



UNIVERSIDAD DE  
SAN BUENAVENTURA  
CALI

# INTERPRETACIÓN DEL **DERECHO** CONTEMPORÁNEO

EN EL MARCO DE LAS DECISIONES  
JUDICIALES Y POLÍTICAS



**LEONARDO SABOGAL MURCIA**

COMPILADOR

**2021**







*Interpretación del derecho contemporáneo  
en el marco de las decisiones judiciales y políticas*





UNIVERSIDAD DE  
SAN BUENAVENTURA  
CALI

# Interpretación del derecho contemporáneo en el marco de las decisiones judiciales y políticas

Leonardo Sabogal Murcia  
(COMPILADOR)

2021

*Interpretación del derecho contemporáneo en el marco de las decisiones judiciales y políticas*

Interpretación del derecho contemporáneo en el marco de las decisiones judiciales y políticas / Compilador. Leonardo Sabogal Murcia, --Cali : Editorial Bonaventuriana, 2021

159 p.

ISBN: 978-958-5415-78-2

1. Decisiones judiciales 2. Decisiones políticas 3. Argumentación jurídica 4. Interpretación del derecho 5. Derechos fundamentales 6. Derecho a la información I. Sabogal Murcia, Leonardo, compilador II. Oliveros Ortiz, Stephanie III. Sabogal Murcia, Leonardo IV. Van Arcken Salas, Erika V. Mogollón Lora, Diana Carolina VI. Fernández Mejía, Diana VII. Cardona Arango, Juan Felipe VIII. Blanco Medina, Carolina María IX. Castillo Castillo, María Liliana X. Unzué, Martín XI. Tit

340.11 (D 23)

I61

© Universidad de San Buenaventura Cali

 Editorial Bonaventuriana

*Interpretación del derecho contemporáneo en el marco de las decisiones judiciales y políticas*

© Compilador: Leonardo Sabogal Murcia  
Grupo de Investigación Problemas Contemporáneos del Derecho y la Política (Gipcodep)

© Universidad de San Buenaventura

© Editorial Bonaventuriana, 2021  
Dirección Editorial Cali  
Carrera 122 # 6-65  
PBX: 57 (2) 318 22 00 - 488 22 22  
e-mail: editorial.bonaventuriana@usb.edu.co  
www.editorialbonaventuriana.usb.edu.co  
Colombia, Suramérica

Dirección editorial: Claudio Valencia Estrada  
Corrección de estilo: Carlos Jaime Castilla Peláez  
Diseño y diagramación: Silvier Oscar Robledo Ocampo

Los editores académicos son responsables del contenido de la presente obra. Prohibida la reproducción total o parcial de este libro por cualquier medio, sin permiso escrito de los editores.

ISBN: 978-958-5415-78-2

Edición digital

Cumplido el depósito legal (Ley 44 de 1993, decreto 460 de 1995 y decreto 358 de 2000)

Impreso en Colombia - *Printed in Colombia*

2021

# Contenido

Prólogo .....	9
Introducción .....	11
<b>PARTE I</b>	
<b>Decisión judicial .....</b>	<b>15</b>
La transmutación implícita en la justiciabilidad de derechos por la Corte Constitucional colombiana: caso de los derechos a la consulta previa y al ambiente sano .....	17
Introducción .....	17
Aspectos metodológicos .....	18
El concepto de derecho fundamental y su contenido o núcleo esencial .....	19
El contenido esencial de los derechos colectivos a la consulta previa y al ambiente sano en Colombia.....	21
Ámbitos de protección de los derechos fundamentales en Colombia: crítica de la justiciabilidad de los derechos sociales .....	28
Algunos casos de tutela de consulta previa en los cuales se protege el derecho a un ambiente sano .....	31
Principales aportes de la jurisprudencia contenciosa administrativa al mejoramiento del servicio ginecobstétrico en Colombia: periodo 1996-2017 .....	37
Introducción .....	37

Implementación de una política pública .....	38
Fase de implementación de las políticas públicas .....	40
Enfoques para la implementación de una política pública .....	40
La política de salud sexual y reproductiva en Colombia .....	43
Línea jurisprudencial: sentencias emitidas por el Consejo de Estado en las cuales analiza la falla del servicio ginecobstétrico en los últimos 20 años .....	46
Línea jurisprudencial: concepto y metodología .....	46
Elaboración de la línea jurisprudencial .....	47
El juez contencioso administrativo como garante de la implementación del subprograma ginecobstétrico, perteneciente a la política de salud sexual y reproductiva en Colombia .....	53
El Consejo de Estado como gestor activo en la implementación del subprograma ginecobstétrico en Colombia .....	53
El Consejo de Estado como facilitador de la judicialización de la política en Colombia .....	54
Estándares interamericanos del derecho de acceso a la información de las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos: una revisión de la ley de inteligencia en Colombia .....	57
Introducción .....	57
El derecho de acceso a la información en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos .....	58
Marco normativo .....	59
Principios rectores .....	60
Concepto y alcance .....	61
Obligaciones .....	62
Límites .....	64
El derecho de acceso a la información de las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos .....	65
Alcance de la reserva de la información en la Ley Estatutaria 1621 de 2013 .....	67
Los servicios de inteligencia y contrainteligencia en Colombia .....	67
La Ley de Inteligencia y Contraineligencia colombiana (Ley 1621 De 2013) a la luz de los estándares interamericanos en materia del derecho de acceso a la información .....	74

Aspectos generales.....	74
Reserva de la información de inteligencia y contrainteligencia versus el principio de máxima divulgación.....	75
Reserva de la información de inteligencia y contrainteligencia versus reserva legal .....	76
Reserva de la información de inteligencia y contrainteligencia versus el límite temporal.....	77
Reserva de la información de inteligencia y contrainteligencia versus solicitudes de información de autoridades administrativas y judiciales .....	78
Análisis de la figura de la adopción igualitaria y su armonía con el principio del interés superior del niño y el adolescente .....	83
Introducción .....	83
Acercamiento conceptual al principio del interés superior del niño y el adolescente y a la idoneidad moral del adoptante .....	84
<b>PARTE II</b>	
<b>Decisión política .....</b>	<b>99</b>
Legitimación democrática de las zonas de concentración para las Farc-EP.....	101
Introducción .....	101
La politización de la <i>nuda vida</i> .....	102
Estado de excepción.....	106
El campo como realización estable del estado de excepción.....	108
Los estados de excepción a partir de la Constitución de 1991 .....	109
Excepcionalidad en las zonas de concentración para las Farc-EP.....	112
Legitimación democrática como instrumento para superar la excepcionalidad.....	115
Caminos recorridos sin consenso.....	118
Democracia, democratización y universidad .....	121
La democracia como ampliación del gobierno universitario .....	122
La democratización de la universidad como apertura .....	126
La democratización como idea en los documentos reformistas.....	128

Los sentidos democratizadores de la apertura de la universidad .....	129
Los sentidos actuales de la democratización.....	133
La democratización como apertura y exclaustación de la investigación.....	135
Conclusiones .....	139
Bibliografía .....	145
Sobre los autores .....	157

## Prólogo

Es para mí un enorme agrado presentar esta obra. Cuando se me propuso presentar un libro sobre interpretación de las decisiones judiciales y políticas me sentí muy atraído por la idea. Si bien aprecio todo el trabajo realizado por estos excelentes autores, es preciso confesar mi preferencia por el campo de la interpretación. Este proyecto me sumergió aún más en el mundo de la hermenéutica desde dos perspectivas precisas, pero abarcando dentro de ellas diferentes matices en el quehacer del abogado.

Aunque se pueden encontrar otras obras sobre la interpretación, esta resalta por la calidad de los argumentos expuestos y la brillante manera de aplicar diversas teorías sobre casos específicos en materia judicial y política, que desembocan en diversas consecuencias jurídicas. Queda expuesto en cada uno de los capítulos que componen esta obra, la exhaustiva dedicación investigativa que se hizo. Es notable, además, la sencillez con la que se explican acontecimientos muy complejos que permiten a los lectores sin comprender sin mayores dificultades el tópico elegido.

La diversidad que se halla en las páginas por venir no se limita a ver el derecho como una ciencia estática. Por el contrario, incluye una serie de recursos donde se dejan ver las estructuras y planteamientos que han llevado a una autopoiesis de él.

Por ello, en la obra que con todo agrado presento, usted encontrará más que una guía sobre interpretación de decisiones, pues en ella se presentan multiplicidad de teorías sobre el abordaje de diferentes figuras que han generado divergencias en el quehacer del derecho como ciencia y herramienta de la sociedad.

El ideal de los escritores del presente libro no es otro que el de compartir sus conocimientos y experiencias, para que por medio de él se logre fácilmente lo que

a ellos les ha costado: dar paso a criterios adicionales para comprender el derecho apartándose de la exegesis.

Confío en que este libro podrá ayudar en la formación de profesionales y será un excelente material de estudio. Esto en cuanto a la riqueza de la información y planteamientos que brinda. Es menester usar el espacio para agradecer y compartir con los lectores los sentimientos e inquietudes que me generó esta obra y felicitar a sus autores por su excelente trabajo.

**Francisco Javier Gutiérrez Suárez,**

Profesor investigador  
Universidad Autónoma de Occidente

## Introducción

El derecho contemporáneo es en sí mismo la transformación de todos los postulados que habían de tenerse como ciertos al momento de administrar justicia. En ese sentido, al entender el estudio del derecho desde una perspectiva pragmática, resulta evidente pensar que el debate ha ido más allá de lo planteado en su momento por Bobbio respecto de la norma como válida, justa o eficaz. A partir de allí, se observa que la justicia se materializa a través de las decisiones judiciales que, estando ajustadas en un primer momento a las normas, implicarían la validez y la eficacia de estas. Sin embargo, al hacer una revisión de la aplicación del derecho contemporáneo, se encuentra que también hay decisiones judiciales fundamentadas como decisión política.

Con base en esta premisa, se ha planteado como investigación el análisis de las decisiones judiciales y las decisiones políticas en el marco de la interpretación del derecho contemporáneo. Para resolver esta problemática, el libro se ha organizado en dos partes. La primera contiene el análisis de la decisión judicial a partir de los pronunciamientos en casos concretos de la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y la Corte Interamericana de Derechos Humanos y además de ello, un análisis del principio del interés superior del niño, el cual resulta transversal a las decisiones judiciales en la actualidad. La segunda parte contiene el análisis de la decisión política, a partir del debate de la legitimización de la democracia frente a las zonas de concentración de las Farc-EP y frente al concepto de manera general.

En ese sentido, el primer apartado se dirige a estudiar la figura de la transmutación en la interpretación de derechos fundamentales por parte de la Corte Constitucional colombiana, criterio que nace inicialmente para garantizar la justiciabilidad de derechos económicos, sociales y culturales que se revisten de la esencia

de derechos subjetivos. Se pretende aquí observar la operancia de tal fenómeno manifestado de manera implícita en la interpretación de numerosos casos de tutela de consulta previa con relación al derecho al ambiente sano, a través del contenido esencial de ambos derechos colectivos. Para ello, se parte de la caracterización del núcleo esencial de tales garantías a partir de sus bienes jurídico-constitucionales interrelacionados, teniendo en cuenta aquí como punto central la teoría de Häberle.

Por su parte, el segundo apartado aborda la problemática que ha suscitado la jurisprudencia del Consejo de Estado que ahonda en el análisis de las fallas en la prestación del servicio ginecobstétrico en los últimos 20 años, en la que a la resolución de la controversia se le juntaba un argumento de carácter netamente político que se asumió de forma casi que accidental y motivado por una finalidad netamente garantista, al reconocer la necesidad de su intervención frente a la problemática relacionada con el incremento de las tasas de mortalidad materna y neonatal en nuestro país, con ocasión de un patrón reiterado de deficiencias en la implementación del subprograma ginecobstétrico perteneciente a la política de salud sexual y reproductiva en nuestro país. Esta asunción de un papel político por parte del máximo tribunal contencioso administrativo de Colombia, implica en sí misma una injerencia del operador judicial en los asuntos políticos del país, lo que actualmente se conoce como *judicialización de la política*, la que para el caso específico de la protección de los derechos del grupo poblacional de las gestantes y neonatos que deben acudir a los servicios ginecobstétricos estatales, ha resultado no solo oportuna y pertinente, sino fundamentalmente útil y necesaria.

Asimismo, el tercer apartado tiene como propósito analizar la compatibilidad de la Ley de Inteligencia y Contrainteligencia en Colombia (Ley 1621 de 2013) con los estándares interamericanos en materia del derecho de acceso a la información de las víctimas de las graves violaciones a los derechos humanos.

Para finalizar la primera parte, el cuarto apartado aborda el tema del principio del interés superior del niño, frente a los derechos y prerrogativas de la comunidad LGBTI en lo concerniente a la figura de la adopción igualitaria. En ese sentido, se analizan derechos y principios y la posibilidad de armonía entre ellos mediante un recuento jurisprudencial sobre la posición de la Corte Constitucional respecto al problema a lo largo de los últimos años.

La segunda parte del libro se orientará en el análisis de la decisión política y para ello se abordará la legitimidad democrática de las zonas de concentración de las Farc-EP y de manera conceptual el estudio de democracia, democratización y universalidad en el derecho.

Con base en la segunda parte, el quinto apartado se aborda con ocasión de la emisión de la Ley 1779 de 2016 que modifica la Ley 418 de 1997 o de orden público, la cual reactivó facultades al Gobierno nacional como el establecimiento de zonas de ubicación temporal para los miembros de los grupos armados al margen

de la ley para la dejación de armas y su desmovilización. Se abrió el debate sobre el efectivo reconocimiento del Estado de derecho en estas zonas y de los derechos de la población civil que habitan los territorios seleccionados. Esto conduce a un análisis inicial del aporte teórico hecho por Giorgio Agamben sobre los conceptos de nuda vida, estado de excepción y campo de concentración, con el ánimo de resolver la pregunta dirigida a identificar si dentro de estas zonas de concentración se pudo asegurar un reconocimiento del Estado de derecho y el respeto por los derechos de la población civil que viven en dichas regiones, las cuales son, en este sentido, territorios de paz.

Finalmente, el sexto apartado acomete la discusión conceptual de *democracia*, *democratización* y *universalidad*, a partir del análisis de los hechos que dieron origen a los movimientos sociales resultantes de la reforma universitaria de 1918 en Argentina en la que se democratizó el acceso a la educación superior como política de Estado con base en el criterio de la autonomía universitaria, hecho que hace poco cumplió su centenario.

Como corolario de la presentación de los temas que convergen en la investigación sobre la decisión judicial y la decisión política, es preciso hacer un reconocimiento a los investigadores Stephanie Oliveros, Erika van Arcken, María Liliana Castillo, Carolina María Blanco, Diana Carolina Mogollón y quien suscribe. Asimismo, se reconoce el aporte del investigador Martín Unzué, de la Universidad de Buenos Aires, por participar como profesor invitado en la construcción del presente manuscrito.

Sea, entonces, el presente texto la oportunidad para presentar la convergencia de las decisiones judiciales y las decisiones políticas abordadas por cada uno de los autores, como un incentivo para el debate respecto de la constitucionalización del derecho en el mundo contemporáneo, en el que ya no se puede tomar como absoluto la norma como fuente única para la interpretación.

Leonardo Sabogal Murcia



---

# PARTE I

# Decisión judicial





# La transmutación implícita en la justiciabilidad de derechos por la Corte Constitucional colombiana: caso de los derechos a la consulta previa y al ambiente sano

Stephanie Oliveros Ortiz  
Leonardo Sabogal Murcia

## Introducción

La pretensión de este trabajo es comprender el concepto de transmutación generado por la Corte Constitucional colombiana en su labor interpretativa de los derechos fundamentales, aspecto que ha permitido superar ciertas barreras en su justiciabilidad. Dentro de este contexto se toman como objeto de estudio dos derechos de carácter colectivo: el derecho a la consulta previa y el derecho a un ambiente sano. En tal sentido, se observa un patrón común en diferentes fallos de tutela sobre consulta previa,<sup>1</sup> el cual consiste en que las medidas que se dictan se vinculan a la protección del derecho al ambiente sano, sin que ello sea el objetivo principal de la acción.

En este orden de ideas, la investigación parte de la siguiente hipótesis: se identifica aquí un caso de dos derechos, derecho al ambiente sano y a la consulta previa, en el cual el primero se reviste en la esencia del segundo en la interpretación judicial de casos específicos, lo que le permite ser protegido por vía acción de tutela de manera indirecta, esto dado a la relación intrínseca que se da entre el contenido esencial de ambos derechos debido a los bienes jurídico-constitucionales con que se relacionan. Lo anterior comporta otra forma de transmutación de derechos fundamentales diferente al recurso metodológico-interpretativo generado por la Corte Constitucional en el caso de los denominados derechos económicos, sociales y culturales (DESC), se trabaja aquí en este estudio a partir de la noción de *transmutación implícita*. Se evidencia este fenómeno en casos específicos planteados en la

---

1. Sentencias T-652-98, T-880 -06, T-769-09, T-547-10, T-129-11, T-1080-12, T-294-14, T-849-14, T-461-14, T-462A-14, T-857-14, T-969-14, T-766-15, T-630-16, SU133-17, entre otras.

jurisprudencia de tutela sobre consulta previa, escenario en el cual no es explícito el uso del criterio, pero se evidencia un vínculo intrínseco de dos derechos, asunto que solo es posible en la interpretación constitucional.

En este contexto se pretende dar respuesta al interrogante: ¿cómo opera la transmutación implícita como criterio de interpretación de la Corte Constitucional que permite la justiciabilidad de derechos colectivos en el caso de los derechos a la consulta previa y al ambiente sano? Para ello se toma como punto de partida la conceptualización del núcleo esencial de los derechos fundamentales según Häberle y Alexy. En segundo lugar, se caracteriza el contenido esencial de los dos derechos objeto de estudio: la consulta previa y el derecho al ambiente sano tomando como referentes dos bienes jurídico-constitucionales. En tercer lugar, se estudian los ámbitos de protección de los derechos fundamentales en Colombia, haciendo énfasis en el criterio de interpretación de la transmutación y finalmente, se evidenciarán varios casos específicos en los que se presenta una transmutación implícita del derecho al ambiente sano en el derecho a la consulta previa en relación con su justiciabilidad y los componentes de sus núcleos esenciales.

## Aspectos metodológicos

Para el desarrollo de los objetivos propuestos se parte del paradigma cualitativo de la investigación, propio de las ciencias sociales. Desde esta perspectiva investigativa se privilegian la interpretación, la captación de sentido y la comprensión por encima de la descripción, la cuantificación y la explicación de los componentes de los fenómenos (Cerdeña, 2013; Sandoval, 2002).

En consonancia con lo anterior, el método de investigación se enlaza con la hermenéutica jurídica constitucional para efectos de la interpretación del contexto de derechos fundamentales y de principios en el marco de un Estado democrático. La hermenéutica constitucional, como caso especial de interpretación jurídica, implica un acto de atribución de significado al lenguaje normativo establecido en la constitución, en cuanto se trata de categorías normativas de rango superior. Los criterios hermenéuticos de la interpretación constitucional se derivan de los principios y valores, cuya eficacia se evidencia en la garantía de los derechos fundamentales. Aquí son relevantes la concordancia práctica de la disposición normativa, la optimización de la protección jurídica y la prevalencia del fondo sobre la forma (Gómez, 2008).

De acuerdo con lo anterior, el método investigativo de este trabajo se concreta en la investigación jurisprudencial propuesta por Latorre (2012), en la cual se estudian la fuerza argumentativa del precedente y la fuerza normativa del precedente. Conforme con el autor, la investigación jurisprudencial responde al estudio de dos aspectos: 1. las novedades y giros jurisprudenciales; 2. las *ratio decidendi* consolidadas, con prioridad en este estudio de la fuerza argumentativa y las novedades

jurisprudenciales. El criterio de elección de los fallos estudiados es que se trate de sentencias de tutela sobre el derecho a la consulta previa cuyas medidas resolutivas impuestas por el juez se direccionan a la protección del medio ambiente.

## El concepto de derecho fundamental y su contenido o núcleo esencial

El concepto de derecho fundamental ha sido un asunto de constante construcción dentro de la ciencia jurídica. Está compuesto por categorías difusas y otros elementos relativamente más precisos. Este tipo de derechos consiste en garantías cuyo fundamento iusfilosófico se halla en la dignidad humana, por lo tanto son esenciales para el desarrollo de esta. Por lo general, se erigen como el núcleo central de los ordenamientos jurídicos contemporáneos, además se revisten de una protección especial nacional e internacional<sup>2</sup> por lo que implican obligaciones de respeto y garantía por parte de los Estados. En este sentido, se trata también de principios de contenido moral que cuentan con una jerarquía jurídica superior.

La concepción de los derechos fundamentales de Alexy es uno de los trasplantes jurídicos más determinantes en la interpretación de la Corte Constitucional colombiana. Ello se evidencia en la manera de observar los principios constitucionales y la aplicación del test de proporcionalidad para la ponderación cuando se presenta colisión de derechos (Calderón, 2004). En este orden de ideas, Alexy identifica los derechos fundamentales como normas con carácter de principios, que por no tener un contenido definitivo, entran en colisión (Nava, 2015). De acuerdo con Alexy (2007), los derechos fundamentales son un conjunto de normas y proposiciones constitucionales. Las primeras tienen carácter prescriptivo y establecen lo que está permitido, prohibido u ordenado. Las segundas tienen forma de derechos a algo (haciendo alusión a los derechos subjetivos),<sup>3</sup> libertades y competencias que se relacionan con el respeto de los bienes constitucionalmente protegidos, regulando desde esta esfera las relaciones entre Estado y particulares y las que se dan entre los individuos. Este criterio no es restringido de acuerdo con la naturaleza de la textura abierta e indeterminada semántica y estructural de dichas normas constitucionales, que pueden ser directamente estatuidas como fundamentales o adscritas a derechos fundamentales. Su carácter como tales depende de la argumentación iusfundamental que se desarrolle en su interpretación.

---

2. De acuerdo con Prieto Sanchís (2009), la fundamentación de los ordenamientos jurídicos contemporáneos en los derechos fundamentales concebidos como principios de contenido moral es una de las consecuencias directas del modelo de neoconstitucionalismo.

3. El autor da por hecho que un derecho fundamental debe ser de carácter subjetivo para ser considerado como tal. Sin embargo, no conceptualiza claramente lo que ello significa en esencia. Constantemente hace referencia al “derecho a algo”.

Para comprender la estructura de textura abierta de las normas de derecho fundamental, Alexy (1988; 2007) reconceptualiza la distinción entre *principios* y *reglas* agrupándolos en la categoría de normas por su carácter deóntico. La estructura normativa de los derechos fundamentales es la de los principios, así pues las normas de derechos fundamentales son mandatos de optimización con un carácter *prima facie* que se entiende desde una fundamentación iusfundamental correcta. Ello implica que en los casos concretos pueden entrar en tensión entre sí diferentes derechos fundamentales en un caso en concreto, por lo cual el juez debe acudir a la ponderación dando más peso a un principio sobre otro.

Consecuencialmente, la interpretación judicial juega un papel esencial en la materialización y garantía de los derechos fundamentales. Por ende, también en su justiciabilidad. Esto último se conecta con la tesis proveniente de la dogmática alemana que se ha denominado el *núcleo o contenido esencial de los derechos fundamentales*, sobre la cual se han trazado perspectivas absolutas y relativas. Dentro de las primeras se concibe que dicho contenido está determinado y es abstracto porque es la esencia o ámbito nuclear del propio derecho, el cual es intocable. Únicamente su zona de penumbra podría ser afectada. Por otra parte, las tesis denominadas relativas se caracterizan por considerar que tal núcleo esencial se puede determinar mediante el principio de proporcionalidad, por lo tanto no es algo predeterminado y guarda una relación intrínseca con el interés y el bien jurídico protegido (Nogueira, 2003; Martínez y De Domingo, 2011; López, 2015).

La Corte Constitucional colombiana ha recepcionado esta teoría desde ambas concepciones. En su primera etapa se daba prioridad a las tesis absolutas, ello con la finalidad de evitar irrupciones en la dignidad humana de las personas garantizada por una joven constitución. En este sentido, el núcleo esencial tiene una zona irreductible e intocable (López, 2015). Esto se observa en sentencias que siguen la línea de la T-406 de 1992. En este orden de ideas, conforme con Bernal (2005), la Corte Constitucional colombiana ha tomado dicha tesis desde su perspectiva relativa en una serie de sentencias que parten desde el año 2001, aspecto que López (2015) ha caracterizado como la segunda etapa de la jurisprudencia sobre el contenido esencial de los derechos fundamentales extendida hasta la actualidad. Ello se evidencia fundamentalmente en los fallos que siguen la línea de la sentencia C-142 de 2001 de la Corte Constitucional.

Dentro de dichas tesis relativas, se encuentra la teoría del contenido esencial de los derechos fundamentales establecida por Häberle (2003)<sup>4</sup>, asumida por la Corte Constitucional colombiana, razón por la cual ha sido referenciada en varias de sus sentencias como por primera vez en la T-002 de 1992, aunque sin haber tomado todavía su perspectiva relativa.

---

4. Esta versión con una perspectiva institucional.

El profesor Häberle (2003) indica que la protección del contenido esencial se entiende como una garantía institucional (*Institutionelle Garantie*), dado que guarda una conexión intrínseca con los valores supremos constitucionales objetivamente establecidos, así pues, los derechos fundamentales fungen como expresión de un ordenamiento de libertad y dentro de su núcleo esencial siempre se encuentra una función social, esta noción rompe con la concepción tradicional de los derechos individuales de libertad. En palabras del autor “(...) todo ejercicio de un derecho fundamental es, en un sentido específico, una actividad social” (Häberle, 2003, p. 14).

Por otra parte, dentro del núcleo esencial de todo derecho fundamental también es necesario identificar su relación de recíproco condicionamiento con bienes jurídicos constitucionales a partir de la interpretación de todo el conjunto del sistema constitucional. De esta manera, Häberle (2003, p. 63) indica que «lo que es propio del contenido esencial de un derecho fundamental, se puede determinar, por tanto, solo por medio de una reflexión sobre los “contenidos esenciales” de los otros bienes jurídico-constitucionales».

En una línea similar a la de Alexy, Häberle considera que los derechos fundamentales operan como normas en forma de principios constitucionales cuyo contenido esencial depende también de la aplicación del principio de proporcionalidad en la configuración de sus límites, por lo tanto, este factor es de gran relevancia para determinar el núcleo esencial de todo derecho. En este sentido, la ponderación aquí señalada parte de la determinación de la interrelación de los bienes jurídicos asociados con derechos fundamentales involucrados en casos concretos.

En suma, para determinar el contenido esencial de un derecho fundamental deben observarse: 1. el contenido del principio del Estado social; 2. la armonización del derecho fundamental estudiado con los demás derechos fundamentales; 3. los bienes jurídico-constitucionales involucrados; 4. los límites que se han establecido por el legislador y el derecho, y 5. las leyes penales, puesto que todas tienen la función de proteger bienes jurídico-constitucionales y guardan relación directa con la salvaguarda de derechos fundamentales. Para Häberle, es determinante el análisis de todo ello mediante la ponderación en los casos en concreto y la identificación de la función social de los derechos.

## El contenido esencial de los derechos colectivos a la consulta previa y al ambiente sano en Colombia

Para analizar el contenido esencial de los derechos a la consulta previa y al ambiente sano es imprescindible hacer referencia al concepto de derecho colectivo, categoría dentro de la cual se encuadran y que permea su esencia. En este orden de ideas, el elemento que de manera general se señala como propio de los derechos

colectivos es su titularidad, dado que el sujeto no es un individuo sino un grupo o colectivo de personas cuya identidad o intereses son compartidos.

De acuerdo con López (2001), haciendo un análisis de Raz (1988), considera que el autor desarrolla una fundamentación “moderadamente colectivista” de los derechos colectivos, sin ser este su propósito principal. Conforme con lo que plantea en su estudio, Raz observa los derechos colectivos como aquellos que también contribuyen a hacer posible la autonomía a partir de la provisión de bienes colectivos garantizados. En este sentido, es posible afirmar que dichos bienes colectivos son el objeto principal de protección respecto a los referidos derechos, ellos deben cumplir tres condiciones para ser denominados como tales: 1. justificar que algunas personas estén sujetas a un deber; 2. el bien es público porque sirve a los intereses de los miembros de un grupo, y 3. los intereses en juego son los intereses de varios individuos como miembros de un grupo. En virtud de ello, el anterior concepto de *bien colectivo* se asocia con el de *bien jurídico constitucional* señalado por Häberle como uno de los elementos del contenido esencial de un derecho fundamental. Por ello, a partir de la identificación y caracterización de este en el marco de un derecho colectivo se puede observar parte importante de su fundamentalidad.

Para Kymlicka (1996), presentar los derechos colectivos y derechos individuales en contraposición se constituye desde una perspectiva engañosa y de poca ayuda para la comprensión de los conceptos, dado que, en realidad son complementarios puesto que el respeto a los derechos colectivos implica una maximización del bienestar individual. El autor expresa que existen dos tipos de reivindicaciones propias de un grupo étnico o nacional como fundamento de los derechos colectivos: por una parte, están las reivindicaciones contra sus propios miembros (restricciones internas) y por la otra, las reivindicaciones contra la sociedad en que se encuentra englobado el grupo (protecciones externas). Las primeras están dirigidas a mantener una cohesión e identidad entre quienes se identifiquen como miembros del grupo, por lo tanto se encaminan a limitar ciertas libertades de dichos miembros. Por su parte, las segundas van encaminadas a limitar el impacto de las decisiones tomadas en la sociedad a la que pertenecen y que engloba al grupo, pero de la que se diferencian. En esta segunda categoría se distingue el derecho a la consulta previa, mecanismo que nace para proteger a diferentes comunidades étnicas de las decisiones que afecten sus territorios y su integridad cultural.

Por su parte, la Corte Constitucional colombiana ha indicado que los derechos colectivos conllevan intereses que trascienden los motivos meramente subjetivos o particulares. Esto guarda un vínculo inescindible con la dimensión social del Estado social de derecho. En el mismo sentido, ha señalado que estos derechos conllevan una “doble titularidad”, es decir, de carácter individual y colectiva.<sup>5</sup>

5. Sentencia C-215 de 1999. Magistrada ponente Martha Victoria Sáchica de Moncaleano; sentencia C-337 de 2002. Magistrada ponente: Clara Inés Vargas Hernández.

En conclusión, los derechos colectivos son de distinta índole siempre que involucren un interés propio de una colectividad, el cual está directamente relacionado con un bien colectivo propio de lo esencial de los seres humanos y solo se goza y protege en colectivo. La titularidad frente a ellos sigue siendo una discusión inacabada. Tanto la consulta previa como el derecho al ambiente sano, contienen en su esencia este tipo de bienes. El primero se percibe a partir de la línea de las restricciones externas y el segundo de las restricciones internas y externas, sobre la base de su connotación de derecho-deber para todos sus titulares.

Por otra parte, para el estudio realizado, referente a la caracterización del núcleo esencial de los derechos aquí tratados desde el concepto de Häberle se toma como referente la relevancia de los bienes jurídico-constitucionales que determinan la substancia de fundamental de tales derechos. Esto es porque se trata del factor que más se interrelaciona en la interpretación de la Corte Constitucional y que permite una identificación de tendencias en sus fallos.

### *Concepto de los derechos a la consulta previa y al ambiente sano*

Cuando se habla en Colombia de la consulta previa y el derecho al ambiente sano se está haciendo referencia a dos derechos fundamentales y colectivos, cada uno con sus caracterizaciones particulares que componen su contenido esencial en relación con aspectos como la titularidad, la representación y los intereses que se protegen. En primer lugar, la consulta previa<sup>6</sup> es un derecho propio de las diferentes comunidades étnicas y grupos indígenas que se entienden como sujetos colectivos de protección especial, a quienes se les debe consultar frente a decisiones que puedan afectarles o respecto a la realización de proyectos, obras o actividades en su territorio. Ello en miras de la protección de su identidad étnica, cultural, social y económica, derecho que tiene también como eje fundamental la *participación*. Es por ello que debe ser previa, libre, informada (inclusive en su idioma), incondicional, de buena fe y obligatoria (Rodríguez, 2014; Morales, 2014).

De acuerdo con Viana (2016), la Corte Constitucional inicia la construcción de este derecho desde el reconocimiento temprano de la titularidad de derechos colectivos a las comunidades indígenas T-380 de 1993, partiendo de la protección reforzada constitucional con la que deben contar. Se trata, entonces, de sujetos colectivos especiales distintos a las colectividades que actúan por intereses propios de otros derechos colectivos.

Una de las perspectivas principales que señala la Corte es que se trata de un derecho fundamental de participación<sup>7</sup> de las comunidades étnicas, dirigido a preservar su integridad cultural, social y económica, para que así puedan existir

6. Reconocido internacionalmente por el convenio 169 de la OIT.

7. Sentencia SU-039 de 1997. Magistrado ponente: Antonio Barrera Carbonell.

como grupo social, con prácticas ancestrales propias de su cosmovisión. Así pues, no se trata solo del reconocimiento de una especie de derecho de defensa, aunque sí guarda conexión con el derecho al debido proceso. Posteriormente, es de gran relevancia la noción de territorialidad indígena y su repercusión en el derecho a la propiedad colectiva. Se parte aquí del artículo 330 de la Constitución y se da paso también a los principios de autodeterminación y autonomía de las identidades culturales étnicas como otro eje central.<sup>8</sup>

Por su parte, el derecho a un ambiente sano se halla enmarcado en el artículo 79 de la Constitución Política como una de las bases esenciales de lo que la Corte Constitucional ha denominado la constitución ecológica. A diferencia del derecho a la consulta previa, su caracterización como colectivo no se debe a que posea un sujeto colectivo definido; por el contrario, la titularidad está en cabeza de toda la comunidad, por lo tanto se considera que contiene un “interés difuso”. Asimismo, es necesario comprender que este derecho se erige como una condición esencial de la vida misma, por ende de desarrollo de otros derechos, dado que permite el desarrollo de las potencialidades humanas.<sup>9</sup>

Es interesante traer a colación que Ansuátegui (2009) evidencia el debate actual sobre la fundamentación de este derecho, en el cual se halla la pugna sobre si concebirlo desde una perspectiva antropocéntrica o reelaborar el discurso desde la misma naturaleza como titular de derechos.<sup>10</sup> Para el autor, es evidente que si se asume la segunda postura no tendría sentido hablar de este como derecho humano. De esta manera, dicha fundamentación debe ser asumida desde la doble dimensión de derecho-deber: como derecho porque constituye una condición *sine qua non* para el desarrollo de la vida humana, es decir, una condición esencial de la dignidad humana, y como deber a partir de un discurso de relevancia moral a dimensiones de la vida distintas de la humana y hacia otras vidas humanas. Esto lo denomina deber de conservación y no agresión al medioambiente. Para ilustrar tal punto, cita a Kant en *Lecciones de ética* cuando menciona que “todos los deberes hacia los animales, hacia otros seres y hacia las cosas, tienden indirectamente hacia los deberes para con la humanidad”.

De acuerdo con Amaya (2016), existen cuatro manifestaciones del derecho al ambiente sano susceptibles de protección jurídica: 1. como derecho humano básico a que la vida y la salud personales no sean lesionadas o puestas en peligro como consecuencia del deterioro ambiental; 2. como derecho a un razonable nivel

8. Sentencia T-652 de 1998. Magistrado ponente: Carlos Gaviria Díaz.

9. Sentencia SU-442 de 1997. Magistrado ponente: Francisco Escobar S.

10. No obstante, en el año 2016, la Corte Constitucional reconoció la titularidad de derechos del río Atrato en sentencia T-622 del magistrado ponente Jorge Iván Palacio Palacio. Aquí señala el tribunal que el río es una “entidad viviente compuesta por otras múltiples formas de vida y representaciones culturales” por lo cual es un sujeto de derecho individualizable.

de calidad ambiental; 3. como el derecho a disfrutar del patrimonio ambiental, y 4. como el derecho a proteger la propiedad privada de eventuales daños causados por contaminaciones o perturbaciones ambientales provocadas por terceros. Estas perspectivas se dan gracias al carácter difuso del derecho en su caracterización como colectivo.

Ahora bien, el derecho a gozar de un ambiente sano del cual son titulares todos los que habitan el territorio colombiano, requiere una definición de lo que es propiamente “ambiente sano”. Frente a este punto, se considera que el contenido y alcance de este deben ser fijados conforme a cada caso en concreto, dado que si se plantean en abstracto carecerán de contextualización, por ende, no tendrán en absoluto una realización efectiva. Por regla general se trata de un derecho colectivo, sin embargo, ha considerado que atendiendo las particularidades de cada caso también puede tratarse de un derecho subjetivo con mecanismos eficaces de protección<sup>11</sup>. Aunado a ello, otra dimensión consustancial a su fundamentalidad es la de la garantía de la participación de las comunidades en los espacios en que se tomen decisiones susceptibles de afectación al entorno y al medio ambiente.<sup>12</sup>

En suma, tanto la esencia del derecho a la consulta previa como del derecho al ambiente sano depende de su ser colectivo. El primero frente a una construcción de *sujetos colectivos* y el segundo frente a la atención de *intereses colectivos*. Ambos forman parte de lo que la Corte Constitucional ha denominado “Constitución ecológica”, un conjunto de mandatos, normatividad nacional e internacional que promueve, a partir de la Constitución, la protección de un ambiente sano con base en la triple dimensión de principio-derecho-deber estatal y particular.<sup>13</sup> También es importante tener en cuenta que en su esencia se halla la importancia de la participación como presupuesto fundamental para su realización.

### *Los bienes jurídico-constitucionales que determinan el contenido esencial de los derechos*

Desde una perspectiva institucional de los derechos fundamentales, Häberle (2003) considera indispensable observar la tutela de bienes jurídicos constitucionales de igual rango que involucra a cada derecho, por lo cual el contenido esencial es el reflejo de la totalidad del sistema jurídico-constitucional de valores. Así pues, todo derecho fundamental está, en correspondencia a su peculiaridad y a su concreta regulación jurídico-constitucional, en una relación axiológica, específica sólo para él, con los otros bienes jurídico-constitucionales.

En este orden de ideas, la caracterización del núcleo esencial de ambos derechos depende de la interrelación y límites de los bienes jurídico-constitucionales, cuya

11. Sentencia T-271 de 2010. Magistrada ponente: María Victoria Calle Correa.

12. Sentencia T-348 de 2012. Magistrado ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

13. Sentencia T-760 de 2007. Magistrada ponente: Clara Inés Vargas Hernández.

protección se prevé, pero también aquellos que rodean su interpretación. En este acápite es necesario señalar que esta noción guarda una relación intrínseca con los valores constitucionales que también se hallan inmersos en los fines constitucionales. En esencia, los bienes jurídico–constitucionales e caracterizan el sentido y la identidad propios de una constitución, por lo que se trata de los preceptos máximos que esta protege a partir de derechos fundamentales, valores y principios.

Conforme con lo que plantea Brudner (2011), este concepto es el eje central de la teoría constitucional y no el de derechos fundamentales como se ha pensado. Para el autor, los derechos están en función de los bienes y no viceversa, ya que estos últimos pueden entenderse como “compromisos básicos” que generan obligaciones estatales a nivel constitucional. Aquí es importante retomar el ya mencionado concepto de bien público propuesto por Raz en *The Morality of Freedom*.

Para este análisis, es imprescindible tener en cuenta que tanto la denominada Constitución ecológica<sup>14</sup> como la Constitución cultural<sup>15</sup> permiten observar diferentes bienes jurídico–constitucionales cuya relación armónica caracteriza el núcleo esencial de la Consulta previa y del derecho a un ambiente sano. No obstante, el estudio se centra en dos bienes jurídico–constitucionales específicos que permiten evidenciar directamente la transmutación de núcleos esenciales: la protección de las riquezas naturales de la nación y la diversidad étnica y cultural.

La protección de las riquezas naturales de la nación se caracteriza como bien jurídico–constitucional en la forma de principio que implica obligaciones del Estado y los particulares, se halla inicialmente en el artículo 8 de la Constitución Política. Tal bien es, por naturaleza, intrínseco al contenido esencial del derecho a un ambiente sano. Consiste en la atribución que se encuentra en cabeza del Estado y de los particulares de proteger el medioambiente para “prevenir y controlar los factores de deterioro del medio procurando su conservación, restauración, sustitución y desarrollo sostenible”.<sup>16</sup>

---

14. De acuerdo con la Corte Constitucional colombiana, en sentencia C-126 de 1998, la Constitución ecológica es “conformada por todas aquellas disposiciones que regulan la relación de la sociedad con la naturaleza y que buscan proteger el medio ambiente. Igualmente, la Corte ha precisado que esta Constitución ecológica tiene dentro del ordenamiento colombiano una triple dimensión: de un lado, la protección al medio ambiente es un principio que irradia todo el orden jurídico puesto que es obligación del Estado proteger las riquezas naturales de la nación. De otro lado, aparece como el derecho de todas las personas a gozar de un ambiente sano, derecho constitucional que es exigible por diversas vías judiciales. Y, finalmente, de la constitución ecológica derivan un conjunto de obligaciones impuestas a las autoridades y a los particulares”. El concepto aparece por primera vez en la sentencia T-411 de 1992.

15. Conforme con lo dispuesto por la Corte Constitucional en sentencia C-742 de 2006, la Constitución cultural es el conjunto de disposiciones constitucionales que propenden la protección del patrimonio cultural de la nación.

16. Sentencia T-129 de 2011.

Por su parte, la riqueza cultural y la diversidad étnica son bienes jurídico–constitucionales que irradian como principios desde diversas disposiciones constitucionales, como el artículo 8, el artículo 9, el artículo 10 y el artículo 63, entre otros, de la Constitución. Su protección se predica frente a todas las personas. No obstante, convierte en sujetos de especial protección a los miembros de comunidades étnicas desde una dimensión individual pero también colectiva.<sup>17</sup> De esta manera, la consulta previa consiste en un derecho de participación desde la otredad para lograr consentimiento y consenso. Por ello, le es consustancial el bien jurídico de la diversidad étnica y cultural dado que:

(...) está relacionada con las representaciones de vida y concepciones del mundo que la mayoría de las veces no son sincrónicas con las costumbres dominantes o el arquetipo mayoritario en la organización política, social, económica, productiva o incluso de religión, raza, lengua, etc. Lo cual refuerza la necesidad de protección del Estado sobre la base de la protección a la multiculturalidad y a las minorías. (Corte Constitucional, sentencia T-129 de 2011)

La diversidad étnica y cultural guarda una conexión directa con la preservación de las riquezas naturales, puesto que las etnias, por regla general, son grupos humanos que comparten una historia común desde su origen, se conservan genética, política y socialmente mediante ciclos históricos y suelen encontrarse interconectados con un territorio. Aquí lo más relevante consiste en que dichos grupos presentan formas particulares y diferenciadas de relaciones con el medioambiente de sus miembros, por lo tanto muestran diferentes modos de acceso al conocimiento y a los recursos naturales en muchas ocasiones menos lesivos con el medioambiente, desde una concepción de hermandad o inclusive trascendiendo hasta la veneración (Leyva, 2001). En otras palabras, realmente se encuentra en la esencia de la diversidad cultural el cuidado del medioambiente. Esto se da a tal punto que inclusive se habla de una categoría de “derechos bioculturales”<sup>18</sup> dentro de la cual se encontraría la consulta previa.

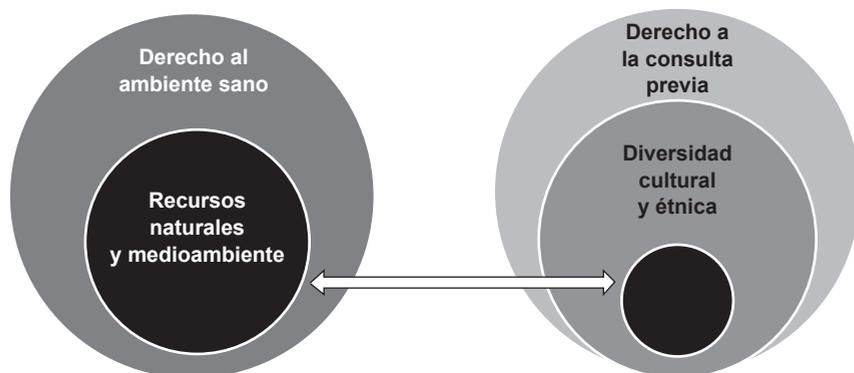
Retomando la hipótesis de trabajo de este estudio, en numerosas ocasiones la tutela de la consulta previa trae consigo la protección al derecho al ambiente sano dada la relación intrínseca entre los bienes jurídico–constitucionales nombrados, que forman parte del contenido esencial de ambos derechos fundamentales.

---

17. Sentencia T-1108 de 2008. M.P Humberto Sierra Porto.

18. De acuerdo con la Corte Constitucional, en sentencia T-622 de 2016, los derechos bioculturales “hacen referencia a los derechos que tienen las comunidades étnicas a administrar y a ejercer tutela de manera autónoma sobre sus territorios –de acuerdo con sus propias leyes y costumbres– y los recursos naturales que conforman su hábitat, en donde se desarrolla su cultura, sus tradiciones y su forma de vida con base en la especial relación que tienen con el medio ambiente y la biodiversidad. En efecto, estos derechos resultan del reconocimiento de la profunda e intrínseca conexión que existe entre la naturaleza, sus recursos y la cultura de las comunidades étnicas e indígenas que los habitan, los cuales son interdependientes entre sí y no pueden comprenderse aisladamente”.

Empero, dicha relación no es limitativa únicamente a estos bienes, también se encuentran la participación, la democracia y la dignidad humana, entre otros. Sin embargo, es allí donde se hace más evidente el escenario que propicia la transmutación implícita de ambos derechos, en la interpretación judicial expresada en la siguiente figura:



Fuente: elaboración propia.

## Ámbitos de protección de los derechos fundamentales en Colombia: crítica de la justiciabilidad de los derechos sociales

Tradicionalmente, en la enseñanza y comprensión de los derechos humanos se hace referencia a sus denominadas generaciones o categorías. En la primera generación se incluyen los derechos de libertad, que según la tesis liberal conllevan, en esencia, obligaciones negativas. En la segunda generación están los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) que se consideran prestacionales, por lo cual implican obligaciones positivas por parte del Estado. Finalmente, en la tercera generación se hallan los derechos colectivos y del medioambiente, también conocidos como derechos emergentes o de solidaridad, en los cuales surgen también obligaciones positivas, pero su titularidad subjetiva es habitualmente discutible. Generalmente, esta arcaica categorización determina el grado de protección de los derechos al establecer la fundamentalidad de un derecho como circunscrita a las condiciones de los derechos de primera generación, destacándose aquí el carácter de subjetividad.

Frente a lo anterior se presentan dos tesis. Por una parte, está la perspectiva restrictiva en la cual se considera que la fundamentalidad de un derecho se predica de los derechos subjetivos, característica aparentemente solo posible en los derechos de libertad, asunto que les otorga un mayor grado de eficacia y por ende

de justiciabilidad Cano, 2005).<sup>19</sup> Por otra parte, se halla la tesis garantista según la cual dicha clasificación no trasciende un recurso académico para comprender el surgimiento histórico del reconocimiento de los derechos humanos. De acuerdo con Ansuátegui (2000), esa comprensión histórica permite entender los derechos en un contexto en el cual se observen como realidades cambiantes que se diferencian en su estructura y contenido. En este orden de ideas, uno de los apartes jurídicos que más deja manifiesta esta perspectiva garantista es, precisamente, el preámbulo del protocolo de San Salvador.

El debate sobre la justiciabilidad de los derechos se ha dado principalmente en relación con los derechos sociales, ya que se cuestiona su subjetividad por tratarse, en principio, de garantías programáticas. En palabras de Alexy, lo que serían “derechos a algo”. En este sentido, dichos derechos no son, en estricto sentido, directamente justiciables. En la mayoría de casos se han requerido estrategias interpretativas, entre otros asuntos, para que puedan hacerse valer por la vía judicial (Ferrajoli, 2001; Abramovich y Courtis, 2005; 2014).

En Colombia, los mecanismos de justiciabilidad de los derechos humanos varían según se consideren fundamentales o no y es la acción de tutela, caracterizada por ser expedita, la acción de protección de derechos fundamentales. Para determinar cuándo un derecho es fundamental y en consecuencia tutelable, la Corte Constitucional ha establecido unos criterios definidos en su jurisprudencia. La característica que siempre debe evidenciarse en un derecho humano para ser susceptible de protección por vía tutela, es que se trate de un derecho subjetivo. Conforme con Arango (2005), esta noción implica una potestad reconocida por el ordenamiento jurídico y que sitúa al individuo en una posición jurídica para exigirlo. En este sentido, Botero (2009) identifica seis criterios claros para determinar la fundamentalidad de un derecho en Colombia. Dicho análisis lo hace a partir del estudio de la jurisprudencia de la Corte Constitucional: 1. derechos de aplicación inmediata, aquellos enunciados expresamente en el artículo 85 de la Carta (criterio auxiliar); 2. derechos subjetivos contenidos en el capítulo 1 del título II de la Constitución, siempre que su estructura y contenido permitan la aplicación de su inmediatez judicial o su contenido haya sido desarrollado de forma independiente a través de una ley destinada a ello (criterio auxiliar); 3. derechos fundamentales por expreso mandato constitucional (es el caso de los derechos fundamentales de los niños); 4. derechos que integran el bloque de constitucionalidad (*strictu sensu*); 5. derechos innominados (artículo 94 de la Constitución), y 6. derechos fundamentales por conexidad.

---

19. Según Cano (2005), “Un derecho es justiciable, o que se caracteriza por su justiciabilidad, cuando es posible que su titular ponga en conocimiento de la autoridad judicial pertinente, la vulneración de su derecho, con el fin de que sea el juez quien imponga coactivamente el cumplimiento de la obligación”.

Para este trabajo se observa de manera analógica la dificultad en la justiciabilidad de los derechos sociales hacia los derechos colectivos y del medioambiente, frente a los cuales también suele oponerse el argumento según el cual estos distan de ser subjetivos<sup>20</sup> ya no por tratarse en estricto sentido de normas programáticas, sino por implicar derechos de colectividades. Empero, ello no quiere decir que sea el caso de todos los derechos colectivos, puesto que, por ejemplo, la consulta previa ha sido reconocida ampliamente como derecho fundamental, pese a ser de carácter colectivo (Rodríguez, 2014). Por la noción de subjetividad especial anteriormente mencionada, los problemas frente a esta garantía provienen de otro tipo de factores.

Aquí es importante aclarar que aunque en diferentes Estados existan instrumentos de justiciabilidad directa de derechos colectivos, como en el caso colombiano están la acción popular y la acción de grupo, de igual manera se halla desvirtuada la distinción en categorías de derechos, puesto que los de carácter colectivo también generan los niveles de obligaciones ya señalados y permiten reevaluar el concepto de subjetividad de los derechos fundamentales. En efecto, la Corte Constitucional colombiana es incisiva en la jurisprudencia: “La fundamentalidad de un derecho constitucional no depende solamente de la naturaleza del derecho, sino también de las circunstancias del caso” (Corte Constitucional, T-491 de 1992). Dado lo anterior, en el caso de derecho al ambiente sano el mismo tribunal ha planteado una serie de criterios para que sea justiciable directamente por medio de tutela (Corte Constitucional, T-1451 de 2000).

Ahora bien, la Corte Constitucional ha construido unos recursos metodológicos en su interpretación para zanjar los obstáculos que se presentan en la tutela de derechos que al ser fundamentales, en principio no es posible observarlos desde esa categoría. Aquí se encuentran la *conexidad* y la *transmutación*. De esta manera, el criterio de transmutación permite que derechos que no ostentan la condición *prima facie* de fundamentales, sean susceptibles de amparo por vía acción de tutela porque al ser programáticos o de concreción progresiva, adquieren la condición de subjetivos, lo que los convierte en justiciables. En este orden de ideas, se trata de un derecho que se reviste con una condición distinta en su contenido esencial y adquiere unas características diferentes *de facto* en su protección. Dicha posibilidad de transmutar en un derecho subjetivo solo ha sido identificada por medio de la interpretación judicial de los DESC en casos concretos.

Esta tesis parte del fundamento según el cual para que un derecho sea considerado fundamental y por consecuencia tutelable, debe tener la condición de ser subjetivo en los términos ya expresados. El revestimiento en esta característica

---

20. Sin embargo, en la doctrina también existen posiciones sobre la subjetividad del derecho a un ambiente sano. De acuerdo con Navarro (2009), este derecho sí es subjetivo porque se predica de particulares en casos específicos y si se ven lesionados pueden incoar judicialmente su protección.

se identifica si se dan alguna o algunas de las siguientes condiciones halladas en un caso en concreto: 1. que existan o se creen los elementos que le permitan a la persona exigir del Estado la obligación de ejecutar una prestación determinada, consolidándose, entonces, lo asistencial en una realidad concreta en favor de un sujeto específico (Corte Constitucional, T-304 de 1998); 2. que exista una regulación relacionada con el derecho que dé lugar a situaciones concretas y a pretensiones claramente identificables y exigibles por los particulares al Estado (Corte Constitucional, T-042 de 1996), y 3. que exista un desarrollo administrativo relacionado con el derecho que dé lugar a situaciones concretas y a pretensiones claramente identificables y exigibles por los particulares al Estado (Corte Constitucional, T-662 de 2006).

Cuando en el objeto de estudio analizado se ha hecho referencia a la *transmutación implícita*, se trata de un concepto distinto al aquí señalado, puesto que no es, en esencia, un criterio interpretativo sino un *fenómeno* que surge a partir de la interpretación constitucional que trae como consecuencia la tutela de un derecho que, en principio, carece de subjetividad o de fundamentalidad –en criterio de la Corte Constitucional–, pero se reviste de unas condiciones de otro derecho que le permiten tomar esta forma. Dicho en otras palabras, este fenómeno se da cuando en el escenario interpretativo de un derecho fundamental se termina por proteger a otro que no es subjetivo, sin ser ese el objetivo fundamental de la acción y de la decisión judiciales. Ello se presenta porque existe una relación intrínseca entre los bienes jurídico–constitucionales que constituyen el núcleo esencial de dos o más derechos constitucionales.

Respecto a la consulta previa y el derecho a un ambiente sano, se observa la evidente correlación entre los ya señalados bienes jurídico–constitucionales de las riquezas naturales y la diversidad étnica y cultural. Esto se hace visible en la mayoría de los casos en los que se pretende tutelar la consulta previa, cuando esta se ha omitido en circunstancias de irrupción en territorios colectivos de comunidades étnicas, en razón a proyectos de infraestructura o extracción de recursos, entre otros. Allí se torna interesante la relación entre la titularidad del sujeto colectivo étnico, la protección a las riquezas naturales y las medidas que determina la Corte Constitucional frente a los bienes jurídicos involucrados.

## Algunos casos de tutela de consulta previa en los cuales se protege el derecho a un ambiente sano

Se ha hecho una exposición acerca de la transmutación implícita del derecho al ambiente en el contexto de la consulta previa, en el que, en últimas, se evidencia la importancia de la participación ciudadana. De esta manera, se acude al análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional a través del método analítico y de síntesis que propone Latorre (2012), en aras de evidenciar la relación entre los derechos antes mencionados. En ese orden de ideas, el criterio de selección

de las sentencias se orienta en la selección de los casos hito en los cuales se han reflejado medidas concretas en las que se protege el ambiente y son el origen de la controversia el derecho a la consulta previa.

Para empezar, en la sentencia T-652 de 1998 la Corte Constitucional se pronunció al conocer los fallos del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Montería –sala laboral– y de la Corte Suprema de Justicia –sala laboral–, Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá –sala penal– en los que se negaban por improcedentes los amparos invocados en la acción de tutela, por problemas en la titularidad y legitimidad de los resguardos indígenas que reclamaban sus derechos por la construcción de una hidroeléctrica en el río Sinú. Respecto de esta cuestión, el alto tribunal se refiere a lo dicho en la sentencia T-342 de 1994 (citado en la T-652 de 1998) al establecer que “el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de la población indígena guarda armonía con los diferentes preceptos de la Constitución Nacional relativos a la conservación, preservación y restauración del ambiente y de los recursos naturales que la conforman”.

Este planteamiento constituyó, en primera medida, que el derecho al ambiente sano no se circunscribe solamente al entorno natural en sí, sino que también debía ser sujeto de protección, en tanto que el tipo de ambiente sea constitutivo de una comunidad indígena asentada en el territorio y que dichos cambios podrían tener consecuencias en su modo de vida. De allí, que se pueda deducir que no es solamente consultarles a las comunidades la realización de un proyecto, como es el caso de la hidroeléctrica, sino que debe propender por garantizar un desarrollo sostenible en el que se protegen los menos aventajados, en este caso, las comunidades indígenas. Es por esa razón que cobra relevancia la consulta interna como mecanismo para lograr el equilibrio entre la explotación y el ambiente sano.

Posteriormente en la sentencia T-880 de 2006 se manifiesta que la consulta previa no solamente es un requisito indispensable para la realización de actividad minera, energética o cualquier otra que afecte el territorio en el que se encuentre asentada una comunidad indígena, sino que también debe hacerse con la debida rigurosidad, con el acompañamiento del Ministerio del Interior, para que el mismo sea el garante de los derechos consagrados en la Carta, porque la consulta previa lo que busca es mitigar los posibles impactos y garantizar un ambiente sano, un claro ejemplo de la transmutación. Consecuentemente y buscando la protección no de la consulta previa, sino del derecho al ambiente sano, la Corte resuelve que se deben suspender las actividades exploratorias con el fin de no menoscabar el hábitat de la comunidad.

Sentado esto, la Corte Constitucional en la sentencia T-769 de 2009 da un giro respecto a cómo se debe aplicar la consulta previa. Al conceder los derechos de la comunidad bachidubi, resguardo río Murindó, establece que la consulta previa debe hacerse con todas las comunidades indígenas y afrodescendientes que de manera directa o indirecta puedan verse afectadas por el desarrollo de un proyecto minero.

De igual manera, se debe presentar a la comunidad si dicho proyecto tiene impactos ambientales y riesgos y si estos afectan los resguardos, a los afrodescendientes y sus territorios. En otras palabras, para poder proteger el ambiente sano, se deben conocer todos los aspectos del entorno. Así, la Corte extiende la protección del derecho a la consulta previa hasta cobijar el derecho al medioambiente sano y de manera clara se halla en su parte resolutive la suspensión de las actividades de exploración y explotación que se hubiesen hecho o estén por hacerse.

En ese sentido, la Corte en la sentencia T-547 de 2010 ha planteado que la consulta previa debe hacerse al momento en que se están empezando los trámites para hacer la debida construcción, explotación o uso del suelo, en donde conjuguen comunidades indígenas. No obstante, cuando los derechos han sido vulnerados no puede desconocerse que la acción de tutela debe interponerse de manera inmediata y no a destiempo, en la medida en que dicha acción es para proteger derechos fundamentales de manera transitoria. No obstante, cuando habiendo pasado el término y la comunidad no haya iniciado la acción, ya no es posible atacar la resolución que otorga la licencia ambiental, sino que debe alegarse que la consulta previa debe hacerse para observar los impactos ambientales que se causarían a dichas comunidades y a sus territorios con ocasión de la construcción o explotación autorizada de un particular. Esto, en últimas, significa que la Corte no desconoce los derechos invocados a destiempo, por lo que la obligatoriedad de la consulta previa se hace indispensable para garantizar los derechos fundamentales, la autonomía de las comunidades y, por supuesto, la participación en las decisiones que los afecten. Ordena, entonces, la Corte, suspender las actividades que pretendan dar desarrollo al proyecto en cuestión.

De igual manera, en la sentencia T-693 de 2011, la Corte ampara los derechos de la comunidad Turpial-La Victoria, en el que confluye el pueblo achagua, toda vez que si bien su territorio registra menos de mil habitantes, las condiciones geográficas y demográficas hacen que este no pueda pasar desapercibido cuando por la explotación petrolera, existe un riesgo que su entorno desaparezca, máxime cuando es posible que se extienda la deforestación. Asimismo, la Corte se apoya en lo dicho previamente en la sentencia SU-383 de 2003. Además, ordena tomar medidas de compensación cultural por los impactos causados, así como hacer el llamado a los ministerios del Interior y de Justicia y de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, para que revisen y ajusten los protocolos relacionados con la definición de las áreas de influencia de los proyectos de desarrollo y de explotación de recursos naturales.

También, la Corte hace un pronunciamiento muy importante en la sentencia T-1080 de 2012 en la que se protegen los derechos de la comunidad del cabildo indígena Paniquita, pues su territorio carece de muchas fuentes acuíferas. La necesidad de proteger el derecho al agua se hace imperante por ser, propiamente, zonas desérticas, motivo por el cual no se deben hacer servidumbres en el río sin las

debidas consultas previas que evalúen si dichas servidumbres constituyen un peligro para el afluente y para la fuente del agua potable de este resguardo. Es necesario que la Corporación Autónoma Regional del Alto Magdalena haga, sin excepción, la consulta previa antes de emitir las correspondientes licencias ambientales.

En otro orden de ideas, la Corte en sentencia T-294 de 2014 protege los derechos a la salud, de la consulta previa y el ambiente sano de la comunidad Venado-Zenú, en el sentido de que la empresa de aseo Coraseo S.A. y la Corporación Autónoma Regional de los Valles del Sinú y de San Jorge no puede construir un relleno sanitario sin evaluar previamente los impactos ambientales y los de la salud de los pobladores, en este caso los indígenas, por lo que es necesario –y por demás indispensable– la realización de dicha consulta, además que dicho relleno afectaría varias fuentes acuíferas de la zona en la que confluye la comunidad indígena. De allí que la corporación ordenara la consulta previa y que dicha licencia ambiental sea asumida por la autoridad de licencias ambientales. Lo anterior sin perjuicio, tal como lo expone la Corte, de que la protección los derechos colectivos debe ser invocada mediante la acción popular.

Asimismo, en la sentencia T-849 de 2014, la Corte concedió el amparo de los derechos invocados por la comunidad arhuaca en el departamento del Cesar, toda vez que la Corporación Autónoma Regional del Cesar había expedido una licencia ambiental para explotar el sector de la línea negra perteneciente a dicho resguardo, sin haber mediado previamente la consulta previa. En esta sentencia, la Corte ordenó no solamente la realización de dicha consulta, sino que ordenó la suspensión de la explotación y dejó sin efectos la licencia para que el contratista tramite una nueva sobre la base de lo dispuesto en la Ley 21 de 1991. En ese sentido, la Corte (2014) delimita el concepto de territorio indígena, el cual acota la necesidad de la consulta y la garantía de un ambiente sano.

Por otro lado, en la sentencia T-766 de 2015 se tutelan los derechos a la consulta previa, al territorio, a la diversidad étnica y a la participación ciudadana de todas las comunidades indígenas y afrodescendientes que resultaron afectadas directamente con la expedición de las resoluciones 180241y 0045 de 2012 y la Resolución 429 de 2013. Esto debido a la amenaza inminente a los derechos colectivos de dichos grupos al medioambiente, al agua, a la alimentación y a la cultura, en conexidad con la vida y la integridad personal y porque para su protección no resulta efectiva la acción de nulidad, dada la posible configuración de un perjuicio irremediable.

En el año 2016, mediante la sentencia T-630, la Corte manifiesta que la protección especial que ha sido conferida por el derecho a la consulta previa, consiste en la elaboración de un proceso por medio del cual el Estado garantiza a los grupos étnicos potencialmente implicados y a sus autoridades propias, la activa participación y el acceso a la información sobre iniciativas o proyectos, tanto de contenido normativo como de otra naturaleza, entre ellas la explotación de recursos naturales o la construcción de obras civiles, que de manera directa afecten sus

comunidades o que deban tener lugar en el territorio que ellas ocupan o al cual se encuentran vinculadas (p. 43). Al hacer efectiva la tutela de este derecho, se aclara que cuando haya peligro de daño grave o irreversible al medioambiente, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces para impedir la degradación del medioambiente.

Por último, la Corte en la sentencia SU-133 de 2017, ordena el amparo al derecho a la consulta previa de los habitantes y los mineros tradicionales del municipio Marmato, así como de la comunidad indígena cartama y de las comunidades negras asentadas en Marmato a ser consultadas de manera previa, libre e informada, sobre el impacto de autorizar dichas cesiones y los derechos a la libertad de oficio, al trabajo y al mínimo vital de quienes ejercen labores de minería tradicional en la parte alta del cerro El Burro. Manifiesta la corporación:

... se han examinado considerando que la caracterización de la Carta de 1991 como una Constitución ecológica impone un mandato específico de protección del ambiente que, además de comprometer al Estado a preservar la diversidad e integridad del patrimonio ambiental, a mantener la calidad de vida de los ciudadanos y a salvaguardar las áreas de singular biodiversidad o importancia ecológica o cultural, lo obliga a prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, a imponer las sanciones legales del caso y a exigir la reparación de los daños causados. (p. 64)

Por lo que se ampara los derechos colectivos al goce de un ambiente sano, moralidad administrativa, manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, defensa del patrimonio público y el derecho a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente, las medidas aspiraban a lograr la “prevención de los peligros derivados de la estabilidad del suelo de los sectores donde se extrae el mineral alguno” (p. 110).



# Principales aportes de la jurisprudencia contenciosa administrativa al mejoramiento del servicio ginecobstétrico en Colombia: periodo 1996–2017

Erika van Arcken Salas  
Diana Carolina Mogollón Lora

## Introducción

El Estado colombiano en cabeza del Ministerio de Salud y de la Protección Social, ha venido reportando en sus informes de mortalidad evitable, así como en los planes decenales de salud que, desde hace 20 años viene presentándose un alza en las tasas de mortalidad infantil y materna (ya de por sí altas), problemática que al ser de gran trascendencia por corresponder a la afectación de los derechos de un sector de la población especialmente vulnerable, llevó a la indagación de las posibles causas que hubieren determinado su acaecimiento. La situación identificada y reconocida por el mismo Gobierno como de las más trascendentes, es la relacionada con la deficiencia de los servicios de ginecología y obstetricia ofrecidos a este sector de la población, los cuales forman parte del subprograma ginecobstétrico perteneciente a la política de salud sexual y reproductiva en nuestro país.

Con la finalidad de conocer las implicaciones reales de esta deficiencia, tuvo lugar el estudio de los pronunciamientos emitidos por el Consejo de Estado Colombiano en los que se hubiere estudiado la falla en la prestación del servicio ginecobstétrico durante los últimos 20 años, ejercicio a partir del cual fue posible identificar que dicha inconsistencia escaló con el paso del tiempo hasta convertirse en una problemática, tal y como fue posible inferir a partir del aumento de los casos en los cuales los administrados, al considerarse sujetos pasivos de fallas en la prestación del servicio gineco obstétrico, acudieron ante el juez contencioso administrativo, utilizando el medio de control de reparación directa, con la finalidad de que se declarara la responsabilidad del ente estatal con ocasión de los daños a estos causados. Aunado a lo anterior, fue posible identificar en el desarrollo de este ejercicio que en esta instancia el operador judicial no solo se limitó a ordenar el

resarcimiento solicitado, sino que, además, incursionó con una finalidad garantista en el terreno de la implementación de la política nacional de sexualidad, derechos sexuales y derechos reproductivos, especialmente en el subprograma de ginecología y obstetricia, al ordenar en sus fallos, entre otras, la ejecución de medidas especiales de reparación integral y de garantía de no repetición a favor de las víctimas de dichas fallas, así como también mediante la inclusión de nuevas categorías de pacientes y de nuevos conceptos jurídicos, lo que posicionó a la jurisprudencia contencioso administrativa como herramienta que le permitiera hacer valer sus derechos al grupo poblacional en comento.

Es bajo este entendido que se fijó como interrogante para ser respondido con el desarrollo de la presente investigación, si el Consejo de Estado se ha convertido en un garante de la implementación del subprograma ginecobstétrico perteneciente a la política de salud sexual y reproductiva en Colombia, en sus sentencias emitidas entre los años 1996 y 2017 y en caso de ser afirmativo, proceder a identificar las diferentes maneras como ello ha venido manifestándose.

## Implementación de una política pública

Durante el desarrollo de la presente investigación y con la finalidad de comprender cómo el Consejo de Estado colombiano, dentro de sus providencias, viene adoptando un papel garantista en torno a la efectividad o ejecución del subprograma ginecobstétrico perteneciente a la política de salud sexual y reproductiva en nuestro país. Se hizo cada vez más evidente que resultaba necesario tener claridad no solo respecto de todo lo que se encuentra implícito en su implementación, sino también partir del entendimiento de aquello que debe entenderse como política pública y de todas y cada una de las fases que llevan a su elaboración.

Son muchos los autores que han intentado definir, aquello que conciben como política pública. Uno de los más acertados en el desarrollo de esta tarea fue Roth (2002), que la ha considerado como un conglomerado de propósitos colectivos que se catalogan como necesarios por parte de una organización o entidad gubernamental, con los cuales se persigue guiar tanto la conducta individual como la colectiva, a fin de mejorar un escenario considerado problemático (p. 27).

Torres y Santander (2013), hicieron una adición muy importante dentro de este concepto, al concebir el Gobierno no como un mero ejecutor de la política pública, sino como un garante de la coordinación y la cooperación de todos aquellos que intervienen en las diferentes fases que la componen, es decir, reconocen que el Ejecutivo no es el único actor que interviene en dicho proceso y este esfuerzo colectivo les resulta sencillo identificarlo a partir de que sus pilares son el tema político y el tema público.

Ahora bien, se tiene que el proceso de las políticas públicas se compone de varias fases. La primera de ellas es la denominada por Roth (2002), *identificación*,

*construcción de problemas y agenda política*, en la cual las autoridades públicas o administrativas, proceden a identificar situaciones que se vienen tornando problemáticas, carácter que implicaría que debe llevarse a cabo algún tipo de acción tendiente a frenar sus efectos negativos y posterior a ello se decide si requiere ser inscrita en la agenda política del Estado.

En este punto debe hacerse claridad respecto del concepto de *agenda política*, la que según Elder y Cobb (2003), se encuentra conformada por todos aquellos asuntos que han sido tomados en consideración real y efectiva por parte de los actores políticos y que bien pueden tener un carácter reciente o ya haber venido siendo parte de esta. Según Lenoir (1989), este proceso de escogencia de aquellos asuntos que conformarán la agenda política inicia con la identificación de problemas privados, los que posteriormente y en razón de la activa concientización de su trascendencia por parte de los actores políticos, pasan a ser designados como de carácter público (social), lo que lleva a que deba ser tratado mediante intervención pública; es decir, a ser institucionalizado y ello puede tener lugar bien mediante leyes o normas reglamentarias.

Una vez identificado el problema y escogido e ingresado a la agenda pública, la siguiente fase es la denominada por Torres y Santander (2013) y por Roth (2003), *formulación de las políticas públicas*, etapa en la que las acciones de política son diseñadas y perfeccionadas. Dentro de estas acciones se encuentran la identificación del nexo entre la solución y las causas de la problemática bajo estudio y la coherencia entre la solución escogida y la capacidad de gobernar del Gobierno de turno.

Hasta este punto es claro que los actores políticos han identificado una problemática, han planteado unas soluciones a dicha problemática y el Gobierno una vez ha hecho su clasificación jerárquica, ha procedido a escoger la mejor solución para ello. El paso siguiente lo constituye la materialización de esa solución inmersa en la política construida y ello tiene lugar mediante la fase de *implementación*.

En el desarrollo de la presente investigación, se ha considerado necesario dedicar un numeral entero al estudio de esta fase, pues se trata de llegar a la comprensión de cómo una política pública específica, a saber, la de salud sexual y reproductiva en su subprograma ginecobstétrico, si bien cuenta con una estructuración y definición visiblemente factible, en materia de ejecución o implementación, ha venido presentando falencias, al punto tal de poner en peligro la vida de sus destinatarios y desatando con ello, la asunción de un nuevo rol o papel, en cabeza de la Máxima Corporación de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, a saber, el Consejo de Estado, autoridad que al dirimir las controversias que se suscitan contra el Gobierno por dichas falencias, ha venido ordenando la implementación de medidas específicas, tendientes a lograr una real ejecución o implementación del subprograma en comento y de esa manera, garantizar los derechos de quienes vienen siendo afectados con dicha irregularidad.

Finalmente encontramos que la última fase en la construcción de una política pública, es la denominada *evaluación*, la que según Torres y Santander (2013), es aquella donde se analiza cómo ha sido el desempeño de la política elaborada, lo que tiene lugar a partir de la valoración de su diseño, cometidos y resultados y es precisamente dicho estudio, el que le permitirá al Estado determinar si requiere o no intervenir a largo plazo, para modificar alguno de esos aspectos, con la finalidad de garantizar su efectiva materialización.

## Fase de implementación de las políticas públicas

A fin de adentrarnos en el objeto de estudio de la presente investigación es necesario definir aquello que se entiende por *implementación de una política pública*, al respecto son muchos los teóricos que han realizado aportes para la construcción de este concepto, por lo que se considera que para iniciar dicho ejercicio, bien podría partirse por aquello referido por Mazmanian y Sabatier (1983), quienes la asemejan a la toma de una decisión de política básica, la que bien puede materializarse en un orden ejecutiva o en un pronunciamiento judicial y la que persigue como finalidad, la resolución de una problemática mediante el planteamiento de unos objetivos.

Por su parte Roth (2002; 2003), considera que esta es una de las fases de las políticas públicas, en la que se plantean unos postulados y sus consecuencias, tomando como punto de partida, los propósitos y textos previamente establecidos por sus constructores.

Tomando como marco de referencia lo mencionado por los autores que anteceden, resulta posible pasar a fijar una definición propia de aquello que se entiende por la implementación de una política pública, partiendo del hecho de que se trata en sí misma de un proceso adelantado por una serie de actores cuya finalidad consiste en lograr la efectiva ejecución de una decisión eminentemente política y que en tal contexto bien puede ser materializada por el poder Ejecutivo o por los operadores judiciales en sus pronunciamientos y a la que como es de suponerse, le es inherente una connotación de interés público.

## Enfoques para la implementación de una política pública

Roth (2002) explica en su libro *Políticas públicas: formulación, implementación y evaluación*, la presencia de cuatro enfoques de implementación de las políticas públicas, de los cuales estudiaremos aquel que se considera el más indicado para el desarrollo de los objetivos de esta investigación.

### *Enfoque de gestión pública*

Sabatier y Mazmanian consideran en su libro *The implementation of public policy: a framework of analysis* (1979), que por medio de este enfoque se analizan y determinan las actuaciones de la administración pública para lograr la ejecución

eficiente y eficaz de una política pública. Para ello, se estudian los objetivos y el diseño de la política, así como el contexto y los recursos con que se cuenta para llevar a cabo su implementación.

Este enfoque nos permitirá desarrollar los objetivos de la presente investigación, pues gracias a él resulta posible comprender cuáles deben ser las actuaciones por desarrollar, a fin de lograr la efectiva ejecución de una política pública. Procedemos, entonces, a adentrarnos en su estudio particular.

### *Condiciones del enfoque de gestión pública*

Con el objeto de materializar la finalidad perseguida con este enfoque, resulta necesario traer a colación lo establecido por Sabatier y Mazmanian (1979), quienes se encargaron de fijar las cinco condiciones sobre las cuales este se soporta.

#### *Una teoría sólida*

Tomando en consideración a Sabatier y Mazmanian (1979), resulta posible entender que esta condición hace referencia a que el programa que se pretende desarrollar con la política a implementarse debe encontrarse soportado en un postulado sólido que conduzca a que sus destinatarios amolden su comportamiento a lo dispuesto por este.

#### *Una ley bien concebida*

Quiere decir lo anterior que los creadores de una política, al plasmar sus objetivos y directrices, lograrán un mayor control e influencia, pues es claro que la ley en si misma detenta ese carácter coercitivo que requiere una política pública para asegurarse su eficaz implementación. Explican Sabatier y Mazmanian (1979), que para lograrlo, dicha ley debe estar soportada en unas directrices claras, así como también debe determinar con precisión las autoridades encargadas de hacer cumplir los objetivos sobre los cuales se soporta la política pública que se va a implementar.

#### *Responsables capacitados y comprometidos*

Explican Sabatier y Mazmanian (1979), que los responsables de la implementación de una política pública deben actuar como gestores comprometidos con su aplicación, lo que implica que deben estar atentos a resolver cualquier inconveniente que se presente en torno a su aplicación y así mismo mantener un alto nivel de motivación que los lleve a distanciarse de sus propios intereses, para actuar en beneficio de la ejecución de la política pública.

#### *Apoyo político y social*

Quiere decir lo anterior, que el programa desarrollado con la política pública debe contar con apoyos en todos los ámbitos institucionales y sociales, para lograr la materialización del fin último, que no es otro que este logre ser implementado. Dentro de dichos apoyos, llama especial atención para Roth (2002), el papel otor-

gado por Sabatier y Mazmanian (1979) a los jueces (tribunales o cortes), como agentes necesarios en el proceso de implementación de las políticas públicas, los cuales, según el autor, deben desempeñar un papel o bien neutral o bien favorable, pues mediante sus providencias pueden velar por la ejecución de programas que formen parte de una política pública.

### *Entorno favorable*

Según Sabatier y Mazmanian (1979), los objetivos perseguidos con dicha política deben ser atemporales y en consecuencia no se verán significativamente afectados por el paso del tiempo o por cambios socioeconómicos.

La utilización del enfoque de gestión pública aquí estudiado, como aquel que permite la intervención de actores diferentes a la administración pública en el proceso de ejecución de las políticas públicas en procura de lograr que dicha ejecución sea lo más efectiva posible, es algo cuya ocurrencia, para el caso colombiano, fue reconocida expresamente por la Escuela Superior de Administración Pública (ESAP), en su programa de Administración Pública Territorial, cuando al analizarse por Jiménez y Ramírez (2008) en su texto denominado *Gobierno y Políticas Públicas*, se reconoció expresamente que si bien y en principio le había sido endilgado casi que de manera exclusiva al Gobierno el papel de ejecutor de políticas públicas, lo cierto es que la realidad del país ofrecía una perspectiva muy diferente en cuanto dicha implementación venía desarrollándose mediante agentes diferentes a la propia administración.

Es mediante este enfoque que ha sido posible concebir la implementación o ejecución de políticas públicas, ya no como un asunto del resorte exclusivo del Gobierno, pues fue justamente el Ejecutivo, en procura de lograr una mayor eficacia de las políticas por este elaboradas, que posibilitó que otros actores políticos procedieran a efectuar dicha labor, tal como se vería representado cuando la administración pública contrata para tal labor a otras entidades o incluso a particulares, para lo que ejecuten. Pero para el caso específico de la implementación de la política de salud sexual y reproductiva y su subprograma ginecobstétrico –como quedará ampliamente explicado en el apartado segundo de este libro– dicha apertura permitió el ingreso de un actor hasta ahora insospechado y de manera casi que obligada, a saber, el Consejo de Estado, corporación que en sus providencias emitidas en los últimos 20 años no solo se ha dedicado a dirimir conflictos contra el Estado, sino que, además, le ha impuesto obligaciones específicas con la finalidad única de lograr la efectiva ejecución de dicha política, en garantía de los derechos de sus destinatarios.

Esta especie de ingreso para unos o intromisión para otros, de las decisiones judiciales en los asuntos políticos del Estado, es uno de los reflejos de aquello que se ha denominado *judicialización de la política*, figura que será desarrollada en el apartado tercero.

## La política de salud sexual y reproductiva en Colombia

La ley 1438 de 2011, por medio de la cual se reformó el sistema general de seguridad social en salud, al ordenar en su artículo sexto la elaboración de un plan decenal de salud pública ampliamente *inclusivo* en materia de cobertura de todas las posibles gamas de patologías que podrían afectar la salud de los colombianos, y *participativo*, al contar para su desarrollo con la opinión de todos los sectores de la sociedad, sembró los cimientos para la construcción de la actual política de salud sexual y reproductiva en Colombia, que propende por la ejecución de acciones por parte no solo de los miembros del sistema de protección social (Consejo Nacional de Salud, Ministerio de la Protección Social, etc.), sino también de los demás actores sociales.

A fin de comprender mejor su contenido e implicaciones en la elaboración del presente informe, resulta necesario adentrarnos, en primer lugar, en sus antecedentes y desarrollos más importantes.

### *Evolución histórica y desarrollo*

La política de salud sexual y reproductiva en nuestro país es el producto de una serie de cambios y adelantos suscitados en Colombia, que datan del año 1965 con el nacimiento de la denominada asociación probienestar de la familia en Colombia, más conocida como Profamilia, la que, paradójicamente, siendo de carácter privado y sin ánimo de lucro, fue la primera que desarrolló el tema sexual y reproductivo en Colombia, tomando como fundamento de su accionar la promoción y defensa de uno de los componentes de la política bajo estudio, a saber, el derecho a la planificación familiar, en especial de la población más vulnerable.

El siguiente avance que trazó el camino hacia la elaboración de la política sexual y reproductiva en nuestro país, fue la Resolución 8514 de 1984, con la cual el Ministerio de Salud reguló por primera vez el asunto de la fertilidad en nuestro país, estableciendo sus principios rectores, los servicios a los que tendrían acceso las personas en edad reproductiva y el consentimiento para su práctica.

Posterior a ello, ocurrió uno de los avances normativos más trascendentales en nuestro país, consistente en la expedición de la Constitución Política de 1991, que determinó como pilares de nuestro ordenamiento una serie de derechos a los que denominó fundamentales, dentro de los que figuran el derecho a la vida, la libertad, la intimidad personal y familiar, el desarrollo de la personalidad, a la libertad de conciencia, a formar una familia y a la atención a la salud, entre otros, que constituyeron la base para el posterior desarrollo de los derechos sexuales y reproductivos.

Fue precisamente con base en lo establecido en el artículo 49 de la Constitución Política, que se desarrolla el derecho a la salud como servicio público, el cual tuvo lugar con la promulgación del Estatuto de Seguridad Social en Colombia, a saber, la Ley 100 de 1993, norma que estableció el plan de atención básica y el plan

obligatorio de salud, que fijaron de manera concreta y precisa las actividades y servicios con los cuales serían atendidas las patologías que aquejen la salud sexual y reproductiva de todos los colombianos.

Lo anterior fue complementado con la política de salud para las mujeres y la expedición de la Resolución 1531 de 1992, por parte del Ministerio de Salud y de la Protección Social, las que tuvieron como finalidad otorgar a las mujeres el reconocimiento de una serie de derechos y prerrogativas, principalmente en lo relacionado con su vida, su cuerpo, su salud y su sexualidad.

El siguiente avance consistió en la Resolución 412 de 2007, norma en la cual se determinaron las guías, técnicas y metodologías que se debían aplicar en materia de planificación familiar, gestación, alumbramiento, detección temprana de enfermedades sexuales, así como la atención a los adolescentes, a la mujer y al niño maltratado.

Los anteriores avances normativos allanaron el camino para el diseño de la política pública en salud sexual y reproductiva elaborado por el Ministerio de Salud y de la Protección Social, para los años 2003 a 2007, que se caracterizó por determinar el plan de acción del Estado colombiano en materias en las que resultaba prioritaria su intervención, entre otras, planificación familiar, salud sexual y reproductiva de los adolescentes, cáncer de cuello uterino, infecciones de transmisión sexual y violencia doméstica y sexual.

Política cuya actualización se consideró necesaria y ello tuvo lugar con el plan decenal de salud pública correspondiente a los años 2012-2021, y partió de la comprensión de que la sexualidad debe ser entendida como una dimensión de especial atención en materia de salud pública, pues ésta se encuentra directamente ligada a la esencia del ser humano en todas las etapas de su vida, lo que permite desligarla de connotaciones biológicas o medicas e involucrarla más con el tema social.

### *El subprograma ginecobstétrico en Colombia*

Uno de los ejes sobre los cuales se estructura la política de salud sexual y reproductiva en nuestro país, tiene que ver con la necesidad de detectar y eliminar las prácticas institucionales que aceptan o fomentan cualquier clase de agresión contra el ejercicio de los derechos reproductivos y sexuales, en especial aquella relacionada con la atención de las mujeres en los distintos eventos de carácter obstétrico.

Con la finalidad de ver materializado este propósito, en la política de salud sexual y reproductiva se propusieron dos modalidades para lograrlo. La primera, mediante la implementación de un sistema concertado entre funcionarios de todos los niveles, que permitiera identificar con facilidad las prácticas institucionales que más afectan los derechos sexuales y reproductivos de los usuarios del sistema de salud en Colombia. La segunda, mediante el desarrollo de pactos que permitan mantener bajo control o incluso abolir esas prácticas nocivas.

Fue, precisamente, el fortalecimiento y endurecimiento de estas estrategias sobre las cuales descansa la efectividad del subprograma bajo estudio, lo que motivó su inclusión en el Plan Decenal de Salud Pública, 2012-2021, pues específicamente en su numeral 8.6.4.1.4. se reconoció como una necesidad la promoción de la salud y el control de enfermedades que deban ser atendidas mediante los servicios ginecobstétricos y para ello se planteó como estrategia para lograrlo, la elaboración de encuestas periódicas a los usuarios de dichos servicios a fin de verificar su efectividad.

De acuerdo con esta misma línea, el Ministerio de Salud y de la Protección Social se dio a la tarea de continuar con el mejoramiento de este subprograma y para ello consideró necesario fortalecer el soporte normativo que lo regía hasta la fecha, dando paso en consecuencia a una nueva reglamentación en la materia, cuyas principales manifestaciones se encuentran presentes en: 1. la Resolución 2003 del 28 de mayo de 2014, en la cual fueron definidos los procedimientos y condiciones de inscripción de los prestadores de servicios de salud y de habilitación de servicios de salud; 2. la circular conjunta 005 del 27 de febrero de 2012, dirigida por el nivel central a las entidades territoriales, a fin de que se dieran a la labor de intensificar las acciones que permitieran garantizar la maternidad segura a nivel nacional, y 3. las guías “para garantizar la atención segura del binomio madre-hijo” (2009, pp. 1-52), y “para la detección temprana y tratamiento de las complicaciones del embarazo, parto o puerperio” (2013, pp. 1-83), en las que se les fija tanto a las direcciones municipales y departamentales de salud, como a las instituciones prestadoras del servicio de salud y a las empresas prestadoras de planes de beneficios, la forma como deben hacerse las actividades medicas de atención al parto, al recién nacido y a la detección temprana de alteraciones al embarazo, entre otras. Lo cierto es que estas solo describen la manera como debe ejecutarse la política de sexualidad, derechos sexuales y derechos reproductivos.

Si se analizan con detenimiento las diferentes aproximaciones del Estado colombiano en procura de efectivizar el subprograma ginecobstétrico como integrante de la política de salud sexual y reproductiva en nuestro país, resulta posible concluir que su base desde siempre fue conseguir la real protección, promoción y atención de los derechos sexuales y reproductivos de sus destinatarios, lo que permite inferir que su esquema de funcionamiento es eminentemente garantista.

### *El problema de implementación del subprograma ginecobstétrico*

A partir del estudio del desarrollo normativo elaborado por el Estado colombiano respecto de la política pública de salud sexual y reproductiva y del subprograma ginecobstétrico que le es inherente, queda claro que el Ejecutivo nacional ha efectuado un ejercicio analítico y de estrategia de gran importancia, a fin de conseguir

la efectiva protección de los derechos de los usuarios y su consecuente satisfacción con el sistema implementado.

Pese a lo anterior, la realidad de su ejecución o implementación por parte de la administración es otra muy distinta. Ejemplo de ello lo representa el aumento anual de las tasas de mortalidad infantil y materna. Frente a la primera, el Ministerio de Salud y de la protección Social, en el informe de mortalidad evitable en Colombia para 1998–2011 (2014, pp.129), reconoció que la mortalidad infantil o la ocurrida antes del primer año de vida para dicho periodo, correspondía a un 12,25 % de muertes por mil nacidos vivos y de acuerdo con el informe *Análisis de situación en Colombia 2015*, elaborado por el mismo Ministerio, para el año 2013 la mortalidad neonatal fue de 4.782 muertes, las que equivalen a un 62 % de las muertes ocurridas antes del año de vida y frente a la mortalidad materna refirió que esta fue equivalente al 55%, lo que representó 364 muertes de mujeres por causas relacionadas con el embarazo y el parto en nuestro país.

Este incremento en los índices de mortalidad fue atribuido a varias fallas en la implementación del subprograma ginecobstétrico perteneciente a la política de salud sexual y reproductiva, dentro de las cuales se identificaron tanto por el Ministerio de Salud y de la Protección Social como por el Instituto Nacional de Salud y por el observatorio nacional de salud (2014 y 2015), las relacionadas con el incumplimiento del esquema de vacunación y la deficiencia en los servicios ofrecidos a la población, en especial a los usuarios del régimen subsidiado en salud.

Queda claro, entonces, que el Ejecutivo nacional, al centrar todos sus esfuerzos en dotar al subprograma ginecobstétrico de un soporte legal y reglamentario amplio y complejo que lo respaldara, descuidó la manera como llevaría ese complejo entramado normativo a la realidad, poniendo con ello en un evidente riesgo los derechos sexuales y reproductivos de los destinatarios del mentado subprograma, lo que implica una evidente contradicción con el esquema garantista (de derechos), que se supone lo caracterizaría.

## **Línea jurisprudencial: sentencias emitidas por el Consejo de Estado en las cuales analiza la falla del servicio ginecobstétrico en los últimos 20 años**

### **Línea jurisprudencial: concepto y metodología**

Diego Eduardo López Medina, en *El derecho de los jueces* (2006), introdujo como como instrumento práctico para entender el precedente jurisprudencial, la elaboración de una línea jurisprudencial que en razón de su carácter abstracto debe ser graficada y supone, como primera medida, el planteamiento de un cuestionamiento

jurídico y la búsqueda de sus potenciales respuestas, que pueden hallarse en los diversos pronunciamientos jurisprudenciales. Por ello, a partir de su estudio se busca identificar si existe un patrón seguido en dichos pronunciamientos y de esa manera identificar las dos respuestas extremas dadas por el operador judicial a ese problema jurídico, para finalmente proceder a la ubicación de dichas providencias en uno u otro extremo de la línea, permitiendo con ello revelar la subregla de interpretación que permitirá resolver el problema jurídico planteado.

En el desarrollo de este ejercicio, el autor explica que el interesado se encontrará con sentencias importantes que denomina “sentencias hito” (p.163) o no importantes. Las primeras serían el material esencial para la elaboración de una línea jurisprudencial.

Finalmente, el autor explica los pasos que deben agotarse a fin de construir una línea jurisprudencial a partir de la identificación de lo que denomina “punto arquimédico de apoyo”, que corresponde a una sentencia que ayudará a la identificación de las sentencias hito y su consecuente sistematización en la línea jurisprudencial, que debe ser la más reciente en la materia y debe guardar correspondencia con el asunto tratado en el problema jurídico que se va a resolver. El segundo paso consiste en aquello que denomina “ingeniería reversa”, que corresponde al análisis de las citas jurisprudenciales presentes en la sentencia arquimédica, con las cuales forma un “nicho citacional” que puede estar compuesto de varios niveles según el nivel de complejidad del asunto estudiado o de la amplitud del análisis jurisprudencial que se considere necesario hacer. El último paso consiste en la identificación de los denominados “puntos nodales”, que corresponden a las sentencias que aparecen constantemente citadas en el nicho citacional y que, por lo general, guardan correspondencia con las denominadas sentencias hito previamente explicadas, puntos que al graficarse dan origen a una especie de “telaraña citacional”(p. 177), que redujo la gran cantidad de sentencias con las que se inició el ejercicio y de la cual resulta posible identificar la subregla de interpretación que ayudará a resolver el problema jurídico planteado.

## Elaboración de la línea jurisprudencial

Una vez definidas las anteriores precisiones, es posible construir la línea jurisprudencial que nos ayudará a encontrar la subregla de interpretación con la que resolveremos el problema planteado a lo largo de la presente investigación.

Con tal finalidad debe precisarse, en primer lugar, que a partir del estudio de la jurisprudencia desarrollada por el Consejo de Estado en torno a la falla en la prestación del servicio médico durante los últimos 20 años (1996 a 2017), fue posible identificar una constante o patrón fáctico relacionado con la presencia de fallas en la prestación de dicho servicio pero en su vertiente ginecoobstétrica, que podían estar relacionadas bien con deficiencias en la infraestructura hospitalaria,

o con la atención brindada por parte del personal médico o asistencial de dichas entidades o bien con ambas situaciones.

Conforme con lo anteriormente expuesto, resulta posible comenzar con el planteamiento del problema jurídico cuya resolución se logrará a partir de la línea jurisprudencial por construirse.

### *Problema jurídico planteado*

¿El Consejo de Estado es un garante de la implementación del subprograma ginecobstétrico perteneciente a la política de salud sexual y reproductiva en Colombia, en sus sentencias emitidas entre los años 1996 y 2017?

En segundo lugar, se pasa a identificar el punto arquimédico o sentencia arquimédica, cuyas citas nos permitirán comprender la posición jurisprudencial sentada por el Consejo de Estado en torno a la temática bajo estudio.

### *Sentencia arquimédica y telaraña citacional*

El pronunciamiento más reciente del Consejo de Estado colombiano en relación con la temática de la falla del servicio médico ginecobstétrico, corresponde al proferido por la sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, consejera ponente Stella Conto Díaz del Castillo, del 02 de mayo de 2017, expediente 13001-23-31-000-2000-00412-01 (37493), en el que dicha corporación analizó el caso de una mujer que falleció con posterioridad a la práctica de un legrado instrumental en las instalaciones del hospital Montecamelo del Carmen de Bolívar.

En dicho pronunciamiento, el Consejo de Estado determinó las siguientes subreglas:

–Implementación de políticas tendientes a crear conciencia sobre la necesidad de garantizar la atención médica especializada y oportuna a la mujer embarazada y a los niños recién nacidos, para que sea replicada en los hospitales públicos del departamento condenado.

–Promoción de políticas que optimicen la prestación de la atención en ginecobstetricia y minimicen los eventos de muerte materna y perinatal, a cargo de la Alta Consejería para la Equidad de la Mujer.

–Inclusión de este caso en el observatorio de política de igualdad y no discriminación con enfoque diferencial y de género de la rama judicial, como medida de seguimiento al caso y de no repetición en el futuro para casos similares.

A partir del estudio de la sentencia arquimedica como eje central de la línea jurisprudencial por desarrollar, se pasó a llevar a cabo la denominada “ingeniería reversa, de la cual se pudo obtener un nicho citacional conformado por una serie de sentencias hito, que dieron lugar a la siguiente telaraña citacional (Tabla 1):

Sentencia el 02 de mayo de 2017, expediente: 37493. M.P. Stella Conto Díaz del Castillo	
Primer nivel	<p>Sentencia del 28 de febrero de 2013, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo. Exp. 26398</p> <p>Sentencia del 28 de agosto de 2014, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo, Exp. 28804.</p> <p>Sentencia del 1 de agosto de 2016, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo, exp: 34578.</p> <p>-Sentencia del 25 de abril de 2012, C.P. Enrique Gil Botero, Exp: 21861.</p> <p>-Sentencia del 19 de septiembre de 2011, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo, Exp:20138.</p> <p>-Sentencia del 9 de febrero de 2011, C.P. Danilo Rojas Betancourth, Exp:16394.</p> <p>-Sentencia del 27 de abril de 2011, C.P. Danilo Rojas Betancourth, Exp:19761.</p> <p>-Sentencia del 27 de septiembre de 2013, C.P. Danilo Rojas Betancourth, Exp:28860.</p> <p>-Sentencia del 26 de julio de 2012, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo, Exp:24727.</p> <p>- Sentencia del 28 de febrero de 2013, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo. Exp. 26303.</p>
Segundo nivel	<p>Sentencia del 19 de septiembre de 2011, C.P. Danilo Rojas Betancourth, Exp:21350.</p> <p>Sentencia del 28 de agosto de 2014, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo, Exp:28804.</p>
Tercer nivel	<p>Sentencia del 19 de agosto de 2009, C.P. Enrique Gil Botero, Exp: 18364</p> <p>No hay citas sobre el tema específico.</p> <p>Sentencia del 19 de septiembre de 2011, C.P. Danilo Rojas Betancourth, Exp:21350.</p> <p>No hay citas sobre el tema específico</p>
Cuarto nivel	<p>Sentencia del 17 de agosto de 2000, Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez, Exp: No.12123.</p> <p>No hay citas sobre el tema específico.</p>

## *Sentencias hito*

A partir del estudio de los cuatro niveles de citas jurisprudenciales que preceden, resulta posible identificar cinco sentencias que sobresalen y corresponden a las denominadas sentencias hito, por lo que a continuación se procederá a identificar a cuál de todas las clases inmersas en dicha categoría corresponde cada una de las antedichas.

La primera de ellas es la sentencia del 17 de agosto de 2000, con ponencia del consejero Alier Eduardo Hernández Enríquez, exp.12123, que desarrolló por primera vez de manera completa y detallada, la cuestión de la falla en la prestación del servicio médico ginecobstétrico, por lo que salta a la vista su carácter de fundadora de línea.

En tal pronunciamiento, el Consejo de Estado determinó la siguiente subregla: reparación patrimonial con ocasión de la poca vigilancia y control de la paciente por parte de los galenos de la entidad hospitalaria encargada de la prestación del servicio ginecobstétrico.

A partir de la lectura de la anterior subregla, resulta posible inferir que las órdenes impartidas por el Consejo de Estado en las primeras sentencias en las que analizó la responsabilidad del Estado por la falla en la prestación del servicio ginecobstétrico, iban encaminadas casi que de manera exclusiva a lograr la reparación patrimonial de perjuicios y aún no se había incursionado en su reparación integral, lo cual le ha permitido al operador judicial contencioso administrativo en sus pronunciamientos más recientes, ordenar a la entidad estatal condenada no solo resarcir patrimonialmente a los sujetos pasivos de los daños, sino principalmente conminarla a adoptar medidas que lleven al mejoramiento de la política de salud sexual y reproductiva, en lo relacionado con el subprograma ginecobstétrico.

Las restantes cuatro sentencias detentan gran importancia al haber sido citadas varias veces en el desarrollo de la línea jurisprudencial, las que corresponden a: 1. la sentencia del 28 de agosto de 2014, con ponencia de la consejera Stella Conto Díaz del Castillo, exp. 28804; 2. sentencia del 28 de febrero de 2013, con ponencia de la consejera Stella Conto Díaz del Castillo., exp. 26303; 3. sentencia del 25 de abril de 2012, con ponencia del consejero Enrique Gil Botero, exp: 21861, y 4. sentencia del 19 de septiembre de 2011, con ponencia del consejero Danilo Rojas Betancourth, exp. 21350, sentencias que corresponden a los denominados “puntos nodales”, en los términos fijados por López (2006).

Sentencia del 28 de agosto de 2014, con ponencia de la magistrada Stella Conto Díaz del Castillo, exp. 28804. En esta providencia se analizó el caso de una señora en estado de gravidez que acudió al hospital San Vicente de Paúl, de Lorica, con la finalidad de ser atendida de manera inmediata, pues ya había iniciado su trabajo

de parto. Pese a ello, fue dejada en espera prolongada, lo que generó que al ser intervenida por cesárea se encontrara que su feto se encontraba sin vida.

En dicho pronunciamiento, el Consejo de Estado determinó las siguientes subreglas:

- Implementación de políticas tendientes a crear conciencia sobre la necesidad de garantizar la atención médica especializada y oportuna a la mujer embarazada y a los niños recién nacidos, para que sea replicada en los hospitales públicos del departamento condenado.
- Promoción de políticas que optimicen la prestación de la atención ginecobs-tétrica y minimicen los eventos de muerte materna y perinatal, a cargo de la Alta Consejería para la Equidad de la Mujer.
- Inclusión de este caso en el observatorio de política de igualdad y no discrimi-nación con enfoque diferencial y de género de la rama judicial, como medida de seguimiento al caso y de no repetición en el futuro para casos similares.

A fin de hacer un seguimiento de este tipo de casos, se ordenó a la sala ad-ministrativa del Consejo Superior de la Judicatura, comisión nacional de género de la rama judicial, su inclusión en el observatorio de política de igualdad y no discriminación con enfoque diferencial y de género.

Sentencia del 28 de febrero de 2013, con ponencia de la magistrada Stella Conto Díaz del Castillo, exp. 26303. En esta providencia del Consejo de Estado, se analizó el caso de una mujer de 21 años en estado de embarazo, que ingresa al servicio de salud de la clínica San Pedro Claver, a fin de ser atendida de urgencias por presentar complicaciones de carácter infeccioso posteriores a la práctica de una cesárea. Pese a la naturaleza de su patología (infecciosa), solo diez días después de su ingreso fue operada y fue sometida a una histerectomía dada la complejidad de su infección.

En dicho pronunciamiento, el Consejo de Estado determinó las siguientes subreglas:

- Delineación y estructuración de un protocolo de atención en salud de niñas, adolescentes y mujeres con perspectiva de género por parte del Distrito Capital, que debería contar con la asesoría y supervisión del PNUD-Colombia y el cual debe ser difundido y promovido en las diferentes instituciones educativas.
- Elaboración de una estrategia de capacitación del personal médico y asistencial de todos los hospitales del Distrito Capital, quienes, además, debían obrar como garantes de la aplicación del mentado protocolo.

Sentencia del 25 de abril de 2012, con ponencia del magistrado Enrique Gil Botero, exp. 21861. En esta sentencia se estudia el caso de una mujer que acude al servicio médico del Hospital Municipal Gilberto Mejía, con la finalidad de ser atendida, pues presentaba complicaciones con el dispositivo intrauterino que le

fue colocado posterior a la realización de la cesárea de su último hijo y que al ser descartada la relación entre dicho dispositivo y su malestar abdominal por parte de los médicos de dicha institución y ordenarle que se devolviera a su casa con medicamentos, generó que su estado de salud se agravara a tal punto que tuvo que ser remitida a otro hospital de un nivel superior, donde le fue practicada una extracción total de sus órganos reproductores dada la gravedad de la infección que le devino posterior a la colocación del DIU.

En este pronunciamiento, el Consejo de Estado determinó la siguiente subregla:

–Adopción de medidas de rehabilitación, satisfacción y no repetición, dentro de las cuales fue incluida toda la atención médica, sanitaria, psicológica, psiquiátrica y hospitalaria que esta necesitara durante toda su vida, a cargo del Hospital Gilberto Mejía.

Sentencia del 19 de septiembre de 2011, con ponencia del magistrado Danilo Rojas Betancourth, exp. 21350. Se estudia el caso de una mujer en estado de embarazo que ingresa al servicio de salud del Hospital E.S.E. Nuestra Señora de los Remedios, con síntomas indicativos de parto prematuro y a quien el médico general le recetó una serie de medicinas tendientes a inhibir el trabajo de parto y fomentar el desarrollo del bebé, de cuyo deceso se tuvo conocimiento al día siguiente.

En esta providencia, el Consejo de Estado determinó la siguiente subregla:

–Reparación patrimonial con ocasión de la poca vigilancia y control de la paciente por parte de los galenos de la entidad hospitalaria encargada de la prestación del servicio ginecobstétrico.

Las providencias antes mencionadas tienen como común denominador el hecho de que en ellas se analiza la responsabilidad del Estado por fallas en la prestación del servicio de salud pública en su vertiente ginecobstétrica. En todas ellas se condenó a instituciones hospitalarias Estatales, por encontrar que bien a nivel de infraestructura o de prestación del servicio ginecobstétrico, se presentaron deficiencias de carácter trascendental, que terminaron por afectar de manera irremediable la salud de mujeres en estado de gravidez o la de sus recién nacidos.

A partir de la ejecución de los tres pasos citados por López (2006) y estudiados con antelación, resulta posible elaborar la siguiente línea jurisprudencial:

	<p>¿El Consejo de Estado es un garante de la implementación del subprograma ginecobstétrico perteneciente a la política de salud sexual y reproductiva en Colombia, en sus sentencias emitidas entre los años 1996 y 2017?</p>	
--	--	--

<p>Con sus decisiones garantiza la real ejecución de la política sexual y reproductiva en Colombia</p>	<p>● 19/09/2011, Exp:21350. ● 25/04/2012, Exp: 21861 ● 28/02/2013, Exp. 26303 ● 28/08/2014, Exp. 28804</p>	<p>Decide los casos puestos a su conocimiento sin involucrarse en la ejecución de la política de salud sexual y reproductiva en Colombia</p>
--	--	--

A partir de lo anterior resulta claro concluir que el Consejo de Estado Colombiano en sus fallos emitidos durante los últimos 20 años se ha caracterizado por tener una constante posición de garante, en cuanto a la ejecución de la política pública de salud sexual y reproductiva, su subprograma ginecobstétrico se refiere.

## El juez contencioso administrativo como garante de la implementación del subprograma ginecobstétrico, perteneciente a la política de salud sexual y reproductiva en Colombia

### El Consejo de Estado como gestor activo en la implementación del subprograma ginecobstétrico en Colombia

La precedente línea jurisprudencial nos ha permitido entender cómo el Consejo de Estado colombiano actualmente viene desempeñando un papel activo en lo que a ejecución de políticas públicas se refiere, en especial la de salud sexual y reproductiva en el subprograma ginecobstétrico, lo que implica una evolución de su papel de administrador de justicia pensado por el constituyente de 1886, en su artículo 141, el cual fue replicado en el del año 1991 en su artículo 273.

En efecto y a partir de la revisión del artículo 273, se tiene que el Consejo de Estado colombiano fue encargado por el Constituyente, primordialmente, de dirimir los conflictos que se susciten contra el Estado, pero también de obrar como supremo órgano consultivo del Gobierno en asuntos de administración, entre otras atribuciones.

Se tiene, entonces, que dicha evolución no surgió de manera intempestiva o fortuita, sino que, como pudo identificarse a partir del estudio de los supuestos fácticos de las sentencias hito presentes en la línea jurisprudencial previamente elaborada, fue, precisamente, la sistemática falencia del Ejecutivo (Gobierno), en la implementación de la política de salud sexual y reproductiva, la que propició el incremento de los casos en que resultaban afectadas las mujeres gestantes y los bebés recién nacidos, hecho que generaba la consecuente condena judicial y llevó a que el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo debiera, dentro de sus decisiones, ordenar no solo la reparación de los perjuicios que con su actuación fueron causados, sino que, además, tanto las entidades hospitalarias causantes de las fallas en el servicio como las entidades territoriales donde estas se presentaban, en conjunto con entidades ubicadas por fuera del poder Ejecutivo (Alta Consejería para la Equidad de la Mujer, Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial, PNUD-Colombia, entre otras), se dieran a la labor de efectivizar la implementación de la política en comento, bien mediante la elaboración de protocolos como sería el de atención en salud de niñas, adolescentes y mujeres con perspectiva de género ordenado en su momento al Distrito Capital, junto con su correspondiente difusión o bien mediante el replanteamiento mismo de los postulados del subprograma ginecobstétrico de la política sexual y reproductiva, buscando así garantizar la atención especializada y oportuna que ello implica y en complemento incluirlo como asunto de prioritario seguimiento dentro de la política de igualdad y no discriminación con enfoque diferencial y de género, perteneciente a la Comisión Nacional de Género de la rama judicial.

## El Consejo de Estado como facilitador de la judicialización de la política en Colombia

Esta nueva función política ejercida por el Consejo de Estado colombiano ha impulsado la elaboración de la presente investigación, pues implica la materialización en nuestra realidad jurídica, de un fenómeno que ya venía presentándose en otras latitudes de nuestro continente y cuyos pioneros en su estudio fueron Sieder, Schjolden y Angell (2012), en *La judicialización de la política en América Latina*, en el que procedieron a identificarlo bajo la denominación de judicialización de la política, que implicaba el incremento de la influencia de las decisiones judiciales en la vida política y social de los Estados latinoamericanos.

En esta misma línea encontramos a Tate y Vallinder, que en su libro *The Global Expansion of Judicial Power* (1995) consideraron que la judicialización de la política es, en sí misma, la expansión del poder judicial y que tal expansión hace referencia a la intromisión de las decisiones o procesos judiciales en escenarios políticos en los que no lo hacían.

En este punto resulta importante detenerse, pues es claro que si bien la actuación del Consejo de Estado colombiano puede catalogarse como una especie de judicialización de la política, lo cierto es que esta es de carácter restringido en cuanto solo hace presencia en la fase de ejecución o implementación de la política de salud sexual y reproductiva, pues sus fases previas estudiadas en el primer apartado de este informe, son del resorte exclusivo de los otros poderes públicos, establecido de esta manera por el Constituyente colombiano.

Esta aclaración que precede resulta muy importante para los fines del presente informe, pues resulta fácil caer en la imprecisión de considerar al operador judicial contencioso administrativo como una especie de usurpador de funciones o competencias, cuando en realidad lo que se hace es una labor complementaria y por encima de todo, garantista de la ejecución de una política pública que actualmente viene siendo ignorada o dejada a su suerte por su responsable primario, al punto de afectar no solamente la salud sino también las vidas de un sector especialmente vulnerable de la población, que como se reitera, corresponde a las mujeres gestantes y a los recién nacidos.

Las implicaciones de este nuevo papel no solo ponen en evidencia un problema de ejecución de una política pública específica (salud sexual y reproductiva) que, como ha quedado comprobado con la línea jurisprudencial elaborada en el apartado segundo de este texto, viene siendo morigerado con las decisiones tomadas en sus fallos por el Consejo de Estado, sino también la consecuente y sistemática invisibilización de un grupo poblacional que viene siendo afectado en sus derechos por los desafíos que, según la presente investigación, representa acudir para su atención ginecobstétrica a una entidad hospitalaria de carácter estatal.

Quiere decir lo anterior, que si bien los efectos nocivos de esta deficiente ejecución del subprograma ginecobstétrico perteneciente a la política en salud sexual y reproductiva vienen siendo en parte atenuados con la intervención del Consejo de Estado colombiano mediante sus providencias, ello, en principio, debería haber tenido un carácter transitorio y en manera alguna perpetuarse en el tiempo, como actualmente sucede, si se tiene en cuenta que esta investigación estudia la incursión del operador judicial contencioso administrativo en la esfera política desde hace más de 20 años. Sin embargo, para autores como Sabatier y Mazmanian (1979), era inevitable que ello sucediera, pues la implementación de una política pública bajo el enfoque de gestión pública implica un proceso complejo que requiere el suficiente apoyo político y social, lo que no es otra cosa que la cooperación entre todos los actores de esa gestión, entre ellos los jueces y tribunales, los cuales, por medio de la resolución de los casos puestos a su decisión, tienen conocimiento de primera mano de dónde se presenta la falencia en el proceso de implementación y por ello son los más idóneos para brindar su apoyo en beneficio de los destinatarios de la política pública.

Podría decirse, entonces, que la participación del Consejo de Estado en el proceso de implementación del subprograma ginecobstétrico, no solo tuvo lugar ante la necesidad de garantizar la protección de los derechos fundamentales a la salud y a la vida de un sector de la población, sino que, además, se viene configurando como uno de los ejemplos más claros, donde se manifiesta el principio de colaboración entre las ramas del poder público en búsqueda siempre del bien común.

# Estándares interamericanos del derecho de acceso a la información de las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos: una revisión de la ley de inteligencia en Colombia

Diana Fernández Mejía  
Juan Felipe Cardona Arango

## Introducción

Las actividades de inteligencia y contrainteligencia en Colombia si bien han operado desde hace varios años, la expedición de la Ley Estatutaria 1621 de 2013 plantea la necesidad de hacer investigaciones sobre la incidencia que dichas actividades tienen frente a los derechos humanos (DD. HH), específicamente sobre el derecho de acceso a la información. Por esta razón, este escrito persigue como objetivo general establecer en qué medida la Ley de Inteligencia de Colombia (Ley Estatutaria 1621 de 2013) es compatible con los estándares interamericanos en materia del derecho de acceso a la información de las víctimas de graves violaciones a los DD. HH.

La investigación estuvo orientada por la teoría de la seguridad ciudadana o seguridad humana que tiene su punto de partida en el modelo idealista que concibe a la seguridad en relación con los DD. HH (Montero, 2012). Por ende, la propuesta de analizar la compatibilidad de una ley que regula en Colombia los servicios de inteligencia con unos lineamientos internacionales en materia de DD. HH, estuvo guiada por un enfoque que no solo incluyera asuntos de defensa militar, seguridad pública, violencia, criminalidad, sino que también se preocupara por alcanzar los elementos de la seguridad ciudadana o humana, entre los que se encuentran los DD. HH.

Para dar cumplimiento al objetivo planteado, el primer apartado tiene como finalidad identificar los estándares interamericanos en materia del derecho de acceso a la información de las víctimas de graves violaciones a los DD. HH. En esta sección se explicará sobre el derecho de acceso a la información, su concepto, los sujetos obligados, el principio de máxima divulgación, el principio de buena fe,

los recursos judiciales y administrativos que proceden frente a la negativa de una autoridad de suministrar información, así como el alcance de este derecho en los casos de graves violaciones a los DD. HH.

En segundo apartado se estudia el alcance que le otorga la ley de inteligencia colombiana (Ley Estatutaria 1621 de 2013) a la reserva de la información. En este también se estudia el Decreto 857 de 2014 por medio del cual se reglamentó la mencionada ley. En este punto, se describen los fines y límites que deben atender los órganos de inteligencia y contrainteligencia y se explica el alcance de la reserva legal de los documentos e información que dichos organismos manejan.

Finalmente, en el apartado tercero se hace un análisis de la compatibilidad de la Ley Estatutaria 1621 de 2013 frente a los estándares interamericanos en materia de acceso a la información de las víctimas de graves violaciones a los DD. HH. En esta sección se estudian tanto los aspectos positivos que incorporó la ley como aquellos que resultan riesgosos para el ejercicio del derecho de acceso a la información, especialmente cuando se está frente a casos de graves violaciones a los DD. HH.

En este sentido, la presente investigación cualitativa fue de tipo básica, ya que analizó la compatibilidad de una norma interna respecto a los estándares que en materia de acceso a la información se han establecido en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. El método empleado fue el hermenéutico, toda vez que se hizo necesario interpretar y analizar el alcance de los pronunciamientos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), para así lograr establecer la compatibilidad de la norma doméstica con los estándares interamericanos. Asimismo, se utilizó el método deductivo en cuanto se pretende partir de los estándares internacionales para ir a lo establecido por una ley en Colombia.

Finalmente, en el desarrollo de ella se utilizaron fuentes primarias como la normatividad internacional y nacional, así como la jurisprudencia constitucional e interamericana en materia del derecho de acceso a la información. Como fuentes secundarias, se acudió a los libros y artículos científicos especializados sobre el objeto de estudio.

## **El derecho de acceso a la información en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos**

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) es un sistema regional establecido en el marco de la Organización de Estados Americanos (OEA), cuya función es la promoción y protección de los derechos humanos. Para lograr dicho objetivo, cuenta con dos órganos: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH),

que se encargan de velar por la observancia de las obligaciones internacionales contraídas por los Estados americanos.

En este sentido, los órganos del SIDH han desarrollado paulatinamente una serie de principios y estándares jurídicos que han contribuido a aclarar un contenido mínimo de los DD. HH reconocidos en la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en los otros tratados interamericanos, los cuales comúnmente se conocen como estándares interamericanos (OIM, 2007, p. 1).

De esta manera, no solo los instrumentos del SIDH sino también el conjunto de informes elaborados por la CIDH, así como las diferentes sentencias de la Corte IDH, han precisado el contenido del derecho de acceso a la información que será objeto de desarrollo en el presente apartado.

## Marco normativo

La *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre* (1948) fue el primer instrumento que consagró en su artículo IV el derecho que toda persona tiene a la libertad de expresión y difusión del pensamiento.<sup>21</sup> Sin embargo, en este instrumento internacional no se evidencia una consagración explícita del derecho de acceso a la información. Años más tarde, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), en el contenido del artículo 13.1, reconoció la libertad de pensamiento y de expresión, pero adicionalmente consagró el derecho que le asiste a toda persona de recibir y difundir información, reconociendo así de manera expresa, el derecho de acceso a la información.<sup>22</sup>

De manera específica, la *Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión*<sup>23</sup> reconoce en el artículo primero dicha libertad como un derecho fundamental e indispensable para una sociedad democrática y en el artículo segundo reconoce el acceso a la información en los mismos términos del artículo 13 de la Convención Americana. Finalmente, el Comité Jurídico Interamericano aprobó la Resolución 147 de 2008, mediante la cual adoptó los principios sobre el derecho de acceso a la información.

21. **Artículo IV.** Toda persona tiene derecho a la libertad de investigación, de opinión y de expresión y difusión del pensamiento por cualquier medio.

22. **Artículo 13.1.** Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

23. Adoptada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el centésimo octavo período ordinario de sesiones, celebrado del 2 al 20 de octubre del 2000.

## Principios rectores

### *Principio de máxima divulgación*

La Corte IDH ha considerado que este principio implica la presunción de que toda información en poder del Estado es accesible, salvo restringidas excepciones (Corte IDH, Claude Reyes y otros versus Chile, 2006, párr. 92). En igual sentido, el artículo cuarto de la *Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión* establece que el acceso a la información en posesión de las autoridades estatales, es un derecho fundamental de todo individuo y que solo admite limitaciones excepcionales que deben estar establecidas previamente por la ley para el caso de que exista un peligro real e inminente que amenace la seguridad nacional en sociedades democráticas.

Por su parte, la doctrina ha establecido que el principio de máxima divulgación

(...) implica que toda legislación tendiente a desarrollar el derecho de acceso a la información, contemple la difusión de la información pública, entendida esta como toda documentación en poder de cualquier organismo público independiente de la forma en que se encuentre, de su origen y de la fecha de su elaboración, contemplando que la publicidad y divulgación es la regla, y el ocultamiento o secreto es la excepción que debe ser contemplada de manera explícita. (Ceballos, 2010, p. 117)

De la anterior definición, se puede evidenciar que el principio de máxima divulgación considera que el derecho de acceso a la información es la regla y el secreto es la excepción. Sin embargo, para que un Estado pueda limitar el acceso a la información, la Corte IDH en el ya citado caso Claude Reyes versus Chile, precisó que se debe hacer un test de proporcionalidad que indique si la restricción: a. está consagrada en la ley; b. responde a un fin u objetivo legítimo; c. es necesaria, y d. es estrictamente proporcional.

La carga de la prueba para justificar las restricciones al derecho de acceso a la información recae en el Estado, específicamente en la autoridad a la que se le haya hecho el requerimiento de la información (Comité Jurídico Interamericano, 2008, principio 7).

### *Principio de buena fe*

De conformidad con la CIDH, este principio implica que los sujetos obligados al suministro de información

(...) interpreten la ley de manera tal que sirva para cumplir los fines perseguidos por el derecho de acceso, que aseguren la estricta aplicación del derecho, brinden los medios de asistencia necesarios a los solicitantes, promuevan una cultura de transparencia, coadyuven a transparentar la gestión pública, y actúen con diligencia, profesionalidad y lealtad institucional. (CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, 2012, p. 7)

## Concepto y alcance

El derecho de acceso a la información se define como un “(...) derecho humano fundamental que establece que toda persona puede acceder a la información en posesión de órganos públicos, sujeto solo a un régimen limitado de excepciones, acordes con una sociedad democrática y proporcionales al interés que los justifica” (Comité Jurídico Interamericano, 2008, principio 1).

El acceso a la información es un derecho considerado una de las bases fundamentales para la convivencia democrática. Comprende tres aspectos: buscar, recibir y difundir información. Para Ceballos (2010), recibir implica la obtención y recepción de información de acuerdo con los intereses propios, mientras que buscar o investigar supone acceder a las fuentes de la información y opinión sin más limitaciones que las señaladas por la ley, originándose en todo caso un deber de permitir el acceso a quienes manejan las fuentes de información.

En igual sentido lo ha establecido la Asamblea General de la OEA, al referirse que toda persona tiene la libertad de buscar, recibir, acceder y difundir informaciones y que el acceso a la información pública es un requisito indispensable para el funcionamiento mismo de la democracia (Asamblea General de la OEA, Resolución 1932, 2003, punto 1).

### *Titulares y sujetos obligados*

El derecho de acceso a la información se predica de toda persona sin distinción alguna. La Corte IDH en el fallo *Gomes Lund y otros versus Brasil*, mencionó que no es necesario que la persona demuestre un interés directo para su obtención o una afectación personal, salvo en los casos en que se aplique una legítima restricción (Corte IDH, *Caso Gomes Lund y otros versus Brasil*, 2010, párr. 197).

En cuanto a los sujetos obligados, los *Principios sobre el Derecho de Acceso a la Información* (2008) estipulan que son los Estados los que tienen el deber de garantizar el derecho de acceso a la información, adoptando la legislación apropiada y poniendo en práctica los medios necesarios para su implementación (principio 1). El principio 2 del mismo instrumento, precisa que los sujetos obligados abarcan:

(...) todos los órganos públicos en todos los niveles de gobierno, incluidos los pertenecientes al poder Ejecutivo, al Legislativo y al poder Judicial, a los órganos creados por las constituciones o por otras leyes, órganos de propiedad o controlados por el gobierno, y organizaciones que operan con fondos públicos o que desarrollan funciones públicas.

## Obligaciones

### *Responder de manera oportuna, completa y accesible las solicitudes formuladas*

La CIDH en los alegatos presentados ante la Corte IDH en el caso Claude Reyes versus Chile, estableció que el artículo 13 de la convención comprende la obligación positiva de parte del Estado de brindar acceso a la información en su poder, de manera oportuna, completa y accesible, o en su defecto, de aportar en un plazo razonable las razones legítimas que impiden tal acceso (CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, 2012, p. 9).

### *Suministrar un recurso administrativo que permita la satisfacción del derecho de acceso a la información*

El principio 5 de los *Principios sobre el Derecho de Acceso a la Información*, trata sobre la necesidad de implementar recursos o reglas claras, justas y simples para el manejo de solicitudes de información. A su vez, establece que se deben incluir plazos claros y razonables para dar respuesta a las solicitudes de información y la gratuidad o bajo costo que ello conlleva. De manera más concreta, el principio 8 establece el derecho de todo individuo de recurrir cualquier negativa u obstrucción de acceso a la información ante una instancia administrativa.

De lo anterior, se puede inferir que el recurso administrativo para la satisfacción del acceso a la información implica las siguientes características:

- Debe ser un recurso sencillo.
- Debe ser accesible a toda persona sin ningún tipo de discriminación.
- Debe establecer plazos claros y razonables para el suministro de la información.
- Debe ser gratuito o de bajo costo.

Adicionalmente, la Relatoría para la Libertad de Expresión añadió las siguientes características:

- Debe permitir que las solicitudes se hagan de forma oral en los casos en que no pueda hacerse por escrito.
- Debe establecer la obligación de la administración de asesorar al solicitante sobre la manera de formular la solicitud.

– Debe establecer la obligación de que la respuesta negativa sea motivada y la posibilidad de que esta pueda ser impugnada ante un órgano superior o autónomo y posteriormente cuestionada en la vía judicial.

Finalmente, en el caso Claude Reyes (2006, párr. 163) la Corte IDH propuso como una medida que debía adoptar el Estado de Chile para garantizar el derecho

de acceso a la información, la efectividad de un “(...) procedimiento administrativo adecuado para la tramitación y resolución de las solicitudes de información, que fije plazos para resolver y entregar la información, y que se encuentre bajo la responsabilidad de funcionarios debidamente capacitados”.

### *Suministrar un recurso judicial idóneo y efectivo para la revisión de las negativas de entrega de información*

Tal como se explicó en la obligación anterior, la CIDH ratifica que es deber de los Estados suministrar un recurso judicial ante una respuesta negativa a la solicitud de información. La Corte IDH, en el caso *Gomes Lund y otros versus Brasil* (2010, párr. 231), se pronunció en el mismo sentido al manifestar que ante la denegación de acceso a la información que se encuentre bajo el control del Estado, este tiene el deber de garantizar un recurso judicial sencillo, rápido y efectivo<sup>24</sup> que permita determinar si se produjo una vulneración del mencionado derecho y en su caso, ordenar al órgano estatal la entrega de la información.

En términos similares, los *Principios sobre el Derecho de Acceso a la Información* hablan del derecho de apelar las decisiones de los órganos administrativos ante los tribunales de justicia (principio 8).

### *Implementar adecuadamente las normas en materia de acceso a la información*

Para la Relatoría de la Libertad de Expresión (2012, p. 15), este deber implica las siguientes acciones:

- El Estado debe diseñar un plan que le permita la satisfacción real y efectiva del derecho de acceso a la información en un periodo razonable. Esta obligación implica el deber de asignar el presupuesto necesario para poder satisfacer, de manera progresiva, las demandas que el derecho generará.
- El Estado debe adoptar normas políticas y prácticas que permitan conservar y administrar adecuadamente la información.
- El Estado debe adoptar una política sistemática de entrenamiento y capacitación de funcionarios públicos destinados a satisfacer, en cada una de sus facetas, el derecho de acceso a la información pública. Asimismo, esta obligación implica la capacitación de funcionarios públicos en relación con las leyes y políticas sobre la creación y custodia de archivos relacionados con la información que el Estado está obligado a resguardar, administrar y a producir o capturar.

24. La Corte IDH en el caso *Velásquez Rodríguez versus Honduras* (1988, párr. 66), definió que un recurso efectivo es aquel que es capaz de producir el resultado para el cual ha sido concebido.

## *Adequar el ordenamiento jurídico a las exigencias del derecho de acceso a la información*

El artículo 2 de la Convención Americana es el pilar fundamental del deber estatal de adoptar disposiciones de derecho interno, que impliquen crear, adecuar o derogar aquellas normas internas que impidan el goce efectivo de los DD. HH reconocidos en el mencionado tratado.

Así las cosas, la Relatoría para la Libertad de Expresión (2012, p.16) ha postulado los siguientes estándares internacionales frente al deber de los Estados de adecuar su ordenamiento jurídico interno:

- Implementar un marco jurídico adecuado.
- Remover los obstáculos legales o administrativos que dificultan el acceso a la información.
- Promover la implementación del derecho de acceso dentro de todas las entidades y autoridades que lo conforman.
- Adoptar una política pública favorable al pleno ejercicio de este derecho.

## **Límites**

Los derechos de libertad no son derechos absolutos. Al respecto, Valcárcel y González (2008) manifiestan que las libertades son derechos que no pueden ser vulnerados por el Estado, a menos que se presente una excepción y se encuentre detallada en la Constitución o la ley. Sobre el objeto de la presente investigación, la libertad de acceso a la información tampoco es un derecho absoluto, por ende admite ciertas limitaciones en la medida en que estas se encuentren justificadas.

Los límites que se pueden imponer a este derecho se expusieron en un apartado anterior al citar el emblemático caso de la Corte IDH en materia de acceso a la información: *Claude Reyes versus Chile*. En este fallo, el tribunal determinó que cualquier limitación al derecho de acceso a la información debe ser excepcional y por ende debe estar consagrada en la ley, responder a un fin legítimo, ser necesaria y proporcional.

Concomitante con lo anterior, los *Principios sobre el Derecho de Acceso a la Información* establecen que esta libertad se encuentra sujeta a un régimen limitado de excepciones y que cualquier restricción debe estar establecida en la ley, ser clara y limitada (principios 1 y 6). De igual forma, reitera el carácter excepcional de las limitaciones al derecho y las justifica en la medida en que exista un peligro real e inminente que amenace la seguridad nacional en sociedades democráticas (principio 4).

A continuación, se hará una explicación de cada uno de los criterios que se exigen para justificar una limitación al derecho de acceso a la información.

*Estar consagrada en la ley.* La misma Convención Americana en su artículo 13.2 establece que una restricción al derecho debe estar expresamente fijada en la ley. Según la Corte IDH, este requisito asegura que las limitaciones no queden al arbitrio del Estado (Corte IDH, Claude Reyes y otros versus Chile, 2006, párr. 89).

*Responder a un objetivo legítimo.* La misma Convención Americana en su artículo 13.2, indica como fines legítimos el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, la protección de la seguridad nacional, el orden público o la moral pública.

*Ser necesarias.* En palabras de la Corte IDH, implica que deben “estar orientadas a satisfacer un interés imperativo” (Corte IDH, Claude Reyes y otros versus Chile, 2006, párr. 91).

*Ser proporcionales.* Esto implica que para alcanzar el objetivo o fin legítimo, el Estado debe optar por aquella opción que restrinja en menor medida el derecho protegido. “Es decir, la restricción debe ser proporcional al interés que la justifica y debe ser conducente para alcanzar el logro de ese legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho” (Corte IDH, Claude Reyes y otros versus Chile, 2006, párr. 91).

## El derecho de acceso a la información de las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos

Al abordar la cuestión del derecho de acceso a la información de las víctimas de graves violaciones a los DD. HH, es necesario precisar el alcance de la noción “graves violaciones a los derechos humanos”. En ese sentido, el derecho internacional califica ciertas violaciones a los DD. HH como graves, manifiestas, flagrantes o serias.

Así las cosas, la característica “grave” implica que el hecho internacionalmente ilícito constituya una violación al carácter inderogable del derecho humano o una vulneración a una norma imperativa del derecho internacional general (*ius cogens*) (Comisión Internacional de Juristas, 2008, p. 20). De igual manera, el rasgo distintivo de la gravedad exige del Estado la imposición de penas (Comisión Internacional de Juristas, 2008, p. 21).

Al respecto, la Corte IDH ha establecido en su jurisprudencia que constituyen graves violaciones a los DD. HH la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el derecho internacional de los derechos humanos (Corte IDH, Barrios Altos versus Perú, 2001, párr. 41).

Una vez precisado el anterior concepto, se hace necesario identificar las razones por las cuales las víctimas y los familiares de las víctimas de una grave violación a los DD. HH necesitan que se les garantice el derecho de acceso a la información.

## *La garantía del derecho a la verdad*

Se considera que las víctimas y sus familiares tienen el derecho inalienable e imprescriptible a conocer la verdad acerca de las circunstancias en que se cometieron las violaciones a sus DD. HH (ONU, Comisión de Derechos Humanos, 2005, principio 4). Al respecto, la Corte IDH en sus primeros fallos incurrió en el alcance del derecho a la verdad de las víctimas de las desapariciones forzadas, en el sentido de que los familiares de dichas víctimas tienen el derecho de conocer el destino de la persona desaparecida y dónde se encuentran sus restos (Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez versus Honduras, 1988, párrafo 181).

Por ende, que los Estados esgriman el argumento del secreto o la confidencialidad de ciertos archivos policiales, militares o de agencias de seguridad, no es admisible cuando se trata de una víctima, una autoridad judicial o una comisión de la verdad que pretenda acceder a la información que se encuentra en poder del Estado, con el fin de esclarecer las violaciones graves a los DD. HH.

En ese sentido, la Corte IDH ha establecido que:

En casos de violaciones de derechos humanos, las autoridades estatales no se pueden amparar en mecanismos como el secreto de Estado o la confidencialidad de la información, o en razones de interés público o seguridad nacional, para dejar de aportar la información requerida por las autoridades judiciales o administrativas encargadas de la investigación de procesos pendientes. (Corte IDH, Caso Myrna Mack Chang versus Guatemala, 2003, párr. 180)

A su vez, la Corte Interamericana en el caso Caso Gomes Lund y otros (*Guerrilha do Araguaia*) versus Brasil, consideró que la reserva de información sobre violaciones de DD. HH tampoco le es oponible a las víctimas de tales violaciones, por lo que a ellas también debe entregárseles documentos que contengan información sobre tales violaciones.

En concordancia con lo anterior, puede concluirse que la negativa a entregar información a las autoridades encargadas del esclarecimiento de los hechos que dieron lugar a una grave violación de los DD. HH, compromete el derecho de las víctimas y sus familiares a conocer la verdad y por ende no garantiza que en el futuro no se repitan tales violaciones.

## *La garantía del deber de recordar*

El conjunto de principios para protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad (2005), reconoce el derecho de un pueblo a conocer la verdad sobre las violaciones masivas o sistemáticas de los derechos humanos (principio 2). Asimismo, este documento de la ONU establece:

El conocimiento por un pueblo de la historia de su opresión forma parte de su patrimonio y, por ello, se debe conservar adoptando medidas adecuadas en aras del deber de recordar que incumbe al Estado para preservar los archivos y otras pruebas

relativas a violaciones de los derechos humanos y el derecho humanitario y para facilitar el conocimiento de tales violaciones (...). (Principio 3)

De acuerdo con lo anterior, se puede evidenciar que el derecho a la verdad en su dimensión colectiva comprende el derecho de la sociedad a conocer lo ocurrido en el pasado, derecho que se garantiza en la medida en que el Estado facilite el acceso a los archivos que permiten preservar la memoria histórica sobre las graves violaciones a los DD. HH.

### *La garantía de un proceso de transición*

El éxito o fracaso de un proceso de transición depende de la satisfacción de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación. Si dichos derechos no se garantizan, no se puede lograr la reconciliación y una paz duradera, como tampoco se asegura la no repetición de las atrocidades cometidas en el pasado.

En estos procesos de transición, el acceso a la información juega un papel importante porque se convierte en una herramienta indispensable para que las víctimas y la sociedad conozcan la verdad de los hechos ocurridos. Para el caso del establecimiento de mecanismos extrajudiciales, como son las comisiones de la verdad, la garantía del derecho de acceso a la información también es imperativa para lograr el esclarecimiento de los hechos.

En palabras de la CIDH, el acceso a la información tiene una dimensión estructural, toda vez que con fundamento en este derecho “(...) es posible reconstruir el pasado, reconocer los errores cometidos, reparar a las víctimas y formar una opinión pública vigorosa que contribuya a la recuperación democrática y a la reconstrucción del Estado de Derecho” (CIDH, 2012, p. 37).

## **Alcance de la reserva de la información en la Ley Estatutaria 1621 de 2013**

### **Los servicios de inteligencia y contrainteligencia en Colombia**

#### *Antecedentes normativos*

Durante el mandato del expresidente Gustavo Rojas Pinilla, se expidió el Decreto 2872 de 1953 por medio del cual se creó el Departamento Administrativo denominado Servicio de Inteligencia Colombiano (SIC), con el fin de velar por la tranquilidad pública y evitar la comisión de hechos violentos que afectaran la seguridad del Estado.<sup>25</sup> El objeto principal de esta entidad estatal de inteligencia

25. Véase el artículo 2º del Decreto 2872 de 1953.

adsrita al poder Ejecutivo, fue preservar la seguridad nacional tanto dentro como fuera del Estado colombiano.

En el año de 1960, mediante el Decreto 1717 se sustituyó el SIC por el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), al cual se le encargó como función principal la guarda de la seguridad nacional. Luego de la expedición de la Constitución Política de 1991, el DAS sufrió una reestructuración en virtud del Decreto 2110 de 1992, conservando su finalidad relacionada con la seguridad interior y exterior del Estado.

Pese a la existencia de un organismo con funciones de inteligencia como lo fue la SIC y posteriormente el DAS, no había en Colombia una ley que reglamentara las actividades de inteligencia y contrainteligencia, el carácter de reserva que tenía la información que los organismos manejaban y la compatibilidad de dicha reserva con el derecho al acceso a la información. Solo hasta el año 2009, con la aprobación de la Ley 1288, se adoptaron medidas con el objeto de

(...) fortalecer el marco legal que permite a los organismos que llevan a cabo actividades de inteligencia y contrainteligencia cumplir adecuadamente con su misión constitucional y legal, estableciendo los límites y fines de sus actividades, los principios que las rigen, los mecanismos de control y supervisión, la regulación de sus bases de datos, la protección de sus miembros, la coordinación y cooperación entre sus organismos y los deberes de colaboración de las entidades públicas y privadas.<sup>26</sup>

La Ley 1288 fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-913 de 2010, en cuanto al tratarse de una ley que regulaba aspectos esenciales sobre el derecho a la intimidad, al *habeas data* y al acceso a la información, debió tramitarse mediante una ley estatutaria y no como una ley ordinaria.

Debido a la inexecutable de la Ley 1288 de 2009, se aprobó la Ley Estatutaria 1621 de 2013 también conocida en Colombia como la ley de inteligencia y contrainteligencia, cuya executable fue declarada por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-540 de 2012. De manera más reciente, la precitada ley estatutaria fue reglamentada mediante el Decreto 857 de 2014. Actualmente, las funciones de inteligencia y contrainteligencia están bajo el mando de la Dirección Nacional de Inteligencia (DNI),<sup>27</sup> organismo que reemplazó al suprimido DAS.<sup>28</sup>

La Ley Estatutaria 1621 de 2013, en sus artículos 33 y 34 y su Decreto reglamentario, establecen el principio de la reserva de los documentos y la información que reposan en manos de los organismos de inteligencia, así como los criterios para dar acceso a la información.

26. Artículo 1º de la Ley 1288 de 2009.

27. Creada mediante el Decreto 4179 del 3 de noviembre de 2011.

28. Suprimido mediante el Decreto 4057 del 31 de octubre de 2011.

## *Aspectos generales de la Ley Estatutaria 1621 de 2013*

La Ley 1621 tiene por objeto establecer los fines y límites que deben cumplir los organismos<sup>29</sup> que desarrollan actividades de inteligencia y contrainteligencia, así como establecer los principios, los mecanismos de control y supervisión y la regulación de las bases de datos, entre otros aspectos (art. 1º). La misma ley en su artículo 2º, define que el objetivo de los organismos estatales que cumplen funciones de inteligencia y contrainteligencia es proteger los DD. HH, prevenir y combatir amenazas internas o externas contra el régimen democrático, constitucional y legal vigente, así como contra la seguridad y la defensa nacional.

En concordancia con lo anterior, es importante mencionar que la ley estatutaria dispone que el respeto de los DD. HH y el derecho internacional humanitario constituyen límites al funcionamiento de los organismos de inteligencia y contrainteligencia (art. 4º). De igual manera, la ley establece como límite el principio de reserva legal que garantiza la protección de los derechos a la honra, al buen nombre, a la intimidad personal y familiar y al debido proceso (art. 4º).

Finalmente, el artículo 5º fija que los organismos de inteligencia y contrainteligencia deben adelantar sus actividades con observancia de los principios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad.

## *Reserva de la información de inteligencia y contrainteligencia en la Ley 1621 de 2013*

### **Reserva legal**

La Constitución Política colombiana en sus artículos 20 y 23, reconoce el derecho a recibir información veraz e imparcial y el derecho de petición, respectivamente. De manera más específica, el artículo 74 constitucional consagra el derecho de toda persona a acceder a los documentos públicos salvo los casos establecidos por la ley.

De esta última disposición se puede evidenciar que para acceder a la información que manejan las entidades públicas, el principio de máxima divulgación es la regla y el secreto u ocultamiento es la excepción, la cual deberá estar contemplada en la ley. Al respecto, la Corte Constitucional ha establecido que “en una sociedad democrática es indispensable que las autoridades estatales se rijan por el principio de máxima divulgación, el cual establece la presunción de que toda información es accesible y sujeta a un sistema restringido de excepciones” (Corte Constitucional, C-540 de 2012).

Así las cosas, la reserva legal se refiere a que aquellas limitaciones o restricciones que las autoridades estatales establezcan para el acceso a la información deberán

29. La Ley, en su artículo tercero, dispone que la función de inteligencia y contrainteligencia es llevada a cabo por las dependencias de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, y por los demás organismos que faculte para ello la Ley.

ser claras, precisas y estar contempladas previamente en la ley. Según la Corte IDH, este requisito asegura que las limitaciones no queden al arbitrio del Estado (Corte IDH, *Claude Reyes y otros versus Chile*, 2006, párr. 89). En sentido similar, la Corte Constitucional ha establecido lo siguiente:

El establecimiento de restricciones al derecho de acceso a información sin la observancia de los límites constitucionales y convencionales, crea un campo propicio para la actuación discrecional y arbitraria del Estado en la clasificación de la información como reservada, generando inseguridad jurídica respecto al ejercicio de este derecho y las facultades del Estado para restringirlo. (Corte Constitucional, C-540 de 2012)

La reserva legal se justifica en la medida en que las limitaciones o restricciones al acceso a la información respondan a un objetivo legítimo, como resulta ser el respeto a los derechos de los demás y la protección de bienes constitucionales como la seguridad y la defensa nacionales. De la misma forma, las restricciones al acceso a la información deben ser necesarias y proporcionales (Corte IDH, *Claude Reyes y otros versus Chile*, 2006, párr. 91) y temporales (Corte Constitucional, C-540 de 2012).

### **La reserva de la información en la Ley 1621 de 2013**

El artículo 33 de la Ley 1621 establece lo siguiente respecto a la reserva de la información:

Por la naturaleza de las funciones que cumplen los organismos de inteligencia y contrainteligencia sus documentos, información y elementos técnicos estarán amparados por la reserva legal por un término máximo de treinta (30) años contados a partir de la recolección de la información y tendrán carácter de información reservada.

Excepcionalmente y en casos específicos, por recomendación de cualquier organismo que lleve a cabo actividades de inteligencia y contrainteligencia, el Presidente de la República podrá acoger la recomendación de extender la reserva por quince años más, cuando su difusión suponga una amenaza grave interna o externa contra la seguridad o la defensa nacional, se trate de información que ponga en riesgo las relaciones internacionales, esté relacionada con grupos armados al margen de la ley, o atente contra la integridad personal de los agentes o las fuentes.

De la lectura de la anterior disposición y sin pretender en este apartado hacer un análisis de los problemas que genera la norma, se tiene, en primer lugar, que la limitación al acceso a la información está contemplada en la Ley 1621 de 2013 y por tratarse de un derecho fundamental, su regulación se hizo mediante una ley estatutaria. En segundo lugar, la ley estableció un límite temporal de máximo treinta años para mantener la reserva, y a su vez quedaron explícitos los objetivos legítimos que se pretenden proteger como son la seguridad y la defensa nacional.

En concordancia con lo anterior, la propia Corte Constitucional por medio de la sentencia que revisó la exequibilidad de la mencionada ley estatutaria, consideró que el artículo 33 era constitucional en la medida en que la protección de intereses

como la seguridad y defensa de la nación eran constitucionalmente válidos. Bajo el mismo argumento, la Corte consideró que el término máximo de treinta años que ampara la reserva legal del acceso a la información era razonable y proporcionado (Corte Constitucional, C-540 de 2012).

Concomitante con lo anterior, el inciso segundo del artículo 33 permite de manera excepcional y en casos específicos, que el Presidente de la República pueda extender el término de la reserva legal por quince años más. No obstante, el mismo artículo establece los siguientes requisitos para que se pueda lograr la mencionada extensión: 1. previamente debe haber una recomendación de un organismo que lleve a cabo funciones de inteligencia y contrainteligencia; 2. la difusión de la información debe constituir una amenaza grave interna o externa que ponga en riesgo la seguridad o la defensa nacional, o las relaciones internacionales; 3. la información esté relacionada con grupos armados al margen de la ley; 4. la difusión de la información represente un atentado contra la integridad personal de los agentes o las fuentes.

El párrafo 1º del artículo 33 faculta al presidente de la República para que en cualquier momento antes del cumplimiento de los treinta años, desclasifique total o parcialmente la información que había sido objeto de reserva legal. Lo anterior es posible siempre y cuando el levantamiento de la reserva contribuya al interés general y no constituya una amenaza contra el régimen democrático vigente, la seguridad o defensa nacionales y no atente contra la integridad de los medios, métodos y fuentes.

Por otra parte, el párrafo 2º del artículo 33 establece que el organismo de inteligencia que se niegue a suministrar información amparándose en la reserva legal contemplada en el mismo artículo 33, deberá hacerlo por escrito y por intermedio de su director, quien también tendrá la obligación de motivar por escrito la razonabilidad y proporcionalidad de su decisión. Este párrafo también establece que se deben proveer los recursos y acciones constitucionales y legales que permitan atacar la decisión de un organismo de inteligencia que bajo el argumento de la reserva legal no permita el acceso a la información.

Finalmente, el artículo 37 le otorga el plazo de un año al Gobierno nacional para que reglamente los niveles de clasificación de la información y diseñe un sistema para la designación de los niveles de acceso a ella por los servidores públicos.

### *Inoponibilidad de la reserva*

La solicitud de información de inteligencia y contrainteligencia por parte de las autoridades judiciales, disciplinarias y fiscales para el debido ejercicio de sus funciones, no podrá negarse bajo el argumento del carácter reservado de dicha información. La única posibilidad de negar tal solicitud sería que pusiera en riesgo la seguridad o la defensa nacionales, la integridad de los ciudadanos, los agentes o las fuentes. No obstante, la autoridad a quien se le suministre información objeto

de reserva se le impone la obligación de asegurar la reserva de los documentos (Ley 1621 de 2013, Art. 34).

### *La reserva legal en el Decreto 857 de 2014*

El presidente de la República mediante el Decreto 857 de 2014 reglamentó la Ley Estatutaria 1621 de 2013. De manera específica, el capítulo VI del mencionado decreto reglamenta todo lo relacionado con la reserva legal, niveles de clasificación, sistema para la designación de los niveles de acceso a la información y desclasificación de documentos.

#### **Niveles de clasificación**

Según lo dispuesto en el artículo 37 de la Ley 1621 de 2013 que le otorgó el plazo de un año al Gobierno nacional para reglamentar los niveles de clasificación, el presidente, haciendo uso de sus facultades constitucionales mediante el Decreto 857 de 2014, le asignó un nivel de clasificación a los documentos, información y elementos técnicos de los organismos de inteligencia y contrainteligencia amparados por la reserva legal. Así las cosas, los clasificó en cuatro niveles: ultrasecreto, secreto, confidencial y restringido (Decreto 857 de 2014, Art. 11).

A continuación, se verá la definición que trae el Decreto 857 frente a cada uno de los niveles de clasificación:

- a. Ultrasecreto. Es el nivel de clasificación que se debe dar a todos los documentos de inteligencia y contrainteligencia que contengan información sobre posibles amenazas, riesgos, oportunidades o capacidades, que puedan afectar al exterior del país los intereses del Estado o las relaciones internacionales.
- b. Secreto. Es el nivel de clasificación que se debe dar a todos los documentos de inteligencia y contrainteligencia que contengan información sobre posibles amenazas, riesgos, oportunidades o capacidades, que puedan afectar al interior del país los intereses del Estado.
- c. Confidencial. Es el nivel de clasificación que se debe dar a todos los documentos de inteligencia y contrainteligencia que contengan información sobre posibles amenazas, riesgos, oportunidades o capacidades, que puedan afectar directamente las instituciones democráticas.
- d. Restringido. Es el nivel de clasificación que se debe dar a todos los documentos de inteligencia y contrainteligencia que contengan información de las instituciones militares, de la Policía Nacional o de los organismos y dependencias de inteligencia y contrainteligencia, sobre posibles amenazas, riesgos, oportunidades o capacidades, que puedan afectar en las citadas instituciones y organismos, su seguridad, operaciones, medios, métodos, procedimientos, integrantes y fuentes.

Como puede deducirse de la disposición transcrita, se le otorga un mayor nivel de clasificación a aquella información relacionada con las relaciones internacionales y le sigue aquella que pueda poner en riesgo el régimen legal y constitucional vigente dentro del Estado.

Si bien se mencionó que el artículo 34 de la Ley 1621 de 2013 establece la inoponibilidad de la reserva para las autoridades judiciales, disciplinarias y fiscales, el artículo 11 del decreto objeto de estudio dispone que a mayor nivel de clasificación de seguridad de la información, mayores serán las restricciones y controles para que se pueda acceder a ella. Lo anterior representa una enorme contradicción con lo dispuesto por la ley estatutaria, en cuanto la imposibilidad de un organismo de inteligencia de negarse a otorgar determinada información a una autoridad bajo el argumento del carácter reservado de cierta información queda supeditada a controles y restricciones que seguramente harán ineficaz la figura de la inoponibilidad de la reserva.

### *Seguridad y restricciones en la difusión de productos e información de inteligencia y contrainteligencia*

Los organismos de inteligencia y contrainteligencia, al suministrar información relacionada con el ejercicio de sus funciones a los receptores autorizados por la ley, deberán indicar la reserva legal a la que está sometida la información y precisarle al receptor si se trata de una información “de sólo conocimiento” o de “uso exclusivo”.

La información de “sólo conocimiento” se define como “aquel producto de inteligencia y contrainteligencia que tiene un receptor autorizado por ley, solo para conocimiento directo y le sirve como referencia o criterio orientador para tomar decisiones dentro de su órbita funcional”. Para este tipo de información, al receptor se le prohíbe difundir la información (Decreto 857 de 2014, art. 13.A).

Por otro lado, la información “de uso exclusivo” se refiere a

(...) aquel producto de inteligencia y contrainteligencia que tiene un receptor autorizado por ley, solo para su conocimiento directo y uso exclusivo. Este producto solo podrá ser empleado como referencia para tomar decisiones dentro de su órbita funcional. A diferencia de la información de “solo conocimiento”, en este caso, el receptor si puede difundir la información bajo su responsabilidad, únicamente, para establecer cursos de acción que permitan la toma de decisiones para el cumplimiento de los fines establecidos en la Constitución y la ley (Decreto 857 de 2014, Art. 13.B).

En ambos casos, se impone a los receptores la obligación de garantizar la reserva legal y de no revelar ningún tipo de información de la suministrada que pueda poner en riesgo la seguridad y defensa nacional.

Finalmente, el decreto en su artículo 14 establece que cuando un organismo de inteligencia y contrainteligencia tenga que dar respuesta a un requerimiento de información de inteligencia deberá verificar y precisar previamente lo siguiente:

- La solicitud no será oponible a las autoridades judiciales, disciplinarias y fiscales.
- La respuesta debe identificar el nivel de clasificación de la información.
- La respuesta debe reflejar la valoración de la información, el uso de términos condicionales y dubitativos, que garantice la reserva, el debido proceso, el buen nombre y el derecho a la intimidad.
- La respuesta cumpla con los protocolos de seguridad, acceso y reserva.
- La respuesta con la información suministrada no debe poner en peligro o riesgo la seguridad y defensa nacionales y en los organismos que integran la comunidad de inteligencia, sus métodos, sus procedimientos, sus medios, sus fuentes, sus agentes, sus servidores públicos o sus asesores.
- La respuesta no debe dar a conocer capacidades, procedimientos, métodos, medios, elementos técnicos, fuentes, operaciones o actividades de inteligencia o contrainteligencia.
- La respuesta debe quedar debidamente registrada para tener su trazabilidad. En el documento de respuesta se debe trasladar a las autoridades competentes o receptores autorizados la reserva legal de la información y especificar las prohibiciones o restricciones de su difusión, alertando sobre las acciones penales y disciplinarias que acarrea la no observancia de lo consagrado en la ley (Decreto 857 de 2014, Art. 14).

## **La Ley de Inteligencia y Contrainteligencia colombiana (Ley 1621 De 2013) a la luz de los estándares interamericanos en materia del derecho de acceso a la información**

### **Aspectos generales**

Los servicios de inteligencia y contrainteligencia son necesarios en una sociedad democrática para preservar la paz y el orden público, fines que tradicionalmente ha perseguido la seguridad nacional. No obstante, en aras de alcanzar los mencionados objetivos, históricamente se han sacrificado algunos DD. HH. Por lo anterior, ha surgido el concepto de seguridad ciudadana definida como la seguridad en términos de protección de la integridad física, de las garantías individuales, de los derechos de propiedad, de los niveles mínimos de bienestar y del acceso a los servicios públicos (Ramos, 2005). El autor refiere que a la seguridad ciudadana también se la conoce en la doctrina como seguridad humana, sustentada no solo en términos del armamentismo sino también en la seguridad de la gente.

En la búsqueda de preservar la seguridad externa e interna, los organismos de inteligencia han cumplido un papel determinante. Sin embargo, en esta tarea los organismos han ocultado información con el ánimo de evitar el conocimiento público de las fuentes, con el argumento de la confidencialidad y el riesgo que representa develar cierto tipo de información para la seguridad nacional. Por esa razón, el secreto de la información ha sido una de las opciones más utilizadas por los organismos de inteligencia y contrainteligencia.

El secreto hace que se ponga en riesgo el derecho humano al acceso a la información, especialmente cuando se trata de víctimas de graves violaciones a los DD. HH. Al respecto, Rivera Rugeles (2013) plantea que “(...) la dificultad de controlar el funcionamiento de los servicios de inteligencia, sumada al secreto que encubre sus actividades, facilita que estos servicios se aparten de sus mandatos y puedan ser utilizados para propósitos distintos” (p. 144).

Sin embargo, cuando se utiliza el concepto de seguridad ciudadana, los servicios de inteligencia y contrainteligencia están llamados no solo a proteger la paz y orden público, sino también a velar por el respeto de los DD. HH. En ese orden de ideas, el derecho humano de acceso a la información se debe salvaguardar de acuerdo con los límites que de manera justificada sobre él se pueden establecer.

En Colombia, la Ley 1621 de 2013 traza unos lineamientos para los organismos que cumplen funciones de inteligencia y contrainteligencia. Es de rescatar que la mencionada ley insta a que los organismos de inteligencia deben proteger los DD. HH y combatir amenazas internas o externas contra el régimen democrático, constitucional y legal vigente, así como prevenir todo acto que atente contra la seguridad y la defensa nacionales y, adicionalmente, dispone que el respeto de los DD. HH y el derecho internacional humanitario constituyen límites a su funcionamiento.

Asimismo, esta ley establece una reserva de la información de inteligencia y contrainteligencia y fija unos criterios para acceder a la información que reposa en los organismos que desarrollan dichas funciones.

Con base en lo anterior, el presente apartado tiene como finalidad analizar la compatibilidad o incompatibilidad de la Ley 1621 de 2013 en lo que respecta al acceso a la información con los estándares interamericanos de DD. HH, especialmente, el de las víctimas de las graves violaciones a los DD. HH.

## Reserva de la información de inteligencia y contrainteligencia versus el principio de máxima divulgación

El principio de máxima divulgación es un estándar interamericano que implica que toda información en poder del Estado debe ser accesible, salvo las restricciones

establecidas en la ley. Este principio exige que la publicidad debe ser la regla y el secreto la excepción (Corte IDH, *Claude Reyes y otros versus Chile*, 2006, párr. 92). En consecuencia, las restricciones deben estar establecidas en la ley, ser necesarias, responder a un objetivo legítimo y ser proporcionales.

Al hilo de lo anterior, la Ley 1621 de 2013 en su artículo 33 consagra la reserva legal por un término máximo de 30 años de la información, documentos y elementos técnicos que reposan en los organismos de inteligencia y contrainteligencia. Esta reserva se justifica en la medida en que es la base de toda actividad de inteligencia y contrainteligencia. Los organismos encargados de cumplir con dichas funciones necesitan que gran parte de la información y las fuentes que aportan datos, sean objeto de reserva, toda vez que su divulgación generaría una evidente violación a la intimidad y al debido proceso sobre quienes recae la información. Asimismo, tendría una directa incidencia en el fracaso de las operaciones que se desarrollan frente a la persecución del delito que afecta la seguridad nacional y la seguridad ciudadana. Por esta razón, el carácter reservado de la información de inteligencia y contrainteligencia es necesaria, ya que está orientada a proteger fines legítimos como son la seguridad nacional e interna y los DD. HH.

Pese a lo anterior, el artículo 33 de la Ley 1621 apela a argumentos de seguridad, defensa nacional y relaciones internacionales para justificar la reserva de la información que manejan los organismos de inteligencia y contrainteligencia. En ese marco, los organismos de inteligencia pueden limitar el acceso a la información. Sin embargo, lo que resulta contradictorio frente al principio de máxima divulgación es que la ley no define las situaciones específicas que constituyen una amenaza a la seguridad y defensa nacionales o los casos en que se pondría en riesgo las relaciones internacionales. Por lo anteriormente expuesto, se transgrede el estándar relacionado con que cualquier excepción al acceso a la información debe estar contemplada en la ley de manera clara y precisa.

## Reserva de la información de inteligencia y contrainteligencia versus reserva legal

Como se mencionó en el apartado anterior, la reserva legal se refiere a que aquellas limitaciones o restricciones que las autoridades estatales establezcan para el acceso a la información deberán ser claras, precisas y estar contempladas previamente en la ley. Cuando la Ley 1621 se refiere a razones de seguridad, defensa nacional y relaciones internacionales para justificar la reserva o para negar la información solicitada por autoridades judiciales, disciplinarias o fiscales, se evidencia nuevamente que la ley nunca precisa las situaciones específicas que pondrían en riesgo dichos bienes jurídicos, provocando una clara contradicción con el estándar internacional de reserva legal.

Otra dificultad que se evidencia en la Ley 1621 en materia de reserva legal, tiene que ver con los niveles de clasificación que por mandato del artículo 37 fueron definidos por el Gobierno nacional mediante el Decreto 857 de 2014. Como se advirtió anteriormente, el decreto clasificó la información en cuatro niveles: ultrasecreto, secreto, confidencial y restringido (art. 11). Al respecto, lo que se discute es que estos niveles de clasificación fueron definidos según el margen de apreciación del presidente de la República, lo que a todas luces vulnera el estándar interamericano del principio de máxima divulgación según el cual cualquier limitación al acceso a la información debe estar contemplada en la ley, es decir, debe ser facultad del legislador asignar un nivel de clasificación a los documentos, información y elementos técnicos de los organismos de inteligencia y contrainteligencia amparados por la reserva legal y no una facultad del Ejecutivo, como ocurre en el presente caso.

## Reserva de la información de inteligencia y contrainteligencia versus el límite temporal

La CIDH ha manifestado que la reserva debe mantenerse mientras la publicación comprometa los bienes que se protegen con el secreto, por lo que debe tener un plazo razonable, vencido el cual el público tendrá derecho a conocer la información. En consecuencia, se entiende que la reserva a la información debe ser temporal.

Al respecto, la Ley 1621 establece como límite temporal de la reserva treinta años, tiempo que no se discute en el presente escrito. Incluso, la Corte Constitucional en sentencia C-540 de 2012 también lo consideró razonable y proporcionado. A su vez, es importante mencionar que el párrafo primero permite el levantamiento de la reserva para contribuir al interés general, situación que resulta positiva si se piensa en la satisfacción del derecho a la verdad tanto en su dimensión individual como en su dimensión colectiva, es decir, en el derecho que tienen las víctimas, sus familiares y la sociedad a conocer la verdad de las circunstancias en las que se cometieron en el pasado las graves violaciones a los DD. HH y las infracciones al derecho internacional humanitario. En igual sentido, la Corte Constitucional consideró positivo la desclasificación de los documentos objeto de reserva, toda vez que estimó que ello propicia el principio de máxima divulgación.

Empero, la discusión recae en la excepción contemplada en el inciso segundo del artículo 33, consistente en la extensión de la reserva por quince años más, lo cual constituye una prórroga excesiva e innecesaria frente al estándar del plazo razonable que debe tener la reserva a la información. Por ende, hablar de cuarenta y cinco años rebasa todo criterio de razonabilidad y la reserva tiende a la perpetuidad.

A lo anterior, se suma que las razones de procedencia de la prórroga de quince años resultan ser ambiguas en la medida en que la ley dispone que ella procederá excepcionalmente y en los casos específicos. Sin embargo, no indica cuáles serían

esas excepciones y los casos concretos en los que procedería la prórroga. Lo anterior se agrava cuando dichas excepciones no están contempladas en la misma ley.

Si este plazo se analiza a la luz de una víctima de una grave violación de DD. HH que requiera acceder a la información para conocer la verdad, los responsables de los hechos y obtener una adecuada reparación, se tendría que la concreción de estos derechos se vería nuevamente postergada.

Adicionalmente, la ley deja en cabeza del presidente de la República la potestad de extender la reserva por quince años bajo los mismos argumentos abstractos y ambiguos de seguridad y defensa nacionales, situación que tal como lo manifiesta Rivera Rugeles (2013), deja al Ejecutivo sin parámetros legales claros que limiten su arbitrio o margen de discreción, como sucedería si estuviera definido con mayor detalle en qué eventos se puede prorrogar la reserva.

Finalmente, con la omisión legislativa arriba descrita se corre el riesgo de que los casos específicos que constituyan una amenaza a la seguridad y defensa nacionales, así como las situaciones que pongan en riesgo las relaciones internacionales, sean definidas conforme con las apreciaciones que emitan los mismos organismos de inteligencia y contrainteligencia y no de conformidad con lo que establezca el legislador.

## Reserva de la información de inteligencia y contrainteligencia versus solicitudes de información de autoridades administrativas y judiciales

La Corte IDH sostuvo, en el caso *Myrna Mack Chang versus Guatemala*, lo siguiente:

En caso de violaciones de derechos humanos, las autoridades estatales no se pueden amparar en mecanismos como el secreto de Estado o la confidencialidad de la información, o en razones de interés público o seguridad nacional, para dejar de aportar la información requerida por las autoridades judiciales o administrativas encargadas de la investigación o proceso pendiente (Corte IDH, Caso *Myrna Mack Chang versus Guatemala*, 2003, párr. 180).

En consecuencia, el argumento que esgriman los Estados acerca del secreto o la confidencialidad de ciertos archivos policiales, militares o de agencias de seguridad, no es admisible cuando la solicitud de información provenga de una autoridad administrativa, judicial o incluso de una comisión de la verdad que pretenda esclarecer las graves violaciones a los DD. HH.

Al respecto, el artículo 34 de la Ley 1621 dispone que el carácter reservado de los documentos de inteligencia y contrainteligencia no será oponible a las autoridades judiciales, disciplinarias y fiscales, a menos que con su difusión se ponga en riesgo la seguridad y defensa nacionales. Esta excepción que se contempla en esta

disposición hace nugatorio la inoponibilidad de la información a las mencionadas autoridades, especialmente cuando se trata de esclarecer graves violaciones a los DD. HH.

Por la razón anterior, la Corte Constitucional en la sentencia C-540 de 2012 declaró exequible la expresión “siempre que su difusión no ponga en riesgo la seguridad o la defensa nacional, ni la integridad personal de los ciudadanos, los agentes, o las fuentes”, en la medida en que se entienda que no opera respecto a graves violaciones de DD. HH o infracciones al derecho internacional humanitario. Para la Corte Constitucional, en el caso de graves violaciones de DD. HH, las autoridades del Estado no se pueden amparar en instrumentos como el secreto de Estado o la confidencialidad de la información, o en razones de interés público o seguridad nacional, para dejar de aportar la información requerida por las autoridades judiciales o administrativas (C-540 de 2012).

En concordancia con lo anterior, es positivo que la Corte Constitucional haya atendido el criterio de la Corte Interamericana sostenido en el caso *Myrna Mack Chang versus Guatemala* (2003). No obstante, el tribunal colombiano no se pronunció sobre la obligación del Estado de suministrar información cuando el solicitante es la víctima de una grave violación a los DD. HH, pasando por alto el estándar sostenido por la Corte Interamericana en el caso *Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) versus Brasil* (2010), mediante el cual se entiende que la reserva de información sobre violaciones de DD. HH tampoco les es oponible a las víctimas de tales violaciones, por lo que a ellas también debe entregárseles documentos que permitan conocer la verdad de lo ocurrido con tales violaciones a los DD. HH.

El artículo 34 también dispone que las autoridades disciplinarias, penales y fiscales a quienes se les suministre información objeto de reserva, tendrán la obligación de “asegurar la reserva de los documentos que lleguen a conocer”. Este deber que se impone a las autoridades pone en riesgo el derecho de las víctimas y la sociedad a conocer la verdad de las violaciones de DD. HH y una vez más haría nugatoria la función de las autoridades de impartir justicia. A este debate se suma el argumento esgrimido por la Corte Suprema de Justicia en su intervención en la sentencia C-540 de 2012, que considera que el deber impuesto a las autoridades lesiona el debido proceso en los juicios penales y disciplinarios porque el carácter de estos es su debate público, que exige la controversia de todas las pruebas, pero la norma impone la carga de ocultar aquellas relacionadas con la inteligencia retornando a jueces, testigos, peritos y pruebas “sin rostro” o “secretos” (C-540 de 2012).

### *Suministrar un recurso administrativo y judicial que permita la satisfacción del derecho de acceso a la información*

El principio 8 de los *Principios sobre el Derecho de Acceso a la Información* establece dos estándares importantes en materia de acceso a la información. El primero de

ellos consiste en el derecho de apelar las decisiones de los órganos administrativos ante los tribunales de justicia; y el segundo, consiste en el derecho de todo individuo de recurrir cualquier negativa u obstrucción de acceso a la información ante una instancia administrativa.

El párrafo segundo de la Ley 1621 dispone que el organismo de inteligencia o contrainteligencia que se ampare en la reserva para no suministrar información, deberá hacerlo por intermedio de su director a través de un escrito que motive la razonabilidad y proporcionalidad de dicha negativa. Ante esta decisión, el párrafo segundo dispone que procederán los recursos y acciones legales y constitucionales.

La anterior disposición resulta compatible con los estándares interamericanos en la medida en que permite la interposición de recursos administrativos y judiciales frente a la decisión que niega el acceso a la información que reposa en cabeza de los organismos de inteligencia y contrainteligencia. A lo anterior, se suma que la norma, al igual como lo ha sostenido la Relatoría para la Libertad de Expresión, le impone a la autoridad la obligación de que la respuesta negativa sea motivada y la posibilidad de que esta pueda ser impugnada ante un órgano superior o autónomo y posteriormente cuestionada en la vía judicial.

Para comprender el alcance del párrafo segundo, también es necesario acudir a otras normas del ordenamiento jurídico colombiano que regulan los recursos administrativos y judiciales que procederían frente a la negativa de una autoridad de brindar información con el fin de esclarecer una grave violación de DD. HH.

En ese sentido, la Ley 1712 de 2014<sup>30</sup> en su artículo 27, consagra el recurso administrativo de reposición en los siguientes términos:

Cuando la respuesta a la solicitud de información invoque la reserva de seguridad y defensa nacional o relaciones internacionales, el solicitante podrá acudir al recurso de reposición, el cual deberá interponerse por escrito y sustentando en la diligencia de notificación, o dentro de los tres (3) días siguientes a ella.

Negado este recurso corresponderá al Tribunal administrativo con jurisdicción en el lugar donde se encuentren los documentos, si se trata de autoridades nacionales, departamentales o del Distrito Capital de Bogotá, o al juez administrativo si se trata de autoridades distritales y municipales, decidir en única instancia si se niega o se acepta, total o parcialmente, la petición formulada.

Para ello, el funcionario respectivo enviará la documentación correspondiente al tribunal o al juez administrativo en un plazo no superior a tres (3) días. En caso de que el funcionario incumpla esta obligación el solicitante podrá hacer el respectivo envío de manera directa.

El juez administrativo decidirá dentro de los diez (10) días siguientes (...).

---

30. Por medio de la cual se crea la Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional y se dictan otras disposiciones.

Así las cosas, el recurso de reposición responde a la exigencia del estándar interamericano consistente en implementar recursos o reglas claras, justas y simples para el manejo de solicitudes de información, así como incluir plazos claros y razonables para dar respuesta a las solicitudes de información.

Por otra parte, el párrafo segundo de la Ley 1621 prevé la procedencia de acciones constitucionales ante la negativa u obstrucción del acceso a la información en poder de las autoridades de inteligencia y contrainteligencia. Esta disposición es coherente con el párrafo del artículo 27 de la Ley 1712 de 2014, que establece que una vez se haya agotado el recurso de reposición, procedería la acción de tutela.

En consecuencia, la acción de tutela como recurso sencillo, idóneo y efectivo resulta compatible con el estándar que reza que frente a la denegación del acceso a la información que se encuentre bajo el control del Estado, éste tiene el deber de garantizar un recurso judicial sencillo, rápido, efectivo y gratuito.



# Análisis de la figura de la adopción igualitaria y su armonía con el principio del interés superior del niño y el adolescente

Carolina María Blanco Medina

## Introducción

En los últimos años se ha generado una gran controversia en lo referente a los derechos y prerrogativas de las uniones de parejas del mismo sexo, y a su vez se han producido grandes avances en la materia, especialmente en el reconocimiento de derechos a estas parejas, víctimas de discriminación en todas sus formas a lo largo de la historia.

Sin embargo en Colombia no ha habido consenso en cuanto a dichos derechos y prerrogativas, si bien la población LGBTI y sus defensores han logrado grandes reconocimientos y protección de sus garantías a la luz de la Constitución Política de 1991 en aspectos tales como el patrimonial, la seguridad social, la educación, la nacionalidad y la residencia y también por parte del máximo superior jerárquico del poder judicial, la Corte Constitucional, mediante sentencia SU-214 de 2016 legisló en lo concerniente al matrimonio igualitario y particularmente a lo que nos atañe, la adopción, en las sentencias C-071 de 2015 y C-683 de la misma anualidad.

En este contexto la principal problemática jurídica de la que se ocupa este documento alrededor del eje central, a saber, el principio del interés superior del niño y el adolescente, es la adopción por parte de parejas del mismo sexo. Sobre el asunto, la Corte Constitucional sentó un precedente histórico mediante las sentencias C-071 de 2015 y C-683 de 2015, acerca de las cuales nos referiremos en este trabajo.

Se pretende, en este sentido, analizar la idoneidad moral como requisito de adopción a la luz del contexto de las parejas del mismo sexo. Por ello, en primera instancia se abordará la posibilidad de armonía entre el principio del interés su-

perior del niño y el adolescente y los derechos de la comunidad LGBTI, a la luz de tal requisito. Y, en segundo lugar, describir la figura jurídica de la adopción, especialmente enfocada en el ordenamiento jurídico colombiano, procedimiento y requisitos para adoptar consagrados en el Código de Infancia.

## Acercamiento conceptual al principio del interés superior del niño y el adolescente y a la idoneidad moral del adoptante

Para empezar, nos referiremos a la figura jurídica de la adopción y su regulación, con el fin de contextualizar al lector y sensibilizarlo con el alcance y la trascendencia de esta figura, que constituye la medida de protección por excelencia en virtud del principio del interés superior del niño y el adolescente.

Según el art. 61 del Código de Infancia y Adolescencia, la adopción constituye

(...) principalmente y por excelencia, una medida de protección a través de la cual, bajo la suprema vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable, la relación paterno-filial entre personas que no la tienen por naturaleza. (Código de Infancia y Adolescencia, p. 10).

Así mismo en documento de fecha y autor desconocidos, titulado *Regulación de la Adopción de menores en Colombia*, se propone una definición muy adecuada de la adopción:

La adopción es un mecanismo que intenta materializar el derecho del menor a tener una familia y, por ello, toda la institución está estructurada en torno al interés superior del niño, cuyos derechos prevalecen sobre aquellos de los demás. La finalidad de la adopción es el establecimiento de una verdadera familia como la que existe entre los unidos por lazos de sangre, con todos los derechos y deberes que ello conlleva, ya que en virtud de la adopción, el adoptante se obliga a cuidar y asistir al hijo adoptivo, a educarlo, apoyarlo, amarlo y proveerlo de todas las condiciones necesarias para que crezca en un ambiente de bienestar, afecto y solidaridad. (p. 1)

Sobre el punto particular del principio del interés superior del niño, podemos decir que la adopción es la medida de protección por excelencia que constituye *ultima ratio* en un proceso de restablecimiento de derechos y que representa 100 % la esencia de dicho principio.

En trabajos previos nos hemos referido a que el principio del interés superior del niño y el adolescente –que recibe otros nombres en diferentes legislaciones– implica que en todos los procesos de orden administrativo, judicial y extraprocesal en los que se vean involucrados los derechos de los niños y adolescentes, las garantías y prerrogativas de estos tendrán una atención prioritaria y una especial preservación, incluso por encima de las demás partes dentro del proceso.

Al respecto, Zermatten (2003) señala:

El principio del interés superior del niño es un instrumento jurídico que tiende a asegurar el bienestar del niño en el plan físico, psíquico y social. Funda una obligación de las instancias y organizaciones públicas o privadas a examinar si este criterio está realizado en el momento en el que una decisión debe ser tomada con respecto a un niño y que representa una garantía para el niño de que su interés a largo plazo será tenido en cuenta. Debe servir de unidad de medida cuando varios intereses entran en convergencia. (p. 15)

Con esta idea clara y precisa del precitado autor, podemos entrar en materia al tema que nos ocupa específicamente con respecto a la armonización del principio del interés superior del niño y la adopción igualitaria en Colombia.

La sentencia C-071 de 2015 resuelve la demanda de inconstitucionalidad presentada por el ciudadano Diego Andrés Prada Vargas contra el contenido parcial de los artículos 64, 66 y 68 del Código de Infancia y Adolescencia y del artículo 1° (parcial) de la Ley 54 de 1990 “por la cual se definen las uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes”.

El principal problema jurídico de la demanda era establecer si el término “compañero permanente” empleado en los numerales 3° y 5° del Art. 68 del Código de Infancia y Adolescencia se extiende también a las parejas del mismo sexo y, en consecuencia, a que puedan adoptar de manera conjunta. En su parte resolutive concluye:

La Corte condiciona la exequibilidad de las normas sobre adopción consentida o complementaria, en el entendido de que dentro de su ámbito de aplicación también están comprendidas las parejas del mismo sexo cuando la solicitud de adopción recaiga en el hijo biológico de su compañero o compañera permanente. (Corte Constitucional, C-071 de 2015, p. 1)

Así mismo, establece:

Lo anterior no implica la existencia de un imperativo constitucional de reconocer en forma inexorable y automática este vínculo de filiación, porque ello deberá ser decidido a partir de una valoración caso a caso de acuerdo con las circunstancias que rodean a un menor y su familia. Tampoco cabe incluir en el condicionamiento la adopción consecutiva o sucesiva, esto es, la que se da en relación con el hijo adoptivo del compañero permanente, por cuanto esta modalidad de adopción reviste unas particularidades que exigen un análisis independiente, del cual no se ocupa la corporación en esta oportunidad en la medida en que desborda el alcance de la demanda y de la sentencia. (Corte Constitucional C-071/151. Magistrado ponente Jorge Iván Palacio, p.1)

De este pronunciamiento se desprende una serie de premisas que requieren un mayor análisis:

1. En esa instancia de promulgación de la sentencia, se quedaba sin resolver el interrogante sobre qué sucedía con las parejas del mismo sexo que quisieran adoptar, pero ninguno de los dos es el padre biológico del adoptivo, aunque ya es claro que la prioridad no es la necesidad de los eventuales padres adoptantes, sino del hijo adoptivo, precisamente en virtud del principio del interés superior del niño y el adolescente.
2. Si se tiene en cuenta que en nuestro país se encuentra permitida la adopción de una persona soltera, no resulta descabellado pensar que un miembro de una pareja del mismo sexo pueda hacerse pasar por soltero y hacer todo el proceso consignado en el Código de Infancia y Adolescencia, lo cual a un mediano o largo plazo puede perjudicar los intereses del adoptivo, ya que no tendrá las mismas garantías a la hora de exigir obligaciones respecto de los adoptados de familias heterosexuales, pues solo estará legitimado para perseguir a uno solo de sus padres.

Así mismo, mediante sentencia C-683 de 2015 proferida por la misma Corporación:

... concluye que la adopción de niños por personas con orientación sexual diversa, en general, y por parejas del mismo sexo, en particular, no afecta por sí misma el interés superior del menor ni compromete de manera negativa su salud física y mental o su desarrollo armónico e integral. Así lo indican las experiencias recogidas del derecho comparado, entre las que se destacan decisiones legislativas y pronunciamientos de tribunales internacionales o de instancias internas de los Estados, donde se ha tenido en cuenta la primacía de los derechos de los menores y la evidencia probatoria debidamente acopiada. A la misma conclusión se llega con fundamento en los conceptos remitidos a solicitud de la Corte Constitucional en el curso de este proceso.

(...)

En concepto de la Corte, reconocer que como familia constitucionalmente protegida las parejas del mismo sexo pueden participar en procesos de adopción –por supuesto, si cumplen con los requisitos que prevé la ley para asegurar su formación integral– de ninguna manera supone hacer “experimentos de ingeniería social con los niños en situación de vulnerabilidad”, como lo sostiene el Jefe del Ministerio Público. Por el contrario, empíricamente se ha demostrado que sí es posible llevar a cabo ese tipo de adopción sin afectar o poner en riesgo el interés superior del menor (Corte Constitucional, C-683 de 2015).

Como se desprende de lo anterior, esta decisión dio un vuelco de 180 grados a la coyuntura de las parejas del mismo sexo y permitió abiertamente la adopción igualitaria, sin más restricciones que las propias establecidas para todo tipo de adoptantes en el Código de Infancia y Adolescencia. Con pronunciamiento previo de distintas instituciones universitarias y autoridades en la materia, la Corte declaró exequibles las expresiones contenidas en los arts. 64, 66 y 68 del Código de

Infancia y Adolescencia, condicionado a que, precisamente, en virtud del principio del interés superior del menor, dentro de su ámbito de aplicación se encuentran comprendidas también las parejas del mismo sexo que conforman una familia.

Pero antes de adentrarnos un poco más en su análisis, es importante dar un breve repaso a sus antecedentes jurisprudenciales y algunas acotaciones.

La misma Corporación, mediante sentencia T-557 de 2011, establece que el principio del interés superior del niño y el adolescente supone la prioridad de los derechos y garantías de este sector de la población sobre la de los demás, implica garantizar un desarrollo integral, una vida digna y bienestar.

En ese orden de ideas, al no haber resuelto la Corte mediante sentencia C-071 de 2015 sobre los casos de parejas que no tienen hijos biológicos y desean adoptar un menor de edad de los declarados en adoptabilidad por el ICBF, podía llegar a transgredir, como se había mencionado, dicho principio.

Profundizando un poco más en este asunto, Aguilar (2008) hace un valioso aporte al ubicar el principio del interés superior del niño no solo como un principio rector en materia de derecho de familia, sino también como punto de partida en lo que a derechos del niño y el adolescente se refiere.

De acuerdo con el precitado autor y a manera de antecedente que pretende ubicar al lector en el contexto de la importancia de este principio rector en materia de adopción, los niños, niñas y adolescentes han sufrido toda serie de desmanes. A manera de ejemplo, en el año 2002 la tasa de homicidios en este sector de la comunidad fue de alrededor de 53 000. Además, la misma fuente señala que aproximadamente del 80 % al 98 % sufren maltrato físico con utensilios de cocina. Para el año 2004, 218 millones de niños trabajaban y 126 millones de ellos desempeñaban trabajos de alto riesgo.

El principio del interés superior del niño tal y como se conoce y establece en nuestro país, encuentra su principal antecedente histórico en el artículo 3° de la Convención de los Derechos del Niño (CDN): “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”. (Convención de los Derechos del Niño, p. 14)

En investigaciones previas hemos observado que antes de la Convención de 1989 estos eran de alguna forma “cosificados” y no tenidos en cuenta como sujetos principalmente de derechos, autónomos y mucho menos considerada su opinión.

Se podría decir que el primer caso palpable ocurrido en los últimos años en nuestro país y donde vemos exaltada la figura del menor de edad como un sujeto autónomo de derechos, fue a un hombre estadounidense que adoptó dos niños y le fue retirada su custodia al comunicar de manera espontánea su orientación

sexual a una funcionaria del ICBF. La Corte Constitucional mediante sentencia de tutela T-276 de 2012 tuteló los derechos de los niños a ser escuchados, así como el de adoptante y adoptivos al debido proceso. Sin embargo, guardó total silencio sobre la conducta discriminatoria presentada en razón a las inclinaciones sexuales del accionante.

Este es el punto de partida de la propuesta de investigación. Más allá de la posición jurisprudencial ya claramente establecida hace tres años, no debe dejarse de lado que el tema genera gran controversia y opiniones muy opuestas en la sociedad colombiana. Por un lado, la necesidad de reconocer y proteger los derechos de la comunidad LGBTI, entre estos a formar una familia; por el otro, la premisa que sostiene que permitir la adopción por parte de parejas del mismo sexo transgrediría el propósito principal de esta institución, anteponiendo así intereses de dicho sector de población sobre las garantías de protección, armonía, desarrollo y bienestar del adoptivo.

A través de esta propuesta se busca dar a conocer las impresiones producto del trabajo investigativo, mayormente del análisis jurisprudencial y a partir de ese punto, intentar determinar con base en el requisito de idoneidad moral y el principio inspirador del interés superior del niño, niña o adolescente y especialmente las sentencias C-071 de 2015 y C-683 de 2015, si se puede hablar de manera óptima, eficaz y garantista sobre la adopción por parte de parejas del mismo sexo, ubicándonos en el contexto cultural actual que rodea a nuestra sociedad. Lo anterior con base en que debe tenerse en cuenta este factor fundamental que si bien debe permitir la armonía de ambos intereses: los derechos de la comunidad LGBTI (extendiéndose al campo de las parejas del mismo sexo) y la garantía de la protección y bienestar del adoptivo, la adopción implica ante todo una medida de protección, que en términos más subjetivos es un acto de amor y el reconocimiento del derecho de los menores de edad a tener una familia en la que se respete y exalte su dignidad humana y por ende, se garantice su protección integral, bienestar, buen trato y la educación adecuada, independiente del tipo de familia.

Por otro lado, en Colombia, el primer gran paso en materia de uniones de parejas del mismo sexo lo dio la Corte Constitucional mediante la muy renombrada sentencia C-075 de 2007. Sin embargo, ha sido todo un recorrido a lo largo de los años. A manera de contextualización, se hará un breve repaso por la jurisprudencia y pronunciamientos más relevantes.

Un antecedente importante lo constituye la Ley 54 de 1990 que reguló todos los aspectos concernientes a las uniones maritales de hecho pero entre parejas heterosexuales lo cual despertó una inconformidad, razón por la que dicha norma fue demandada por inconstitucionalidad por el mismo motivo, sin embargo por regular aspectos tan importantes como el concubinato, mismo que se encontraba en mora de ser tratado, la Corte Constitucional mediante sentencia C-098 de 1996 confirmó la constitucionalidad de la mencionada norma condicionándola a que

podía ser debatida su validez nuevamente si las circunstancias así lo permitían, hecho que se concretó a través del mencionado fallo de 2007 donde se establece que muchos miembros de la comunidad LGBTI han sufrido discriminación a través de la historia y resulta no ajustada a la constitución cualquier normatividad que represente dicha discriminación, en consecuencia decide declarar la exequibilidad de la Ley 54 de 1990 bajo el entendido de que la regulación allí contenida en el aspecto patrimonial cobijaba de igual forma a este tipo de uniones.

En el caso particular del magistrado Jaime Araújo Rentería, opta por salvar su voto argumentando que el fallo no resuelve de fondo una problemática de este sector de la comunidad que va mucho más allá del aspecto económico, así se puede decir que:

... el concepto “efectos civiles” es mucho más amplio que lo meramente patrimonial, pues incluye por ejemplo el matrimonio, la adopción, la sucesión, la custodia de los hijos, entre otros temas. Reducir los efectos civiles al campo patrimonial constituye, a mi juicio, una visión miope del problema y resuelve solo a medias la problemática de la discriminación contra el grupo poblacional de los homosexuales. (Sarmiento, 2009)<sup>31</sup>

Posteriormente y siguiendo un poco el lineamiento trazado por Araújo en su citado salvamento de voto, la misma corporación mediante sentencia C-811 de 2007 reconoció el derecho de las parejas homosexuales de afiliarse al sistema de seguridad social, teniendo en cuenta que la Ley 100 de 1993 limitaba el beneficio únicamente a compañeros heterosexuales segregando a este sector de la población. En dicho fallo, el mismo magistrado salva su voto reclamando en virtud de las garantías constitucionales que las parejas homosexuales deben gozar de la totalidad de los derechos de manera plena, tales como el matrimonio y la adopción.

Como se observa, la Corte Constitucional como principal órgano encargado de preservar la Constitución nacional como norma de normas, ha ido gradualmente y a lo largo de los años, reconociendo derechos y prerrogativas a este sector de la comunidad que tanta discriminación ha sufrido en su historia, particularmente el mencionado fallo C-336 de 2008, las sentencias C-811 de 2007, C-029 de 2009 y de tutela T-856 de 2007 y T-1241 de 2008, marcaron una pauta trascendental e histórica ampliando su campo de regulación a las parejas del mismo sexo y desmeritando cualquier artículo o ley que segregue a dicho sector.

Tal vez el avance más trascendental en la materia y en el que se pudo observar de manera palpable la protección integral a los derechos de la comunidad LGBTI, lo constituye la mediática sentencia SU-214 de 2016 que reconoce el matrimonio igualitario con todas las facultades y prerrogativas que establece la ley civil

---

31. Tomado del artículo *Las uniones maritales de hecho entre parejas del mismo sexo, una lucha inconclusa contra la discriminación*. Sarmiento Erazo Juan Pablo. 2009. *Revista de Derecho Universidad del Norte*.

colombiana a las parejas heterosexuales, dejando a un lado la figura del contrato innominado que desde el 2013 hasta 2016 venían aplicando muchos notarios sin garantizar el cumplimiento de los derechos a favor de dichas uniones.

Otro avance importante y que bien podría acercarnos un poco más al asunto que nos interesa, es la sentencia C-798 de 2008 mediante la cual la alta corte plantea dos problemas jurídicos importantes: el primero establece la necesidad de determinar si el ordenamiento jurídico colombiano reconoce la necesidad de imponer la obligación alimentaria entre parejas del mismo sexo. En caso de responder afirmativamente ese primer planteamiento, establecer si la norma penal reguladora del delito de inasistencia alimentaria vulnera los preceptos constitucionales al solo otorgar tal beneficio a los compañeros heterosexuales, ignorando así las necesidades de las parejas del mismo sexo. La Corte, al hacer un análisis extenso al respecto y estudiando precedentes anteriores como la sentencia C-1033 de 2002, observa:

La interpretación sistemática de las disposiciones antes mencionadas y las decisiones judiciales citadas, no arroja ninguna duda sobre la existencia de la obligación alimentaria entre compañeros permanentes, con independencia de su orientación sexual, siempre que la pareja reúna las condiciones de que trata la Ley 54 de 1990, tal como fue modificada por la Ley 979 de 2005. En efecto, la obligación alimentaria consagrada en el numeral 1º del artículo 411 del Código Civil para los cónyuges es aplicable a los compañeros permanentes que, como se sabe, pueden integrar una pareja homosexual o una pareja heterosexual. (Sentencia C-1033 de 2002 )<sup>32</sup>

Así mismo, dicha corporación observa que en reiteradas oportunidades ha sentado el precedente claro y preciso acerca de que el déficit de protección a las parejas del mismo sexo en el aspecto patrimonial resulta injustificable y debe ser siempre corregido, a la luz de lo dispuesto en el artículo 13 de nuestra Constitución Política. Con base en la anterior premisa, concluye que la exclusión de este sector de la población dentro de los sujetos activo y pasivo del delito de inasistencia alimentaria es inconstitucional, por lo cual declaró la exequibilidad condicionada del artículo bajo el entendido de que el tipo penal de inasistencia alimentaria cobija de igual forma a los compañeros permanentes del mismo sexo.

En síntesis, de todo lo anterior se evidencia un gran avance en cuanto al reconocimiento de derechos y garantías que reducen al mínimo cualquier indicio de discriminación, sobre todo en el aspecto patrimonial, pero tal y como lo planteó el doctor Araújo en la precitada providencia C-336 de 2008, siguen existiendo vacíos en aspectos distintos a los patrimoniales y económicos, uno de ellos es precisamente la adopción por parte de estas parejas.

32. Tomado del artículo "Protección constitucional de los compañeros permanentes del mismo sexo" del Libro *Activismo judicial y derechos de los LGBT en Colombia*. Albarraçín Caballero, Mauricio.

Con todo, a la fecha y muy a pesar de que ya se ha establecido claramente la posibilidad de adopción por parte de parejas del mismo sexo, independiente de vínculos de consanguinidad o afinidad entre adoptantes y adoptivo, muchas corrientes se han manifestado al respecto, unas en apoyo total y otras en oposición. Sin embargo, resulta conveniente estudiar la figura jurídica de la adopción y a partir de sus requisitos y características analizar brevemente su ajuste a las necesidades de las parejas del mismo sexo y sobre todo a las del niño, niña o adolescente adoptable.

Por otro lado, el marco jurídico de la adopción en Colombia se encuentra regulado en el Código Civil, Ley 5 de 1975, Código del Menor y Código de la Infancia y la Adolescencia. Su naturaleza jurídica es, principalmente, la de una medida de protección a través de la cual “bajo la suprema vigencia del Estado, se establece, de manera irrevocable, la relación paterno-filial entre personas extrañas, que no tienen esa relación por naturaleza: adoptante y adoptivo” (Morales, 2009, p. 64). De lo anterior, se desprende, entonces, que el principal objetivo es la protección del niño, niña o adolescente adoptado, quien adquiere la calidad de hijo y establece el vínculo de parentesco civil con una persona extraña que pasa a tener la calidad de padre, con el fin de brindar todas las prerrogativas propias de los vínculos consanguíneos de parentesco. En ese orden de ideas, tenemos que el principal objetivo de la adopción es la protección al adoptivo.

De lo anterior se deriva el establecimiento de un parentesco llamado de adopción o civil, al respecto manifiesta la sentencia C-893 de 2007 de la Corte Constitucional, que a través de esa figura se busca proporcionar al beneficiario un hogar estable, armónico e integral, lo cual permite constituir una relación paterno-filial entre ambas partes que por naturaleza no tienen. Entre los requisitos para adoptar que señala el artículo. 68 del Código de Infancia y Adolescencia se encuentran los siguientes:

- Ser mayor de 25 años.
- Ser, por lo menos, 15 años mayor que el adoptivo.

“Idoneidad física, mental, moral y social de quienes pretenden convertirse en adoptantes, el cual debe ser verificado por el Estado a través del ICBF y el juez de familia que profiera la sentencia de adopción” (ICBF, 2015).

Pero ¿a qué se refiere específicamente el requisito de idoneidad moral para adoptar? El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar en su concepto No. 8 de 2015 establece, que, precisamente, en pos de garantizar la efectividad y materialización del principio del interés superior del niño, el legislador consagró como requisito para el adoptante la idoneidad física, mental, moral y social, la misma que debe ser verificada por el ICBF y el juez de familia de conocimiento del proceso de homologación de adopción.

Dicha verificación debe hacerse con todas las exigencias y restricciones requeridas con el fin de asegurarle al adoptivo un hogar donde se garantice su integridad física, salud, amor, educación, desarrollo armónico e integral y recreación.

Con respecto al requisito concreto de idoneidad moral, el ICBF señala en el mismo documento precitado:

Está referida a la noción de moral social o moral pública y no a la imposición de sistemas particulares normativos de la conducta en el terreno de la ética. Esta se basa en la moral que conocemos y vivimos en nuestro medio (país) y es aceptada como norma ética de convivencia.

Por consiguiente, la evaluación sobre la idoneidad moral de quien pretende adoptar, no puede ser hecha desde la perspectiva de sus personales convicciones éticas o religiosas, sino desde aquellas otras que conforman la noción de moral pública o social. (p. 15)

En la etapa administrativa del proceso de adopción, la idoneidad moral se prueba mediante el estudio de condiciones psicosociales, certificado de antecedentes penales, certificado de contravenciones o infracciones menores.

En ese orden de ideas, es claro que la idoneidad moral tal y como es interpretada no solo por la doctrina, sino por el mismo ICBF, autoridad en materia de adopciones en Colombia, no está sujeta ni es proporcional a subjetividades ni convicciones personales o religiosas.

Una vez analizados los conceptos básicos, podemos adentrarnos en el tema de interés de esta propuesta, ampliamente estudiado especialmente en la sentencia C-683 de 2015.

En nuestro contexto actual, encontramos organizaciones como Colombia Diversa que representan la defensa de los derechos e intereses de la comunidad LGBTI. A través de ella, hemos tenido acceso a material científico valioso como el estudio realizado por la *American Sociological Association*, que revela que los hijos criados por parejas del mismo sexo se desarrollan tan bien y con todas las garantías como los de una pareja heterosexual. En dicho estudio, se toman como elementos de medición el desempeño académico, el desarrollo cognitivo, el desarrollo social, la salud psicológica, la actividad sexual temprana y el abuso de sustancias.

Para no extender más la explicación, se concluye que para el bienestar del niño resulta irrelevante si ha sido criado por padres del mismo sexo o de diferente sexo. Por el contrario, los factores determinantes serían un entorno familiar estable y recursos socioeconómicos suficientes, lo cual no guarda relación con la orientación sexual de los padres.

Por otro lado, encontramos posiciones como la del Procurador General Alejandro Ordóñez (2014), que advierte que al ser la adopción una institución jurídica que constituye una medida de protección a los menores de edad en situación vulnerable

a la luz del principio del interés superior del menor, los artículos 64 y 66 y 68 del Código de la Infancia y la Adolescencia, así como la Ley 54 de 1990 no resultan aplicables a las parejas homosexuales de conformidad con la sentencia C-577 de 2011. Sustenta su posición en variadas tesis expuestas ante la alta corte y más específicamente en jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que establece que al constituir las uniones de parejas del mismo sexo una situación diversa a las parejas heterosexuales, no pueden exigir un trato igualitario. El Ministerio Público hace énfasis en que la adopción está establecida en favor del menor no como un derecho a los adoptantes, por lo que concluye que no es conveniente.

Acerca de este problema en particular, es valioso citar el aporte que de Estrada Vélez (2011) sobre un punto importante consistente en que con los cambios experimentados al incorporarse el Estado social de derecho, se pueden visualizar otras formas de constitución de una familia diferentes del matrimonio, así como la procreación tampoco es un fin esencial de esta institución.

De ahí que se genere una ambigüedad que dificulta el concebir una única noción de familia, ya que por lo menos en lo que respecta a las diferentes áreas del derecho, le dan una connotación distinta dependiente de su objeto de regulación. Así, tenemos nociones distintas en seguridad social, en derecho penal, en infancia y adolescencia.

Los crecientes casos de hombres y mujeres cabezas de familia, la situación de orfandad generada muchas veces por el conflicto armado y las familias putativas, son ejemplos de esa variedad de tipos de familia. Esto sin contar que ya existen soportes científicos en nuestro país que dan cuenta de esa realidad desde hace más de 30 años. Por lo tanto, ni la capacidad de procreación ni la heterosexualidad son requisitos esenciales para conformar esta institución, ya que encontramos múltiples situaciones que la generan y que de igual forma merecen toda la protección del Estado.

Volviendo al análisis de la sentencia respectiva, si bien algunas posiciones fueron en contra e incluso en ciertos apartes del concepto del ICBF pudiera interpretarse una eventual posición en contra de la adopción igualitaria, lo cierto es que esta entidad aclara que su mayor interés es garantizar para el menor adoptado unas condiciones que permitan una relación afectiva sana y estable y que a su vez pueda promover una identidad personal, social y cultural del adoptado, lo cual no tendría por qué ser contradictorio con la orientación sexual de los adoptantes.

Con todo la alta corte advierte a la entidad autoridad en Derecho de Familia y por ende en el tema, “que no puede imponer una moral específica a las personas que pretenden adoptar a un niño o adolescente, ni presumir la mala fe en el análisis de las situaciones concretas” (ICBF, 2015).

En este estado de las cosas, es claro para la corporación que la orientación sexual no es un indicador de falta de idoneidad para adoptar, por el contrario, representa una restricción inaceptable violatoria del principio del interés superior del menor.

Entre los pronunciamientos que se tomaron como base para tomar una decisión en la demanda presentada, se destacan el de la Fiscalía General de la Nación y el de la Defensoría del Pueblo, las cuales, recurriendo a la figura del derecho comparado, expone el caso *Átala Riffo y niñas versus Chile* ante la Corte Interamericana de Derechos humanos, quien estableció que la orientación sexual de los padres adoptantes no representa un riesgo para el niño.

Posición también destacada es la planteada por las organizaciones DeJusticia y Colombia Diversa, que aportan un análisis producto de estudios llevados a cabo desde la década de 1970 con la más alta rigurosidad científica, los cuales no arrojan diferencia o menoscabo en el desarrollo psicosocial de niños criados por parejas del mismo sexo.

No menos importante es el pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que como bien se sabe, es vinculante en el derecho colombiano y que como ya se mencionó, adopta la posición de que las preferencias sexuales de los padres no representan de por sí un riesgo de vulneración del principio del interés superior del menor, así como tampoco debe equipararse el requisito de idoneidad moral para adoptar.

Un precedente muy relevante citado por la corporación es la sentencia T-290 de 1995, en la cual a un padre que venía criando a una niña desde muy pequeña, no solo le fue denegada la custodia de la menor sino que también le fue retirada dicha custodia.

El actor alega que fue en razón a su inclinación sexual. Sin embargo, al expediente se allegaron pruebas recaudadas dentro del trámite administrativo llevado por el ICBF, de que no cumplía con los requisitos de idoneidad moral y social por las siguientes razones:

1. La residencia donde se encuentra domiciliada la niña con su padre se encuentra en una de las zonas de tolerancia de Cali, no representando un ambiente adecuado e incluso fue sellada por las autoridades por sus condiciones infrahumanas, no aptas para ninguna persona.
2. Se evidenciaron serios indicios de que el compañero del padre se embriagaba con frecuencia representando un peligro y un ambiente no digno para la crianza de la niña.
3. Las condiciones económicas y morales del padre y su compañero no representan una garantía de bienestar, así como tampoco de desarrollo de las potencialidades de la menor.

De todo lo anterior se desprende que se tuvieron en cuenta factores totalmente independientes de la inclinación sexual del actor del proceso y que bien si se hubiera tratado de una persona heterosexual, también se habría puesto en tela de duda dicha idoneidad.

En ese orden de ideas, se observa claramente que la idoneidad no se equiparó a una orientación sexual del solicitante adoptante sino a sus condiciones económicas y sociales, configurándose así los alcances de este requisito reseñados en la resolución proferida por el ICBF y citada en este documento en su página 12.

En ese mismo sentido se pronunció la Corte mediante sentencia C-814 de 2001, por medio de la cual se resolvió demanda de inconstitucionalidad contra una norma del entonces vigente Código del Menor que establecía la idoneidad moral como requisito para adoptar y contra el artículo que autorizaba la adopción únicamente a la pareja conformada entre un hombre y una mujer, excluyendo así a las parejas del mismo sexo.

Para resolver dicha controversia, la Corte aclaró en ese momento que si bien la moral no constituye una fuente exclusiva para estructurar el ordenamiento jurídico, no es menos cierto que bien puede basarse en ella para definir situaciones jurídicas o restringir ciertas libertades.

Así mismo, estableció que es la moral la que prevalece en cada pueblo de acuerdo con su contexto y coyuntura y que desde ese punto de vista, la moral no puede interpretarse como individual. Lo individual es la percepción o valoración que cada uno hace de sus actos.

En ese orden de ideas, la alta corporación concluyó que el requisito de idoneidad moral no está equiparado a la orientación sexual de los interesados adoptantes y que dicha afirmación corresponde, precisamente, a una interpretación individual de los actores.

Sin embargo, se declaró la exequibilidad de los artículos demandados a la luz de lo consagrado en el artículo 42 de la Constitución Política, que protege únicamente la familia monogámica y heterosexual.

En muy similar sentido se pronunció nuevamente la alta corte en sentencia C-710 de 2012, al resolver sobre una demanda contra la expresión “moral” del art. 68 del Código de Infancia y Adolescencia, refiriéndose al requisito de idoneidad moral.

Los actores alegaban que dicha expresión era incompatible con el modelo de vida homosexual, impidiéndoles de esta manera adoptar. De la misma forma, la Corte cotejó que se trataba de una percepción e interpretación subjetiva de los actores, producto de la lectura particular que ellos le daban al precepto impugnado y que no por ello debían sacarse dichas conclusiones.

Pero, así como encontramos las posiciones favorables a la adopción igualitaria aportando evidencia valiosa para la causa, hubo otras posiciones en contra que de igual manera, son totalmente respetables y tenidas en cuenta por la corporación.

Por un lado, tenemos el concepto del entonces Procurador General de la Nación, quien solicita a la Corte lo siguiente:

En relación con el artículo 1º de la Ley 54 de 1990, estarse a lo resuelto en la Sentencia C-075 de 2007, o subsidiariamente declararlo exequible; (ii) en cuanto a los artículos 64, 66 y 68 (parciales) de la Ley 1098 de 2006, declarar la existencia de cosa juzgada y, en consecuencia, estarse a lo resuelto en la sentencia C-814 de 2001, o subsidiariamente declararlos exequibles; (iii) declararse inhibida para pronunciarse sobre la constitucionalidad de la interpretación hecha por las autoridades administrativas sobre las normas demandadas, “en tanto que ésta se ciñe al tenor literal de tales normas y se limitan a reiterar lo señalado en la jurisprudencia constitucional”. (Corte Constitucional, p. 41)

A manera de resumen, el entonces procurador fija su posición principalmente en el hecho de que la figura de la adopción no debe concebirse como un derecho a favor de los adoptantes, sino como una medida de protección a favor de los adoptivos y considera que, precisamente en ese sentido, se manifiesta el legislador garantizando lo que él equipara al requisito de idoneidad moral, ya analizado en párrafos anteriores de este documento.

Así mismo, señala que no se puede alegar que la Ley 1098 de 2006 (Código de Infancia y Adolescencia) discrimine propiamente a las parejas del mismo sexo como posibles adoptantes, sino que la norma demandada se refiere a cónyuges o compañeros permanentes y sobre la base de que las parejas del mismo sexo no son ni lo uno ni lo otro, no podría hacerse extensiva la posibilidad a dicho sector de la comunidad.

Este planteamiento actualmente no encuentra fundamento si tenemos en cuenta que la misma Corporación en sentencia SU-214 del año 2016, aprobó el matrimonio igualitario y no bajo la figura de un contrato innominado como se quiso interpretar de la sentencia C-577 de 2011, sino con todas las prerrogativas que cobija el contrato de matrimonio consagrado en el artículo 113 y demás normas concordantes del Código Civil.

Entre otros argumentos, expone la procedencia de la cosa juzgada constitucional en este caso basándose en la sentencia C-075 de 2007, la cual ya había revisado la misma norma con los mismos cargos en contra, resolviendo así reconocer los derechos patrimoniales a las parejas del mismo sexo.

Una de las instituciones de educación superior que se pronunció en contra de la adopción igualitaria fue la Universidad de la Sabana. Afirmaba que, efectivamente, sí afecta el interés superior del menor. Ante esto, la Corte concluye que los resultados de su investigación son basados en estudios que han sido descalificados

y minoritarios, incluso el máximo tribunal inadmite las afirmaciones hechas por el claustro, ya que se emplea un lenguaje discriminatorio y estereotipado.

En ese orden de ideas y basándose netamente en evidencia científica y estudios sobre el tema, finalmente la Corte decide avalar la adopción igualitaria en la medida en que no se prueba ningún tipo de menoscabo alguno al valioso principio del interés superior del niño.

Indiscutiblemente el impacto mediático no se hizo esperar y se creó un aura de polarización con opiniones a favor y en contra, reacciones en algunos casos violentas y ofensivas por parte de los sectores más conservadores contra la comunidad LGBTI.

Era de esperarse que esta decisión trajera como consecuencia medidas más drásticas por parte de los opositores, como es el caso del proyecto de referendo contra la adopción igualitaria impulsado por la senadora del partido liberal Viviane Morales el pasado año 2017, que consistía básicamente en restringir los requisitos para los adoptantes, quienes solo podían ser parejas heterosexuales unidas por matrimonio.

Dicha propuesta excluía de la posibilidad de adoptar no solo a las parejas del mismo sexo, sino también a las personas solteras o parejas que conviven en unión marital de hecho.

Con todo, la iniciativa no tuvo éxito en la Comisión Primera de la Cámara de Representantes, con 20 votos en contra y 12 a favor.

Al respecto se pronunció el Gobierno nacional a través del Ministro del Interior, Juan Fernando Cristo, oponiéndose de forma enérgica a dicha propuesta por considerarla inconstitucional, sobre todo y muy especialmente los derechos de las personas, así constituyan una minoría no deben someterse al albedrío de otras personas, desconociendo así derechos fundamentales de personas constitucionalmente protegidas, recalcando además, que de avalarse tal iniciativa no solo afectaría a las parejas del mismo sexo en la posibilidad de adopción, sino también a personas solteras, divorciadas y cualquier otro tipo de familia no perteneciente al concepto de hombre, mujer e hijos, como se acotó anteriormente.



---

## PARTE II

# Decisión política





# Legitimación democrática de las zonas de concentración para las Farc-EP

María Liliana Castillo Castillo  
Erika van Arcken Salas

## Introducción

La Ley 1779 de 2016 reformativa del artículo octavo de la Ley 418 de 1997, revive unos aspectos que habían sido derogados por la Ley 1421 de 2010, los cuales fueron considerados por el Gobierno nacional vitales para cumplir lo acordado con la guerrilla Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército del Pueblo o Farc-EP, sobre el punto tercero de la agenda de la Habana denominado “Fin del conflicto”. Entre estos aspectos, se encuentra la necesidad de retomar el contenido original de la norma, en la que se autorizaba al Gobierno nacional acordar con los voceros o miembros de las organizaciones armadas al margen de la ley, un espacio temporal en determinadas zonas del territorio nacional, esto con el ánimo de facilitar el proceso de dejación de armas y la desmovilización.

Los apartes de la nueva norma que soportan la conformación de zonas de distensión o concentración generaron una serie de cuestionamientos respecto a que solo sea el Gobierno nacional y los voceros o miembros de las organizaciones armadas al margen de la ley, quienes convengan la ubicación, aún de manera transitoria, de dichas zonas en áreas rurales. También, se cuestionó la falta de coherencia cuando se indica que en dichas zonas se deberá respetar y garantizar el normal y pleno ejercicio del Estado de derecho, pero también que el Gobierno definirá la manera como funcionarán las instituciones públicas para garantizar los derechos de la población. Con este nuevo instrumento jurídico se le entregó potestades al poder Ejecutivo, que de no contar con las limitaciones que constitucionalmente se han regulado para situaciones como los estados de excepción, podríamos estar ante esta misma figura, pero en los términos conceptuales estudiados por Giorgio Agamben, que correspondería a una situación que resulta de la suspensión del orden,

generando un umbral de indiferencia entre hecho y derecho, siendo la excepción una expresión de la necesidad, la cual no tiene ley, no reconoce ley alguna y crea su propia ley, en la que el Ejecutivo tiene el poder de decidir el momento en que la vida deja de ser políticamente relevante, con la amenaza de que dicho estado de excepción se vuelva permanente en cierto campo.

El presente trabajo de investigación tiene como objeto exponer en un primer momento, el aporte teórico hecho por Giorgio Agamben sobre los conceptos de *nuda vida*, estado de excepción y campo de concentración, para lograr la consecución de una respuesta al interrogante propuesto, dirigido a identificar cómo dentro de estas zonas de concentración pudo asegurar un reconocimiento del Estado de derecho y el respeto por los derechos de la población civil que viven en dichas regiones, siendo de esta forma territorios de paz.

De esta manera, para resolver el problema en cuestión se utilizó el enfoque metodológico de investigación cualitativo desde una perspectiva interpretativa mediante el análisis documental de las obras filosóficas de autores tales como Aristóteles, Schmitt, Foucault y Agamben, quienes ofrecen herramientas conceptuales en los temas de *nuda vida*, estados de excepción y campo, que son finalmente contextualizadas en la discusión que suscita la Ley 1779 de 2016, reformatoria del artículo octavo de la Ley 418 de 1997, en la que también se hizo necesario el estudio sistematizado de normas que, a partir de la Constitución de 1991, han regulado temas como los estados de excepción, el valor y derecho a la paz y la participación democrática, soportándolo con el examen de jurisprudencias de la Corte Constitucional que abordan estas mismas materias.

## La politización de la *nuda vida*

La palabra vida tiene su origen etimológico en el latín *vita*<sup>33</sup> y puede ser definida desde diversos enfoques, ya sea desde una observancia científica (como la biología, la medicina, la cosmología y la psicología), desde una óptica religiosa o a partir de una conceptualización filosófica. La noción más frecuente que suele emplearse es la utilizada en el campo de la biología que se refiere a la vida como aquello que distingue a los reinos animal, vegetal, hongos, móneras y protistas (seres animados), del resto de realidades naturales tales como los seres inanimados, en el entendido de que los primeros tienen la capacidad de nacer, crecer, reproducirse y morir.

Desde el campo de la filosofía –que se fija en los distintos modos en que se ha tratado de dar forma y manejo político a la vida humana–, se podría señalar análogicamente, que la anterior concepción científica es la que acuña Giorgio Agamben como *nuda vita*, es decir, la vida identificada como pura vitalidad o simple hecho de vivir. Para comprender esta concepción y manejo de la vida humana, es preci-

33. Real Academia Española. Recuperado de <http://dle.rae.es/?id=blw7uSa>.

so hacer una interiorización en la ruptura promulgada por la política occidental desde su inicio en el mundo antiguo, traída a colación por Agamben (2010a), en su investigación contenida en su obra *Homo Sacer I. El poder soberano y la nuda vida*, cuando demuestra cómo los griegos no contaban con un término para definir la palabra vida, debiéndose soportar en dos vocablos: “*zoé*, que expresa el simple hecho de vivir, común a todos los seres vivos (animales, hombres o dioses) y *bíos*, que indica la forma o manera de vivir propia de un individuo o un grupo” (Agamben, 2010a, p. 9).

Un ejemplo de lo expuesto se presenta en el pensamiento de Aristóteles (como se citó en Agamben, 2010a, p. 9), contenido en la *Ética nicomáquea*, quien distingue la vida contemplativa del filósofo, de la vida de placer y la vida política, observándose con claridad una exclusión del término *zoé*, toda vez que lo que pretende prevalecer es una vida cualificada y no una simple vida natural. En esta inclinación filosófica se evidencia que en el mundo clásico la vida natural es descartada de la *polis*, es decir, del mundo público y es confinada al espacio privado, no libre, como mera vida reproductiva en el ámbito de la *oïkos*<sup>34</sup> (Agamben, 2010a, p. 10). En otras palabras, se establece la existencia de una vida natural separable de la vida cualificada y de la existencia política. La razón de ser de lo anterior está consignada en la *Política* de Aristóteles, donde para definir el fin de la comunidad perfecta, opone el simple hecho de vivir con la vida políticamente cualificada de la siguiente forma: “nacida con vistas al vivir, pero existente esencialmente con vistas al vivir bien” (Aristóteles como se citó en Agamben, 2010a, p. 11). Esto porque para dicho filósofo el surgimiento de la política es en mérito a esta exclusión, “ya que a partir de ella se da el paso hacia una vida cualificada caracterizada por la acción libre con miras al vivir bien” (Paredes, p. 4).

Esta concepción de la política que es mostrada como el lugar en el que “vivir debe transformarse en vivir bien” (Agamben, 2010a, pp. 16, 17, como se citó en Quintana Porras, 2006, p. 46), refleja una relación de exclusión inclusiva, pues lo que se está dando a entender es que el humano debe suprimir la idea que lo caracteriza como mero viviente (*zoé*), para realizar aquello que lo distingue como hombre (Quintana Porras, 2006, p. 46) y que lo lleva a un vivir mejor.

Al concebir Aristóteles la *polis* como lugar de la vida política, este sería el espacio donde el hombre posee el lenguaje (*lógos*) y no solamente voz (*phone*), esto

34. De acuerdo con Vergara Ciorda (2013, p. 14), la evolución de la dimensión socrónica de la familia griega, tuvo su punto de partida institucional en el *oïkos*. Resalta que para los griegos este concepto “no se refería tanto al edificio material de la casa como a la relación comunitaria o vida doméstica en sí (*oïkogéneia*), que consideraba a la persona en su dimensión privada o particular (*bios idiotikós*), frente a la vida pública o social (*bios politikós*), más igualitaria e impersonal” (Mirón, 2005, como se citó en Vergara Ciorda, 2013, p. 14), señala que el *oïkos*, “era el primer entorno natural donde la persona tomaba conciencia de su realidad psíquica y social (Jaeger, 2000, como se citó en Vergara Ciorda, 2013, p. 14).

porque con la voz el ser humano puede manifestar signos de dolor y de placer, al igual que cualquier ser viviente, pero con el lenguaje el hombre, a diferencia de otro ser viviente, manifiesta lo conveniente y lo inconveniente, lo justo y lo injusto, y es la comunidad de estas cosas lo que constituye la casa y la ciudad (Aristóteles, como se citó en Agamben, 2010a, p. 17). De modo que la vida política se concibe como el espacio donde el hombre consigue la articulación entre *lógos* y el mero vivir, herramientas que conduce al hombre a un mejor vivir y superar el “simple hecho de vivir”.

Ahora bien, para Foucault (1998) en la modernidad la vida natural, es decir, la anteriormente reconocida como *zoé*, empieza a ser incluida en los mecanismos y cálculos de poder estatal en el seno de la transformación de la política en biopolítica, al respecto ha señalado que: “Durante milenios, el hombre siguió siendo lo que era para Aristóteles: un animal viviente y además capaz de una existencia política; el hombre moderno es un animal en cuya política está puesta en entredicho su vida de ser viviente” (Foucault, 1998, p. 85). Esta afirmación de Foucault contenida en su obra *Historia de la sexualidad I. La voluntad de saber*, se dirige a establecer que el ser humano es un animal en cuya política está en tela de juicio su vida natural, y surge luego de que este desarrollara la diferenciación de lo que significó el poder sobre la vida en la época clásica (paradigma soberano) y la época moderna (paradigma biopolítico o normalizador).

Explica Foucault (1998, p. 81) que el primer paradigma desplegado en la época clásica se caracteriza porque el poder soberano se ejercía sobre el derecho de vida y muerte, prerrogativa que se deriva de la *patria potestas* (patria potestad), que le concedía al padre de familia el derecho de “disponer” de la vida tanto de sus hijos como la de sus esclavos, bajo la premisa de que quien había dado la vida también tenía la autoridad para quitarla. Sin embargo, esta potestad absoluta de disposición fue considerablemente atenuada y el derecho de vida y muerte se condicionó a la defensa del soberano y su supervivencia. Pero ya fuera de una forma absoluta o limitada de disposición, el soberano solo ejerce su derecho a la vida activando su derecho de matar. Sobre el particular expresa Foucault:

El soberano no ejerce su derecho sobre la vida sino poniendo en acción su derecho de matar, o reteniéndolo; no indica su poder sobre la vida sino en virtud de la muerte que puede exigir. El derecho que se formula como “de vida y muerte” es en realidad el derecho de hacer morir o de dejar vivir. (Foucault, 1998, p. 82)

Lo anterior se debe a que el poder se ejercía como derecho de apropiarse cosas, tiempo, cuerpos y finalmente la vida para luego suprimirla.

El segundo paradigma planteado por Foucault es el desarrollado en la época moderna –desde el siglo XVII– en la cual se muestra un desplazamiento del derecho de muerte, que vendría a ser reemplazado por un poder que se concentra en administrar la vida. En este sentido, la potestad de quien tenía el poder de hacer morir o dejar vivir es suplida por el derecho de hacer vivir o lograr, en lo posible,

conservar la vida. Este poder sobre la vida se desarrolló en dos formas principales: una centrada en el cuerpo como máquina, denominada anatomopolítica del cuerpo humano, y la otra en el cuerpo especie, llamada biopolítica de la población (Foucault, 1998, p. 83).

En la anatomopolítica del cuerpo humano, el poder se concentra en cada cuerpo de manera particular y se ejerce a través de las técnicas disciplinarias que se basaban en examinar el comportamiento y el cuerpo del ser humano, con el objeto de producir cuerpos dóciles y fragmentados, pues, según Foucault (1998), lo que se pretende sobre el hombre mediante este tipo de poder es lograr “su educación, el aumento de sus aptitudes, el arrancamiento de sus fuerzas, el crecimiento paralelo de su utilidad y su docilidad, su integración en sistemas de control eficaces y económicos” (p. 83). Por su parte la biopolítica de la población, formada hacia mediados del siglo XVIII, no tiene por objeto al cuerpo individual del hombre, sino a las poblaciones humanas como grupos de seres vivos regidos por procesos y leyes biológicas (Ibarra, 2009). Toma a cargo una serie de intervenciones y controles reguladores respecto de cuestiones tales como “la proliferación, los nacimientos y la mortalidad, el nivel de salud, la duración de la vida y la longevidad” (Foucault, 1998, p. 83).

Para Foucault (1998), la anatomopolítica y la biopolítica constituyen los polos alrededor de los cuales se desarrolló la organización del poder sobre la vida, cambiando con ello esta potestad, cuya función fundamental ya no es matar sino invadir enteramente la vida a través de su administración, con el ánimo de aumentarla y multiplicarla al ejercer sobre ella controles y regulaciones generales y si de exponer a la población a la muerte se trata, es con el ánimo de garantizar la existencia de la vida. En dicho momento histórico, las guerras ya no se agotan en virtud de la defensa del soberano, sino que se hacen en nombre de la existencia de todos. “Se educa a poblaciones enteras para que se maten mutuamente en nombre de la necesidad que tienen de vivir” (Foucault, 1998, p. 82).

Para Agamben, la tesis foucaultiana debe ser corregida o completada en el sentido de que lo que debe caracterizar la política moderna, es decir, el paradigma biopolítico, no es la inclusión de la *zoé* en la *polis*, ni que la vida humana se convierta en el objeto de cálculos y administración del poder estatal, porque para este filósofo italiano la política occidental es desde su inicio, es decir, desde la época clásica, una biopolítica. Esta afirmación la consigna en su obra *Homo Sacer I*, cuando en el umbral de la parte tercera (*El campo de concentración como paradigma biopolítico de lo moderno*), al referirse a la segunda conclusión de su investigación, señala que esta consiste en lo siguiente: “La aportación fundamental del poder soberano es la producción de la *nuda vida* como elemento político original y como umbral de articulación entre naturaleza y cultura, *zoé* y *bios*”, implicando esto que “la política occidental es desde el inicio una biopolítica” (Agamben, 2010a, pp. 230, 231).

En estos términos, Agamben establece que lo determinante es descubrir o destapar el velo de aquella zona de indiferenciación en donde entran el *bios* y *zoé*, el derecho y el hecho, en el que coinciden con el espacio político, el estado de excepción que se convierte en regla general y la *nuda vida* que en la época clásica se encontraba al margen del orden jurídico (Agamben, 2010a, p. 19), haciéndose necesario indagar sobre esa tierra de nadie comprendida entre derecho público y hecho político y entre el orden jurídico y la vida, porque solamente descubriendo esta zona se puede lograr comprender lo que se pone en juego en la diferencia entre lo jurídico y lo político y entre el derecho y lo viviente (Agamben, 2007).

Otra lectura autónoma de Foucault nos propone analizar los campos o “zonas” propuestas como alternativas de transición. Por un lado, comprender que se trata de la propuesta de la modernidad, antes señalada, que permite la observación panóptica (2003) de los individuos “concentrados” en el campo, este concepto de campo como objeto de análisis tan importante en la sociología francesa, que si bien se podría definir como un ejercicio de comprensión de las diferentes relaciones entre actores y modos, también facilita la delimitación o confinación de los individuos organizados con dos consecuencias favorables para el Estado disciplinario esto es: *i.* la mera contención de los individuos como elementos de diferente naturaleza y peligro y *ii.* Un posible posterior análisis tipo laboratorio.

De igual forma la palabra “normalización” de la denominación Zonas Veredales Transitorias de Normalización (ZVTN), evocan la complejidad del concepto de normalización en Foucault, que supone, entre diversos aspectos, la imposición de un determinado modelo de conducta que se considera “normal”, aunque el concepto de “normalización” está dirigido al proceso de relaciones, en el mismo sentido de Bourdieu, los actores son objeto de la acción normalizadora. Esta dimensión será abordada más adelante, cuando se revise el tratamiento del individuo “concentrado” y su entidad democrática.

## Estado de excepción

El filósofo alemán Schmitt presenta la excepción como una estructura para comprender en qué medida la soberanía marca el límite de aplicación del orden jurídico; es decir, para explicar esta figura presenta una continuidad entre el estado de excepción y soberanía. Lo anterior porque para este, el soberano es quien decide sobre el estado de excepción (Schmitt, 2009, p. 13), teniendo la libertad de decidir sobre la vida del ciudadano.

Esta legitimidad condensada en el soberano, a pesar de ser identificada por Schmitt ya en el siglo XX, no se trata de la mera concentración de poderes como en sistemas jurídicos premodernos, a través de un poder subjetivado exclusivamente por la inspiración monárquica o dinástica del líder. Por el contrario, es una sofisticación de una suplantación de la función de guarda de la institucionalidad,

ya no en la función judicial, sino en la legitimación por medio de la democracia mayoritaria que se impone de manera oprobiosa a las minorías democráticas por no tener voz suficiente frente a la aclamación del nuevo poder ejecutivo a quien se le encarga la custodia de una especie de categoría nacional que excluye la diferencia, mediante confianza excesiva en las determinaciones de este nuevo *pater familias* legitimado, como hemos venido diciendo, mediante instrumentos democráticos que el liberalismo no logra repudiar con solvencia.<sup>35</sup>

El planteamiento de Schmitt ha llevado al filósofo italiano Agamben a resolver la paradoja de la soberanía como aquella en la que “(...) el soberano está, al mismo tiempo, fuera y dentro del ordenamiento jurídico” (Agamben, 2010a, p. 27), porque si el soberano es a quien el ordenamiento jurídico le reconoce el poder de declarar el estado de excepción y de suspender al mismo tiempo la validez del orden jurídico, entonces “(...) cae, pues, fuera del orden jurídico normalmente vigente sin dejar por ello de pertenecer a él, puesto que tiene competencia para decidir si la Constitución puede ser suspendida *in toto*.” (Schmitt, 2009, p. 14).

En estos términos, Agamben (2010a) presenta la idea de Schmitt para plantear que la excepción es la estructura que caracteriza la soberanía. En este sentido, para Schmitt (2009) lo excepcional es lo que no se puede subsumir, pero al mismo tiempo pone al descubierto un elemento jurídico denominado “la decisión” y es el soberano quien, con carácter definitivo, resuelve si una situación es o no normal y asume el monopolio de la última decisión, ya que toda norma general requiere que las situaciones a las que han de ser aplicables tengan una configuración normal, porque “(...) no existe una sola norma que fuera aplicable a un caos”. Por tal motivo, es necesario que el ordenamiento sea restablecido y es ahí donde el papel primordial del soberano es restablecer esa normalidad mediante su determinación. Así las cosas, para este filósofo alemán el “(...) caos excepcional transparenta de la manera más luminosa la esencia de la autoridad del Estado. Vemos que en tal caso la decisión se separa de la norma jurídica y, si se nos permite la paradoja, la autoridad demuestra que para crear derecho no necesita tener derecho” (Schmitt, 2009, p. 18). Esto es, porque la autoridad ejecutiva encarna el derecho.

Por su parte, el filósofo italiano Giorgio Agamben, en la primera parte de su investigación contenida en el *Homo Sacer I*, al tratar el tema de la paradoja de la soberanía, expresa que la excepción es una especie de la exclusión que se refiere a “un caso individual que es excluido de la norma general”. Sin embargo, aclara que lo que caracteriza a la excepción es que lo que está excluido no queda privado de la relación con la norma, como lo señala Schmitt. Por el contrario, “(...) se mantiene en relación con ella en la forma de la suspensión. La norma se aplica a la excepción desaplicándose, retirándose de ella”. Por tal motivo, el estado de excepción no es

35. Ver en Schmitt, C., 1996, *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*, trad. Montserrat Herero, Tecnos, Madrid; 1a. ed.

el caos que precede al orden, sino la situación que resulta de la suspensión de este orden. De acuerdo con la anterior concepción, define que etimológicamente la excepción significa sacada fuera (*ex capere*), y no simplemente excluida (Agamben, 2010a, p. 30).

Entonces, la situación que se genera por la excepción no puede ser una situación de hecho ni de derecho, sino que “(...) introduce entre ambas un paradójico umbral de indiferencia” (Agamben, 2010a, p. 31). Se concluye de esta forma, que al ser la excepción la estructura de la soberanía, no sería un concepto solamente político ni una categoría exclusivamente jurídica ni una potencia exterior al derecho, como lo propone Schmitt, ni una norma suprema del orden jurídico (Kelsen). La excepción es “(...) la estructura originaria en que el derecho se refiere a la vida y la incluye en él por medio de la propia suspensión” (Agamben, 2010a, p. 43).

La relevancia de la teoría de Schmitt en cuanto a que el soberano es quien decide el estado de excepción, es que este tiene, entonces, el poder de decidir cuál es la vida a la que se le puede dar muerte sin cometer homicidio (*homo sacer*), concepción que en la biopolítica moderna tratada por Agamben se traduciría en el poder de decidir el momento en que “la vida deja de ser políticamente relevante” (Agamben, 2010a, p. 180).

Frente a todo lo anterior, se indica, finalmente, que en el estado de excepción se ha ubicado en el concepto de necesidad, la cual suele ser entendida en dos sentidos: “la necesidad no reconoce ley alguna” y “la necesidad crea su propia ley”. Para Agamben, el estado de excepción se disuelve enteramente en el *status necessitatis* (estado de necesidad). Señala, además, que, un estudio acerca del significado del estado de excepción presupone un análisis del concepto jurídico de necesidad, porque la teoría de la necesidad no es otra cosa que la teoría de la excepción, en la que un caso particular es sacado de la obligación de observancia de la ley. El estado de excepción “en cuanto figura de la necesidad”, se muestra como una disposición “ilegal” pero “jurídica y constitucional”, que se concreta en la generación de un nuevo ordenamiento jurídico (Agamben, 2007, pp. 60-65).

## El campo como realización estable del estado de excepción

La novedad que se vislumbra con la figura del campo es que se desprende del estado de excepción y mantiene su vigencia en una circunstancia normal, ya que el campo “es el espacio que se abre cuando el estado de excepción empieza a convertirse en regla” (Agamben, 2010b, p. 38). Ejemplo de este suceso se muestra cuando en marzo de 1933, coincidiendo con la elección de Hitler como canciller del Reich, Himmler decidió crear en Dachau un campo de concentración para prisioneros políticos. Sin embargo, tanto este campo como otros que se añadieron de inmediato (Sachsenhausen, Buchenwald, Lichtenberg), permanecieron siempre

en funcionamiento, de manera que el campo se convirtió para Alemania en una realidad permanente (Agamben, 2010b, p. 39).

Sobre el estatuto paradójico del campo en cuanto espacio de excepción, Agamben ha expresado lo siguiente:

[...] es una porción del territorio que se sitúa fuera del orden jurídico normal, pero que no por eso es simplemente un espacio exterior. Lo que en él se excluye es, según el significado etimológico del término excepción (*ex capere*), sacado fuera, incluido por medio de su propia exclusión. Pero lo que de esta forma queda incorporado sobre todo en el orden jurídico es el estado de excepción mismo. (2010b, p. 39)

En este sentido, campo es el espacio en que el estado de excepción encuentra su condición permanente, además de ser una estructura en la que al ser suspendida la ley de forma integral “todo es posible”, quedando así sus moradores en una zona de indistinción entre exterior e interior, excepción y regla, lícito e ilícito (Agamben, 2010b, p. 39). El campo también es el más absoluto espacio biopolítico, porque al haber sido despojados sus moradores de cualquier condición política y reducidos a *nuda vida*, el poder sólo tiene frente a él vida biológica sin intervención alguna. De conformidad con lo señalado, se entendería, entonces, que “(...) el campo es el paradigma mismo del espacio político en el momento en que la política se convierte en biopolítica y el *homo sacer* se confunde virtualmente con el ciudadano” (Agamben, 2010b, p. 40).

## Los estados de excepción a partir de la Constitución de 1991

El hiperpresidencialismo ha caracterizado el sistema institucional y jurídico colombiano en sus más de doscientos años de vida institucional, que si bien se amainó en la Constitución del 91, mantiene la función ejecutiva predominante respecto de la judicial y la legislativa, de acuerdo con el espíritu premoderno de nuestra sociedad en sus diferentes momentos. Nuestra idea de Gobierno y legitimidad se concentra en la imagen unipersonal de un dirigente emancipador, redentor y paternal. Su poder seguro de cuatro años, en su momento con posibilidad de reelección desde el 2004<sup>36</sup> hasta el año 2015,<sup>37</sup> que ampliaba el periodo en ocho años continuos de control sobre aspectos económicos, políticos y legislativos de forma directa e indirecta, vía favorecimiento por su extenso poder nominador de

36. Con el acto legislativo 2 de 2004, se abrió la posibilidad en Colombia de la reelección presidencial solo por dos periodos.

37. El artículo 9 del acto legislativo 2 de 2015, retoma el propósito inicial de la Constitución de 1991, el cual consistía prohibir la reelección de cualquier ciudadano “que a cualquier título hubiere ejercido la Presidencia”.

la mayor reserva de empleos, en un país que como Colombia adolece de inequidad social y escasos espacios de empleabilidad.

Como una propuesta de asegurar un equilibrio de poderes, la Constitución Política colombiana de 1991 regula los estados de excepción en el Capítulo VI de su Título VII, entre los artículos 212 y 215, en los cuales establece como tales la guerra exterior, la conmoción interior y la emergencia económica, social y ecológica. Respecto de sus características generales, la Corte Constitucional, en sentencia C-911 de 2010, señala que de acuerdo con el artículo 214 de la Carta Política, estas son:

(i) la declaratoria que se encuentra en cabeza del Gobierno en pleno, es decir, del Presidente de la República y todos sus ministros, quienes deben suscribir el decreto que motiva la adopción de medidas extraordinarias; (ii) es posible la limitación de algunos derechos fundamentales, pero en ningún caso podrán suspenderse. Además, en todo caso se deben respetar las reglas de derecho internacional humanitario; (iii) son regulados por una ley estatutaria; (iv) las medidas que se adopten bajo su vigencia deberán ser proporcionales a la gravedad de los hechos; (v) su declaración no puede interrumpir el normal funcionamiento de las ramas del poder público ni de los órganos del Estado; (vi) el Presidente y los Ministros son responsables cuando se hubiere declarado un estado de excepción sin haber ocurrido los casos previstos en la Constitución. Así mismo, todos los funcionarios son responsables por el abuso de las facultades extraordinarias concedidas; (vii) el decreto que lo declara debe estar motivado, es decir, debe existir una relación causal entre los hechos que causaron la perturbación, las razones que justifican su declaración y las medidas legislativas a las que da lugar; (viii) el decreto que declara el estado de excepción y los posteriores que se dicten en ejercicio de las facultades legislativas trasladadas al Presidente están sometidos a control jurídico constitucional automático de la Corte Constitucional y a control político por parte del Congreso de la República. (parr. 2.3.2.)

La regulación en estas condiciones de los estados de excepción, es la reacción del Constituyente de 1991 al abuso del uso de la figura del estado de sitio en Colombia en vigencia de la Constitución de 1886, pues en esta no se consagraba un límite temporal de la medida de excepción quedando así a discreción del Ejecutivo, lo que condujo a una práctica permanente de este régimen y con ello a una suspensión, en estas mismas proporciones, de los derechos de los individuos, especialmente los referentes al debido proceso y a las libertades de información y locomoción. A esto se suma la suplantación del Legislativo por el Ejecutivo durante la segunda mitad del siglo XX, con ocasión de la laxitud con que este último manejó el enganche entre las razones que motivaban el estado de sitio y las medidas trazadas para superar los hechos que lo generaron, situación que llevó a que se utilizara este régimen también para regular asuntos que no se relacionaban con los supuestos de hecho que determinaron la declaratoria del estado de sitio (Corte Constitucional colombiana, C-802, 2002).

El permanente uso del estado de sitio desde el año de 1949 hasta antes de la Constitución de 1991, de acuerdo con explicación de García Villegas (2001), tuvo como objeto consolidar la participación de la fuerza pública en la dinámica del Estado, pues en virtud de la invariable condición de violencia que vivía Colombia, el Gobierno concentró su prioridad en restablecer el orden público sobrevalorando su participación y desnivelando el equilibrio que constitucionalmente existía entre las ramas del poder público. Como soporte de la referenciada permanencia, García Villegas (2001), resalta que entre los años 1957 y 1992 se decretaron veinte declaratorias de estados de excepción, entre los cuales se destacan estados de sitio que tuvieron una duración de años, como el declarado el 21 de mayo de 1965 con motivo de la manifestación de estudiantes contra EE. UU., cuya duración fue de tres años, seis meses y veintiséis días; el del 7 de octubre de 1976, por la huelga en el Instituto de los Seguros Sociales, subversión y narcotráfico, con una extensión de cinco años, ocho meses y trece días, y el decretado el 1 de mayo de 1984 en virtud del asesinato del ministro de justicia Rodrigo Lara Bonilla, acciones subversivas y narcotráfico, que duró siete años, dos meses y cinco días.

La idea de los estados de excepción en la Constitución de 1991 es que solo puedan decretarse cuando se presenten una o varias de las situaciones contempladas en los artículos 212, 213 y 215 de la Constitución y como último recurso del Estado; es decir, que la justificación de su existencia se relaciona con lo insuficientes que resultan ser las medidas constitucionales y legales aplicadas en periodos de normalidad, para atajar circunstancias graves e inminentes que afecten la institucionalidad, la seguridad, la soberanía, la convivencia ciudadana y el orden económico, social o ecológico del país. Además de lo anterior, pese a la naturaleza restrictiva de dichos estados que le dan al gobernante un mayor grado de discrecionalidad, sus actos siempre están sujetos a control y la limitación que se llegara a establecer frente a las libertades y derechos fundamentales es en beneficio de esos mismos bienes, que de ninguna manera pueden ser destruidos sino temporalmente limitados. En este sentido, desde esta perspectiva no se estaría frente a una vida sobre la que en dichos regímenes se tiene el poder de decidir en qué momento deja de ser políticamente relevante, pues la Constitución establece un coto a la limitación de los derechos fundamentales, que consiste en el respeto por su núcleo esencial, aquellos elementos que no pueden desconocerse en ninguna circunstancia (Corte Constitucional colombiana, C-179, 1994).

Esto muestra la esperanza que mantuvo el Constituyente de 1991 acerca de la capacidad racionalizadora del derecho como una herramienta de civilidad, inclusive en los momentos de urgencia, insistiendo en el respeto "(...) de los contenidos mínimos del pacto que hace posible la convivencia aún ante excepcionales situaciones de anormalidad institucional" (Corte Constitucional, C-802, 2002), esto reforzado con los controles de carácter jurisdiccional por parte de la Corte Constitucional y de naturaleza política por el Congreso de la República.

Dentro de este contexto jurídico actual en nuestro país, el estado de excepción contemplado en nuestra Constitución no es afín con la idea que sobre este concepto presenta Agamben (2010a), pues como se indicó, para este el estado de excepción no es el caos que precede al orden. Por el contrario, es la situación que resulta de la suspensión de dicho orden y en consecuencia la situación que se produce por la excepción no puede ser una circunstancia de hecho ni de derecho, sino que es el umbral en el cual se indeterminan estos dos. En sentido opuesto, la Corte Constitucional, en sentencia C-802 de 2002, ha indicado que los estados de excepción son concebidos en situaciones de anormalidad, pero ideados dentro del derecho y no fuera de él, con el ánimo de que sea este quien sirva como medio racional de control para prevenir excesos en los que pueda incurrir el Ejecutivo en el uso de sus facultades en estos regímenes. Al respecto, ha dicho la Corte:

[...] todo estado de excepción es un régimen de juridicidad. Precisamente por eso son objeto de una detenida regulación del constituyente y del legislador estatutario, pues de lo que se trata es de dotar al Estado de las especiales herramientas que requiere para la superación de la crisis por la que atraviesa, pero de hacerlo sin renunciar a la capacidad de articulación social y de legitimación política propia del derecho.

También ha dicho el alto tribunal constitucional, que los estados de excepción no pueden confundirse con una “ley marcial” que tiene antecedente medieval inglés y confería potestades para suspender el imperio del derecho común y sustituirlo por un derecho militar no legislado y subjetivo, cuyo límite era solo lo establecido por los *Comisarii*. Es decir, los estados de excepción no son una situación de hecho, ya que estos actúan dentro de un ordenamiento jurídico fijado previamente (Corte Constitucional colombiana, C-1024, 2002), a diferencia de lo definido por Agamben (2007), quien enmarca el estado de excepción como expresión de la necesidad y es esta su fuente, la cual no tiene ley, no reconoce ley alguna y crea su propia ley. Para la Corte Constitucional, dicha necesidad no puede convertirse en fuente de derecho. Los estados de excepción deben ser las respuestas jurídicas para dichas situaciones de necesidad, están regulados constitucionalmente y garantizan la vigencia y eficacia de la norma superior aún en situaciones de anormalidad (C-004, 1992).

## Excepcionalidad en las zonas de concentración para las Farc-EP

A pesar de lo que en derecho se considera sobre los estados excepción y su debido funcionamiento en situaciones de urgencia manifiesta, en el contexto del diálogo de paz con la guerrilla Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército del Pueblo o Farc-EP, se estimó que en aras de facilitar y asegurar la implementación del acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de la paz estable, la tramitación de instrumentos jurídicos que pese a que no constituyeron formalmente un estado de excepción, sí le entregaron facultades excepcionales al Ejecutivo, los cuales debían ajustarse a las limitaciones que constitucionalmente se

han regulado para esta clase de regímenes, lo que pudo desembocar en un estado de excepción en los términos que conceptualmente analiza Agamben, es decir, que correspondería a una situación que resulta de la suspensión del orden, generando con ello un umbral de indiferencia entre hecho y derecho y la excepción sería una expresión de la necesidad, la cual no tiene ley, no reconoce ley alguna y crea su propia ley. Así, el Ejecutivo tiene el poder de decidir el momento cuando la vida deja de ser políticamente relevante, con la amenaza de que dicho estado de excepción se vuelva permanente en cierto campo. Uno de estos instrumentos es la Ley 1779 de 2016, que modifica el artículo octavo de la Ley 418 de 1997.

La Ley 418 es reconocida como Ley de Orden Público y en ella se consagran “unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones”. Su artículo octavo ha sido modificado también por el artículo tercero de la Ley 1421 de 2010, a su vez prorrogado por el artículo primero de la Ley 1738 de 2014. En lo que respecta con las zonas de despeje o zonas de concentración, esta disposición ha tenido la siguiente evolución sustancial. La Ley 418 fue expedida en el año de 1997 bajo el gobierno del presidente Ernesto Samper Pizano. En su texto original, en el párrafo primero del artículo octavo, se facultaba al Gobierno Nacional acordar “con los voceros o miembros de las organizaciones armadas al margen de la ley, a quienes se les reconozca carácter político en proceso de paz, su ubicación temporal o la de sus miembros en determinadas zonas del territorio nacional”, en las que quedaban suspendidas las órdenes de captura en contra de estos. Gracias a esta norma, el presidente Andrés Pastrana Arango, en un proceso de paz fallido también adelantado con las Farc-EP, encuentra soporte jurídico para formalizar la zona de despeje militar en San Vicente del Caguán, establecida entre los años 1999 y 2002. El referenciado artículo octavo es radicalmente modificado por el artículo tercero de la Ley 1421 de 2010, pues este establece en el inciso segundo de su párrafo primero, que en ningún caso podrá establecerse órdenes especiales de localización a la fuerza pública, con el ánimo de crear específicas zonas de ubicación o de despeje de cualquier parte del territorio nacional, desapareciendo con este mandato las zonas de despejes para futuros procesos de paz. La vigencia de la disposición anterior fue prorrogada por el término de cuatro años por el artículo primero de la Ley 1738 de 2014.

De acuerdo con la exposición de motivos del proyecto de ley 146 de 2016 Senado, 198 de 2016 Cámara, presentada al Congreso de la República por el Ministro del Interior Juan Fernando Cristo Bustos, la modificación hecha por la Ley 1421 de 2010, prorrogada por cuatro años más, desapareció unos aspectos importantes dentro de la coyuntura del proceso de paz reciente, para alcanzar el total cumplimiento de las partes del punto tercero del acuerdo general para la terminación del conflicto, entre ellos la necesidad de revivir la norma original en la que se autorizaba al Gobierno nacional acordar con los voceros o miembros de las organizaciones armadas al margen de la ley, un espacio temporal en determinadas zonas del territorio nacional y suspender en estas zonas la ejecución de las

órdenes de captura contra los miembros de la organización, hasta que el Gobierno lo determine o declare que ha terminado el proceso de paz (Proyecto de Ley 146 de 2016 Senado, 198 de 2016 Cámara).

El aparte anterior actualmente ha quedado consagrado en la Ley 1779 de 2016, en el párrafo tercero del modificado artículo octavo aludido, del que se destacan dos puntos en los que se evidencia, la entrega en manos del Ejecutivo de facultades que formalmente y en otras condiciones le serían autorizadas por la Constitución en vigencia de unos o varios de los estados de excepción, debiendo estar sujetos a controles de tipo político, jurisdiccional y obligados a ser respetuosos de los derechos humanos y libertades. El mencionado párrafo, establece los siguientes temas objeto de análisis:

Parágrafo 3°. El Gobierno nacional o los representantes autorizados expresamente por el mismo, podrán acordar con los voceros o miembros representantes de las organizaciones armadas al margen de la ley, en un proceso de paz, y para efectos del presente artículo, su ubicación temporal o la de sus miembros en precisas y determinadas zonas del territorio nacional, de considerarse conveniente. [...]

[...] En esas zonas, que no podrán ubicarse en áreas urbanas, se deberá garantizar el normal y pleno ejercicio del Estado de derecho. El Gobierno definirá la manera como funcionarán las instituciones públicas para garantizar los derechos de la población. De conformidad con lo que acuerden las partes en el marco del proceso de paz, el Gobierno al establecer las zonas deberá: 1. Precisar la delimitación geográfica de las zonas. 2. Establecer el rol de las instancias nacionales e internacionales que participen en el proceso de dejación de armas y tránsito a la legalidad de las organizaciones armadas al margen de la ley. 3. Establecer las condiciones y compromisos de las partes para definir la temporalidad y funcionamiento de las zonas mencionadas. [...] (Ley 1779 de 2016)

De los apartes extraídos, surgió el cuestionamiento respecto a que solo sea el Gobierno nacional y los voceros o miembros de las organizaciones armadas al margen de la ley, quienes definieran la ubicación, aún de manera transitoria, de las zonas de distensión en el territorio nacional en áreas rurales. De igual forma, se cuestionó la falta de coherencia cuando se indica que en dichas zonas se deberá respetar y “garantizar el normal y pleno ejercicio del Estado de derecho, pero también que el Gobierno definirá la manera como funcionarán las instituciones públicas para garantizar los derechos de la población”. Este planteamiento dirigido a concretar la finalización del conflicto y el alcance de la paz, no mostraba con claridad el respeto por una democracia participativa de la población civil que habita los territorios seleccionados como zonas de concentración, y con ello un efectivo respeto por sus derechos humanos y libertades, pues pese a que se está garantizando el reconocimiento del Estado de derecho, no se les dio un papel protagónico respecto a la escogencia de sus territorios y las condiciones en que funcionará dichas zonas. A esto hay que agregar que si hay una afirmación de la efectividad del derecho existente en estas zonas, la manera como funcionan las instituciones públicas para

salvaguardar los derechos de la población, ya está regulada por la Constitución y las leyes, no siendo necesario que el Gobierno lo definiera, ya que podríamos estar ante una posible suspensión del Estado de Derecho en estas zonas, y conforme con el estudio de Agamben (2010b), estas serían el espacio en el que el estado de excepción encuentra su condición permanente, y al ser suspendida la ley “todo es posible”, quedando sus moradores en una zona de indistinción entre lo lícito e ilícito, despojados de cualquier condición política y reducidos a una *nuda vida*.

La justificación presentada por el Gobierno nacional de las medidas anteriores (Proyecto de Ley 146 de 2016, Senado; 198 de 2016, Cámara), está soportada en la posición de que la Carta de 1991 es una “Constitución para la paz” y la paz es una noción distinguida por el constituyente con triple carácter: como un valor de la sociedad, fin esencial del ordenamiento jurídico y principio orientador de las acciones de las autoridades. Agrega que este reconocimiento ha sido revalidado por la Corte Constitucional por medio de sus pronunciamientos jurisprudenciales, como por ejemplo, la sentencia C-370 de 2006, en la que respecto a la naturaleza de la paz señala que esta constituye

[...] (i) uno de los propósitos fundamentales del Derecho Internacional; (ii) un fin fundamental del Estado colombiano; (iii) un derecho colectivo en cabeza de la Humanidad, dentro de la tercera generación de derechos; (iv) un derecho subjetivo de cada uno de los seres humanos individualmente considerados; y (v), un deber jurídico de cada uno de los ciudadanos colombianos, a quienes les corresponde propender por su logro y mantenimiento.

En este mismo sentido, resaltan que de acuerdo con lo establecido en el numeral cuarto del artículo 189 de la Constitución, le corresponde al presidente de la República “Conservar en todo el territorio el orden público y restablecerlo donde fuere turbado” (Const., 1991), y es la rama ejecutiva la que, principalmente, debe adelantar las actuaciones necesarias para proteger la seguridad de los habitantes del territorio nacional, pues como lo ha señalado el alto tribunal constitucional en sentencia C-579 de 2013: “El principio de dignidad humana y el derecho a la paz no solo imponen el deber de prevenir la guerra, sino que, en caso de un conflicto inevitable, obligan al Estado a morigerar sus efectos” (proyecto de ley 146 de 2016 Senado; 198 de 2016, Cámara).

## Legitimación democrática como instrumento para superar la excepcionalidad

La respuesta al problema inicialmente planteado, dirigido a identificar cómo dentro de estas zonas de distensión o concentración se puede asegurar un reconocimiento del Estado social de derecho y el respeto por los derechos de la población civil que vive en dichas regiones, que serían, de esta forma, territorios de paz en los que la vida humana no se equipare al concepto de *nuda vida*, se soporta

en legitimar democráticamente las decisiones que se llegaren a adoptar respecto al funcionamiento de estas zonas por parte de la población rural que habita esas áreas del territorio nacional.

Como lo ha señalado la Corte Constitucional en sentencia T-102 de 1993, una de las múltiples formas de ejercicio del derecho a la paz es la participación y el titular de dicho derecho está facultado “para intervenir en los asuntos públicos como miembro activo de la comunidad política”. De igual forma, el derecho a la paz es “presupuesto del proceso democrático, libre y abierto, y condición necesaria para el goce efectivo de los derechos fundamentales”. En este sentido, para la ejecución del artículo octavo de la Ley 418 de 1997, en los términos planteados y modificados por la Ley 1779 de 2016, fue deber del Gobierno nacional alentar y respetar la participación de la población directamente afectada con las medidas que se llegaren a adoptar en su territorio, la cual se concreta con una democracia participativa que legitimaría dichas medidas.

Sobre la definición de democracia, Sartori (1994) explica que, literalmente, significa poder (*kratos*) del pueblo (*demos*). Sin embargo, manifiesta que con esta claridad solo se habría resuelto el problema de etimología, ya que esta definición no ayuda a entender la realidad a la que corresponde, ni cómo se construye y funciona la democracia. No obstante, afirma que si bien es cierto con el concepto “el poder es del pueblo” no se agota la noción de democracia, también lo es que con este se abre e introduce el discurso sobre esta figura y se establece una concepción sobre las fuentes y la legitimación del poder. Desde esta perspectiva, democracia quiere decir que “(...) el poder es legítimo solo cuando su investidura viene de abajo, solo si emana de la voluntad popular, lo cual significa en concreto, si es y en cuanto libremente consentido” (Sartori 1994, p. 23), y que cuando se habla de democracia, es para referirnos a una sociedad libre y abierta, sin opresión de un poder político discrecional e incontrolable, en la que la relación entre gobernantes y gobernados es comprendida como aquella en la cual el Estado está al servicio de los ciudadanos y no de manera al revés (Sartori 1994).

Sobre el concepto de democracia, Monroy Cabra (2011), destaca la definición que le da Merino Merchán y otros autores (1995), al establecerla como el “régimen político en el que el pueblo participa tanto en la organización como en el ejercicio del poder político y en el que los derechos y libertades de los ciudadanos son reconocidos y protegidos, entre otras razones, porque existe un diálogo permanente entre gobernantes y gobernados”. Resalta, igualmente, que estos autores indican como elementos esenciales de la democracia: 1. la soberanía popular; 2. la participación de manera directa o a través de la elección de representantes; 3. el consenso; 4. el pluralismo político; 5. el principio mayoritario para la toma de decisiones; 6. el respeto por las minorías; 7. el principio de reversibilidad del acto democrático; 8. la división de poderes; 9. la publicidad de sus actuaciones, y 10. la primacía del derecho.

De acuerdo con las nociones de democracia traídas a colación, con la aplicación de esta figura el poder o facultades que se establezcan en manos del Ejecutivo para la definición y funcionamiento de las zonas de distensión o concentración, se legitiman si son consentidas por los ciudadanos que habiten esas franjas del territorio nacional mediante el ejercicio de una democracia participativa, ya que a través de esta cuentan con la posibilidad de tomar parte personal y activa en las decisiones que afectarían el debido ejercicio y respeto de sus derechos humanos y libertades, puesto que de la forma como fue planteada la institución de dichas zonas no se vislumbra la injerencia de controles a las decisiones por el Gobierno nacional, ni un real respeto por el Estado de derecho. Esta garantía está consignada en la Constitución Política en el artículo tercero, el cual establece de manera exclusiva la soberanía en cabeza del pueblo del que emana el poder público, quien lo puede ejercer en forma directa o por medio de sus representantes, en los términos que la misma Carta disponga. En concordancia con el precepto anterior, está el artículo 40, que dispone que todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, mediante las siguientes actuaciones:

1. Elegir y ser elegido.
2. Tomar parte en elecciones, plebiscitos, referendos, consultas populares y otras formas de participación democrática.
3. Constituir partidos, movimientos y agrupaciones políticas sin limitación alguna; formar parte de ellos libremente y difundir sus ideas y programas.
4. Revocar el mandato de los elegidos en los casos y en la forma que establecen la Constitución y la ley.
5. Tener iniciativa en las corporaciones públicas.
6. Interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley.
7. Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, salvo los colombianos, por nacimiento o por adopción, que tengan doble nacionalidad. La ley reglamentará esta excepción y determinará los casos a los cuales ha de aplicarse. Las autoridades garantizarán la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de la Administración Pública. (Const., 1991)

Respecto al tránsito de la democracia representativa a la participativa, consagrado en la Constitución de 1991, la Corte Constitucional, en sentencia T-637 de 2001, ha expresado que se trata de un cambio trascendental del sistema político, que se evidencia de manera clara en la forma como se comprende al ciudadano como tal, pues su papel ya no está limitado a elegir a quienes consideraba tenían conocimiento y capacidades suficientes para hacerse cargo de los asuntos del Estado, conforme con lo planteado en la democracia liberal clásica, sino que en virtud de la confianza que se deposita en él, cuente con el derecho de participar y en lugar de desconfiarse del ciudadano la idea es que este goce de plena confianza al otorgarle el derecho de participar en los procesos decisorios públicos que lo afecten, pues es él quien conoce sus necesidades y prioridades en la distribución de los recursos.

Se requiere, entonces, que ante situaciones reales como la que se evidenció con la conformación y funcionamiento de las zonas de distensión o concentración, se materializara el tránsito de la democracia representativa a una participativa. Se trata de superar la concepción propia de la democracia liberal representativa,

que consideraba al pueblo incapaz de decidir sobre sus asuntos, de la forma como lo expone Montesquieu (1906), que indica que: “[el] pueblo que tiene el poder soberano debe hacer por sí mismo todo lo que pueda hacer bien: lo demás es preciso que lo haga por medio de sus ministros”, esto en consideración a que “[el] pueblo es sumamente apto para elegir las personas a quien debe confiar parte de su autoridad”, ya que:

[a]sí como la mayor parte de los ciudadanos, teniendo aptitud bastante para elegir, no la tiene para ser elegidos, de igual manera el pueblo, teniendo la capacidad necesaria para enterarse de la gestión de los demás, no la tiene para administrar por sí mismo. (pp. 22, 23)

También se trata de darles paso a concepciones que rescatan la democracia participativa. En palabras de Rousseau:

La soberanía no puede ser representada por la misma razón de ser inalienable; consiste esencialmente en la voluntad general y la voluntad no se representa: es una o es otra. Los diputados del pueblo, pues, no son ni pueden ser sus representantes, son únicamente sus comisionados y no pueden resolver nada definitivamente. Toda ley que el pueblo en persona no ratifica, es nula (1984, p. 125).

Para estas situaciones que influyen en los derechos de una colectividad, la deliberación colectiva como diría Gargarella (2015), es el procedimiento más respetuoso del principio en el que todos merecemos igual respeto y que nadie tiene la potestad de asumir el poder de adoptar decisiones sobre los demás miembros de la sociedad, además porque este conlleva ventajas que contribuyen a lograr el fin del conflicto colombiano y la conservación de la paz, comoquiera que ayudan a conocer alternativas y otros puntos de vistas antes ignorados y a corregir posturas, reduciendo de esta forma posibles riesgos que puedan presentarse en la toma de decisiones, como que la vida humana sea equiparada al concepto de *nuda vida*.

## Camino recorrido sin consenso

Según el cuarto informe *Efectos tempranos en la democracia durante el proceso de dejación de armas en Colombia, 2017. Aprendizajes desde las poblaciones sobre el desarrollo y la reconciliación*, elaborado por la Misión de Observación Electoral (MOE), el Secretariado Nacional de Pastoral Social Caritas, Colombia y la Fundación Ciudad Abierta, informe consistente con los tres anteriores, el diagnóstico de la construcción de territorio que debió formularse en las zonas veredales transitorias de normalización (ZVTN), no dio cuenta de los requisitos de un tratamiento institucional por parte del Gobierno colombiano y las comunidades excluidas fueron uno de los factores del conflicto. De nuevo, la “implementación” de las zonas o campos no consulta para el diseño institucional interno y de relación. Sobre el particular, indica el informe:

Estar presentes en la búsqueda de otro relato de vida colectiva en el país implica escuchar las voces locales que han estado silenciadas o acalladas por tanto tiempo. Hacer paz significa generar el encuentro de nueva nación desde las localidades y regiones, en diálogos entre regiones, entre pueblos y ciudades. Nunca el país fue tan grande y tan desconocido como hoy (...) (2010, p. 61).

En este sentido, se traicionan los mínimos presupuestos de una construcción institucional democrática solvente que requeriría una fórmula que resuelva la tensión entre la institucionalidad externa o macro de Colombia y las urgencias y reconocimientos internos de estas comunidades establecidas en esas zonas o campos, ofreciendo así un escenario propicio para las demandas de diálogos democráticos posacuerdo.

Para ello, contaremos con la pragmática propuesta de Pettit (1997), sobre las condiciones previas a cualquier toma de decisiones, con las cuales se asegura un mínimo de cumplimiento de las garantías procedimentales del republicanismo validado por el autor, previas las siguientes garantías deliberativas:

1. Base potencial para la disputa, no solo en la propuesta o agendamiento del objeto de la toma de decisión, sino la revisión en el discurrir de la discusión. Asegurar la apertura del debate, en especial a los contradictores dotados de argumentos sin requisitos de cualificación especial para el contradictor con el fin de promocionar la razonabilidad del debate, esto como expresión del republicanismo como no dominación, por lo que exige de la consulta de la contradicción como condición de verificación y legitimidad.
2. Escenario como canal de manifestación de los argumentos que acojan las disputas, en estrictos términos logísticos que dé amplia cabida al ciudadano promocionando el carácter de confrontación.
3. Foro adecuado y atento a establecer compromisos y asignación de funciones en ellos, con ánimo de ajustarse, así como la posibilidad de responsabilizarse ofreciendo alternativas de cumplimiento de las demandas definidas por los actores deliberantes.

Se presentan como condiciones generales claras, pero requieren disposición institucional de gran calado, de orden presupuestal y de voluntad virtuosa institucional. Se concilia estas con las prácticas. Al respecto del orden institucional colombiano, menciona María Luisa Rodríguez Peñaranda:

Si bien la democracia necesita de la deliberación para fundamentar el proceso legislativo, las actuales demandas sobre la racionalidad y proporcionalidad de las decisiones públicas, el reclamo por mayor atención a los grupos minoritarios, la obligación de consulta previa para dar paso a una futura intervención en las comunidades étnicas ya sea con un proyecto, o más aún por una proposición de ley o de reforma constitucional, el mismo derecho de petición y otros mecanismos constitucionales como la acción pública de inconstitucionalidad y las acciones populares, entre otras,

son muestras de que la deliberación entendida como la práctica de pedir y de dar razones, ha permeado múltiples instancias del Estado y ha cualificado el ejercicio de la ciudadanía (Peñaranda 2012, pp. 328-329)

Se trata, entonces, de confiar en el modelo de país al que no le son suficientes las promesas del liberalismo centralista que agota su propuesta en la incorporación al mercado del individuo, sin que por ello le sean reconocidas sus demandas de igualdad. En contraposición, el comunitarismo también se ha agotado en las respuestas de orden homogenizante, desconociendo así el pluralismo moral y cultural tan particular de los ciudadanos del hemisferio sur.

Se espera de la propuesta incluyente, como ejercicio democrático, un doble resultado conforme los procesos de deliberación en doble vía y refrendación:

1. Un efecto reparador sobre las fallas o desconocimientos en los que se incurrió en el pasado, tanto por el otro individuo como el otro institucional.
2. Un efecto diseñador sobre la arquitectura institucional y la planeación de la actividad y recursos de la cosa pública.

# Democracia, democratización y universidad

Martín Unzué

La conjunción de las ideas de democracia y universidad vista tanto en términos históricos como culturales no parece nada evidente. Es más, en la milenaria historia de una de las muy pocas instituciones de origen medieval que perduran hasta el presente, como es la universidad, la asociación de esta con el término democracia ha sido, sin dudas, excepcional. A fin de cuentas, la universidad parece ser portadora de principios más elitistas o aristocráticos que democráticos.

Será en el siglo XX en que un capítulo central de esa excepcional vinculación se escribe en la región latinoamericana, incluso cuando este último término aún no estaba lo suficientemente maduro como para devenir una invocación esperable.

Los movimientos estudiantiles de varios países, que se sintetizan en el Primer Congreso de Estudiantes Americanos realizado en Montevideo en 1908 y que luego seguirá con las reuniones en Buenos Aires en 1910 y en Lima en 1912, ya comienzan a plantear los ejes centrales de las demandas que terminarán cobrando fuerza definitiva en los sucesos conocidos como la reforma universitaria de 1918, en alusión a la revuelta que inician los estudiantes de la Universidad de Córdoba en Argentina.

Ese movimiento universitario de 1918, fundamentalmente estudiantil, demandará abiertamente la democratización de la universidad sobre la base del cogobierno por parte de los claustros universitarios, incluidos los propios estudiantes, así como con pedidos de renovación de los mecanismos de acceso a los cargos de profesores, la libre asistencia a clases, libre docencia, extensión universitaria, entre otros.

A un siglo de esos eventos, las referencias a la democracia y a la democratización parecen hoy reactualizadas en la literatura sobre temas universitarios como constatamos en la reciente declaración final de la Conferencia Regional sobre Educación

Superior (CRES) que tuvo lugar, conmemorando el centenario de la reforma, en la misma Universidad de Córdoba a mediados de 2018 (CRES, 2018), y que retoma múltiples veces la idea de la democratización en sus diversos sentidos, como una referencia que parece ineludible.

Es nuestro objetivo en este artículo complejizar esa referencia a los sentidos de las ideas de democracia y democratización, señalando la convivencia de diversas voces en esas invocaciones del legado reformista.

De este modo, en este trabajo nos centraremos en un análisis del origen de los tres principales núcleos de sentidos de la “democratización universitaria” que operan reactualizados en buena parte de Latinoamérica cuando las demandas de apertura de la universidad se expresan en las calles, como ha sucedido con los movimientos estudiantiles en Chile, fuertemente cuestionadores de los aranceles universitarios, o en las valoradas acciones de ampliación del acceso a la universidad que se han dado en varios países y particularmente en Brasil y Argentina en los comienzos del presente siglo, o las políticas de expansión del sistema universitario que ya ha anunciado el futuro Gobierno de México surgido de las elecciones de 2018, ejemplos de la vitalidad del vínculo universidad-democracia-democratización en la región.

## La democracia como ampliación del gobierno universitario

Como anticipamos, hay una tradición de la universidad americana,<sup>38</sup> entendiéndola por esto latinoamericana, que alimenta su singularidad, la proyecta en el contexto regional, y que es tributaria de la reforma cordobesa de 1918, incluso reconociendo algunos antecedentes. Ella asocia las ideas de democracia y universidad, constituyendo así una conjunción que, sin estar exenta de tensiones, abre un nuevo escenario en los inicios del siglo XX.

La larga historia de la universidad en Occidente había transitado, desde sus orígenes, por lugares muy alejados de la idea de democracia y la realidad de la universidad de Córdoba a comienzos del siglo pasado seguía siendo la de una institución donde los principios clericales, escolásticos, ataviados de tradición cuasi colonial, resultaban rectores.

Si bien podemos encontrar casos decimonónicos en los que ciertos estudiantes desafiaron aisladamente a las rígidas normas que imperaban en las universidades de esta parte del mundo, recién con los procesos de organización de los movimientos

---

38. La referencia a América en este punto es tributaria del legado de los movimientos estudiantiles “americanos” que anteceden a la reforma, pero también del propio discurso reformista, que no duda en referirse al continente entero, no cediendo el uso del gentilicio a los estadounidenses norteamericanos.

estudiantiles que comienzan a darse a nivel continental (latinoamericano) desde inicios del siglo, es que afloran y se organizan los cuestionamientos a las prácticas universitarias signadas por el papel de las academias vitalicias.

Ello es consecuencia del importante grado de desarrollo político de esos movimientos, que establecen sus primeros “centros de estudiantes”<sup>39</sup> (Agulla, 1995; Halperín Donghui, 2002), en torno al año 1900, para plantear las demandas “gremiales” de los jóvenes estudiantes (Biagini, 2002).

Esos centros impulsarán importantes “huelgas de estudiantes” que serán determinantes para avanzar en cierta modernización de algunas universidades logrando con ello el reemplazo de las estructuras de gobierno vitalicias por los consejos directivos electos en un principio por los profesores.

La fuerza de los estudiantes y su capacidad de bloquear el funcionamiento de la universidad ya eran evidentes, pero, además, el espíritu rebelde de los movimientos estudiantiles será un aporte fundamental en el camino de la democratización de las casas de altos estudios de buena parte de la región desde la segunda década del siglo XX, como lo volverán a ser medio siglo después, ya en los años sesenta.<sup>40</sup>

El carácter disruptivo (reformista para unos, revolucionario para otros) de los sucesos cordobeses de 1918, claramente expresados en el *Manifiesto liminar* cuando la Federación Universitaria de Córdoba exige “un gobierno democrático” para superar a ese régimen “anacrónico” basado en lo que denunciaban como una suerte de “derecho divino del profesorado universitario”, se centra en una demanda: “el derecho a darse un gobierno propio” que radicaba “en los estudiantes”, desafiando así el modo de gobierno al que no dudan en descalificar como “una antigua dominación monárquica y monástica”.

Desde ese antecedente que tanto ha gravitado en la construcción de sentido de la universidad latinoamericana, pues en la región la recepción de la reforma cordobesa tuvo una notable influencia, desde Perú a México, pasando por Argen-

39. Notemos que las fechas de fundación de los centros de estudiantes pueden no ser precisas. A modo de ejemplo, mientras Agulla (1995) sostiene que el centro de estudiantes de Medicina en la Universidad de Buenos Aires se crea en 1890, Halperín Donghi (2002) ubica ese origen en 1900. Algo similar sucede con el centro de estudiantes de Ingeniería que para Halperín Donghi se crea en 1903, mientras que el propio centro de estudiantes sostiene, aún hoy, que se crea en 1894 lo que les permite argumentar que fueron el primer centro de estudiantes de América Latina. Sin dudas, la informalidad de la organización estudiantil universitaria en sus comienzos es la principal explicación de estas discrepancias.

40. La experiencia mexicana de un movimiento estudiantil que demanda democratización desemboca en la conocida masacre de Tlatelolco de 1968, aunque encontramos otros episodios similares de movilización política de sectores estudiantiles universitarios en varios países de la región.

tina, Brasil, Chile y Cuba, la asociación de las ideas de democracia y universidad ha permanecido latente.

Es en el propio derrotero de la reforma del 18 donde ya se perciben dos de los sentidos fundamentales que ha tomado la idea de la democratización de la universidad, y que, con distintos resultados, expresaron las tensiones propias de ese complejo proceso.

Podemos ver cómo los diversos protagonistas del movimiento reformista se volcaron a favor de uno u otro de esos sentidos, o cómo a lo largo de sus vidas, en las que muchos de ellos fueron mutando sus posiciones políticas (Deodoro Roca o José Ingenieros, entre otros, resultan buenos ejemplos), el acento sobre el sentido de las apelaciones a la democracia o a la democratización de la universidad que fueron sosteniendo también se radicalizaron.

Sí resulta claro que una forma de la apelación a la democracia está asociada a la idea del *demo universitario*, y en consecuencia, a la del gobierno de la universidad.

Este sentido, inscribe al movimiento cordobés en la familia de los cambios democratizadores que se comienzan a dar en las sociedades latinoamericanas, en medio del proceso de desarrollo de comienzos del siglo XX, que incluye la formación de las sociedades de masas y la irrupción de las clases trabajadoras con sus incipientes formas de organización, que reclamarán, más temprano en algunos lugares que en otros y de modos más o menos radicales, la emergencia de los primeros derechos políticos y laborales.

En Argentina, la sanción de una nueva legislación electoral en 1912 (conocida como ley Sáenz Peña) que introduce modificaciones relevantes al derecho al sufragio, será la principal explicación del cambio de sentido político que implica la llegada a la presidencia, en 1916, del partido radical con Hipólito Yrigoyen, sin el cual resulta difícil explicar la reforma universitaria acontecida un par de años después.

No en vano, va a ser ese apoyo del gobierno federal materializado en la intervención directa en el conflicto universitario, el que volcará de modo determinante el rumbo de la revuelta del 18 a favor de las demandas estudiantiles, tal como sucedería luego en Lima con los estudiantes peruanos.

En esta lectura, la democratización de la universidad vendría a poner al día, a actualizar, ese enclave conservador que era la universidad de Córdoba (y en menor medida las otras universidades existentes), donde aún subsistían poderes a los que el reformismo denunciaba y enfrentaba como rémoras de un pasado conservador y oligárquico. En este primer sentido, la democratización de la universidad es la de su gobierno, la ampliación de aquellos que pueden participar y ser representados en él.

El ideal del cogobierno tripartito, (profesores, graduados y estudiantes), que luego conocerá otras formas de expansión para incluir a todos los participantes de la comunidad universitaria, será la expresión de esa democratización.

Este es el enfoque que privilegia Alejandro Korn en su escrito *Reforma universitaria*, de 1919.

Korn, que fue parte de los profesores que acompañaron al estudiantado reformista,<sup>41</sup> produce ese texto en su condición de decano. Allí afirmaba:

La reforma es un proceso dinámico, su propósito es crear un nuevo espíritu universitario, devolver a la universidad consciente de su misión y de su dignidad, el prestigio perdido. Al efecto es imprescindible la intervención de los estudiantes en el gobierno de la universidad. Ellos y solamente ellos representan el ímpetu propulsor, la acción eficiente capaz de conmover la inercia y de evitar el estancamiento. Sin ellos nada se ha hecho y nada se habría hecho. (Ciria y Sanguinetti, 1987, pp. 65-66)

Se pone así en el centro de la reforma la participación de los estudiantes en el gobierno de las universidades, a la que señala como “el ímpetu propulsor” necesario para recuperar un esplendor y un prestigio que ve perdido.

Una línea similar encontramos en algunos trabajos tardíos de otro de los líderes del movimiento estudiantil del 18 como Gabriel del Mazo, que dedica un libro al desarrollo de este aspecto de la democratización como gobierno, sin dudar al sostener que una universidad es una “república de estudiantes”, donde los maestros también son estudiantes, ya que todos en cierta medida son “alumno y maestro”.

Por eso el gobierno de la universidad debe estar en manos de esos maestros, alumnos y graduados (estos presentados como los “hijos graduados de la universidad” en contraposición con la idea que considera expulsiva del “egresado”) porque “una universidad basada en una minoría no es una universidad” (Del Mazo, 1946, p. 11).

Del Mazo analiza los antecedentes del 18 y concluye que la forma de superar el círculo oligárquico fue propiciar la injerencia estudiantil, algo que ya ve en germen en las huelgas de estudiantes de 1906, y sus ecos en la asamblea universitaria de La Plata de marzo de 1908, donde se recomienda la participación estudiantil en los consejos universitarios con voz, pero sin voto.<sup>42</sup> Lo mismo pasa en ese entonces en la Universidad de La República en Uruguay (Markarian *et al.*, 2008).

Con esos antecedentes, Del Mazo (1946) sostiene la idea de la “república universitaria” dentro de “la república mayor”, lo que requiere la formación de una ciudadanía universitaria.

41. Para el año 1918, Korn ya era un profesor con larga trayectoria, que había ocupado numerosos cargos políticos dentro y fuera de la universidad. Será elegido decano de la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Buenos Aires (UBA) con el voto de los estudiantes en ese año.

42. La Facultad de Ciencias Físicas y Matemáticas de la Universidad de La Plata ya reconoce, en 1912, al centro de estudiantes como representante de los estudiantes y en 1913 establece la posibilidad de que los estudiantes nombren, con autorización del decano, un representante para actuar cuando se traten “asuntos de interés general” para ellos.

Lo que está planteando es que la universidad es “un asunto de todos”, pero ese *todos* son los propios universitarios y la república universitaria es el establecimiento de la representación de los maestros, los alumnos y los hijos graduados.

## La democratización de la universidad como apertura

Hay una segunda idea de democratización que ya se encuentra presente en los discursos de ciertos reformistas; que habita las mentes más inquietas de algunos de ellos, emergiendo esporádicamente y llevando las intenciones transformadoras más allá de lo que parecía aceptable para algunos de los que apoyaban tímidamente los primeros pasos de la revuelta.

Esta segunda idea de democratización está asociada a la apertura de la universidad, a su aproximación con la sociedad, y en particular con los trabajadores, que se expresan en las derivas socialistas del pensamiento de cierta minoría de los líderes del reformismo.

Esa idea de democratización que reinscribe a la universidad en otro contexto de época, el que trazan las luchas obreras de comienzos de siglo, pero también los ecos distantes del derrumbe de la Europa de la Primera Guerra Mundial y de revoluciones como la de octubre de 1917, que resuenan en este continente con una mezcla de lejanía, pero también de asombro, temor o repulsión como queda claro en la apelación americanista de los estudiantes<sup>43</sup> y la denuncia a esos *soviets* de la Patagonia que se reprimen ferozmente.

En este sentido, la reforma cordobesa también alberga una demanda democratizadora, un cuestionamiento más severo al elitismo de la universidad.

No se reduce a un pedido de cambio de la forma del gobierno ni a darles a los estudiantes una voz que no habían tenido en las conducciones de las casas de estudio, sino a abrir la universidad a la sociedad. Es este legado el que se expresará en la reformulación inicial de la idea de la extensión universitaria, pero también el que tendrá mayor impacto más allá de las fronteras, recuperado por diversos movimientos reformistas en otras universidades latinoamericanas (la idea de las “universidades populares” en Perú resultan un claro ejemplo).

---

43. Presente en la mayor parte de los pensadores de la reforma, que reivindican la innovación americana frente a la decadencia de la Europa de la guerra, y que también se expresa en el enfrentamiento con la Corda Frates, esa suerte de club, de ámbito de reunión de elites acomodadas y hedonistas que en Córdoba enfrentan a los reformistas. Recordemos que la Corda Frates o Fratres era un movimiento internacional de estudiantes que se funda en Turín, a fines de 1898, y del que participan jóvenes de diversos lugares, también algunos argentinos y uruguayos que lo replicarán en esta parte del continente.

Este segundo sentido de la democratización de la universidad, que supone abrir la universidad, permitir que la universidad se integre a la sociedad, deviene una de las principales preocupaciones de la universidad reformista, y por ello, de la universidad Latinoamericana que asume como propio ese legado.

Sin embargo, hay una serie de tensiones por considerar en este punto. La primera de ellas, y más evidente, es con la tradición de la autonomía, que también es constitutiva de la idea de universidad casi desde sus inicios.

La universidad concebida como “abierta e integrada a la sociedad”, no necesariamente es una universidad que resigna su autonomía, sino que la redefine. La autonomía para el legado reformista no es desentenderse de la sociedad y sus problemas, sino definir de un modo autónomo los modos como esa interacción se debe producir.

La universidad latinoamericana muestra un compromiso con una sociedad con enormes demandas, pero ese compromiso no es parte de una imposición externa. La autonomía así se entiende como opuesta a la heteronomía, a la subordinación de la universidad a los poderes externos, sea el gobierno o el mercado, pero no como el amurallamiento desinteresado, el recorte por fuera de la sociedad. La autonomía reformista no es el abandono del papel de la universidad en la producción y difusión de conocimientos para la sociedad, sino todo lo contrario: la autoimposición del compromiso social como deber ético y misión social insoslayable.

En este punto, la extensión universitaria es la forma inicial de llevar a la universidad a la sociedad, que se ha redimensionado en los años recientes, con la apertura de las aulas de la universidad a nuevos sectores sociales y particularmente a los menos favorecidos. Por eso, la democratización de la universidad también significa que ella resulte accesible a esas primeras generaciones de universitarios, en un proceso de masificación que debe avanzar hacia el pleno desarrollo del derecho a la educación superior para todos los ciudadanos como aporte fundamental a la constitución de una sociedad democrática.

Esto quiere decir una universidad próxima, accesible, abierta, que se esfuerza por facilitar el tránsito de la educación media a la superior, que permite, por diversos mecanismos integradores, que en sus aulas convivan sectores sociales disímiles, ubicándose así en las antípodas de las universidades elitistas de los países centrales que se fundan sobre formas de discriminación de sus ingresantes y graduados, muchas veces reproductoras de criterios recortados sobre las capacidades económicas propias o familiares y por ello, jugando un papel central en la estabilización de las desigualdades sociales, lo que permite la producción y reproducción concentrada de las diversas formas de capital social que describe Pierre Bourdieu, como el capital cultural, económico, o simbólico (Bourdieu, 1989).

## La democratización como idea en los documentos reformistas

Más allá de la lectura del *Manifiesto liminar*, un recorrido por otros documentos producidos por la Federación Universitaria de Córdoba en 1918, así como por los estudiantes solidarios con el movimiento en otras ciudades, permiten analizar lo que no dudan en llamar “el nuevo ciclo de civilización que se inicia”.

Los reformistas apelan a una democratización “sin dogmas”, de carácter americano e impulsada generacionalmente, como expresión de “grandes aspiraciones colectivas”.

Como bien se plantea en el mitin de *Los hombres libres y las generaciones estudiantiles de la capital de la república* reunidos en apoyo de los reformistas cordobeses (Portantiero, 1978, p. 137; Cuneo, s.f., p. 10), la realización de una democracia sin dogmas es un alto fin que requiere “levantar el nivel de la cultura pública renovando radicalmente el sistema de los métodos de enseñanza implantados en el país”, para proponer “propiciar la educación popular como el medio más eficaz para la elevación moral del pueblo y la consecución de la reforma integral” (Portantiero, 1978, p. 137; Cuneo, s.f., p. 20).

Por ello, el objetivo de renovar los establecimientos educativos del país, tanto las escuelas como las universidades, se presenta subordinado a un fin más trascendente: promover un cambio cultural que permita la democratización de la sociedad.

En la serie de convenios con los que el reformismo consolida sus lazos regionales, el vestigio de este sentido mayor de la democratización también resulta evidente.

Cuando Víctor Raúl Haya de la Torre y Gabriel del Mazo, ambos en su calidad de Presidentes de las federaciones de estudiantes de sus respectivos países,<sup>44</sup> en 1920 acuerdan la promoción de “la cultura intensiva, para el pueblo”, ya está desplegándose esta idea.

En el convenio argentino-chileno, también firmado en el mismo año por Del Mazo y Alfredo Demaría en representación de la federación de estudiantes de Chile, se define como objetivo fundamental “la realización de la cultura intensiva del pueblo por la extensión universitaria” (Cuneo, s.f., p. 20).

Es claro que el sentido de la democratización desborda la cuestión del gobierno de los “virreinos del espíritu”, retomando la justa expresión de Haya de la Torre.

---

44. Perú y Argentina.

Pero también que va más allá de la universidad, pues se concreta en los vínculos entre la universidad y la sociedad y para democratizar la segunda.

Como expresa la Federación Universitaria de La Plata en su revista *Renovación*, al aprobarse el estatuto propuesto por el movimiento estudiantil:

(...) decretos, reglamentos, participación en el gobierno, muy bien, pero ¿basta esto? (...) ¡No! (...) decretos, reglamentos, muy bien sí, como un paso hacia adelante, pero nada más. (...) Hay que hacer de nuevo las universidades, nuevos planes, nuevas orientaciones; no basta modificar un estatuto, no es suficiente hacerlo más amplio; hay que modificar fundamentalmente todo el sistema; el tipo de sociedad que está naciendo exige cosas que antes eran inconcebibles, y la universidad, si quiere dejar de ser un parásito y una execrable escuela de castas debe abrirse como una flor a todos los vientos, debe enviar su perfume a todas partes (...) basta de pseudoaristócratas del pensamiento, basta de mercaderes diplomados, la ciencia para todos, la belleza para todos, la universidad del mañana será sin puertas ni paredes, abierta como el espacio; grande” (Cuneo, s.f., pp. 21-22).

Aquí queda claro que el reclamo democratizador no se limita a una cuestión interna ni a un asunto de gobierno institucional, que la universidad debe transformarse y abrirse para cumplir con un destino superior como el de la democratización de la sociedad.

Nuevamente, vale destacar que esta es una cuestión que conmueve a la universidad regional. El propio Del Mazo afirmaba:

Aparte las funciones propias de todas las universidades completas del mundo, la universidad latinoamericana, allí donde ha sido influida por el movimiento nacido en 1918, pretende fundamentalmente servir al pueblo y al Estado. Es decir, aparece en ella, con más nitidez que en Europa y los Estados Unidos, otra función anexa a la cultural, a la científica, y a la profesional: la social, la de poner el saber al servicio de la colectividad” (Del Mazo, 1957, p. 40).

## Los sentidos democratizadores de la apertura de la universidad

La apertura de la universidad a la sociedad, como parte de la democratización, ha sido concebida de diversos modos. Desde ya, la extensión ocupa aquí un lugar importante, pero sin dudas, como paso inicial de una reforma más profunda.

En el manifiesto que produce el Centro de Estudiantes de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, al inaugurar la extensión universitaria, esto queda plasmado en los siguientes términos:

Hasta ahora, la universidad, institución del Estado, costeadada por el pueblo, no ha tenido con éste otro contacto fuera del momento en que paga su impuesto, para

sostener una enseñanza hermética y excluyente, que no reintegra en bienes colectivos cuantos sacrificios demanda. (Cuneo, s.f., p. 23)

Es interesante ver cómo se sostiene el desarrollo de la idea: la extensión se presenta como un paliativo inicial, una forma de devolverle a la comunidad al menos una parte de lo que ella brinda, pero con el fin posterior de propiciar la igualdad de oportunidades y derechos. Mientras tanto, si el pueblo no va a la universidad ésta debe ir al pueblo.

En el caso específico de los estudiantes de derecho, irán a ejercer una docencia social, a “fortalecer la conciencia jurídica de los ciudadanos”, partiendo de que “la ley es todavía (...) la expresión política de normas jurídicas impuestas por las clases dominadoras, para conservar un estado económico que las favorece” (Cuneo, s.f., p. 23).

La Federación Universitaria de Córdoba, al celebrar el segundo aniversario del 18, señala que la enseñanza sigue siendo enteramente exclusivista y que “(...) supeditar la cultura a una razón de comodidad y no de aptitud, es prostituirla. Creemos que la gratuidad absoluta de la enseñanza, en todas sus formas, es una justa posición de lucha”.<sup>45</sup>

Por ello, el reformismo apuesta a la apertura de la universidad a los sectores populares, a los excluidos, poniendo como única condición el interés y la capacidad, aunque sin llegar en algunos países como Argentina a la constitución de las universidades populares como sucederá en Perú.

Es fácil encontrar la adhesión de una parte importante de los reformistas a la asociación entre democratización y apertura de la universidad, aunque no todos comprendan lo mismo por esa idea de “abrir los claustros”.

Deodoro Roca (1918), en el discurso de cierre del Primer Congreso de Estudiantes Universitarios de 1918, expresa su definición de democracia aclarando que no se trata de darle poder a la plebe o a una masa amorfa de ciudadanos. Para la principal voz de la reforma, ello no es democracia. La democracia es crear hombres, “(...) ponerse en contacto con el dolor y la ignorancia del pueblo, ya sea abriéndole las puertas de la universidad o desbordándola sobre él” (Portantiero, 1978, p. 307).

Aquí ya encontramos la expresión temprana de esa doble idea de la apertura de la universidad: la universidad que va al pueblo, por ejemplo vía la extensión, pero también la que se abre al pueblo, para recibirlo en sus aulas, en sus bibliotecas, sus laboratorios, una idea sin dudas más comprometida y comprometedora para la estructura de las universidades y donde se expresó, en su dimensión histórica,

---

45. Recordemos que la reivindicación de la gratuidad de los estudios universitarios, ya presente en algunos de los escritos reformistas como en esta demanda estudiantil de 1920, no tendrá eco en las autoridades ni universitarias ni nacionales al menos hasta finales de la década de 1940 en Argentina.

buena parte de las tensiones internas del movimiento estudiantil, pero también entre los estudiantes, los profesores, las autoridades universitarias y las nacionales.

Otro ejemplo de esta dualidad lo encontramos en algunos escritos de José Ingenieros, quien afirma que las universidades “son inactuales por su espíritu y exóticas por su organización”, lo que lo lleva a sostener que es necesaria la creación de una nueva universidad, que más que formar especialistas, tarea que les atribuye a las facultades, debe “formar hombres”, siendo esa la razón que justifica la existencia de la universidad.

A partir de allí sostiene que existe un nuevo ideal que se manifiesta en una tendencia a aumentar

(...) la función social de la cultura, que no debe considerarse un lujo para entretener ociosos, sino como un instrumento capaz de aumentar el bienestar de los hombres (...) mientras la enseñanza superior fue un monopolio reservado a las clases privilegiadas, se explicaba que las universidades viviesen enclaustradas y ajenas al ritmo de los problemas vitales que mantenían en perpetua inquietud a la sociedad; las ciencias estaban reservadas a pocos especialistas. La cuestión en nuestros días, tiende a cambiar sustancialmente; las universidades comienzan a preocuparse de los asuntos de más trascendencia social y las ciencias se conciben como instrumentos aplicables al perfeccionamiento de las diversas técnicas necesarias a la vida de los pueblos. (Ingenieros, 1956, pp. 14-15)

Por ello, Ingenieros, aún inserto en el clima positivista de comienzos del siglo XX, entiende que hay un nuevo espíritu, una “palingenesia ideológica” en la sociedad, que abrió nuevas posibilidades educativas. En esa línea ubica a la extensión universitaria, pero, sostiene “(...) poco a poco se ha comprendido que el ideal consiste en utilizar todos los institutos de cultura superior para la elevación intelectual y técnica de todo el pueblo” (Ingenieros, 1956, pp. 14-15).

De ahí que afirme que todo instituto habilitado para enseñar debe ser accesible a todos los ciudadanos en condiciones de aprender y que ello lleva a su propuesta de exclaustración de la cultura universitaria.

En este sentido, Ingenieros se encuentra en 1920 en una posición aún intermedia, entre la universidad que sale al pueblo vía la extensión y la universidad abierta a que el pueblo ingrese en ella.

No le falta reconocer que el desafío es grande, así como las resistencias esperables, pero afirma que debe surgir una nueva dirección ideológica de la universidad para acompañar ese proceso de exclaustración de los estudios universitarios para que tomen “contacto con el pueblo, sirviendo sus intereses, reflejando sus aspiraciones, comprendiendo sus problemas vitales”.

Nuevamente Del Mazo, con la distancia temporal de su texto de 1946, señala el relativo fracaso de esa apertura al afirmar que la extensión universitaria fue

uno de los grandes temas de las discusiones estudiantiles del 18, que logró generar “departamentos de extensión” en todas las universidades argentinas, pero:

(...) a pesar de las realizaciones, desde un punto de vista crítico esencial, los esfuerzos de las universidades o de los estudiantes han sido en general esporádicos y en definitiva muy insuficientes con relación a los enunciados; en parte por no haberse creado los órganos permanentes adecuados, pero en gran parte por el retraimiento de la universidad (...) después de treinta años, la universidad no tiene de una manera viva preocupaciones que sean al mismo tiempo preocupaciones populares. (Del Mazo, 1946, pp. 69-70)

La crítica de Del Mazo a la extensión resulta breve, pero muy significativa, señalando el límite, la tensión entre el sentido de la democratización de la universidad como apertura al pueblo, o, la salida al pueblo. La extensión, en esto retoma parte de la ya clásica posición de Saúl Taborda, adolecería de una deficiencia de base por tender a ser una “precaria concesión desde arriba”. De allí que deja en claro que la extensión “como educación primaria o complementaria de los obreros” solo puede ser una función provisoria de la universidad para su organización democrática. “La extensión universitaria es anómala si sus sostenedores no propugnan al mismo tiempo la educación pública, universal y completa, denunciando la injusticia en que tal extensión se asienta” (Del mazo, 1946, p. 71).

Esta posición se profundiza en la visión de Taborda que sostiene que “la extensión universitaria (...) no es, en el fondo (y en el mejor de los casos) otra cosa que esa irradiación de la elite sobre las multitudes” (Taborda, 2011, p. 500) por lo que deviene una demanda no democrática.

Su análisis de la extensión como una práctica que se fue desarrollando casi en los márgenes de la universidad, como una iniciativa desperdigada, “acoplada de modo postizo”, lo lleva a considerarla una etapa superada, que debe dar lugar a la nueva docencia: “Se comprende bien que para el supremo designio de la nueva docencia que ya se anuncia, revista escasa importancia el mero prurito de reformas y remiendos a los planes educativos. Detenerse a considerar tan sólo la participación de los estudiantes en el mecanismo docente, el electoralismo del aula que adiestra por anticipado para la feria del comité, y la *capitis diminutio* del absolutismo jerárquico, es ciertamente rebajar los términos del problema (...) todo obedece al propósito de la vida de redimir de la servidumbre a la inteligencia” (Taborda, citado en Portantiero, 1978, p. 325).

Otro de los maestros de los reformistas, Palacios (1928), también expresa su posición sobre la democratización universitaria y sus sentidos. En su condición de consejero superior de la Universidad de Buenos Aires, y a raíz de la decisión de limitar el número de estudiantes tomada por el consejo directivo de la facultad de medicina en 1926, Palacios produce una serie de intervenciones en las que expresa su sentido de la idea de la democratización. Ese material fue reunido en 1928 en un libro muy sugerente bajo el título *Democracia y universidad*, en el que busca refutar

los argumentos referidos a la limitación numérica sostenidos por las autoridades de la facultad de medicina, y entre ellas por Bernardo Houssay<sup>46</sup> a quien señala reiteradamente como uno de los blancos de su crítica.

Si la facultad plantea que la restricción del número de ingresantes es “una necesidad de la enseñanza moderna”, Palacios no duda en calificar esa iniciativa como “contraria al espíritu democrático” (Palacios, 1928, p. 7).

El intento por limitar el número de ingresantes para mejorar la enseñanza, argumentando que ello es lo que sucede en las grandes universidades extranjeras, es refutado por Palacios apelando al ejemplo de las universidades alemanas que, sin limitar el ingreso como las norteamericanas, alcanzan un nivel a su juicio muy superior.

De este modo, intenta rebatir la idea de una relación entre el número y la calidad (asunto muy presente en la tradición universitaria argentina hasta el presente), pero, además, plantear que esa restricción es antidemocrática porque “el acceso de los hijos de los obreros a la universidad” es el único medio de democratizarla, algo muy alejado a lo que él ve como el modelo de la universidad plutocrática norteamericana (Palacios, 1928, p. 18).

En este caso, el planteo de Palacios deja en claro que la universidad debe abrirse a los obreros, aunque es menos seguro que esté sosteniendo que deben integrarse a sus cursos regulares, una idea aún con pocas posibilidades de expresarse en los años veinte.

No obstante, Palacios produce y avala esa asociación entre la democratización de la universidad, su apertura y el ingreso de los trabajadores.

## Los sentidos actuales de la democratización

Es cierto que el cogobierno tendrá sus enemigos y que la discusión sobre el sentido de la autoridad en la universidad será ardua, pero esta es una hipótesis que quiero sostener. El mayor conflicto con el cogobierno será el peligro de que esa participación estudiantil sea tan disruptiva como para avanzar hacia una democratización de la universidad en el sentido de su total apertura.

En el caso de la Universidad de Buenos Aires, esto se expresa muy rápidamente cuando el estatuto reformista de 1918 origina, ya en 1923, un intenso conflicto en las facultades de medicina y derecho.

---

46. Sin dudas una de las principales figuras del campo científico argentino, que alcanzará el Premio Nobel de Medicina en 1947.

El golpe de Estado de 1930, que para Del Mazo será la segunda contrarreforma, no hará más que avanzar en esa dirección, con el paradójico resultado de fortalecer las lecturas de la reforma centradas en su reducción a una cuestión del Gobierno.

Ante esta presentación de la reforma como una simple disputa por las composiciones de los consejos universitarios responde Deodoro Roca cuando, ya en 1936, expresaba que “el puro universitario es una cosa monstruosa” (Portantiero, 1978, p. 76).

Muchos años después, Juan Carlos Portantiero se detendrá en el análisis de esa sentencia en su ya clásico libro *Estudiantes y política en América Latina*. Allí nos dirá que el rescate de esa expresión de Roca, a la que interpreta como un intento por hacer un balance provisorio de los sucesos casi dos décadas después, expresa la relevancia de la relación entre el reformismo y las luchas populares, advirtiendo que “nunca desaparecieron del todo las voces y las consignas que buscaban reducir su combate a la modificación de algunos estatutos, a la corrección de vicios pedagógicos” (Portantiero, 1978, p. 76).

A esto se le puede sumar de modo más reciente, otro conjunto de propuestas de origen neoliberal que siguen partiendo de la asociación de la democratización universitaria con la ampliación de la participación en el gobierno, pero en un sentido diferente, propiciando la incorporación de actores no universitarios en la dirección de las universidades, recomendaciones en las que han tenido gran ascendencia algunos organismos internacionales como el Banco Mundial (Kahn, 2011).

Para estas interpretaciones la democratización estaba asociada a la apertura del gobierno a la acción de sectores sociales, por ejemplo, los productivos.

El Banco Mundial entiende en esta clave, que la democratización de la universidad pasa por incorporar a la dirección de estas, a sectores empresariales, para que participen en la definición de los planes de estudio, los temas de investigación, u otras decisiones que se engloban en el concepto de “pertinencia” (Thorn y Soo, 2006; Unzué, 2014).

Debemos ver que en este caso, democratización y autonomía parecen entrar más claramente en conflicto, introduciendo lógicas extrauniversitarias en la toma de decisiones de las universidades aunque de un modo sofisticado, como es la incorporación de actores externos en los gobiernos de las casas de estudio (o “al gerenciamiento” para retomar una fórmula que se abre espacio).

Lo que se produce de este modo, es el injerto de una lógica extrauniversitaria en el gobierno de la universidad para que sea este último el que defina con criterios heterónomos como pueden ser lógicas costo-beneficio o maximizadoras de ingresos, de posibilidades de acceso a empleos u otras.

A pesar de esta tensión con el principio de autonomía, tan valorado históricamente por la universidad, esta es la tendencia que se va consolidando en buena parte de los sistemas universitarios de otras latitudes, y particularmente en el norte.

Paralelamente, la cuestión de la “apertura” de la universidad en sus dos sentidos (la universidad saliendo a la sociedad y abriéndose a ella), se mostrará muy relevante y acentuada en los últimos lustros cuando se fueron desplegando en varios países de la región un conjunto de políticas públicas destinadas a abrir la universidad a sectores tradicionalmente excluidos, sea con una política de creación de nuevas universidades, pero también con acciones para facilitar el acceso y la permanencia de nuevos estudiantes en ellas. Lo primero se produce como consecuencia de las oleadas de creación de nuevas universidades que, en países como Brasil y Argentina, se fueron desplegando para llevar este nivel educativo a regiones o zonas relativamente periféricas. En estos casos los esfuerzos institucionales por acercar la universidad a eso que se llama “los estudiantes primera generación de universitarios” se desarrollan en múltiples planos y son parte de la democratización que supone abrir las aulas a sectores que tradicionalmente no acceden a la universidad.

Evidentemente, el desafío es amplio y va desde el diseño de la oferta curricular (carreras que resulten atractivas para fomentar esa inclusión) hasta el desarrollo de diversas estrategias de contención de esos nuevos estudiantes. Prácticas de tutorías, programas de ayudas, becas, cupos y otras innovaciones pedagógicas (Gluz, 2011; Kandel, 2013) son parte del menú que han ido incorporando muchas de estas universidades para dar respuesta a la brecha educativa entre enseñanza media y universidad, pero también, para promover la permanencia de esos sectores con baja tradición de estudios universitarios.

En estos casos nos encontramos ante la reemergencia del sentido de la democratización universitaria entendida como apertura, y particularmente de las aulas, frente al sempiterno modelo de universidad elitista, en una discusión en la que se sobrepresionan los problemas de la calidad, la compatibilidad entre calidad y masividad, y entre calidad e ingreso de sectores con bajos niveles de capital cultural previo.

## **La democratización como apertura y exclaustación de la investigación**

Hay un tercer eje cuya relevancia se ha acentuado en la última década en ciertos países de la región: la idea de democratización asociada a nuevas formas de acceso al conocimiento, ya no planteadas como la apertura de las aulas a la sociedad, sino como lo que podríamos llamar, siguiendo el legado reformista, “la apertura de los laboratorios”.

La democratización de la universidad entendida como la profundización de los mecanismos de vinculación de sus tareas de investigación con las necesidades sociales y dentro de ellas, con las del desarrollo, también se inscribe en la idea de la democratización de la universidad latinoamericana, vinculando la producción de saberes con la atención de demandas sociales. Se trata de un eje complejo que presenta múltiples aspectos.

Un primer abordaje, tal vez más simple, está constituido por la llamada “democratización” del acceso a los resultados de la investigación científica. Aquí entra en juego la idea de la libre circulación del saber producido en las universidades, que se articula, por ejemplo, con los proyectos de repositorios digitales que se han dado en varios países, incluso articulados con normativas específicas.<sup>47</sup> La difusión de los resultados de las investigaciones, y se refiere siempre a las que se hacen con fondos públicos, puede encontrarse en tensión con el principio de exclusión vía patentamientos y la reserva de la propiedad intelectual. Aquí los problemas son numerosos, pues la puesta a disposición de modo libre y gratuito del conocimiento generado por las universidades estatales –y recordemos que ocupan un lugar central en los sistemas científicos de los países latinoamericanos– puede conllevar riesgos de apropiación para fines privados de esos conocimientos sin un correspondiente beneficio social, lo que debería generar numerosas consideraciones que definan y delimiten esta dimensión de la democratización o incluso que se pregunten si resultan democratizadoras las posibles consecuencias de este proceso.

Sin dudas, cualquier conclusión sobre este punto debe estar mediada por el tipo de conocimiento producido y los sectores con capacidades de apropiarse de ellos para poder significar un efectivo proceso de democratización.

Por otro lado, la orientación de la investigación a la transferencia de conocimientos o a la aplicabilidad de sus resultados, recientemente reactualizada en varios países, también es presentada como una forma de democratizar el acceso a la investigación que intenta conmovir hasta las bases de los mecanismos de evaluación académicos predominantes. Aquí, los desafíos que se plantean son numerosos. El fantasma de la subordinación de la universidad y su investigación a las necesidades del mercado que ha dejado su huella en los años noventa, contrapesa la idea del carácter democratizador de la difusión del saber producido por la universidad, en especial cuando esta es pública.

La transferencia de conocimientos y la investigación aplicada transitan por el mismo espacio. La universidad debe, retomando las palabras de José Ingenieros, *exclaustrarse*, salir al encuentro de las necesidades de desarrollo social, pero ello

---

47. Es a partir del año 2013 que algunos de los países de la región, como Perú y Argentina, sancionan leyes para la creación de repositorios digitales que enmarcan esta tendencia. La discusión en Brasil sobre este punto, ha resultado más compleja, y señala algunas dificultades de esta dimensión, que deben ser analizadas.

sólo se compatibiliza con la democratización si lo hace con la prudencia de evitar que esa acción signifique replicar una nueva subordinación al mercado, algo que ya hemos visto que la universidad puede hacer con cierta facilidad.

La orientación de la investigación a la aplicabilidad y la transferencia como elemento articulador de una estrategia de inclusión de la universidad en las problemáticas sociales, debe partir del reconocimiento de la necesidad de preservar la producción de conocimiento teórico y sin aplicabilidad aparente, que encuentra solo en la universidad su refugio.

Pero, además, esa apelación también debe ser vista como límite a cierto autismo académico al que ha tendido la universidad liberal, aquella que en nombre de la autonomía se ha mantenido ajena a su exterior.

Se trata de un llamado que puede ser democratizador en cuanto resulte un aporte de las universidades al siempre pendiente desarrollo social y económico de los países de la región, desarrollo que plantea cuestiones referidas tanto a los términos de esas transferencias de conocimientos, como a los contenidos y particularmente a los destinatarios de estas.

Solo procesos políticos vigorosos y democráticos en los que se involucre la comunidad universitaria y particularmente los investigadores para densificar esas relaciones, pueden ser garantía de éxito de esta dimensión de la democratización, aunque la creciente heterogeneidad del sistema universitario puede hacer pensar que no todas las casas tendrán la misma capacidad y voluntad de abrir sus puertas y ventanas.



## Conclusiones

La decisión judicial en el derecho contemporáneo se fundamenta en varios paradigmas, entre ellos el neoconstitucionalismo. En ese orden de ideas, en Colombia este paradigma metodológico resulta plausible mediante la recepción de teorías como la de asumir los derechos fundamentales como máximos de optimización (Alexy), es decir, principios susceptibles de interpretación que se deben concretar en la argumentación jurídica del juez constitucional. Ello permite que se presenten diversas particularidades a partir de los casos en concreto y reevalúa el concepto de derechos fundamentales para ser interpretados con base en su integralidad. Tal sucede con el derecho al ambiente sano denominado como fundamental, pero cuenta con unas condiciones específicas para su justiciabilidad.

En esta línea, la identificación y caracterización de los bienes jurídico-constitucionales de la riqueza natural y la diversidad étnica y cultural, da forma al contenido esencial (Häberle) de los derechos al ambiente sano y a la consulta previa, lo cual permite comprender su relación intrínseca en los casos específicos estudiados que termina por constituirse como una transmutación implícita del ambiente sano hacia la consulta previa. Es relevante aquí la perspectiva institucionalista de los derechos humanos, puesto que permite entender toda su relación de integralidad dentro del sistema jurídico-constitucional colombiano, dando paso así a que se produzcan fenómenos en la interpretación judicial, como la transmutación de un derecho a otro por medio de su núcleo esencial.

De esta manera, en la teoría constitucional queda manifiesta cada vez más la relatividad en la distinción entre categorías de derechos y por ende la diferenciación entre sus ámbitos de protección, dado que, como muestran las críticas que se han hecho a partir de la conceptualización de los derechos sociales, no son otra cosa

que rezagos de una concepción paleoliberal del Estado, pero que no se encuentran sustentados en la realidad jurídica actual. De esta manera, deben ser superadas las barreras de justiciabilidad entre derechos y para ello los jueces han generado recursos metodológicos en su interpretación, aún de manera implícita.

Ahora bien, las decisiones judiciales, cuando se revisan de manera concreta como sucede a partir del estudio de la jurisprudencia emitida por el Consejo de Estado colombiano en los últimos 20 años, en las cuales se ha estudiado la falla en la prestación del servicio ginecobstétrico, hacen posible identificar un patrón alarmante de deficiencias asistenciales o de infraestructura que venían incrementando la tasa de mortalidad materna o neonatal en Colombia, cuyo origen común radica en problemas relacionados con la implementación o ejecución del subprograma ginecobstétrico perteneciente a la política pública bajo estudio.

Por otro lado, el reconocimiento de esa problemática a nivel de implementación del subprograma ginecobstétrico, impulsó al Consejo de Estado, de manera casi que accidental, a adoptar un papel adicional al de administrador de justicia, un papel eminentemente político y materializado en las ordenes por este impartidas en sus pronunciamientos, en las que conmina al Gobierno mayoritariamente a adoptar medidas que conlleven una eficaz ejecución del subprograma ginecobstétrico, todo ello en garantía de los derechos fundamentales a la salud y a la vida del grupo poblacional de que destinatario.

Es, precisamente, esta incursión del Consejo de Estado en la fase de implementación de la política de salud sexual y reproductiva en nuestro país, en especial en su subprograma ginecobstétrico, la que se ha constituido como uno de los ejemplos más palpables de la judicialización de la política en Colombia, lo que, de entrada, permite descartarlo como un fenómeno jurídico atribuible exclusivamente a los pronunciamientos emitidos por el juez constitucional.

Asimismo, la identificación del ingreso del Consejo de Estado en la etapa de implementación del subprograma ginecobstétrico perteneciente a la política de salud sexual y reproductiva en nuestro país, no solo sirvió para reconocer la existencia de un problema de efectividad de dicha política pública, sino que, además y principalmente, permitió observar cómo puede operar el principio de cooperación entre los diferentes poderes del Estado a fin de superar una problemática común.

De igual manera, la gran cantidad de normativa tanto legal como reglamentaria que conforma y complementa a la política de salud sexual y reproductiva en nuestro país, no ha sido garantía de su efectividad y mucho menos para la protección de los derechos de sus destinatarios. Todo ello fue posible conocerlo a partir de un ejercicio básico de lectura o estudio de los pronunciamientos (línea jurisprudencial) de un agente aparentemente externo al proceso de implementación de dicha política pública (operador judicial contencioso administrativo).

En efecto, el reconocimiento de este traspié en la implementación del subprograma ginecobstétrico estatal, es solo el punto de partida de un proceso de mejoramiento que, ineludiblemente, debe tener lugar si lo que se persigue es si no la erradicación, sí el descenso de la mortalidad de las gestantes y los neonatos, como sujetos de especial protección, quienes merecen más que gestiones resarcitorias o de reparación, acciones preventivas y de redireccionamiento hacia una efectividad real de los diferentes componentes de este subprograma.

Por el contrario, las decisiones judiciales, cuando se enmarcan en el estudio de los estándares interamericanos, se puede comprender que el derecho de acceso a la información es un derecho fundamental en toda sociedad democrática que le permite a todo individuo recibir y difundir información. Se trata de un derecho que puede ser limitado cuando se pretenden proteger otros bienes jurídicos como la seguridad, el orden público u otros DD. HH. Cualquier restricción al derecho debe ser justificada y en caso de no hacerse, se estaría vulnerando el principio de máxima divulgación. De la misma manera, se pudo identificar que para los casos de graves violaciones a los DD. HH, la Corte IDH ha mencionado que los Estados no pueden negar el suministro de información a las autoridades administrativas y judiciales, estándar que se ha ampliado al incluir de manera más reciente a las víctimas de las mencionadas violaciones.

En ese sentido, en Colombia la Ley Estatutaria 1621 de 2013 reglamentó las actividades de inteligencia y contrainteligencia y reguló el carácter reservado de la información en poder de dichos organismos. De su análisis se pudo establecer que la ley contiene aspectos positivos, como la inoponibilidad de la información a las autoridades penales, administrativas y disciplinarias cuando se trata de esclarecer una grave violación de a los DD. HH. Además, la ley prevé recursos legales y constitucionales que se pueden interponer o instaurar frente a una negativa, como respuesta a una solicitud para acceder a la información. Igualmente, resulta positivo que la reserva de la información se establezca por un periodo fijado por la ley.

No obstante, del análisis se lograron identificar los riesgos que trae consigo la Ley Estatutaria 1621 de 2013, como son la ausencia de precisión legal frente a las situaciones que constituyen un riesgo o amenaza para la seguridad y defensa nacionales. Adicionalmente, se logra evidenciar que se deja al margen de la discreción del presidente de la República definir unos niveles de clasificación de la información, cuando dicha tarea por la naturaleza del asunto le compete al legislador. Igualmente, se destaca como situación desfavorable la prórroga de 15 años al tiempo inicial de reserva que se le otorga a la información bajo el dominio de los organismos de inteligencia y contrainteligencia. Para ello se puede afirmar que no existe correlación alguna con el criterio de plazo razonable.

Así las cosas, si bien la Corte Constitucional declaró la exequibilidad de la disposición que consagra la inoponibilidad frente a las autoridades penales, administrativas y disciplinarias, en la medida en que se entendiera que a ellas no se les

podrá negar información para esclarecer casos donde hubiesen ocurrido graves violaciones a los DD. HH, la Corte omitió referirse al estándar interamericano consistente en la inoponibilidad de la reserva frente a las víctimas.

En contraste a ello, cuando mediante decisiones judiciales se deben examinar los derechos de los niños, se encuentra que la adopción y su naturaleza jurídica es una medida de protección al menor. En ese sentido, no se debe dejar de lado que el derecho fundamental es a tener una familia y no al matrimonio como tal; se predica en cabeza del niño, niña o adolescente y no de una pareja heterosexual o del mismo sexo y, precisamente, en garantía de efectividad de ese principio de interés superior del menor. De esta manera, resulta lógico sostener que en relación con el procedimiento de adopción plasmado en el Código de Infancia y Adolescencia, debe seguir imperando un principio de igualdad y equidad e imponerse las mismas exigencias en los requisitos para adoptar y garantías tanto para parejas heterosexuales, del mismo sexo y personas solteras o divorciadas, todo en pro del beneficio de nuestros niños, niñas y adolescentes.

Conviene subrayar que cuando se estudia la decisión política en los casos analizados, se tiene que el reconocimiento del Estado social de derecho y la garantía por el respeto de los derechos de la población civil de las zonas rurales seleccionadas para que de manera temporal sean ubicados los voceros o los miembros de las organizaciones armadas al margen de la ley en el proceso de paz, hubiese tenido mayor efectividad con la legitimación democrática que les hubieran impregnado los habitantes de esas áreas a las decisiones que se adoptaron respecto a la escogencia de su territorio, las condiciones en que funcionaron dichas zonas y a lo que se desarrolló y desarrolla en dichos espacios.

En ese sentido, para la ejecución de la Ley 1779 de 2016 como uno de los instrumentos que ayudó a la finalización del conflicto y el alcance de la paz, el Gobierno nacional debió dejar establecido con claridad el fomento por el respeto por una democracia participativa de la población civil que desde siempre habitó dichos territorios y los que llegaron a compartirlo en aras del alcance de la paz, ya que de esta forma se vislumbraría una efectivo reconocimiento de sus derechos y libertades.

De igual manera el Ejecutivo debió tender por la real garantía del normal y pleno ejercicio del Estado de derecho, pero no desarrollando competencias adicionales como la de definir la forma como funcionarán las instituciones públicas para garantizar los derechos de la población, pues este actuar ya está establecido y regulado por la Constitución y las leyes y desconocerlo, mostraba que dichas zonas del país entrarían en un estado de excepción, no de la forma regulada por la Constitución Política, sino en los términos conceptuales estudiados por Agamben, en los cuales dicha condición sería una expresión de la necesidad sin ley, sin reconocimiento de ley y creadora de su propia ley, en la que el Ejecutivo tendría el poder de decidir

el momento en que la vida deja de ser políticamente relevante, con la amenaza de que dicho estado de excepción se vuelva permanente en ese campo.

Finalmente, el proceso de compatibilización entre las lógicas universitarias y las ideas de democracia y democratización, parece abrir un espacio de desarrollo original en el que la universidad latinoamericana y particularmente el modo como el legado reformista cobra ascendencia sobre ella, se extiende logrando formas de convivencia originales, aunque no siempre estables.

De este modo, el ideal de la democratización de la universidad se despliega en varios sentidos no todos necesariamente convivientes. El primero al que se hace referencia, es el de la dimensión interna de la democratización o el despliegue de formas de gobierno democráticas de la universidad. Allí, la figura del cogobierno emerge con protagonismo, pero también las discusiones en torno a las ideas de ciudadanía universitaria, república universitaria y autonomía.

Una segunda dimensión de la democratización de la universidad parte de la idea de su apertura a la sociedad que puede resultar de diversas formas de compromiso político. Este también es un legado reformista, dado que la politización de la universidad entendida no como su partidización sino como su integración a la sociedad y su compromiso con el devenir social, es claramente parte de ese ideal del reformismo.

En este segundo sentido de la democratización de la universidad se encuentran, por un lado, sus esfuerzos por salir a la sociedad (la extensión universitaria), aunque señalados frecuentemente por sus limitados alcances, más aún después del proceso de mercantilización que se dio a partir de la década de los noventa, lo que va a llevar a su resignificación como apertura de las aulas a la integración de sectores sociales menos favorecidos, habitualmente excluidos de la vida universitaria y de los privilegios y beneficios de alcanzar ese nivel de estudios.

Así las cosas, se ha definido un tercer sentido de esta democratización de la universidad que se vincula con la de sus tareas de investigación y producción de conocimiento. Este tercer eje supone que las universidades reformistas deben ser productoras de conocimiento y no meras reproductoras de saberes originados en otras latitudes. De allí que la dimensión local, nacional o regional, cobre una nueva relevancia. La universidad seguidora del legado reformista es una productora de saberes, que investiga en el terreno científico, cultural e intelectual, para producir los conocimientos que requieren nuestras sociedades, en pos de su desarrollo.

Para terminar, la decisión judicial y la decisión política al examinar cada uno de los casos expuestos en los capítulos, permiten identificar cómo el derecho contemporáneo ha trascendido al no fundamentar los pronunciamientos solamente en la ley, como se ha manejado en el derecho clásico, sino que, por el contrario, la jurisprudencia y los acontecimientos políticos terminan por influir en las decisiones, en aras de lograr una justicia eficaz y que no se quede solamente en el

escenario de la validez. No se puede desconocer que para lograr una justicia en el marco de la interpretación del derecho contemporáneo, el fundamento legal resulta indispensable. Sin embargo, la nueva interpretación busca, en últimas, una primacía de la realidad que se encuentre cercana al cumplimiento y desarrollo de la constitucionalización de donde se ha derivado en Colombia el nuevo derecho.

## Bibliografía

- Abramovich, V; Courtis, C. (2005) Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales. *Jura Gentium. Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale*. Disponible en: <http://www.juragentium.org/topics/latina/es/courtis.htm>
- Abramovich, V; Courtis, C. (2014) *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta.
- Agamben, G. (2010a). *Homo Sacer I. El poder soberano y la nuda vida*. Antonio Gimeno Cuspinera (Trad. y notas). Valencia, España: Pre-Textos.
- Agamben, G. (2007). *Homo Sacer II, I. Estado de excepción*. Flavia Costa e Ivana Costa (Trad.). Buenos Aires, Argentina: Adriana Hidalgo editora.
- Agamben, G. (2010b). *Medios sin fin. Notas sobre la política*. Antonio Gimeno Cuspinera (Trad.). Valencia, España: Pre-Textos.
- Agulla, J. (1995). *Crisis en la Facultad de Derecho de Buenos Aires (una huelga estudiantil a principios de siglo)*. En *Revista de Historia del Derecho*, n°31, Buenos Aires, UBA.
- Alexy, R. (1998). *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*. En: *Derecho, Razón y Práctica*. Traducción de: Manuel Atienza. México: Fontamara.
- Alexy, R. (2007). *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducción de Carlos Bernal Pulido 2ª Edición. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Amaya, O. (2016). *La Constitución Ecológica de Colombia. 3ª edición*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

- Ansuátegui, F. (2009). *Los derechos humanos y el medio ambiente: ¿razones para la reelaboración del discurso moral?* En: Pérez, J.L; Rodríguez Palop, M.E ; Campoy Cervera, I. (Eds.). *Desafíos actuales a los derechos humanos: El derecho al medio ambiente sano y sus implicaciones*.
- Ansuátegui, F. (2000). *La historia de los derechos humanos*. En: *Diccionario crítico de los derechos humanos I*. 71- 77. Andalucía: Universidad Internacional de Andalucía.
- Arango, R. (2012). *El Concepto de los derechos sociales fundamentales*. Bogotá: Legis.
- Asamblea General de la OEA. (2003). Resolución 1932. Recuperado de [https://www.oas.org/dil/esp/AG-RES\\_1932\\_XXXIII-O-03\\_esp.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/AG-RES_1932_XXXIII-O-03_esp.pdf)
- Bernal, C. (2005). *El Derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Biagini, H. (2002). *Redes estudiantiles en el cono sur 1900-1925*. En *Revista Universitas*, nº17, Universidad de Tacna.
- Botero, C. (2009). *La acción de tutela en el ordenamiento constitucional colombiano*. Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla–Consejo Superior de la Judicatura. Recuperado de: <http://www.ejrlb.net/biblioteca2011/content/pdf/a6/10.pdf>
- Bourdieu, P. (1989). *La noblesse d'État, grandes écoles et esprit de corps*. Paris, Les éditions de Minuit.
- Brudner, A. (2011). *Bienes constitucionales: el objetivo de la teoría constitucional*. En: *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 45, 231-270.
- Cante, F. (2007). *Acción colectiva, metapreferencias y emociones*. En: *Cuadernos de economía*.
- Ceballos, E. (2010). *Desarrollo constitucional del derecho de acceso a la información pública*. En: *Provincia*, núm. 24, julio-diciembre, 111-126 Universidad de los Andes, Mérida, Venezuela. Recuperado de <http://www.redalyc.org/pdf/555/55515975007.pdf>
- Cerda, H. (2013). *Los elementos de la investigación*. Bogotá: Editorial el Buho Ltda.
- Chiroleu, A. (2012). *Políticas de educación superior en América Latina en el siglo XXI: ¿inclusión o calidad?* En *Archivos Analíticos de Políticas Educativas*, 20 (13). Disponible en: <http://epaa.asu.edu/ojs/article/view/916>
- CIDH. (2000). *Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión Adoptada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su centésimooctavo período ordinario de sesiones celebrado del 2 al 20 de octubre del 2000*.

- 
- Ciria, A. y Sanguinetti, H. (1987). *La Reforma Universitaria 1*. Buenos Aires, Centro Editor de América Latina.
  - CRES. (2018). *Declaración final de la Conferencia Regional de Educación Superior*. Córdoba, Argentina.
  - Colombia. Asamblea Nacional Constituyente. Constitución política de Colombia [Const.] (1991). Recuperado de [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion\\_politica\\_1991.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html).
  - Colombia. Congreso de la República. (23 de diciembre de 1993). Ley 100. *Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones*. D.O. 41184.
  - Colombia. Congreso de la República. (26 de diciembre de 1997). Ley 418. Recuperado de [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0418\\_1997.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0418_1997.html).
  - Colombia. Congreso de la República. (9 de marzo de 2009). Ley 1288. *Por medio del cual se expiden normas para fortalecer el marco legal que permite a los organismos, que llevan a cabo actividades de inteligencia y contrainteligencia, cumplir con su misión constitucional y legal, y se dictan otras disposiciones*. D.O. 47282
  - Colombia. Congreso de la República. (21 de diciembre de 2010). Ley 1421. Recuperado de [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1421\\_2010.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1421_2010.html).
  - Colombia. Congreso de la República. (19 de enero de 2011). Ley 143. *Por medio de la cual se reformó el Sistema General de Seguridad Social en Salud, en su artículo 6º*. D.O.: 47957
  - Colombia. Congreso de la República. (17 de abril de 2013). Ley 1621. *Por medio de la cual se expiden normas para fortalecer el Marco Jurídico que permite a los organismos que llevan a cabo actividades de inteligencia y contrainteligencia cumplir con su misión constitucional y legal, y se dictan otras disposiciones*. D.O. 48764
  - Colombia. Congreso de la República. (18 de diciembre de 2014). Ley 1738. Recuperado de [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1738\\_2014.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1738_2014.html)
  - Colombia. Congreso de la República. Proyecto de Ley 146 de 2016 Senado, 198 de 2016 Cámara. Recuperado de [http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar\\_documento?p\\_tipo=05yp\\_numero=146yp\\_consec=43856](http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=05yp_numero=146yp_consec=43856).
  - Colombia. Congreso de la República. (11 de abril de 2016). Ley 1779. Recuperado de <http://es.presidencia.gov.co/normativa/normativa/LEY%201779%20DEL%2011%20DE%20ABRIL%20DE%202016.pdf>

- Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo, Expediente: 37493, Sentencia del 02 de mayo de 2017.
- Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo, Expediente: 34578, Sentencia del 1 de agosto de 2016.
- Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo, Expediente: 28804, Sentencia del 28 de agosto de 2014.
- Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo, Expediente: 26398, Sentencia del 28 de febrero de 2013.
- Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo, Expediente: 22165, Sentencia del 03 de mayo de 2013.
- Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera, C.P. Enrique Gil Botero, Expediente: 21861, Sentencia del 25 de abril de 2012.
- Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera, C.P. Danilo Rojas Betancourth, Expediente: 21350, Sentencia del 19 de septiembre de 2011.
- Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo. Expediente: 20138, Sentencia del 19 de septiembre de 2011.
- Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera, C.P. Danilo Rojas Betancourth. Expediente: 16394, Sentencia del 09 de febrero de 2011.
- Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera, C.P. Danilo Rojas Betancourth. Expediente: 19761, Sentencia del 27 de abril de 2011.
- Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera, C.P. Danilo Rojas Betancourth. Expediente: 28860, Sentencia del 27 de septiembre de 2013.
- Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo. Expediente: 24727, Sentencia del 26 de julio de 2012.
- Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera, C.P. Enrique Gil Botero, Expediente: 18364, Sentencia del 19 de agosto de 2009.
- Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera, C.P. Danilo Rojas Betancourth, Expediente: 21350, Sentencia del 19 de septiembre de 2011.
- Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez, Expediente: 12123, Sentencia del 17 de agosto de 2000.
- Colombia. Constitución Política de Colombia de 1886.
- Colombia. Corte Constitucional colombiana. (7 de mayo de 1992). *Sentencia C-004*. [M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz].
- Colombia. Corte Constitucional. (10 de marzo de 1993). *Sentencia T-102*. [M.P. Carlos Gaviria Díaz].

- 
- Colombia. Corte Constitucional. (13 de abril de 1994). *Sentencia C-179*. [M.P. Carlos Gaviria Díaz].
  - Colombia. Corte Constitucional. (10 de noviembre de 1998). *Sentencia T-652*. [M.P. Carlos Gaviria Díaz].
  - Colombia. Corte Constitucional. (2 de octubre de 2002). *Sentencia C-802*. [M.P. Jaime Córdoba Triviño].
  - Colombia. Corte Constitucional. (26 de noviembre de 2002). *Sentencia C-1024*. [M.P. Alfredo Beltrán Sierra].
  - Colombia. Corte Constitucional. (13 de mayo de 2003). *Sentencia SU-383*. [M.P. Álvaro Tafur Galvis].
  - Colombia. Corte Constitucional. (18 de mayo de 2006). *Sentencia C-370*. [M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández].
  - Colombia. Corte Constitucional. (26 de octubre de 2006). *Sentencia T-880*. [M.P. Álvaro Tafur Galvis].
  - Colombia. Corte Constitucional. (29 de octubre de 2009). *Sentencia T-769*. [M.P. Nilson Pinilla Pinilla].
  - Colombia. Corte Constitucional. (1 de julio de 2010). *Sentencia T-547*. [M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo].
  - Colombia. Corte Constitucional. (16 de noviembre de 2010). *Sentencia C-911*. [M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub].
  - Colombia. Corte Constitucional. (16 de noviembre de 2010). *Sentencia C-913*. [M.P. Nilson Pinilla Pinilla].
  - Colombia. Corte Constitucional. (20 de septiembre de 2011). *Sentencia T-698*. [M.P. Luis Ernesto Vargas Silva].
  - Colombia. Corte Constitucional. (23 de septiembre de 2011). *Sentencia T-693*. [M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub].
  - Colombia. Corte Constitucional. (12 de julio de 2012). *Sentencia C-540* [M.P. Jorge Iván Palacio Palacio].
  - Colombia. Corte Constitucional. (12 de diciembre de 2012). *Sentencia T-1080*. [M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub].
  - Colombia. Corte Constitucional. (28 de agosto de 2013). *Sentencia C-579*. [M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub].

- Colombia. Corte Constitucional. (8 de julio de 2014). *Sentencia T-461*. [M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo].
- Colombia. Corte Constitucional. (12 de noviembre de 2014). *Sentencia T-849*. [M.P. María Victoria Sáchica de Moncaleano].
- Colombia. Corte Constitucional. (12 de noviembre de 2014). *Sentencia T-857*. [M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez].
- Colombia. Corte Constitucional. (15 de diciembre de 2014). *Sentencia T-969*. [M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado].
- Colombia. Corte Constitucional. (28 de febrero de 2017). *Sentencia SU-133*. [M.P. Luis Ernesto Vargas Silva].
- Colombia. Ministerio de Salud y de la Protección Social (2015). *Análisis de situación en Colombia 2015*. Recuperado de: [www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/VS/ED/PSP/asis/2015.pdf](http://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/VS/ED/PSP/asis/2015.pdf).
- Colombia. Ministerio de Salud y de la Protección Social (2013). *Guía práctica para la detección temprana y tratamiento de las complicaciones del embarazo, parto o puerperio*.
- Colombia. Ministerio de salud y de la Protección Social. *Plan decenal de Salud Pública, 2012-2021*. Disponible en: [www.minsalud.gov.co](http://www.minsalud.gov.co).
- Colombia. Ministerio de Salud y Protección Social. *Resolución No.00002003 de 2014*.
- Colombia. Ministerio de Salud y Protección Social. *Resolución No.8514 de 1984*.
- Colombia. Ministerio de Salud y Protección Social. *Resolución No.1531 de 1992*.
- Colombia. Ministerio de Salud y Protección Social. *Resolución No. 412 de 2007*.
- Colombia. Ministerio de Salud y Protección Social, Instituto Nacional de Salud y Observatorio Nacional de Salud. (2014). *Informe 3, Mortalidad Evitable en Colombia, 1998-2011*.
- Colombia. Ministerio de Salud, Profamilia, Organización Internacional para las Migraciones – OIM, Fondo de Población de las Naciones Unidas – UNFPA. (s.f.). *Política Nacional de Sexualidad, Derechos Sexuales y Derechos Reproductivos*.
- Colombia. Presidencia de la República. (31 de octubre de 1953). *Decreto 2872. Por el cual se crea el Departamento Administrativo denominado Servicio de Inteligencia Colombiano*. D.O. 28343.
- Colombia. Presidencia de la República. (18 de julio de 1960). *Decreto 1717. Por el cual se organiza el Departamento Administrativo de Seguridad*. D.O. 30307

- Colombia. Presidencia de la República. (29 de diciembre de 1992). *Decreto 2110. por el cual se reestructura el Departamento Administrativo de Seguridad*. D.O. 40704.
- Colombia. Presidencia de la República. (2 de mayo de 2014). *Decreto 857. Por el cual se reglamenta la Ley Estatutaria 1621 del 17 de abril de 2013, “por medio de la cual se expiden normas para fortalecer el marco legal que permite a los organismos, que llevan a cabo actividades de inteligencia y contrainteligencia, cumplir con su misión constitucional y legal, y se dictan otras disposiciones”*. D.O. 49143
- Colombia. Procuraduría General de la Nación, Ministerio de Salud y de la Protección Social, Superintendente Nacional de Salud y Director del Instituto Nacional de Salud. *Circular Conjunta No.005 del 27 de febrero de 2012, para los Gobernadores, Alcaldes, Direcciones Territoriales de Salud, Empresas Administradoras de Planes de Beneficios, Entidades responsables de regímenes especiales y E.P.S.*
- Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas. (2005). *Conjunto de Principios para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*. Recuperado de <http://207.249.17.176/libro/InstrumentosPrincipios/PAG0763.pdf>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2012). *El derecho de acceso a la información pública en las Américas. Estándares interamericanos y comparación de marcos legales, 2012*. Washington, DC: U.S. Recuperado de <https://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/EI%20acceso%20a%20la%20informacion%20en%20las%20Americas%202012%2005%2015.pdf>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2012). *El derecho de acceso a la información en el marco jurídico interamericano, 2012*. Washington, DC: U.S. Recuperado de: <https://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/AC-CESO%20A%20LA%20INFORMACION%202012%202da%20edicion.pdf>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2013). *Jurisprudencia nacional sobre libertad de expresión y acceso a la información 2013*. Washington, DC: U.S. Recuperado de <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/2013%2005%2020%20JURISPRUDENCIA%20DOMESTICA%20SOBRE%20LIBERTAD%20DE%20EXPRESION%20Y%20AI.pdf>
- Comisión Internacional de Juristas. (2008). *Impunidad y graves violaciones de derechos humanos*. Ginebra, Suiza. Recuperado de: <https://www.wcl.american.edu/hracademy/Lectura1-FedericoAndreuImpunidadygravesviolacionesdeDerechosHumanos.pdf.pdf>
- Comité Jurídico Interamericano. (2008). *Resolución No. 147 mediante la cual se adoptan los Principios sobre el Derecho de Acceso a la Información*.
- Corte IDH. (1988). Caso Velásquez Rodríguez versus Honduras.
- Corte IDH. (2001). Caso Barrios Altos versus Perú.

- Corte IDH. (2003). Caso Myrna Mack Chang versus Guatemala.
- Corte IDH. (2006). Caso Claude Reyes y otros versus Chile.
- Corte IDH. (2010). Caso Gomes Lund y otros versus Brasil.
- Cuneo, D. (comp.) (s/f). *La reforma universitaria*, Caracas, Biblioteca Ayacucho.
- Del Mazo, G. (1946). *Estudiantes y gobierno universitario*, Buenos Aires, El Ateneo.
- Del Mazo, G. (1957). *La Reforma Universitaria y la universidad latinoamericana*, Buenos Aires, Coepla.
- Élder, C. y Cobb, R., “Formación de la Agenda: El caso de la política de los ancianos”, 2003.
- Ferrajoli, L. (2001). *El garantismo y la filosofía del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Foucault, M. (1998). *Historia de la Sexualidad I. La voluntad de saber*. Ulises Guiñazú (Trad.). México D.C., México: Siglo XXI.
- Foucault, M. (2003). *Vigilar y castigar*. Nacimiento de la prisión. México: Siglo XXI.
- García, M. (2001). *Constitucionalismo perverso, normalidad y anormalidad constitucional en Colombia: 1957-1997*. En Santos, B. S. y García Villegas, M. (Ed). *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*. Tomo I (pp. 317-369). Bogotá D.C., Colombia: Colciencias, Instituto Colombiano de Antropología e Historia, Universidad de Coimbra-CES, Universidad de los Andes, Universidad Nacional de Colombia y Siglo del Hombre Editores.
- Gargarella, R. (2015). *Constitucionalismo vs. Democracia*. En Fabra Zamora, J. L. y Spector, E. (Ed.), *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, Vol. 3 (pp. 1991-2010). México D.F., México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Gluz, N. (ed). (2011). *Admisión a la universidad y selectividad social. Cuando la democratización es más que un problema de “ingresos”*. Los Polvorines, UNGS
- Gómez, L. (2008). *Hermenéutica Jurídica: interpretación a la luz constitucional*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.
- Häberle, P. (2003). *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn: una contribución a la concepción institucional de los derechos fundamentales y la teoría de las reservas de la ley*. Traducción: Joaquín Brage Camazano. Madrid: Dykinson-constitucional.
- Halperín, T. (2002). *Historia de la Universidad de Buenos Aires*, Buenos Aires, Eudeba.

- 
- Ibarra, F. (2009). *Foucault y El Poder*. Recuperado de [http://antroposmoderno.com/antro-version-imprimir.php?id\\_articulo=1218](http://antroposmoderno.com/antro-version-imprimir.php?id_articulo=1218).
  - Ingenieros, J. (1956). *La universidad del porvenir*. Buenos Aires, ed. Inquietud.
  - IX Conferencia Internacional Americana. (1948). *Carta de la OEA*.
  - IX Conferencia Internacional Americana. (1948). *Declaración americana de los derechos y deberes del hombre*.
  - Jiménez, W. y Ramírez, C. (2008). *Gobierno y políticas públicas*. Escuela Superior de Administración Pública - ESAP, Bogotá, D.C.
  - Kahn, A. (2011). *Controverses. Universités, science et progrès*, Paris, Nil Éditions.
  - Kandel, V. (2013). *Universidad y cuestión social: ¿buenas intenciones o cambios posibles?* en Unzué, Emiliozzi (Comps). *Universidad y políticas públicas, ¿En busca del tiempo perdido?*, Buenos Aires, Imago Mundi.
  - Kymlicka, W. (1996). *Ciudadanía multicultural* (Vol. 2). Barcelona: Paidós.
  - Latorre, V. (2012). *Bases metodológicas de la investigación jurídica*. Valencia: Tirant lo Blanch.
  - Lenoir, R. *Les exclus: un français sur dix*, Editions du Seuil: Paris (1974/1989), p.p.78-98.
  - Leyva, P. (2001). *Etnias y culturas en el medio ambiente de Colombia. El medio ambiente en Colombia*. Bogotá: IDEAM.
  - López, N. (2001). *Sobre los derechos colectivos*. En: Asuátegui, F.J. (Editor) Una discusión sobre derechos colectivos. 17-46
  - López, D. (2004). *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Bogotá: Legis – Universidad de los Andes, Universidad Nacional.
  - López, D. (2006). *El derecho de los jueces*.
  - López, C. (2015) *Mutación de los derechos fundamentales por la interpretación de la Corte Constitucional colombiana*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
  - Markarian, V, Jung, M. y Wschebor, I. (2008). *1908 el año augural*, Montevideo, Archivo General de la Universidad de la República.
  - Martínez, L; y De Domingo, T (2011). *Los derechos fundamentales en el sistema constitucional: teoría general e implicaciones prácticas*. Editorial comares.
  - Meny, Y. y Thoenig, J. (1992). *Las políticas públicas*. Editorial Ariel, Barcelona.
  - Merino, J., Pérez, M, y Vera, J. (1995). *Lecciones de derecho constitucional*. Madrid, España: Tecnos.

- Montero, J. (2013). *El concepto de seguridad en el nuevo paradigma de la normatividad mexicana*. *Región y Sociedad*, XXV (58), 203-238. Recuperado de <http://www.redalyc.org/pdf/102/10228940007.pdf>
- Monroy Cabra, M. (2011). *La Democracia representativa y participativa*. En Araujo Oñate, R. y Torres Villareal, M. L. (Ed.), *Retos de la Democracia y de la Participación Ciudadana*, (pp. 3-28). Bogotá D.C., Colombia: Universidad del Rosario.
- Montesquieu. (1906). *El espíritu de las leyes*. Tomo I. Siro García del Mazo (Trad. y notas). Madrid, España: Librería general de Victoriano Suárez.
- Morales, Lácides. (2009). *La adopción en derecho de familia*. Editorial Leyer.
- Morales, J.J. (2014). *La consulta previa: un derecho fundamental*. Bogotá: Universidad Santo Tomás.
- Muñoz, E; Velásquez, J. (2012). *La acción popular ante la jurisdicción contenciosa administrativa por asuntos ambientales. Su eficacia en Antioquia*. Medellín: Universidad de Antioquia- Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.
- Nava, A. (2015). *La institucionalización de la razón: la filosofía del derecho de Robert Alexy*. Barcelona: Anthropos Editorial; México: Universidad Autónoma Metropolitana – Iztapalapa.
- Nogueira, H. (2003). *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- OIM. (2007). *Los estándares internacionales en materia de derechos humanos y políticas migratorias*. Buenos Aires, Argentina. Recuperado de <http://acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2007/5577.pdf?view=1>
- Palacios, A. (1928). *Democracia y universidad*, Buenos Aires, Claridad.
- Paredes, D. *El paradigma en la biopolítica de Giorgio Agamben*. (p. 4). Recuperado de [http://www.csprp.univ-paris-diderot.fr/IMG/pdf/diego\\_paredes\\_texto.pdf](http://www.csprp.univ-paris-diderot.fr/IMG/pdf/diego_paredes_texto.pdf).
- Pettit, P. (1997). *Republicanism, una teoría sobre la libertad y el gobierno*. Barcelona: Paidós.
- Portantiero, J. (1978). *Estudiantes y Política en América Latina. 1918-1938 El proceso de la Reforma Universitaria*, México, Siglo XXI.
- Pozzolo, S. (1998). *Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional*. En: *Doxa* N. 21 Vol. 2 Traducido por Josep M. Vilajosana.
- Pozzolo, S. (2011). *Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico*. Lima: Palestra editores.
- Prieto, L. (2009) *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta.

- 
- Profamilia. (s.f.). *Quiénes somos*. Recuperado de: <https://profamilia.org.co/quienes-somos/historia>.
  - Quintana, L. (2006). *De la nuda vida a la 'Forma-de-vida'*. *Pensar la política con Agamben desde y más allá del paradigma del biopoder*. En: *Argumentos*, Vol. 52, (pp. 43-60). Recuperado de [http://bidi.xoc.uam.mx/resumen\\_articulo.php?id=721yarchivo=1-56-721tdl.pdfytitulo\\_articulo](http://bidi.xoc.uam.mx/resumen_articulo.php?id=721yarchivo=1-56-721tdl.pdfytitulo_articulo).
  - Ramos, J. (2005). *Seguridad ciudadana y la seguridad nacional en México: hacia un marco conceptual*. En: *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, XLVII (194), 33-52. Recuperado de <http://www.redalyc.org/pdf/421/42119403.pdf>
  - Rivera, J. (2013). *¿Punto final al limbo legal de las actividades de inteligencia en Colombia?* En: *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 15 (1), 139-164. Recuperado de [http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S0124-05792013000100006yscript=sci\\_arttext](http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S0124-05792013000100006yscript=sci_arttext)
  - Roca, D. (1918). *Discurso en la sesión de clausura del Primer Congreso Nacional de Estudiantes Universitarios*. Recuperado de: [http://archivohistorico.educ.ar/sites/default/files/v\\_06.pdf](http://archivohistorico.educ.ar/sites/default/files/v_06.pdf)
  - Rodríguez, G. (2014). *De la consulta previa al consentimiento libre, previo e informado a Pueblos Indígenas en Colombia*. Bogotá: GIZ-Universidad del Rosario.
  - Rodríguez, M. (2012). *La deliberación en contextos de pobreza. Análisis en clave deliberativa de la movilización social contra las Farc y las AUC*. En: Jorge Iván Cuervo, Andrés Henández y Juan Esteban Ugarriza (Eds.), *El giro deliberativo en la democracia, Teoría y evidencia empírica*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
  - Roth, N. (2002). *Políticas públicas: formulación, implementación y evaluación*, Ediciones Aurora, Bogotá.
  - Roth, N. (2003). Introducción para el análisis de las políticas públicas. *Cuadernos de administración, Universidad del Valle*, no. 30, diciembre de 2003, p.119.
  - Rousseau, J.J. (1984). *El contrato social*. México D.F, México: Universidad Nacional Autónoma de México.
  - Sabatier y Mazmanian. (1979). *The implementation of public policy: a framework of analysis*.
  - Sabatier y Mazmanian. (1983). *Implementation and Public Policy*. Scott Foresman.
  - Sandoval, C. (2002). *Módulo 4: Investigación cualitativa*. Medellín: INER-Universidad de Antioquia.
  - Sartori, G. (1994). *¿Qué es la democracia?* Bogotá D.C., Colombia: Altamir Ediciones.

- Schmitt, C. (2009). *Teología política*. Madrid, España: Editorial Trotta.
- Sieder Rachel, Schjolden Line y Angell Alan, “La judicialización de la política en América Latina”, 2012, pp. 19 y 21.
- Taborda, S. (2011). *Investigaciones pedagógicas*. La Plata, Unipe.
- Tate C. Neal y Vallinder T. (1995). *The Global Expansion of Judicial Power*. New York University Press.
- Thorn, K. y Soo, M. (2006). *Latin American Universities and the Third Mission Trends, Challenges and Policy Options*, World Bank Policy Research Working Paper 4002.
- Torres y Santander. (2013). *Introducción a las políticas públicas: conceptos y herramientas desde la relación entre Estado y ciudadanía*.
- Unzué, M. (2014). *Pertinencia, calidad y evaluación. Potencialidades y límites de una relación compleja*. En *Acreditación y Evaluación Universitaria*, Buenos Aires, ediciones Universidad de Palermo.
- Valcárcel, J. y González, A. (2008). *Derechos civiles y políticos en el periodo revolucionario*. En: *Prolegómenos. Derechos y Valores*, vol. XI, núm. 22, julio-diciembre, 75-84 Universidad Militar Nueva Granada Bogotá, Colombia. Recuperado de <http://www.redalyc.org/pdf/876/87602206.pdf>
- Viana, A. (2016). *El derecho a la consulta previa: echando un pulso a la nación homogénea*. Bogotá: Editorial Pontificia Universidad Javeriana.
- Vergara Ciorda, J. (2013). *Familia y educación familiar en la Grecia antigua. Estudios sobre educación*, Vol. 25, (pp. 13-30). Recuperado en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4532275>.

## Sobre los autores

### Stephanie Oliveros Ortiz

Profesora de tiempo completo asociada de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Buenaventura Cali. Docente investigadora, miembro activo del Grupo de Investigación Problemas Contemporáneos del Derecho y de la Política (Gipcodep) de la Universidad de San Buenaventura Cali, categoría A de Colciencias. Abogada de la Universidad San Buenaventura Cali. Magíster en Derecho de la Universidad de San Buenaventura Cali. Correo: soliveros@usbcali.edu.co. ORCID: 0000-0002-5572-4327.

### Leonardo Sabogal Murcia

Abogado. Profesor de tiempo completo, investigador del Grupo de Investigación en Estudios Sociojurídicos, categoría A de Colciencias y jefe del Departamento de Ciencias Jurídicas de la Universidad Autónoma de Occidente. Doctorando en Derecho de la Universidad de Buenos Aires y magíster en Filosofía de la Universidad del Valle. Especialista en Derecho Constitucional de la Universidad Santiago de Cali. Correo: leonardo.sabogal@gmail.com, lsabogal2@usbcali.edu.co. ORCID: 0000-0002-6441-2018.

### Erika van Arcken Salas

Profesora de tiempo completo asociada de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Buenaventura Cali. Docente investigadora, miembro activo del Grupo de Investigación Problemas Contemporáneos del Derecho y de la Política

(Gipcodep) de la Universidad de San Buenaventura Cali, categoría A de Colciencias. Abogada de la Universidad Santiago de Cali. Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Libre seccional Cali. Magíster en Derecho Constitucional de la Universidad Libre Seccional Cali. Doctorando de la Universidad de Buenos Aires. Correo: evarcken@usbcali.edu.co. ORCID: 0000-0001-7142-058

## **Diana Carolina Mogollón Lora**

Abogada de la Universidad de San Buenaventura Cali. Magíster en Derecho de la Universidad de San Buenaventura Cali.

## **Diana Fernández Mejía**

Profesora de tiempo completo asociada de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Buenaventura Cali. Docente investigadora, miembro activo del Grupo de Investigación Problemas Contemporáneos del Derecho y de la Política (Gipcodep) de la Universidad de San Buenaventura Cali, categoría A Colciencias. Abogada de la Universidad Santiago de Cali. Magíster en Derechos Humanos y Democratización de la Universidad Externado de Colombia, en convenio con la Universidad Carlos III de Madrid. Doctoranda en Derecho de la Universidad Sergio Arboleda. Correo: difeme@usbcali.edu.co código orcid: <https://orcid.org/0000-0002-8024-8836>.

## **Juan Felipe Cardona Arango**

Abogado. Estudiante de segundo año de la Maestría en Derecho con énfasis en derecho penal en la Universidad Icesi Cali. Correo: [derechoviusc@gmail.com](mailto:derechoviusc@gmail.com)

## **Carolina María Blanco Medina**

Profesora tiempo completo asociada de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Buenaventura Cali. Docente investigadora miembro activo del Grupo de Investigación Problemas Contemporáneos del Derecho y de la Política (Gipcodep) de la Universidad de San Buenaventura Cali, categoría A Colciencias. Abogada de la Universidad del Norte. Especialista en Derecho Privado de la Universidad del Norte. Magíster en Derecho de la Universidad del Norte. Correo: [cblanco01@usbcali.edu.co](mailto:cblanco01@usbcali.edu.co). ORCID: 0000-0001-8313-2911.

## **María Liliana Castillo Castillo**

Profesora tiempo completo asociada de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Buenaventura Cali. Docente investigadora miembro activo del Grupo de Investigación Problemas Contemporáneos del Derecho y de la Política (Gipcodep)

de la Universidad de San Buenaventura Cali, categoría A Colciencias. Abogada de la Universidad Santiago de Cali. Magíster en Filosofía del Derecho Contemporáneo de la Universidad Autónoma de Occidente. Correo: mlcastillo@usbcali.edu.co. ORCID: 0000-0003-3032-7183.

## Martín Unzué

Profesor titular de la Facultad de Bellas Artes de la Universidad Nacional de La Plata. Profesor asociado en el Departamento de Economía y Administración de la Universidad Nacional de Quilmes. Profesor adjunto en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Miembro del claustro de investigadores del Instituto de Investigaciones Gino Germani de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. Miembro de la Red Mercosur sobre Pensamiento Latinoamericano de Ciencia, Tecnología y Desarrollo. Perteneciente a la *Latin American Studies Association*. Miembro de la Asociación Latinoamericana de Ciencia Política. Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Político. Licenciado en Economía de la Universidad de Buenos Aires. Licenciado en Ciencia Política de la Universidad de Buenos Aires. Doctor en Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. Correo: unzuemart@yahoo.com









El derecho contemporáneo es en sí mismo la transformación de todos los postulados que habían de tenerse como ciertos al momento de administrar justicia. En ese sentido, al entender el estudio del derecho desde una perspectiva pragmática, resulta evidente pensar que el debate ha ido más allá de lo planteado en su momento por Bobbio respecto de la norma como válida, justa o eficaz. A partir de allí, se observa que la justicia se materializa a través de las decisiones judiciales que, estando ajustadas en un primer momento a las normas, implicarían la validez y la eficacia de estas. Sin embargo, al hacer una revisión de la aplicación del derecho contemporáneo, se encuentra que también hay decisiones judiciales fundamentadas como decisión política.



UNIVERSIDAD DE  
SAN BUENAVENTURA  
CALI

**EB**  
EDITORIAL  
BONAVENTURIANA  
UNIVERSIDAD DE SAN BUENAVENTURA



editorialbonaventuriana



@EditBonaventuri



EditorialBonaventuriana



editorial-bonaventuriana



editorialbonaventuriana

[www.editorialbonaventuriana.usb.edu.co](http://www.editorialbonaventuriana.usb.edu.co)