fines de la pena vienen de la propia Constitución, tal y como lo ha explicado la Corte Suprema de Justicia; postulados que también han sido determinantes para frenar los excesos del populismo punitivo y para avanzar en los pronunciamientos estructurales en materia carcelaria y, más recientemente, en estaciones de policía y otros lugares de detención transitoria.

Hay otras dos disciplinas en las que los desequilibrios de poder y la necesidad de salvaguardar la parte más débil ha abierto las puertas a la Constitución de 1991, me refiero al derecho al trabajo y al Derecho Administrativo en los que la influencia de la Constitución ha sido determinante para abordar la asimetría entre el trabajador y su empleador de un lado y entre el ciudadano y el Estado del otro. En materia laboral fuimos testigos, a través de los panelistas, de cómo las jurisdicciones constitucional y ordinaria han tenido aproximaciones similares, aunque mantienen distancias en algunos puntos. No obstante, ambas jurisdicciones comparten la necesidad de aplicar el principio de favorabilidad en la interpretación de las cláusulas, a pesar de que subsisten diferencias importantes en el

2 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-215 de 16 de junio de 2022. Magistrada ponente: Dra. Natalia Ángel Cabo. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2022/SU215-22.htm>

“  
**Es importante detenerse en el escenario de la tutela contra providencia judicial, este caso ha probado ser valioso en la medida en la que es allí que la Corte Constitucional ha impulsado que las demás jurisdicciones constitucionalicen la interpretación de sus marcos normativos.**  
”

alcance que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional le otorgan a dicho principio. Algo similar ocurre con respecto al principio de la condición más beneficiosa en materia pensional y los criterios sobre despido discriminatorio y como la constitución impacta las relaciones laborales en particularmente los casos de terminación contractual.

En el campo del Derecho Administrativo la asimetría entre el ciudadano y el Estado ha quedado en evidencia en los casos de responsabilidad por privación injusta de la libertad, tanto a la luz del Derecho Penal como del derecho de la responsabilidad de la administración y del Derecho Constitucional. También resalto cómo los panelistas de este módulo explicaron frente a la caducidad de las acciones administrativas en asuntos que involucran delitos de lesa humanidad se ha venido gestando un diálogo trilateral entre la Corte Constitucional, la Corte Interamericana y el Consejo de Estado.

Ahora bien, la constitucionalización del Derecho Civil se ha topado con el amplio respeto hacia la autonomía privada que se reconoce a los particulares y sus transacciones en su vida privada, sin embargo cómo escuchamos de nuestros panelistas, la constitución recorre los intersticios de la familia, el concepto de persona y las relaciones económicas, de ahí que, por ejemplo las cláusulas constitucionales de autonomía y de libertad personal se materializan con el nuevo paradigma de la presunción de la capacidad legal de las personas en situación de discapacidad.

Dicho lo anterior, es importante detenerse en el escenario de la tutela contra providencia judicial, este caso ha probado ser valioso en la medida en la que es allí que la Corte Constitucional ha impulsado que las demás jurisdicciones constitucionalicen la interpretación de sus marcos normativos. Además, los distintos órganos de cierre han acogido esta metodología de análisis y por cuenta propia han avanzado en ese camino, pero no ha sido una labor pacífica, esto se evidencia con especial intensidad en los casos de tutela contra providencia judicial que se dirigen contra decisiones de altas cortes.

En los últimos 5 años se han radicado en la Corte Constitucional 2.557.585 expedientes de tutela, de este volumen menos del 1% es seleccionado, y entre los expedientes seleccionados, se han proferido alrededor de 404 sentencias de tutela contra providencia judicial, de las cuales a penas 147 se dirigen contra una alta corte. Dicho de otra manera: del universo total de tutelas en este último lustro a penas de 0.006% ha dado lugar a un pronunciamiento de la Corte Constitucional contra una demanda de tutela contra una decisión de alta corte. Aunque es un número cuantitativamente irrelevante, es innegable su impacto en el ordenamiento en términos de seguridad jurídica, coherencia en el sistema y respeto por el principio de igualdad en la aplicación de la ley. De ahí que, la metodología de análisis de

tutela contra providencia judicial parte de concebirla como un escenario excepcional sujeto a la verificación rigurosa de unas causales genéricas y específicas, además la Corte Constitucional ha sido enfática en señalar que esto supone un juicio de validez y no un juicio de corrección del fallo, tal enfoque impide que el mecanismo de amparo sea utilizado indebidamente como una instancia adicional para discutir asuntos de índole probatoria por interpretación de la ley que dieron origen a la controversia.

Ahora bien, cuando la tutela se dirige contra decisiones de las altas cortes, se espera una argumentación aún más codificada al punto de que el amparo sólo sea procedente cuando la decisión cuestionada es definitivamente incompatible con el alcance y el límite de derechos fundamentales que han sido desarrollados por la Corte Constitucional o en los eventos en que se genera una anomalía de tal entidad que es necesaria la intervención, pero aún bajo estas premisas excepcionales, la tutela contra providencia judicial, sigue siendo un asunto delicado en tanto puede conducir





a escenarios que erosionan la confianza ciudadana en las instituciones y la coherencia del sistema jurídico.

Esta es una problemática en la que es importante continuar trabajando, reforzando los espacios de diálogo entre las jurisdicciones y por lo cual resulta útil dejar planteadas dos ideas:

- La primera idea tiene que ver con la teoría del precedente, cuya naturaleza posibilita un escenario de diálogo. En efecto, en sede de tutela la Corte Constitucional ha explicado que el deber de aplicación de su precedente no es absoluto, por lo que el funcionario judicial puede apartarse válidamente de él; amparado —eso sí— por los principios de independencia y autonomía judicial. Tal posibilidad no es una cuestión menor, por el contrario, reivindica el carácter deliberativo ideológico que ha guiado la labor de la Corte Constitucional estas últimas 3 décadas. Su jurisprudencia, aunque contiene un elemento de autoridad que mantiene cohesionada la red, el tejido, se construye también a partir de escenarios de diálogo que se entretajan más allá del recinto de la Sala Plena, esta es



**Cuando decimos que todos somos jurisdicción constitucional entendemos que la fuerza vital de la carta política no se limita a la labor de la Corte Constitucional, sino que es un ejercicio colectivo participativo y horizontal que no necesariamente uniforme y centralizado, uno que ofrece espacios para los disensos, y que reconoce varias narrativas sin que eso rompa su red.**



una Corte que escucha, es una Corte que pregunta, que busca conceptos y que también está dispuesta a reexaminar sus posturas, teniendo como norte alcanzar la tesis que mejor desarrolle los derechos y principios constitucionales comprometidos.

- La segunda idea es la necesidad de profundizar en la noción de relevancia constitucional como criterio general de procedibilidad de la tutela contra providencia judicial. Allí se encuentra una herramienta clave de auto restricción para el juez constitucional que evita abrir escenarios de tensión sobre materias que realmente no son de interés para el Derecho Constitucional y de las que tiene más sentido reconocer un margen de autonomía amplio a las jurisdicciones especializadas. En esta dirección, la sentencia SU-215 del 2022<sup>2</sup> explicó que “corresponde al juez de tutela constatar entre otros que el asunto tenga la entidad para desarrollar la constitución política o determinar el alcance de un derecho fundamental y que la controversia no se limite a una discusión meramente legal”. Estos criterios van en la dirección correcta para evitar tensiones innecesarias con otras jurisdicciones, pero que aún deben ser pulidos. En efecto, la constitucionalización del derecho ha supuesto una incursión amplia en el ordenamiento jurídico por lo que no siempre es claro cuando se está dando alcance de un derecho fundamental ni en qué consiste una discusión meramente legal, si por definición todo proceso judicial tiene como fin precisar las pretensiones sobre un derecho.

#### **Conclusiones**

Para terminar, es pertinente retornar al pilar común. Cuando decimos que todos somos jurisdicción constitucional entendemos que la fuerza vital de la carta política no se limita a la labor de la Corte Constitucional, sino que es un ejercicio colectivo participativo y horizontal que no necesariamente uniforme y centralizado, uno que ofrece espacios para los disensos, y que reconoce varias narrativas sin que eso rompa su red. Esta apuesta retoma la imagen de tejido para entender la constelación de actores que participamos en la defensa de la Carta Política de 1991; jurisdicción constitucional somos todas y todos, todas las personas que vinimos a Villa de Leyva, pero también lo son todos los jueces y magistrados que desde los territorios administran justicia. Lo es la JEP en su transitar hacia la paz y la justicia que el conflicto nos arrebató. Así como lo son las autoridades ancestrales de los pueblos indígenas cuando resuelven las desarmonías de su derecho propio.

Jurisdicción constitucional también son los instrumentos del Derecho Internacional de protección de los Derechos humanos que permiten trazar un puente entre los artículos 4 y 93 de nuestra carta política y ¿Por qué no? la posibilidad de poder dialogar con sus órganos de interpretación autorizada, con el fin de determinar el contenido vivo de nuestra Constitución. Esta visión que ha surgido a partir de las interesantes discusiones de aportes de este encuentro tiene una ventaja que se manifiesta como

“  
**La Corte  
Constitucional  
no defiende  
una pretendida  
infallibilidad, sino  
la búsqueda  
permanente de  
la postura que  
mejor materialice  
la protección a  
los principios,  
derechos  
y valores  
superiores.**  
”

una contienda virtuosa entre sus participantes, una contienda cuya meta no radica en determinar quién tiene la última palabra sino más bien en quien ofrece una interpretación más completa de los derechos, principios y valores constitucionales objeto de protección.

Hemos hecho referencia a que la teoría del precedente es estricta y flexible a la vez, y que esta Corte se ha mostrado dispuesta a dialogar, a ser cuestionada y a revisar su propio precedente; desde esta concepción del derecho, la Corte Constitucional no defiende una pretendida infalibilidad, sino la búsqueda permanente de la postura que mejor materialice la protección a los principios, derechos y valores superiores, incluyendo —por supuesto— el bloque de constitucionalidad. De esta competencia virtuosa, el ganador último no son las cortes, es el ser humano en cuanto sujeto de derechos.

En las reflexiones anteriores se presenta un riesgo latente de que la noción del diálogo se pierda en una simple decisión de autoridad, una última palabra. En respuesta a este riesgo creemos que el telar requiere puntos de cohesión y estos puntos de cohesión dependen de la autoridad de algunos órganos, pero la riqueza del tejido sus colores y las formas de tejer se nutren siempre del diálogo sincero. Debemos creer que el telar común es posible y que esa no es una apuesta ingenua, aunque es necesario reconocer que la constelación de actores trae un desafío de seguridad jurídica y de coherencia en el sistema; esto no debe llevar a perder la confianza en que el orden jurídico puede nutrirse de la espontaneidad de la periferia y que la diversidad hace más fuerte, completa y duradera la unidad.

Para finalizar dejo dos apuestas metodológicas:

- El diálogo sincero requiere de una predisposición por entender la postura del otro, de donde surgen sus tesis y en qué contexto particular se enmarcan y cómo las podemos abordar de manera genuina, algo que no necesariamente se logra solo leyendo decisiones judiciales.
- En ocasiones se ha preferido hablar de mínimos, antes que de máximos. Hay temas en los que no podremos ponernos de acuerdo, pero habría que fijar primero si se trata de un asunto de relevancia convencional o constitucional; o más bien de materias en las que es posible conceder un margen de mayor autonomía sin sacrificar la unidad del sistema. A veces nos hará falta o no desgastarnos por buscar un consenso, bastaría con verificar y aceptar las diferencias.