



UNIVERSIDAD PANAMERICANA

Facultad de Derecho

Posgrado en Derecho

Con Reconocimiento de Validez Oficial ante la Secretaría de Educación
Pública, bajo acuerdo número 985162 de fecha 17 de agosto de 1998.

**«CONSTITUCIONALISMO DIALÓGICO Y SECTOR MINERO
COLOMBIANO»**

**ESTUDIO SOBRE LA APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA DE SALVEDAD PARA LA SOLUCIÓN
DE CONFLICTOS EN EL SECTOR**

TESIS PARA OBTENER EL GRADO DE DOCTOR EN DERECHO

SUSTENTA:

MTRO. LUIS BUSTOS

DIRECTOR DE TESIS:

DR. LUIS JOSÉ BÉJAR RIVERA

Ciudad de México, a los 23 días del mes de abril del año 2021.

Quien suscribe, LUIS JOSÉ BÉJAR RIVERA, en mi carácter de director de la tesis cuyos datos obran en este documento, después de haberla revisado en su versión final la apruebo para su impresión por parte del doctorando y así pueda iniciar el proceso de revisión por parte de la Dirección del Programa de Doctorado en Derecho.

CIUDAD DE MÉXICO

2021

“[...]Nadie tendrá jamás la verdad absoluta sobre cómo se define la riqueza justa, las fronteras justas, la democracia justa, la fiscalidad justa o la educación justa. [...]”

Thomas Piketty

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	8
CAPÍTULO 1. EL CONTEXTO COLOMBIANO	14
1.1 LA JURISDICCIÓN COLOMBIANA	14
1.1.1 Introducción.....	14
1.1.2 Jurisdicción Ordinaria.....	16
1.1.3 Magistrados y Jueces Especializados en Restitución de Tierras	19
1.1.4 La Fiscalía General de la Nación.....	20
1.1.5 La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.....	22
1.1.6 El Consejo Superior de la Judicatura & la Comisión Nacional de Disciplina Judicial	25
1.1.7 Las Jurisdicciones Especiales	26
1.1.8 La Jurisdicción Especial de Paz.....	26
1.1.9 La Jurisdicción Especial Indígena	29
1.1.10 La Justicia Penal Militar	32
1.1.11 La Jurisdicción Especial para la Paz.....	33
CAPITULO 2. LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL COLOMBIANA	38
2.1 SISTEMAS DE CONTROL CONSTITUCIONAL	41
2.2 EL SISTEMA AMERICANO	41
2.3 EL SISTEMA EUROPEO	45
2.4 LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD	50
2.5 LOS SISTEMAS MIXTOS	50
2.6 ESTRUCTURA DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN COLOMBIA	51
2.7 LA CORTE CONSTITUCIONAL	54
2.8 FORMAS DE CONTROL CONSTITUCIONAL EN EL RÉGIMEN COLOMBIANO.	55
2.9 CONTROL POR VÍA DE ACCIÓN	55
2.10 CONTROL POR VÍA DE EXCEPCIÓN	57
2.11 CONTROL PREVIO O PREVENTIVO.....	59
2.12 CONTROL POSTERIOR DE OFICIO	62

2.13 EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EJERCIDO POR PARTE DEL CONSEJO DE ESTADO	65
2.14 LAS SENTENCIAS DE INCONSTITUCIONALIDAD	66
2.15 LAS SENTENCIAS TIPO (C) DE LA CORTE CONSTITUCIONAL	66
2.16 PARTES DE LAS SENTENCIAS	67
2.17 RATIO DECIDENDI Y OBITER DICTA	68
2.18 EL DECISUM	69
2.19 EL PRECEDENTE DE LAS SENTENCIAS DE CONSTITUCIONALIDAD	70
2.20 LA UNIDAD NORMATIVA	76
2.21 LA COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL	77
2.22 LA TUTELA	82
2.23 EL USO DE LA TUTELA EN CONTRA DE DECISIONES JUDICIALES	86
2.24 LAS SENTENCIAS TIPO (T) Y (SU) DE LA CORTE CONSTITUCIONAL	87
CAPÍTULO 3. EL SECTOR MINERO COLOMBIANO	88
3.1 CONTEXTO ECONÓMICO & SOCIOPOLÍTICO DEL PAÍS	88
3.2 CONTEXTO DEL RÉGIMEN MINERO COLOMBIANO	95
3.3 LICENCIAS DE EXPLORACIÓN	105
3.4 LICENCIA DE EXPLOTACIÓN	105
3.5 CONTRATO DE CONCESIÓN	106
3.6 APORTE MINERO	106
CAPÍTULO 4. PÁRAMOS Y SECTOR MINERO: EL CASO SANTURBAN	123
4.1 PUNTOS DE PARTIDA SOBRE LA REGULACIÓN DEL SECTOR MINERO COLOMBIANO	124
4.2 LA EXPLOTACIÓN MINERA EN PÁRAMOS DENTRO DEL TERRITORIO COLOMBIANO	127
4.3 CONTEXTUALIZACIÓN DEL CASO	128
4.4 EL CONFLICTO SOBRE EL PÁRAMO DE SANTURBÁN	133
4.5 LA LEY 1753 DE 2015: POR LA CUAL SE EXPIDE EL PLAN NACIONAL DE DESARROLLO 2014-2018 “TODOS POR UN NUEVO PAÍS”	139
4.6 SENTENCIA CORTE CONSTITUCIONAL, C-035/16 DEL 08 DE FEBRERO DE 2016, M.P. GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO	145

4.7 ASPECTOS RELEVANTES DE LA DISPUTA	146
4.8 ARGUMENTACIÓN JUDICIAL	148
4.9 LA DECISIÓN DE LA CORTE	152
4.10 COMENTARIO SOBRE LA JURISPRUDENCIA PRESENTADA	156
4.11 LA PARTICIPACIÓN AMBIENTAL Y SU RELACIÓN CON LAS ZONAS DE PARAMO, ¿UNA NUEVA CATEGORÍA DE DERECHO FUNDAMENTAL DENTRO DEL ORDENAMIENTO COLOMBIANO?.....	170
4.12 EL DEVENIR DE LOS PARAMOS Y LA ACTIVIDAD MINERA EN EL PAÍS A PARTIR DE LOS PRONUNCIAMIENTOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL ...	179
CAPÍTULO 5. EL ACTIVISMO JUDICIAL	185
CAPÍTULO 6. EL CONSTITUCIONALISMO DIALÓGICO	220
CAPÍTULO 7. TEORÍAS DEL DIÁLOGO: EL EJEMPLO CANADIENSE	269
CAPÍTULO 8. LA CLÁUSULA DE SALVEDAD CANADIENSE	287
8.1 LA CLAUSULA 33 EN EL ARTICULADO DE LA CARTA CANADIENSE DE LOS DERECHOS Y LAS LIBERTADES	288
8.2 HISTORIA Y CASOS RELACIONADOS CON EL USO DE LA CLÁUSULA 33....	293
CONCLUSIONES.....	305
BIBLIOGRAFIA.....	309

LISTA DE SIGLAS, ABREVIATURAS Y ACRÓNIMOS

ACM	Asociación Colombiana de Minería
AIDA	Asociación Interamericana para la Defensa del Ambiente
ANH	Agencia Nacional de hidrocarburos
ANLA	Autoridad Nacional Licencias Ambientales
ANM	Agencia Nacional de Minería
CAR	Corporaciones Autónomas Regionales
CCALCP	Corporación Colectivo de Abogados Luís Carlos Pérez
CDB	Convenio sobre Diversidad Biológica
CELAC	Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños
CIADI	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones
CLS	Critical Legal Studies
CODEPA	Comité para la Defensa del Agua del Páramo de Santurbán
COP	Peso Colombiano
CPACA	Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo
CRIRSCO	Comité Internacional para el Reporte de Recursos y Reservas
EE.UU.	Estado Unidos
EIA	Evaluación de Impacto Ambiental
EITI	Iniciativa de Transparencia en la Industria Extractiva
FARC	Fuerza Alternativa Revolucionaria del Común
FARC-EP	Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia - Ejército Popular
IAEA	Organismo Internacional de Energía Atómica
IAVH	Instituto de Investigación de Recursos Biológicos Alexander Von Humboldt
ICANH	Instituto Nacional de Antropología e Historia
IED	Inversión Extranjera Directa
INDUMIL	Industria Militar Colombiana
INGEOMINAS	Instituto Colombiano de Geología y Minería
IRENA	Agencia Internacional de las Energías Renovables
ISA	Instituto Socioambiental

IWGIA	International Work Group for Indigenous Affairs
JEP	Jurisdicción Especial para la Paz
LA	Ley de Amparo
LEAJ	Ley Estatutaria de Administración de Justicia
LFPCA	Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo
LSO	Licencia Social para Operar
MADS	Ministerio de Ambiente y Desarrollo sostenible
MT	Millones de Toneladas
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos
OEA	Organización de Estados Americanos
OIM	Organización Internacional para las Migraciones
OMC	Organización Mundial del Comercio
OMGI	Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones
ONGs	Organizaciones No Gubernamentales
OPIC	Corporación para Inversiones Privadas en el Extranjero
PIB	Producto Interno Bruto
PINE	Proyectos de Interés Nacional y Estratégicos
PND	Plan Nacional de Desarrollo
PNOM	Plan Nacional de Ordenamiento Minero
RUCOM	Registro Único de Comercializadores de Minerales
SGC	Servicio Geológico Colombiano
SIMCO	Sistema de Información Minero Colombiano
SINA	Sistema Nacional Ambiental
SIVJIRNR	Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición
TLC	Tratado de Libre Comercio
UPME	Unidad De Planeación Minero Energética
USAID	Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional

INTRODUCCIÓN

La industria minera se rige bajo una dinámica en la que las diferentes empresas que deciden operar fuera de sus fronteras revisan factores específicos que determinarán su decisión sobre el destino o región del mundo a donde llevarán su inversión, y como consecuencia su operación. En este sentido, los mencionados actores tendrán unas expectativas básicas que resulten en acciones legalmente exigibles y que se traducen en una lista de verificación de puntos que deben acometer los posibles Estados receptores sobre los que recaerá su inversión.

Así, ubicaremos algunos puntos como los siguientes: a) contar con una geología favorable (Ubicación de los minerales), b) buscar una estabilidad política (Riesgo Político) y, c) estabilidad social (Riesgo Social), que les permita operar; estar respaldados por una seguridad sobre la tenencia de los títulos mineros otorgados; contar con un régimen fiscal estable y, de alguna manera favorable, tener la libertad de poder contratar la mano de obra necesaria para la operación tanto local como extranjera. También es fundamental para ello, respaldarse en la libertad de poder transferir los dividendos obtenidos por su operación; contar con una protección para obtener los suministros de materiales y equipos que sustentan su desempeño, tanto de fuentes locales como extranjeras; contar con un libre acceso a la totalidad de bienes y servicios vinculados con la explotación de los minerales en cuestión; tener la libertad de vender los productos obtenidos en su trabajo tanto en mercados locales como en los ubicados fuera de frontera; adquirir los pagos en un tipo de moneda que tenga la característica de fácil y libre convertibilidad; contar con la facilidad de transformar el tipo de moneda obtenida en la moneda en la que se realizó la inversión y, el lograr realizar esta operación en el marco de una tasa razonable de conversión y finalmente contar con una aprobación gubernamental para operar el proyecto¹.

Teniendo como referencia los mencionados aspectos, decidimos profundizar en el último punto, ya que incorporaba uno de los retos más complejos, el cual, aparentemente, se presenta como uno

¹ Cfr. PRITCHARD, Robert. Safeguards for Foreign Investment in Mining. En: BASTIDA, Elizabeth; WALDE, Thomas; WARDEN-FERNÁNDEZ, Janeth. International and Comparative Mineral Law and Policy: Trends and Prospects. La Haya, Kluwer Law International, vol. 73. 2005, p. 3 y sigs.

de los ítems que viene sufriendo varios cambios en el entorno colombiano y, por tanto, es innegable y relevante su importancia para la ciencia del derecho.

Contar con la aprobación gubernamental para operar un proyecto minero por simple que parezca es un elemento esencial del buen desarrollo y puesta en marcha de este tipo de operaciones de largo aliento. Ahora bien, dentro de esta investigación encontramos que no es un tema de fácil abordaje, puesto que atraviesa por el centro de la autonomía que posee el Estado en la toma de decisiones y vincula a las tres ramas del Poder Público. Asimismo, hace parte del debate existente sobre el modelo de desarrollo elegido por parte del Estado, y que no está limitado a un único sector de la economía.

Por más que hemos decidido limitar en términos de temática y metodología el estudio aquí propuesto al sector minero colombiano, acudiremos a referencias propias del derecho foráneo y a fuentes próximas al sector de hidrocarburos.

Existen una serie de provisiones y declaraciones sobrevinientes en materia ambiental que han establecido áreas excluidas del territorio colombiano para el ejercicio de la actividad minera, lo cual puede llegar a constituirse como una decisión soberana del Estado, quien tiene la facultad de decidir la manera en que desarrolla y aprovecha sus recursos naturales, inclusive llevándolo a desterrar ciertas actividades económicas de ciertos espacios territoriales. En todo caso, al ejercer su soberanía determinando una política pública frente a determinadas actividades, deberá tener en cuenta aspectos relacionados con la afectación de derechos existentes que fueron constituidos de manera previa a su decisión, y que podrían llegar a requerir de una indemnización. Vale la pena revisar si para el caso colombiano estas prácticas de desconocimiento de la afectación a derechos preexistentes son reiteradas y progresivas al relacionarlo con las tensiones que se derivan del ejercicio legal de la actividad minera frente a protección de derechos de corte ambiental².

² Cfr. ZAPATA, José-Vicente. Presentación: Conferencia Medidas de protección ambiental y conflictos de inversión en el sector minero colombiano. En: Congreso Nacional de Derecho Minero. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, noviembre de 2020.

La afectación a la cual hacemos referencia (que bien se aplica a mineros nacionales o extranjeros), se concreta de tres maneras: la primera por intermedio de cambios en la normatividad donde son creadas nuevas categorías y clasificaciones jurídico-ambientales que previamente no existían dentro del ordenamiento colombiano; la segunda por intermedio de decisiones judiciales en donde prevalece lo ambiental frente a lo minero y en donde tímidamente se desconoce el derecho de indemnización que debe entregarse a quien se ve obligado a abandonar esta actividad en pro de la protección ambiental; y finalmente, por medio de la integración al orden interno del país de tratados internacionales que crean obligaciones ambientales y que son traídos sin realizar un estudio sobre el alcance de las consecuencias locales y obligaciones internacionales que genera la suscripción de los mismos³.

Determinado por todo lo anterior y tal y como se señaló con anterioridad, se limita la presente investigación a orientarse en el sector minero colombiano y en su relación con las decisiones del tipo judicial, tomando en consideración que bajo el orden jurídico creado en la Constitución de 1991, puede llegar a presentarse unos retos muy interesantes en el centro del sistema democrático que deberá asumir el Juez Colombiano (principalmente el Juez Constitucional) frente a las disputas vinculadas con los derechos adquiridos o consolidados por parte de titulares mineros y, que pueden llegar a repercutir en conflictos jurídicos de orden internacional, poniendo en entredicho la aprobación gubernamental para la operación de dichos proyectos.

A este punto, diremos que la carencia de claridad sobre las zonas que son excluidas de la actividad minera se ha convertido en un obstáculo real para el ejercicio de la actividad minera en el país, tanto para los inversionistas extranjeros como por los nacionales. Dentro de la dinámica descrita, consideramos que vale la pena analizar la actividad y rol que ha adquirido el Juez Colombiano en la resolución de estos choques o conflictos que se presentan entre lo minero y lo ambiental. Asimismo, reconocemos que el Juez Constitucional es dentro de esta lógica un actor recurrente y preponderante dentro de la resolución de las problemáticas del sector.

³ *Ibídem.*

Bajo lo anterior, vale la pena revisar hasta qué punto el Juez Constitucional Colombiano ha abrazado ideas propias del constitucionalismo dialógico⁴, al mismo tiempo que se viene constituyendo como un tipo de Juez más activo en la definición de políticas públicas demarcadas u orientadas por intermedio de las sentencias dirigidas al sector minero y a la protección de áreas ambientales protegidas como es el caso de los Páramos. Podríamos decir que lo descrito puede llegar a oponerse al equilibrio de poderes y a la sana relación que debe mantenerse entre las diferentes ramas del poder dentro de las funciones designadas a cada órgano del aparato Estatal.

Así, el recorrido a lo largo de esta investigación iniciará por contextualizar el sistema jurisdiccional colombiano, dedicando un espacio especial a la descripción de la Jurisdicción Constitucional Colombiana, puesto que es en este entorno en donde se darán la mayoría de los debates que serán expuestos. Posteriormente presentaremos una descripción de la estructura de la Jurisdicción Constitucional en Colombia, así como de su Corte Constitucional, las formas de control Constitucional propias del Régimen colombiano y el Control de Constitucionalidad ejercido por parte de sus Jueces, unido a la descripción de la categorización de las sentencias y la tutela, lo cual nos habilitará para avanzar hacia una nuevo relato que trae consigo otro componente central dentro del planteamiento hecho en el presente documento y, que tiene como protagonista al sector minero colombiano y su política pública.

En este mismo sentido, aproximaremos al lector al contexto económico y sociopolítico del país, así como a una descripción del régimen y regulación minera colombiana, pasando por las licencias ambientales, contratos y estructura normativa que regula el sector minero en el país, para en las siguientes secciones del texto exponer un conflicto considerado como difícil o complejo en el que confluyen una serie de disputas bajo las cuales se podrán describir las tensiones complejas que subsisten en el centro del sistema democrático colombiano.

A partir de estas primeras secciones de tipo descriptivo, bajo las que pretendemos dotar al lector de suficiente información y herramientas vinculadas con el régimen jurisdiccional, constitucional y regulatorio del sector minero colombiano, nos adentraremos en otro aparte en el que

⁴ Cfr. GUTIÉRREZ BELTRÁN, Andrés Mauricio. El amparo estructural de los derechos. Tesis Doctoral. Universidad Autónoma de Madrid. 2016. p. 12 y sigs.

abarcaremos los fenómenos relacionados con la justicia dialógica pregonada por Gargarella, y que también tienen un vínculo interesante con las denominadas nuevas medidas originales descritas por Fiss, donde ubicamos un terreno fértil, al ser utilizadas y debatidas las mencionadas teorías en el escenario de los derechos que se vinculan con la explotación de los recursos naturales y la protección al medio ambiente.

De manera posterior, encaminaremos la investigación al estudio del activismo judicial y a una serie de deliberaciones que pondrán en el centro, el rol que asume el Poder Judicial dentro de la perspectiva del constitucionalismo dialógico. Asimismo, generaremos determinadas reflexiones sobre la democracia constitucional y su forma de responder a las tensiones que aparecen entre derecho y democracia, o Constitución y democracia, bajo el supuesto que no poseemos un modelo perfecto, y que se deberá valorar continuamente sobre el rol que deben asumir cada uno de los poderes públicos al enfrentar este tipo de retos al momento resolver casos prácticos de una alta complejidad.

Entender que actualmente, tanto los Tribunales como los Jueces dentro de sus funciones, se encaminan no solo a resolver casos concretos de violaciones a los derechos, sino que por el contrario han entrado a ser partícipes en la concreción de los contenidos mismos de los derechos y sus alcances y tal vez, han venido desbordado su tradicional labor que se limitaba a ser rectores de reglas previamente establecidas.

De manera continua al análisis que se realizará sobre un caso concreto de suma importancia para el sector minero colombiano, el cual, al día de hoy, continúa generando efectos sobre la regulación nacional, pasaremos a incorporar en el estudio las posibles respuestas que provienen del examen de soluciones propias de la experiencia canadiense, entendida ésta, como una jurisdicción que ha recibido influencia tanto del sistema del common law como de la tradición romano-germánica.

Canadá es un país líder en la explotación de recursos naturales dentro y fuera de sus fronteras lo cual lo aproxima al objeto del presente estudio y de similar manera destacaremos que desde el año 1982 vivió un proceso de empoderamiento del Poder Judicial en el que se crearon nuevos derechos.

Todo lo anterior, nos encaminó a la revisión del debate que ubicó en el centro de la discusión a la supremacía en la interpretación de la Constitución bien por la Rama Legislativa o por la Rama Ejecutiva del Poder Público, dentro del contexto canadiense y dándole una principal importancia a la definición, contenido y alcance de los derechos fundamentales, vinculando múltiples puntos de vista y aportes como los provenientes de la obra de Hogg & Bushell, para finalmente arribar a la figura de la denominada Cláusula de Salvedad o Sección 33 de la Constitución Canadiense como un instrumento práctico que potencialmente nos permitiría reacomodar las cargas y equilibrar un sistema de pesos y contrapesos determinado por la actuaciones de Tribunales y Jueces.

De esta manera, acudir a una solución ya implementada y probada dentro del juego y conflictos entre los poderes públicos, nos demuestra que es posible acudir a un posible trasplante jurídico, de manera racional, tomando en consideración que es posible adecuar dicha institución a otro sistema jurídico como el colombiano, y por ende, contar con mayores instrumentos jurídicos en la solución de conflictos relativos a una rama económica tan compleja e importante para la vida nacional, como es el sector minero en nuestro país, más aún cuando lo representamos en su aporte a la economía del país.

CAPÍTULO 1. EL CONTEXTO COLOMBIANO

En esta primera sección pretendemos ofrecer al lector una descripción de la jurisdicción colombiana con sus diferentes componentes, lo cual nos llevará a detenernos en la jurisdicción constitucional que resulta determinante a la hora de realizar el análisis y las reflexiones que se presentarán en la segunda parte del texto. Asimismo, el documento complementa la anterior información con una descripción del sector minero colombiano concentrando su atención en lo vinculado con el caso de los páramos del país y toda la dinámica que involucra al sector minero por una parte y a la tendencia relacionada con la protección ambiental por otra. En este mismo sentido, encaminamos el análisis y el debate a la entrega de una gama de cuestionamientos y problemas o casos difíciles de resolver por parte de la regulación y el derecho, que merecen un análisis detallado dándole prioridad a la actuación de los jueces y sus decisiones.

1.1 LA JURISDICCIÓN COLOMBIANA⁵

1.1.1 Introducción

En el capítulo se describirán y aportarán comentarios sobre los entes y organismos estatales que están interrelacionados en el proceder de las diferentes jurisdicciones que operan en el país, esta sección inicia con la descripción de la Jurisdicción Ordinaria para más adelante adentrarse en jurisdicciones particulares como lo son las Jurisdicciones Especiales. La información que se aportará al lector tanto en este como en el cuarto capítulo pretenden brindar instrumentos útiles para el análisis que se realizará más adelante vinculado al sector minero y algunas de las decisiones que han sido acogidas por parte de Tribunales y Jueces.

⁵ Es nuestro deber indicar que en los términos del presente capítulo el uso de la palabra jurisdicción se entenderá como la potestad del Estado para administrar justicia, la cual se concreta en el poder jurisdiccional, de esta manera el término será empleado en un sentido amplio y se esgrimirá como un equivalente de atribución, potestad y competencia. Con lo mencionado se busca no generar ninguna afrenta a los estudios académicos específicos que de manera particular han abordado la materia.

Iniciemos por decir que la Rama Judicial es quien se encargará de resolver los conflictos jurídicos, ésta ostenta la función de administrar justicia en el territorio colombiano dentro del modelo de organización de Estado de Derecho, cuenta con autonomía e independencia y su actuación estará sometida al imperio de la Ley, la independencia de la misma fue reforzada a partir de la Constitución política de 1991 lo cual va muy de la mano con la aparición de la Jurisdicción Constitucional en el país⁶.

La Constitución Política del año 1991 ratifica dos Altas Cortes que también se reconocían en la Carta de 1886 estas son; la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, de similar manera crea dos nuevas Cortes bajo la imperiosa necesidad de fortalecer e incluir dentro del sistema institucional un control disciplinario y otro de orientación constitucional; aparecen como consecuencia la Corte Constitucional como cabeza de la Jurisdicción Constitucional y la Jurisdicción Disciplinaria cuya cabeza es el Consejo Superior de la Judicatura⁷.

Vale la pena aclarar que mediante el acto legislativo 02 de 2015 el Congreso de la República intentó suprimir el Consejo Superior de la Judicatura impulsando la creación de un nuevo organismo que asumiera la Administración de la Rama Judicial y que se encargara de la función disciplinaria sobre abogados y funcionarios judiciales, esta reforma de carácter constitucional al ser analizada por la Corte Constitucional sufrió múltiples modificaciones, en últimas la transformación se declaró inconstitucional. La Corte Constitucional sustentó su decisión en la defensa de la independencia del Gobierno judicial como piedra angular de la estructura instaurada por la Constitución de 1991, en su análisis considera que la modificación del Gobierno judicial sustituía lo establecido en la misma Carta Fundamental, otros apartes de esta reforma sobrevivieron, pero en concreto se mantuvo el Consejo Superior de la Judicatura como parte de la estructura original⁸.

Se puede decir que la organización de la Rama Judicial colombiana se encuentra inicialmente contenida en el título VIII de la Constitución Política de 1991, posteriormente sus preceptos han

⁶ Cfr. LÓPEZ, Germán. Nuevos Paradigmas del Derecho Constitucional Colombiano. Medellín, Universidad Surcolombiana; Biblioteca Jurídica Diké, 2017, pp. 323–324.

⁷ *Ibídem*.

⁸ *Ibídem*.

sido desarrollados de manera legal y jurisprudencial y son varias las normas que han entrado a regular y crear variaciones sobre este tema, entre ellas se destaca la Ley 270 de 1996 denominada Ley Estatutaria de Administración de Justicia (LEAJ), asimismo la Ley Estatutaria ha sido reformada por varios cuerpos normativos posteriores, entre ellos la Ley 585 del año 2000, la Ley 1285 de 2009 y el Acto Legislativo 02 de 2015.

Acorde con lo determinado en el Artículo once de la Ley 270 del año 1996⁹ la Rama Judicial colombiana se conforma por los órganos que hacen parte de la Jurisdicción Ordinaria, la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la Jurisdicción Constitucional, la Jurisdicción de Paz, la Fiscalía General de la Nación y el Consejo Superior de la Judicatura, sin embargo se debe aclarar lo acaecido con las Jurisdicciones Especiales Indígena y Penal Militar las cuales en algún momento fueron consideradas como parte de la Rama Judicial del Poder Público colombiano, pero que bajo la interpretación de la Corte Constitucional se retiraron de este grupo bajo el entendido que, si bien ejercían una función jurisdiccional importante, como tal no hacen parte de la Rama Judicial. Las correspondientes aclaraciones se encuentran desarrolladas en la Sentencia de la Corte Constitucional C-713 de 2008 en donde también se estableció que la Fiscalía General de la Nación tan solo de manera excepcional ejerce la función jurisdiccional¹⁰.

1.1.2 Jurisdicción Ordinaria

Esta Jurisdicción tiene una organización típicamente jerárquica, en la base de la pirámide se encuentran los juzgados, posteriormente y ascendiendo un nivel encontramos los Tribunales Superiores del Distrito Judicial, luego encontramos los Tribunales de Segunda Instancia y finalmente aparece un Tribunal Superior a la cabeza que para el caso colombiano es la Corte Suprema de Justicia. La Jurisdicción Ordinaria se encuentra dividida en distintas especialidades dentro de las que encontramos: especialidad agraria, especialidad civil, especialidad penal, especialidad laboral, especialidad de familia y la de ejecución de penas¹¹, de la misma manera y

⁹ Cfr. Modificado por el art. 4, Ley 1285 de 2009.

¹⁰ Cfr. Sentencia C-713 del 15 de julio de 2008, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, Revisión previa del Proyecto de Ley Estatutaria No. 023/06 Senado y No. 286/07 Cámara "Por medio de la cual se reforma la Ley 270 de 1996 Estatutaria de la Administración de Justicia".

¹¹ Cfr. JULIO, Alexei. Las ramas ejecutiva y judicial del Poder Público en la Constitución colombiana de 1991. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 198.

acorde con lo dispuesto por la Ley 1448 de 2011¹² también se contará con Jueces y Magistrados especializados en restitución de tierras los cuales merecerán una especial descripción más adelante.

Los juzgados dentro de la estructura se constituyen como el componente más básico de la organización judicial del país¹³, y dentro de la Jurisdicción Ordinaria se encasillan según la especialidad designada en: “[...]civiles, laborales, penales, penales para adolescentes, de familia, de ejecución de penas, de pequeñas causas y de competencia múltiple, y los demás especializados y promiscuos que se creen conforme a la Ley; [...]”¹⁴ al mismo tiempo resultan catalogados según el ámbito territorial de su competencia en juzgados de circuito, juzgados municipales y de otros tipos. Progresando al siguiente nivel se encuentran los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, dentro de la organización se ubica un Tribunal en cada Distrito Judicial y de igual modo se dividen en diferentes salas respondiendo a las ya enumeradas especialidades¹⁵.

Previamente expresamos que en la parte superior de la organización se encuentra la Corte Suprema de Justicia que ejerce como el tribunal máximo de esta Jurisdicción. Esta Corte se compone por 23 magistrados que son elegidos bajo el sistema de cooptación¹⁶, sus periodos son de 8 años y su conteo es por periodos individuales. Este organismo se estructura bajo la división de cinco salas, se establece una Sala Plena en la que participan todos los magistrados, una Sala de Gobierno de la que hacen parte: Presidente, Vicepresidente y los presidentes de las diferentes Salas Especializadas. Las salas especializadas son: Sala de Casación Penal (9 integrantes), Sala de Casación Laboral (7 Integrantes), Sala de Casación Civil y Agraria (7 integrantes)¹⁷. Según la Corte Constitucional cada una de las salas de casación se establece como máximo tribunal de la

¹² Cfr. Ley 1448 de 2011, Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones, Publicada en el Diario Oficial el día 10 junio de 2011. Reglamentada por el Decreto Nacional 4800 de 2011, Reglamentada por el Decreto Nacional 3011 de 2013.

¹³ Cfr. Artículo 21, Ley 270 de 1996, Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (LEAJ), Publicada en el Diario Oficial el día 15 marzo de 1996. Modificado por el Artículo. 4, Ley 1285 de 2009, por medio de la cual se reforma la Ley 270 de 1996 Estatutaria de la Administración de Justicia. Publicada en el Diario Oficial el día 22 enero de 2009.

¹⁴ *Ibidem*. Artículo 11.

¹⁵ Cfr. JULIO, Alexei. *Ob. cit.*, p. 200.

¹⁶ Al mencionar el sistema de cooptación queremos hacer referencia al nombre que le otorga la doctrina y la jurisprudencia al procedimiento mediante el cual, en un entorno de una institución colegiada, como por ejemplo un tribunal, logran seleccionar nuevos miembros. El sistema es ampliamente usado en el sistema colombiano para la selección y nombramiento de nuevos magistrados de las Altas Cortes. Cfr. MALO, Mario. *Diccionario de la Constitución Política de Colombia*. Bogotá, Legis Editores S.A., 1997, p. 72.

¹⁷ Cfr. LÓPEZ, Germán. *Ob. cit.*, pp. 324-325.

Jurisdicción Ordinaria y en virtud de la autonomía de sus decisiones la denominada Sala Plena no ejerce ninguna jerarquía superior sobre estas¹⁸.

Parte de la regulación de esta institución se encuentra plasmada en la Constitución Política Artículos 234 y 235; de similar manera en los Artículos 15 y 18 de la LEAJ¹⁹ se despliega un desarrollo complementario que determina características propias de su composición y funcionamiento, la Corte Suprema de Justicia cumple las funciones de actuar como tribunal de casación y paralelamente juzga a varios de los altos funcionarios por delitos comunes²⁰ (Sala de Casación Penal), su función como tribunal de casación resulta supremamente relevante para la guarda de la coherencia del sistema jurídico ya que por medio de la unificación de criterios de interpretación de la Ley alcanza la misma realización del derecho objetivo y se cerciora del cumplimiento tanto de los principios de igualdad como del de legalidad²¹.

Probablemente el funcionario más representativo que juzga la Corte Suprema de Justicia es el Presidente de la República o quien haga de sus veces, pero este no resulta ser el único, por el contrario existen una serie de altos funcionarios que poseen un fuero especial y que también son juzgados por este organismo, en el caso de los miembros del Congreso la Corte se encarga de investigar y juzgar previa acusación del Fiscal General de la Nación, en este mismo sentido se le encomienda la función de juzgar por los hechos punibles que se le imputen a los Ministros del Despacho, el Contralor General de la República, el Procurador General de la Nación, el Defensor del Pueblo, los Agentes del Ministerio Público ante la Corte, ante el Consejo de Estado y ante los Tribunales, también ejerce esta actuación frente a Gobernadores, Magistrados de Tribunales, Directores de Departamentos Administrativos, Embajadores, Generales y Almirantes de la Fuerza Pública²², finalmente actúa como tribunal de instancia para algunos asuntos sobrevenidos con agentes diplomáticos acreditados en Colombia.

¹⁸ Cfr. Sentencia C-037 del 05 de febrero de 1996, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, Revisión constitucional del proyecto de Ley número 58/94 Senado y 264/95 Cámara, “Estatutaria de la Administración de Justicia”.

¹⁹ Cfr. Ley 270 de 1996, Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (LEAJ), Publicada en el Diario Oficial el día 15 marzo de 1996.

²⁰ Cfr. LÓPEZ, Germán. *Ob. cit.*, pp. 324-325.

²¹ Cfr. JULIO, Alexei. *Ob. cit.*, p. 200.

²² Cfr. LÓPEZ, Germán. *Ob. cit.*, pp. 324 – 325.

1.1.3 Magistrados y Jueces Especializados en Restitución de Tierras

Como se mencionó previamente la Ley de Víctimas y de Restitución de Tierras - Ley 1448 de 2011 - crea todo un procedimiento encausado a formalizar y al mismo tiempo restituir las tierras de las víctimas del despojo y abandono forzoso que se dieron por el conflicto armado interno sucedido en el país, la norma también creó un límite temporal, por lo que se restituirá las tierras que se hubieran arrebatado bajo estas circunstancias a partir del primero de enero de 1991 lo cual está muy alineado con la llegada de nuestra Carta Fundamental a la realidad jurídica y política del país. El procedimiento que regula la mencionada norma consta de dos etapas, la primera de carácter administrativo relacionada con la inscripción en el registro de tierras despojadas y otra de carácter judicial que se concreta en el recurso judicial denominado acción de restitución²³

Para responder a estas dos labores la mencionada Ley creó la Unidad de Gestión de Restitución de Tierras y de la misma manera constituyó a los Magistrados y Jueces Especializados en Restitución de Tierras quienes deberán decidir y conocer de los diferentes procesos en única instancia y de manera definitiva, sus sentencias se instituirán como un título pleno de propiedad sobre las tierras restituidas, este tipo de medidas y estructuras hacen parte de las medidas relacionadas con la justicia transicional establecida en el entorno jurisdiccional colombiano como consecuencia del conflicto²⁴ que también tendrán una expresión en la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP).

En definitiva, la Ley estableció una competencia territorial que se adecua de modo privativo tanto a los Jueces Civiles del Circuito y Magistrados del Tribunal Superior de Distrito Judicial Especializados en Restitución de Tierras del lugar donde se ubiquen los predios solicitados²⁵ en este mismo sentido, cuando en el territorio no se cuente con un Juez Civil del Circuito Especializado en Restitución, el solicitante tendrá la posibilidad de presentar su demanda de

²³ Cfr. Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural: ABC Para Jueces en Materia de Restitución de Tierras Ley 1448 De 2011. (2012) [En línea] Revisado, febrero 15, 2021. p. 07 y sigs. Disponible en: <https://silo.tips/download/abc-para-jueces-en-materia-de-restitucion-de-tierras>

²⁴ *Ibídem.*

²⁵ *Ibídem.* p. 40 y sigs.

restitución: “[...] ante cualquier Juez civil municipal, del circuito o promiscuo, quien dentro de los dos (2) días siguientes deberá remitirla al funcionario competente”²⁶.

Dentro de la organización presentada, también tendrá una participación la Corte Suprema de Justicia ya que será quien decidirá el Recurso extraordinario de Revisión para este tipo de procesos, el recurso mencionado cuenta con unas causales taxativas establecidas en el Código de Procedimiento Civil²⁷ y mediante el cual la Corte podrá declarar la nulidad de lo actuado por el Tribunal o el Juez de Restitución dejando sin ningún valor la sentencia revisada²⁸.

1.1.4 La Fiscalía General de la Nación

Esta institución aparece como el cuerpo de investigación que se encargará de indagar por los diferentes delitos acaecidos además de responder por la correcta y clara recolección de pruebas sobre los casos que tenga a su cargo. El Artículo 250 de la Constitución Política²⁹ desarrolla esta institución y excluye los delitos cometidos por miembros de la fuerza pública en servicio activo y que estén relacionados con el servicio.

Bajo la Carta Constitucional de 1991 se toma la decisión de vincular a la Fiscalía como parte de la Rama Judicial, en esta estructura le es adjudicado a los diferentes fiscales funciones de tipo jurisdiccional que pueden llegar a impactar la libertad personal de los procesados; a manera de ejemplo es posible mencionar las resoluciones de acusación o las medidas de aseguramiento entre otras actuaciones que son proferidas por parte de los funcionarios de esta entidad³⁰. En este mismo sentido la Corte Constitucional aseveró que los fiscales actúan para estos casos como jueces y

²⁶ *Ibidem*. p. 18 y sigs. Ver también, Ley 1448 de 2011, Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones, Publicada en el Diario Oficial el día 10 junio de 2011. Reglamentada por el Decreto Nacional 4800 de 2011, Reglamentada por el Decreto Nacional 3011 de 2013.

²⁷ Cfr. Artículo 380, Ley 1448 de 2011, Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones, Publicada en el Diario Oficial el día 10 junio de 2011. Reglamentada por el Decreto Nacional 4800 de 2011, Reglamentada por el Decreto Nacional 3011 de 2013.

²⁸ Cfr. Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural Ob. cit., p. 41 y sigs.

²⁹ Reformado por el Acto Legislativo 3 del año 2002.

³⁰ Cfr. JULIO, Alexei. Ob. cit., p. 201.

como tal se les debe aplicar las mismas garantías de independencia y autonomía que aseguren la no injerencia en su función investigadora y acusadora³¹.

No obstante lo expresado en el anterior párrafo, la Corte Constitucional más adelante ha aclarado que las funciones judiciales ejercidas por la Fiscalía General de la Nación que por su Naturaleza traen consigo la restricción de derechos fundamentales están sujetas a control de garantías y bajo lo anterior ha determinado que: “[...] la institución del Juez de control de garantías en la estructura del proceso penal es muy importante, como quiera que a su cargo está examinar si las facultades judiciales ejercidas por la Fiscalía se adecúan o no a sus fundamentos constitucionales y, en particular, si su despliegue ha respetado o no los derechos fundamentales de los ciudadanos”³² teniendo en cuenta como parte de la argumentación lo presentado, se soportó la Sentencia C-713 de 2008 la cual indicó que la Fiscalía General de la Nación ejerce tan solo excepcionalmente la función jurisdiccional³³.

La dirección de la entidad está a la cabeza del Fiscal General de la Nación, el mismo es elegido por una única ocasión para periodos de cuatro años por parte de la Corte Suprema de Justicia de una terna construida por el Presidente de la República siendo esta una forma de elección en la que participa otra rama del poder; como funciones de la Fiscalía entre otras se le entregan las de: solicitar al Juez de garantías las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados en el proceso penal, adelantar registros, allanamientos e incautaciones e interceptaciones de comunicaciones, garantizar la cadena de custodia y velar por la protección de víctimas, jurados y testigos.

³¹ Cfr. Sentencia C-558 del 06 de diciembre de 1994, M.P. Carlos Gaviria Díaz, Actores: Jaime Enrique Lozano y José Gabriel Agudelo Morales.

³² Cfr. Sentencia C-1092 del 19 de noviembre de 2003, M.P. Álvaro Tafur Gálvis, Demanda de inconstitucionalidad contra el numeral segundo y el párrafo del Artículo 2, el numeral tercero del Artículo 3 y el inciso primero del Artículo 5 del Acto Legislativo No.03 de 2002, “por el cual se reforma la Constitución Nacional.”

³³ Cfr. Sentencia C-713/08. *Ob. cit.*

1.1.5 La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo

Iniciemos por indicar que esta jurisdicción tiene como principal objetivo el juzgamiento tanto de litigios administrativos como de controversias que tengan como origen “[...]actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa [...]”³⁴, asimismo en los Artículos 104 y 105 de la Ley 1437 de 2011 se explica en detalle estos encargos y se expresa que adicional a lo ya mencionado la jurisdicción se encargará de conocer ciertos procesos, para dar una idea más detallada al lector de los procesos de los que se encarga mencionaremos entre otros a los vinculados con: la responsabilidad extracontractual de cualquier entidad pública, los contratos en los que sea parte una entidad pública o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado, los contratos celebrados por cualquier entidad prestadora de servicios públicos domiciliarios en los cuales se incluyan o hayan debido incluirse cláusulas exorbitantes, los contratos que se originen en actos políticos o de Gobierno, los procesos que provienen de laudos arbitrales en que hubiere sido parte una entidad pública, los procesos ejecutivos derivados de las condenas impuestas y las conciliaciones aprobadas por esta jurisdicción.

En la base de la estructura se encuentran los jueces administrativos quienes entraron en funcionamiento para el año 2006 como desarrollo de lo señalado por el Artículo 42 de la LEAJ, estos juzgados ejercerán como jueces de primera instancia. El Artículo 124 de la Ley 1437 de 2011 se pronuncia en el mismo sentido que el mencionado anteriormente y en pocas palabras indica que la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura se encargará de establecer: las características, la denominación y el número de juzgados administrativos requeridos para el cumplimiento de las funciones propias de esta jurisdicción, lo anterior respetando lo establecido en la LEAJ³⁵.

³⁴ Cfr. Artículo 104, Ley 1437 de 2011, Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Publicada en el Diario Oficial el día 18 enero de 2011.

³⁵ Cfr. Rama Judicial Página Oficial: Rama Judicial / Consejo de Estado / nuestra entidad / Jurisdicción / Juzgados Administrativos [En línea] Revisado, junio 14, 2018. Disponible en: <https://www.ramajudicial.gov.co/web/consejo-de-estado/portal/corporacion/jurisdiccion/juzgados-administrativos>

En un segundo nivel se encuentran los Tribunales Administrativos, tanto los Jueces como los Tribunales seguirán las reglas de competencia establecidas en el Artículo 151 y siguientes de la Ley 1437 de 2011; en ciertos casos se encargarán de conocer de procesos en única y en primera instancia y para el caso de los Tribunales también podrán ejercer su función como jueces de apelación; en el capítulo III de la Ley 1437 de 2011 en concordancia con los Artículos 40 y 41 de la LEAJ se regula la organización de los Tribunales Administrativos e indican entre otras cosas que al igual que en el caso de los jueces es el Consejo Superior de la Judicatura quien se encargará de su creación buscando el adecuado cumplimiento de la Ley procesal para cada distrito judicial administrativo, también establece que el número de magistrados no podrá ser menor a (3) aunque al mismo tiempo otorga libertad para determinar un número superior, adicionalmente la Ley determina la organización de las salas que compondrán los Tribunales y las funciones que ejercerá la Sala Plena³⁶.

Como máximo órgano de esta jurisdicción encontramos al Consejo de Estado³⁷, el capítulo II de la Ley 1437 de 2011 trata esta institución al igual que los Artículos 34 al 42 de la LEAJ, de manera paralela coexisten una serie de acuerdos de la misma institución que regulan temas como su reglamento, sesiones etc. Si observamos en detalle esta institución encontraremos que está integrada por 31 magistrados elegidos para periodos individuales de ocho años por el mismo Consejo de Estado utilizando el sistema de cooptación. El Consejo Superior de la Judicatura también tiene un rol relevante en este proceso de elección al ser el seleccionador de las hojas de vida que se entregarán en cada ocasión que surja una vacante disponible de entre los magistrados³⁸.

Continuando, sus funciones son ejercidas mediante tres salas, siendo estas la Sala de lo Contencioso Administrativo (27 consejeros); la Sala de Consulta y Servicio Civil (4 consejeros) y por último la Sala Plena (todos los consejeros)³⁹, la última sala mencionada se aparta de las ocupaciones de tipo jurisdiccional sus labores se relacionan más con el funcionamiento propio del

³⁶ Cfr. Rama Judicial Página Oficial: Rama Judicial / Consejo de Estado / nuestra entidad / Jurisdicción / Tribunales Administrativos [En línea] Revisado, junio 14, 2018. Disponible en: <https://www.ramajudicial.gov.co/web/consejo-de-estado/portal/corporacion/jurisdiccion/juzgados-administrativos>

³⁷ Cfr. Rama Judicial Página Oficial: Rama Judicial / Consejo de Estado / Funciones [En línea] Revisado, febrero 16, 2021. Disponible en: <http://www.consejodeestado.gov.co/consejo-de-estado/nuestra-institucion/>

³⁸ Cfr. LÓPEZ, Germán. *Ob. cit.*, p. 325 y sigs.

³⁹ Cfr. Artículo 34, Ley 270 de 1996, Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (LEAJ), Publicada en el Diario Oficial el día 15 marzo de 1996.

Tribunal, no obstante hay unas situaciones de rango constitucional de las cuales no puede apartarse como lo son, entre otras, las de: elegir al Auditor ante la Contraloría General de la República y proveer las faltas temporales del Contralor general de la Nación como lo expresan los Artículos 267 y 274 de la Constitución Política. De igual manera encontramos a la Sala de Consulta y Servicio Civil que se instituye y cumple funciones como su nombre lo indica de cuerpo consultivo del Gobierno en asuntos de la Administración, esto se encuentra establecido en el Artículo 237 de la Constitución Política y es desarrollado en el Artículo 38 de la LEAJ junto con el Artículo 112 de la Ley 1437 de 2011, también encontramos la Sala de lo Contencioso Administrativo que se encarga de modificar y guardar la jurisprudencia propia de la institución.

Al profundizar aún más en las funciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo encontramos que en el Artículo 111 de la LEAJ se mencionan en detalle y se expresa que estará a su cargo entre otras cosas las funciones de: Conocer ciertos procesos contenciosos asignados por la Ley, resolver los recursos extraordinarios de revisión, dictar sentencia en asuntos de relevante importancia jurídica o trascendencia, económica o social y dictar sentencia en búsqueda de la unificación de jurisprudencia. Esta Sala también se encargará de otro tipo de funciones como las de atender la nulidad por inconstitucionalidad de los Decretos cuyo control no corresponda a la Corte Constitucional; además se le encomiendan los procesos de pérdida de investidura de los congresistas y del recurso extraordinario especial de revisión de las sentencias de pérdida de investidura de los mismos⁴⁰.

En cuanto a su organización encontramos que está dividida en cinco secciones, de similar manera a lo sucedido con la Jurisdicción Ordinaria, la Corte Constitucional ha interpretado el Artículo 236 bajo el criterio de que cada una de las secciones actúan a manera de máximo órgano de dicha jurisdicción⁴¹, de ahí que se excluya la posibilidad de interponer recursos de categoría jerárquica ante la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Lo anteriormente dicho no es opuesto a la posibilidad de interponer los recursos extraordinarios de revisión y suplica que son de otra índole⁴².

⁴⁰ A mayor abundamiento sobre las funciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Cfr. Artículo 111, Ley 1437 de 2011, Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Publicada en el Diario Oficial el día 18 enero de 2011.

⁴¹ Cfr. Acuerdo 55 de 2003 Consejo de Estado, "Por medio del cual se modifica el reglamento del Consejo de Estado", Fecha de Expedición: el día 05 agosto de 2011.

⁴² Cfr. JULIO, Alexei. *Ob. cit.*, p. 206.

1.1.6 El Consejo Superior de la Judicatura & la Comisión Nacional de Disciplina Judicial

Iniciemos por manifestar que el Consejo Superior de la Judicatura se encarga de la Administración y el Gobierno de la Rama Judicial, dentro de sus funciones trabaja aspectos relacionados con la reglamentación de la Ley en temas de sus competencias, planeación, programación, elaboración de listas de candidatos a los cargos de magistrado de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, ubica, redistribuye y fusiona despachos judiciales, crea, suprime, fusiona y traslada cargos, todo lo mencionado está dirigido a garantizar el ejercicio legal de la profesión de abogado. La Corte Constitucional profirió las sentencias C-285 y 373 de 2016 en las que revisó el ya mencionado Acto Legislativo 02 de 2015; en estos fallos se avaló el cambio de denominación de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura a Consejo Superior de la Judicatura, de esta manera se retiró de esta institución a la Comisión Nacional de Disciplina Judicial antes Sala Jurisdiccional Disciplinaria, que al final se transformó en una Dependencia Autónoma e Independiente⁴³.

En concordancia con lo anterior, podemos señalar que el Consejo Superior de la Judicatura sobrevivió a la reforma planteada y actualmente se compone por seis magistrados elegidos para un periodo de 8 años, dos de estos son elegidos por la Corte Suprema de Justicia, tres por el Consejo de Estado y uno por la Corte Constitucional⁴⁴, dentro de su administración puede crear consejos seccionales en las ciudades cabecera de distrito Judicial o los que considere pertinentes.

El Artículo 257 de la Constitución⁴⁵ regula la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, esta institución tiene el objetivo de ejercer “[...] la función jurisdiccional disciplinaria sobre los funcionarios y empleados de la Rama Judicial.”⁴⁶, la misma es conformada por siete magistrados elegidos para periodos de ocho años, en cuanto a la forma de ser elegidos, todos son nombrados

⁴³ Cfr. Rama Judicial Página Oficial: Rama Judicial / Consejo Superior de la Judicatura / Corporación / La Corporación / Información general [En línea] Revisado, junio 14, 2018. Disponible en: <https://www.ramajudicial.gov.co/web/consejo-superior-de-la-judicatura/portal/sala-administrativa/la-sala/informacion-general>.

⁴⁴ Cfr. Art 257 de la Constitución Política Colombiana modificado por el Acto Legislativo 2 de 2015, Por medio del cual se adopta una reforma de equilibrio de poderes y reajuste institucional y se dictan otras disposiciones, Publicada en el Diario Oficial el día 01 julio de 2015.

⁴⁵ Teniendo en cuenta la adición que hiciere el Acto Legislativo 02 de 2015.

⁴⁶ *Ibidem*.

por el Congreso en pleno, pero cuatro de estos se escogen de ternas entregadas por parte del Consejo Superior de la Judicatura y tres son nombrados de ternas enviadas por parte del Presidente de la República. En ambos procesos debe existir previamente una convocatoria pública reglada⁴⁷.

1.1.7 Las Jurisdicciones Especiales

El término de jurisdicción especial es utilizado por parte de la Constitución Política Colombiana en el Artículo 246 al hacer referencia a la Jurisdicción Especial Indígena, de similar manera encontramos que en el Artículo 12 de la LEAJ⁴⁸ al hacer mención del ejercicio de la función jurisdiccional expresa que algunas de las jurisdicciones que pueden ejercer esta función son “[...]las jurisdicciones especiales tales como: la penal militar, la indígena y la justicia de paz, [...]”⁴⁹, en los apartados que desarrollaremos a continuación se ofrecerá una reseña de estas jurisdicciones pero no sin antes advertir al lector de dos situaciones especiales; la primera se trata de recordar que bajo la interpretación de la Corte Constitucional, expresada en la ya nombrada Sentencia de C-713 de 2008, las Jurisdicciones Especiales Indígena y Penal Militar no hacen parte de la Rama Judicial del Poder Público y en segunda medida indicar que existe una gran diferencia entre la Jurisdicción Especial de Paz frente a la JEP, la existencia de esta última jurisdicción resulta novedosa para la realidad del país y guarda un vínculo directo con el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y no Repetición, creado por el Acuerdo de Paz entre el Gobierno Nacional y las FARC-EP firmado en el año 2016.

1.1.8 La Jurisdicción Especial de Paz

Esta jurisdicción al igual que la Jurisdicción Especial Indígena no existía como parte de la antigua Constitución de 1886 y es solo con la nueva Constitución de 1991 que hicieron presencia dentro

⁴⁷ Cfr. LÓPEZ, Germán. *Ob. cit.*, pp. 326-327.

⁴⁸ Cfr. Modificado por el Artículo quinto de la Ley 1285 de 2009.

⁴⁹ El texto completo del mencionado Artículo 12 se transcribe a continuación: “Artículo 12. *Del ejercicio de la función jurisdiccional por la Rama Judicial. La función jurisdiccional se ejerce como propia y habitual y de manera permanente por las corporaciones y personas dotadas de investidura legal para hacerlo, según se precisa en la Constitución Política y en la presente Ley Estatutaria. Dicha función se ejerce por la jurisdicción constitucional, el Consejo Superior de la Judicatura, la jurisdicción de lo contencioso administrativo, las jurisdicciones especiales tales como: la penal militar, la indígena y la justicia de paz, y la jurisdicción ordinaria que conocerá de todos los asuntos que no estén atribuidos por la Constitución o la Ley a otra jurisdicción.*”

del ordenamiento. La Jurisdicción Especial de Paz se encuentra de manera muy concisa ubicada en el Artículo 247 de la Carta Fundamental, el cual indica: “*Artículo 247. La Ley podrá crear jueces de paz encargados de resolver en equidad conflictos individuales y comunitarios. También podrá ordenar que se elijan por votación popular.*”

La finalidad que justifica la existencia de la Jurisdicción Especial de Paz en el ordenamiento es la de apoyar la descongestión de la Jurisdicción Ordinaria, en concreto se utiliza el instrumento de permitir a los mismos particulares resolver y solucionar conflictos pequeños que resultan siendo decididos por un Juez de paz ofreciendo una solución en equidad, la elección de estos jueces se hace por medio de una votación popular y nunca podrán proferir fallos en derecho⁵⁰.

Estos jueces se plantearon como una solución a la denominada y constante crisis de la Administración de justicia que existe en el país, como tal se constituyen como métodos alternativos de solución de conflictos que trataban de copiar la experiencia peruana de los también denominados jueces de paz⁵¹. Si se profundiza un poco sobre la naturaleza de los jueces y la justicia que imparten encontraremos que no es una cuestión pacífica, de esta manera algunos autores los ubican más próximos a lo que se conoce como justicia comunitaria, mientras que otros consideran que son una amalgama entre los deseos no estatales para resolución de conflictos y los diseños propiamente estatales⁵².

Un Juez de paz posee características propias de los dos sistemas, inicialmente se puede decir que ejerce algunos mínimos poderes coactivos y acoge una autoridad reconocida por parte del Estado, todavía más las actuaciones de un Juez de este tipo se encuentran bajo el control disciplinario Estatal pero por otra parte este mismo Juez toma sus decisiones con base en la equidad y utiliza herramientas propias de la costumbres y los usos locales de su comunidad, encima es electo y siempre debe buscar como primera opción la conciliación⁵³.

⁵⁰ Cfr. LÓPEZ, Germán. *Ob. cit.*, p. 328 y sigs.

⁵¹ Cfr. ARIZA, Rosember. Justicia comunitaria y jueces de paz, las técnicas de la paciencia. Medellín, Corporación Región, 2000, p. 60 y sigs.

⁵² Cfr. JULIO, Alexei. *Ob. cit.*, pp. 209–211.

⁵³ Cfr. UPRIMNY, Rodrigo. ¿Son posibles los jueces de Paz y la justicia comunitaria en contextos violentos y antidemocráticos? En: Pensamiento jurídico. No. 12. Bogotá, Universidad Nacional, 2000, p. 65.

La Jurisdicción Especial de Paz cuenta con un desarrollo legal en la Ley 497 de 1999 en donde se destacan como principios de este tipo de justicia: la independencia, la gratuidad, la oralidad, la autonomía y lo que es más importante la búsqueda de garantizar los derechos de los sujetos que intervienen dentro del proceso todo a favor de la promoción de una convivencia pacífica⁵⁴. En el Artículo noveno de la misma Ley se define la competencia de los jueces y se indica que conocerán de conflictos que: “[...]las personas o la comunidad, en forma voluntaria y de común acuerdo, sometan a su conocimiento, que versen sobre asuntos susceptibles de transacción, conciliación o desistimiento[...]” adicionalmente coloca algunos límites como por ejemplo que los asuntos a ser tratados “[...]no sean sujetos a solemnidades de acuerdo con la Ley, [...]” y que no sobrepasen la cuantía de cien salarios mínimos legales mensuales vigentes.

El procedimiento para esta jurisdicción resulta simple y poco engorroso ya que ante una solicitud de las partes se dará inicio al proceso que tendrá una primera etapa en la que se tendrá una audiencia de conciliación que si resulta fallida dará paso a un fallo en equidad por parte del Juez de paz. La Ley 497 de 1999 también trae consigo una segunda instancia para las decisiones tomadas, las cuales serán atendidas por los jueces de reconsideración, que igualmente son elegidos por votos populares y toman de la misma manera sus decisiones en equidad.

En definitiva, se debe tener en cuenta que según la Corte Constitucional los jueces de paz no pueden ser observados como simples operadores judiciales que permiten la descongestión de los abarrotados juzgados ordinarios, por el contrario, realizan una función pedagógica en la sociedad ya que refuerzan ideales de lo que es justo mejorando con su actuación las habilidades de una resolución pacífica de retos y cotidianos enfrentamientos sociales⁵⁵.

⁵⁴ Cfr. Artículos 1 al 7: Ley 497 de 1999, Por la cual se crean los jueces de paz y se reglamenta su organización y funcionamiento, Publicada en el Diario Oficial el día 10 febrero de 1999.

⁵⁵ Cfr. Sentencia C-059 del 01 de febrero 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, Demanda de inconstitucionalidad contra el parágrafo 1° del Artículo 1° y el Artículo 5° (parcial) de la Ley 575 de 2000 “*Por medio de la cual se reforma parcialmente la Ley 294 de 1996*”.

1.1.9 La Jurisdicción Especial Indígena

El Artículo 246 de la Constitución Política de 1991 reconoce que las diferentes autoridades de los múltiples pueblos indígenas que habitan el territorio colombiano podrán ejercer funciones jurisdiccionales al interior de su ámbito territorial, lo anterior lo podrán hacer de acuerdo con sus normas y procedimientos propios siempre y cuando estos no estén en contraposición con lo estipulado en la Constitución y las Leyes de la República. Por otro lado, es importante esclarecer lo dicho por la Corte Constitucional en su Sentencia T-254 de 1994 en donde explicó que “[...] *El ejercicio de la jurisdicción indígena no está condicionado a la expedición de una Ley que la habilite, [...]*”⁵⁶.

El pluralismo es una de las bases fundamentales del sistema constitucional colombiano y de manera paralela se constituye como un principio rector del ordenamiento jurídico, es reconocido desde el Artículo primero de la Carta Fundamental y a su vez es desarrollado en el Artículo séptimo que específicamente expresa: “[...] *El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana. [...]*”; en esta misma línea encontramos al Artículo 246 de la Constitución Política que señala: “[...] *La Ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional. [...]*”⁵⁷. El mencionado Artículo 246 puede arrojar la presencia de cuatro elementos centrales coadyuvantes en el entendimiento de la Jurisdicción Especial Indígena, estos cuatro elementos son: “[...] *la posibilidad de que existan autoridades judiciales propias de los pueblos indígenas, la potestad de estos de establecer normas y procedimientos propios, la sujeción de tales procedimientos y normas a la Constitución y a la Ley y finalmente la competencia del legislador para señalar la forma de coordinación de la Jurisdicción Indígena con el sistema judicial nacional.*”⁵⁸.

Según lo indicado por la Corte Constitucional en la sentencia C-139 de 1996 los dos primeros elementos nombrados en el anterior párrafo son el núcleo de la autonomía entregado a las diferentes comunidades indígenas. El mismo está presente tanto en el ámbito jurisdiccional como

⁵⁶ Cfr. Sentencia T-254 del 30 de mayo 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, Actor: Ananías Narváez contra la directiva del Cabildo de la Comunidad Indígena de El Tambo, Municipio de Coyaima, Departamento del Tolima.

⁵⁷ Cfr. JULIO, Alexei. *Ob. cit.*, p. 211 y sigs.

⁵⁸ *Ibidem*.

en el legislativo ya que también rodean tanto la creación de normas como de procedimientos, por otra parte, los dos elementos finales son los instrumentos para vincular los desiguales ordenamientos jurídicos indígenas presentes en el país al ordenamiento nacional⁵⁹.

Parafraseando lo dicho por la Corte Constitucional en la Sentencia T-514 de 2009 el fuero indígena será entendido como un derecho que poseen quienes son miembros de las comunidades indígenas solo por el hecho de ser parte de estas, por consiguiente serán juzgados por sus mismas normas, autoridades y procedimientos⁶⁰, sin embargo las potestades jurisdiccionales de las que gozan los indígenas en Colombia conservan limitaciones en el denominado núcleo de derechos intangibles que según la Corte Constitucional son derechos en los que está presente un consenso intercultural en nuestra sociedad, a manera de ejemplo se trae la prohibición de esclavitud, el derecho a la vida, la prohibición a la tortura, el principio de legalidad en el procedimiento y muy enfocado en el derecho penal la legalidad que siempre debe estar presente en la imposición de penas y delitos⁶¹.

En todo caso se podrán hablar de límites al ejercicio de esta jurisdicción y a la competencia de las autoridades indígenas que de cierta manera crean restricciones para las arbitrariedades, y es que las actuaciones de la Jurisdicción Especial Indígena se deben ejercer acorde con las tradiciones y prácticas desempeñadas en su ancestral pasado, en este mismo sentido existe un límite en el factor territorial que circunscribe su aplicación a resguardos indígenas y zonas donde habitan. Con todo la misma Corte ha explicado que el factor territorial no es absoluto ya que también se deberán apreciar otros elementos por parte del Juez que tiene en sus manos la decisión, a manera de ejemplo de lo aquí explicado se puede nombrar: el nivel de interacción de la comunidad o el miembro de la comunidad con nuestra cultura, el personal (que el sujeto pasivo y activo sean parte de la misma comunidad), los tipos de culturas involucradas en la disputa y la posible afectación y efectos sobre los sancionados⁶².

⁵⁹ Cfr. Sentencia C-139 del 09 de abril 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz, Demanda de inconstitucionalidad contra los Artículos 1, 5 y 40 de la Ley 89 de 1890.

⁶⁰ Cfr. LÓPEZ, Germán. *Ob. cit.*, p. 328 y sigs.

⁶¹ Cfr. Sentencia T-514 del 30 de julio 2009, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Acción de tutela de José Cenen Madrigal Tique contra Juan Romero Malambo, Gobernador y Representante Legal del Resguardo Indígena Chenche Buenos Aires Tradicional (Coyaima, Tolima).

⁶² Cfr. JULIO, Alexei. *Ob. cit.*, p. 211 y sigs.

No se puede desconocer que la Jurisprudencia Constitucional referida a los límites de la jurisdicción indígena ha abundado en el país, el debate es largo y extenso de manera que solo nos limitaremos a mencionar la presencia de varias líneas jurisprudenciales al respecto dentro de las que queremos destacar una en particular que menciona el grado de conservación de usos y costumbres propios que poseen las comunidades o sus miembros, en virtud de la cual el Juez o interprete tendrá la obligación de realizar el ejercicio de determinar si el vínculo presente es alto, medio o bajo y según sus resultados establecerá la aplicación de límites más o menos restrictivos, por lo tanto, si el grado de conservación es alto no podrá aplicar muchos límites a la Jurisdicción Indígena, siguiendo esta misma línea el Juez variará la aplicación del núcleo esencial de los derechos o se extenderá a usar todas las garantías que ha creado y desarrollado nuestro sistema a partir de ese núcleo⁶³.

Resulta pertinente resaltar, lo dicho en la sentencia T- 496 de 1996 que respalda la insuficiencia de emplear un simple criterio territorial en la aplicación de fueros y jurisdicciones para este tipo de comunidades que habitan el territorio nacional. La sentencia señala que en la práctica los jueces estarán ante situaciones que no son razonablemente solucionables a través de una regla de territorialidad general, y en consecuencia es deber del juzgador, dentro de su análisis, el establecer si los sujetos de las comunidades comprendían las normas infringidas y que su conducta resultaba contraria a lo establecido por el ordenamiento colombiano. La Corte trae en esta sentencia términos como *“conciencia ética del sujeto”* o *“grado de aislamiento de la cultura a la que pertenece”* aspectos que como tal ayudarán a determinar si resulta más conveniente la sanción y juzgamiento de acuerdo al sistema jurídico nacional o si después de todo la mejor solución es la de dejar que las propias autoridades pertenecientes a estas comunidades decidan acorde con sus procedimientos y normas⁶⁴.

Al final todo se reduce a un análisis caso por caso en donde se vinculará al examen detallado de la organización política y social de la comunidad indígena que se estudie, así como de la idiosincrasia, naturaleza y características de su ordenamiento jurídico, también se debe destacar

⁶³ Cfr. SANCHEZ, Esther. La Jurisdicción Especial Indígena. Bogotá, Procuraduría General de la Nación, 2000, p. 138 y sigs.

⁶⁴ Cfr. Sentencia T-496 del 26 de septiembre 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz. Actor: Libardo Guainas Finscue Demandado: Juzgado Tercero Penal del Circuito de La Plata, Huila.

que varios de estos límites se han trabajado a partir de las acciones de tutela que han resultado ser el escenario ideal para completar los vacíos legales dejados por la Ley para las mencionadas temáticas⁶⁵.

1.1.10 La Justicia Penal Militar

Según lo establecido en el Artículo 221 de la Constitución Política⁶⁶, Colombia contará con una Justicia Penal Militar que será aplicada a los miembros de la fuerza pública tanto militares como de policía, así pues, se contará con Tribunales, Jueces y fiscalías militares; además de Cortes Marciales regidas por un Código Penal Militar⁶⁷. Al ser Colombia un país que no ha sido ajeno a situaciones de conflicto armado esta jurisdicción ha estado en el centro de múltiples y enriquecedores debates sobre su jurisdicción y correcta aplicación.

Siendo muy estrictos, es posible indicar que la Justicia Penal Militar no hace parte de la Rama Judicial por su ubicación dentro de la Carta Fundamental, pero por otra parte es innegable el hecho que para ciertos asuntos administra justicia. Resulta idóneo el mencionarla en el presente aparte del texto debido a que guarda un vínculo funcional con la Corte Suprema de Justicia⁶⁸, taxativamente la Ley 1765 de 2015 que reestructuró para Colombia la Justicia Penal Militar y Policial menciona en su Artículo tercero que dentro de los órganos jurisdiccionales y de investigación tiene un lugar la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Penal⁶⁹.

En principio la jurisdicción estaría encargada de sancionar y procesar a los miembros de la fuerza pública, en servicio activo y que cometan delitos en el ejercicio de sus funciones, de esta manera atenderá las presuntas transgresiones que se presenten en el cumplimiento de la labor asignada por parte de la Ley y la Constitución a la Fuerza Pública. Ahora bien, tanto las actuaciones de la Justicia

⁶⁵ Cfr. JULIO, Alexei. *Ob. cit.*, p. 211 y sigs.

⁶⁶ Modificado por los Actos legislativos (Acto legislativo 1 de 2015 & Acto legislativo 2 de 2012).

⁶⁷ Cfr. LÓPEZ, Germán. *Ob. cit.*, p. 328 y sigs.

⁶⁸ Cfr. Sentencia C-037/96. *Ob. cit.*

⁶⁹ Cfr. Ley 1765 de 2015, Por la cual se reestructura la Justicia Penal Militar y Policial, se establecen requisitos para el desempeño de sus cargos, se implementa su Fiscalía General Penal Militar y Policial, se organiza su cuerpo técnico de investigación, se señalan disposiciones sobre competencia para el tránsito al sistema penal acusatorio y para garantizar su plena operatividad en la Jurisdicción Especializada y se dictan otras disposiciones, Publicada en el Diario Oficial el día 23 julio de 2015.

Penal Militar como su administración están atadas a la Constitución Política, esto quiere decir que dentro de todos sus procedimientos deben garantizar los derechos fundamentales respetando entre otros el debido proceso y la igualdad⁷⁰.

La relación de la Justicia Penal Militar con la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia es notable e inicia desde la misma Constitución quien en su Artículo 235 le designa como atribución la de juzgar “[...] a los Magistrados de Tribunales y a los Generales y Almirantes de la Fuerza Pública, por los hechos punibles que se les imputen. [...]” lo anterior crea una excepción al fuero penal militar⁷¹. De la misma manera la Ley 1407 de 2010 en su Artículo 199 expresa que es la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia quien conocerá entre otras cosas de casaciones, acciones de revisión, recursos de apelación y de queja presentados bajo determinadas circunstancias al interior de esta jurisdicción⁷², al fin y al cabo al ser la comisión de un delito de lesa humanidad extraño a la función constitucional directamente asignada a la Fuerza Pública no cabrá la posibilidad de que estas acciones tengan relación con los denominados actos propios del servicio⁷³.

1.1.11 La Jurisdicción Especial para la Paz

Según lo establecido en el punto número cinco del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera (Acuerdo Final) firmado entre el Gobierno colombiano y el grupo armado FARC-EP se buscó la implementación de un “*Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y no Repetición*” que tiene por objeto el garantizar los derechos de las diferentes víctimas del conflicto colombiano y construir una paz estable y duradera, la totalidad del sistema está conformado por: la Comisión de Esclarecimiento de la Verdad, la Unidad para la Búsqueda de Personas Desaparecidas, las medidas de reparación integral para la

⁷⁰ Cfr. JULIO, Alexei. *Ob. cit.*, p. 215 y sigs.

⁷¹ *Ibidem.* p. 40 y sigs.

⁷² Cfr. Artículo 199 Ley 1407 de 2010, Por la cual se expide el Código Penal Militar, Publicada en el Diario Oficial el día 17 agosto de 2010.

⁷³ Cfr. El Fuero Penal militar: una instancia limitada y excepcional. Cfr. La nueva reforma al Fuero Penal Militar Boletín 2015, (OPIP), No. 01-2015, Bogotá, Universidad del Rosario, 2015 [En línea] Revisado, julio 15, 2018. Disponible en: [http://www.urosario.edu.co/Home/Principal/boletines/Ediciones-OPIP/Boletin1-2015/El-Fuero-Penal-militar-una-instancia-limitada-\(1\)/](http://www.urosario.edu.co/Home/Principal/boletines/Ediciones-OPIP/Boletin1-2015/El-Fuero-Penal-militar-una-instancia-limitada-(1)/)

construcción de paz y la JEP que se constituye como el componente de justicia al interior de todo este instaurado sistema⁷⁴.

La JEP tiene en sus manos la difícil función de darle administración a la instituida justicia transicional, adicionalmente es su deber conocer de los múltiples delitos que fueron cometidos en el marco del conflicto armado colombiano, los delitos a los que se refiere tienen un límite temporal el cual consiste en que los mismos no hayan sido llevados a cabo antes del 01 de diciembre del año 2016, asimismo la existencia de esta jurisdicción especial no podrá en ningún caso ser superior a veinte años debido a su característica transicional⁷⁵ y es que la finalidad del establecimiento de este tipo de justicias es la de pasar de una situación de conflicto a la paz, instaurando un cierre que soporte el avance del país, por ende no tiene ninguna lógica que se perpetúe por siempre en el tiempo.

Esta jurisdicción se encargará de los delitos que hubiesen cometido por excombatientes de las FARC-EP al igual que miembros de la Fuerza Pública y de manera voluntaria por parte de otros agentes del estado y terceros civiles, la voluntariedad hace parte de una interpretación creada por la Corte Constitucional en la sentencia C-674/17⁷⁶, teóricamente el trabajo que estará realizando la JEP se enfocará en los delitos representativos y más críticos del conflicto armado, estableciendo criterios de priorización sobre la selección de los mismos⁷⁷.

Como ya se ha dado a entender, tanto en el caso de la JEP como en los procesos de restitución de tierras ya mencionados al principio de este acápite estaremos frente a unos modelos de justicia transicional que han aparecido en el entorno colombiano gracias al conflicto armado interno y a la falta de capacidad en el ejercicio de justicia por parte del Estado, por consiguiente se opta por la

⁷⁴ Cfr. Gobierno, de Colombia & FARC-EP. Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto de una Paz Estable y Duradera, alcanzado el 24 de agosto de 2016, firmado el 26 de septiembre de 2016. Punto No. 5. [En línea] Revisado, junio 01, 2018. Disponible en: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=79893>

⁷⁵ Cfr. Jurisdicción Especial para la Paz (JEP): Página Oficial; Inicio / Jurisdicción Especial para la Paz [En línea] Revisado, junio 18, 2018. Disponible en: <https://www.jep.gov.co/Paginas/JEP/Jurisdiccion-Especial-para-la-Paz.aspx>

⁷⁶ Cfr. Fe de Erratas al Comunicado No. 55 Corte Constitucional, Expediente Rpz-003 -Sentencia C-674/17, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez 14 de noviembre 2017. Norma revisada Acto Legislativo 01 de 2017. *Ver también*, Cfr. Portal La Silla Vacía, Lógica constitucional, 05 marzo (2018). [En línea] Revisado, febrero 04, 2018. Disponible en: <http://lasillavacia.com/silla-llena/red-de-la-paz/historia/logica-constitucional-64508>

⁷⁷ Cfr. Jurisdicción Especial para la Paz (JEP): Página Oficial; Inicio / Jurisdicción Especial para la Paz [En línea] Revisado, junio 18, 2018. Disponible en: <https://www.jep.gov.co/Paginas/JEP/Jurisdiccion-Especial-para-la-Paz.aspx>

vinculación al sistema de diferentes procesos que se encuentran orientados a la superación como sociedad de desuetos y paquidérmicos escenarios que de alguna manera han tolerado la violación sistemática y masiva de los derechos humanos. Estos mecanismos desde un punto de vista teórico permiten la protección de los derechos a la reparación, la verdad y la justicia, adicionalmente dentro de la lógica aplicada a los procesos de transición se flexibilizan varios de los criterios de justicia beneficiando a los victimarios por medio de instrumentos como la reducción de penas, el indulto y la amnistía entre muchos otros, de manera que por medio de los anteriores se lleven a buen término las comisiones de la verdad, la rendición de cuentas, y tanto purgas como filtros al interior de los mismos Estados, acciones que aparentemente resultarían imposibles de realizar de no ser por la aplicación de este tipo de justicia flexibilizada⁷⁸.

El Artículo quinto del Acto Legislativo No. 1 de 2017 señala que la JEP se sujetará a un régimen legal propio, de similar manera contará con autonomía presupuestal, técnica y administrativa asimismo indica que de manera transitoria administrará justicia y adicionalmente le otorga preferencia sobre las demás jurisdicciones para los temas de su competencia que como ya se ha mencionado están dirigidos a los hechos y delitos cometidos en el marco del conflicto armado colombiano. El inciso octavo del Artículo transitorio quinto de esta misma norma habla de los requisitos para hacerse acreedores a los beneficios de la JEP y menciona en este aspecto que las personas que participen en el mismo deberán aportar verdad plena, reparar a las víctimas y garantizar la no repetición, ahora bien, dice la norma: “[...] *El deber de aportar verdad no implica la obligación de aceptar responsabilidades. [...]*” y paralelamente indica que quien incumpla cualquiera de las condiciones del Sistema o entregue a la JEP de manera dolosa información falsa recibirá como consecuencia la pérdida de todos los tratamientos especiales que ofrece esta jurisdicción⁷⁹.

Si observamos a la JEP desde una perspectiva orgánica encontraremos que en el Artículo transitorio séptimo del mismo Acto Legislativo No. 1 de 2017 se indica que la JEP estará integrada por tres salas en las que participarán dieciocho magistrados que llevan el nombre de “*Sala de*

⁷⁸ Cfr. Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, Ob. cit., p. 07 y sigs.

⁷⁹ Cfr. Acto Legislativo 01 de 2017, Por Medio del Cual se Crea un Título de Disposiciones Transitorias de la Constitución Para la Terminación del Conflicto Armado y la Construcción de una Paz Estable y Duradera y se Dictan Otras Disposiciones, Publicado en el Diario Oficial el día 04 abril de 2017.

Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas, Sala de Amnistía o Indulto y Sala de Definición de Situaciones Jurídicas” continuando, también contará con un Tribunal para la Paz conformado por veinte magistrados este a su vez se divide en cuatro secciones “*Sección de Primera Instancia para los Casos de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidades, Sección de Primera Instancia para los Casos de Ausencia de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad, Sección de Revisión de Sentencias y Sección de Apelación.*”, pensando en el futuro de la jurisdicción, también se deja establecido que de ser necesario se podrá integrar una quinta sección llamada de Estabilidad y Eficacia de las Resoluciones y Sentencias de la JEP⁸⁰.

La JEP también cuenta con una Unidad de Investigación y Acusación propia y con una serie de estamentos administrativos como: secretarías, grupos de análisis y órganos de Gobierno. De similar manera por medio del Acuerdo 001 del 9 de marzo de 2018 proferido por la Sala Plena de la JEP capítulo 16 se crearon varias comisiones y comités dentro de las que queremos destacar la Comisión Territorial y Ambiental que tiene como objetivo la implementación y promoción de un enfoque territorial y ambiental en el componente justicia y se encargará de: “[...] *promover la efectiva implementación del enfoque territorial y ambiental en el componente de justicia*”. Las funciones detalladas de la mencionada comisión se encuentra en el Artículo 102 del Reglamento General de la JEP y están dirigidas principalmente a la: “[...] *realización de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales.*” para los casos seleccionados y de la misma manera se dedicará a “*elaborar protocolos, manuales y directrices,*” con el objetivo de dar aplicación a un enfoque ambiental y territorial para la realización de derechos económicos, culturales, sociales y económicos⁸¹.

Debemos recordar que la JEP es una jurisdicción joven de creación muy reciente, ella deberá definir varias de sus dinámicas en el futuro; de la misma manera es una jurisdicción que genera algunos interrogantes y preocupaciones que corresponderá ser decididos en el marco de continuos debates jurisprudenciales y legislativos en los que estará presente la opinión pública junto con la

⁸⁰ Cfr. Jurisdicción Especial para la Paz (JEP): Página Oficial; Inicio / Jurisdicción Especial para la Paz [En línea] Revisado, junio 18, 2018. Disponible en: <https://www.jep.gov.co/Paginas/JEP/Jurisdiccion-Especial-para-la-Paz.aspx>

⁸¹ Cfr. Acuerdo 001 de 2018 de la Plenaria de la Jurisdicción Especial para la Paz, Por el cual se adopta el Reglamento General de la Jurisdicción Especial para la Paz, Fecha de Expedición: el día 09 marzo de 2018.

sociedad civil y seguramente los mismos serán alimentados por la doctrina; a manera de ejemplo actualmente existen discusiones sobre la correcta aplicación de la competencia prevalente de esta jurisdicción y su relación con el resto del sistema en lo vinculado a su futura actuación en conflictos administrativos, ordinarios, disciplinarios y hasta constitucionales que surgen a partir del estudio de las actuaciones penales cometidas con ocasión del conflicto.

En este mismo sentido se deberá prestar atención sobre el cumplimiento de los criterios de selección y escogencia de los magistrados y altos funcionarios de la JEP⁸², además del tipo de relación orgánica que sostenga esta nueva jurisdicción y más específicamente de su Tribunal para la Paz como “[...] *órgano de cierre y la máxima instancia de la Jurisdicción Especial la Paz. [...]*”⁸³ frente a la Corte Constitucional y sus decisiones. Finalmente, y no menos importante es notorio el interés y vigilancia que guardará el sector minero-energético sobre las actuaciones realizadas por la ya mencionada Comisión Territorial y Ambiental.

Superada la descripción de varias de las jurisdicciones que operan en el país, dedicaremos un especial apartado a la descripción de la Jurisdicción Constitucional colombiana puesto que, es en esta sede en donde se darán la mayoría de los debates que serán expuestos en capítulos posteriores. Los aportes, información y comentarios que encontrará el lector a continuación buscan presentar algunos temas selectos que guardan una relación directa entre otras cosas con: las formas de control que ejerce esta jurisdicción, sus sentencias, su estructura, jueces y Tribunales.

⁸² Cfr. En el Artículo 4, Decreto Ley 587 del 5 de abril de 2017, Por el cual se conforma el Comité de Escogencia para la selección de unos miembros del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJIRNR), Publicado en el Diario Oficial el día 05 abril de 2017 se indica que los funcionarios de la JEP deberán ser elegidos mediante un: “*proceso de selección que dé confianza a la sociedad colombiana y a los distintos sectores que la conforman.*”

⁸³ Cfr. Acto Legislativo 01 de 2017, Por Medio del Cual se Crea un Título de Disposiciones Transitorias de la Constitución Para la Terminación del Conflicto Armado y la Construcción de una Paz Estable y Duradera y se Dictan Otras Disposiciones, Publicado en el Diario Oficial el día 04 abril de 2017.

CAPITULO 2. LA JURISDICCION CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

Iniciemos por decir que la presencia de un determinado control de constitucionalidad de las Leyes y la creación de todo un aparato jurisdiccional que lo acompañe se construye sobre algunos elementos determinantes de la teoría clásica Constitucional como la supremacía de la misma, la rigidez y la eficacia normativa⁸⁴. Sin pretender realizar un detallado estudio sobre los tres principales elementos mencionados, ya que desviarían el propósito principal de esta investigación, presentaremos una corta definición de los mismos que nos permitirá identificar con el lector conceptos comunes para inmediatamente avanzar y adentrarnos en el estudio orgánico de la jurisdicción, su regulación y funciones.

Entenderemos que, el elemento denominado supremacía de la Constitución resulta ser el fundamento del mismo Estado al igual que la base del orden jurídico establecido, asimismo es la norma que regula el ejercicio de la elaboración de Leyes y de las normas generales sobre las que fundan su actividad las autoridades administrativas, Tribunales y órganos estatales, en pocas palabras resulta ser el centro fundamental del denominado orden estatal⁸⁵. El autor Aragón Reyes va más lejos y plantea una diferenciación entre supremacía y la suprallegalidad de la Constitución e indica que la supremacía es una cualidad política en la que siempre encarna “[...]un conjunto de reglas que se tienen por fundamentales [...]” y resultan estas esenciales para lograr perpetuar la forma política, en otro sentido encontramos la suprallegalidad que se constituye como la garantía jurídica de la ya explicada supremacía; por obvias razones existirá una vocación de dar siempre el paso y transformar la supremacía en suprallegalidad⁸⁶.

⁸⁴ Cfr. JULIO, Alexei. *Ob. cit.*, p. 228 y sigs.

⁸⁵ Cfr. Kelsen, Hans. La garantía jurisdiccional de la Constitución. La justicia constitucional. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2001, p. 21. *Ver también* Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional. Madrid, Civitas, 1981, p. 49. *Ver también* Cfr. MATILLA, Andry; FERRER, Eduardo. Algunas Consideraciones Sobre la Supremacía de la Constitución y el Control de Constitucionalidad Como Medio de Hacerla Efectiva. En: Escritos sobre Derecho Procesal Constitucional. La Habana, Unión Nacional de Juristas de Cuba, 2012, p. 253 y sigs.

⁸⁶ Cfr. REYES, Manuel. Sobre las nociones de supremacía y suprallegalidad constitucional. En: Revista de Estudios Políticos. No. 50. Centro de estudios políticos y constitucionales, 1986, p. 99. [En línea] Revisado, Julio 10, 2018, Disponible en: <https://es.scribd.com/document/243799773/1-Aragon-Reyes-supremacia-y-suprallegalidad-constitucional-pdf>

También se entenderá la supremacía de la Constitución como un precepto jurídico que se constituye como fuente del resto de normas que se encuentran en el entorno del Estado y como consecuencia directa las mismas deberán guardar obediencia y sumisión encontrándose en la cúspide del denominado orden político que también es justificado a través de la misma Carta. Es fundamental que recordemos surge de un “[...]equilibrio de fuerzas políticas en un momento determinado[...]”⁸⁷

Por su parte la rigidez de la Constitución se refiere específicamente al principio de rigidez que fue trabajado por varios autores como: Carl Schmitt, James Bryce y Karl Loewenstein⁸⁸, asimismo parte de la distinción entre constituciones rígidas y flexibles. Las flexibles que no contiene dentro de sí mismas garantías ni herramientas de protección constitucional y, por el contrario, las constituciones rígidas que son más resistentes si se comparan con las Leyes, de esta manera se caracterizan por tener una preponderancia frente a otras normas del Estado. Así pues, este segundo tipo de constituciones poseen procedimientos diferenciados y bien distintos a los de reforma o creación de las Leyes⁸⁹. Como consecuencia de lo apreciado en el anterior párrafo, la rigidez constitucional termina siendo una garantía que se opone a las prácticas que se aplicaban sobre la Carta Fundamental en el Estado legal⁹⁰.

Por último, se encuentra el elemento de la eficacia normativa que se refiere a indicar a la Constitución Política como una Ley positiva, verdadera, obligante y suprema que cuenta con una vocación de permanencia más alta frente a la legislación común, opuesto esto a concebirla como un modelo o simple patrón a seguir de carácter meramente político⁹¹, al fin y al cabo se procurará

⁸⁷ Cfr. MATILLA, Andry; FERRER, Eduardo. *Ob. cit.*,

⁸⁸ Cfr. CORREA, Laura; PANTOJA, Juan. Novedad Jurisprudencial: Mutabilidad Constitucional: Análisis del “*Fast Track*” a la Luz de la Rigidez de la Constitución De 1991. En: Universitas Estudiantes. No. 16-2017. Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2017, p. 132 y sigs.

⁸⁹ A mayor abundamiento sobre el desarrollo y teorías sobre la rigidez y flexibilidad de las constituciones consultar: Cfr. CHÁVEZ, José de Jesús. Notas Sobre la Rigidez Constitucional en México (A Propósito Del Centenario De La Constitución Política De Los Estados Unidos Mexicanos). En: Letras Jurídicas. No. 26. Universidad de Guadalajara, 2018, p. 4 y sigs.

⁹⁰ Cfr. GUERRA, Marcelo. Carta Magna y Rigidez Constitucional: Una Mirada Desde el Nuevo Constitucionalismo Andino En: STORINI; Claudia. Carta magna y nuevo constitucionalismo latinoamericano ¿Ruptura o continuismo? Quito, Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional, 2017, p: 65-86.

⁹¹ Cfr. BREWER-CARÍAS, Allan. La Justicia Constitucional Como Garantía de la Constitución En: FERRER, Eduardo; BOGDANDY, Armin von; MORALES; Mariela. La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un *Ius constitucionale commune* en América Latina?, t. I. México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas: Max-Planck-Institut Für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht: Instituto Iberoamericano de Derecho

la defensa y establecimiento efectivo de los derechos humanos colocando límites a las competencias estatales y lo que es más importante todo esto se realiza a favor de la materialización efectiva de los mandatos constitucionales⁹².

Bajo los tres elementos exteriorizados anteriormente, que recordemos son rigidez de la Carta, supremacía de la Constitución y eficacia normativa, emerge el requerimiento de la creación de un control de constitucionalidad sobre las Leyes⁹³, como tal se aspira a la estructuración de una Jurisdicción Constitucional que en el entorno de un Estado liberal-social encontrará un escenario en donde la tutela de los derechos es extensa y supera ostensiblemente los usuales derechos políticos y civiles, asimismo los debates sobre derechos de prestación aumentan⁹⁴ y se exigirá la construcción de una jurisprudencia coherente que solvante los retos propios relacionados con la eficacia de la Constitución junto con sus principios, valores y derechos.

Es posible indicar que la Constitución resulta ser formal ya que se constituye como una Ley que ordena y al mismo tiempo fundamenta la validez de la totalidad del sistema jurídico, por ende no resulta extraño que establezca procedimientos arduos para su transformación o reforma, por otro lado también es material ya que en su contenido se agrupan fundamentales principios y valores que determinan la organización político-social que resuelven las *“necesidades vitales de justicia de sus integrantes”*⁹⁵.

Continuando con el estudio sobre la estructuración de la jurisdicción constitucional colombiana, se han establecido dos sistemas con características propias de donde ha tomado elementos el sistema colombiano para crear su propia versión de jurisdicción constitucional, a renglón seguido se mencionarán estos sistemas.

Constitucional, 2010, p. 25 y sigs. [En línea] Revisado, agosto 08, 2018, Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2894/7.pdf>

⁹² Cfr. CRISTANCHO, Juan. Realidad y Constitución: Las Sentencias de los Tribunales Constitucionales Como Instrumentos Para la Efectividad Constitucional. Bogotá, Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano, 2014, p. 21.

⁹³ Cfr. JULIO, Alexei. *Ob. cit.*, p. 229.

⁹⁴ Cfr. ZÚÑIGA, Francisco. Jurisdicción Constitucional en la Perspectiva Actual: Notas Para una Comparación en América Latina. En: Ius et Praxis. vol. 4, no 2. Talca, Universidad de Talca, 1998, p. 193 y sigs. [En línea] Revisado, marzo 01, 2018, Disponible en: <http://www.redalyc.org/pdf/197/19740211.pdf>

⁹⁵ Cfr. DEL ROSARIO, Marcos. La Supremacía Constitucional: Naturaleza y Alcances. En: Díkaion: revista de actualidad jurídica. vol. 20, no 1. Chía, Universidad de la Sabana, 2011, p. 100. [En línea] Revisado, febrero 05, 2018, Disponible en: <http://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/1950/2506>

2.1 SISTEMAS DE CONTROL CONSTITUCIONAL

En principio existen dos grandes sistemas de control de constitucionalidad de las Leyes cuyo objetivo principal es el de garantizar la supremacía de la Constitución, estos son el sistema americano que es procedente de los Estados Unidos de Norteamérica y el europeo; de similar manera existirán una serie de países que posteriormente adoptarán características propias de los dos sistemas originales y que se pueden agrupar en una tercera categoría que se le denomina sistemas mixtos, a continuación se hará una descripción de los sistemas mencionados que más tarde nos permitirán traer la información vinculada a la Jurisdicción Constitucional colombiana.

2.2 EL SISTEMA AMERICANO

Este sistema es el resultado del positivismo jurídico y es producto del exaltamiento del principio de legalidad en el sistema jurídico, ahora bien en la Constitución de EE.UU de 1787 no hay un pronunciamiento expreso sobre el control de constitucionalidad sobre las Leyes, no obstante si se plantea una clara superioridad de la Constitución sobre las denominadas Leyes federales, bajo el anterior esquema cobra importante relevancia el fallo conocido como Marbury contra Madison proferido en 1803, en el que el Juez Marshall mediante una resolución del Tribunal Supremo de los Estados Unidos crea el punto de partida sobre el cual se estructurará el denominado control constitucional de las Leyes del Sistema norteamericano, (sistema de control difuso o judicial review), todo lo anterior sustentado en la supremacía de la Constitución norteamericana⁹⁶.

El mencionado caso tiene origen en la designación de ciertos jueces de paz realizada por el presidente John Adams que sustentaba su acción en una Ley proferida por parte del Congreso de EE.UU, de manera posterior Thomas Jefferson actuando como nuevo mandatario decidió anular cuatro de estas posiciones puesto que no habían sido nombrados en su cargo por el anterior gobernante, es en este escenario que uno de estos candidatos - Madison - que resultó impactado negativamente por la decisión del nuevo presidente, solicitó que su nombramiento se hiciera

⁹⁶ Cfr. DÍAZ, Enrique. Análisis y reflexiones sobre el control de constitucionalidad de las Leyes. En: Opinión Jurídica. vol. 15, no 30. Chía, Universidad de Medellín, 2016, p. 32. [En línea] Revisado, febrero 25, 2018, Disponible en: <https://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/2017>

realidad teniendo como sustento lo dicho en el *Judiciary Act* of 1789; derivado de toda esta situación surge la intervención del Juez John Marshall quien profiere una sentencia el 24 de febrero de 1803 por medio de la cual se instituye la doctrina de la primacía de la Constitución al enfrentarse a cualquier otra norma⁹⁷.

Marshall, actuando como presidente de la Suprema Corte, funda el principio constitucional, consistente en que sobre todos los asuntos conocidos por el órgano judicial se abrogará esta institución la potestad de realizar un control de constitucionalidad de las Leyes, por consiguiente, el Juez podrá dentro de su sabiduría constitucional interpretar la Carta Suprema. En un aparte de la mencionada sentencia se indica que: *“Si, entonces, los Tribunales deben considerar la Constitución, y la Constitución es superior a cualquier acto ordinario de la legislatura, la Constitución, y no ese acto ordinario, debe regir el caso al que ambos puedan ser aplicados.”*⁹⁸ Pues bien, en el caso que una Ley sea contraria con la Constitución prevalece la Carta Fundamental y como consecuencia existirá un deber del Poder Judicial sobre la protección de la Constitución⁹⁹.

Existen ciertas referencias que sirvieron de base a la decisión del Juez Marshall en Marbury contra Madison, una de estas proviene del Federalista número 78 en donde Hamilton afirma que los Tribunales terminan siendo un intermediador entre la legislatura y el pueblo cumpliendo una función de mantener al legislador dentro de ciertas fronteras que se le han delegado y más en concreto indica que debe preferirse la Constitución (intención del pueblo) frente a la Ley (intención de los mandatarios) en los casos donde se presenten discrepancias¹⁰⁰.

⁹⁷ Cfr. VALDÉS, Eurípides. Los sistemas de control constitucional frente a los derechos fundamentales. El caso de Cuba y España. En: MANTILLA; Andry; FERRER, Eduardo. Escritos Sobre Derecho Procesal Constitucional. La Habana, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana y Unión Nacional de Juristas de Cuba, 2012, p. 283

⁹⁸ Cfr. MARSHALL, John. Marbury v. Madison. Voto do Cheif Justice, 1803. [En línea] Revisado, agosto 03, 2018.

⁹⁹ Cfr. DÍAZ, Enrique. *Ob. cit.*

¹⁰⁰ Hamilton nos indica: “[...] It is far more rational to suppose, that the courts were designed to be an intermediate body between the people and the legislature, in order, among other things, to keep the latter within the limits assigned to their authority. The interpretation of the laws is the proper and peculiar province of the courts. A constitution is, in fact, and must be regarded by the judges, as a fundamental law. It therefore belongs to them to ascertain its meaning, as well as the meaning of any particular act proceeding from the legislative body. If there should happen to be an irreconcilable variance between the two, that which has the superior obligation and validity ought, of course, to be preferred; or, in other words, the Constitution ought to be preferred to the statute, the intention of the people to the intention of their agents.” (trad. a.) Cfr. HAMILTON, Alexander. Federalist papers No. 78. En The Avalon Project at Yale Law School, (1788) [En línea] Revisado, Julio 07, 2017. Disponible en: https://avalon.law.yale.edu/18th_century/fed78.asp

Adentrándonos aún más en el sustento que pudo utilizar el Juez Marshall, resulta sugestivo mencionar el aporte que entrega el profesor Pérez Royo quien además de ratificar este momento histórico como la apertura del control de constitucionalidad de las Leyes en el mundo jurídico también lo ubica como el resultado de un camino recorrido en el que se superaron ciertos escollos que sirvieron como soporte filosófico de la decisión de Marbury contra Madison, el primero de estos es la *Gloriosa Revolución Inglesa del siglo XVII* 1688-89 apreciable por el autor como un proceso mediante el cual se endilgó responsabilidad a James II por el quebrantamiento de la Constitución, más adelante muestra la manera cómo se plantearon algunos conflictos constitucionales durante el siglo XVIII estos son: “[...] la petición de la ciudad de Kent y el *Septennial Bill*”, en ambos casos se presentan conflictos relacionados con la anticonstitucionalidad de los actos del Poder Legislativo que para su momento resultaban novedosos y revolucionarios al plantear un debate sobre un posible quebrantamiento de la Constitución por parte de la representación de los ciudadanos distinta a la acostumbrada afrenta del monarca. Finalmente se trae a colación los procesos de distanciamiento y separación de las colonias Norteamericanas en las que se exteriorizó un contexto de debate sobre la supremacía de lo planteado por parte de la Constitución frente a los actos promulgados por el legislador - Parlamento inglés - o por parte de los legisladores de los Estados.¹⁰¹

Después de describir el mencionado recorrido se concluye que fue poco a poco que las nombradas nociones ganaron un espacio dentro de la cultura jurídica de los EE.UU, en este sentido el concepto de superioridad de la Constitución frente a lo planteado por el legislador ha realizado una carrera en el tiempo que de manera progresiva endosa cierto poder a la rama judicial la cual adquiere dentro de sus funciones la de defender la superioridad de la Constitución por intermedio de las declaraciones de inconstitucionalidad.

En resumidas cuentas, es por medio de una interpretación constitucional del Juez John Marshall que resuelve una disputa política surgida por el cambio de administración de un presidente, que se implanta el control de constitucionalidad de las Leyes sustentado este en el principio de la

¹⁰¹ Cfr. PÉREZ-ROYO, Javier. La reforma de la Constitución. En: Revista de derecho político. No. 22. Madrid, Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), 1986, pp. 15-16. [En línea] Revisado, febrero 05, 2018, Disponible en: <http://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/view/8324>

soberanía popular, cuyo objetivo no es otro que el de proteger a la Carta Fundamental como manifestación del poder constituyente, por consiguiente la Constitución no puede sufrir una modificación por vía de Leyes ordinarias¹⁰² y es en este punto histórico que responde a una serie de cambios en la cultura jurídica en donde se da inicio a un nuevo escenario en el control del poder nombrado *judicial review*.

A pesar del adelanto teórico que significo transformar el enunciado teórico en algo tangible esbozado en Marbury contra Madison, pasaría mucho tiempo para que la Corte Suprema de EE.UU en el caso Dred Scott retomará una cuestión similar, así pues fue solo de la mano del *New Deal* en pleno siglo XX y bajo el escenario creado por la lucha de los derechos Civiles que este Tribunal dio un alcance sobresaliente al control de constitucionalidad de las Leyes¹⁰³ y al mismo tiempo logró instalar definitivamente estos postulados como parte de una habitualidad del sistema Constitucional de los EE. UU.

Después de ofrecer la anterior referencia histórica vinculada a la aparición del control constitucional dentro de la cultura jurídica avanzaremos hacia las principales características que identifican al Sistema Americano, iniciaremos por indicar que se trata de un modelo descentralizado o difuso, esto significa que cualquier Juez del sistema posee la competencia para ejecutar un control de constitucionalidad, asimismo resulta incidental ya que se trata de proteger “[...] *derechos específicos de las partes en concreto*”¹⁰⁴, se debe recordar que el mismo aparece durante un juicio con causa y objeto diferente al control de constitucionalidad, el Juez logra en estos casos pronunciarse sobre el mismo por medio de una excepción concerniente a la aplicación de una Ley puntual¹⁰⁵.

Los efectos producidos por estas decisiones de inconstitucionalidad de la norma tendrán efectos inter partes, de esta manera sus consecuencias son para el caso en concreto, también podemos identificar la característica consistente en que toda declaración de invalidez posee una aplicación

¹⁰² Cfr. DÍAZ, Enrique. *Ob. cit.*, p. 34-35 y sigs.

¹⁰³ Cfr. JULIO, Alexei. *Ob. cit.*, p. 231 y sigs.

¹⁰⁴ *Ibidem*.

¹⁰⁵ *Ibidem*. Ver también, Cfr. CANO, Andrés; TORO, Laura. Justicia Constitucional y Control de Constitucionalidad. Medellín, Editorial Universidad Santiago de Cali; Librería Jurídica Diké, 2017, p. 63.

retroactiva y además se debe tener en cuenta que se logra una aplicación directa a la Constitución sin anular la norma o precepto bajo estudio¹⁰⁶.

Para este sistema resulta determinante la función que cumple la *Supreme Court* que bajo la función de árbitro o Juez de cierre en temas de interpretación constitucional o legal y rechazando o concediendo el denominado *writ of certiorari*¹⁰⁷ logra unificar la jurisprudencia emanada de los diferentes Tribunales de menor jerarquía. Se puede decir que en principio la decisión proferida tiene efectos para el caso particular, no obstante, en virtud del sistema de precedente judicial al final termina siendo aplicada como solución y respuesta a todos los casos dentro del sistema en donde aparezca aplicada la norma debatida¹⁰⁸.

A manera de críticas sobre el presente sistema se ha indicado por la doctrina que aplicado el mismo de manera ortodoxa no alcanza una declaración de inconstitucionalidad con efecto erga omnes de las normas escudriñadas, ya que no declara la nulidad absoluta de la Ley y de sus diferentes actos derivados, de igual modo se encuentra como un defecto el que bajo este sistema el Poder Judicial logra conseguir una concentración de poder menoscabando la posición de los otros dos poderes, más aún se pone en entredicho la acción de los jueces como sancionadores del mandato constitucional que se enfrenta a una voluntad política que también guarda legitimidad, encima al interior de este sistema se presenta un constante desgaste judicial procedente de una repetición de acciones derivadas de su falta de efectos sobre la totalidad de las disposiciones y actos que por su naturaleza u origen resultarían del mismo modo inconstitucionales¹⁰⁹

2.3 EL SISTEMA EUROPEO

Se otorga el nombre a este sistema puesto que sus orígenes poseen un fuerte vínculo con esta región del planeta, también se puede indicar que es a partir de sus disímiles orígenes que se marcan los

¹⁰⁶ Cfr. DÍAZ, Enrique. *Ob. cit.*, p. 35 y sigs.

¹⁰⁷ A mayor abundamiento sobre el sistema judicial norteamericano & la manera de movilizar el control de constitucionalidad, Cfr. RUIZ, María. El «Certiorari». Ejercicio Discrecional de la Jurisdicción de Apelación por El Tribunal Supremo de los Estados Unidos. En: Revista española de Derecho constitucional. No. 41. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1994, pp. 89-136. Ver también RUIZ, Gregorio. Federalismo Judicial (El Modelo Americano). Barcelona, Civitas Ediciones, 1994.

¹⁰⁸ Cfr. JULIO, Alexei. *Ob. cit.*, p. 231 y sigs.

¹⁰⁹ Cfr. VALDÉS, Eurípides. *Ob. cit.*, p. 284 y sigs.

contrastes entre estos dos sistemas de control constitucional; mientras el sistema Americano crea una estructura que es resultado del positivismo y el exaltamiento del principio de legalidad, el sistema europeo proyecta una estructura en donde la misma Constitución aparece como una Ley superior en referencia a un catálogo de valores¹¹⁰.

El sistema europeo de control constitucional, también conocido como (sistema de control concentrado o sistema kelseniano), hace su aparición en época de la primera posguerra, más exactamente hacia 1920, año en el que las constituciones austriaca y checoslovaca reconocen este tipo de control y para el caso de la primera debe su autoría al profesor Hans Kelsen¹¹¹.

En el control de constitucionalidad establecido en la Constitución Austriaca de 1920 se logró superar varias imperfecciones del tipo técnico propias del *judicial review* que trae consigo el sistema americano, ya que puede que se persiguiera un mismo fin, no obstante, se buscaba por intermedio de mecanismos que resultaban jurídicamente imperfectos¹¹². Sobre el particular Kelsen indica que aquel órgano que se encargará del Control Constitucional deberá guardar ciertas características como la de ser independiente tanto del Gobierno como del parlamento ya que estos resultan ser los sujetos a controlar, de esta manera la propuesta es la existencia de un tribunal que profiera sentencias que tengan como efecto la anulación general del acto denominado inconstitucional, dentro de estos se tendrán a las Leyes proferidas por el Parlamento. Lo anterior encuentra sustento, en su subordinación a lo establecido por parte de la Constitución¹¹³.

Tanto la influencia directa de Kelsen sobre el texto¹¹⁴ como su contenido innovador hacen de la Constitución Austriaca de 1920 un referente sobre el establecimiento del sistema europeo, en la

¹¹⁰ Cfr. GROPPÍ, Tania. ¿Existe un modelo europeo de Justicia Constitucional? En: Revista de Derecho Político. No 62. Madrid, Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), 2005, p. 43. [En línea] Revisado, agosto 05, 2018, Disponible en: <http://revistas.uned.es/index.php/derecho-politico/article/view/8952/8545> Ver también Cfr. DÍAZ, Enrique. *Ob. cit.*, p. 30.

¹¹¹ Cfr. VALDÉS, Eurípides. *Ob. cit.*, p. 284 y sigs.

¹¹² Cfr. KELSEN, Hans. Judicial review of legislation: a comparative study of the Austrian and the American constitution. *The Journal of Politics*, vol. 4, no 2, 1942, p. 192.

¹¹³ Cfr. HERRERA, Carlos. La polémica SCHMITT-KELSEN sobre el guardián de la Constitución. En: Revista de Estudios Políticos. no. 86. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1994, pp. 205-206. [En línea] Revisado, abril 22, 2018, Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=27301>

¹¹⁴ A mayor abundamiento sobre la garantía jurisdiccional de la constitución desde la visión de Kelsen, Cfr. KELSEN, Hans. La garantía jurisdiccional de la Constitución (la Justicia Constitucional). *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, no 15, 2011, pp. 249-300.

misma se establecía un órgano de control concentrado quien se encargaba de la salvaguardia de la Carta Fundamental, el órgano se entendía desde sus orígenes como un Legislador Negativo quien extirpaba del ordenamiento las diferentes Leyes que se contrapusieran a lo dicho por la norma superior, algunos órganos constitucionales como el Gobierno de la Federación podían interponer recursos por inconstitucionalidad y sus efectos resultaban hacia el futuro y con efectos *erga omnes*; más adelante en 1931 la Constitución Española estableció un Tribunal de Garantías Constitucionales que se encargaría de los recursos de amparo y constitucionalidad. Como algo para destacar de este documento debemos nombrar la medida de legitimar a particulares – en principio de manera restrictiva - para interponer el recurso de inconstitucionalidad¹¹⁵.

Para algunos otra característica que posee este sistema es su carácter político, lo anterior no se puede tomar a la ligera ya que resultó ser el centro del debate entre doctrinantes de principios del siglo XX, la discusión sobre la idoneidad de contar con un órgano de carácter esencialmente político y no jurídico en el que se concentrara la defensa constitucional fue protagonizado por dos grandes juristas por un lado Schmitt y en el otro costado de la discusión Kelsen¹¹⁶. Schmitt resaltaba que el sistema planteado contenía un carácter político en el que podía existir el riesgo de terminar llevando la política a la misma justicia con la buena intención de transportar el Derecho Político a la política lo cual conllevaría a la desafortunada pérdida de autoridad de la Justicia¹¹⁷.

El debate resulta muy interesante ya que Schmitt distingue entre una protección política y un control judicial como tal, esta división nace como resultado de la separación que hace este mismo autor en su teoría de la Constitución, de esta manera diferencia la Constitución: “[...] *entendida como decisión sobre la existencia política de un Estado, como forma sustancial de la unidad política,*” y por otro lado la Ley constitucional que sería: “[...] *la realización normativa, que presupone aquélla como su fundamento*” en definitiva, Schmitt predicaba que los diferentes Tribunales tenían la posibilidad de: “[...] *controlar las Leyes simples con respecto a la Ley constitucional*” – según la diferenciación que se acaba de presentar - pero en ningún caso podrían

¹¹⁵ Cfr. JULIO, Alexei. *Ob. cit.*, p. 236 y sigs.

¹¹⁶ A mayor abundamiento debate Cfr. SCHMITT-KELSEN: HERRERA, Carlos. *Ob. cit.*, p. 208 y sigs.

¹¹⁷ Cfr. VALDÉS, Eurípides. *Ob. cit.*, p. 284 y sigs.

entrar a salvaguardar la Constitución como existencia política del Estado o unidad política en forma sustancial¹¹⁸.

Por su parte Kelsen defendía a la Constitución como Norma fundamental sobre la cual se estatuye toda la compleja estructura jurídica del sistema¹¹⁹, por esta misma razón reclama que en búsqueda de una estabilidad reforzada se instauren mayores obstáculos para su reforma frente a lo que puede ser una Ley común y que su máxima supremacía se preservara por medio de una Corte o Tribunal Constitucional que actuara a manera de guardián máximo y que, asimismo, tendría la posibilidad de excluir toda norma opuesta a lo establecido en la Carta, explicaba como sustento que el apartamiento del sistema de las normas contrarias a la Carta no debía realizarse por el estamento - Poder Legislativo - quien vinculó al sistema la misma Ley defectuosa¹²⁰. El debate Schmitt-Kelsen tuvo su espacio en la jurisdicción alemana en la sentencia del *Reichsgericht* del 5 de noviembre de 1925 en donde se decide a favor de la defensa del derecho de los jueces alemanes a controlar la constitucionalidad de las Leyes¹²¹.

Algunas de las críticas que se han expresado a la teoría de Kelsen parten de acusarlo de fomentar el establecimiento de un modelo que resulta contrario a la teoría de la tripartición de poderes, ya que avala la creación de un Tribunal Político de defensa constitucional que se impone al accionar de la rama ejecutiva y legislativa e incentiva con su presencia la aparición de riesgos como el que los Tribunales caigan bajo el control del Poder Ejecutivo y la falta de legitimación democrática que puede llegar a tener este tipo de Cortes y Tribunales Constitucionales bajo el entendido que actúan como legisladores negativos siendo sus miembros designados y no electos para ser parte de las corporaciones¹²².

En definitiva, los regímenes totalitarios que se establecieron en Europa retrasaron el establecimiento de este modelo en otras jurisdicciones, no obstante sus rasgos y características

¹¹⁸ Cfr. HERRERA, Carlos. *Ob. cit.*, p. 208.

¹¹⁹ Lo anterior responde a la construcción escalonada de la producción del derecho, a mayor abundamiento revisar: Cfr. WALTER, Robert. *La doctrina del derecho de Hans Kelsen*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999. p. 58 y sigs.

¹²⁰ Cfr. LÓPEZ, Germán. *Ob. cit.*, p. 65.

¹²¹ Cfr. JULIO, Alexei. *Ob. cit.*, p. 237.

¹²² Cfr. VALDÉS, Eurípides. *Ob. cit.*, p. 284 y sigs.

fueron guardadas para su proliferación en época de posguerra bajo el nombre de modelo europeo de control de constitucionalidad. Las características que podemos identificar son: la presencia de un órgano jurisdiccional único, específico (Corte, Tribunal Constitucional) y concentrado, que cuenta con un proceso autónomo de constitucionalidad, el impulso del proceso se encuentra en un órgano constitucional, los efectos sobre su validez son generales y hacia el futuro. Queremos destacar que a medida que ha pasado el tiempo se ha venido enriqueciendo el modelo con figuras como el recurso de amparo y la cuestión de inconstitucionalidad¹²³.

Kelsen entregó algunas referencias al modelo desde su experiencia como miembro y relator permanente de la Alta Corte Constitucional Austriaca, indicando que un Tribunal Constitucional debe ser cuidadoso al decidir traer concepciones de moralidad, libertad, equidad o igualdad ya que pueden resultar siendo utilizadas como herramientas de cualquier regla de derecho que se pretenda justificar, lo cual es notorio al entrar a decidir sobre la constitucionalidad de una determinada Ley, en este sentido es intolerable una decisión de este tipo ya que puede llegar a ser contraria a la concepción de la mayoría de la población y su nulidad basada en estos conceptos chocaría con lo dispuesto por el Parlamento, bajo lo anterior no se trataba de pretender que cada una de las leyes que son votadas en el Parlamento dependa de la apreciación reducida de un colegio o Tribunal Constitucional elegido arbitrariamente desde un enfoque político¹²⁴.

Con el fin de hacer notar que en la actualidad el sistema europeo no es un modelo que se ha quedado en su forma más pura, sino que, por el contrario, ha evolucionado en las diferentes jurisdicciones en donde es aplicado, incluiremos un comentario de manera general sobre los Controles por Intermedio de la Garantía de Protección de los Derechos Fundamentales.

Este tipo de controles son aplicados en nuestros días en las diferentes jurisdicciones Europeas, en este sentido se ha identificado que coexisten mecanismos que están encaminados directamente a la protección de los derechos fundamentales entre estos el recursos de amparo (España) o la queja constitucional (Alemania), como tal las figuras son: “[...] *medios alternativos de control de*

¹²³ Cfr. JULIO, Alexei. *Ob. cit.*, p. 237.

¹²⁴ Cfr. Kelsen, Hans. *La garanzia giurisdizionale della costituzione (la giustizia costituzionale)* (1928). Id., *La giustizia costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1981, p. 145, 188 y sigs.

constitucionalidad", en donde los descontentos constitucionales planteados establecen el camino para llegar a un juicio cuyo objeto será la constitucionalidad de la norma revisada. Lo anteriormente mencionado debido a que: "[...] *han sido aplicadas en un proceso y son cuestionadas junto con el fallo judicial*" o debido a que "*afectan directamente al ciudadano en sus derechos fundamentales [...]*" como consecuencia de ello, sistemas como el alemán por más que originalmente respondía al típico modelo Europeo en nuestros días instituyen un sistema propio que cuando se pronuncia sobre la constitucionalidad de la norma por medio de su Tribunal Constitucional inicialmente decide el caso entre las partes, pero al final estos efectos terminan obteniendo consecuencias sobre todo el sistema. En el mismo sentido podríamos indicar que varios de los modelos aplicados en las jurisdicciones europeas actualmente responden a interpretaciones propias adaptadas a su realidad¹²⁵.

2.4 LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

Adicional a las Garantías de Protección de los Derechos Fundamentales también se han creado para los diferentes países desiguales versiones sobre la Cuestión de Inconstitucionalidad la cual aparece cuando en cualquiera de las instancias de un proceso ante un órgano jurisdiccional emerge una duda sobre la constitucionalidad de la Ley que es aplicada, en razón de lo anterior se remite esta cuestión al Tribunal Constitucional por petición del Juez o de alguna de las partes del proceso, en definitiva será el Juez Constitucional a quien se remitió el caso quién analizara la situación y decidirá generando un efecto *erga omnes* sobre lo resuelto y expandiendo sus efectos fuera del caso específico¹²⁶.

2.5 LOS SISTEMAS MIXTOS

Cerraremos este acápite mencionado a los Sistemas Mixtos que no son otra cosa que estructuras que trasladan componentes tanto del Sistema Americano como del Europeo y responden a sus propias versiones de administración de la Cuestión de Inconstitucionalidad; además de ofrecer

¹²⁵ Cfr. JULIO, Alexei. *Ob. cit.*, pp. 238 -239.

¹²⁶ *Ibidem*.

variadas formas de protección o amparo de los derechos fundamentales del ciudadano. Este tipo de sistemas son los que en la actualidad más jurisdicciones abarcan, es por ello que, pretendemos ofrecer al lector una puerta a la siguiente sección del documento que se encargará de trabajar algunas características del modelo establecido para Colombia.

Destacaremos que el reconocimiento del sistema de control de constitucionalidad colombiano como uno mixto no es extraño, tanto así que en varias sentencias la Corte Constitucional se ha manifestado este rasgo distintivo; es el caso de la sentencia SU-1219 del 2001¹²⁷ en donde el magistrado Manuel José Cepeda Espinosa ratifica esta posición y bajo esta misma línea se encuentra la sentencia C-122 de 2011 en donde el magistrado Juan Carlos Henao al estudiar el Artículo 4º de la Constitución colombiana señala que “[...]Esta norma hace que nuestro sistema de control de constitucionalidad sea calificado por la doctrina como un sistema mixto ya que combina un control concentrado en cabeza de la Corte Constitucional y un control difuso de constitucionalidad en donde cualquier autoridad puede dejar de aplicar la Ley u otra norma jurídica por ser contraria a la Constitución. [...]”¹²⁸.

2.6 ESTRUCTURA DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN COLOMBIA

Una vez explicados los diferentes sistemas de Control Constitucional entraremos a exponer y comentar de manera más detallada la forma en que desde la Constitución y las Leyes se ha organizado la estructura de la Jurisdicción Constitucional colombiana. Para dar inicio mencionaremos que el Decreto 2067 de 1991 trae consigo una serie de normas que regulan la relación de los distintos órganos encargados del control constitucional en Colombia, en todo caso la norma mencionada resulta desbordada a la hora de referimos a la Jurisdicción Constitucional puesto que existen otros mecanismos de defensa de la misma dentro del ordenamiento.

¹²⁷ Cfr. Sentencia SU-1219 del 21 de noviembre del 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, proceso de revisión de la sentencia del seis (6) de diciembre de dos mil (2000), proferida por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, en el proceso de tutela T-412756 de la Caja de Compensación Familiar de Cartagena contra el Juzgado Primero Civil del Circuito de Cartagena y otro.

¹²⁸ Cfr. Sentencia C-122 del 1 de marzo del 2011, M.P. Juan Carlos Henao, Demanda de inconstitucionalidad contra el parágrafo del artículo 40 de la Ley 5 de 1992.

La Jurisdicción Constitucional no se encuentra bajo el poder de un único grupo de jueces o de un solo tribunal, no desconocemos con estas palabras la existencia de la Corte Constitucional quien ejerce como Supremo Tribunal de la jurisdicción constitucional en el país, pero de la misma manera se debe tener en cuenta que jueces de otras jurisdicciones pueden ejecutar acciones como jueces constitucionales de manera temporal¹²⁹. La Carta Constitucional de 1991 decidió ubicar a la Corte Constitucional colombiana como parte de la Rama Judicial lo que a primera vista no genera mayores sobresaltos, pero a la hora de posicionar sus actuaciones como “*supremo interprete constitucional*” frente a las otras Altas Cortes del Poder Judicial como lo es la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado ha generado ciertos retos¹³⁰.

También se debe recordar que la Constitución colombiana no asigna a un solo órgano el control sobre la constitucionalidad de las normas, en otras palabras por más que la Carta entrega la defensa de su supremacía a la Corte Constitucional también en otros apartes unge con el mismo cargo a otros órganos como es el caso del Consejo de Estado quien conocerá de las: “[...] *acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los Decretos dictados por el Gobierno Nacional , cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional.*”,¹³¹ y los Tribunales Contenciosos Administrativos quienes se encargarán propiamente de la legalidad y constitucionalidad sobre actos administrativos de carácter municipal y departamental¹³². En este sentido, debemos ser claros en afirmar que propiamente la magistratura constitucional en Colombia no pertenece de manera exclusiva a la Corte Constitucional, pues bien, también el Consejo de Estado ejecuta una importante función vinculada al examen de ciertos actos de Gobierno. La función que mencionamos puede ser categorizada como una competencia residual, pero en todo caso no se debe dejar de lado que proviene de una expresa disposición de la Constitución ubicada en su Artículo 237 numeral segundo¹³³.

¹²⁹ Cfr. CANO, Andrés; TORO, Laura. Justicia Constitucional y Control de Constitucionalidad. Medellín, Editorial Universidad Santiago de Cali; Librería Jurídica Diké, 2017, pp. 73-75.

¹³⁰ Cfr. JULIO, Alexei. *Ob. cit.*, p. 244 y sigs.

¹³¹ Artículo 237 Constitución Política Colombiana. modificado por el Acto legislativo 1 de 2009, Por el cual se modifican y adicionan unos Artículos de la Constitución Política de Colombia, Publicada en el Diario Oficial el día 14 julio de 2009.

¹³² Cfr. CANO, Andrés; TORO, Laura. *Ob. cit.*, pp. 73-75.

¹³³ *Ibíd.*, pp. 79- 80.

Lo explicado ha generado dos dificultades, la primera emerge sobre la clasificación teórica que se le puede asignar al sistema colombiano, lo que puede resultar complejo y en segunda medida la aparición de ciertas desavenencias entre las instituciones que componen la misma Rama Judicial, todavía más la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre la interpretación de los Artículos 237 y 241 de la Carta y en sus pronunciamientos ha concebido una distinción entre lo que se puede considerar como la “*estructura orgánica*” de la Jurisdicción Constitucional de la cual hacen parte la Corte Constitucional quien atiende la gran mayoría de asuntos y el Consejo de Estado quien de forma residual estudia las acciones de nulidad del Artículo 237 de la Carta y una “*estructura funcional*” formada por la mayoría de los jueces de la Rama Judicial, dentro de los que se ubican a manera de ejemplo los jueces de tutela sobre los que regresaremos más adelante¹³⁴.

También se debe reconocer que dentro del sistema colombiano cualquier Juez de la república perteneciente a jurisdicciones laborales, civiles, penales, administrativas, de familia, etc. puede para casos específicos y concretos dejar de aplicar una norma vía excepción de constitucionalidad¹³⁵ (Control de Constitucionalidad por vía de excepción) y no hace falta acudir a instancia alguna o Juez en particular para tomar de manera legítima la decisión de inaplicación¹³⁶.

Si nos atenemos a lo regulado por la Ley sobre la materia hallaremos lo dicho por el Artículo 43 de la LEAJ que mencionaba en su primera parte que, tanto el Consejo de Estado, como la Corte Constitucional pertenecían y serían parte de la Jurisdicción Constitucional y en su segundo aparte mostraba que de manera excepcional y para cada caso algunos jueces y corporaciones resultaban también parte de la misma, esto bajo el entendido que se encargarían de: “[...]proferir las decisiones de tutela o resolver acciones o recursos previstos para la aplicación de los derechos constitucionales.”¹³⁷, a la postre la Ley 585 de 2000 modificó lo anterior e indicó que al referirnos a la Jurisdicción Constitucional el único órgano que la comprendería es la Corte Constitucional¹³⁸.

¹³⁴ Cfr. JULIO, Alexei. *Ob. cit.*, p. 244 y sigs. Ver también Cfr. Sentencia C-037 del 05 de febrero de 1996, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, Revisión constitucional del proyecto de Ley número 58/94 Senado y 264/95 Cámara, “*Estatutaria de la Administración de Justicia*”.

¹³⁵ Cfr. CANO, Andrés; TORO, Laura. *Ob. cit.*, pp. 73-75.

¹³⁶ *Ibidem*.

¹³⁷ Segundo párrafo del Artículo 43 de la (LEAJ) posteriormente modificado por Ley 585 de 2000 Artículo 1º, Por medio de la cual se derogan, modifican y suprimen algunas disposiciones de la Ley 270 de 1996 y Decreto 2699 de 1991, Publicada en el Diario Oficial el día 30 de junio de 2000.

¹³⁸ Cfr. Ley 585 de 2000. Artículo 1º.

2.7 LA CORTE CONSTITUCIONAL

La Corte Constitucional se encuentra compuesta por nueve magistrados los mismos resultarán elegidos por parte del Senado de la República de ternas que se presentarán por parte de tres diferentes nominadores, estos son: el Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado. Los magistrados de la Corte Constitucional cumplirán periodos individuales de ocho años, el Senado debe escoger un magistrado por terna presentada y en los casos en que haga falta alguno de estos - por lo que se denomina como falta absoluta – el órgano postulante de la terna sobre la que se eligió al magistrado ausente obtendrá el derecho a presentar nuevos candidatos para que el Senado tenga la oportunidad nuevamente de elegir el correspondiente remplazo¹³⁹.

Destacamos que con el objetivo de afirmar la participación de las tres ramas del poder dentro de las designaciones de los Magistrados se optó por no acudir al sistema de la cooptación, encima las ternas deben ser estructuradas con abogados de especialidades distintas dentro de las áreas del derecho¹⁴⁰ y es en el Artículo 232 de la Constitución donde se determinan las calidades específicas para ocupar este importante cargo¹⁴¹.

Los Magistrados no tendrán la oportunidad de ser reelegidos y poseen ciertas incompatibilidades e inhabilidades, a manera de ejemplo es posible mencionar la expresada en el Artículo 240 de la Carta que señala la imposibilidad de ser elegido como Magistrado de esta Corte a las personas que durante el año inmediatamente anterior ostentaran el cargo de “[...] *Ministros del Despacho o Magistrados de la Corte Suprema de Justicia o del Consejo de Estado.*” Asimismo, y con el objetivo de mantener la independencia está prohibido emplear por parte del Gobierno a los

¹³⁹ Cfr. Artículo 44, Ley 270 de 1996, Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (LEAJ), Publicada en el Diario Oficial el día 15 marzo de 1996.

¹⁴⁰ Cfr. CANO, Andrés; TORO, Laura. *Ob. cit.*, p. 82.

¹⁴¹ “[...] 1. Ser colombiano de nacimiento y ciudadano en ejercicio. 2. Ser abogado. 3. No haber sido condenado por sentencia judicial a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos. 4. Haber desempeñado, durante quince años, cargos en la Rama Judicial o en el Ministerio Público, o haber ejercido, con buen crédito, por el mismo tiempo, la profesión de abogado o la cátedra universitaria en disciplinas jurídicas en establecimientos reconocidos oficialmente. [...]”

Magistrados de este Alto Tribunal mientras se encuentre en el cargo y durante el año posterior a su retiro como lo indica el Artículo 245 de la Constitución¹⁴².

2.8 FORMAS DE CONTROL CONSTITUCIONAL EN EL RÉGIMEN COLOMBIANO

Se pueden reconocer en la Jurisdicción Constitucional colombiana una serie de procesos cuyo enfoque está dirigido a mantener el orden jurídico y preservar la subordinación de todo el sistema a la Carta Constitucional, algunos de estos serán presentados en los siguientes apartados y de manera concreta se expondrán cuatro formas de control constitucional por medio de los que se pretende alcanzar este máximo objetivo consistente en materializar las disposiciones constitucionales¹⁴³.

2.9 CONTROL POR VÍA DE ACCIÓN

Por vía de acción localizaremos dos tipos de configuraciones, la primera relacionada con el control constitucional de las Leyes que se ejerce por intermedio de una acción pública de inconstitucionalidad y la segunda propia del control de legalidad de los actos administrativos desplegados vía la acción de nulidad. Ambas acciones tienen por meta la preservación de la denominada supremacía constitucional¹⁴⁴.

Iniciemos por la acción pública de inconstitucionalidad que resulta ser la expresión de la integración de dos de las principales columnas del modelo creado por la Constitución de 1991, la primera columna se puede describir como la existencia y creación misma de la Corte Constitucional a manera de Alto Tribunal cualificado para atender el control de validez que se integra - según esta teoría - con otra columna representada en el propio derecho de carácter político

¹⁴² Cfr. Artículos 240 y 245 Constitución Política de Colombia (1991) *Ver también* Cfr. Artículos 150 y 154 Ley 270 de 1996, "*Estatutaria de la Administración de Justicia*", Publicada en el Diario Oficial el día 15 de marzo de 1996. A mayor abundamiento sobre la idoneidad del régimen de inhabilidades e incompatibilidades aplicado para la Alta Magistratura en Colombia, revisar: Cfr. CONTI, Augusto. Otra Fisura Constitucional: El Régimen de Inhabilidades en la Alta Magistratura En: Boleín Discurso Laboral No.1. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Departamento de Derecho Laboral, 2005 [En línea] Revisado, septiembre 13, 2018. Disponible en: <https://www.uexternado.edu.co/derecho/departamento-derecho-laboral-boletin-discurso-laboral/>

¹⁴³ Cfr. CANO, Andrés; TORO, Laura. *Ob. cit.*, p. 68 y sigs.

¹⁴⁴ *Ibíd.*, p. 63.

que portan los diferentes ciudadanos para demandar ante la Corte cualquier tipo de Ley, como consecuencia de lo anterior fue adjudicada a la Corte Constitucional una función enfocada a resolver las demandas ciudadanas contra Leyes sobre las que se alegue su oposición a la Carta Fundamental¹⁴⁵.

Bien se puede afirmar que cualquier ciudadano de Colombia está legitimado para hacer uso de esta acción, lo cual no es menos ya que la mencionada legitimación ha sido elevada por la misma Corte a manera de “[...] *derecho fundamental en cabeza de todos los ciudadanos* [...]”, los no ciudadanos deberán abstenerse de usar este mecanismo, para dar un ejemplo se excluirán a los extranjeros o a las personas jurídicas de esta posibilidad¹⁴⁶.

Cuando lo debatido por vía de la acción se encuentre vinculado a ciertos asuntos de carácter sustancial no poseerá un término de caducidad en el tiempo, ahora bien, si se trata de debatir vicios procedimentales¹⁴⁷ solo se podrá usar dentro del año posterior a la publicación y no resultará posible el desistir de la misma¹⁴⁸.

Procedimentalmente la acción da inicio por intermedio de una demanda que debe satisfacer unos mínimos requisitos, se dará una etapa de admisión de la misma y ante la aceptación se continuará con el trámite respectivo, de esta manera se convocará al Congreso de la República, al Procurador General de la Nación, a las Universidades, a la ciudadanía en general y a diversas autoridades con el objetivo de obtener la participación por intermedio de pronunciamientos relacionados con la demanda, continuando internamente se selecciona y asigna a uno de los Magistrados de la Corte para ser el redactor de la ponencia y es en Sala Plena que se decide si la Ley es constitucional o por el contrario inconstitucional.

¹⁴⁵ Cfr. ROA, Jorge. La acción pública de constitucionalidad a debate. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015, pp. 34-35.

¹⁴⁶ Cfr. JULIO, Alexei. *Ob. cit.*, p. 254 y sigs. *Ver también*, Cfr. Sentencia T-006 del 12 de mayo de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, Actores: Julián Peláez Cano y Luis Arias Castaño contra las sentencias condenatorias proferidas en su contra por el Juez Trece (13) Superior de Medellín en primera instancia, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de la misma ciudad en segunda instancia y por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en casación.

¹⁴⁷ La limitación para pronunciarse en asuntos relacionados con vicios de forma no incluye el examen integral que adelanta la Corte Constitucional, por lo que la limitación resulta aplicable solo para los impugnantes. Cfr. JULIO, Alexei. *Ob. cit.*, p. 255.

¹⁴⁸ Cfr. CANO, Andrés; TORO, Laura. *Ob. cit.*, pp. 69-70.

Continuando con el proceso, si se determina la constitucionalidad de la Ley se podrá demandar nuevamente siempre y cuando se trate de cargos diferentes o al modificarse las disposiciones constitucionales que soportaron la declarada validez, si de manera contraria resulta inconstitucional, esta perderá su validez e inmediatamente aparecerá una restricción al Poder Legislativo de reproducir nuevamente un contenido normativo igual, siempre y cuando se mantengan en pie las normas constitucionales que fueron contrastadas¹⁴⁹.

Resultará posible el utilizar este tipo de acción sobre actos reformativos de la Constitución por vicios de forma, es decir, frente a un incumplimiento del procedimiento en el trámite legislativo o por defectos materiales que acontecen cuando el contenido de la Ley vulnera una norma constitucional de carácter sustancial. Los vicios en la forma pueden resultar subsanables a diferencia de los defectos materiales, también podrán ser sujetos de este tipo de acciones los referendos sobre Leyes, las consultas populares y plebiscitos del orden nacional tan sólo por vicios de tipo procedimental en su convocatoria y realización, asimismo se incluirán dentro de este grupo a los Decretos con fuerza de Ley¹⁵⁰. Dentro de estos últimos hallaremos los Decretos legislativos, el Decreto del Plan Nacional de Desarrollo o los Decretos Leyes dictados con base en una Ley de facultades extraordinarias y como tal resultan ser Decretos presidenciales los cuales modifican, derogan, adicionan o suspenden Leyes que se encuentran vigentes al mismo momento de su expedición.¹⁵¹

2.10 CONTROL POR VÍA DE EXCEPCIÓN

La existencia del control por vía de excepción en el ordenamiento colombiano denota sus propias particularidades y su aproximación a constituirse como un sistema mixto. Algunas dudas se presentan sobre el uso adecuado de este control ya que puede conllevar a desconciertos al interior del ordenamiento debido a que un juzgador podría llegar a aplicar una Ley que un par considera inconstitucional¹⁵².

¹⁴⁹ Cfr. ROA, Jorge. *Ob. cit.*, pp. 34-35.

¹⁵⁰ Cfr. JULIO, Alexei. *Ob. cit.*, p. 250 y sigs.

¹⁵¹ Cfr. URREGO, Franky; QUINCHE Manuel. Los Decretos en el sistema normativo colombiano-Una política estatal de invención normativa. En: *Vniversitas* No. 116, Pontificia Universidad Javeriana, 2008, pp. 57-59.

¹⁵² Cfr. JULIO, Alexei. *Ob. cit.*, p. 283 y sigs.

Por más que en el caso colombiano existe una tradición ligada al sistema del *civil*, se vincula la figura del control por vía de excepción primero por una influencia del sistema legal de los EE.UU.¹⁵³ y segundo con el espíritu de refrendar la supremacía constitucional dentro del ordenamiento colombiano, de esta manera se funda un parámetro en el que ante cualquier tipo de incompatibilidad que se presente en medio del ordenamiento jurídico entre una norma y la Constitución resultarán preferidas las disposiciones de la Carta, el Artículo cuarto de la Constitución de 1991 ubica la figura de la excepción de inconstitucionalidad que tiene cimientos muy antiguos dentro de la cultura jurídica colombiana las mismas datan del acto Legislativo 3 de 1910¹⁵⁴.

En Colombia, este control puede ser aplicado a manera de defensa por parte de cualquier persona que sea parte de una actuación de tipo administrativa o judicial, asimismo podrá aparecer oficiosamente de la mano de un funcionario investido para aplicar la Ley en casos específicos. También es relevante recordar que por interpretación de la Corte Constitucional la inaplicación de la norma por medio de la excepción de inconstitucionalidad no solo cubre el caso específico y antes bien su aplicación se extiende a la totalidad de casos semejantes, obligando a los restantes jueces inferiores¹⁵⁵.

Cabe anotar que alguna parte de la doctrina encuentra en la excepción de inconstitucionalidad una afrenta a la misma articulación del sistema ya que no ostenta un fundamento constitucional totalmente adecuado y entre otras cosas: afecta la seguridad jurídica, niega la presunción de validez de la Ley y vulnera la igualdad. Bajo esta línea la presencia del control por vía de excepción en el ordenamiento colombiano termina por resquebrajar la articulación de las fuentes del derecho¹⁵⁶.

¹⁵³ A manera de ejemplo, los fallos discordantes proferidos por jueces similares son solucionados en el sistema del *common law* por medio de la *stare decisis*, que en palabras simples se trata de contar con un órgano o Tribunal Superior quien creará un precedente y decidirá estableciendo una obligatoriedad sobre los demás jueces inferiores, por consiguiente, este ejercicio disminuye la inseguridad jurídica en el sistema. Cfr. LONDOÑO, Néstor. La obligatoriedad de los principios del derecho en el common law de los Estados Unidos. En: Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Vol. 37. No. 106, Medellín, Universidad Pontificia Bolivariana, 2007, pp. 55-68.

¹⁵⁴ Cfr. CANO, Andrés; TORO, Laura. *Ob. cit.*, p. 70 y sigs.

¹⁵⁵ Cfr. JULIO, Alexei. *Ob. cit.*, p. 287 y sigs.

¹⁵⁶ Cfr. SIERRA, Humberto. Concepto y tipos de Ley en la Constitución colombiana. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 218 y sigs.

2.11 CONTROL PREVIO O PREVENTIVO

Se pueden identificar en este grupo los controles ejercidos sobre ciertas normas previo a su ingreso al ordenamiento, en otras palabras nos encontraremos bajo una tarea que tendrá lugar de manera anterior a que la misma norma sea sancionada, por parte del Presidente, y publicada; en otras palabras el control tendrá lugar en una etapa que antecede la conclusión de la totalidad del procedimiento legislativo y puede llegar a interrumpir la misma existencia de la norma y su integración al sistema.

Iniciemos por mencionar que es en el Artículo 241 de la Constitución que se mencionan las funciones de la Corte Constitucional y es en este aparte de la Carta Fundamental en donde se alojan varios de los controles de tipo preventivo que buscamos destacar, el primero se refiere a los llamados “*Proyectos de Ley Estatutaria*” que no son otra cosa que una categoría de “*Leyes reforzadas*” las cuales son dictaminadas por parte del Congreso con el objetivo de regular temáticas sensibles y de vital importancia para el sistema. Siguiendo lo dicho por el Artículo 152 de la Constitución se regularán por medio de este tipo de Leyes las siguientes materias: la organización y régimen de los partidos y movimientos políticos, la Administración de justicia, derechos fundamentales y deberes de las personas, procedimientos para la protección de los mismos, las funciones electorales, el estatuto de la oposición, los estados de excepción, la denominada igualdad electoral entre los candidatos a la Presidencia de la República y finalmente instituciones y mecanismos de participación ciudadana. Las Leyes descritas guardan un procedimiento peculiar en donde se exige para su aprobación - entre otras cosas - mayorías absolutas de los miembros del Senado y la Cámara de Representantes, asimismo su trámite resulta mucho más complejo y con ellas se tiene por objetivo el proveer una mayor permanencia de las mismas en el ordenamiento jurídico¹⁵⁷.

La Corte Constitucional ha otorgado ciertas características al control que la misma ejerce sobre las Leyes estatutarias, dentro de estas características se encuentran: que es un control jurisdiccional,

¹⁵⁷ Cfr. VANEGAS, Pedro. Las Leyes Estatutarias en el Ordenamiento Jurídico Colombiano: un Ejemplo de Rigidez Normativa. En: Revista Médico Legal, Vol. XVIII No. 2. Bogotá, Sociedad Colombiana de Anestesiología y Reanimación, 2013, pp. 8-11.

automático, previo, integral definitivo y participativo¹⁵⁸, debemos subrayar que para la Corte en ningún momento estará esta institución actuando como colegisladora dentro del procedimiento de control, en otras palabras “[...]le está prohibido a la Corte estudiar la conveniencia u oportunidad del proyecto de una norma jurídica. [...]”¹⁵⁹ el proceso consistirá únicamente en el contraste de lo dicho por la norma contra lo dicho por la Carta Fundamental.

También se incluirán los Proyectos de Ley que hayan sido objetados por el Gobierno por considerarlos contrarios a la Constitución. Esta situación acontece en el momento en que el Presidente de la República decide objetar un Proyecto de Ley presentado por el Congreso por razones de inconstitucionalidad sumado a que las Cámaras en oposición a esta acción del Presidente insisten en la sanción de la norma por considerarla idónea para ingresar al ordenamiento jurídico. En este último caso el Proyecto se remite a la Corte para resolver esta tensión entre el Poder Ejecutivo y el Legislativo, ahora bien si el Alto Tribunal encuentra que el Proyecto es adecuado su decisión obliga al Presidente a sancionarlo, si por el contrario es declarado totalmente inconstitucional no podrá continuar su procedimiento, una tercera vía con la que cuenta la Corte es la declaratoria parcial de inconstitucionalidad en cuyo caso regresará el Proyecto al legislativo para adecuar el mismo, de cualquier modo la Corte se podrá pronunciar sobre los asuntos del Proyecto que no han sido objetados por el Ejecutivo y los aspectos o temáticas no tratadas en la sentencia estarán sujetas, en un futuro, a ser demandadas por medio de una acción de constitucionalidad¹⁶⁰.

Dentro del grupo de normas que responderán a un control previo o preventivo encontramos las Leyes convocatorias de referendos constitucionales y las que convocan a asambleas constituyentes; estos términos los podemos exponer de manera compacta de la siguiente manera; los denominados referendos constitucionales son parte de los mecanismos de participación ciudadana establecidos en la Carta de 1991, como tal son materializados por medio de una votación

¹⁵⁸ A Mayor Abundamiento sobre el control de constitucionalidad ejercido sobre los proyectos de Leyes estatutarias, Cfr. Sentencia C-011 del 21 de enero de 1994, M.P. Alejandro Martínez Caballero, Revisión de constitucionalidad del Proyecto de Ley Estatutaria "por el cual se reglamenta el voto programático y se dictan otras disposiciones", el cual está radicado bajo los números 163 de 1992 en el Senado de la República y 254 de 1993 en la Cámara de Representantes.

¹⁵⁹ Cfr. JULIO, Alexei. *Ob. cit.*, pp. 259 - 260.

¹⁶⁰ *Ibíd.*, pp. 265-266.

que rechaza o aprueba una reforma sobre el texto constitucional, la votación es convocada mediante una Ley del Congreso y sobre esta última es que se ejerce el control previo o preventivo¹⁶¹, por otro lado encontramos que el mismo control es aplicado sobre las Leyes que convocan a las asambleas constituyentes, en este sentido gran parte de lo que rodea este órgano – Asamblea Constituyente - que es llamado por parte del pueblo a reformar la Constitución es materia de una Ley aprobada por una y otra Cámara legislativa que trabajará temas muy sensibles como: la competencia, el periodo, la composición y la celebración de la consulta vinculada a la convocatoria de la asamblea¹⁶², en las dos situaciones presentadas se cumplirá con la particularidad de efectuar un ejercicio de control previo al pronunciamiento popular y solo se revisará por vicios relacionados con el procedimiento.

Los procedimientos aplicados a este grupo no distan mucho de lo ya descrito para la acción pública de constitucionalidad, no obstante hay ciertas particulares que consisten en la manera en que se da inicio al proceso, ya que empezaría a partir de una remisión del correspondiente acto bien por parte del Congreso de la República o el Gobierno Nacional dependiendo de cada situación, otra similitud que se halla con los procesos propios de la acción pública de constitucionalidad es la de contar con la participación del Ministerio Público y la intervención ciudadana¹⁶³.

Debemos advertir al lector que, en lo vinculado con los tratados internacionales, bien pueden ubicarse como pertenecientes al presente grupo ya que efectivamente están sometidos a un control previo por tener lugar el control constitucional antes del perfeccionamiento del mismo, pero por razones de organización del presente texto y para mayor claridad del lector serán expuestos de manera paralela con las Leyes que los aprueban sobre las que se aplica un control constitucional de carácter posterior.

¹⁶¹ Cfr. SÁNCHEZ, Pedro; CONTRERAS, Javier. El Referendo Constitucional en Colombia: Un Mecanismo de Difícil Utilización en los Años 2008 al 2011. En: Revista Academia y Derecho, No. 3. Cúcuta, Universidad Libre Seccional Cúcuta, 2011, pp. 56-61.

¹⁶² Cfr. LANCHEROS, Juan. Ajustes a la Constitución. En: JOST, Stefan; LANCHEROS, Juan; VARGAS, Juan. 20 Años de la Constitución Colombiana, Logros, Retrocesos y Agenda Pendiente. Bogotá, Fundación Konrad Adenauer, 2012, pp. 419-424.

¹⁶³ Cfr. JULIO, Alexei. *Ob. cit.*, p. 259.

2.12 CONTROL POSTERIOR DE OFICIO

El control trabajado en esta sección tiene sus orígenes en la reforma constitucional de 1968 en la que se buscó crear algún tipo de observación sobre ciertos Decretos expedidos por parte del Gobierno Nacional quien los expedía sustentado en atribuciones otorgadas por los denominados estados de emergencia económica y social y el estado de sitio. Actualmente el control surge a partir de la expedición del acto, de esta manera le corresponde al Presidente enviar la Ley sancionada para que surta el examen de constitucionalidad, en otras palabras lo que arribará al conocimiento de la Corte Constitucional para estos casos no se tratará de un simple proyecto como en anteriores casos mencionados, por el contrario se tratará de una Ley sancionada¹⁶⁴.

Algunos Decretos del Ejecutivo que deben surtir el control descrito son los Decretos de estados de excepción, y los Decretos legislativos que desarrollan los primeros, a manera de ilustración podemos definir los mismos de la siguiente manera¹⁶⁵, los primeros como dictámenes que toman forma de Decreto y son proferidos por parte del Gobierno, encaminados a declarar el estado de conmoción interior, la emergencia económica, social y ecológica o en su caso la guerra exterior y los segundos que resultan ser también Decretos pero destinados a ejercer como tal las “*facultades de excepción*” entregadas por los primeros¹⁶⁶.

Es bueno identificar que los Decretos a los cuales nos referimos en el anterior párrafo se someten tanto a un control jurídico como político, el jurídico lo ejercerá la Corte Constitucional asegurando el acatamiento a lo plasmado por la Constitución en cuanto al correcto trámite y contenido idóneo a sus postulados, mientras que el político deberá ejercerse por parte del Congreso de la República quien abarcará temas como la correcta oportunidad, conveniencia y beneficio de la decisión¹⁶⁷, sobre este punto es plausible destacar que a partir del aumento en la rigurosidad de la Corte en la puesta en práctica del examen se ha criticado su actuación por parte de la doctrina, debido a que

¹⁶⁴ Cfr. CANO, Andrés; TORO, Laura. *Ob. cit.*, p. 72 y sigs.

¹⁶⁵ *Ibidem*.

¹⁶⁶ Cfr. LANCHEROS, Juan; MANTILLA, María; PULIDO, Fabio et al. Trámite Legislativo Especial. Bogotá, Fundación Konrad Adenauer & Fundación Derecho Justo, 2012, pp. 55, 77 – 78. Ver también Ley 137 de 1994, "Por la cual se regulan los Estados de Excepción en Colombia", Publicada en el Diario Oficial el día 03 de junio de 1994.

¹⁶⁷ Cfr. CANO, Andrés; TORO, Laura. *Ob. cit.*, p. 72 y sigs.

podría estar suplantando de alguna manera las funciones del Congreso en cuanto al correcto ejercicio del control político¹⁶⁸.

Retomando el tema de los tratados internacionales y sus Leyes aprobatorias los cuales habíamos mencionado de manera superficial, debemos indicar que sobre estos se ejercerán controles de diferente tipo según la división utilizada en el presente documento, de este modo en el caso de los tratados hablaremos de un control previo, en cambio al revisar sus Leyes aprobatorias el control se presentará de manera posterior a la correspondiente sanción presidencial de la Ley aprobatoria¹⁶⁹, para ambas situaciones estaremos frente a un control integral, en otras palabras no se trata de una simple revisión de requisitos formales, por el contrario, va hasta los aspectos de fondo de la decisión, buscando en todo momento que los contenidos concuerden con lo dicho por la Carta Política¹⁷⁰.

En términos prácticos, si la declaratoria es de constitucionalidad el Gobierno avanzará hacia el canje de notas, que es un procedimiento consistente en la “[...] *contestación que se produce en una carta, nota, comunicación etc., que contenga el asentimiento a los puntos planteados [...]*” en este sentido la Corte también ha indicado que “[...] *Por lo general, en la nota de contestación se reproduce el texto de las propuestas. Este procedimiento es el que se ha denominado "Canje de Notas".*”¹⁷¹, en caso que el resultado del análisis de la Corte sea la declaración de inconstitucionalidad sobre la totalidad del texto, el tratado no podrá ser ratificado y bajo esta misma lógica si lo que se presenta es la declaratoria de inconstitucionalidad de ciertos apartes el Presidente tiene la obligación de aplicar una reserva sobre las secciones afectadas, lo anterior se encuentra regulado en el Artículo 241 numeral 10 de la Carta¹⁷². Las Sentencias de la Corte Constitucional

¹⁶⁸ Cfr. JULIO, Alexei. *Ob. cit.*, pp. 263-264.

¹⁶⁹ Tanto los tratados internacionales como sus Leyes aprobatorias llegarán a manos de la Corte Constitucional gracias al envío realizado por parte del Gobierno Nacional.

¹⁷⁰ Cfr. JULIO, Alexei. *Ob. cit.*, pp. 261 – 263.

¹⁷¹ Cfr. Sentencia C-249 de 1994, M.P. Jorge Arango Mejía., Revisión oficiosa de la Ley 71 de agosto 30 de 1993: “[...] *por medio de la cual se prueba el canje de notas constitutivo del acuerdo entre Colombia y Brasil para la recíproca exención de doble tributación a favor de las empresas marítimas o aéreas de ambos países, suscrito en Bogotá el 28 de Junio de 1971.*”

¹⁷² Cfr. Artículo 241 numeral 10 Constitución Política de Colombia (1991). “10. *Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las Leyes que los aprueben. Con tal fin, el Gobierno los remitirá a la Corte, dentro de los seis días siguientes a la sanción de la Ley. Cualquier ciudadano podrá intervenir para defender o impugnar su constitucionalidad. Si la Corte los declara constitucionales, el Gobierno podrá efectuar el canje de notas; en caso contrario no serán ratificados. Cuando una o varias normas de un tratado multilateral sean declaradas*

C-276/1993 y C-1051/2012 han profundizado sobre el tema de los tratados multilaterales y las características del control de constitucionalidad aplicado¹⁷³.

Más complejo aún es el tratamiento de los tratados internacionales aprobados antes de la Constitución de 1991 que resultan demandados por ser violatorios de la Carta, aunque la jurisprudencia de la Corte ha tenido giros a lo largo de su trayectoria actualmente se mantiene la tesis expresada por la Sentencia C-400/1998 en donde se optó por una teoría que respalda la integración dinámica entre el derecho internacional y el derecho interno, lo anterior hace indispensable una interpretación conforme a las normas internas que busquen armonizar al máximo posible los tratados internacionales con lo dicho por la Constitución, como parte de esta línea encontramos a manera de ejemplo las sentencias C-1189/2000 y C-269/2014 de la Corte Constitucional¹⁷⁴.

Otro tipo de normas que también transcurren por el control posterior de la Corte Constitucional y que se encuentran muy relacionadas con el reciente proceso de paz colombiano y con todo lo que constituye la formación y puesta en marcha de la JEP¹⁷⁵, son: las reformas constitucionales para la paz creadas por el Acto Legislativo 01 de 2016, las Leyes expedidas a través del procedimiento especial para la paz de conformidad con lo plasmado en el Acto Legislativo 01 de 2016 y los diferentes Decretos con fuerza de Ley encaminados a la implementación del acuerdo de paz fundados en las facultades extraordinarias entregadas en el Acto Legislativo 01 de 2016. Notoriamente estas tres categorías guardan un vínculo directo con el Acto Legislativo 01 de 2016 que fue revisado por la sentencia C-699 de 2016¹⁷⁶.

inexequibles por la Corte Constitucional, el Presidente de la República sólo podrá manifestar el consentimiento formulando la correspondiente reserva."

¹⁷³ A mayor abundamiento sobre el tema de tratamiento de los tratados internacionales en la jurisdicción colombiana consultar: Cfr. Sentencia C-276 de 1993, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. Revisión Constitucional de la Ley 33 de 1992 "Por medio de la cual se aprueba el 'Tratado de Derecho Civil Internacional y el Tratado de Derecho Comercial Internacional', firmados en Montevideo el 12 de febrero de 1889". & Cfr. Sentencia C-1051 del 05 de diciembre de 2012, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. Revisión Constitucional de la Ley 33 de 1992 Revisión de constitucionalidad de la Ley 1518 del 13 de abril de 2012, "Por medio de la cual se aprueba el 'Convenio Internacional para la Protección de Obtenciones Vegetales', del 2 de diciembre de 1961, revisado en Ginebra el 10 de noviembre de 1972, el 23 de octubre de 1978 y el 19 de marzo de 1991".

¹⁷⁴ A mayor abundamiento sobre el tratamiento por parte de la Corte a los tratados internacionales aprobados antes de la C.P de 1991: Cfr. LÓPEZ, Germán. *Ob. cit.* pp. 156–167.

¹⁷⁵ Jurisdicción que ya ha sido referenciada en secciones anteriores de esta misma obra.

¹⁷⁶ Cfr. CANO, Andrés; TORO, Laura. *Ob. cit.*, pp. 72,73.

Desde el mismo Artículo segundo del Acto Legislativo 01 de 2016 se indicó que estarían sujetos los Decretos Ley que fueran sustentados en las facultades extraordinarias otorgadas a un control de tipo automático y posterior a la entrada en vigencia, de la misma manera en la sentencia C-699 de 2016 se especifica que este control tendrá la característica de ser de carácter integral, por ende la Corte tendrá facultades y estará habilitada para revisar todo lo relacionado, tanto con el procedimiento de creación, como con el contenido de este tipo de Decretos¹⁷⁷.

2.13 EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EJERCIDO POR PARTE DEL CONSEJO DE ESTADO

Como ya se ha mencionado previamente, el Consejo de Estado tendrá como parte de sus atribuciones el “[...]2. *Conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los Decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional. [...]*”¹⁷⁸ en este sentido es el órgano superior de la Jurisdicción Contencioso Administrativa quien será el encargado de controlar los “*Decretos reglamentarios expedidos por el Gobierno Nacional*”, en concreto el artículo hace referencia a los actos administrativos que no cuentan con una “*fuerza material de Ley*”¹⁷⁹.

El control abstracto de constitucionalidad a manera de competencia residual ejercido por el Consejo de Estado también se encuentra regulado en los Artículos 37.9 y 49 de la LEAJ y en los Artículos 111, 135 y 184¹⁸⁰ del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo colombiano¹⁸¹. Continuando, existen ciertos requisitos para la correcta

¹⁷⁷ Cfr. Sentencia C-699 del 13 de diciembre de 2016, M.P. María Victoria Calle Correa. Acción pública de inconstitucionalidad contra los Artículos 1 y 2 (parciales) del Acto Legislativo 01 de 2016 ‘*Por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos para facilitar y asegurar la implementación y el desarrollo normativo del acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera*’.

¹⁷⁸ Cfr. Artículo 37 numeral segundo Constitución Política de Colombia (1991).

¹⁷⁹ Cfr. JULIO, Alexei. *Ob. cit.*, pp. 288–289.

¹⁸⁰ Cfr. Ley 1437 de 2011, Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Publicada en el Diario Oficial el día 18 enero de 2011.

¹⁸¹ Algunas de estas normas fueron analizadas y declaradas exequibles por parte de la Corte Constitucional en las sentencias: Cfr. C-415 del 06 de junio de 2012, M.P. Mauricio González Cuervo. Demanda de inconstitucionalidad contra el párrafo del Artículo 135 de la Ley 1437 de 2011 “*Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*”. & Cfr. C-400 del 03 de julio de 2013, M.P. Nelson Pinilla Pinilla. Demanda de inconstitucionalidad contra los incisos segundo del Artículo 135 y tercero del Artículo 189 de la Ley 1437 de 2011, “*Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*”

procedencia de este tipo de acción construidos por la jurisprudencia del Consejo de Estado y que ofrecen una guía para el correcto uso de la acción¹⁸².

Es posible nombrar dentro de estos requisitos: el que la acción se ejerza sobre un Decreto de carácter general dictado por el Gobierno Nacional o por un organismo o entidad en ejercicio de una atribución constitucional expresa, que el juicio de validez ejercido se adelante mediante una comprobación con los postulados de la Constitución y no sobre la Ley, también se pide que la norma demandada no corresponda a un “*Decreto Ley expedido en ejercicio de facultades extraordinarias ni un Decreto Legislativo*” ya que como se ha expresado anteriormente estos son de competencia exclusiva de la Corte Constitucional, y finalmente se requiere que se refiera a un reglamento constitucional autónomo sin ningún tipo de subordinación a una Ley específica¹⁸³.

2.14 LAS SENTENCIAS DE INCONSTITUCIONALIDAD

Iniciemos por indicar que para esta sección tan solo haremos referencia a las sentencias de constitucionalidad, puesto que los fallos de Tutela (T) y las Sentencias de Unificación (SU) serán expuestas en el acápite posterior. Teniendo esto claro proseguiremos con la explicación de las partes que la conforman y finalmente nos detendremos en sus importantes efectos sobre el ordenamiento jurídico del país.

2.15 LAS SENTENCIAS TIPO (C) DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Las Sentencias consideradas de tipo (C) serán decisiones en materia de acciones de inconstitucionalidad, sobre las mismas identificaremos ciertas características, las cuales resumimos a continuación: no existe recurso alguno sobre ellas, es improcedente su revocación

¹⁸² A manera de ejemplo se pueden nombrar: Cfr. “*Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Auto del 29 de septiembre de 2011, Radicación 11001-03-25-000-2011-00033-00; Sección Segunda – Subsección A, Sentencia del 7 de julio de 2016, Radicación 11001-03-25-000-2016-00019-00; Sección Cuarta, Auto del 22 de agosto de 2016, Radicación 11001-03-27-000-2016-00050-00; Sección Tercera – Subsección A, Sentencia del 2 de noviembre de 2016, Radicación 11001-03-26-000-2015- 00163-00; Sección Quinta, Auto de 9 de mayo de 2018, Radicación 11001-03-28-000-2018-00009-00.*” Cfr. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 6 de junio de 2018, Radicación 11001-03-15-000-2008-01255-00.

¹⁸³ Cfr. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 6 de junio de 2018, Radicación 11001-03-15-000-2008-01255-00.

por intermedio de una tutela al igual que una solicitud de aclaración o adición de la misma, poseen una enumeración de tipo consecutivo y anual, sus efectos son erga omnes, la decisión de estas se realiza por el pleno de la Corte Constitucional y pueden contar con salvamentos de voto. En las sentencias tipo (C) la Corte podrá tomar dentro de su potestad una decisión de inexequibilidad lo cual lleva aparejado una declaratoria de inconstitucionalidad del artículo o norma, o una decisión de exequibilidad que es todo lo opuesto, es decir una declaratoria de constitucionalidad de la norma o artículo demandado y finalmente una inhibición en donde el Alto Tribunal se abstiene de proferir un fallo de fondo, decidiendo de esta manera no pronunciarse acerca de las pretensiones puestas a su conocimiento¹⁸⁴, todo lo anterior expuesto de manera muy general.

Las sentencias inhibitorias no hacen tránsito a Cosa Juzgada¹⁸⁵ lo que en la práctica genera que se pueda volver a presentar una demanda por cualquier otro ciudadano o por el mismo actor¹⁸⁶ como tal, tendremos sentencias de este tipo cuando aparezcan carencias en la indicación de las disposiciones demandadas o insuficiencias en las razones utilizadas por parte del actor, para ilustrar encontramos casos como: demandas sobre normas que ya no hacen parte del ordenamiento – inexistentes – y no producen efecto alguno sobre el mismo cuando la Corte se ha pronunciado en sentencias previas sobre esta norma y cuando no se formula cargo alguno etc.¹⁸⁷

2.16 PARTES DE LAS SENTENCIAS

Demos inicio con una diferenciación que aparentemente es muy simple entre la parte motiva de la sentencia y la parte resolutive, la primera entendida a manera de núcleo de la argumentación en donde el magistrado justifica su decisión y la segunda como el apartado donde se concretiza la decisión última o definitiva. Atendiendo lo dicho por parte de la Corte Constitucional en la sentencia SU-047 de 1999 se creó una diferenciación de los elementos que componen la sentencia y a través de este ejercicio se decidió trabajar con tres segmentos de las sentencias, dos de estos

¹⁸⁴ Cfr. LÓPEZ, Germán. *Ob. cit.*, p. 35 y sigs.

¹⁸⁵ A manera de ejemplo: Cfr. Sentencia C-049 del 07 de febrero de 2012, M.P. Mauricio González Cuervo. Demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto 3806 de 2009 Por el cual se expiden disposiciones sobre la promoción del desarrollo de las Mipymes y de la industria nacional en la contratación pública.

¹⁸⁶ Cfr. Sentencia C-1256 del 28 de noviembre de 2001, M.P. Rodrigo Uprimny Yepes. Demanda de Inconstitucionalidad contra el Artículo 54 (parcial) de la Ley 31 de 1992.

¹⁸⁷ Cfr. LÓPEZ, Germán. *Ob. cit.*, p. 43.

ubicados en la parte motiva de la sentencia *ratio decidendi* y *obiter dicta* y un tercer elemento que se constituye como la parte resolutive de las mismas conocida como *decisum*¹⁸⁸.

2.17 RATIO DECIDENDI Y OBITER DICTA

Como ya se mencionó se pueden identificar dos tipos de elementos dentro de las consideraciones de un Juez, primero las razones de su decisión entendidas como argumentos que resultan insustituibles e indispensables para la estructura que soporta la decisión y que, al mismo tiempo la justifica - *ratio decidendi* - y un segundo grupo en donde encuentran lugar el resto de razones que el propio Juez trae a sus decisiones con fines pedagógicos, estéticos o de cualquier otro tipo y que finalmente no resultan indispensables -*obiter dicta*-¹⁸⁹.

De acuerdo a lo dicho por parte de la Corte Constitucional la *ratio decidendi* resulta ser una formulación general que va más lejos de las peculiaridades de cada caso, como tal es el “*fundamento directo de la parte resolutive*”, en contraposición la *obiter dicta* que resulta utilizada por el magistrado para motivar su fallo, pero no es necesaria para la decisión y se puede considerar una mera reflexión del juzgador. En la sentencia SU-047 de 1999 la Corte Constitucional recurre a fuentes del derecho anglosajón para sustentar lo expresado e indica “[...] es claro que el precedente vinculante es la *ratio decidendi* del caso, ya que ese principio abstracto, que fue la base necesaria de la decisión, es el que debe ser aplicado por los jueces en otras situaciones similares. Así lo señaló con claridad en Inglaterra lord Jessel, en el caso *Osborne v. Rvlet* de 1880, en donde precisó que la única cosa que es vinculante en una decisión judicial es el principio que sirvió de base a la decisión”¹⁹⁰.

¹⁸⁸ Cfr. JULIO, Alexei. *Ob. cit.*, p. 271.

¹⁸⁹ Cfr. MORENO ORTIZ, Luis, ¿Hacia un sistema jurídico de precedentes?, En: Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia No. 320. Bogotá, Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2002, pp. 133-134.

¹⁹⁰ Cfr. OLANO, Hernán, Tipología de Nuestras Sentencias Constitucionales, En: Universitas No.108. Pontificia Universidad Javeriana, 2004, pp. 571-602. Ver también, Sentencia SU-047 del 29 de enero de 1999, Ms.Ps.: Carlos Gaviria Díaz & Alejandro Martínez Caballero.

2.18 EL DECISUM

Este resulta ser “*la resolución concreta del caso*” para las sentencias de constitucionalidad estaríamos hablando de la decisión, es decir, de si la disposición motivo de la demanda debe ser retirada o continua produciendo efectos en el ordenamiento jurídico; así pues en el caso de las tutelas si al correspondiente peticionario el Juez del caso decide tutelar los derechos que pide sean protegidos¹⁹¹, sintetizado el *decisum* o parte resolutive puede ser descrito como “*la solución concreta del caso bajo estudio*” lo que entenderíamos como la compatibilidad con la Constitución en el caso de las decisiones de constitucionalidad o la decisión de protección de un derecho fundamental cuando hablamos de las sentencias de tutela¹⁹². El identificar estas tres secciones o componentes de las sentencias nos resultará útil al adentrarnos en el tema de los efectos y fuerza vinculante que se le debe asignar a las sentencias¹⁹³.

Refiriéndonos particularmente a los efectos de las sentencias de constitucionalidad debemos indicar que solo la misma Corte Constitucional acorde con lo establecido en la Carta Política tiene el poder de en su propia sentencia indicar los efectos en el tiempo que deberán ser aplicados a este tipo de pronunciamientos¹⁹⁴, de todas formas han existido intentos por medio de normas – Poder Legislativo – para regular detalladamente los efectos de las sentencias de la Corte que han conllevado a pronunciamientos de inconstitucionalidad¹⁹⁵ por la misma institución¹⁹⁶.

¹⁹¹ *Ibidem*.

¹⁹² Cfr. Sentencia T-292 del 06 de abril de 2006, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Proceso de revisión del fallo de tutela emitido por el Juzgado Noveno Civil del Circuito de Bogotá, dentro de la acción instaurada por Lucía Gómez Arias contra la Flota Mercante Grancolombiana, hoy Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A., en liquidación obligatoria. Ver también Cfr. LÓPEZ, Germán. *Ob. cit.*, p. 43.

¹⁹³ Las tutelas y su regulación en la jurisdicción colombiana se trabajarán más detalladamente en la parte final del presente capítulo.

¹⁹⁴ Cfr. Sentencia C-113 de 1993, M.P. Jorge Arango Mejía, Demanda de inconstitucionalidad contra una parte del inciso segundo del Artículo 21 del Decreto 2067 de 1991, por presunta infracción de los Artículos 4, 53, 84 y 23 transitorio de la Constitución Nacional. Ver también Cfr. Sentencia C-037 del 05 de febrero de 1996, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, Revisión constitucional del proyecto de Ley número 58/94 Senado y 264/95 Cámara, “*Estatutaria de la Administración de Justicia*.”

¹⁹⁵ Cfr. Sentencia C-116 del 22 de febrero del 2006, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, Demanda de inconstitucionalidad parcial contra el Artículo 2 de la Ley 810 de 2003, “*Por medio de la cual se modifica la Ley 388 de 1997 en materia de sanciones urbanísticas y algunas actuaciones de los curadores urbanos y se dictan otras disposiciones*.”

¹⁹⁶ Cfr. JULIO, Alexei. *Ob. cit.*, pp. 27-274.

En concreto, diremos que toda decisión proferida por la Corte en la que trabaje el “*control abstracto de constitucionalidad*” tendrá efectos *erga omnes*, en últimas resulta lógico que se repita el efecto que tiene la norma revisada¹⁹⁷. Lo explicado anteriormente tiene un desarrollo legal mediante el Decreto 2067 de 1991 en el que se decretó que las sentencias de la Corte Constitucional resultarán de “*obligatorio cumplimiento*” y tendrán el valor de cosa juzgada, tanto para las autoridades como, para los particulares¹⁹⁸.

Adicional a lo anterior en la LEAJ se indicó que “*Las sentencias que profiera la Corte Constitucional sobre los actos sujetos a su control en los términos del Artículo 241 de la Constitución Política, tienen efectos hacia el futuro a menos que la Corte resuelva lo contrario.*”, lo que nos da paso a proclamar que existirá una regla general la cual consiste en que las sentencias de la Corte Constitucional tienen efectos hacia el futuro “*ex nunc*”, no obstante este Alto Tribunal tendrá el poder de atribuirle a sus fallos efectos retroactivos o diferidos en el tiempo, en el último caso nos referimos a situaciones en las que la Corte avala la vigencia de cierta norma que fue declarada como inconstitucional durante determinado tiempo por lo que la misma continuará produciendo efectos al interior del ordenamiento jurídico¹⁹⁹.

2.19 EL PRECEDENTE DE LAS SENTENCIAS DE CONSTITUCIONALIDAD

La fuerza vinculante de las sentencias proferidas por la Corte Constitucional tiene una directa relación con las partes que componen las mismas, este tipo de pronunciamientos en su parte resolutive serán de obligatorio cumplimiento y en su parte motiva únicamente tendrán fuerza vinculante en las secciones que tengan incidencia y “[...]una relación estrecha, directa e inescindible con la parte resolutive[...]”, es decir las que resulten “[...]absolutamente básicas,

¹⁹⁷ *Ibidem*.

¹⁹⁸ Cfr. Decreto 2067 de 1991, “*Por el cual se dicta el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deban surtirse ante la Corte Constitucional*”, Publicado en el Diario Oficial el día 4 de septiembre de 1991 & revisado por la Corte Constitucional mediante sentencia C-131 del 01 de abril del 1993, M.P. Alejandro Martínez Caballero, Demanda de inconstitucionalidad parcial contra el Decreto 2067 de 1991, Artículo 2º en sus numerales 2º, 3º, 4º y 5º; y Artículo 23 parcial.

¹⁹⁹ Cfr. JULIO, Alexei. *Ob. cit.*, pp. 27 - 274.

necesarias e indispensables[...]” para el sustento de la parte resolutive de la sentencia, que no es otra cosa que una referencia de la ya mencionada *ratio decidendi* del pronunciamiento²⁰⁰.

Por otra parte desde la aparición de la Constitución Política de 1991 se presenta un fenómeno particular dentro de las bases de la tradición romano-francesa que poseía el ordenamiento jurídico colombiano, lo anterior debido a la progresiva aproximación al sistema de derecho anglosajón, el detonante de esta situación se encuentra identificado en una fuerte labor de carácter interpretativo adelantado por la Corte Constitucional, primero en sede judicial y posteriormente en materia administrativa. No se pretende desconocer el clásico precedente establecido por la Ley 153 de 1887 de la “*doctrina probable*”²⁰¹, pero es fundamentalmente por la actuación de la Corte Constitucional que se vio dinamizada la aplicación de la teoría del precedente en Colombia²⁰².

El sistema colombiano reconoce que las sentencias judiciales poseen un carácter de precedente judicial y como tal son fuentes del derecho²⁰³, lo anterior se logra por intermedio de una interpretación del Artículo 230²⁰⁴ de la Constitución desarrollado por la Corte Constitucional²⁰⁵ y es en la Sentencia C-836 de 2001 donde se cimienta la teoría del precedente en el derecho positivo colombiano hallando fundamento en principios constitucionales como la igualdad, la seguridad

²⁰⁰ Cfr. Sentencia C-037 del 05 de febrero de 1996, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, Revisión constitucional del proyecto de Ley número 58/94 Senado y 264/95 Cámara, “*Estatutaria de la Administración de Justicia*”. Ver también, Cfr. JULIO, Alexei. *Ob. cit.*, pp. 271, 272.

²⁰¹ El Artículo 10 de la Ley 153 de 1887 indica que: “*tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como tribunal de casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable, y los jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores*” Cfr. Ley 153 de 1887, “*Por la cual se adiciona y reforma los Códigos nacionales, la Ley 61 de 1886 y la 57 de 1887.*”, Publicada en el Diario Oficial el día 28 de agosto de 1887. Reglamentada parcialmente por el Decreto 1083 de 2015.

²⁰² Cfr. MORENO CASTILLO, Luis. Precedente Judicial y Administrativo en la Regulación Económica Colombiana, En: Revista Derecho del Estado No. 37. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016, pp. 167-169.

²⁰³ En el derecho mexicano el conjunto de principios y doctrinas contenidas en las decisiones de los tribunales se le denomina jurisprudencia y tiene el carácter de obligatoria, dependiendo del órgano jurisdiccional del cual emane respecto de órganos inferiores. A mayor abundamiento, Cfr. GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. Introducción al estudio del derecho 53ª ed., ed.: Porrúa, 2002, pp. 68-75.

²⁰⁴ Cfr. Artículo 230. Constitución Política de Colombia (1991): “*Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la Ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.*”

²⁰⁵ Cfr. BERNAL, Carlos. El precedente en Colombia. En: BERNAL, Carlos. El neoconstitucionalismo y la normatividad del Derecho. Serie intermedia de teoría jurídica y filosofía del Derecho No. 7. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009, pp. 158-161.

jurídica, la confianza legítima y la buena fe²⁰⁶; paralelamente encontraremos el mismo reconocimiento pero a nivel legislativo en los Artículos 4 y 115 de la Ley 1395 de 2010²⁰⁷.

También debemos aclarar que el Art.12 de la Ley 153 de 1887 dictaminaba que: *“Las órdenes y demás actos ejecutivos del Gobierno [...]”* que resultaban expedidos por medio de la potestad reglamentaria, poseían fuerza obligatoria, mientras no se opusieran a tres elementos propios del ordenamiento jurídico: la Constitución, las Leyes y la doctrina legal más probable, sin embargo la Corte Constitucional en su sentencia C-037 de 2000 declaró inexecutable la parte de este Artículo que incluía a la doctrina legal más probable dentro de este selecto grupo ya que en palabras del Alto Tribunal la misma *“[...]no vincula al Juez cuando falla de conformidad con los principios superiores que emanan de la Constitución, y que no puede desconocer la doctrina constitucional integradora, [...]”*²⁰⁸.

Avanzando en los pronunciamientos de la Corte Constitucional al respecto encontramos la sentencia C-621 de 2015 que sustentada en la defensa de la seguridad jurídica y el respeto al principio de igualdad estructura una diferenciación entre la doctrina probable y el precedente judicial como caminos desiguales que comparten el mismo fin de fortalecer las decisiones judiciales, de manera que:

*“[...]mientras la doctrina probable establece una regla de interpretación de las normas vigentes, que afecta la parte considerativa de la decisión judicial, el precedente judicial establece reglas sobre la aplicación de las normas en casos precisos, afecta por lo tanto aquellos casos cuyos hechos se subsuman en la hipótesis y están dirigidos a la parte resolutive de la decisión [...]”*²⁰⁹.

²⁰⁶ Cfr. SANTOFIMIO, Jaime. La Fuerza de los Precedentes Administrativos en el Sistema Jurídico del Derecho Positivo Colombiano. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 54.

²⁰⁷ Cfr. MORENO CASTILLO, Luis. *Ob. cit.*, pp. 167-169.

²⁰⁸ Sentencia C-037 del 05 de febrero de 1996, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, Revisión constitucional del proyecto de Ley número 58/94 Senado y 264/95 Cámara, *“Estatutaria de la Administración de Justicia”*. Ver también Cfr. MORENO CASTILLO, Luis. *Ob. cit.*, p. 168.

²⁰⁹ Sentencia C-621 del 30 de septiembre del 2015, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, Demanda de inconstitucionalidad contra el Artículo 7 (parcial) de la Ley 1564 de 2012. Ver también, Cfr. MORENO CASTILLO, Luis. *Ob. cit.*, pp. 167-169.

En consecuencia, no se estaría oponiendo a lo establecido en el Artículo 230 de la Constitución el hacer uso del precedente judicial o la doctrina probable; por el contrario, robustece el ordenamiento jurídico y se adapta de manera idónea al sistema de fuentes y sus jerarquías²¹⁰.

Unido a lo dicho anteriormente la Corte indicó que es obligación del juzgador entregar las razones y sustentar su decisión de apartarse de la jurisprudencia existente guardando al mismo tiempo coherencia con los objetivos del precedente judicial y de la doctrina probable sumado a la propia ponderación que realiza bajo la libertad decisonal como Juez, todo esto como una manera de cumplir con lo establecido en el Artículo 230 de la Constitución Política²¹¹.

Teniendo claro que la obligatoriedad de la parte motiva provendrá de la *ratio decidendi* se deberá mantener un vínculo con la parte resolutive de la sentencia que profiere el Juez y es, en este sentido que la Corte ha dictaminado que el precedente judicial que encierra la *ratio decidendi* se constituirá como una “*auténtica norma*” tanto así, que le otorga una composición especial en la que al igual que en las “*reglas jurídicas ordinarias*” se integrará por un “*supuesto de hecho y una consecuencia jurídica*”. Bajo esta lógica en la que se sustenta en el principio de igualdad el Alto Tribunal ha dictaminado que: “[...] cuando en una situación similar, se observe que los hechos determinantes no concuerdan con el supuesto de hecho, el Juez esté legitimado para no considerar vinculante el precedente. [...]”.²¹².

En cuanto a las autoridades administrativas y su relación con el precedente de las sentencias de la Corte Constitucional, debemos indicar que existe una obligación por parte de las autoridades de carácter administrativo – con un especial énfasis en las de carácter regulatorio – de respetar la línea de pronunciamientos entregados por sentencias de control de constitucionalidad de la Corte Constitucional, sumado a las sentencias de unificación de la jurisprudencia del Consejo de Estado y las sentencias de nulidad de los actos administrativos del Consejo de Estado. Lo anterior lo

²¹⁰ Ibídem.

²¹¹ Cfr. Sentencia C-836 del 09 de agosto 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil, Demanda de inconstitucionalidad contra el Artículo 4º de la Ley 169 de 1.896. *Ver también*, Cfr. Sentencia C-621 del 30 de septiembre del 2015, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, Demanda de inconstitucionalidad contra el Artículo 7 (parcial) de la Ley 1564 de 2012.

²¹² Cfr. LÓPEZ, Germán. *Ob. cit.*, p. 92. *Ver también*, Cfr. Sentencia T-1317 del 07 de diciembre del 2001, M.P. Rodrigo Uprimny Yepes, Acción de tutela de Carolina de la Pava de la Pava en contra de la Universidad de la Sabana. *Ver también*, Cfr. Sentencia T-960 del 06 de septiembre del 2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynett, Acción de tutela instaurada por Blanca Melba Patiño contra el Seguro Social.

mencionamos sin desconocer lo ya explicado sobre los efectos *erga omnes* que de por sí poseen las sentencias de control abstracto de constitucionalidad falladas por parte de la Corte Constitucional²¹³.

Para este tema es importante referenciar la Sentencia C-634 de 2011 que declaró el Artículo 10 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo como exequible pero, solo bajo el entendido de que las mismas autoridades deben tener en cuenta, tanto las decisiones de la Corte Constitucional que interpreten normas constitucionales, como las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado²¹⁴.

Debemos advertir al lector que lo anteriormente expuesto no es un tema clausurado o poco debatido en el contexto colombiano, existen otros puntos de vista que defienden un enfoque disímil sobre la relación entre la Jurisprudencia de la Corte Constitucional y las autoridades administrativas, en estas se describe una relación “*vinculante mas no obligatoria*”; asimismo indica que deberán ser necesariamente examinadas para la toma de decisiones, pero no aplicada de manera coactiva, en todo caso el sometimiento no es absoluto por lo que de manera razonada se podrá apartar del precedente²¹⁵. El debate muy seguramente continuará, pero necesariamente se debe reconocer los vínculos entrecruzados entre el precedente administrativo en Colombia y la evolución jurisprudencial de la Corte Constitucional²¹⁶.

Dicho lo anterior y a manera de síntesis, la aplicación del precedente judicial en el ordenamiento colombiano respondería en todo caso a las siguientes reglas: para la Jurisdicción Constitucional una sola sentencia de constitucionalidad de la Corte Constitucional constituye precedente, para la

²¹³ Cfr. Artículo 102 Ley 1437 de 2011, “*Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*”, Publicada en el Diario Oficial el día 18 de enero de 2011. Ver también, Cfr. MORENO CASTILLO, Luis. *Ob. cit.*, pp. 167-172. Ver también, Cfr. Sentencia C-816 del 01 de noviembre del 2011, M.P. Mauricio González Cuervo, Demanda de inconstitucionalidad: del Artículo 102 (parcial) de la Ley 1437 de 2011, por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

²¹⁴ Cfr. MORENO CASTILLO, Luis. *Ob. cit.*, pp. 167-172.

²¹⁵ Cfr. OSPINA, Andrés. Los cambios de jurisprudencia en la jurisdicción de lo contencioso administrativo: ¿veleidad o independencia del juez? En: BENAVIDES, José. (compilador) Contribuciones para el sistema de precedentes jurisprudencial y administrativo. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014, p. 25 y sigs. Ver también, Cfr. SANTAELLA, Héctor. La sujeción de la Administración a los precedentes jurisprudenciales. En: BENAVIDES, José. (compilador) Contribuciones para el sistema de precedentes jurisprudencial y administrativo. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014, p. 159 y sigs.

²¹⁶ A mayor abundamiento revisar: Cfr. SANTOFIMIO, Jaime. *Ob. cit.*

Jurisdicción Ordinaria tres sentencias de la Corte Suprema de Justicia en un mismo sentido constituyen precedente y finalmente para la Jurisdicción Contencioso Administrativa se trataría de una sentencia de unificación del Consejo de Estado, o tres sentencias del Consejo de Estado en el mismo sentido y de conformidad con la Sentencia C-634 de 2011 se deberán también tener en cuenta las sentencias de la Corte Constitucional²¹⁷.

En el contexto mexicano, en la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo (LFPCA), en el Artículo sexto se indica que la autoridad demandada debe indemnizar al particular y como tal constituirá una falta grave su actuación cuando “*sea contraria a una jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en materia de legalidad [...]*”, lo anterior se opone a lo dictaminado en Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (LA), en donde en ninguno de sus apartes se menciona la obligación o sanción aplicable al funcionario que no siga lo establecido por parte de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia. La guarda de la coherencia del sistema no es sencilla y cada país deberá afrontar este tipo de contradicciones propias de la expansión del Derecho Constitucional al resto del Ordenamiento Jurídico²¹⁸.

La misma Corte Constitucional colombiana ha indicado que: “[...]el respeto al precedente es entonces esencial en un Estado de Derecho[...]”, pero más adelante en el mismo pronunciamiento ha señalado que no es conveniente: “[...]petrificar el ordenamiento jurídico[...]”, ya que lo anterior conllevaría a la aparición de injusticias constituidas por las equivocaciones del pasado que no pueden ser traídas al presente bajo una aplicación obtusa e irracional de estas reglas negando determinados contextos históricos, para la Corte los sistemas jurídicos se encuentran en una permanente tensión entre la “*realización de la justicia material del caso concreto*” que le permite al juzgador renovar las normas a nuevos escenarios y la seguridad jurídica que supone que los juzgadores son fieles defensores del precedente²¹⁹.

²¹⁷ A mayor abundamiento sobre la aplicación de precedentes judiciales y administrativos en decisiones de las autoridades administrativas regulatorias: Cfr. MORENO CASTILLO, Luis. *Ob. cit.*, pp. 165-188.

²¹⁸ Cfr. Artículo 6 de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 1 de diciembre de 2005. *Ver también*, Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 Y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, última reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 19 de enero de 2018.

²¹⁹ Cfr. Sentencia SU-047 del 29 de enero de 1999, Ms.Ps.: Carlos Gaviria Díaz & Alejandro Martínez Caballero.

2.20 LA UNIDAD NORMATIVA

En principio se podría entender que es carga del demandante el integrar de manera adecuada la unidad normativa ya que su yerro puede conllevar a una inadmisión de la demanda interpuesta, no obstante, la Corte ha interpretado que ella misma se abrogará esta atribución puesto que de no hacerlo estaría auspiciando la proliferación de fallos inocuos o sentencias de carácter inhibitorio, y es en este sentido que en la sentencia C-344 de 1995 ha expresado que cuando una norma no ha sido demandada pero la misma guarda una: “[...]relación lógica y jurídica[...]” con la disposición analizada la decisión que el Alto Tribunal determine podrá ser extendida a lo no demandado, lo anterior en pro de la salvaguardia de lo que denomina la Corte como: “[...] la defensa de la prevalencia material y efectiva de la Constitución, [...]”²²⁰.

Regularmente las declaratorias de inconstitucionalidad de una norma conducen a que sigan su misma suerte otros cuerpos normativos que no han sido demandados, lo anterior suele ocurrir cuando la disposición acusada: “[...]constituye la base, o al menos un elemento esencial de una regulación más amplia, [...]” y su subsistencia posterior a la declaratoria de inconstitucionalidad resulta incongruente y hasta nociva para la garantía de la seguridad jurídica²²¹ además de ser totalmente opuesta a la apropiada coherencia del ordenamiento jurídico.

Más aún resultará la situación en la que del examen que realiza la Corte se revela que la norma por la que se expidió la disposición acusada es contraria a la Carta y por lo tanto debe ser declarada inconstitucional, lo que resulta ser un caso habitual cuando se presentan demandas que traten normas provenientes de Leyes otorgantes de facultades extraordinarias para proferir estructuras normativas, de similar manera se podrá presentar esta situación en los casos en que exista una reproducción o conservación equivalente de la estructura normativa enjuiciada que de no excluirse

²²⁰Cfr. Sentencia C-344 del 02 de agosto del 1995, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, Demanda de inconstitucionalidad contra los Artículos 63 y 72 de la Ley 104 de 1993. Ver también, Cfr. JULIO, Alexei. *Ob. cit.*, pp. 269-270.

²²¹ *Ibidem*.

consentiría contenidos opuestos a lo dictaminado por la Constitución dentro del ordenamiento jurídico²²².

Se debe reiterar que la jurisprudencia del Alto Tribunal ha determinado que la potestad descrita de proferir fallos *extra y ultra petita*, es excepcional ya que de alguna manera se limita el “*debate ciudadano*” y el “[...] *carácter participativo del proceso de control constitucional* [...]”²²³.

2.21 LA COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL

Nos referiremos a la cosa juzgada a manera de una institución jurídico-procesal que tiene su fundamento constitucional en el Artículo 243 de la Carta Política para los temas tratados en este acápite²²⁴, en donde en resumidas cuentas se le otorga el carácter de “[...] *inmutables, vinculantes y definitivas*[...]” a las decisiones entregadas en las sentencias proferidas por la Corte Constitucional y bajo esta estructura ningún Juez tendrá la potestad de decidir nuevamente o conocer sobre lo previamente resuelto por este Alto Tribunal, la misma Corte en su sentencia C-622 de 2007 expresa que en los asuntos decididos por las sentencias no resultará posible ni pronunciarse de nuevo y mucho menos establecer un nuevo litigio²²⁵.

Entonces la cosa juzgada será una característica propia de las decisiones judiciales, o “[...] *la fuerza que el derecho atribuye normalmente a los resultados procesales* [...]” lo cual conlleva a una subordinación y alto respeto a lo que se ha trabajado en los procesos y en otras palabras se

²²² Cfr. Sentencia C-1316 del 26 de septiembre del 2000, M.P. Carlos Gaviria Díaz, Demandas de inconstitucionalidad contra los Artículos 3, 6, 10, 25 y 26, todos en forma parcial, del Decreto 266 de 2000. *Ver también*, Cfr. JULIO, Alexei. *Ob. cit.*, pp. 269 - 270.

²²³ Cfr. Sentencia C-221 del 29 de abril del 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero, Demandas de inconstitucionalidad contra los Artículos Literal a) del Artículo 233 del Decreto 1333 de 1986 y el literal c) del Artículo 1º de la Ley 97 de 1913. *Ver también*, Cfr. Sentencia C-320 del 03 de julio de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero, Demandas de inconstitucionalidad contra los Artículos 34 (parcial) y 61 literal 8º de la Ley 181 de 1995. *Ver también* Cfr. JULIO, Alexei. *Ob. cit.*, pp. 269 - 270.

²²⁴ Cfr. Artículo 243 Constitución Política de Colombia (1991). “*Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional. Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución.*”

²²⁵ Cfr. Sentencia C-622 del 14 de agosto del 2007, M.P. Rodrigo Escobar Gil, Demanda de inconstitucionalidad contra el Artículo 35 de la Ley 472 de 1998, “por la cual se desarrolla el Artículo 88 de la Constitución Política en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones”. *Ver también*, Cfr. LÓPEZ, Germán. *Ob. cit.*, p. 99.

traduce en una: “[...] intocabilidad de lo que en el proceso se ha conseguido [...]”²²⁶. Especialmente en el tema del Control de Constitucionalidad se debe distinguir los efectos propios de “la cosa juzgada” con la: “[...] fuerza vinculante de las decisiones”; de esta manera la fuerza vinculante se refiere a la “obligatoriedad y eficacia vinculante de los fallos”, por otro lado, la cosa juzgada se reduce a: “[...] la posibilidad de volver a demandar las normas que ya han sido objeto de una decisión” decisiones que bien pueden ser de inexequibilidad o exequibilidad de la norma²²⁷.

De manera estricta la cosa juzgada obliga al tomador de la decisión – Juez o Magistrado – a someterse y contemplar la decisión o pronunciamiento entregado anteriormente y para el operador jurídico le impide entrar a solucionar asuntos que tengan vínculo con: “[...] el fondo de conflictos ya decididos a través de sentencias en firme, [...]” de esta manera se logra respaldar el hecho que ante a situaciones similares el ordenamiento entregue respuestas que se contradigan entre las mismas²²⁸.

Lo que en principio es aparentemente muy claro entra a tener unas dinámicas muy interesantes en el ordenamiento jurídico colombiano principalmente por lo decidido en varias sentencias de la Corte en donde se resuelve sobre este asunto particular²²⁹, en la sentencia C-774 de 2001 la Corte trabaja una tipología que será aplicable a la cosa juzgada constitucional que conlleva a la aplicación de ciertas categorías sobre la cosa juzgada dentro de las que encontramos: la cosa juzgada aparente, la cosa juzgada formal, la cosa juzgada material, la cosa juzgada relativa y la cosa juzgada absoluta²³⁰.

²²⁶ Cfr. SIERRA, Humberto. Sentencias de inconstitucionalidad. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1995, p. 33.

²²⁷ Cfr. JULIO, Alexei. *Ob. cit.*, p. 274.

²²⁸ Cfr. LÓPEZ, Germán. *Ob. cit.*, pp. 100-101.

²²⁹ Las sentencias en donde la Corte Constitucional ha trabajado el tema de la *cosa juzgada* son extensas dentro de la jurisprudencia creada por parte de este Alto Tribunal, a manera de ejemplo se pueden mencionar las sentencias: C-622 de 2007, T-104 de 2017, SU-1219 de 2001, T-234 de 1994, C-543 de 1992 y T-006 de 1992 entre otras. Cfr. LÓPEZ, Germán. *Ob. cit.*, p. 99.

²³⁰ Cfr. Sentencia C-774 del 25 de julio del 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil, Demanda de inconstitucionalidad contra los Artículos 388, 396, 397, 398, 399, 400, 403, 404 a 409, 417, 418 del Código de Procedimiento Penal y los Artículos 354 a 367 de la Ley 600 de 2.000. Se debe destacar la existencia de pronunciamientos previos a esta sentencia proferidos por parte de la Corte Constitucional en donde se mencionan y utilizan las categorías que serán explicadas, pero por razones metodológicas decidí ofrecer esta descripción al lector a partir de un estado más avanzado dentro de la evolución jurisprudencial, a manera de ejemplo se puede mencionar la sentencia C-397 de 1995, C-098 de 1996. Cfr. JULIO, Alexei. *Ob. cit.*, pp. 275–276.

En un esfuerzo por exponer de manera simple las categorías mencionadas en el anterior párrafo, diremos que *la cosa juzgada aparente* tendrá lugar cuando es declarada como constitucional una norma, pero en su correspondiente declaratoria – cuerpo de la sentencia y especialmente en la parte motiva – hay una ausencia de motivación. En este caso estaríamos ante un supuesto debate que en realidad no se presentó sobre la disposición y ante esta falta de motivación la norma podría verse inmersa en una nueva revisión a través de un nuevo pronunciamiento en donde sí se asegurará una decisión definitiva²³¹.

Por otro lado, tenemos la categoría de *cosa juzgada formal*²³² que se despliega en los casos en donde hay una decisión previa sobre determinado texto legal²³³ que se presenta nuevamente ante el Juez Constitucional, en particular no resultará posible el revisar la norma demandada ya que existe un previo pronunciamiento sobre el mismo texto, por otra parte nos encontramos con el uso de la categoría de *cosa juzgada material* que aparece cuando en una nueva norma el legislador deposita el contenido normativo de manera idéntica a lo previamente revisado por más que el texto es diferente; resulta más complejo el determinar si una norma por más que utiliza diferentes palabras posee un contenido normativo similar y es por esta razón que la Corte ha planteado una serie de reglas y test que ayudan a depurar la situación para el Juez Constitucional, en todo caso si el resultado del análisis identifica que los contenidos normativos son idénticos deberá atender lo ya resuelto en la decisión anterior manteniendo la integralidad²³⁴ y coherencia para el bien del ordenamiento jurídico.

La ya mencionada potestad que tiene la Corte Constitucional de modular el efecto de sus decisiones ha conllevado a una restricción de los efectos de la cosa juzgada, principalmente esto sucede

²³¹ Cfr. LÓPEZ, Germán. *Ob. cit.*, p. 101.

²³² Para entender esta diferenciación es bueno remitirse a una desigualdad teórica de la que hace uso la Corte Constitucional entre *texto normativo* y *disposición* por ende la cosa juzgada material aplica sobre contenidos normativos mientras que la formal aplica sobre textos normativos. Cfr. JULIO, Alexei. *Ob. cit.*, p. 278. En el mismo sentido puede indicarse que las disposiciones normativas vienen a ser enunciados que son contenidos en textos normativos como la misma Ley o la Constitución. A mayor abundamiento sobre el tema relacionado con la diferenciación y uso de disposiciones normativas & textos normativos. Cfr. GÓMEZ, Diego. *El principio de inmediatez en la acción de tutela, los argumentos de la interpretación*. Medellín, Universidad Santiago de Cali; Biblioteca Jurídica Diké, 2018, p. 67 y sigs.

²³³ El texto demandado puede estar presentado en la misma norma sobre la que ya se pronunció el Juez Constitucional o bien puede resultar ubicado en una reproducción idéntica del texto, pero en diferente localización dentro del ordenamiento jurídico.

²³⁴ Cfr. JULIO, Alexei. *Ob. cit.*, p. 278.

cuando el análisis se realiza sobre normatividad compleja y así lo amerita o debido a que el Juez Constitucional considera que debe ser así²³⁵, en este sentido el Alto Tribunal limita su análisis dejando espacio para un nuevo examen aplicable en un futuro incierto. Estas variantes son las que avalan el uso de la categoría de *cosa juzgada relativa* cuando se deja abierta la posibilidad de una nueva discusión al no cubrir todos los cargos formulados por el demandante o sobre las disposiciones constitucionales nombradas dentro del debate que se ven reflejados en un análisis parcial por diferentes circunstancias, en contraste tendremos la categoría conocida como *cosa juzgada absoluta* que surge cuando la decisión no está limitada y por lo tanto su exequibilidad o inexequibilidad²³⁶ es frente a todo el universo del texto constitucional y cubre la totalidad del debate antepuesto.

Se puede identificar por el alto número de pronunciamientos y desarrollos jurisprudenciales que la cosa juzgada constitucional no ha resultado ser un tema pacífico o simple de afrontar y por el contrario ha generado una serie de dificultades complicadas para el Juez Constitucional y por ende para el ordenamiento jurídico. Bajo este entendido compartimos lo expresado por el profesor Julio Estrada al señalar: “*La variedad de desarrollos jurisprudenciales de la figura de la cosa juzgada pone de manifiesto las dificultades que ha enfrentado la Corte Constitucional en el manejo de esta institución, [...]*” – más adelante el mismo profesor complementa su idea al referirse a las modalidades explicadas diciendo que: “[...]operan como una suerte de comodín que permite revivir problemas de constitucionalidad que se creían definitivamente resueltos;[...]” para finalizar con el argumento que: “[...] el uso acomodaticio que de ella ha hecho el Juez constitucional, lo expone a toda suerte de críticas que minan su legitimidad y arrojan serias dudas sobre la validez jurídica de su argumentación.”²³⁷

A este punto y previo a trabajar de manera concisa el tema de la tutela en Colombia, consideramos relevante hacer una corta reflexión sobre la influencia del sistema del *common law* en aspectos como el precedente y el sistema de fuentes, lo anterior con el propósito de generar observaciones acerca de la pertinencia de incluir nuevos elementos propios del mencionado sistema que le

²³⁵ Cfr. Auto 131 del 08 de noviembre del 2000, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, Recurso de súplica contra el auto de rechazo de la demanda, proferido por el H. Magistrado Carlos Gaviria Díaz.

²³⁶ JULIO, Alexei. *Ob. cit.*, p. 274 y sigs. Ver también, Cfr. LÓPEZ, Germán. *Ob. cit.*, pp. 100-103.

²³⁷ *Ibíd.* p. 279.

permitan sortear de mejor manera conflictos constitucionales y que al mismo tiempo respalden garantías fundamentales como la igualdad y la seguridad jurídica.

En nuestra opinión, esta posibilidad se debe discutir y resultaría muy provechoso el aceptar el rumbo que ha asumido el sistema colombiano con miras al mantenimiento de los equilibrios en temas sensibles para ordenamiento jurídico del país y en general sobre toda la estructura de fuentes instituida, a manera de ejemplo se podría profundizar y estudiar el uso de figuras como el *Stare Decisis*²³⁸ la cual es propia de los sistemas jurídicos de corte anglosajón y que se constituye como todo un principio procesal en el que se otorga una seguridad jurídica extraída de las decisiones de los Tribunales. Lo anterior nos remite a prestar cierta atención a los componentes más básicos de los sistemas de derecho en donde en el *common law* se enaltece y privilegia el respeto al precedente y el sistema romano-germánico en el que se otorga un lugar de privilegio a la Ley como la fuente principal del derecho²³⁹.

Para la Corte Constitucional la aproximación al sistema del *common law* puede resultar extraña y poco conveniente, en otras palabras, inquieta la comparación o acercamiento que consideramos se viene realizando vía jurisprudencia a sistemas anglosajones desde hace varios años. Para la Corte algunos elementos fundamentales del ordenamiento constitucional colombiano como la cosa juzgada constitucional y la presencia de mecanismos de control de constitucionalidad abstractos

²³⁸ El *Stare Decisis* que trata en palabras simples de “[...]estarse en lo resuelto a la decisión anterior[...]” el mismo se materializa dentro de los sistemas jurídicos cuando las diferentes decisiones de las Cortes de mayor jerarquía marcan una línea o pauta para jueces y Tribunales de una menor jerarquía, asimismo el precedente adquiere carácter de obligatoriedad aplicando metódicamente una estructura formal que persigue la predictibilidad, seguridad y estabilidad del derecho, a manera de ejemplo dentro del sistema de *common law* aplicado en EE.UU el precedente es entendido como un principio del derecho y bajo esta categoría a todos los principios se les se le concede un “[...]carácter de norma jurídica [...]” de lo cual se deriva su obligatoriedad, asimismo la rama legislativa estadounidense ha reconocido la obligatoriedad de los principios – y por ende del precedente - en el ordenamiento cuando señala: “*La Corte Suprema y todas las cortes establecidas por la Ley pueden emitir todos los mandatos judiciales necesarios o apropiados en beneficio de sus respectivas jurisdicciones y conforme a los usos y principios del derecho*”. El *Stare Decisis* puede ser abordado como un principio y como tal se subdivide en dos componentes o sub-principios en primer lugar se encuentra la regla que es componente de una decisión mediante la cual un tribunal de superior jerarquía constituye un precedente vinculante que deberá ser aplicado bajo una autoridad obligatoria, esto quiere decir que los inferiores no tendrán la potestad de modificarlo, el segundo sub-principio también se manifiesta como una regla que consiste en que el mismo Tribunal que es un Superior jerárquico no tendrá la posibilidad de “[...]revocar sus propios precedentes a menos que haya una razón de peso[...]” bajo esta lógica si es posible que el tribunal ignore el precedente de manera ocasional pero solo bajo ciertas circunstancias especiales. Cfr. LONDOÑO, Néstor. *Ob. cit.*, pp. 62 – 64. Ver también Cfr. LÓPEZ, Germán. *Ob. cit.*, p. 92 y sigs.

²³⁹ Cfr. LÓPEZ, Germán. *Ob. cit.*, p. 92 y sigs.

no encajan dentro de lo estructurado para jurisdicciones de influencia anglosajona, en concreto la Corte ha indicado que:

“11. Sin embargo, antes de entrar en materia, conviene de manera somera señalar que la empresa que acomete la mayoría de trasladar al derecho colombiano, los esquemas de desarrollo del derecho judicial inglés, hasta el punto de intentar establecer equivalencias con las expresiones conceptuales empleadas por la Corte para determinar el alcance de la cosa juzgada constitucional, está destinada a rendir escaso provecho. La misma mayoría se anticipa a confesar que el esquema propuesto es “tomado en alguna medida del derecho privado y de los sistemas de Common Law”. Sin perjuicio de la ilustración que ofrece la exposición de la mayoría y de la utilidad marginal que pueda brindar en términos de comportamiento judicial y de configuración de una comunidad jurídica cohesionada alrededor de la actividad del Juez, lo cierto es que la exigencia de un conflicto y la conformación de un caso, como presupuestos del discurrir de este derecho, contrastan con los mecanismos de control de constitucionalidad abstracta y la institución colombiana de la cosa juzgada constitucional, para sólo indicar dos particularidades del derecho constitucional, a las que se deben sumar la propias de un sistema jurídico primordialmente sustentado en el derecho legislado, y en la existencia de una Constitución rígida.”²⁴⁰

2.22 LA TUTELA

La misma Constitución colombiana incluye dentro de su estructura otros procesos que a diferencia de los anteriormente mencionados no están directamente dirigidos a resguardar la integridad de la Constitución, más bien su objetivo principal es el de proteger los derechos consagrados en la Carta. Dentro de estos procesos podremos nombrar: la acción de tutela, el habeas corpus, la acción de cumplimiento, las acciones populares y procesos de control político como la pérdida de investidura²⁴¹. Para la presente investigación buscaremos guardar una conexión con el objeto central de la misma y por lo tanto, nos limitaremos a describir de manera corta la estructura que tiene la acción de tutela en el ordenamiento y con esta descripción daremos cierre a la presente

²⁴⁰ Cfr. Sentencia SU-047 del 29 de enero de 1999, Ms.Ps.: Carlos Gaviria Díaz & Alejandro Martínez Caballero.

²⁴¹ A mayor abundamiento sobre los procesos mencionados. Cfr. CANO, Andrés; TORO, Laura. *Ob. cit.*, p. 76 y sigs.

sección para posteriormente adentrarnos en temas mineros y su relación con la jurisdicción constitucional²⁴².

La tutela puede ubicarse como una de las acciones de control que son aplicadas para casos concretos, se encuentra regulada por el Artículo 86 de la Constitución Política²⁴³, tiene por finalidad la protección de derechos fundamentales consagrados en la Constitución o los que por la vía jurisprudencial obtuvieron esta condición²⁴⁴; asimismo busca defender la vulneración de los derechos fundamentales por omisiones y acciones ejecutadas por las autoridades y las de los particulares en el caso que estos sean los encargados de prestar un servicio público, al igual que cuando su “[...]conducta afecte grave y directamente el interés colectivo[...]”; finalmente también procederá cuando “[...]el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.” ante un particular²⁴⁵.

La acción responde al cumplimiento por parte del Estado colombiano de ciertas obligaciones internacionales adquiridas²⁴⁶ que se sumaron a un momento histórico que determinó cambios definitivos en el ordenamiento jurídico del país, los cuales avalaron la materialización de la Constitución Política de 1991. Solo hasta este momento fue posible contar con una regulación expresa sobre los derechos fundamentales. La filosofía detrás de esta acción es profunda, como lo

²⁴² *Ibidem*.

²⁴³ Cfr. Artículo 86 Constitución Política de Colombia (1991): *“Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución. La Ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.”*

²⁴⁴ Es nuestro deber advertir al lector que la tutela ha sido reglamentada en múltiples ocasiones: Cfr. Decreto con fuerza de Ley 2591 de 1991, Decretos reglamentarios 306 de 1992, el 1382 del 2000 y Decreto 1069 de 2015.

²⁴⁵ Cfr. Artículo 86 Constitución Política de Colombia (1991) *Ver también*, Cfr. CANO, Andrés; TORO, Laura. *Ob. cit.*, p. 77 y sigs.

²⁴⁶ Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966 y Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, en concreto los Estados se obligaron a incorporar dentro de sus ordenamientos jurídicos un mecanismo simple y efectivo que tuviera como finalidad la protección judicial de los derechos fundamentales. Cfr. GÓMEZ, Diego. *Ob. cit.*, pp. 32–33.

indica Bobbio: *"El problema de fondo relativo a los derechos humanos no es hoy tanto el de justificarlos como el de protegerlos. Es un problema no filosófico, sino político."*²⁴⁷, en el caso de la tutela se trataba de otorgar una herramienta para aproximar el derecho a toda la sociedad sin importar las clases sociales²⁴⁸. Por otra parte, no se debe desconocer que en la práctica esta acción ha sido la herramienta para reivindicar varias luchas de grupos vulnerables o minoritarios ubicados en el territorio colombiano²⁴⁹.

La acción de tutela encuentra figuras similares en el contexto internacional, como es el caso español (recurso de amparo), alemán (*verfassungsbeschwerde*) y el mexicano (juicio de amparo)²⁵⁰; de hecho parte de la estructura creada para la tutela toma como ejemplo la experiencia mexicana²⁵¹, no obstante, la decisión de proporcionarle un nombre diferente se sustenta en que no se trataba de una copia idéntica a lo establecido en el ordenamiento mexicano, por lo que resultó prudente identificarla de manera desigual²⁵².

La acción de tutela se puede describir como una acción extraordinaria que es llevada a cabo mediante un procedimiento preferente, breve y sumario, asimismo es válido acudir ante cualquier Juez para su interposición, se soluciona de manera rápida ya que no puede superar un término mayor a diez días sin solucionarse y como tal, la sentencia entregará una orden concreta dada por

²⁴⁷ Cfr. BOBBIO, Norberto. El tiempo de los derechos. Madrid, Editorial Sistema, 1991, p. 61.

²⁴⁸ A mayor abundamiento sobre el debate entre los aspectos teóricos y prácticos en la aplicación de los derechos humanos. Cfr. HARRISON, Marline. Reflexiones sobre el estudio de los derechos humanos y su fundamentación. En: Revista Universitas, Vol. 2. Madrid, Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas" de la Universidad Carlos III de Madrid, 2005, pp. 13-36. Ver también, Cfr. HERNÁNDEZ, Ángel. ¿Fundamentación o protección de los derechos humanos? Las tesis de Bobbio y de Beuchot En: Revista Isonomía, No. 06. México, Instituto Tecnológico Autónomo de México, 1997, pp. 170-178.

²⁴⁹ Cfr. GÓMEZ, Diego. *Ob. cit.*, p. 29 y sigs.

²⁵⁰ El Juicio de Amparo hace su aparición en el ordenamiento jurídico mexicano desde el siglo XIX, mucho antes que la acción de tutela. A mayor abundamiento sobre el tema de orígenes del Juicio de Amparo Mexicano: Cfr. ARROYO, Jesús. El Origen del Juicio de Amparo. En: MORENO, Margarita; GONZÁLEZ, María del Refugio. La Génesis de los Derechos Humanos en México. México, Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, p. 43 y sigs.

²⁵¹ El Juicio de Amparo puede ser entendido de manera resumida como una herramienta de control constitucional que tiene por objetivo: "[...] reparar las violaciones de garantías que un determinado acto de autoridad genera sobre la esfera jurídica del gobernado que lo promueva, con el fin de restituirlo en el pleno goce de sus derechos fundamentales que le hayan sido violados, [...]" Cfr. Amparo directo en revisión 3044/98. Eduardo Cuauhtémoc Siller Leyva y otros. 12 de mayo de 2000. Cinco votos. Ponente: ministro Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Derivado de este asunto véase Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXIV, diciembre de 2006, p. 189, tesis 2ª./J.181/2006; IUS: 173858.

²⁵² Cfr. ALARCÓN, Óscar. La cara oculta de la Constitución del 91. Bogotá, Editorial Planeta, 2011, p. 135. Ver también, Cfr. GÓMEZ, Diego. *Ob. cit.*, p. 33.

el Juez de abstención o acción dirigida al particular o autoridad que posiblemente han amenazado o ignorado el derecho o derechos fundamentales que se pretenden proteger por intermedio de la misma²⁵³.

Solo procederá cuando la persona o personas que se ven afectadas no poseen ningún otro mecanismo dentro del ordenamiento jurídico – carácter subsidiario y residual – o cuando es utilizada como una herramienta para prevenir perjuicios de carácter irremediables²⁵⁴, no aplica para situaciones en donde se tengan daños consumados²⁵⁵, adicionalmente la acción no tiene término de caducidad. Desde una perspectiva procesal la decisión tomada en primera instancia puede resultar impugnada y un Juez superior atenderá el recurso, al quedar en firme la decisión existe la obligación de remitir lo actuado a la Corte Constitucional para una posible revisión por parte de este Alto Tribunal, el no acatar lo decidido por el Juez de tutela se sanciona con arresto de seis meses y multa de veinte salarios mínimos legales vigentes²⁵⁶.

Cuando el titular de los derechos afectados no se encuentra en capacidad suficiente para ejercerlos procederá la figura de la agencia oficiosa²⁵⁷, la mencionada situación operará con una simple manifestación que destaque la imposibilidad física o mental del titular, asimismo figuras que hacen parte del Estado como los personeros municipales y el Defensor del Pueblo tendrán la capacidad de interponer acciones de este tipo favoreciendo a personas en situación de indefensión. La

²⁵³ Cfr. Artículo 86 Constitución Política de Colombia (1991) *Ver también*, Cfr. CANO, Andrés; TORO, Laura. *Ob. cit.*, p. 77 y sigs.

²⁵⁴ El no ser remediable un perjuicio se manifiesta cuando resulta imposible retornar las cosas a un estado anterior y la tutela es utilizada como una herramienta transitoria que no opera a manera de fallo definitivo, quedando la situación analizada a la espera de lo decidido por el juez competente. Cfr. Sentencia T-458 del 24 de octubre del 1994, M.P. Jorge Arango Mejía, Decisión sobre la sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, de fecha doce (12) de mayo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

²⁵⁵ El daño consumado aparece cuando la afectación al derecho fundamental ya logró generar el perjuicio que se pretendía evitar con la utilización de la acción de tutela, un típico ejemplo es el acaecimiento de la muerte de quien se debía proteger. Cfr. Sentencia T-495 del 16 de junio del 2010, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, Acción de Tutela instaurada por Blanca Cecilia Rojas Castellanos contra Julieta Quintero Arias.

²⁵⁶ Cfr. Artículo 86 Constitución Política de Colombia (1991) *Ver también*, Cfr. CANO, Andrés; TORO, Laura. *Ob. cit.*, p. 77 y sigs. *Ver también*, Cfr. GÓMEZ, Diego. *Ob. cit.*, pp. 35-36.

²⁵⁷ La agencia de derechos ajenos que se hace presente ante la incapacidad del titular debe superar algunos requisitos establecidos por la misma Corte Constitucional. Cfr. Sentencia T-531 del 04 de julio del 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett. Acción de tutela instaurada por Alfredo Cano Córdoba agente oficioso de Gloria María Portilla Cundar y otros, contra el Juzgado Quinto penal del circuito de Pasto.

regulación busca que la presentación de la tutela tenga una cantidad mínima de requisitos e inclusive la misma pueda llegar a ser presentada de forma verbal²⁵⁸.

La relación entre las sentencias de tutela y la cosa juzgada hace presencia en el momento determinante en el que la Corte Constitucional decide no escoger o excluir de alguna revisión la tutela proferida por un Juez o Tribunal, otra posibilidad tiene lugar cuando es seleccionada y por lo tanto, deberá esperar a la decisión de fondo proferida por parte de la Corte Constitucional como órgano de cierre para lograr consolidar el mencionado efecto²⁵⁹.

2.23 EL USO DE LA TUTELA EN CONTRA DE DECISIONES JUDICIALES

Sin desconocer el amplio debate que ha generado este tema dentro del devenir jurisprudencial colombiano²⁶⁰, únicamente haremos alusión a la sentencia C-590 de 2005 en donde la Corte manifiesta de manera directa que existen algunos supuestos en donde la acción de tutela procede en contra decisiones judiciales, siempre y cuando, cumpla con requisitos de carácter general y otros especiales de procedibilidad. En la sentencia se destaca la referencia que hace este Alto Tribunal sobre algunos instrumentos de carácter internacional como la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos que crean obligaciones vinculantes para el Estado colombiano afines con la implementación de instrumentos prácticos en contra de decisiones de autoridades públicas que puedan llegar a impactar derechos fundamentales. Vale la pena también el indicar que este aporte de la jurisprudencia Constitucional ha venido generando múltiples críticas a la actuación de la Corte sustentadas estas en la afectación que se

²⁵⁸ Cfr. Sentencia T-501 del 21 de agosto de 1992, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, Revisión de la Corte Constitucional sobre el pronunciamiento del Tribunal Administrativo de Antioquia, Sección Segunda del 8 de abril de 1992, al resolver sobre la acción de tutela instaurada por el ciudadano Tomas Eduardo Pineda Herrera., Cfr. Sentencia T-452 del 04 de mayo del 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, Acción de tutela instaurada por Israel Lara contra la Caja de Compensación Familiar, Comfamiliar - Seccional Huila-, Cfr. Sentencia T-271 del 04 de abril del 2006, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, Acción de tutela instaurada por María del Carmen Múnera de la Pava en calidad de agente oficioso del señor Rodrigo Fernando Múnera de la Pava, en contra de La Compañía Suramericana de Seguros de Vida S.A. *Ver también*, Cfr. Decreto 2591 de 1991, Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el Artículo 86 de la Constitución Política, Publicado en el Diario Oficial el día 19 de noviembre de 1991. *Ver también*, Cfr. LÓPEZ, Germán. *Ob. cit.*, pp. 275 - 286.

²⁵⁹ Cfr. LÓPEZ, Germán. *Ob. cit.*, p. 100.

²⁶⁰ A mayor abundamiento sobre el uso de la tutela en contra de decisiones judiciales y su devenir jurisprudencial consultar las Sentencias: Cfr. C-543 de 1992, T-231 de 1994, T-534 de 1999, T-526 de 2000, T-267 de 2000& T-462 de 2003 Cfr. LÓPEZ, Germán. *Ob. cit.*, pp. 280 - 286.

puede llegar a generar frente a los principios de independencia judicial, y el principio de la seguridad jurídica del ordenamiento, además de acusarle de fomentar enfrentamientos entre las Altas Cortes y los diferentes jueces²⁶¹.

2.24 LAS SENTENCIAS TIPO (T) Y (SU) DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Algunas de las sentencias de la Corte Constitucional se identificarán con una (T) al trabajar fallos de tutela simples y con una (SU) al tratarse de sentencias de unificación, en los dos casos tendremos efectos *inter partes* lo que indica que sus consecuencias aplican para el caso concreto, debemos indicar que cuando la Corte falla una sentencia de este tipo es una obligación comunicar a los Tribunales o jueces que han conocido del caso previamente para alinear y ajustar las decisiones. La necesidad de contar con este tipo de sentencias se sustenta en garantizar objetivos como los de ofrecer seguridad jurídica a los administrados, crear estabilidad y exactitud al interior del ordenamiento jurídico, evitar la arbitrariedad unificando interpretaciones, completar vacíos y auxiliar la realización de una justicia material asegurando una efectividad en los derechos entre otros²⁶².

Tras la presentación de una breve descripción realizada sobre la estructura de la Jurisdicción Constitucional en Colombia, así como de su Corte Constitucional, las formas de control Constitucional propias del Régimen colombiano y el Control de Constitucionalidad ejercido por parte de sus jueces, sumado a la descripción de la categorización de las sentencias y la tutela, avanzaremos hacia un nuevo relato que trae consigo otro componente central dentro del planteamiento presentando en el presente documento y que tiene como protagonista al sector minero colombiano y su política pública.

²⁶¹ Cfr. LÓPEZ, Germán. *Ob. cit.*, pp. 280 - 286. *Ver también*, Sentencia C-590 del 08 de junio del 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño, Demanda de inconstitucionalidad contra el Artículo 185, parcial, de la Ley 906 de 2004.

²⁶² Cfr. OLANO, Hernán, *Ob. cit.*, pp. 592–593.

CAPÍTULO 3. EL SECTOR MINERO COLOMBIANO

En esta sección del documento se creará una referencia sobre Colombia y su sector minero, adicionalmente se entregarán datos de su legislación y política pública. Se busca establecer una línea base, la cual podrá compararse por parte del lector con un caso concreto, el cual subrayamos como el fenómeno ocurrido sobre los cambios regulatorios implementados a partir de las sentencias proferidas por parte de la Corte Constitucional.

3.1 CONTEXTO ECONÓMICO & SOCIOPOLÍTICO DEL PAÍS

Para integrar al lector a un contexto general daremos inicio con la mención de ciertos indicadores frecuentes; la población colombiana para el año (2017) se encontraba constituida por (49.2) millones de habitantes²⁶³, la moneda local es el peso colombiano (COP), la expectativa de vida en el país es de (75) años²⁶⁴, por otro lado, su producto interno bruto (PIB) para el año 2017 fue representado en US \$305.806 Millones de Dólares²⁶⁵, la tasa de desempleo se encuentra localizada en 9,4% (2017)²⁶⁶, y en este mismo periodo el país exportó US \$ 37.766 Millones de dólares e importó US \$ 43.977 Millones de dólares²⁶⁷.

El país está ubicado en el noroeste del continente suramericano y posee acceso tanto a la costa caribe como al pacífico, en cuanto a su organización territorial se compone de (32) Departamentos y seis principales regiones, su área total está compuesta por 2,070.408 km² que se organizan de la siguiente manera: 928,660 km² de espacios marítimos y 1,141.748 km² de terrestres. Colombia comparte fronteras con Venezuela, Brasil, Perú, Panamá y el Ecuador. Vale la pena destacar que

²⁶³ Cfr. Banco de la República: Serie histórica Población colombiana. [En línea] Revisado, febrero 2, 2018. Disponible en: <http://www.banrep.gov.co/es/estadisticas/poblacion-colombiana>.

²⁶⁴ Cfr. Procolombia: Investment Booklet 2015 [En línea] Revisado, mayo 05, 2018. P. 9 Disponible en: <http://www.investincolombia.com.co/publication/investment-booklet.html>

²⁶⁵ Cfr. Banco de la República: PIB. Metodología año base 2005. [En línea] Revisado, febrero 2, 2018. Disponible en: <http://www.banrep.gov.co/es/pib>

²⁶⁶ Cfr. Banco de la República: Boletín de Indicadores económicos - 30 de abril de 2018. [En línea] Revisado, febrero 8, 2018. p. 6 Disponible en: <http://www.banrep.gov.co/es/estadisticas/poblacion-colombiana>

²⁶⁷ Cfr. Departamento Nacional de estadística (DANE): Colombia, Colombia, balanza comercial anual 1980 - 2020p. [En línea] Revisado, febrero 17, 2021. Disponible en: <https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/comercio-internacional/balanza-comercial>

dentro de sus fronteras existe una especial protección a ciertos territorios de grupos étnicos e indígenas²⁶⁸.

Colombia es definida por su propia Constitución como: “[...] un Estado Social de Derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”²⁶⁹, asimismo el Estado colombiano se organiza bajo tres ramas del Poder Público que operan de manera independiente; en este mismo sentido también debemos subrayar que en esta estructura se hacen presentes múltiples organismos de Control, Supervisión y Vigilancia entre los que podemos mencionar: la Auditoría General de la República, la Procuraduría General de la Nación, la Contraloría General de la República y varias superintendencias entre otros²⁷⁰.

Según la Constitución colombiana, el Poder Legislativo y en concreto el Congreso de la República se constituirá como la única autoridad competente para promulgar Leyes. Por un lado, el Poder Ejecutivo podrá emitir directivas, directrices y regulaciones que buscan garantizar la correcta aplicación de las mencionadas normas emitidas por parte del Congreso; al fin y al cabo, estos poderes reguladores que posee la Rama Ejecutiva se limitan por el mismo alcance de las Leyes y no podrán desbordar o crear variaciones sobre las mismas²⁷¹. Por otro lado, existe un control constitucional sobre las normas que es ejercido por la Corte Constitucional el cual ya fue mencionado en ésta misma obra²⁷².

²⁶⁸ Cfr. ROMERO, Cesar. Colombia: Energy Policy (Electricity). En: TIESS, Günter; MAJUMDER, Tapan; CAMERON, Peter, Encyclopedia of Mineral and Energy Policy. Springer Berlín Heidelberg, 2017, p. 1.

²⁶⁹ Cfr. Constitución política de Colombia (1991) Artículo 1.

²⁷⁰ Cfr. Procolombia. Ob. cit. p. 10.

²⁷¹ Cfr. CÁRDENAS, Bernardo. Colombia: Mining 2016. En: Latin Lawyer Reference, 2016. [En línea] Revisado, abril 25, 2018. Disponible en: <https://latinlawyer.com/organization/1003942/dentons-cardenas-cardenas>

²⁷² Resulta pertinente resaltar que Juan Manuel Santos como expresidente de Colombia fue galardonado con el premio Nobel de la paz (2016) por su trabajo y gestión dentro del proceso de paz con el grupo guerrillero denominado Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia - Ejército Popular (FARC – EP) que se constituían como la guerrilla más antigua del mundo y que han jugado un papel preponderante dentro del conflicto armado en Colombia, hoy en día este grupo armado está constituido como un partido político que tiene la posibilidad de presentar candidatos a los diferentes ejercicios democráticos del país y llevan por nombre de su partido Fuerza Alternativa Revolucionaria del Común (FARC).

Existe una tendencia en el centro de la política pública minera colombiana en la que se concede una mayor atención a determinados productos como lo son el carbón, el oro, el ferroníquel y las esmeraldas, esto se presenta puesto que en el caso de las esmeraldas hay un fuerte vínculo o tradición de explotación vinculada con ciertas regiones del centro del país y para el caso del resto de los mencionados productos básicos o materias primas se justifica su interés debido a su significativo aporte al PIB nacional, de similar manera no se puede desconocer que los productos a los cuales nos referimos anteriormente son los que usualmente se encuentran bien posesionados a nivel global, como consecuencia la fuerza del mercado ejerce cierta presión en la notoriedad y relevancia para el diseño de las políticas públicas y regulatorias del sector minero determinadas por las autoridades²⁷³.

Resulta conveniente indicar que para el año 2015 Colombia fue uno de los mayores productores de níquel en América del Sur, tan solo superado por Brasil, a nivel global ocupó el puesto número (23) en producción total de minerales, listado encabezado por países como China, EE.UU, Rusia, Australia e India y en el que México ocupó el puesto número (17); en este mismo sentido se ubica como el mayor productor de carbón en América Latina sumado a contar con importantes reservas en este mineral, aparte de eso realiza una explotación significativa de metales preciosos representados principalmente en oro y esmeraldas²⁷⁴.

En el año 2010 la Defensoría del Pueblo²⁷⁵ – institución que hace parte del Ministerio Público – reportó que: “[...]el 28% de las unidades de explotación minera de hecho (sin título) se dedicaban

²⁷³ Cfr. VELÁSQUEZ, Fabio; MARTÍNEZ, Mario; PEÑA, Juliana. El sector extractivo en Colombia (2011 – 2012). Bogotá, Fundación Foro nacional por Colombia, 2013, pp. 67–86 Ver también Cfr. VELÁSQUEZ, Fabio; MARTÍNEZ, Mario; PEÑA, Juliana et al. El sector extractivo en Colombia (2013). Bogotá, Fundación Foro nacional por Colombia, 2014, pp. 65–70.

²⁷⁴ Cfr. Unidad De Planeación Minero-Energética (UPME): Boletín Estadístico de Minas y Energía 2012-2016. [En línea] Revisado, febrero 17, 2018. pp. 88-110, 92. Disponible en: <http://www1.upme.gov.co/Paginas/Noticias/BOLETIN-ESTAD%C3%8DSTICO-DE-MINAS-Y-ENERG%C3%8DA-2012---2016.aspx> Ver también Cfr. REICHL, C.; SCHATZ, M.; ZSAK, G. World mining data. Volume 32. Minerals Production. Viena, International organizing committee for the world mining congresses, 2017, pp. 32, 193.

²⁷⁵ En Colombia no existe como tal el llamado Ministerio Público como cartera ministerial, pero se concibió en la Constitución política de 1991 en sus artículos 281 y 282 como una unidad estatal conformada por organismos de control que es formado por: La Procuraduría General de la Nación, Las personerías municipales y La Defensoría del Pueblo. La función de esta última consiste en la protección de los derechos humanos y de las libertades de todas las personas frente a actos, amenazas o acciones ilegales, injustas, irrazonables, negligentes o arbitrarias de cualquier autoridad o de los particulares. A mayor abundamiento sobre esta institución consúltese: Cfr. Defensoría del Pueblo: Página Oficial, [En línea] Revisado, noviembre 11, 2020. Disponible en: <https://www.defensoria.gov.co/>

a la explotación de oro”, siguiendo esta misma línea el Censo Minero Departamental indicó que para el periodo 2010 – 2011 el (86.7%) de las minas de oro del país operaban sin ningún título, para el año 2013 la Contraloría General de la república reveló que tan solo el (40%) del oro explotado en el país es reportado ante las autoridades, mientras que el restante (60%) se ubica en los mercados internacionales por medio de canales no detectables, es decir, siguiendo estas cifras presentadas anteriormente podemos señalar que desde hace un tiempo la producción del mineral oro en el país es realizada en su gran mayoría bajo la informalidad y sin tener en cuenta la regulación impuesta por las autoridades²⁷⁶.

Desafortunadamente el sector minero colombiano no ha sido ajeno a la influencia del conflicto armado, existen relaciones complejas de economías ilegales que se vinculan con la financiación de grupos a través de actividades rentables ejercidas por fuera de la Ley como: el tráfico de drogas, el contrabando y la minería ilegal (especialmente la asociada al oro). El control sobre grandes extensiones de tierra en donde el Estado es ausente siempre será un aliciente para el desarrollo de este tipo de actividades por parte de grupos ilícitos de turno, de ahí que en el año (2014) la revista Forbes categorizó al grupo armado FARC-EP como la tercera organización armada ilegal más rica del mundo²⁷⁷.

Por otro lado al hablar de la minería vinculada a materiales de construcción, se encuentra que la demanda por este tipo de productos ha venido creciendo en los últimos años siendo está impulsada por trabajos de construcción civil y el montaje de nueva infraestructura pública, en vista de lo anterior se tienen nuevas oportunidades para la explotación y producción de productos como el cemento, productos de yeso, piedra caliza, cerámicas y arcillas todas muy importantes a la hora de soportar la mayoría de edificaciones y obras civiles²⁷⁸.

²⁷⁶ Cfr. MARTÍNEZ, Astrid; AGUILAR Tatiana. Estudio sobre los impactos socio-económicos del sector minero en Colombia: encadenamientos sectoriales. Bogotá, Fedesarrollo Centro de Investigación Económica y social, 2013, pp. 11,12. *Ver también*, Cfr. VELÁSQUEZ, Fabio; MARTÍNEZ, Mario; PEÑA, Juliana et al. El sector extractivo en Colombia (2015). Bogotá, Fundación Foro Nacional por Colombia, 2016, p. 67.

²⁷⁷ Cfr. Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (Por sus siglas en inglés: USAID); Organización Internacional para las Migraciones (OIM) Las Economías Ilegales en Colombia: Implicaciones Para el Posconflicto. En: Spotlight August 2015 [En línea] Revisado, noviembre 11, 2020. p. 1. Disponible en: <https://repositoryoim.org/handle/20.500.11788/1149> *Ver también*, Cfr. Revista Forbes International, The World's 10 Richest Terrorist Organizations, 12 diciembre (2014). [En línea] Revisado, mayo 05, 2018. p. 4. Disponible en: <http://onforb.es/1MSzWBv>

²⁷⁸ Cfr. Procolombia. Ob. cit. p. 72.

Entre los años 2010 y el 2015 el sector minero colombiano representó en promedio el (2.2%) del (PIB) y ofreció un aporte del (19,6%) de todas las exportaciones del país²⁷⁹, siendo el carbón el principal mineral exportado por Colombia seguido por el oro y el ferroníquel. Los mercados a donde estarían partiendo los productos explotados se ubican en la unión europea, EE. UU y China. Por otra parte, y en razón a su particular uso, los materiales de construcción son vendidos a países no tan lejanos territorialmente como lo son Perú, República Dominicana, Panamá, Ecuador, EE. UU y Puerto Rico²⁸⁰.

Si se realiza un ejercicio de comparación entre la producción obtenida en el año (2015) de los dos grandes productos minerales del país - Carbón & Oro - en contraste con las expectativas propuestas por el Gobierno para el mismo periodo es posible establecer profundas divergencias, es así como de una expectativa en la explotación para el caso del oro representada en 58.000 kilogramos tan solo fue posible obtener 31.610 kilogramos y de 115 millones de toneladas (MT) de carbón solo se alcanzó la cifra de 84.9 MT²⁸¹.

Para el año (2016) Colombia puede ser representada como un continuo importador de productos manufacturados (77.1%) seguido por productos agrícolas (14.9%) y de combustibles en tercer lugar con el (7.8), el porcentaje restante se encuentra compuesto por una canasta de productos que completan el restante (0,3%). Bajo lo anteriormente presentado se puede establecer que Colombia se ubica en déficit comercial con países como: Japón, India, Francia, Brasil, Corea, China, Alemania, EE. UU y México e inversamente posee un superávit comercial con los siguientes países: Turquía, Holanda, Panamá, Venezuela, Perú y España²⁸².

En cuanto al comportamiento económico, se destaca que en términos de Inversión Extranjera Directa (IED) el sector minero del país configuró un periodo de buenos resultados del año (2011)

²⁷⁹ Cfr. “*What’s more, the Colombian mining sector represented on average 2.2% of Gross Domestic Product (GDP) between 2010 and 2015 and contributed 19.6% of all exports. [...]*” (trad. a.) Cfr. Norton Rose Fulbright Colombia: Colombia Mining Vision by 2025. (2016) p. 6. [En línea] Revisado, febrero 17, 2021. Disponible en: http://acmineria.com.co/acm/wp-content/uploads/2018/10/31102016_colombia_mining_vision_by_2025_vf_0.pdf

²⁸⁰ Cfr. Agencia Nacional De Minería (ANM): Exploring Opportunities. (2015) p. 25. [En línea] Revisado, abril 22, 2018. Disponible en: https://www.anm.gov.co/sites/default/files/DocumentosAnm/publication_exploring_opportunities.pdf

²⁸¹ Cfr. VELÁSQUEZ, Fabio; MARTÍNEZ, Mario; PEÑA, Juliana et al. (2016). Ob. cit. P. 66 – 67.

²⁸² Cfr. Departamento Nacional De Estadística (DANE): Presentación Boletín técnico Importaciones septiembre 2016. (2016) Págs. 2, 22. [En línea] Revisado, febrero 17, 2021. Disponible en: https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/importaciones/bol_impo_sep16.pdf

al (2014), en este periodo el (16%) de la IED colombiana tuvo como destino este sector. Si se hace un ejercicio comparativo con las cifras obtenidas por otros países con economías más grandes de la región como México o Brasil resulta un porcentaje muy alentador para la minería colombiana. La tendencia antes presentada ha ido contrayéndose lentamente, de manera que para el primer semestre del año 2016 hubo una disminución muy significativa de la IED del sector minero del país, la cual se ubicó aproximadamente en la cifra de US\$ 50 millones que dista mucho de los resultados obtenidos en el año 2008 & 2013 en donde se alcanzó un máximo de IED representado en US\$ 3.000 millones de inversión para el mismo sector²⁸³. En definitiva, el primer semestre del año (2016) la inversión llegó a los US\$ 38 millones, lo que denota una precipitación del (92%) si es comparado con el mismo primer trimestre, pero del año (2015), de ahí que el sector minero pasó a ser el sector de la economía colombiana con la más baja inversión durante el periodo referenciado²⁸⁴.

En relación con la política minera del país debemos señalar que el Ministerio de Minas y Energía (anteriormente el Ministerio de Minas y Petróleo) data del año 1940 y se ha establecido como la principal y más clásica autoridad minera del país, el mismo posee capacidad legal para la regulación de las actividades mineras acorde con las diferentes Leyes emitidas por parte del Congreso²⁸⁵. Asimismo con el inicio del siglo XXI se presentaron una serie de reformas estructurales para la regulación del sector minero que llevaron a posicionar al mencionado sector de la economía como un actor relevante dentro de la economía colombiana²⁸⁶, si se observan estos cambios de manera más detallada se encuentra que existió una modificación en la estrategia que de cierta manera arribó de manera tardía puesto que varios países de la región habían implementado previamente transformaciones de este tipo en la primera etapa de los años 90s o

²⁸³ “[...]for the first semester of 2016 was reported to be somewhere around US\$ 50 million which is a very significant decrease from the highest levels of FDI seen back in 2008 and 2013 where it reached peak US\$ 3 billion each of those years.” (trad. a.) Cfr. Norton Rose Fulbright Colombia. Ob. cit. P. 5.

²⁸⁴ “[...] This trend has continued in the first quarter of 2016 when it was a meager USD 38 million, a drop of 92% compared to the first quarter of 2015. It was the sector with the lowest investment during the first part of this year” (trad. a.) Cfr. Norton Rose Fulbright Colombia. Ob. cit. P. 7.

²⁸⁵ Cfr. Cárdenas. Ob. cit.

²⁸⁶ Cfr. VELÁSQUEZ, Fabio; MARTÍNEZ, Mario; PEÑA, Juliana et al. El sector extractivo en Colombia (2005-2010). Bogotá, Fundación Foro Nacional por Colombia, 2011, pp. 10–35.

inclusive antes, todos estos esfuerzos se encontraban dirigidos a la obtención de un sector minero más fuerte que catapultara la economía a un momento de crecimiento y prosperidad²⁸⁷.

La Constitución política de (1991) que remplazó la Constitución de (1886) estableció una nueva realidad política y social que instauró importantes cambios para todos los ciudadanos y para los diferentes sectores de la economía, incluyendo el minero. De esta manera en sus artículos 101²⁸⁸, 330²⁸⁹, 332²⁹⁰, 360 y 361 se ofrece un marco general para el relacionamiento por parte del país con este tipo de actividades; en los artículos constitucionales se considera el subsuelo como parte del territorio nacional y el mismo se declara como propiedad del Estado Nacional, adicionalmente se indica que por medio de la Ley se crearán las reglas y condiciones para la exploración y explotación de minerales que se encuentran en este espacio y de manera similar indica que se generará un pago por concepto de regalías relacionado con la explotación de los recursos, cabe destacar que bajo el esquema planteado el Estado colombiano no puede adquirir derechos mineros y competir con los particulares²⁹¹.

²⁸⁷ Cfr. BRIDGE, Gavin. Mapping the Bonanza: Geographies of Mining Investment in an Era of Neoliberal Reform. En: The Professional Geographer, vol. 56:3, Taylor and Francis (en nombre de) American Association of Geographers (2004), pp. 406 – 421.

²⁸⁸ “[...]También son parte de Colombia, el subsuelo, el mar territorial, la zona contigua, la plataforma continental, la zona económica exclusiva, el espacio aéreo, el segmento de la órbita geoestacionaria, el espectro electromagnético y el espacio donde actúa, de conformidad con el Derecho Internacional o con las Leyes colombianas a falta de normas internacionales. [...]”

²⁸⁹ “De conformidad con la Constitución y las Leyes, los territorios indígenas estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades y ejercerán las siguientes funciones: 1. Velar por la aplicación de las normas legales sobre usos del suelo y poblamiento de sus territorios. 2. Diseñar las políticas y los planes y programas de desarrollo económico y social dentro de su territorio, en armonía con el Plan Nacional de Desarrollo. 3. Promover las inversiones públicas en sus territorios y velar por su debida ejecución. 4. Percibir y distribuir sus recursos. 5. Velar por la preservación de los recursos naturales. 6. Coordinar los programas y proyectos promovidos por las diferentes comunidades en su territorio. 7. Colaborar con el mantenimiento del orden público dentro de su territorio de acuerdo con las instrucciones y disposiciones del Gobierno Nacional. 8. Representar a los territorios ante el Gobierno Nacional y las demás entidades a las cuales se integren; y 9. Las que les señalen la Constitución y la Ley. Parágrafo. La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades.”

²⁹⁰ “El Estado es propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables, sin perjuicio de los derechos adquiridos y perfeccionados con arreglo a las Leyes preexistentes.”

²⁹¹ Cfr. MARTÍNEZ, Adriana. Mining Law Colombia. En: The International Comparative Legal Guide to Mining Law 2018. Global Legal Group, 2017, pp. 49–55.

Se debe indicar que para el año 2011 se crearon ciertas enmiendas aplicadas sobre los artículos 360²⁹² y 361 de la Constitución dirigidas a implementar un nuevo sistema general de regalías, de esta manera se creó una nueva distribución entre las regiones de los dineros recaudados por la explotación de recursos naturales no renovables. Las enmiendas buscaron favorecer a los territorios no productores y por ende, disminuyeron los dineros recibidos por los municipios donde se desarrollan directamente las actividades de extracción; siguiendo esta línea fueron creadas nuevas normas como la Ley 1530 de (2012) en la que se reguló la organización y funcionamiento del nuevo sistema general de regalías y por medio de la misma fueron establecidos cinco fondos con diferentes propósitos encaminados a mejorar e implementar una mejor distribución. La mencionada modificación también ha sido respaldada por decretos y resoluciones expedidos por el Poder Ejecutivo como lo es el Decreto 1493 de (2015) que regula la participación sobre las regalías entre las entidades territoriales y las resoluciones 855 del (2013) proferida por la ANM en la que se establecen los términos y condiciones para la determinación de los precios base de liquidación de las regalías y compensaciones por la explotación de carbón junto con la resolución 848 de (2014) de la misma ANM en la que se establecen los términos y condiciones para la determinación de los precios base de liquidación de regalías y compensaciones por la explotación de piedras y metales preciosos, minerales de hierro y metálicos y polimetálicos.

3.2 CONTEXTO DEL RÉGIMEN MINERO COLOMBIANO

Existieron dos hitos que influenciaron varios de los cambios conexos con la regulación minera del país, el primero es la aparición del Código de Minas (Ley 685 de 2001) en el que se trataba de unificar la dispersa regulación colombiana en materia minera y por medio del cual se pretendía dar más claridad a todos los actores vinculados con esta actividad económica. La mencionada Ley se encargó de legislar sobre las actividades mineras y el contrato de concesión que otorga derechos de explotación y exploración además de pronunciarse sobre las servidumbres mineras, la segunda

²⁹² “Acto Legislativo 05 de 2011, artículo 1. El artículo 360 de la Constitución Política quedará así:

La explotación de un recurso natural no renovable causará, a favor del Estado, una contraprestación económica a título de regalía, sin perjuicio de cualquier otro derecho o compensación que se pacte. La Ley determinará las condiciones para la explotación de los recursos naturales no renovables.

Mediante otra Ley, a iniciativa del Gobierno, la Ley determinará la distribución, objetivos, fines, administración, ejecución, control, el uso eficiente y la destinación de los ingresos provenientes de la explotación de los recursos naturales no renovables precisando las condiciones de participación de sus beneficiarios. Este conjunto de ingresos, asignaciones, órganos, procedimientos y regulaciones constituye el Sistema General de Regalías.”

situación que se puede destacar como la gran justificación de las mencionadas reformas consiste en la aparición de un ciclo positivo en los precios de los productos básicos o materias primas²⁹³, a manera de comentario consideramos que el Código de Minas en su contexto original siguió la tendencia marcada por un documento denominado “*A Mining Strategy for Latin America and the Caribbean*” creado por el Banco Mundial que en ultimas sugiere estrategias de política pública orientadas al sector minero de la región.

Es decir, se puede concluir que la regulación establecida y aprobada a partir del año (2000) expresaba un cambio interesante en cuanto a la actividad del Estado colombiano dirigido hacia la reducción de procedimientos para acceder de manera legítima a la titulación minera y hacia el cambio de rol de un Estado meramente productor a un promotor e inspector de la actividad en el país, más aún se implementó un modelo que tenía como norte la integración minera de Colombia a los mercados mundiales propulsado la inversión extranjera en nuestro territorio, acciones concretas como la reducción de la intervención del Estado en la actividad minera y la apertura económica a favor del sector se hicieron populares en la ordenación de la actividad²⁹⁴.

El principal documento que expresa los lineamientos y la estrategia de las políticas públicas implementadas por el Presidente de la República en Colombia a través de su Gobierno es el denominado Plan Nacional de Desarrollo (PND), según lo establecido por la Constitución de (1991) en su artículo (339) el documento se compone de una parte general y otra denominada “[...] *plan de inversiones de las entidades públicas del orden nacional. [...]*”, en su primera parte se describen los objetivos, propósitos, metas, prioridades, estrategias, políticas sociales, económicas, ambientales etc., por otra parte, en el plan de inversiones se entregan los presupuestos de los principales programas y proyectos de inversión pública y de manera más específica habla de los recursos financieros requeridos para ejecutar estos programas además de sus fuentes de financiación. El (PND) goza de un desarrollo legal situado en la Ley 152 de 1994 denominada la

²⁹³ Cfr. RICAURTE, Margarita. Colombia. En: RICHER LA FLÈCHE, Erik. *The Mining Law Review*. Segunda Edición. Law Business Research Ltd., 2013, pp. 59-68. Ver también Ley 685 de 2001, Por la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones, Publicada en el Diario Oficial el día 8 de septiembre de 2001.

²⁹⁴ Cfr. VELÁSQUEZ, Fabio; MARTÍNEZ, Mario; PEÑA, Juliana et al. *Ob. cit.* pp. 10–35.

Ley Orgánica del Plan de Desarrollo que establece para el PND: los principios generales, procedimientos, aprobaciones, autoridades de planeación, entre otras cosas²⁹⁵.

Bajo la Administración del expresidente Álvaro Uribe Vélez (2002 – 2010) fueron creados dos planes de este tipo, los mismos se caracterizaban por impulsar ventajas para la llegada de capitales extranjeros al territorio nacional, al igual que propugnaban por el aumento de la confianza inversionista y la estimulación de estos dos objetivos económicos vía el avance de ciertos incentivos y mecanismos tanto regulatorios como económicos, el mencionado plan reconoce como parte de sus orientaciones y directrices la especialización de la economía colombiana hacia la denominada industria extractiva²⁹⁶ la cual cubre un concepto más extenso que el simple sector minero ya que adicionalmente cobija los espacios trabajados por la industria del petróleo y del gas²⁹⁷.

Siguiendo lo resaltado en el anterior párrafo, bajo la Administración de Juan Manuel Santos (2010 – 2018) se crearon dos Planes de Desarrollo, el primero para el periodo (2010 – 2014) en el que se percibe un interés en promocionar y crear una política minera y energética coherente para Colombia. Adicionalmente, con esta finalidad se presentan una serie de prioridades que tenían por fin: La implementación de una política regulatoria dirigida al adecuado uso de los recursos, la búsqueda de la transparencia, el fortalecimiento de la regulación ambiental, la implementación de medidas que previnieran los efectos negativos de la revaluación. Además de lo anterior se enfilan baterías hacia la promoción tanto de la inversión domestica como foránea en los sectores energéticos y mineros, igualmente se describe como una medida relevante el fortalecimiento de la creación de *clusters*²⁹⁸ cercanos al ofrecimiento de bienes y servicios que causaren un valor

²⁹⁵ Cfr. Departamento Nacional de Planeación (DNP) Qué es el Plan Nacional de Desarrollo. [En línea] Revisado, mayo 05, 2018. Disponible en: <https://www.dnp.gov.co/Plan-Nacional-de-Desarrollo/Paginas/Qu-es-el-PND.aspx>

²⁹⁶ Cfr. VELÁSQUEZ, Fabio; MARTÍNEZ, Mario; PEÑA, Juliana et al. (2011) Ob. cit. p. 10 – 35.

²⁹⁷ A mayor abundamiento sobre el concepto y las actividades económicas relacionadas con la industria extractiva consultar: Cfr. The World Bank Group: Página Oficial Understanding Poverty / Topics / Extractive Industries [En línea] Revisado, febrero 17, 2018. Disponible en: <http://www.worldbank.org/en/topic/extractiveindustries>

²⁹⁸ “Clusters: se define como una concentración de empresas e instituciones interconectadas en la actividad económica que desarrollan, cerca geográficamente unas de otras. Los actores del cluster trabajan de forma corresponsable y colaborativa en la identificación y el mejoramiento de las condiciones económicas, ambientales y sociales. Son una forma de materializar el principio de gobernanza.” Tomado de: Cfr. Cámara de comercio de Bogotá (CCB): Página Oficial; CCB / Preguntas frecuentes / Iniciativas de Clusters y Valor Compartido [En línea] Revisado, mayo 05, 2018. Disponible en: <https://www.ccb.org.co/Preguntas-frecuentes/Iniciativas-de-Clusters-y-Valor-Compartido>

agregado para el país y las regiones en donde se desenvuelvan operaciones de las empresas vinculadas a estas actividades.

Este plan de desarrollo califica a la inversión minera y la relacionada con la expansión energética²⁹⁹ como actividades principales que ayudaría a promover el buen desempeño económico y a apoyar el crecimiento del empleo en el territorio nacional, tanto así que se nombra como una de las locomotoras que apoyarían el bienestar del país; las otras cuatro locomotoras o sectores relevantes para este documento, a quienes también se les asigna esta función o descripción, corresponden a: la infraestructura de transporte, los nuevos sectores basados en la innovación, el sector de las vivienda & ciudades amables y el sector agropecuario y de desarrollo rural³⁰⁰.

El segundo PND adoptado por el Gobierno Santos en el 2015 el cual comprende el periodo comprendido hasta el año 2018 indica que se encuentra especialmente dirigido a “[...] *construir una Colombia en paz, equitativa y educada, en armonía con los propósitos del Gobierno nacional, con las mejores prácticas y estándares internacionales, y con la visión de planificación, de largo plazo prevista por los objetivos de desarrollo sostenible.*”³⁰¹, bajo este marco propugna por la creación al interior del sector minero de nuevos requerimientos para acreditar la capacidad económica de los beneficiarios de títulos, de similar manera promueve la ejecución de planes de gestión social dentro de la concesión de los contratos y lo que es más interesante organiza lo que se denomina áreas de reserva estratégica mineras, que no son otra cosa que espacios del territorio nacional que por su alto potencial minero referido a un producto de alta relevancia para su

²⁹⁹ “El sector minero-energético representa la oportunidad que tenemos de aprovechar de manera responsable nuestra riqueza en recursos naturales para generar crecimiento sostenible y mayor equidad social, regional e intergeneracional. Las elevadas proyecciones de producción de petróleo y carbón para los próximos años, las estimaciones al alza de los precios internacionales de la canasta minero-energética y la creciente actividad de exploración en el territorio nacional muestran claramente el papel crucial que tendrá este sector en la economía colombiana en los próximos años. Ahora bien, con el desarrollo del sector minero-energético, viene atada una enorme responsabilidad de gestión ambiental. El desarrollo de esta locomotora no puede ir en contravía del desarrollo sostenible del país y de su conservación para las próximas generaciones.” Tomado de: Cfr. Departamento Nacional de Planeación (DNP): Página Oficial; Portal Web DNP / Plan Nacional de Desarrollo / PND 2010-2014 / Resumen Ejecutivo. p. 15. [En línea] Revisado, mayo 05, 2018. Disponible en: <https://www.dnp.gov.co/Plan-Nacional-de-Desarrollo/PND-2010-2014/Paginas/Plan-Nacional-De-2010-2014.aspx>

³⁰⁰ Cfr. MANCERO, Gabriela; MONTOYA, Milton. Colombia. En: PALMER, Bob; MCKENNA, Cameron. Oil Regulation 2012, Law Business Research Ltd., 2012, pp. 45–51 Ver también Cfr. Departamento Nacional de Planeación: Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014, pp. 70–71. [En línea] Revisado, febrero 2, 2018. Disponible en: <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/PND/PND2010-2014%20Tomo%20I%20CD.pdf>

³⁰¹ Cfr. Ley 1753 de 2015, Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 "Todos por un nuevo país", Publicada en el Diario Oficial el día 09 junio de 2015.

explotación y aprovechamiento tendrán un tratamiento especial frente a lo regulado por el Código Minero³⁰².

Como se indicó, el PND (2014 – 2018) establece que dentro de la obtención de una concesión minera en el país es necesario la presentación de un programa social, ahora bien se debe tener en cuenta que estos programas se suman a otros compromisos sociales que ya existían en la Ley asociados con el instrumento de la Licencia Ambiental y resultan diferentes a los programas de Responsabilidad Social Empresarial que como tal van más lejos de las propias obligaciones impuestas en la normatividad minera³⁰³.

Siguiendo los lineamientos establecidos por los Planes de Desarrollo la denominada Unidad de Planeación minero-energética (UPME) tiene la obligación de crear un Plan Nacional de Desarrollo Minero que tiene como principal propósito el “[...] *orientar la formulación de políticas de corto y mediano plazo que contribuyan al fortalecimiento de una industria minera sustentable apoyada por instituciones –y funcionarios [...]*”³⁰⁴. Son cinco los planes de este tipo que han sido creados por parte de la mencionada institución desde el año 1997, el último de los mismos se denomina Plan de Desarrollo Minero a 2014 el cual definió cuatro estrategias que por su importancia las recogemos a continuación: “[...] *1) Promoción y posicionamiento de la industria minera; 2) la minería como factor de crecimiento económico y desarrollo social; 3) Minería artesanal y pequeña minería – MAPE; y 4) Compromiso del Estado para el desarrollo de la industria.*”³⁰⁵,

³⁰² Cfr. BASTIDA, Elizabeth; BUSTOS, Luis. Towards Regimes for Sustainable Mineral Resource Management - Constitutional Reform, Law and Judicial Decisions in Latin America En: CARBONNIER, Gilles; CAMPODÓNICO, Humberto; TEZANOS, Sergio. Alternative Pathways to Sustainable Development: Lessons from Latin America, International Development Policy series. No.9. Geneva, Boston: Graduate Institute Publications, Brill-Nijhoff, 2017, 23.

³⁰³ A mayor abundamiento sobre la Responsabilidad social empresarial aplicada por el sector minero en el territorio colombiano, Cfr. YEPES, Gustavo; BUSTOS, Luis; DEVIA, Ana María; OÑATE, Sonia. Responsabilidad Social Empresarial en el Sector Minero. En: HENAO, Juan Carlos; RESTREPO, Carlos. Minería y Desarrollo. Tomo III: Competitividad y Desempeño Sectorial. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016, pp. 238-263.

³⁰⁴ Cfr. Unidad De Planeación Minero-Energética (UPME) Plan Nacional de Desarrollo Minero al 2014, 2012 p. 4. [En línea] Revisado, febrero 18, 2018. Disponible en: http://www.upme.gov.co/Docs/Plan_Minero/2012/PNDM2014.pdf

³⁰⁵ Cfr. Contraloría General de la República: Política Pública de Desarrollo Minero Cuaderno 7, 2014, p. 7. [En línea] Revisado, mayo 08, 2018. Disponible en: https://www.contraloria.gov.co/documents/20181/465902/07_Desarrollo+Minero.pdf/1e8d6926-7639-4bb6-8e11-fe0fad3c28a1?version=1.0

asimismo se debe tener en cuenta un sexto documento denominado “*Plan Nacional de Desarrollo Minero con Horizonte a 2025*”³⁰⁶.

Más aún, la Unidad de Planeación Minero Energética ha creado otro documento que trata de demarcar la política pública aplicada al sector minero denominada el Plan Nacional de Ordenamiento Minero (PNOM) que se define a sí mismo como un documento indicativo diseñado para ser aplicado en el mediano plazo, el mismo se caracteriza por reconocer varias dificultades con las que se ha encontrado el sector minero y de manera propositiva plantea propuestas significativas que respalden el objetivo general de alcanzar a constituir a la minería como un sector organizado y responsable que promueva la transformación del denominado capital minero del país en diferentes formas de capital que a su vez se vean traducidas en un mayor desarrollo y bienestar para Colombia y sus regiones productoras³⁰⁷, el documento se concentra en acciones que deberían ser seguidas tanto por el Gobierno como por la industria además de exponer algunas reformas institucionales requeridas para cumplir con los objetivos antes explicados.

La principales entidades reguladoras responsables de la supervisión y otorgamiento de las concesiones mineras por medio de contratos para el país son el Ministerio de Minas y Energía y la Agencia Nacional de Minería – ambas instituciones forman parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público – en concreto el Viceministro de Minas y Energía es designado como alto funcionario del Gobierno dedicado específicamente al sector minero, además al interior del ministerio se cuenta con dos directores uno responsable de la formalización minera y otro enfocado en el tema de la minería empresarial por ser estas dos materias de particular atención e importancia para los intereses del Gobierno, ahora bien también existen algunas entidades adscritas como la ya mencionada ANM quien fue creada como parte de los cambios establecidos para el año (2011) sobre el sector que intentó en su momento seguir el ejemplo de su antecesora la Agencia Nacional

³⁰⁶ Cfr. Ministerio de Minas y Energía: Página Oficial; Minminas / Plan Nacional de Desarrollo Minero con Horizonte a 2025 [En línea] Revisado, mayo 05, 2018. Disponible en: <https://www.minminas.gov.co/plan-de-desarrollo-minero> Ver también Cfr. Sistema de Información Minero Colombiano (SIMCO) Página Oficial; Portal SIMCO / Plan nacional de desarrollo minero [En línea] Revisado, febrero 17, 2021. Disponible en: <https://www1.upme.gov.co/simco/Paginas/Plan-nacional-de-desarrollo-minero-noticia.aspx>

³⁰⁷ Cfr. Unidad De Planeación Minero Energética (UPME): Cartilla PNOM: Principios, Lineamientos y Acciones Estratégicas. (2014) p. 10, 14. [En línea] Revisado, marzo 25, 2018. Disponible en: <http://www1.upme.gov.co/simco/PlaneacionSector/Documents/cartilla%20Plan%20Nacional%20de%20Ordenamiento.pdf>

de Hidrocarburos (ANH) que data del año (2003)³⁰⁸, los cambios creados al principio de esta década responden a la búsqueda de una reforma de los organismos estatales que controlaban y regulaban la actividad minera, en consecuencia el Instituto Colombiano de Geología y Minería (INGEOMINAS) que ejercía poderes como autoridad minera fue liquidado y a su vez resultó remplazado por una nueva estructura institucional compuesta por varios entes.

Siguiendo con la información presentada en el anterior párrafo la reforma del (2011) ubicó a la ANM como parte del Gobierno central y se constituyó como la autoridad que se encarga de la promoción de la producción minera y de las actividades de exploración sobre este tipo de productos en el país, también es la administradora del recurso minero, lo cual significa que es supervisora de las actividades que se realizarán bajo los títulos que se han otorgado hasta la fecha, conduce el proceso de otorgamiento para nuevas concesiones y administra el denominado registro minero que como su nombre lo señala es donde se registran este tipo de títulos otorgados por parte del Estado colombiano, adicionalmente administra el catastro minero que es una herramienta técnica estatal dirigida a conservar y entregar información geográfica actualizada vinculada con la actividad, sobre esta última recientemente se ha anunciado por parte de la ANM una actualización y mejora por medio de un acuerdo de cooperación con el Gobierno Canadiense³⁰⁹.

La ANM en su búsqueda por mejorar los sistemas de información relacionados con el sector minero colombiano también tiene dentro de sus planes actuales, la creación de un proyecto cuyo enfoque se traduce en consolidar el primer código colombiano para el reporte público de resultados en exploración, estimación y clasificación de recursos minerales y reservas mineras, en concreto se trata de la puesta en marcha de una herramienta que busca en el mediano plazo obtener mayor y mejor información acerca de las actividades, procedimientos y resultados durante la etapa exploratoria de los títulos mineros y que permita garantizar una información más confiable y

³⁰⁸ Cfr. Agencia Nacional de Hidrocarburos (ANH): Página Oficial; Inicio / La ANH [En línea] Revisado, mayo 05, 2018. Disponible en: <http://www.anh.gov.co/la-anh/Paginas/historia.aspx>

³⁰⁹ Cfr Diario El Espectador, Colombia alista moderno catastro minero, 05 marzo (2018). [En línea] Revisado, mayo 01, 2018. Disponible en: <https://www.elespectador.com/economia/colombia-alista-moderno-catastro-minero-articulo-742701>

transparente. La anterior iniciativa se encuentra en construcción y está respaldada por el comité internacional para el reporte de recursos y reservas (CRIRSCO)³¹⁰.

Es bueno aclarar que para la regulación colombiana el gas metano asociado al carbón ubicado en minas y depósitos de carbón se le dará tratamiento de hidrocarburo y bajo lo anterior seguirá las reglas especiales creadas para estos, que se asimilan a las aplicadas para el Gas Natural y el petróleo en donde la exploración y explotación de estos recursos no son consideradas actividades mineras y se rigen por la ANH³¹¹.

Existen dentro de este organigrama de las autoridades mineras del país otros entes como el Servicio Geológico Colombiano (SGC) quien también surge a partir de la reforma del año (2011), este organismo es quien se encargará de la investigación científica sobre potenciales recursos que se encuentran en el subsuelo, de manera adicional tiene a su cargo la supervisión sobre el uso y la manipulación de materiales radioactivos y nucleares.

De similar manera, se incluye la ya mencionada UPME que se encarga de la planeación, levantamiento de información para la toma de decisiones de política pública, también fija los precios de los minerales para el correspondiente pago de regalías, y administra el Sistema de Información Minero Colombiano (SIMCO) que se constituye como un sistema nacional oficial que trata de recopilar datos sobre la producción, comercialización de minerales, pago de regalías y reservas del país³¹².

Otra entidad, esta vez adscrita al ministerio de Defensa colombiano, de nombre Industria Militar Colombiana (INDUMIL) es la encargada de proveer los explosivos necesarios para el desarrollo de ciertos tipos de minería y administra el certificado entregado por la autoridad minera. Su existencia se sustenta en la necesidad de utilización de cargas explosivas para llevar a cabo la

³¹⁰ Cfr. Agencia Nacional de Minería (ANM): Página Oficial; Primera Versión del Código Colombiano de R&R [En línea] Revisado, mayo 03, 2018. Disponible en: https://www.anm.gov.co/?q=primera_version_del_codigo_colombiano_de_ryr_principal

³¹¹ Cfr. Agencia Nacional de Hidrocarburos (ANH): Página Oficial; Inicio / CBM [En línea] Revisado, mayo 05, 2018. Disponible en: <http://www.anh.gov.co/Paginas/CBM.aspx>

³¹² Cfr. Sistema de Información Minero Colombiano (SIMCO) Página Oficial; Portal SIMCO [En línea] Revisado, mayo 01, 2018. Disponible en: <http://www1.upme.gov.co/simco/Paginas/default.aspx>

actividad minera y la complejidad de la situación de orden público que ha sobrellevado por varios años el país³¹³.

De manera paralela a todo lo anterior y como un caso particular existe para una específica región de Colombia una autoridad minera a la que por delegación se le han otorgado poderes de administración sobre los recursos mineros de su territorio, esto se respalda en su larga tradición y liderazgo sobre varios proyectos mineros del país. Esta particular región es el Departamento de Antioquia cuya capital es la ciudad de Medellín y la autoridad se denomina la Secretaría de Minas de la Gobernación de Antioquia³¹⁴.

Existen otros organismos que también operan dentro de la actividad minera enfocados en el aseguramiento del cumplimiento de estándares ambientales y el otorgamiento de licencias y permisos de este tipo, entre estas instituciones se incluye al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible quien se erige como la cabeza de la institucionalidad ambiental colombiana y director de la política ambiental del país y por otro lado a la Autoridad Nacional Licencias ambientales (ANLA) quien tiene a su cargo el otorgamiento de licencias ambientales para los grandes proyectos mineros unido a las diferentes Corporaciones Autónomas Regionales (CAR) las cuales también se encargan de otorgar estas mismas licencias pero destinadas a proyectos de mediano y menor tamaño – en total nos referimos a (33) Cars distribuidas a lo largo y ancho del país³¹⁵ –, la división del trabajo y jurisdicción entre estas entidades se organiza según algunas reglas de distribución impuestas por la Ley que responden a criterios de ubicación y, como ya fue mencionado, tamaño de los proyectos mineros que son presentados³¹⁶.

³¹³ Cfr. Industria Militar Colombiana (INDUMIL): Página Oficial; Indumil / Transparencia / Trámites, Servicios, Datos Abiertos y Atención al Ciudadano / Trámites y Servicios [En línea] Revisado, mayo 05, 2018. Disponible en: <https://www.indumil.gov.co/tramites-y-servicios-4/>

³¹⁴ Cfr. Secretaría de Minas de la Gobernación de Antioquia: Página Oficial; Inicio / Secretaría de Minas [En línea] Revisado, mayo 05, 2018. Disponible en: <http://antioquia.gov.co/index.php/secretaria-de-minas>

³¹⁵ Cfr. Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible: Página Oficial; Noticias / Noticias - Minambiente / Corporaciones Autónomas Regionales [En línea] Revisado, mayo 05, 2018. Disponible en: <http://www.minambiente.gov.co/index.php/noticias/2067>

³¹⁶ Cfr. RICAURTE, Margarita. Ob. cit. p. 59 - 68. Ver también Cfr. MANCERO, Gabriela; MONTROYA, Milton. Colombia. En: BOURASSA, Michael; TURNER, John. et al. Mining 2012, Law Business Research Ltd., 2012, pp. 61–68.

De manera muy honesta se debe advertir al lector que aunque de manera formal la Constitución política de (1991) desarrollada a su vez por la Ley 1454 de 2011³¹⁷ organiza territorialmente al país y establece determinadas reglas para mediar en la relación entre los diferentes niveles de la Administración, actualmente se mantienen una serie de vacíos y zonas grises al interior del sistema que han generado ciertas complicaciones³¹⁸ expresadas estas principalmente en conflictos que han forjado la realidad del sector minero y extractivo colombiano.

Un muy buen ejemplo de lo descrito en el anterior párrafo corresponde a la decisión tomada por nuestra Corte Constitucional en la sentencia T-445/16 en la que este Alto Tribunal decidió entregar poderes a las diferentes entidades territoriales para otorgar autorizaciones sobre el desarrollo de operaciones mineras en su territorio. La Corte en este caso proveyó una interpretación propia a la prerrogativa de decisión sobre la explotación de los recursos que provienen del subsuelo por parte de la Administración del Gobierno central, sustentando su actuación en la defensa de derechos fundamentales³¹⁹.

Si se profundiza en la parte regulatoria del sector encontraremos que la Ley 685 de 2001 actual Código de Minas es el instrumento que ha sido escogido por parte del legislador para ser la piedra angular de relación entre los privados y el Estado en lo que se refiere a los asuntos mineros y del sector, no obstante, no se puede desconocer el pasado y, lo que resulta más relevante, olvidar que otros cuerpos normativos aún continúan generando efectos legales como es el caso del antiguo Código de Minas Decreto 2655 de 1988³²⁰ y la misma Ley 1382 de 2010³²¹ que no obstante es posterior al (2001) se constituyó como un intento de reforma del actual Código de Minas el cual fue declarado como inconstitucional por una decisión de la Corte Constitucional relacionada con

³¹⁷ Cfr. Ley 1454 de 2011, Por la cual se dictan normas orgánicas sobre ordenamiento territorial y se modifican otras disposiciones, Publicada en el Diario Oficial el día 29 de junio de 2011.

³¹⁸ Cfr. ROBLEDO, Paula. El ordenamiento territorial para la paz En: MONTAÑA, Alberto; OSPINA, Andrés. La Constitucionalización del derecho Administrativo. Vol. 2. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016, pp. 55–65.

³¹⁹ Cfr. BASTIDA, Elizabeth; BUSTOS, Luis. Ob. cit. 40.

³²⁰ Cfr. Decreto 2655 DE 1988 Por el cual se expide el Código de Minas – Antiguo Código de Minas, Norma Derogada -, Publicada en el Diario Oficial el día 23 diciembre de 1988.

³²¹ Cfr. Ley 1382 2010, Por la cual se modifica la Ley 685 de 2001 Código de Minas”, Publicada en el Diario Oficial el día 9 de febrero de 2010.

la falta de consulta previa a indígenas y comunidades afrodescendientes³²². Este fallido intento por más que se excluyó del ordenamiento por esta decisión actualmente regula algunos casos particulares que se conformaron durante su vigencia.

El mencionado antiguo Código de Minas estuvo vigente dentro del periodo comprendido entre el 23 de diciembre de 1988 y el 17 de agosto del año 2001, como ya se mencionó este antiguo Código al día de hoy se encuentra activo puesto que regula algunas de las actividades mineras en el territorio nacional, lo anterior se explica por la forma en que se otorgaban los derechos de exploración y explotación de minerales bajo este acaecido régimen. Por más que en la mayoría de los casos que se presentarán en el presente texto estaremos haciendo referencia continua al actual Código de Minas Ley 685 de 2001 vale la pena explicar de manera corta los cuatro mecanismos mediante los que el antiguo Código otorgaba estos derechos ya que versan sobre algunas de las más grandes explotaciones que actualmente existen en el país³²³. Los cuatro mecanismos se resumen de la siguiente manera:

3.3 LICENCIAS DE EXPLORACIÓN

La mencionada autorización otorgaba el derecho de explorar ciertas áreas del territorio nacional, el tiempo otorgado dependía del tamaño del área solicitada, una vez superada esta primera etapa y, siempre y cuando, se hubiera cumplido con las obligaciones de exploración pactadas se tendría el derecho de solicitar un acuerdo de concesión por las áreas que resultarán de su interés³²⁴.

3.4 LICENCIA DE EXPLOTACIÓN

Superada la etapa de exploración presentada anteriormente, se determinaría si el proyecto minero sería catalogado como proyecto minero pequeño y siguiendo este procedimiento se podría solicitar una licencia de explotación. La licencia que obtenía el titular para explotar se otorgaba por el término inicial de (10) años, dos meses antes de que se venciera este periodo resultaba posible

³²² Cfr. Sentencia C-366 del 11 de mayo del 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, Demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 1382 de 2010, “Por la cual se modifica la Ley 685 de 2001 Código de Minas.”

³²³ Cfr. Cárdenas. Ob. cit.

³²⁴ *Ibídem*.

solicitar una extensión de tiempo para la licencia de explotación por otros (10) años o podría optarse por la transformación de la figura a un contrato de concesión³²⁵.

3.5 CONTRATO DE CONCESIÓN

Los títulos otorgados bajo esta modalidad además de entregar derechos exclusivos sobre la extracción de los minerales, permitían en un solo trámite obtener derechos para explorar, explotar, transportar y despachar – sacar de las fronteras del país – los productos, adicionalmente el derecho se otorgaba por el término inicial de 30 años³²⁶, al terminar este periodo se podrá solicitar una prórroga del contrato ante la autoridad minera, la cual analizará la situación particular del proyecto bajo la normatividad existente al momento de la solicitud que al día de hoy consiste en lo regido por la Ley 685 de 2001 actual Código de Minas .

3.6 APOORTE MINERO

En este último caso el Ministerio de Minas y Energía y algunas entidades relacionadas del sector podían otorgar el derecho exclusivo y temporal de explorar y explotar los depósitos ubicados sobre un área determinada. En otras palabras, las entidades a quienes se les otorgó el derecho podían subcontratar las actividades mineras con terceros³²⁷.

Refiriéndonos al régimen que nos rige actualmente, como ya se ha mencionado antes, se encuentra regulado por la Ley 685 de 2001 y a su vez haya sustento en el correspondiente artículo (332) de la Constitución Política de (1991) el cual indica que es el Estado el dueño del subsuelo y de los recursos naturales no renovables. Ahora bien, a pesar de lo anteriormente dicho el derecho a explotar y explorar los recursos mineros puede ser otorgado por intermedio del instrumento de la concesión que es entregado por parte de la ANM, este particular acto debe ser registrado en el denominado Registro Minero Nacional antes de iniciar las actividades de exploración, tan pronto como el título sea otorgado el titular del mismo podrá negociarlo³²⁸.

³²⁵ *Ibídem.*

³²⁶ *Ibídem.*

³²⁷ *Ibídem.*

³²⁸ Cfr. MANCERO, Gabriela; MONTTOYA, Milton. Mining 2012 Ob. cit.

Los contratos de concesión mineros son conferidos por un término máximo de (30) años y podrán ser renovados por un periodo similar, los derechos de concesión representados en este título minero lograrán ser transferidos en su totalidad o en parte, es importante señalar que la mencionada transferencia deberá ser aprobada por la ANM como autoridad minera y a su vez su modificación también deberá ser registrada³²⁹.

Asimismo, por medio del Decreto 0276 del 2015 fue implementado en el país el Registro Único de Comercializadores de Minerales (RUCOM) administrado por la ANM que se constituye como una importante medida de control dirigida a certificar tanto a personas naturales como jurídicas que se dediquen a la actividad de comercialización de minerales en Colombia, el instrumento busca aumentar la transparencia en el ejercicio de la comercialización de minerales, en otras palabras quien no esté registrado no podrá comercializar minerales ya que de hacerlo podrá verse expuesto a sanciones y decomisos por parte de las autoridades³³⁰.

Como tal las actividades de reconocimiento o prospección³³¹ minera no requieren de concesión alguna, se podrá hacer de manera libre con ciertas limitantes propias de la propiedad privada, casos en los que se deberá contar con la debida autorización del propietario de los terrenos que se estarán reconociendo, de similar manera se exhorta a evitar la realización de este tipo de actividades en territorios donde habitan comunidades étnicas, zonas de reserva natural³³² y los espacios denominados como zonas de seguridad nacional.

En suma, dentro del proceso de concesión minera nos podremos referir a cuatro etapas o fases agrupadas de la siguiente manera: fase de exploración, fase de construcción & montaje, fase de explotación y la fase final de desmonte y cierre de minas. La etapa de la exploración tiene un término inicial de tres años, en la misma se deberán desarrollar las labores de exploración sobre el

³²⁹ *Ibidem*.

³³⁰ Cfr. Agencia Nacional de Minería (ANM): Página Oficial; ¿Qué es el RUCOM? [En línea] Revisado, mayo 01, 2018. Disponible en: <https://www.anm.gov.co/?q=que-es-Rucom>

³³¹ “*Prospección: Reconocimiento o exploración superficial de una zona, dirigida a determinar áreas de posible mineralización (targets o áreas anómalas), por medio de indicaciones químicas y físicas medidas con instrumentos y técnicas de precisión.*” Tomado de: Cfr. Ministerio de Minas y Energía: Glosario Técnico Minero. (2015) p. 132. [En línea] Revisado, febrero 18, 2021. Disponible en: <https://www.minenergia.gov.co/documents/10180/698204/GLOSARIO+MINERO+FINAL+29-05-2015.pdf/cb7c030a-5ddd-4fa9-9ec3-6de512822e96>

³³² Cfr. MARTÍNEZ, Adriana. Mining Law Colombia. *Ob. cit.*

área concedida; el periodo inicial es extensible por cortas etapas de dos años hasta un máximo posible de once.

Posteriormente se pasará a la etapa de construcción & montaje bajo la cual se iniciará, como su nombre lo indica, con la construcción de infraestructura que permitirá la explotación y demás actividades afines. En cuanto a tiempos esta etapa tiene un periodo inicial de tres años que puede ser extendido por un único año adicional, posteriormente se pasará a la etapa de explotación que se desarrollará en el tiempo que le resta y no ha sido consumido del contrato de concesión minera asignado en un principio.

Cuando la etapa de exploración se acaba se deberá presentar ante las autoridades mineras y ambientales dos documentos: el programa de trabajos y obras y el estudio de impacto ambiental. Cuando estas autorizaciones se concretan y la construcción de las obras necesarias para la explotación se encuentra culminada, el minero podrá continuar con la etapa de explotación del yacimiento, es bueno recordar que la resolución 91544 del año (2014) perteneciente al Ministerio de Minas y Energía estableció un régimen sancionatorio minero el cual especifica las multas aplicables a los concesionarios que incumplan lo pactado en el contrato.

Las concesiones mineras otorgadas usualmente se dan por finalizadas con el vencimiento de su plazo, pero existen otras situaciones a tener cuenta que también son reconocidas en el capítulo XII del Código de Minas, dentro de las que se encuentran: el mutuo acuerdo, la renuncia a la concesión, la declaratoria de caducidad del acuerdo (terminación unilateral) – para ciertos casos establecidos en la Ley –, la muerte del concesionario – en estas situaciones los legatarios del titular minero tendrán ciertos derechos sobre los mismos que deberán refrendar ante la autoridad minera dentro de los dos años posteriores a la muerte–.

En esta misma línea, pueden presentarse otras situaciones relacionadas con la disolución de la persona legal, propias de casos de inhabilidades financieras para continuar con la concesión – cuando se presenta una liquidación obligatoria –, el incumplimiento continuo de regulación vinculada con temas laborales, de higiene, de seguridad en el trabajo o técnicos en general, la anulación de autorizaciones ambientales, el no pago de multas o garantías, la no realización de

trabajos y obras en los términos establecidos o la suspensión no autorizada por más de (6) meses, el no pago de las obligaciones, el incumplimiento de limitaciones sobre áreas restringidas para el ejercicio de la minería, el engaño a las autoridades haciendo pasar por extraídos minerales de otro punto de explotación, y en general, el incumplimiento continuo de las obligaciones derivadas de la concesión otorgada por parte del Estado³³³.

Un evento muy común dentro de la actividad es el descubrimiento de otros minerales distintos a los comprendidos en los contratos de concesión minera dentro del área trabajada, en estos casos se deberá desarrollar un trámite ante la autoridad minera con miras a extender el objeto del acuerdo previamente pactado.

Los brevemente mencionados Catastro y Registro Minero juegan un rol muy importante dentro de la actividad minera colombiana y su adecuada administración por parte del Estado, ya que se constituyen como la fuente de información oficial de la propiedad minera en el país. Por un lado el catastro ofrece información vinculada con las aplicaciones mineras, los territorios de las minorías étnicas, las concesiones mineras, las restricciones y prohibiciones ambientales e intenta otorgar la mayor información posible sobre aspectos que puedan afectar las áreas de interés minero, por otra parte el Registro Minero Nacional otorga publicidad y hace exigible los derechos constituidos sobre los siguientes actos que se encuentran en el artículo (332) del Código de Minas, De manera textual el artículo reza: *“a) Contratos de concesión; b) Contrato de exploración y explotación celebrados sobre zonas de reserva, zonas mineras indígenas, zonas mineras de comunidades negras y zonas mixtas; c) Títulos de propiedad privada del subsuelo minero; d) Cesión de títulos mineros; e) Gravámenes de cualquier clase que afecten el derecho a explorar, explotar o la producción futura de los minerales in situ; f) Embargos sobre el derecho a explorar y explotar emanado de títulos mineros; g) Zonas de reserva provisional y de seguridad nacional; h) Automociones temporales para vías públicas; i) Zonas mineras indígenas, de comunidades negras y mixtas.”*

En la Resolución 483 de año 2015 expedida por la ANM a la par de la Resolución 320 del SGC se establece la obligación de entrega de información geológica que deberá ser sometida por parte del

³³³ *Ibídem.*

minero a estas dos autoridades³³⁴, los datos resultan muy importantes para el país ya que sirven para conocer el potencial geológico³³⁵. Infortunadamente la implementación de esta particular regulación tiene algunos retos complejos por resolver, ya que primero requiere resolver e implementar adelantos técnicos para captar y organizar de manera adecuada lo entregado por los mineros y en este mismo sentido es todo un desafío el garantizar la seguridad y adecuado manejo aplicado sobre la información geológica facilitada debido a que los datos que se obtendrían son uno de los principales activos para el negocio minero, bajo el entendido que la minería en Colombia es una actividad desarrollada por privados que se encuentran en constante competencia.

Según la legislación vigente el propietario no obtendrá derechos sobre la superficie al alcanzar el título minero, en este sentido los derechos otorgados se constituyen únicamente sobre la exploración y explotación del subsuelo, inclusive al plantear un caso más complejo cuando el propietario de la superficie resulta ser un tercero el espacio podría ser arrendado, pero si el propietario se niega a arrendar la superficie existe una tercera posibilidad para acceder al subsuelo por medio de la constitución de una servidumbre en la que el propietario del título minero no necesitará adquirir ni arrendar. Cabe resaltar que la servidumbre se establece por el mismo término que la concesión minera que se beneficia de la misma tal y como lo establece el capítulo XVIII del Código de Minas en el cual se encuentran reguladas las mismas.

En los casos específicos en donde el propietario de tierra no está dispuesto a negociar ninguna de las tres figuras anteriores, existe una posibilidad final en la que se constituiría una servidumbre obligatoria que para llevarse a cabo deberá perfeccionar un procedimiento reglado. Este tipo de solución proporcionará compensaciones al propietario; es importante resaltar que el procedimiento final al cual se acude ante la negativa de emplear cualquiera de las opciones nombradas en el

³³⁴ Cfr. Resolución 483 de 2015 (ANM); Resolución 320 de 2015 (SGC), Por medio de la cuales se adopta el Manual de Suministro y Entrega de la Información Geológica Generada en el Desarrollo de Actividades Mineras.

³³⁵ Cfr. Servicio Geológico Colombiano; Agencia Nacional de Minería: Manual de Suministro y Entrega de la Información Geológica Generada en el Desarrollo de Actividades Mineras. (2015) [En línea] Revisado, mayo 08, 2018. Disponible en: https://www.anm.gov.co/sites/default/files/DocumentosAnm/manual_suministro_y_entrega_informacion_geologica_generada_en_desarrollo_actividades_mineras.pdf

anterior párrafo, solo es posible aplicarlo gracias al soporte que otorga la declaratoria de actividad de utilidad pública e interés social que posee la minería en Colombia³³⁶.

La mencionada declaratoria de la actividad minera como actividad de utilidad pública e interés social es muy interesante de analizar, en concreto el Artículo (13) de la Ley 685 de 2001 realizó la declaratoria como desarrollo del correspondiente Artículo (58) de la Constitución con el firme objetivo de asegurar el buen desempeño de la actividad en el país, este especial estatus que adquiere la actividad en Colombia le otorga ciertas facultades al titular minero para establecer servidumbres, asimismo el titular podrá solicitar la expropiación sobre propiedades que resultan ser indispensables para el buen avance de los proyectos mineros.

El trámite expropiatorio es parcialmente administrativo y parcialmente judicial; se inicia ante la autoridad minera que aplicará una evaluación para verificar que la propiedad a ser expropiada es efectivamente necesaria para establecer y operar el proyecto minero en cuestión, además será la encargada de determinar el valor de la compensación que se deberá pagar en tal caso a los propietarios de los derechos de superficie, posteriormente y ante un Juez de la República se continuará con el proceso para la declaratoria judicial de la expropiación que culminará con una sentencia que bien no permite la expropiación o inversamente con una sentencia que ordene el pago de la indemnización correspondiente acompañada de una orden judicial para la entrega de la propiedad. La expropiación es trabajada en el capítulo XIX del código de minas.

Cuando este tipo de procedimientos es aplicado sobre territorios pertenecientes a minorías étnicas es necesario tener en cuenta que se deberán adelantar consultas previas, al mismo tiempo no es posible emplear el trámite expropiatorio entre mineros y aunque no está específicamente mencionado en la Ley, en la práctica la actuación está usualmente reservada para la fase de explotación³³⁷.

³³⁶ Cfr. RICAURTE, Margarita. Ob. cit. p. 59 - 68. Ver también Cfr. MANCERO, Gabriela; MONTOYA, Milton. Mining 2012 Ob. cit.

³³⁷ Cfr. MARTÍNEZ, Adriana. Mining Law Colombia. Ob. cit.

Como una de las principales reglas determinadas por la regulación minera colombiana se encuentra el principio de primero en el tiempo primero en el derecho, sin embargo, bajo ciertas circunstancias especiales cuando el proyecto minero es tan importante para el punto de vista del Gobierno e involucra aspectos relacionados con el interés nacional debido a la relevancia o escala de la explotación minera las autoridades podrán crear procesos de licitación pública donde los derechos se otorgarán en un entorno de subasta de derechos³³⁸.

En esta misma línea otra excepción que se debe tener en cuenta sobre el mencionado principio es el derecho de preferencia que poseen dentro de los territorios indígenas y afro-colombianos algunas comunidades, ya que estos grupos podrán pedir concesiones ante la autoridad minera para desarrollar su propia explotación de recursos mineros, establecida una situación en la que se presente un choque con otro concesionario, las comunidades tendrán esta protección expresada en un derecho de preferencia sobre los simples concesionarios aun cuando se presenten más tarde.

Desde la misma Constitución de 1991 (Artículos 79, 80, 95 y 334) se dan directrices que soportan un modelo de desarrollo sostenible para Colombia y se establece como un derecho de los ciudadanos el disfrutar de un ambiente sano, a partir de estos predicamentos constitucionales surgen una serie de normas y reglamentaciones vinculadas con varios aspectos de la actividad económica. Ahora bien en lo relacionado con el sector minero destacamos que desde el año 1974 Colombia cuenta con un código sobre los recursos naturales renovables & el medio ambiente Decreto 2811 de 1974 que en lo pertinente regula temas del sector minero, esté texto no es el único documento que reglamenta la actividad, existe también la Ley 99 de 1993 denominada Ley Nacional Ambiental y el Decreto 1076 del año 2015 que funge como una compilación de los decretos existentes sobre la materia de desarrollo sostenible y medio ambiente, como tal la regulación se puede considerar como atomizada y compleja para su búsqueda e identificación.

Hablando del desarrollo normativo de aspectos ambientales que se relacionan con la minería, debemos nombrar la Ley 1333 de 2009 o Ley sancionatoria ambiental, la misma se pronuncia sobre el incumplimiento de las licencias ambientales otorgadas, de similar manera el Decreto 2372 del 2010 crea el sistema de áreas protegidas entendidas estas como espacios restringidos o

³³⁸ Cfr. MANCERO, Gabriela; MONTTOYA, Milton. Mining 2012 Ob. cit.

prohibidos para el desarrollo de la actividad minera de conformidad con lo determinado por el actual Código de Minas³³⁹, la Ley 1450 del 2015 hace lo propio y constituye nuevas limitaciones para ejercer actividades mineras sobre áreas protegidas como reservas de conservación forestal y los humedales que de esta manera se unieron a los espacios ya identificados por el sistema de áreas protegidas, finalmente y dada su importancia destacaremos la presencia del Decreto 330 del 2007 que regula la participación ciudadana durante el procedimiento administrativo que precede el otorgamiento o negación de la licencia ambiental para los proyectos mineros que es materializado en una audiencia pública.

Otro esfuerzo regulatorio que se puede rescatar es el establecido por la Ley 1658 de 2013 o Ley del Mercurio que introduce ciertos mecanismos para la formalización de actividades de minería ilegal por medio de subcontratos con poseedores de contratos de concesión debidamente registrados.

La actividad minera en el territorio colombiano está sujeta a la denominada Licencia Ambiental Global que se obtiene mediante un proceso que conduce a la realización de un Estudio de Impacto Ambiental en la que el minero se ve abocado a la realización de un estudio de impacto ambiental, en el que este debe analizar los impactos socio-ambientales y los posibles daños que podrían ser derivados de su actividad, también deberá estudiar las medidas de compensación, prevención y mitigación. Es preciso señalar que, la autoridad encargada del proceso variará según las particulares características de la actividad minera presentada³⁴⁰.

³³⁹ Cfr. Artículo 34. “[...] Zonas excluibles de la minería. No podrán ejecutarse trabajos y obras de exploración y explotación mineras en zonas declaradas y delimitadas conforme a la normatividad vigente como de protección y desarrollo de los recursos naturales renovables o del ambiente y que, de acuerdo con las disposiciones legales sobre la materia, expresamente excluyan dichos trabajos y obras.

Las zonas de exclusión mencionadas serán las que se constituyan conforme a las disposiciones vigentes, como áreas que integran el sistema de parques nacionales naturales, parques naturales de carácter regional y zonas de reserva forestales. Estas zonas para producir estos efectos deberán ser delimitadas geográficamente por la autoridad ambiental con base en estudios técnicos, sociales y ambientales con la colaboración de la autoridad minera, en aquellas áreas de interés minero. [...]”

³⁴⁰ Cfr. GARCÍA, María del Pilar; BUSTOS, Luis; ORTIZ, Alexa. Derecho De Aguas y Minería en Colombia. En: HENAO, Juan Carlos; GARCÍA, María del Pilar. Minería y Desarrollo. Tomo II: Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016, p. 109 y sigs.

Los diferentes requisitos ambientales creados por las autoridades regulatorias han diferenciado su exigencia dependiendo de la etapa del ciclo minero en la que se encuentre el proyecto, en principio para la etapa de exploración los tenedores del título no necesitarán de un permiso o licencia ambiental, salvo que durante esta etapa se haga uso de algunos recursos naturales, caso en el que se deberán obtener los permisos de vertimientos, consumo de agua, entre otros; en todo caso para la presente etapa el minero deberá cumplir con lo establecido por las guías ambientales de exploración proporcionadas por el Ministerio de Minas y Energía y el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible³⁴¹.

Pasando a las etapas de construcción y montaje, al igual que para la etapa de explotación y, hasta el fin del ciclo minero, el titular deberá obtener y contar en su operación con una licencia ambiental, ese documento deberá contener todas las concesiones, permisos y autorizaciones para el adecuado uso de recursos naturales renovables del proyecto. Dentro del trámite para la obtención de la licencia se requiere aplicar un estudio de impacto ambiental que teóricamente debe cubrir todos los aspectos relacionados con los impactos ambientales que generará el proyecto, algunos de los aspectos que se trabajan dentro de esta licencia son: el plan de compensación ambiental, información del proyecto, plan para la pérdida de biodiversidad, identificación de los recursos naturales renovables que se impactarán, plan de manejo ambiental, evaluación económica de los impactos negativos y positivos que tendrá el proyecto y plan de desmonte y abandono.

La licencia ambiental puede ser revocada o suspendida por parte de la autoridad ambiental a cargo si el titular minero hace caso omiso de las obligaciones pactadas o incumple los términos establecidos en la Ley, en la regulación de las autoridades o en la misma resolución que otorgó la licencia; el pronunciamiento revocatorio debe encontrarse motivado y tener soporte técnico de ser el caso, sobre estas determinaciones se podrán presentar los recursos ante la autoridad ambiental que impone esta decisión (vía gubernativa) y en su defecto ante el Juez competente³⁴². Esta misma lógica se aplicará ante las decisiones administrativas tomadas por parte de las diferentes autoridades mineras, ambientales o de cualquier otro tipo que participen como reguladores de la actividad minera en sus diferentes etapas.

³⁴¹ Cfr. Cárdenas. Ob. cit.

³⁴² *Ibidem*.

Colombia ostenta en su territorio un denso sistema de zonas en las que la actividad minera no es permitida y que trata de guardar cierta coherencia con lo establecido en el Código de Minas, asimismo esta estructura es complementada por una serie de tratados y obligaciones de carácter internacional encaminados a la protección de áreas de particular importancia ecológica, el resultado de este ejercicio es un complejo marco regulatorio ambiental que vincula múltiples espacios de protección dentro de los que podemos mencionar están las zonas restringidas, las zonas excluidas como las áreas del Sistema de Parques Nacionales Naturales, los parques naturales pero de carácter regional y las zonas de reserva forestal, también se encuentran las denominadas reservas especiales, las zonas de seguridad nacional, los humedales y los ecosistemas estratégicos (páramos) entre otras, aun así a pesar de lo planteado anteriormente coexisten mecanismos concretos dentro de la Ley que permiten la ejecución de proyectos mineros en los territorios de algunas de las áreas mencionadas³⁴³.

El capítulo III del Código de Minas trabaja este particular tema y en principio especifica algunos de estos espacios, aunque se debe advertir que la lista no es cerrada debido a que coexisten otras fuentes en la regulación nacional, principalmente en la ambiental que han avanzado y ampliado las limitaciones, esta situación ha sido sustentada en diferentes pronunciamientos de la Corte Constitucional que reprochan la creación de una lista limitada y por el contrario incentivan a las diferentes autoridades ambientales a continuar sus estudios sobre el territorio con el objetivo de agregar nuevos espacios, esta temática también será trabajada en un capítulo aparte, el cual presentaremos más adelante dentro del presente escrito especialmente en lo referido a la minería en páramos³⁴⁴.

La minería costa afuera es uno de los temas que cada día tienen mayor crecimiento en el debate global por sus posibles efectos sobre la sostenibilidad del planeta, la regulación colombiana más específicamente el Código de Minas tiene un capítulo dedicado a esta particular temática y en concreto señala que para desarrollar este tipo de actividades se requerirá de una licencia ambiental

³⁴³ Cfr. AMAYA, Ángela. Las zonas reservadas, excluidas y restringidas de la minería en Colombia. En: GARCÍA, María del Pilar. Minería, Energía y Medio Ambiente. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011, pp. 15–55.

³⁴⁴ Cfr. MARTÍNEZ, Adriana. Mining Law Colombia. *Ob. cit.*

y un concepto favorable de la dirección general marítima perteneciente al Ministerio de Defensa Nacional³⁴⁵.

Según lo establecido por el Código de Minas el desmonte y cierre es una etapa dentro del proyecto minero y como tal hace parte de las obligaciones de la concesión minera, en el programa de trabajos y obras se exige un plan de cierre de mina, asimismo el estudio de impactos ambientales considera al cierre como una obligación a ser completada, como desarrollo legislativo adicional encontramos la Ley 1753 del 2015 la cual indicó que el Gobierno deberá establecer las condiciones financieras, sociales, técnicas y ambientales que el concesionario deberá seguir al crear su plan de cierre y abandono de la mina; estas deberán incluir las garantías y provisiones que se deberán guardar para cuando llegue el momento, además el Gobierno tendrá la obligación de establecer un procedimiento aprobatorio para revisar el cumplimiento de las obligaciones, en otras palabras las obligaciones vinculadas al cierre de una mina resultan complejas ya que cubren aspectos técnicos, financieros, sociales y ambientales; los mismos se pueden ubicar en el programa de trabajos y obras presentado por el minero y en el estudio de impacto ambiental aprobado, las pólizas de cubrimiento se establecen por el tiempo de la concesión otorgada y tres años más con lo que se asegura que la etapa de cierre estará cubierta por las mismas³⁴⁶.

En Colombia el marco legal tanto de la actividad minera como de la regulación ambiental es de carácter nacional, a pesar de esto las autoridades locales poseen ciertas competencias en materia ambiental y de ordenamiento en su territorio con las que es posible declarar áreas de protección dentro de sus circunscripciones que son disímiles con las identificadas en el sistema nacional de áreas protegidas. Estas autoridades también se encargan del ordenamiento territorial y por medio del ejercicio de su competencia pueden terminar afectando los usos del suelo y por ende llegan a influenciar el desarrollo de las actividades mineras, finalmente las Corporaciones Autónomas Regionales pueden crear una regulación especial basándose en las particularidades de su territorio. En pocas palabras, se puede indicar que en principio solo el Congreso puede expedir normas aplicadas a todo el territorio nacional, no obstante, algunos entes territoriales pueden también

³⁴⁵ *Ibídem*.

³⁴⁶ Cfr. MARTÍNEZ, Adriana. Mining Law Colombia. *Ob. cit.*

proferir ciertas normas aplicables a sus territorios lo cual inevitablemente genera complicaciones a la hora de establecer una política pública clara y coordinada para el sector minero³⁴⁷.

Desde el año 1991 el país hace parte de la Convención de Pueblos Indígenas y Tribales No. 169 lo cual genera que toda la industria extractiva que tiene presencia en Colombia se encuentre obligada a seguir los procedimientos de consulta previa al relacionarse con las comunidades étnicas presentes en sus operaciones, la Ley impone esta obligación de manera clara a la fase de explotación de los proyectos, en cualquier caso la obligación se ha extendido en algunos casos particulares también a la etapa de exploración por medio de decisiones judiciales de protección especial a los derechos fundamentales, en definitiva la figura ha tenido un amplio desarrollo por parte de la Corte Constitucional colombiana³⁴⁸.

Como tal desde la Constitución se ofrece una especial protección a las minorías étnicas y a sus correspondientes territorios y por lo tanto, se han creado diferentes desarrollos legales y regulatorios destacables vinculados al sector minero y su actividad, se pueden nombrar la Ley 1757 del 2015 que trata el tema de la participación ciudadana en asuntos públicos y la Ley 448 del 2011 que habla sobre la restitución de tierras a los afectados por la violencia derivada del conflicto armado colombiano, esta última norma restringe en algunos de sus apartes la actividad minera en favor de facilitar a las víctimas su proceso de restitución. El uso del término conflicto armado colombiano el cual utilizaremos en varios apartes del presente documento se presta para ciertas controversias, por lo que para este documento proponemos entender el mismo como: “[...] *el conflicto colombiano que ha desencadenado violencia directa con graves violaciones de los derechos humanos y de los postulados del Derecho Internacional Humanitario* [...]”³⁴⁹

Las autoridades estatales que acompañarán las consultas realizadas a minorías son el Ministerio del Interior por medio de un grupo especializado para el tema de consultas quien participa

³⁴⁷ *Ibidem*.

³⁴⁸ Cfr. RODRÍGUEZ, Gloria. De la Consulta Previa al Consentimiento Libre, Previo e Informado a Pueblos Indígenas en Colombia. En: Colección Diversidad Étnica y Cultural. Bogotá, Universidad del Rosario, 2014, p. 65 y sigs. Ver también. ORTIZ, Alexa. Manual de Derecho Minero. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014, pp. 253–283.

³⁴⁹ A mayor abundamiento sobre el conflicto armado colombiano, definición y uso de términos consultar: Cfr. CALDERÓN, Jonathan. Etapas del conflicto armado en Colombia: hacia el posconflicto. En: Latinoamérica. Revista de Estudios Latinoamericanos vol. 62. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2016, pp. 227-257.

activamente durante los procedimientos vinculados con la licencia ambiental, en este mismo sentido la Agencia Nacional de Tierras³⁵⁰ quien regula los territorios colectivos ostentados por minorías y se encarga de entregar las propiedades colectivas para estos habitantes y el Instituto Nacional de Antropología e Historia (ICANH)³⁵¹ quien tiene a su cargo los denominados patrimonios culturales y de conservación del país e interviene en los asuntos afines con el hallazgo de patrimonios en los diferentes procesos de la actividad minera³⁵².

Asociado con la misma estructura regulatoria encontramos que en Colombia los concesionarios mineros sin importar si se trata de nacional o extranjero poseerán los mismos derechos, como tal no se impondrá un régimen diferente entre los mencionados, ni se generarán requisitos adicionales, no obstante, es obligatorio para los extranjeros la creación de una subsidiaria, afiliada o sucursal en Colombia previo al otorgamiento de un contrato de concesión.

Al mismo tiempo, la sentencia C-123/2014 proferida por la Corte Constitucional estableció que la autoridad minera de los lugares donde se desarrollarán los proyectos deberá de la mano de los municipios y las autoridades distritales coordinar sus diferentes competencias administrativas con el objetivo de adoptar las medidas adecuadas para la protección del medio ambiente, fuentes de aguas, salud, y tanto el desarrollo económico como cultural de las comunidades, la aplicación de este interesante postulado ha causado múltiples debates.

De igual forma resulta pertinente indicar en este recuento que Colombia cuenta con una serie de membrecías que terminan generando obligaciones internacionales para el país, algunas de estas están dirigidas a proteger la inversión privada en Colombia, dentro de las anteriores se encuentran: La Agencia Internacional de las Energías Renovables (IRENA, por sus siglas en inglés) desde (2015), La Organización Mundial del Comercio (OMC) desde (1995), el Organismo Internacional

³⁵⁰ Cfr. Agencia Nacional de Tierras: Página Oficial; Home /La Agencia / Creación de la Agencia Nacional de Tierras [En línea] Revisado, mayo 04, 2018. Disponible en: <http://www.agenciadetierras.gov.co/>

³⁵¹ Cfr. Instituto Colombiano de Antropología e Historia: Página Oficial; Inicio / Nuestra Entidad / Antecedentes Históricos [En línea] Revisado, mayo 04, 2018. Disponible en: <http://www.icanh.gov.co/>

³⁵² A mayor abundamiento relacionada con los efectos de la regulación vinculada a la restitución de tierras en el sector extractivo colombiano, Cfr. CASTRO, Carolina. Impacto de los procesos de restitución de tierras en la existencia, validez y ejercicio de las servidumbres petroleras. En: MONTTOYA, Milton. Lecturas en Regulación energética y de hidrocarburos. Colección de Regulación Minera y Energética. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017, pp. 51-134.

de Energía Atómica (IAEA por su sigla en inglés) desde (1960), La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) desde (2018), es país candidato de la Iniciativa de Transparencia en la Industria Extractiva (EITI por su nombre en inglés) (2014) y es parte del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (OMGI), El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI)³⁵³, La Corporación para Inversiones Privadas en el Extranjero (OPIC), asimismo es miembro de la Alianza del Pacífico, la Comunidad Andina de Naciones, la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños (CELAC) y es Estado asociado del MERCOSUR, debido al objetivo principal del presente capítulo debemos mencionar la Resolución 774 de 2012 de la Comunidad Andina de Naciones en la que sus miembros se comprometen a combatir la minería ilegal en cada uno de sus territorios.

Siguiendo esta misma línea Colombia ostenta diferentes tratados bilaterales de inversión entre estos mencionaremos los firmados con Suiza, el Reino Unido, Perú, India, China, Japón, Singapur, Francia y Turquía y al mismo tiempo mantiene múltiples Tratados de Libre Comercio (TLC) con EE. UU, Canadá, la Unión Europea, Chile y México entre otros.

La firma de todos estos tratados y acuerdos relacionados con el intercambio y el comercio entre países otorgan de manera general garantías a los inversionistas que son parte de los Estados firmantes y conceden protecciones que se vinculan a temas como: la no discriminación, el trato justo, la seguridad, la reparación por expropiación etc. En últimas se busca con estos mecanismos proteger a los inversores de arbitrariedades que puedan llegar a cometer las autoridades colombianas, resulta usual que los acuerdos incluyan dentro de su estructura cláusulas de resolución de conflictos que abren una puerta a los inversionistas para resolver sus diferencias frente a Tribunales y árbitros internacionales³⁵⁴.

El tema del tratamiento diferenciado para la minería de distintos tipos resulta de importante relevancia para el país, debido a que la escasez en la especificación al interior de la regulación aplicada al sector ha sido señalada como uno de los factores que han influenciado en su incompleta eficacia, el PND 2014 - 2018 trae consigo en varios de sus apartes la distinción de proyectos

³⁵³ Cfr. ROMERO, Cesar. Ob. cit. p.1.

³⁵⁴ Cfr. CÁRDENAS. Ob. cit.

mineros basándose en su tamaño. Lo anterior resulta pertinente a la hora de establecer una política pública y una regulación acorde con cada tipo de minería existente en el país.

Como consecuencia de lo anterior en el artículo (21) de la Ley 1753 de 2015 - que es por medio de la que se expide el PND 2014 - 2018 – establece una diferenciación para los diferentes tipos de minería con miras a crear una política pública diferenciada y establece cuatro categorías siendo estas las de “*minería de subsistencia, pequeña, mediana y grande.*”, además establece que es el Gobierno Nacional quien definirá las mismas teniendo en cuenta el tipo de mineral y el número de hectáreas y/o la producción de cada una de las unidades mineras, finalmente indica que para la etapa de exploración solo se deberá tener en cuenta las hectáreas para establecer la diferenciación.

Siguiendo esta línea fue promulgado en el año (2015) el Decreto 2504 que ordena aplicar unos nuevos términos de referencia para la elaboración del programa de trabajos y obras en minería de pequeña escala y el Decreto 1666 de 2016 que establece criterios para la clasificación de los proyectos sustentados en su extensión para la exploración y el tamaño de su producción para la explotación³⁵⁵.

Otras normas del sector que utilizan la diferenciación de tamaño de los proyectos estableciendo criterios regulatorios dispares para ciertos tipos de minería es la Resolución 41265 de 2016 del Ministerio de Minas y Energía en la que en su contenido se habla de pequeña minería al determinar los parámetros y condiciones para el ejercicio del derecho de preferencia y la Resolución 40103 del 2017 también perteneciente al Ministerio de Minas y Energía que establece los volúmenes máximos de producción mensual y anual para la una categoría de minería denominada minería de subsistencia.

En concordancia con el objetivo del trabajo debemos resaltar que las diferentes decisiones proferidas por las Altas Cortes colombianas tienen significativas consecuencias en la regulación minera y sobre la manera en que es aplicada por parte de las autoridades nacionales y locales. El desarrollo de la jurisprudencia por parte de cualquiera de estos altos organismos de la Administración de justicia del país tiene la capacidad de generar significativos efectos.

³⁵⁵ Cfr. MARTÍNEZ, Adriana. Mining Law Colombia. *Ob. cit.*

Sin desconocer la relevancia de las decisiones proferidas por el Consejo de Estado como cabeza de la jurisdicción contencioso administrativa y de la Corte Suprema de Justicia como cabeza de la jurisdicción ordinaria quienes también con sus pronunciamientos juegan un rol determinante dentro de la relación del país con el sector minero, en el presente estudio nos detendremos a analizar algunas de las decisiones de la Corte Constitucional quien por ser la cabeza y órgano de cierre de la jurisdicción constitucional es la encargada de la interpretación de la Constitución y la protección de los derechos humanos de primera, segunda y tercera generación (derechos colectivos) y en ejercicio de estos poderes ha venido profiriendo una serie de decisiones vinculadas a la minería que han sido de considerable trascendencia para este sector de la economía del país.

Como se ha descrito a lo largo de este capítulo hay una serie de normas de nivel constitucional que hacen alusiones directas al sector minero y muchas otras que terminan teniendo una evidente influencia sobre la manera en que legisladores y autoridades deben actuar. La propiedad del Estado sobre el subsuelo y su inclusión como parte del territorio nacional es el punto de partida de todas estas provisiones pero no es el único punto en donde se presenta esta coyuntura, en realidad existen varios artículos de nuestra Carta que hacen alusión a temas más específicos como la conservación de un medio ambiente sano y los derechos sobre el acceso y conservación al agua, otras secciones trabajan la protección de los territorios, la cultura y las formas de producción de las minorías, el pago de regalías y las compensaciones por la explotación del subsuelo junto con su correspondiente inversión para mejorar la calidad de vida de los habitantes, todos estos trascendentales temas y su correlación tanto con el sector minero, como con los legisladores y las autoridades han creado una dinámica que no ha podido evitar la aparición de tensiones que finalmente terminan siendo resueltas en sede constitucional.

Por último, aunque se trata de iniciativas de derecho blando resulta interesante el destacar las diferentes políticas de (RSE) que han sido adoptadas por el sector minero colombiano orientadas a polifacéticas orientaciones, algunas de tipo general y otras que guardan relación con aspectos más puntuales como la protección al medio ambiente, el mejoramiento de las condiciones de vida de los empleados, los derechos humanos, la transparencia, el respeto y cuidado por los clientes, el uso de reglas claras con los proveedores etc., todas las anteriores con un interés por parte de las

empresas mineras consistente en fortalecer y contar con la licencia social para operar LSO³⁵⁶ y en general disminuir los riesgos de la actividad minera. La LSO puede ser definida como: “[...] *la percepción que tiene la comunidad sobre la aceptabilidad de una empresa y sus operaciones locales. [...]*”³⁵⁷.

Posterior a proveer al lector de herramientas relacionadas con la jurisdicción colombiana y tras entregar importantes datos regulatorios, económicos, legislativos y técnicos de la jurisdicción colombiana, proseguiremos con una descripción de un caso difícil vinculado con los páramos y su relación con la actividad minera, a partir de esto nos adentraremos en los detalles de los elementos que lo hacen un caso de difícil resolución y la ruta que lo llevó a manos de los jueces.

³⁵⁶ “[...] is a community’s perceptions of the acceptability of a company and its local operations. [...]” (*trad. a.*) Cfr. BOUTILIER, Robert; THOMSON, Ian. Modelling and measuring the social license to operate: fruits of a dialogue between theory and practice. Queensland, Australia: International Mine Management, 2011, p. 2. [En línea] Revisado, enero 25, 2018, Disponible en: <https://sociallicense.com/publications/Modelling%20and%20Measuring%20the%20SLO.pdf>

³⁵⁷ A mayor abundamiento revisar: Cfr. BUSTOS, Luis; RODRÍGUEZ, Mariana. Licencia Social Para Operar. Comentarios Desde la Participación Ciudadana y la Responsabilidad Social Empresarial. En: LUGO, Oscar; RODRIGUEZ, María del Pilar; DIAZ, Rosa. Regulación de Servicios Públicos y Energía, Lecturas Selectas. México, Editorial Porrúa, 2016, pp. 197-220.

CAPÍTULO 4. PÁRAMOS Y SECTOR MINERO: EL CASO SANTURBAN

En el presente capítulo se pretende aproximar la parte teórica presentada en las primeras secciones de esta obra a un caso particular, el cual reviste suma importancia a la hora de estudiar la relación entre las actuaciones de los jueces en sede constitucional, y su influencia tanto en la regulación como en la normatividad de una actividad económica, diremos que es a partir de decisiones como las que se presentarán al interior de esta sección que han surgido una serie de manifestaciones de tipo social y jurisdiccional que moldearon parte de la realidad y la regulación del sector minero-energético en Colombia.

En el capítulo se explorará la actuación de la jurisdicción constitucional que ha venido determinado la explotación minera en páramos dentro del territorio colombiano y se hará referencia directa al caso del Páramo de Santurbán por ser un escenario en el que se combinan participaciones de colectivos sociales, actuaciones judiciales, retos normativos, otorgamiento de concesiones, actuaciones de la administración y más importante aún tensiones entre derechos fundamentales reconocidos por la Carta Política de 1991, de manera paralela se analizarán conceptos determinantes como el de justicia ambiental, conflicto socio ambiental, participación ciudadana ambiental y su relación con las zonas protegidas del país.

Esta posible nueva categorización o moldeamiento de derechos que se establecerán a partir de fallos jurisdiccionales serán expuestos a lo largo del capítulo teniendo en cuenta en todo momento el Principio Democrático del Estado Social de Derecho³⁵⁸ y los diferentes fines que el Estado colombiano persigue, asimismo se establecerá al final de esta sección una realidad consistente en que después de varios años el debate aún persiste y se continúan dando batallas judiciales y

³⁵⁸ A mayor abundamiento sobre las exigencias y rasgos del Estado de derecho consultar: Cfr. HABERMAS, Jürgen, JIMÉNEZ REDONDO, Manuel (Trad). Más allá del Estado nacional. Madrid, Editorial. Trotta, 1997. *Ver También*; Cfr. BÉJAR RIVERA, Luis. Estado de Derecho, cooperación, juridicidad y proporcionalidad en el derecho administrativo. Reflexiones sobre el pensamiento de Eberhard Schmidt-Assmann. En: SANTOFIMIO, Jaime; IBAGÓN, Mónica (ed) Perspectivas de una reforma. Estudios de derecho administrativo a partir de la obra de Eberhard Schmidt-Assmann. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016, p. 229 y siguientes, de igual manera para un estudio del nacimiento del Estado de Derecho, revisar: Cfr. ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil, trad. de Marina Gascón. Madrid, Trotta, 1995.

pronunciamientos que posiblemente conllevarán a nuevos cambios que tengan como sustento la defensa de derechos fundamentales.

4.1 PUNTOS DE PARTIDA SOBRE LA REGULACIÓN DEL SECTOR MINERO COLOMBIANO

El desarrollo y ejercicio dentro de la legalidad de la actividad minera depende de la estabilidad y seguridad sobre una serie de factores sin los cuales este sector económico no puede desarrollarse de manera idónea³⁵⁹, lo anterior es independiente del mineral que sea extraído y el tamaño de la explotación a la cual nos refiramos, tanto la gran minería como el pequeño minero o el minero artesanal siempre esperarán contar con una regulación y unas Leyes claras que le ofrezcan estabilidad en el ejercicio de su actividad y que a su vez le permitan calcular el rédito que obtendrá por el trabajo invertido en su actividad³⁶⁰.

Se parte de una actividad minera desarrollada de manera correcta en la que se respeten las normas ambientales y se preste atención a la mitigación de los impactos sociales que el ejercicio de esta actividad económica crea, asimismo prestando en todo tiempo atención a la regulación que se imponga dentro de su potestad el Estado y rechazando la posición según la cual la prosperidad económica es justificación suficiente para no atender los asuntos ambientales y sociales, en otras palabras en el anterior párrafo hacemos referencia a una minería que sea instrumento para alcanzar el desarrollo sostenible³⁶¹.

³⁵⁹ Los países que no proveen una estabilidad jurídica a los inversores extranjeros estarán propensos a ser descartados a la hora de constituirse como destinos de inversión, los incentivos y recompensas que ofrecen los múltiples Gobiernos anfitriones pueden resultar inocuos ante la falta de garantía de la estabilidad jurídica. Cfr. PRITCHARD, Robert. Safeguards for Foreign Investment in Mining. En: BASTIDA, Elizabeth; WALDE, Thomas; WARDEN-FERNÁNDEZ, Janeth. International and Comparative Mineral Law and Policy: Trends and Prospects. La Haya, Kluwer Law International, vol. 73. 2005, p. 74 y sigs.

³⁶⁰ Sin embargo, la competencia entre países no debe llevar al extremo de decidir reducir los estándares sobre el ejercicio de la actividad minera que toleren desproporciones, ahora bien, tampoco es un camino saludable el aumentar las barreras al punto de aislarse frente a una realidad económica.

³⁶¹ Para este texto utilizaremos el término Desarrollo Sostenible creado por el informe Brundtland de 1987, el cual consiste en pocas palabras en tratar de construir prosperidad para la población de hoy con miras a continuar logrando satisfacer las necesidades de las generaciones futuras, más específicamente cuando se hace referencia a la explotación de los recursos naturales se debe agregar a la definición básica que el desarrollo al cual se refiere debe ser cualificado, es decir eficiente con los recursos, inclusivo y meticulosamente planeado, los aspectos adicionales son postulados desarrollados en la Declaración de Río de 1992 y la Cumbre de Johannesburgo de 2002 que entre otras cosas apuntan a la integración de tres columnas principales que se pueden identificar como el desarrollo ambiental, el progreso económico y el desarrollo social, las mismas son igual de importantes y soportan el real desarrollo sostenible, en este

En los últimos 30 años la actividad minera ha encontrado tres puntos normativos que resultan referentes y guardan afinidad con la normatividad y regulación que el Estado ha venido realizando para el sector, nos referimos con esto a tres momentos o espacios de tiempo que han marcado el devenir y el enfoque que se tiene para con la minería en Colombia.

La primera de estas referencias es la aparición de la Constitución de 1991, que para muchos se constituye como toda una Constitución ecológica³⁶² y que en su forma original estableció una dinámica que resalta la protección al medio ambiente y al mismo tiempo protege la iniciativa privada y la libertad de empresa en su Artículo 333³⁶³. De manera más detallada y como se expresó en secciones anteriores de esta obra la Constitución estructura todo un marco general para el relacionamiento por parte del país con la actividad minera y asimismo expresó que Colombia se organizaría como “[...] un Estado Social de Derecho, organizado en forma de República unitaria[...]” para paralelamente conceder una fuerte autonomía a las entidades territoriales junto con una serie de derechos que incentivaron la participación ciudadana de quienes habitamos el país, aparte de eso y dentro de esta misma dinámica entregó protecciones especialísimas a minorías y grupos étnicos que también hacen presencia en el país.

El segundo punto de referencia es la Ley 685 de 2001 que diez años después de la aparición de la Constitución Política de 1991 y sustentada en el ya explicado Artículo 333 organizó la manera en

caso concordamos con los autores que destacan la necesidad de coordinación de los tres conceptos con herramientas como la Ley, la política y las decisiones judiciales. Cfr. BRUNDTLAND, Gro Harlem. *“Our Common Future”* Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo - Naciones Unidas. (1987) Ver también, Cfr. DECLARACIÓN DE RIO, Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo - Naciones Unidas. (1992) Ver también, Cfr. Cumbre Mundial sobre Desarrollo de Energía Sustentable en Johannesburgo. Naciones Unidas. (2002) Ver también, Cfr. KUOKKANEN, Tuomas. *International Law and the Environment: Variations on a Theme*. Holanda, Kluwer Law International & Martinus Nijhoff, 2002, p. 233 y sigs. Ver también, Cfr. BIRNIE, Patricia; BOYLE, Alan. *International Law and the Environment*. Reino Unido, Oxford University Press, 2009, p. 106 y sigs.

³⁶² A mayor abundamiento sobre el uso de este término y la relación entre el medio ambiente, libertad económica e intervención del Estado, Cfr. AMAYA, Oscar. *La Constitución ecológica de Colombia*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 200 y sigs.

³⁶³ Artículo 335 de la Constitución política colombiana: *“La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la Ley. La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades. La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial. El Estado, por mandato de la Ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional. La Ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.”*

que se explotaría y harían uso adecuado de los recursos mineros, el denominado Código de Minas que ya ha sido mencionado en el presente trabajo no es otra cosa que un cuerpo normativo que intentó regular de manera completa la actividad buscando dar cumplimiento a los contenidos de los Artículos 101, 330, 332, 360 y 361 de la Constitución y como tal se trató de un ejercicio que desde el punto de vista teórico debió someterse al marco constitucional creado por la misma Carta Política³⁶⁴.

Aproximadamente diez años después de la expedición del Código de Minas encontraremos una tercera etapa en la que aparecen fuertes cambios en la regulación sobre el sector minero y que tienen como impulsor de los mismos el uso de los mecanismos de defensa para la protección de los derechos fundamentales provistos por la Constitución de 1991. El uso de estas herramientas como la acción de tutela, la acción de inconstitucionalidad, las consultas previas y populares – entre otros mecanismos – han llevado a presentar aspectos centrales de la regulación de la actividad ante el órgano máximo de la jurisdicción constitucional para su análisis, transformación y toma de decisiones.

Esta tercera etapa es la que queremos destacar en el presente trabajo, debido a que es en ella en donde han aparecido una serie de debates de orden constitucional que podemos describir como tensiones entre la actividad minera y el medio ambiente, tensiones entre la actividad minera y la autonomía de los entes territoriales y las vinculadas con la actividad minera y algunos de los mecanismos de participación ciudadana. Cabe destacar que durante las tres etapas mencionadas el sector minero ha debido adaptarse a los cambios regulatorios propuestos para poder continuar con su actividad³⁶⁵.

³⁶⁴ Se debe advertir al lector que la referencia de algunos periodos de tiempo en esta parte del texto corresponden a una organización en la presentación de la información, ahora bien la explotación de minerales en el territorio colombiano data de muchos años, pero la creación de Leyes encuentra referencias en el siglo XVIII con la presencia del imperio español en el territorio, un ejemplo de esto son las Ordenanzas de Minería de Nueva España que resultaron aprobadas por parte de Carlos III y resultaban aplicables a la totalidad de los virreinos. Cfr. DIAZ, Sebastián. Cartografías de El Dorado. Releyendo fragmentos de la historia minera de Colombia a través de algunos mapas (siglos XVI A XX) En: HENAO, Juan Carlos; DÍAZ, Sebastián. Minería y Desarrollo. Tomo V: historia y Gobierno del territorio Minero. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016, p. 45.

³⁶⁵ Resulta justo el indicar que las tensiones nombradas no son las únicas, a manera de ejemplo se puede mencionar las relacionadas con el derecho a la salud y actividad minera o el patrimonio cultural de la Nación y la actividad minera.

En síntesis, durante la primera etapa se obtuvo un marco constitucional para el sector minero y los recursos naturales del país, este marco general fue desarrollado mediante una Ley – Código de Minas – instituyendo con su aparición una segunda etapa, todo lo anterior fue la antesala para un tercer periodo que ha sido precisado en esta ocasión por los pronunciamientos de la Corte Constitucional quien al resolver tensiones entre diferentes derechos moldeó la realidad de la regulación aplicada en nuestros días sobre la minería colombiana.

Sustentado en lo expuesto en los capítulos previos, queremos plantear un caso en concreto en el que se profundizará sobre la manera en que se ha venido relacionando el sistema constitucional de protección de los derechos fundamentales colombiano frente a algunos asuntos de tipo práctico que guardan un vínculo directo sobre el ejercicio de esta actividad y que consideramos *prima facie* y también han venido delineando el tipo de relacionamiento del Estado con otros sectores próximos como el petróleo y el de otras actividades ya no tan contiguas como la generación de energía eléctrica, la implementación de energías renovables y en general cualquier actividad que involucre obras civiles de relevantes dimensiones en el país.

A medida que avance el texto se compartirán algunos pronunciamientos judiciales proferidos por parte de la Corte Constitucional colombiana, en concreto algunos de estos fueron seleccionados por el autor para la elaboración de un análisis más profundo, sustentado lo anterior en que las decisiones seleccionadas representaron un punto importante dentro de la relación entre los fallos de la Corte y la regulación aplicada al sector minero³⁶⁶.

4.2 LA EXPLOTACIÓN MINERA EN PÁRAMOS DENTRO DEL TERRITORIO COLOMBIANO

El estudio del ejercicio o desarrollo de la actividad minera en zonas de páramo dentro del territorio colombiano adquiere una notabilidad especial ya que convoca dentro de su análisis algunos componentes que se podría decir lo hacen un caso complejo o de difícil solución, aspectos sociales, ambientales, de política pública y judiciales se involucran e interactúan al interior del mismo

³⁶⁶ Cfr. GUZMÁN, Luis. El activismo judicial y su impacto en la construcción de políticas públicas ambientales. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017, pp. 115-116.

atrayendo actuaciones de variadas instituciones y niveles de la administración. En este aparte intentaremos enfocarnos en el debate jurídico no sin antes ofrecer una contextualización de lo sucedido puesto que es en la riqueza de actores y discusiones presentadas para esta situación de donde se desprende la relevancia académica de observar en detalle el caso particular.

4.3 CONTEXTUALIZACIÓN DEL CASO

Se puede decir que esta tensión, la cual expondremos, tiene orígenes en asuntos de orden global que han venido aterrizando paulatinamente en el contexto colombiano creando diferentes reacciones, con esto queremos vincular dos aspectos; primero el interés por la explotación minera el cual se acrecentó en la región de América del Sur desde mediados de los años ochenta y continuó su marcha durante toda la década de los noventa³⁶⁷ y segundo la tendencia que de manera paralela se ha experimentado en toda la región vinculada con cambios dirigidos hacia un fortalecimiento de la participación política de los ciudadanos lo que ha desencadenado una nueva forma de relacionamiento entre la sociedad y los recursos naturales que poseen los países dentro de su territorio³⁶⁸.

Aparentemente Colombia se tardó en hacer parte de la predilección vinculada a favorecer la inversión directa en la industria minera para la región, puesto que la Ley 685 – actual Código de Minas- tan solo apareció en el 2001 y más diciente aún es la cantidad y fechas correspondientes a la suscripción y entrada en vigencia de los tratados bilaterales de inversión y acuerdos comerciales firmados por el Estado colombiano con distintos países, observando en detalle hallaremos que la gran mayoría ubican su firma y entrada en vigencia en fechas posteriores al ingreso de este nuevo siglo, pues bien si comparamos la misma situación frente a otros países como de la región como es el caso de Chile, Perú, Argentina o inclusive Venezuela encontraremos una tendencia en la cual

³⁶⁷ La aplicación de políticas de tipo neoliberal en ciertos países favoreció el aumento en la tendencia relacionada con la inversión directa en la industria minera. Cfr. BRIDGE, Gavin. Mapping the Bonanza: Geographies of Mining Investment in an Era of Neoliberal Reform. En: The Professional Geographer, vol. 56:3, Taylor and Francis (en nombre de) American Association of Geographers, 2004, p. 406–421, lo dicho anteriormente no pretende desconocer que la explotación de recursos naturales de los países ubicados en Sur América ya existía desde hace largo tiempo.

³⁶⁸ Cfr. JIMENÉZ, Magda. El Páramo de Santurbán “*Accountability*” Social Exitoso. En: HENAO, Juan Carlos; GONZÁLEZ, Ana Carolina. Minería y Desarrollo. Tomo IV: Minería y Comunidades: Impactos, Conflictos y Participación Ciudadana. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016, p. 467 y sigs.

se firmaron y acordaron de manera notoria una gran cantidad de tratados bilaterales de inversión y acuerdos comerciales mucho antes de lo aplicado por parte del Estado colombiano³⁶⁹.

Dentro de esta nueva realidad, algunos términos se han convertido en comunes referentes dentro del debate por la explotación de recursos minerales en Colombia y la región, conceptos elaborados o nuevas aproximaciones como las del extractivismo³⁷⁰, la licencia social para operar³⁷¹, los conflictos-ambientales³⁷², el *accountability* y más específicamente el *accountability* con un componente social; los cuales han permeado toda la base del debate y al mismo tiempo han sido adoptados y utilizados cada día más por parte de: académicos, Organizaciones No Gubernamentales (ONGs), instituciones gubernamentales, instituciones multilaterales, medios de comunicación entre muchos otros.

Por más que todos los conceptos mencionados se encuentran presentes en este tipo de discusiones, dos de ellos se destacan para las finalidades propuestas en esta parte de la investigación, estos son

³⁶⁹ Cfr. Organización de Estados Americanos (OEA) Foreign Trade Information System. [En línea] Revisado, octubre 03, 2018. Disponible en: http://www.sice.oas.org/ctyindex/COL/COLAgreements_s.asp Lo dicho en este párrafo representa un espacio para desarrollar una amplia investigación desde el punto de vista económico, no obstante demuestra que Colombia se ubicó un paso atrás en la consolidación de esta tendencia frente a otros países y en nuestro concepto conllevó a reforzar de manera más intensa las tensiones entre los movimientos anti-mineros y ambientalistas del país quienes consolidaron su operatividad y presencia durante los últimos quince años como se expresará en los casos trabajados en el presente texto.

³⁷⁰ La explotación minera se ha relacionado con el término extractivismo, entendió este último como una forma de extracción de recursos naturales realizado bajo una muy alta intensidad y volumen, asimismo destaca que su enfoque está primordialmente dirigido a la exportación de materias primas con ínfimos procesamientos. Cfr. GUDYNAS, Eduardo. Extracciones, extractivismos y extrahecciones. Un marco conceptual sobre la apropiación de recursos naturales. En: Observatorio del desarrollo, Vol. 18. Montevideo, Centro Latino Americano de Ecología Social/CLAES, 2013, pp. 1-18.

³⁷¹ Desde un enfoque meramente social la denominada Licencia Social Para Operar puede ser definida como: “*la forma en la que una empresa es constreñida a cumplir con las expectativas sociales y a evitar aquellas actividades que se consideren inaceptables dentro de una sociedad*” (trad. a.) de Cfr. GUNNINGHAM, Neil; KAGAN, Robert; THORNTON, Dorothy. Social license and environmental protection: why businesses go beyond compliance. En: Law & Social Inquiry 29, no. 2. Wiley-Blackwell en nombre de: American Bar Foundation, 2004, pp. 307-341; ahora bien, desde una aproximación que parta de un punto de vista cercano a la actividad empresarial se puede describir a manera de: “*El nivel de aceptación o aprobación continuamente otorgada por la comunidad local y otros grupos interesados, a las operaciones de una organización o proyecto*” (trad. a.) de Cfr. BOUTILIER, Robert; THOMSON, Ian. Modelling and measuring the social license to operate fruits of a dialogue between theory and practice. Queensland, Australia: International Mine Management, 2011, pp. 1–10.

³⁷² Se entenderán estos como una clase de conflictos que guardan vínculo con el daño ejercido sobre los recursos naturales y en los que se presentan oposiciones de tipo exógeno realizado usualmente por parte de activistas que son parte de organizaciones de tipo ambiental. Cfr. WALTER, Mariana. Conflictos ambientales, socioambientales, ecológico distributivos, de contenido ambiental... Reflexionando sobre enfoques y definiciones. En: Boletín Ecos, Vol. 6. Madrid, Centro de Investigación para la Paz (CIP-Ecosocial), 2009, pp. 1-9.

la rendición de cuentas o *accountability* propiamente dicho y el *accountability* social³⁷³, el primero entendido como una manera de reducir y regular la grieta existente entre representantes y representados asegurando la manera en que los diferentes funcionarios públicos responden por sus conductas, además de informar y justificar sus decisiones³⁷⁴, en este mismo sentido el segundo término rendición de cuentas social o *accountability* social comprendido como una categoría del primero y en el que se sustentan acciones de un grupo amplio de movimientos ciudadanos, asociaciones de este mismo tipo y acciones mediáticas³⁷⁵. Dentro de las acciones que pueden ejercer los grupos de ciudadanos están la presentación de propuestas, denuncia de corrupción y fiscalización de la gestión pública, asimismo es posible ejercerlo independientemente de un proceso o calendario electoral sustentándose en la espontaneidad de los ciudadanos representados en grupos organizados y los medios que influyen en las decisiones políticas lo cual crea sanciones de tipo simbólico que castigan a los elementos políticos del sistema principalmente enfocándose en lo relacionado con la reputación³⁷⁶.

Desde un punto de vista local existe una regulación que desde el año de 1988 viene trabajándose la cual involucra la expedición para Colombia del Código Nacional Minero - Decreto Ley 2655 del mismo año, el Código marcó una serie de reglas para la explotación de los minerales sin desconocer que paralelo a esta norma existían algunos permisos ambientales que regían la actividad; realmente para la época no se contaba con un licenciamiento ambiental reglado como lo conocemos en nuestros días, años después y bajo un nuevo Código de Minas Ley 685 de 2001 encontramos que fueron vinculados varios contenidos ambientales en su estructura normativa, no obstante, para su adecuada implementación faltó una coordinación efectiva que lograra una

³⁷³ En el presente texto se trabaja el término de *accountability* bajo las definiciones expuestas y aproximándolo a la traducción en español a las palabras rendición de cuentas, en todo caso es necesario subrayar que el término ha sufrido una evolución a lo largo de los años y detenta toda una construcción que se respalda en antecedentes filosóficos y políticos. A mayor abundamiento sobre los antecedentes filosófico-políticos de la rendición de cuentas, Cfr: RÍOS RAMÍREZ, Alejandra, et al. *Accountability: aproximación conceptual desde la filosofía política y la ciencia política*. Colombia Internacional, 2014, no 82, p. 261-288.

³⁷⁴ Cfr. SCHEDLER, Andreas. *Conceptualizing accountability*. En: SCHEDLER, Andreas; DIAMOND, Larry; PLATTNER, Marc. *The self-restraining state: Power and accountability in new democracies*. Londres, Lynne Rienner Publishers, 1999, p. 25 y sigs.

³⁷⁵ Cfr. PERUZZOTTI, Enrique; SMULOVITZ, Catalina. *Controlando la Política: Ciudadanos y Medios en las Nuevas Democracias Latinoamericanas*. Buenos Aires, Editorial Temas, 2002, p. 33 y sigs.

³⁷⁶ Cfr. JIMENÉZ *Ob. cit.*, p. 471 y sigs.

correcta asignación de títulos mineros que no se superpusieran o coincidieran con las zonas de protección ambiental que previamente existían³⁷⁷.

Es el Artículo 34 de la Ley 685 de 2001 quien dispuso el término zonas excluibles de la minería por primera vez dentro del ordenamiento jurídico y de manera contigua en la Sentencia de Constitucionalidad la C - 339 del 2002 se señaló la existencia de otras áreas distintas a las taxativamente aludidas en este Artículo 34 que solamente se circunscribían a parques nacionales, parques regionales y reservas forestales, por lo tanto es de manera posterior en donde se adiciona a los ecosistemas de páramos, humedales y las zonas de reserva forestal protectora, más exactamente mediante la expedición de la Ley 1382 de 2010³⁷⁸ que reforma el Código del 2001, independientemente de lo anterior, la Ley 1382 expresó que se iban a respetar las licencias ambientales y títulos mineros de situaciones que estuvieran totalmente consolidadas ante la Ley frente a la declaratoria de nuevos espacios de protección ambiental y de esta manera se mantendrían su correspondiente vigencia hasta su vencimiento sin ninguna posibilidad de prórroga³⁷⁹.

De manera general la Ley 1382 buscó elevar los estándares ambientales para ejercer la minería en el país, como ya se ha explicado en este texto la reforma fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante la Sentencia C - 366 de 2011, por incurrir en omisiones relacionadas con la consulta previa y por consiguiente solo se mantuvo en vigencia hasta el 11 de mayo del 2013³⁸⁰, debido a esta decisión de carácter jurisprudencial tomada por la Corte Constitucional actualmente la norma vigente corresponde a la Ley 685 del 2001.

³⁷⁷ La normatividad ambiental y más exactamente la definición de áreas que poseerían cierta relevancia ecológica las cuales deben ser protegidas de manera preponderante dentro del territorio y la regulación Colombiana tienen su origen varias décadas antes; es así como la Ley segunda de 1959 trató el tema de la economía forestal de la Nación y la conservación de recursos naturales renovables y dentro de esta se establecen ciertas zonas de reserva forestal, también encontraremos el Decreto Ley 2811 de 1974 que es el denominado Código de Recursos Naturales y más próximo la Ley 99 de 1993 que construyó todo el Sistema Nacional Ambiental (SINA) Cfr. AMAYA, Ángela. El Rol del Derecho ambiental en la Consolidación de una Paz sostenible en Colombia. En: MONTAÑA, Alberto; OSPINA, Andrés. La Constitucionalización del Derecho administrativo. Tomo II: El Derecho administrativo para la Paz. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016, p. 970.

³⁷⁸ Cfr. Artículo 3ro Ley 1382 2010, “Por la cual se modifica la Ley 685 de 2001 Código de Minas”, Publicada en el Diario Oficial el día 9 de febrero de 2010.

³⁷⁹ Cfr. GÓMEZ, Andrés; HENAO, Álvaro; RINCÓN, Camilo. La minería en páramos, humedales y reservas forestales. Bogotá, Universidad del Rosario, 2017, p. 102.

³⁸⁰ Cfr. Sentencia C-366 del 11 de mayo del 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, Demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 1382 de 2010, “Por la cual se modifica la Ley 685 de 2001 Código de Minas.”

Este devenir de situaciones que ensamblan un régimen normativo minero y ambiental complejo y el enfrentamiento entre visiones diversas sobre el uso y aprovechamiento de los minerales, encontró un punto de confluencia y probablemente un escenario perfecto para llevar a cabo el debate sobre la aprobación o desaprobación por parte del Estado de la explotación de minerales en los territorios del país denominados como páramos y serán estos los principales protagonistas de esta sección. Definir los páramos no es un asunto fácil, ya que desde la misma construcción de su definición pueden entrar a colisionar distintos tipos de visiones, no obstante, en búsqueda de una claridad conceptual partiremos de una primera aproximación en la que se establece que un páramo es: “[...] *el ecosistema natural entre el límite del bosque cerrado y la nieve perpetua en los trópicos húmedos*”³⁸¹.

Una definición que satisfaga a la mayoría resulta compleja puesto que adicional a las visiones dispares sobre el asunto, es posible utilizar el término para hacer referencia a territorios, biomas, ecosistemas y límites, a manera de ejemplo y para ofrecer una ubicación espacial general y sin el ánimo de ser excluyentes algunos de los lugares y países donde se ubican los páramos se establecen en un corredor que vincula a la cordillera venezolana, la depresión de Huancabamba del Perú, la cordillera oriental del Ecuador y la cordillera Talamanca Costarricense, estos también se ubican sobre cierta parte de Panamá, conformando todos los anteriores una eco-región³⁸², en el caso colombiano es posible ubicar dentro de este grupo a la Sierra Nevada de Santa Marta y otros espacios que hacen parte del territorio colombiano, los zacatonales mexicanos resultan una efectiva referencia a los territorios que estamos mencionando ya que guardan algunos puntos similares con los páramos³⁸³.

³⁸¹ Cfr. MEDINA, Galo; MENA, Vásconez. Los páramos en el Ecuador. En: MENA, Vásconez; MEDINA, Galo; et al. Los páramos del Ecuador. Particularidades, problemas y perspectivas. Quito, Abya Yala, 2001, pp. 1-23 *Ver también* Cfr. HOFSTEDE, Robert; SEGARRA, Pool; MENA, Patricio. Los páramos del mundo – Proyecto atlas mundial de los Páramos. Quito, Global Peatland Initiative; UICN y EcoCiencia, 2003, p. 15 y sigs.

³⁸² *Ibidem*. *Ver también* Cfr. DINERSTEIN, Eric; OLSON, David et al. A Conservation Assessment of the Terrestrial Ecoregions of Latin America and the Caribbean. Washington, Banco Mundial; WWF, 1995, pp. 12-14.

³⁸³ Cfr. VELÁZQUEZ, Alejandro. Grazing and Burning in Grassland Communities of High Volcanoes in Mexico. En: BALSLEV, Henrik; LUTEYN, James. Páramo, - an Andean ecosystem under human influence. Londres, Academic Press, 1992, pp. 231-241.

4.4 EL CONFLICTO SOBRE EL PÁRAMO DE SANTURBÁN

Este conflicto o discusión tiene sus inicios con el proyecto de la empresa Greystar Resources Ltda., que es de origen canadiense y que desde mediados de los años 90s desarrollaba labores de exploración sobre un proyecto que se adelantaría en esta zona montañosa del territorio colombiano, para el año 2000 la empresa debió abandonar sus operaciones por problemas de seguridad generados por la guerrilla colombiana que secuestró a uno de sus subcontratistas y solo retomaron sus labores de exploración hasta el año 2003 ante una mejoría de las condiciones de seguridad para la zona, acto seguido para el año 2009 la empresa decide radicar una solicitud de licencia ambiental acompañada de su Estudio de Impacto Ambiental (EIA) ante la autoridad correspondiente que para el presente caso se trata del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo, los documentos radicados demarcan la entrada a un nuevo ciclo en el que se pretendía dar inicio a la labor de explotación a cielo abierto de los minerales oro y plata sustentado en el título minero No. 3452 otorgado por el Gobierno colombiano, el proyecto de explotación como tal se le asignó el nombre de Angosturas y su proyección era la de constituirse como una mina del tipo cielo abierto con una vida útil de aproximadamente veinte años y en donde se trabajaría sobre 1.104 hectáreas que se encuentran ubicados entre 2.600 a 4.100 metros de altura sobre el nivel del mar³⁸⁴.

Siguiendo esta misma cronología en abril de 2010 el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial ordenó la devolución del EIA al tener ciertos desaciertos a juicio de la autoridad ambiental en los que no se consideraba a la zona del páramo como de “*alta fragilidad ecosistémica*”³⁸⁵, puede que la reacción de la empresa ante esta devolución no resultará la más afortunada al oponerse al retorno y perder la oportunidad para modificar los parámetros ambientales presentados y brindando una visión más próxima a la conservación y restauración del área donde se operaría, la reacción de la empresa se limitó a la interposición de un recurso de reposición, en el que se destacaba la afrenta al debido proceso, la falta de motivación del acto

³⁸⁴ Cfr. PARRA, Adela; GITAHY, Leda. Movimiento social como actor-red: ensamblando el Comité para la defensa del Agua y del Páramo de Santurbán. En: Vniversitas Humanística, vol. 84. Bogotá, Universidad Javeriana, 2017, p. 118 y sigs. Ver también Cfr. MiningWatch Canadá; Censat-Agua Viva. Tierras y conflicto. Extracción de recursos, derechos humanos y la responsabilidad empresarial: compañías canadienses en Colombia. (2009) p. 38 y sigs. [En línea] Revisado, octubre 17, 2018. Disponible en: https://miningwatch.ca/sites/default/files/tierras_y_conflicto.pdf

³⁸⁵ Cfr. Auto No. 1241 del 20 de abril de 2010, Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial. Por el cual se ordena la devolución de un estudio de impacto ambiental y se toman otras determinaciones.

administrativo y la extralimitación de las facultades de la entidad³⁸⁶, argumentos próximos al ejercicio del derecho procesal en un entorno litigioso que acercó aún más la disputa hacia la judicialización.

Se debe recordar que la Ley 99 de 1993 en su Artículo primero establece a manera de principio general ambiental el que las zonas: “[...]de páramos, subpáramos, los nacimientos de agua y las zonas de recarga de acuíferos serán objeto de protección especial[...]”, complementa lo anterior también indicando que: “En la utilización de los recursos hídricos, el consumo humano tendrá prioridad sobre cualquier otro uso.”³⁸⁷ Asimismo la Ley 99 en concordancia con la Constitución se conforman como los principales cuerpos normativos que rigen tanto la misma política ambiental en Colombia como las obligaciones Estatales frente a los páramos del país³⁸⁸.

Paralelamente a lo anterior y como una de las primeras reacciones a la solicitud de licencia ambiental de la empresa se constituyó la advertencia realizada por parte de la gerencia del Acueducto Metropolitano de Bucaramanga quien transmitió un mensaje de riesgo sobre la posible aprobación de la licencia ambiental y la puesta en marcha del mencionado proyecto, esta información fue adoptada por el Sindicato del Acueducto de Bucaramanga (Simtraemsdes) quien extendió esta información a múltiples actores sociales como ONGs, asociaciones gremiales y otras organizaciones sindicales de la ciudad de Bucaramanga³⁸⁹, de este movimiento surgió y se le otorgo visibilidad al Comité para la Defensa del Agua y del Páramo de Santurbán³⁹⁰ que se

³⁸⁶ Cfr. PARRA, *Ob. cit.*, p. 123 y sigs.

³⁸⁷ Cfr. Ley 99 de 1993, “*Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA, y se dictan otras disposiciones.*”, Publicada en el Diario Oficial el día 22 de diciembre de 1993.

³⁸⁸ Cfr. GÜIZA, Leonardo; RODRIGUEZ, Cristhian; MORENO, Sara et al. Actualidad y desafíos del derecho minero colombiano. Bogotá, Universidad del Rosario, 2016, pp. 392, 393.

³⁸⁹ Cfr. FLÓREZ, Mario. En defensa del Páramo de Santurbán. Cronología de una lucha que apenas comienza. En: FIERRO, Julio; Toro, Catalina et al. Minería, territorio y conflicto en Colombia. Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2012, p. 468 y sigs.

³⁹⁰ El comité se conforma por distintas organizaciones que recogen gran parte de la sociedad del Departamento de Santander, a medida que fue pasando el tiempo y el movimiento aumentó su visibilidad resultó mayor la cantidad de organizaciones participantes, entre estas se encontraban algunas de carácter regional, otras de carácter nacional, además de organizaciones de tipo social, políticas, universidades, sindicales, estudiantiles, gremiales, empresariales etc. Cfr. PARRA, *Ob. cit.*, p. 118 y sigs.

estableció como un movimiento social que tiene como propósito principal la protección del Páramo³⁹¹.

No se debe desconocer que el movimiento adquirió gran parte de su fuerza recurriendo a canales de comunicación alternativos que existen gracias a las plataformas que nos ofrece el Internet, por lo que los vehículos más usuales de difusión del mensaje fueron: “[...] *Correos electrónicos, redes sociales como Facebook, Twitter o Youtube, blogs y transmisiones en vivo por ‘streaming [...]’*” por ende la difusión del mensaje resultó muy diferente al uso de los canales tradicionales de comunicación con los que cuenta el país, se puede decir que apareció toda una descentralización informativa³⁹² que impulsó una escalada en la cual permitió poner dentro de la agenda nacional el conflicto analizado.

El Comité dispersó un mensaje por medio de la realización de múltiples actividades como la visitas a colegios, charlas en universidades, denuncias en medios de comunicación, foros para la formación de opinión, visitas a los municipios, uso de herramientas jurídicas y manifestaciones públicas. Se puede destacar que la primera gran manifestación pública que tenía por objetivo establecer una posición totalmente contraria al proyecto minero de Angosturas se desarrolló en el mes de junio del año 2010 y se replicó en octubre y noviembre de este mismo año hasta llegar a la marcha del 25 de febrero de 2011 que alcanzó un cubrimiento mediático importante convocando 50.000 personas³⁹³.

Dentro de las acciones emprendidas por el comité, también se incluyó la solicitud para adelantar una audiencia pública ambiental al Ministerio de Ambiente Vivienda y Desarrollo Territorial que tuviera como tema central el EIA del proyecto, la mencionada audiencia es un mecanismo de participación reglamentado mediante la Ley 99 de 1993, el espacio finalmente se llevó a cabo en

³⁹¹ *Ibidem*.

³⁹² Cfr. HURTADO, Rodrigo. La contienda política alrededor de la Licencia Ambiental para el Proyecto Minero Angostura en el Páramo de Santurbán (Trabajo de grado para optar por el título de Maestría en Política Social). Bogotá, Universidad Javeriana, 2011, p. 78. [En línea] Revisado, octubre 30, 2018. Disponible en: <https://repository.javeriana.edu.co/handle/10554/1568>

³⁹³ Cfr. PARRA, *Ob. cit.*, p. 118 y sigs.

el mes de marzo de 2011 con una asistencia de 4000 personas y la presentación de múltiples ponencias que deseaban ser escuchadas³⁹⁴.

Resaltamos que todo este escenario generó una alineación de bandos que encontraban al interior de las audiencias públicas un escenario perfecto para expresar sus desavenencias y que conllevó a desarrollar tensiones entre la población de Bucaramanga (Capital del Departamento de Santander) y los municipios que se encontraban dentro del área correspondiente al Páramo de Santurbán (Vetas y California), los primeros expresaban una línea de defensa ambientalista conservacionista y los segundos una posición opuesta y estrechamente vinculada con la defensa del desarrollo económico y social de la región por intermedio de la actividad de la empresa minera como generadora de empleo, pagadora de impuestos y gestora en programas de responsabilidad social empresarial³⁹⁵. Se denota un escenario algo particular puesto que aparece un enfrentamiento entre una visión ecologista urbana frente a un enfoque de tipo rural el cual encuentra en la actividad minera un vehículo para satisfacer sus necesidades de bienestar.

Durante varios meses se mantuvo la tensión con sendas solicitudes al Gobierno Central en las que inclusive Cámaras de Comercio de la Región y Gremios influyentes manifestaron su disconformidad con el accionar de la empresa Greystar sobre el páramo hasta que en mayo del año 2011 se expidió la Resolución 1015 de 2011³⁹⁶ del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial en la que se negó tanto la licencia ambiental para el proyecto Angosturas como la petición de desistimiento planteado por parte de la compañía, finalmente como resultado de toda esta problemática la empresa decide para el mes de agosto de 2011 cambiar su nombre a Eco Oro³⁹⁷.

Gran parte de la relevancia del estudio del presente caso se encuentra en las consecuencias y efectos colaterales que ha traído consigo esta decisión y va más lejos de la simple negativa de la

³⁹⁴ Cfr. CINEP/Programa para la Paz, Revista Noche y Niebla n.º 51 – Enero a junio de 2015. Bogotá, D.C., Colombia, Publicado: septiembre 30 de 2015. pp. 73, 74 [En línea] Revisado, octubre 15, 2018. Disponible en: <https://www.cinep.org.co/publicaciones/es/producto/noche-y-niebla-n-51/>

³⁹⁵ Cfr. PARRA, *Ob. cit.*, p. 118 y sigs. Ver también Cfr. HURTADO, *Ob. cit.*, p. 63 y sigs.

³⁹⁶ Cfr. Resolución 1015 de 2011 (Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial); “*Por La Cual no se Acepta un Desistimiento por Motivos de Interés Público, se Niega una Licencia Ambiental Global y se Toman Otras Determinaciones.*”

³⁹⁷ Cfr. PARRA, *Ob. cit.*, p. 118 y sigs.

licencia ambiental a la empresa para el caso particular, puesto que a su paso también impulsó toda una discusión sobre la delimitación de páramos en el país³⁹⁸, así pues la discusión cobró notabilidad y se extendió a muchos territorios diferentes a la región de Santurbán, en el centro del mencionado debate se encontró la búsqueda de una delimitación geográfica oficial de los páramos sobre la totalidad del territorio colombiano que ofreciera una mayor claridad sobre las actividades que se desarrollaban y que pudieran ser adelantadas en este entorno sin importar si se trataba de actividades de explotación minera.

Se debe recordar que para la época efectivamente existía una delimitación creada por parte del Instituto de Investigación de Recursos Biológicos Alexander Von Humboldt (IAVH) que es una entidad “*mixta de ciencia y tecnología, regida por las normas del derecho privado, con autonomía administrativa y patrimonio propio*”, el origen histórico de esta entidad se remite al Convenio sobre Diversidad Biológica (CDB) de la Naciones Unidas firmado por Colombia en la Cumbre de Rio de Janeiro en 1992 y ratificado por la Ley 165 de 1994 pero dentro de su organización este instituto se rige por una Asamblea General y una Junta Directiva, el Instituto se concibió desde el año 1993 como una corporación civil que no posee ánimo de lucro y se encuentra vinculada al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, su presencia siempre se justificó a manera de una institución de carácter investigativo y de apoyo para los temas de biodiversidad del sistema ambiental³⁹⁹.

La delimitación creada por este instituto fue criticada debido a que su medición resultaba a juicio de sus detractores como insuficiente al utilizar una escala de 1:100.000 lo cual no permitía diferenciar de manera óptima los límites correspondientes a estas zonas, la crítica anterior unido a la declaratoria de inexequibilidad de la Ley 1382 de 2010 – nuevo Código de Minas – creó una reacción por parte del Gobierno que consistió en aprovechar un espacio al interior de la Ley del Plan Nacional de Desarrollo 2010 - 2014 e incluir en su Artículo 202 la orden al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial de que por intermedio de un acto administrativo delimitara a una escala 1:25.000 los páramos del país sustentado en “[...] estudios técnicos,

³⁹⁸ *Ibidem.* p. 125.

³⁹⁹ Cfr. Instituto de Investigación de Recursos Biológicos Alexander von Humboldt Inicio/Nosotros/Acerca de/ ¿Quiénes somos? [En línea] Revisado, febrero 18, 2021. Disponible en: <http://www.humboldt.org.co/es/instituto/que-hacemos>

económicos, sociales y ambientales adoptados por el Ministerio de Ambiente[...]” e instruyó a las “[...] Corporaciones Autónomas Regionales, las de Desarrollo Sostenible, los grandes centros urbanos y los Establecimientos Públicos Ambientales realizarán el proceso de zonificación, ordenamiento y determinación del régimen de usos de estos ecosistemas, con fundamento en dicha delimitación [...]” siguiendo en todo caso las directrices y criterios que estableciera el Ministerio del Medio Ambiente para la temática y otorgando a todas estas instituciones un plazo de tres años a partir de la delimitación para alinearse con las nuevas directivas impuestas⁴⁰⁰.

El Artículo 202 hace referencia a que se seguirá utilizando la cartografía establecida en el documento denominado Atlas de Páramos de Colombia del IAVH de escala de 1:100.000 mientras se creaba la nueva medición⁴⁰¹, el artículo destaca que: *“En los ecosistemas de páramos no se podrán adelantar actividades agropecuarias, ni de exploración o explotación de hidrocarburos y minerales, ni construcción de refinerías de hidrocarburos.”* es notorio como en el texto no se limita solo la actividad minera sino a la industria de los hidrocarburos y la agropecuaria⁴⁰².

A este punto el escenario resultaba muy complejo puesto que ante la falta de regulación y claridad sobre la temática muchos actores de diferentes tendencias buscaron respuestas en el IAVH, el mencionado Instituto reiteró en múltiples oportunidades que efectivamente poseía un estudio denominado Atlas de Páramos de Colombia y diversas investigaciones complementarias sobre esta temática pero que su función se limitaba a entregar aportes y recomendaciones socio-económicas y técnicas para delimitar los páramos, no obstante en ningún momento podía abrogarse responsabilidades y funciones como autoridad ambiental sobre la delimitación de las 37 zonas de páramo colombianas⁴⁰³, lo expresado por parte del Instituto sobre el particular a nuestro juicio resultaba adecuado.

⁴⁰⁰ Cfr. Ley 1450 de 2011, *“Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014”*, Publicada en el Diario Oficial el día 16 de junio de 2011. Ver también Cfr. GÜIZA; RODRIGUEZ; MORENO, *Ob. cit.*, pp. 392, 393. Ver también Cfr. GÓMEZ; HENAO; RINCÓN, *Ob. cit.*, p. 103.

⁴⁰¹ La cartografía de Atlas creado por parte del instituto de Investigación Alexander von Humboldt se acogió por el Ministerio de Ambiente mediante la Resolución 937 del año 2011 Cfr. GÓMEZ; HENAO; RINCÓN, *Ob. cit.*, p. 103.

⁴⁰² Cfr. Ley 1450 de 2011, *“Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014”*, Publicada en el Diario Oficial el día 16 de junio de 2011.

⁴⁰³ Cfr. Portal Vanguardia.com, *“Hay gente diciendo verdades a medias sobre el páramo de Santurbán”*: directora del Instituto Humboldt, entrevista Brigitte Luis Guillermo Baptiste, directora del Instituto de Investigación de Recursos Biológicos Alexander von Humboldt, 29 noviembre (2017). [En línea] Revisado, octubre 29, 2018. Disponible en: <https://www.vanguardia.com/economia/local/audio-417098-hay-gente-diciendo-verdades-a-medias-sobre-el->

Dentro de este orden, del Legislativo al Ejecutivo no se estableció en ningún aparte una fecha perentoria para la creación de la delimitación que perfeccionara sustancialmente la escala aplicada, la misma arribó en el mes de diciembre del año 2014 con la Resolución 2090 del 2014 del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible⁴⁰⁴, dicha delimitación no dejó satisfechos a cierta parte del movimiento por la defensa al páramo quienes sustentaban esta inconformidad en varios argumentos como: la demora en el trámite por parte de la autoridad, la reducción del área que conformaba el páramo de 129.743 a 98.954 hectáreas, la aplicación del modelo de pagos por servicios ambientales en la zona del páramo, la designación de la autoridad que ejercería el control y vigilancia del páramo Corporaciones Autónomas Regionales (CAR) y probablemente lo más importante para la actividad minera, el reconocimiento tanto de títulos mineros y licencias ambientales obtenidas hasta antes del mes de febrero del 2010. En razón de lo expuesto varias organizaciones anunciaron de antemano nuevas demandas y acciones en contra de la resolución que delimitaba el Páramo de Santurbán⁴⁰⁵.

4.5 LA LEY 1753 DE 2015: POR LA CUAL SE EXPIDE EL PLAN NACIONAL DE DESARROLLO 2014-2018 “TODOS POR UN NUEVO PAÍS”

Aparecerá dentro del ordenamiento jurídico colombiano para el año 2015 la Ley 1753 por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “*Todos por un nuevo país*”, que al igual que su predecesora cumple la característica de ser una norma por la cual se expide un Plan Nacional de Desarrollo y que utiliza algunos de sus apartes para regular una materia en concreto, en este

páramo-de-Santurbán-direct *Ver también* Cfr. Instituto de Investigación de Recursos Biológicos Alexander von Humboldt. Una nueva cartografía de los páramos colombianos: Diversidad, Territorio e Historia [En línea] Revisado, octubre 30, 2018. Disponible en: <http://www.humboldt.org.co/es/i2d/item/551-atlas-de-p%C3%A1ramos-de-colombia-2013> *Ver también* Cfr. RIVERA, David; RODRÍGUEZ, Camilo. Guía divulgativa de criterios para la delimitación de páramos de Colombia. Bogotá, Instituto de Investigación de Recursos Biológicos Alexander von Humboldt & Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, 2011, p. 11 y sigs.

⁴⁰⁴ Cfr. Resolución 2090 de 2014 (Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible); “*Por medio de la cual se delimita el Páramo Jurisdicciones - Santurbán - Berlín, y se adoptan otras determinaciones.*”

⁴⁰⁵ Cfr. Corporación Colectivo de Abogados “*José Alvear Restrepo*” – CCAJAR, Inicio > Noticias > Sección actualidad (Noticias Nacionales) La desastrosa delimitación del páramo de Santurbán y la inmediata respuesta ciudadana, 16 enero (2015). [En línea] Revisado, octubre 30, 2018. Disponible en: <https://www.colectivodeabogados.org/?La-desastrosa-delimitacion-del-p%C3%A1ramo-de-Santurb%C3%A1n-y-la-inmediata-respuesta>

caso la delimitación de páramos, como tal se constituye como otro nuevo intento⁴⁰⁶ para regular de manera más certera el tema de la delimitación de estos ecosistemas en el país, por ello, en el nuevo texto se expresa en su Artículo 173 que: “*En las áreas delimitadas como páramos no se podrán adelantar actividades agropecuarias ni de exploración o explotación de recursos naturales no renovables, ni construcción de refinerías de hidrocarburos.*”⁴⁰⁷.

En concreto la norma aunque guarda similitudes con su antecesora utiliza ciertos cambios como el que la protección aplica sobre las “*áreas delimitadas como páramo*” por lo que da espacio a la interpretación que la efectiva protección legal sobre los páramos solo se daría cuando la autoridad ambiental, en este caso el Ministerio de Ambiente, decidiera expedir el acto administrativo que demarcaría cada uno de los mismos; mientras que en la Ley 1450 de 2011 se hablaba de una prohibición para ejercer la actividad minera pero aplicada a los: “*ecosistemas de páramos*”⁴⁰⁸. Lo anterior resulta ser una diferencia sutil en el uso del lenguaje, pero que impactaba el centro de la discusión relacionada con la delimitación del área considerada como ecosistema de páramo.

El Artículo 173 además de restringir las actividades agropecuarias, la explotación y exploración de recursos naturales no renovables, lo cual cubriría a los hidrocarburos y específicamente la minería, hace una referencia llamativa que denota la falta de conocimiento del legislador al regular algunos de los aspectos relacionados con el sector minero-energético e incluye en esta restricción a la: “[...] construcción de refinerías de hidrocarburos[...]”⁴⁰⁹; bien es sabido que las refinerías buscarán siempre tener un espacio óptimo de acceso a vías y conexión sin impedimentos con puertos para poder llevar los productos refinados a su destino final, ofreciendo un precio de transporte que no encarezca su venta final. Un páramo al responder a condiciones de altura, ruralidad y usual falta de presencia estatal en los espacios que ocupa es de los últimos lugares en donde resultaría idóneo ubicar un complejo que guarde estas características, en consecuencia, es posible percibir el sesgo o por lo menos la falta de técnica con el que fue regulado el tema por el

⁴⁰⁶ No se puede desconocer que es una práctica común utilizada por los Gobiernos de turno el incluir dentro del vasto articulado que caracteriza los Planes de Desarrollo asuntos complejos y de alta tensión política que no han tenido la mejor de las suertes al ser presentados de manera individual dentro de los trámites legislativos ordinarios.

⁴⁰⁷ Artículo 173 de la Ley 1753 de 2015, “*Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “Todos por un nuevo país”*”, Publicada en el Diario Oficial el día 09 de junio de 2015.

⁴⁰⁸ Cfr. GÓMEZ; HENAO; RINCÓN, *Ob. cit.*, p. 105.

⁴⁰⁹ La mención a la construcción de refinerías de hidrocarburos en zonas de páramo viene apareciendo desde el Artículo 202 de la Ley 1450 de 2011 por la cual se expide Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014.

legislador, acudiendo casi de manera exclusiva a una visión ambientalista y proteccionista cuando son múltiples aspectos los que se deberían considerar⁴¹⁰. Es probable que por medio de la mencionada regulación se buscara limitar la actividad de transporte de hidrocarburos que implica unos riesgos y elementos técnicos muy diferenciados frente a lo planteado.

Otro aspecto que vale la pena destacar de la norma, es que, amplía su restricción no solo a las actividades de explotación, sino que hace una referencia directa a las actividades exploratorias para todos los recursos naturales no renovables, lo cual impone al Estado colombiano una limitante a futuro frente al conocimiento real de parte de los activos que posee bajo tierra, al mismo tiempo de sumergir al mismo Estado bajo una visión que opta por el desconocimiento y la falta de información sin tomar en cuenta que las actividades exploratorias avanzan al mismo ritmo que la tecnología.

A partir de este punto el mismo Artículo 173 agrega algunos conceptos que traen novedades al ordenamiento, como lo es el término de “*área de referencia*” que se entenderá como lo definido por la cartografía generada por el IAVH a escala 1:100.000 y destaca que cuando lleguen a estar disponibles los estudios que recojan la escala 1:25.000 deberán ser éstos los aplicados reconociendo que vendrían apareciendo en el tiempo de la mano del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible en su proceso de delimitación de cada uno de los páramos del país, asimismo la norma exhorta que las delimitaciones deberán tener en cuenta necesariamente los criterios técnicos, ambientales, sociales y económicos. Recordemos que el Artículo 34 del Código de Minas del 2001 ya traía estos, y que al delimitar una zona no se debe considerar tan solo un eje temático, sino que por el contrario resulta necesario incluir todos los mencionados, puesto que al trabajar sobre los territorios son estos mismos los afectados de manera conjunta. Todo lo anterior en virtud de desarrollar un análisis más completo y responsable sobre las decisiones de restricción aplicadas sobre ciertas actividades económicas⁴¹¹.

⁴¹⁰ Cfr. MARTÍNEZ, Adriana. Presentación: Curso de Actualización en Regulación Minera: Segunda Edición Bogotá, Universidad Externado de Colombia agosto del 2018. [En línea] Revisado, octubre 30, 2018. Presentaciones Disponibles en: <https://boletinmineroenergetico.uexternado.edu.co/uncategorized/curso-de-actualizacion-en-legislacion-minera/> Ver también Cfr. Artículo 173 de la Ley 1753 de 2015, “*Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “Todos por un nuevo país”*”, Publicada en el Diario Oficial el día 09 de junio de 2015.

⁴¹¹ *Ibídem*.

El segundo aspecto que traía como novedad la Ley 1753 de 2015 se encuentra ubicado en el párrafo segundo del Artículo 173 y está vinculado con la entrega de competencia a los entes territoriales sobre la denominada área de referencia ya que en palabras de la norma el: “[...]área será objeto de ordenamiento y manejo integral por parte de las entidades territoriales de conformidad con los lineamientos que establezcan las corporaciones autónomas regionales, con el fin de atenuar y prevenir las perturbaciones sobre el área delimitada como páramo y contribuir con la protección y preservación de estas[...]”, asunto que previamente solo pertenecía al orden nacional.

Complementando en el parágrafo tercero de este Artículo se señala que: “*Dentro de los tres (3) años siguientes a la delimitación, las autoridades ambientales deberán zonificar y determinar el régimen de usos del área de páramo delimitada, de acuerdo con los lineamientos que para el efecto defina el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible.*” Lo manifestado nos ha llevado a un nuevo planteamiento sobre las áreas excluidas para la minería que se encuentran en el país, anteriormente contábamos con unas categorías ubicables en el Sistema Nacional de Áreas Protegidas y el Artículo 34 de la Ley 685 de 2001 que respondían a un emparejamiento ordenado entre los ecosistemas de protección y categorías determinadas por parte de la Ley, a manera de ejemplo, el ecosistema páramo se protegía bajo la categoría legal de parque nacional o el ecosistema denominado reserva forestal se protegía por intermedio de la categoría instrumento de manejo integrado, actualmente mantenemos las antiguas categorías y al mismo tiempo se aplica la delimitación de ecosistemas de manera separada por parte de las autoridades ambientales. Lo anterior no permite una alineación clara con las tipologías creadas para las áreas protegidas en el Sistema Nacional Ambiental (SINA) y desafortunadamente lleva al desconcierto sobre los lugares donde se pueden adelantar las actividades económicas⁴¹².

Una visión diferente a lo expresado en el anterior párrafo la podemos encontrar en lo dicho por parte de la Sentencia C-273 del 2001 en donde la Corte Constitucional resaltó la decisión política tomada por parte del Senado de la República de incluir y proteger tanto los páramos como los humedales por más que ya podrían encontrarse en los tipos de protecciones previamente existentes buscando con buenas intenciones una especie de protección reforzada de estos espacios, en nuestra opinión la falta de técnica legislativa puede conllevar a disconformidades e incongruencias cuando

⁴¹² Cfr. MARTÍNEZ, Adriana. Presentación: Curso de Actualización en Regulación Minera. *Ob. Cit.*

se encamina a regular aspectos relacionados con el suelo y la aparición de categorías que se refieren a espacios comunes creando inseguridad y desconfianza en el regulador y en el propio sistema jurídico⁴¹³.

Lo cierto es que desde el punto de vista práctico la multiplicidad de fuentes para la instauración de áreas excluidas para la minería ha llevado a situaciones en las que actualmente los instrumentos de ordenamiento territorial del municipio no concuerden con las decisiones tomadas con respecto a la actividad minera por parte de las autoridades ambientales, teóricamente los entes territoriales deberían consultar este tipo de restricciones con las autoridades ambientales del orden nacional y les correspondería a ambos niveles el acoplar sus políticas para evitar incongruencias. También se debe recordar que en el Artículo 172 de la misma norma se le ordena al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible la creación de un programa de monitoreo de los ecosistemas dedicado a la evaluación de los Estados de conservación de los mismos buscando establecer sobre los ecosistemas de tipo estratégico acciones denominadas de manejo, la novedad sobre este punto se concentra en que para la construcción de este plan la norma pide que concurren: “[...] los institutos de investigación adscritos o vinculados al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y las autoridades ambientales. Igualmente, la implementación de las acciones estará a cargo de las autoridades ambientales y las entidades territoriales.”⁴¹⁴ Por lo anterior, se denota nuevamente un empoderamiento de los territorios los cuales no hacían parte anteriormente de este tipo de decisiones.

Una decisión compleja que el legislador debió tomar se relacionaba con las actividades que contaban con todos los permisos, títulos y autorizaciones necesarias para operar legítimamente y en virtud de la nueva delimitación quedarían en medio de un área considerada como de páramo, asunto que en la Ley 1450 de 2011 se dejaba sin ninguna temporalidad, es así como la norma opta por una fórmula en la que avalaba la actividad minera siempre que contara con estas autorizaciones para desarrollar su labor, tanto ambientales, como mineras al 09 de febrero del año 2010 y en el

⁴¹³ Cfr. GÓMEZ; HENAO; RINCÓN, *Ob. cit.*, pp. 102-103. Ver también Sentencia C-273/11 del 12 de abril de 2011, M.P. María Victoria Calle Correa, “*Demanda de inconstitucionalidad, contra el Artículo 3 de la Ley 1382 de febrero 9 de 2010, “por la cual se modifica la Ley 685 de 2001, Código de Minas.”*”

⁴¹⁴ Cfr. Ley 1753 de 2015, “*Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “Todos por un nuevo país”*”, Publicada en el Diario Oficial el día 09 de junio de 2015.

caso de los hidrocarburos al 16 de junio de 2011, el texto indica: “[...]podrán seguir ejecutándose hasta su terminación, sin posibilidad de prórroga[...]”, el legislador decide no prorrogar los contratos o autorizaciones ambientales obtenidas, pero permite el cierre de un ciclo de manera organizada. Se puede decir que el legislador intentó tomar una decisión plausible en la que también se tuviera en cuenta la potencial responsabilidad que hipotéticamente recaería sobre el Estado colombiano por el cambio en la normatividad en la materia intentado respetar situaciones jurídicas establecidas y consolidadas⁴¹⁵.

La fecha utilizada por la norma del 09 de febrero del año 2010 no es aleatoria y por el contrario responde a la fecha de expedición de la Ley 1382 de 2010 siendo la misma el 09 de febrero del mismo año, lo cual ha llevado a algunos autores a aseverar que es a partir de esta que empezó a existir en el ordenamiento colombiano la expresa prohibición, desde una norma legal, del ejercicio de la actividad minera en ecosistemas de páramo. Esta visión se ha sustentado inclusive en pronunciamientos del Consejo de Estado en los que se afirma que por más que la Ley 1382 tuvo una corta duración dentro del ordenamiento efectivamente propició la prohibición del ejercicio de la minería en páramos y esta misma prohibición fue reafirmada por los subsiguientes Planes Nacionales de Desarrollo⁴¹⁶.

Adicional a lo expresado el Artículo 173 también instaba a las diferentes autoridades ambientales a revisar los licenciamientos ambientales otorgados previos a la prohibición de ejercer actividades extractivas en los páramos, probablemente en búsqueda de errores o incumplimientos y recalca las competencias que poseen las autoridades mineras, de hidrocarburos y ambientales para seguir ejerciendo un control, seguimiento y revisión de la operación en las que deberán tener en cuenta la línea establecida por parte del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible.

En este sentido la norma es severa frente a los posibles incumplimientos sobre las obligaciones adquiridas por los titulares de estas licencias y títulos que de alguna manera sobrevivieron y quedaron habilitados dentro de los tiempos establecidos por parte de la norma, tanto así que,

⁴¹⁵ Cfr. GÓMEZ; HENAO; RINCÓN, *Ob. cit.*, p. 106.

⁴¹⁶ *Ibíd.*, p. 104. *Ver también* Cfr. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del Consejo de Estado, radicación 2233 (11 de diciembre del 2014). C.P. William Zambrano Cetina.

además de su obvia consecuencia de caducidad inmediata en el caso del título minero o la revocatoria directa en el caso de la licencia se le agrega la no compensación si formaba parte de estos procedimientos administrativos bajo la anterior regulación, asimismo se le otorga una discrecionalidad amplia a la Administración sobre la continuidad de las actividades ya que por más que estas cumplan con la totalidad de los requisitos previstos, la autoridad ambiental y minera podrá descartar la misma sustentada en la imposibilidad de compensación, corrección, mitigación y prevención por parte del titular minero⁴¹⁷.

4.6 SENTENCIA CORTE CONSTITUCIONAL, C-035/16 DEL 08 DE FEBRERO DE 2016, M.P. GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO⁴¹⁸

Lo primero que se debe tener en cuenta sobre este pronunciamiento es que se trata de una Sentencia de Sala Plena de la Corte Constitucional colombiana que resuelve una demanda de inconstitucionalidad que guarda relación con varios Artículos o apartes pertenecientes tanto a la Ley 1450 de 2011, Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014, como a la Ley 1753 de 2015, por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018; que son algunas de las normas las cuales venimos trabajando a lo largo del texto y que resultan de suma importancia para la cuestión central del capítulo referido a la posibilidad de ejercer la minería en las zonas de páramo en Colombia.

Como tal el pronunciamiento trabaja tres temas principales que la Corte organiza de la siguiente manera: el primero de estos se ocupa de las denominadas áreas de reserva minera y de los procesos de selección objetiva para otorgar las concesiones mineras sobre estos espacios del territorio colombiano, el segundo gran tema abarcado en la Sentencia se vincula con los Proyectos de Interés Nacional y Estratégicos (PINE) y su relación frente a las entidades territoriales en materia de uso y reglamentación del suelo, facultades de las CAR en el otorgamiento de las Licencias Ambientales afines a los proyectos PINE y la relación de los proyectos PINE frente a la restitución de tierras

⁴¹⁷ Cfr. GÓMEZ; HENAO; RINCÓN, *Ob. cit.*, p. 106.

⁴¹⁸ Cfr. Sentencia C-035/16 del 08 de febrero de 2016, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, “*Demanda de inconstitucionalidad contra el Artículo 108 de la Ley 1450 de 2011, por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014; y contra los Artículos 20, 49, 50 (parcial), 51, 52 (parcial) y el parágrafo primero (parcial) del Artículo 173 de la Ley 1753 de 2015, por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018.*”

despojadas a las víctimas del conflicto armado interno colombiano⁴¹⁹, el tercer tema desarrollado del pronunciamiento se vincula con la explotación minera y de hidrocarburos en zonas de páramos y es sobre este último que centraremos nuestra atención y análisis para la presente sección. No se debe olvidar que a lo largo de la Sentencia y de manera transversal a las tres temáticas principales planteadas por el Alto Tribunal, se harán pronunciamientos y referencias constantes a la llamada armonización de la organización unitaria del Estado colombiano con la autonomía territorial, que es un aspecto de suma importancia que requeriría de todo un análisis detallado y particular, por ese motivo ha sido trabajado por autores destacados como Montoya Pardo⁴²⁰.

En la metodología aplicada para el análisis del presente fallo primero describiremos los aspectos relevantes del pleito y se subrayarán los derechos enfrentados; además de los hechos y problemas jurídicos presentes, de manera posterior se trabajará la argumentación judicial destacando los elementos normativos, las pautas utilizadas por parte de la Corte como fundamento de su decisión y el fallo final enfatizando en los posibles cambios normativos, en último lugar se presentará un comentario sobre la jurisprudencia estudiada haciendo acotaciones sobre los efectos prácticos y posibles consecuencias creadas sobre la regulación minera para el país. Los pronunciamientos referidos son seleccionados con base en su alto nivel de controversia y su preeminencia para las temáticas que serán presentadas⁴²¹.

4.7 ASPECTOS RELEVANTES DE LA DISPUTA

En lo relacionado con la presente Sentencia estaremos ante una jurisprudencia en la que un grupo de ciudadanos y organizaciones hacen uso de la acción pública de inconstitucionalidad consagrada en el Artículo 241 de la Constitución Política frente a determinadas normas o apartes de estas que

⁴¹⁹ A mayor abundamiento sobre la relación que puede llegar a tener el sector minero y el conflicto armado colombiano consultar: Cfr. HERNÁNDEZ, Víctor (Coord.); BUSTOS, Luis; GUTIÉRREZ, Ana; NEIRA, Juan; et al. Postconflicto y Regulación del Sector Minero-Petrolero Colombiano: Posibles Lecciones de la República de Angola y la República Democrática del Congo. En: XII Jornadas Internacionales en Derecho Minero Energético, noviembre 3 y 4 de 2016. Bogotá, Universidad Externado de Colombia – Departamento de Derecho Minero Energético, 2017. Sin Publicar.

⁴²⁰ A mayor abundamiento sobre el tema de Mecanismos de participación & participación de autoridades locales en proyectos mineros en Colombia, Cfr. MONTROYA, Milton. The new reality of participation of local authorities in mining projects in Colombia: interpretation of constitutional principles, new opportunities and participation mechanisms. En: Journal of Energy & Natural Resources Law 35, no. 4. Taylor & Francis, 2017, pp. 391-403.

⁴²¹ Cfr. GUZMÁN *Ob. cit.*, pp. 115 - 116.

se encuentran vigentes, producen efectos jurídicos y como tal son parte del ordenamiento jurídico colombiano⁴²², en lo tocante con el tema de páramos los demandantes solicitan la declaratoria de inexequibilidad de un aparte del párrafo primero del Artículo 173 de la Ley 1753 de 2015.

La misma Corte en su providencia, manifiesta que tomando en cuenta los alcances de las normas demandadas, cargos planteados e intervenciones, el problema jurídico a resolver en esta parte de su pronunciamiento es el siguiente: “¿El restablecimiento de los fundamentos jurídicos con base en los cuales la Administración otorgó licencias ambientales y/o contratos de concesión, para preservar los derechos adquiridos, justifica constitucionalmente el levantamiento de la prohibición para desarrollar proyectos y actividades mineras y de hidrocarburos en ecosistemas de páramo a sus titulares?”⁴²³”

Los derechos en abstracto que se encuentran en constante tensión dentro de la dinámica estudiada para la Sentencia son múltiples, dentro de estos encontramos: derecho a la libertad económica y de empresa, derecho al acceso al agua en sí misma y derecho a disfrutar de un ambiente sano. Todos los anteriores se reúnen en un escenario en el cual se propone determinar qué tanta afinidad y posibilidades de coexistencia pueden guardar las actividades y proyectos de las industrias extractivas y demás emprendimientos de alto impacto frente a áreas y zonas que son consideradas como de suma relevancia por los denominados servicios ambientales que prestan y que por esta característica particular son consideradas como espacios estratégicos para las presentes y futuras generaciones⁴²⁴.

⁴²² Para comprender la dinámica y trascendencia del debate a este punto es ilustrativo nombrar quienes conforman la parte demandante de la providencia destacada, cuatro de los demandantes son Congresistas del partido Polo Democrático Alternativo, doce de estos se identifican como integrantes de la Cumbre Agraria, Campesina, Étnica y Popular y tres ciudadanas no se presentaron como parte de ninguna organización, también coadyuvan en su totalidad la demanda presentada las siguientes organizaciones: la Corporación Pensamiento y Acción Social, la Fundación Instituto Mayor Campesino, Pastoral Social Regional Suroriente Colombiano, Sintrapetroputumayo, Cinturón Occidental Ambiental, la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Colombia y el Departamento de Jurídicas de la Universidad de Caldas junto con cuatro ciudadanos más.

⁴²³ Cfr. Sentencia C-035/16 del 08 de febrero de 2016.

⁴²⁴ Cfr. GUZMÁN *Ob. cit.*, p. 159.

4.8 ARGUMENTACIÓN JUDICIAL

Iniciemos por indicar que la Corte dentro de su análisis entiende que mantener el Artículo 173 de la Ley 1753 de 2015 tal como se encontraba estructurada por parte del legislador, conllevaría directamente a la habilitación para la realización de actividades de exploración y explotación de minerales e hidrocarburos que para su momento se encontraban proscritas, primero por la Ley 1382 de 2010 (norma declarada inconstitucional por la misma Corte Constitucional por su falta de participación) y, en la Ley 1450 de 2011 (Anterior Plan Nacional de Desarrollo), en otras palabras, la Corte estima que por medio de la norma acusada se modificaba: *“la pérdida de fuerza ejecutoria de los actos administrativos”*, más específicamente en lo relacionado con licencias ambientales otorgadas y la suscripción de contratos de concesión amparados en titularidades mineras⁴²⁵.

Como consecuencia de lo anterior, este Alto Tribunal decide indicar que algunos de los apartes de la norma demandada afectan derechos al agua, al patrimonio público y al ambiente sano, la Corte sustenta dentro de su análisis esta posición en una serie de argumentos los cuales agrupamos y resumimos a continuación:

El alto tribunal contempla que tanto la libertad de empresa como la libertad económica resultan fundamentales dentro de la estructuración del modelo económico adoptado por el país, por lo que en términos generales tanto la iniciativa privada como la misma actividad económica son libres en Colombia y en consecuencia, no se podrá exigir permisos a menos que la Ley lo establezca y como tal lo autorice, no obstante, esta libertad económica lejos está de ser un derecho de características absolutas y se someterá a ciertos tipos de límites, las restricciones que deberá atenderse se encuentran según la Corte en el bien común, el interés social, el patrimonio cultural y no menos importante el medio ambiente. Destaca la Corte que las restricciones antes mencionadas no pueden desbordar en arbitrariedades por lo cual deben estar alineadas con alguna o algunas de las denominadas finalidades que posee la Carta Política, además de ser congruentes con el principio de solidaridad, siempre obedeciendo al respeto que se debe guardar sobre el denominado núcleo

⁴²⁵ Cfr. LORDUY, Margarita. La Sentencia C-035 de 2016 de la Corte Constitucional de la República de Colombia sobre actividades de minería e hidrocarburos en ecosistemas de páramo. En: Actualidad Jurídica (1578-956X) no. 43. Dykinson, 2016, p. 168.

esencial de la libertad que se restringirá, contrario sensu, no se puede llevar a su desaparición. Para el caso aplicado, sustentado en esta lógica el Tribunal Constitucional respalda la idea de que la intervención del mercado por parte del Estado es posible y a través de la misma resulta posible limitar la actividad económica. Visiblemente esta argumentación llevará al Juez que decide a responder a criterios de “razonabilidad y proporcionalidad” en la toma de sus decisiones⁴²⁶.

La Corte también entra a analizar el objeto central de esta discusión que son los páramos y su importancia como ecosistemas que necesitan una protección especial, señala que la Ley 99 de 1993⁴²⁷ fue clara al instituir que las denominadas zonas de: “[...]páramos, subpáramos, los nacimientos de agua y zonas de recarga de acuíferos[...]”, se les debe brindar una protección de carácter especial por parte del Estado y como consecuencia de lo anterior las áreas deberían ubicarse y constituirse bajo la categoría de áreas protegidas.

También indica esta Corporación que por la multiplicidad de criterios científicos las propias definiciones constituyen todo un desafío para la delimitación, de esta manera apoyándose en información del IAVH indica dentro de su pronunciamiento que Colombia es el país que tiene más cantidad de este tipo de ecosistemas en el mundo bajo una extensión de 1.925.410 hectáreas que representa el 2% de la totalidad del territorio colombiano⁴²⁸ y en un acápite completo de su pronunciamiento denominado “El páramo como regulador del ciclo hídrico” asevera que: “En los ecosistemas de páramo nacen las principales estrellas fluviales del país, las cuales abastecen de agua a más del 70% de los colombianos”⁴²⁹, destacando que algunos de estos ecosistemas se encuentran protegidos bajo la categoría legal de área protegida y otros por el contrario no están

⁴²⁶ Cfr. Sentencia C-035/16 del 08 de febrero de 2016.

⁴²⁷ Cfr. Numeral 4º del Artículo 1º de la Ley 99 de 1993, “Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA, y se dictan otras disposiciones.”, Publicada en el Diario Oficial el día 22 de diciembre de 1993.

⁴²⁸ La Corte utiliza el siguiente estudio como sustento de su afirmación: Cfr. RIVERA, David; RODRÍGUEZ, Camilo. Guía divulgativa de criterios para la delimitación de páramos de Colombia. Bogotá, Instituto de Investigación de Recursos Biológicos Alexander von Humboldt & Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, 2011.

⁴²⁹ La Corte utiliza este estudio como sustento de su afirmación: Cfr. CLEEF, A. Origen, evolución, estructura y diversidad biológica de la alta montaña colombiana. En Cortés-Duque, J. y Sarmiento, C. (Eds.) 2013. Visión socioecosistémica de los páramos y la alta montaña colombiana: memorias del proceso de definición de criterios para la delimitación de páramos. Instituto de Investigación de Recursos Biológicos Alexander von Humboldt. Bogotá, D.C.

dentro de la misma, lo anterior debido a que se debe surtir un trámite administrativo adelantado por parte de las autoridades ambientales en donde se declara y adopta este tipo de categoría⁴³⁰.

Queremos subrayar que es en este punto descrito en el párrafo anterior, donde se concreta gran parte del devenir del pronunciamiento y la suerte de la minería en los páramos del país puesto que la Corte sustentada en dos aportes científicos puntuales adopta una definición de páramo que va de la mano de su importancia para el consumo del agua Nacional; de similar manera este Alto Tribunal enfatiza cuáles son las autoridades que tendrán a su cargo la función de elaborar un área de referencia, identificar los ecosistemas y finalmente delimitar, dejando en manos del IAVH las dos primeras funciones e indicando al mismo tiempo que de la delimitación se encargará el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, quien deberá sustentar su decisión en los estudios creados por el mencionado Instituto, no sin antes esclarecer que el área que propondría se constituirá como el soporte científico-ambiental de la decisión final del Ministerio, pero también reconociendo la discrecionalidad que la Ley le ha asignado al mismo Ministerio en la toma de la decisión final. En cuanto a la discrecionalidad otorgada por la Ley debemos indicar que es objeto de crítica por parte de la Corte ya que esta puede llegar a generar desprotección, razón por la cual en su decisión final se ocupa de tomar acciones sobre este importante punto del debate, asunto sobre el cual regresaremos más adelante.

La Corte Constitucional también señala que las decisiones de delimitación de estos tipos de ecosistemas que no posean un asiento en determinados criterios científicos tienen el potencial de impactar a los páramos y por ende afectar los denominados “*servicios ambientales*”⁴³¹ los cuales brindan y guardan una conexión con el derecho fundamental al agua y en este punto la Corte entra a presentar información que describe los páramos del país como ecosistemas biodiversos, de alta vulnerabilidad que ayudan a: “[...] *la regulación del ciclo hídrico y en la captura de carbono*[...]”,

⁴³⁰ Cfr. Sentencia C-035/16 del 08 de febrero de 2016.

⁴³¹ El término servicios ambientales se refiere a un concepto en el que se destaca la capacidad que tienen los diferentes ecosistemas para crear ciertos productos que resultan útiles para el hombre, se pueden expresar en valores de uso como el servicio de recreación y captura de carbono o el servicio de provisión y regulación hídrica o como valores de (no) uso como lo es el valor de existencia y de legado de los páramos, también pueden ser presentados a manera de productos dentro de los que se pueden encontrar entre otros: las fibras, los combustibles, el agua, el oxígeno, los alimentos y remedios naturales. Cfr. GARCÍA, Helena. Valoración de los bienes y servicios ambientales provistos por el Páramo de Santurbán. Bogotá, Fedesarrollo Centro de Investigación Económica y Social, 2013, pp. 4-5. Ver también Cfr. Instituto Socioambiental (ISA). Povos Indígenas no Brasil / Servicios ambientales [En línea] Revisado, noviembre 10, 2018. Disponible en: https://pib.socioambiental.org/es/Servicios_ambientales

y de lenta y baja capacidad para ser recuperados si se comparan con otro tipo de ecosistemas. Toda esta parte final apoyada, nuevamente, en estudios desarrollados por parte del IAVH o por autores que han colaborado con esta institución⁴³².

Dentro de este análisis el Alto Tribunal también entra a reflexionar sobre el rol que tiene el Estado sobre la explotación de los recursos naturales y el uso del suelo en su territorio, más específicamente repasa las condiciones que debe establecer el mismo Estado para la explotación de los recursos no renovables del país bajo el entendido que los mismos son de su propiedad, en este mismo sentido, la Corte destaca al contrato de concesión como una herramienta o instrumento que le permite al Estado regular una serie de deberes, obligaciones, derechos y facultades que provienen de la actividad legal de explotación de los recursos que se le ha otorgado al concesionario⁴³³.

Específicamente la Corte concluye dentro de su análisis: “[...]que el contrato de concesión no le otorga al concesionario particular la titularidad sobre los bienes del subsuelo, que siguen siendo de propiedad estatal[...]” - y más adelante indica que lo que realmente se otorga es una: “[...]participación en la explotación del bien[...]”, o para nuestro caso de un recurso natural no renovable, bajo esta lógica expresada por la Corte en su Sentencia se entenderá que un contrato de concesión no puede ser un impedimento para que el mismo Estado otorgante de la concesión entre a proteger un bien jurídico protegido por parte de la Constitución, lo cual lo podrá hacer bajo prohibiciones, condicionamientos o limitaciones⁴³⁴.

En otra sección del mismo pronunciamiento la Corte trabaja el tema de la Licencia Ambiental, entendida la misma a manera de autorización otorgada por la autoridad ambiental para la ejecución apropiada de una actividad u obra que tiene la potencialidad de impactar el ambiente o de afectar los recursos naturales renovables, esta autorización se constituye como otro requisito solicitado

⁴³² Cfr. Sentencia C-035/16 del 08 de febrero de 2016.

⁴³³ *Ibídem*.

⁴³⁴ Cfr. LORDUY, *Ob. cit.*, p. 168. Ver también, Cfr. Sentencia C-035/16 del 08 de febrero de 2016.

por parte del Estado para ejercer de manera legal la actividad económica de extracción de recursos naturales no renovables⁴³⁵.

La Corte refiriéndose al licenciamiento ambiental y a los contratos de concesión otorgados indica que el legislador tiene dentro de su potestad la de suspender obras y actividades por más que estas posean una licencia y cuenten con un contrato que respalda el legal ejercicio de su actividad económica, en sus propias palabras: “[...] el hecho de que el Estado haya otorgado una licencia ambiental para llevar a cabo una actividad extractiva no es óbice para que el mismo Estado prohíba la realización de tal actividad, con posterioridad a su expedición[...]”, la situación antes descrita se presentó en el caso de la Ley 1382 del 2011 (Código de Minas derogado) y con el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014⁴³⁶.

El Alto Tribunal sustenta esta afirmación en que se trata de recursos que le pertenecen al Estado, quien se abrogará la potestad de imponer ciertas condiciones para la explotación de bienes que forman parte de su propiedad y especialmente en lo que se refiere al licenciamiento ambiental. La Corte da cimientos a sus decisiones respaldándolas en el *principio de precaución* entendiendo que de ciertas actividades se pueden desprender peligros o daños hacia los recursos naturales o a la misma salud humana⁴³⁷.

4.9 LA DECISIÓN DE LA CORTE

De manera Concreta la Corte declaró como inconstitucionales algunos apartes del Artículo 173 de la Ley 1753 de 2015, en particular los incisos primero, segundo y tercero que eran parte del primer párrafo del mencionado Artículo, de igual manera hace un pronunciamiento vinculado con la discrecionalidad que manejaba el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible sobre la delimitación de los páramos del país, específicamente le ordena que si el Ministerio decide apartarse de la *área de referencia* creada por parte del IAVH en el ejercicio de la delimitación de los páramos del país deberá “[...]fundamentar explícitamente su decisión en un criterio científico

⁴³⁵ Cfr. Sentencia C-035/99 del 27 de enero de 1999, M.P. Antonio Barrera Carbonell “*Demanda de inconstitucionalidad contra el Artículo 56 de la Ley 99 de 1993.*”

⁴³⁶ Cfr. Sentencia C-035/16 del 08 de febrero de 2016.

⁴³⁷ Cfr. LORDUY, *Ob. cit.*, p. 168.

que provea un mayor grado de protección del ecosistema de páramo.”, en otras palabras, le exige una motivación que deberá cumplir con un criterio progresivo sobre el área de delimitación obligando a siempre verificar lo ya dicho por el instituto.

Como se mencionó anteriormente el Alto Tribunal para tomar su decisión entró a reconocer cierta prevalencia de algunos derechos en abstracto que son igualmente reconocidos en la Constitución Política colombiana y que poseen similar valor, pero que ninguno de ellos pueden ser entendidos como de carácter absoluto, ahora bien el Juez Constitucional debió incursionar en la búsqueda de motivaciones que sustentarán de manera lógica la preminencia de unos sobre otros con la finalidad de ofrecer una respuesta ante el conflicto o tensión presentado, es así como entra a exaltar el supremo valor que tienen los páramos acompañado de su alta vulnerabilidad y lenta recuperación respaldado en determinados estudios y destacando lo dicho por el IAVH que enfatizaban los servicios ambientales que presta el páramo, su importancia en la regulación del ciclo del agua, su relevancia como retenedor y proveedor de agua potable, junto con la importancia del rol que desempeñan como almacenadores-capturadores de carbono presente en la atmosfera y su aporte a la atenuación del proceso de cambio climático⁴³⁸.

El juzgador indica en la sentencia que existen múltiples factores de vulnerabilidad que pueden afectar a los ecosistemas de los páramos y sus componentes de (fauna, flora, aire y suelo), lo anterior es más severo al indicar que la recuperación de este tipo de ecosistemas es lenta, directamente señala que el Estado tendrá una obligación de otorgar una protección especial y amplia a los páramos por sus condiciones de fragilidad, por ser un tipo de bioma poco común en el mundo, por los denominados servicios ambientales que presta (regulación del ciclo hídrico y captura de carbono) y puesto que sobre el mismo se tiene actualmente una intervención negativa que los afecta⁴³⁹.

⁴³⁸ Cfr. GUZMÁN *Ob. cit.*, pp. 159 - 160.

⁴³⁹ Cfr. Sentencia C-035/16 del 08 de febrero de 2016. En la sentencia se indica que: “[...] *los ecosistemas de páramo tienen umbrales de resistencia y resiliencia muy bajos, es decir, son ecosistemas frágiles. Lo anterior se debe que, como se mencionó, son ecosistemas que evolucionaron en aislamiento geográfico, lo cual implica que no fueron sometidos a disturbios permanentes (bien fueran antrópicos o naturales) que permitieran que los páramos desarrollaran adaptaciones especiales.*”

Bajo lo anterior los procesos de delimitación a cargo del Ministerio se deberá ejercer solo bajo la aplicación de criterios de orden ecológico y de no ser aplicado de esta forma: “[...]se desconocería el deber estatal de protección de ecosistemas estratégicos [...]”, afectando inclusive el derecho fundamental al agua.⁴⁴⁰

En segundo orden, la Corte también sustenta su elección en la falta de una protección efectiva sobre estos ecosistemas, el Alto Tribunal reconoce que la Ley colombiana efectivamente trae consigo una declaración formal de los páramos como objetos de especial protección⁴⁴¹, pero va más lejos y recalca que esta declaración no les asignó la categoría de áreas protegidas lo que en la práctica no permite materializar la aspiración⁴⁴², aparte de eso encuentra otro problema en la discrecionalidad que tiene el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible ya que la Ley le asigna la obligación de delimitación de estos ecosistemas en el país pero no lo condiciona a seguir ningún parámetro de tipo científico o técnico y mucho menos a tener que acudir a lo dispuesto por IAVH, como consecuencia la Corte exterioriza que al no contar los páramos con la categoría de áreas protegidas y encima al no estar delimitados formalmente por el Ministerio bajo criterios técnicos y científicos aunado a una amplia discrecionalidad y ausencia de parámetros para que el Ministerio realice este ejercicio tiene como resultado un abandono en la real protección sobre estos ecosistemas que dictamina el orden jurídico establecido⁴⁴³.

Después de todo, en el mismo pronunciamiento se acepta la existencia de una multiplicidad de posturas del tipo científico sobre los criterios adecuados para la delimitación e identificación de los páramos, no obstante, el Juez Constitucional indica que por más que esa dificultad subsiste el Ministerio de Ambiente deberá en todo caso elegir: “[...]el criterio de delimitación que provea el mayor grado de protección del ecosistema de páramo, [...]” ya que de lo anterior depende la eficacia de un derecho fundamental⁴⁴⁴.

⁴⁴⁰ Cfr. Sentencia C-035/16 del 08 de febrero de 2016.

⁴⁴¹ Esta mención a la cual hace referencia el Alto Tribunal se encuentra en el Artículo primero de la Ley 99 de 1993.

⁴⁴² “[...] la ineptitud de los mecanismos de protección establecidos en el Artículo 173 del actual Plan Nacional de Desarrollo, los ecosistemas de páramo se encuentran en una situación de total desprotección jurídica.” Cfr. Sentencia C-035/16 del 08 de febrero de 2016.

⁴⁴³ Cfr. GUZMÁN Ob. cit., pp. 159 - 160.

⁴⁴⁴ Cfr. Sentencia C-035 del 08 de febrero de 2016.

En consecuencia, el Alto Tribunal entra a proveer indicaciones sobre la adecuada actuación que debería ejercer Poder Ejecutivo al indicar entre otras cosas que:

“[...]la prohibición de desarrollar actividades agropecuarias, así como de exploración o explotación de recursos naturales no renovables, se restringe al área delimitada por el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, sin que exista un criterio que limite la potestad que tiene dicha cartera para apartarse de los parámetros científicos que le entrega el IAVH, que la obligue a dar argumentos científicos cuando se desvía de estos parámetros, y en general, que obligue al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible a cumplir su obligación constitucional[...]”⁴⁴⁵

Señala de esta forma que el Ministerio de Ambiente no deberá apartarse de los criterios que fije el IAVH ya que se trataría de decisiones que no contarían con una justificación de carácter científico-ambiental, atando las decisiones que llegarán a ser tomadas por parte del Ejecutivo a un criterio único, frente a decisiones que bien se ha reconocido por el juzgador en la misma sentencia que resultan difíciles y poseen varios criterios, indica que de no atender este criterio desconocería el deber constitucional que existe de protección de los ecosistemas de páramo⁴⁴⁶.

Más adelante el Juez Constitucional explica su decisión señalando que los tipos de decisiones discrecionales no pueden terminar siendo confundidas con decisiones arbitrarias, enfatizando que los márgenes amplios de valoraciones en las decisiones administrativas siempre deben ser cimentados en criterios proporcionados y razonables explícitamente señalados, en este caso entenderíamos que por la misma Corte⁴⁴⁷. También se debe subrayar que en el fallo se menciona y usa como ejemplo el caso de la posibilidad que el Ministerio avale el ejercicio de actividades petroleras y mineras en áreas delimitadas⁴⁴⁸.

⁴⁴⁵ *Ibídem.*

⁴⁴⁶ *Ibídem.*

⁴⁴⁷ *Ibídem.*

⁴⁴⁸ “En virtud de la potestad que tiene el Ministerio de apartarse de los criterios fijados por el IAvH, sería posible para la cartera de ambiente no delimitar los páramos, o excluir de la delimitación aquellas áreas en las que se estén desarrollando o se vayan a desarrollar actividades mineras o de hidrocarburos. Con ello se dejaría sin efectos la decisión de esta Corporación, pues podrían adelantarse dichas actividades en áreas que científicamente han sido catalogadas como páramos, pero que el Ministerio ha excluido de las áreas delimitadas como tales o ha dejado de delimitar, sin que exista una justificación de carácter científico-ambiental. Con ello se desconoce el deber constitucional de protección de los ecosistemas de páramo.” Cfr. Sentencia C-035/16 del 08 de febrero de 2016.

4.10 COMENTARIO SOBRE LA JURISPRUDENCIA PRESENTADA

Para iniciar nuestro análisis, en ésta Sentencia la Corte Constitucional elige tutelar derechos frente a la voluntad del legislador y a la misma actuación de la Administración, declara como inconstitucionales apartes de los Artículos demandados y crea reconocimientos de derechos sustentados en la fragilidad de los páramos y la deficiencia de su protección jurídica ofrecida por parte del ordenamiento, bajo esta lógica se pueden calificar los reconocimientos como fuertes o intensos dentro de la Sentencia, en otras palabras el Alto Tribunal parte de la determinación de un déficit en la protección de páramos por considerar a estos como proveedores de determinantes servicios ecosistémicos para Colombia⁴⁴⁹.

En concreto el fallo de la Corte Constitucional declara que los primeros párrafos del Artículo 173 de la Ley 1753 son inexecutable bajo el entendido que los páramos tienen una condición de fragilidad y de ellos depende la protección de algunos bienes jurídicamente protegidos como el acceso, calidad y continuidad del agua misma y que no permiten consentir ningún tipo de actividad minera o de explotación de hidrocarburos en ellos⁴⁵⁰, incluyendo todos los contratos que se encontraban en vigencia antes de las fechas que la misma Ley incluía como condicionamientos a la restricción creada por la norma, notoriamente la Corte para este caso cambió la estructura normativa y decidió no permitir ninguna actividad, ni minera, ni petrolera por encima de los contratos previamente firmados y las licencias ambientales obtenidas.

En principio la toma de decisión de declarar una zona que excluye o limita la minería como posibilidad de desarrollo modifica en algunos casos los derechos adquiridos por parte de titulares mineros, pero esto no es algo que se debe tomar a la ligera ya que existen una serie de actores mineros los cuales efectivamente les asiste este derecho y otros a los que su situación se reduce a meras expectativas⁴⁵¹, su correcta depuración no resulta fácil y del buen tratamiento y planeación que tenga el Estado sobre la identificación de quienes les asiste un legítimo derecho pende su

⁴⁴⁹ Cfr. GUZMÁN Ob. cit., p. 159 y sigs.

⁴⁵⁰ Cfr. GÜIZA; RODRIGUEZ; MORENO, Ob. cit., p. 393.

⁴⁵¹ Cfr. AMADOR, María. Los efectos jurídicos de la declaratoria de una zona excluible de la minería respecto de los títulos mineros otorgados con anterioridad a ella. En: Revista de Derecho Público No. 29. Bogotá, Universidad de los Andes, 2012, p. 17 y sigs.

defensa ante futuras demandas ante la Jurisdicción Administrativa y en algunos casos ante organismos y Tribunales Internacionales.

En concreto, el Artículo 58 de la Constitución Política protege los derechos adquiridos soportados en la Ley y les otorga una defensa al indicar expresamente que no podrán ser desconocidos ni vulnerados por eventuales Leyes de carácter posterior, ahora bien la segunda parte del mismo Artículo 58 cobra vital importancia en el análisis que venimos desarrollando ya que indica: “[...]Cuando de la aplicación de una Ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social.[...].”⁴⁵², en concreto encontramos una mención a los derechos adquiridos, pero sin un desarrollo complementario, el cual ha venido siendo trabajado por parte de la jurisprudencia de las Altas Cortes a lo largo de los años⁴⁵³, se trata pues, de: “[...]derechos que han ingresado en el patrimonio de una persona, en virtud de las Leyes que estaban vigentes en el tiempo en que el hecho hubiere tenido lugar.”⁴⁵⁴.

Tanto la Constitución como la norma positiva crearon unos límites a los derechos adquiridos y a la libertad económica dirigidos a garantizar dos objetivos consistentes en la protección al medio ambiente y el desarrollo sostenible⁴⁵⁵, lo que nos encamina a concluir que no existe un derecho adquirido absoluto e inmodificable en Colombia y que por más que la Constitución Política garantice en varios de sus apartes derechos como la libertad económica y los mismos derechos adquiridos⁴⁵⁶, el ordenamiento ha dispuesto unas fronteras al ejercicio de estos derechos

⁴⁵² Cfr. Artículo 58 Constitución Política de Colombia: “Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las Leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por Leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una Ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social. La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica. El Estado protegerá y promoverá las formas asociativas y solidarias de propiedad. Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Esta se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado. En los casos que determine el legislador, dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción contenciosa-administrativa, incluso respecto del precio.”

⁴⁵³ A mayor abundamiento sobre este tema consultar las Sentencias: Cfr. C-126 de 1998 y C-983 de 2010 de la Corte Constitucional; Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil Sentencia del 17 de marzo de 1977; Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera, Sentencia 5500 de agosto 12 de 1999.

⁴⁵⁴ Cfr. GÜIZA; RODRIGUEZ; MORENO, *Ob. cit.*, p. 418 y sigs.

⁴⁵⁵ *Ibíd.*, p. 420 y sigs.

⁴⁵⁶ A manera de ejemplo encontramos entre otros los Artículos 85, 333, y 334 de la Constitución Política Colombiana.

expresados en prevalencias dadas por la protección al medio ambiente, el interés general, y la defensa al patrimonio cultural de la Nación⁴⁵⁷.

En principio, lo deseable sería que el Estado contara con los suficientes recursos para adquirir todas las zonas de protección asumiendo su administración, recuperación, defensa y mantenimiento y de esta manera lograr preservarlas intactas⁴⁵⁸, no obstante la realidad es que el Estado colombiano no cuenta con estos recursos y adicionalmente necesita mayores ingresos para lograr afrontar las obligaciones que le exige la sociedad constantemente (salud, educación, vivienda etc.), un ejemplo puntual sobre los costos a los que se enfrenta la Administración en el cumplimiento de órdenes entregadas por medio de fallos judiciales relacionadas con la protección ambiental es lo sucedido con la orden entregada por parte del Tribunal Administrativo de Cundinamarca tanto al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible como a la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca dirigida a la compra y adquisición de ciertos predios que se encontraban en manos de los privados y las denominadas mejoras plantadas que se ubican en la zona de reserva forestal protectora del Bosque Oriental que bordea parte de la ciudad de Bogotá⁴⁵⁹.

En últimas la actividad económica y financiera del sector público se debería someter a: “[...] los principios de legalidad, eficiencia y economía [...]”⁴⁶⁰. En el estudio sobre la prestación de los servicios públicos también nos enfrentamos a un reto similar delineado desde de la insuficiencia de recursos ilimitados para satisfacer y atender todas las necesidades de carácter general y su difícil manejo al tener reconocimientos constitucionales que se deben enmarcar en relaciones jurídico-administrativas para la adecuada prestación de los mismos que al final dependerán de la adecuada administración de los recursos con los que cuenta el Estado⁴⁶¹.

⁴⁵⁷ Cfr. GÜIZA; RODRIGUEZ; MORENO, *Ob. cit.*, pp. 420 - 421 *Ver también* naranja FINO, Hilmer. La afectación del núcleo esencial del derecho de propiedad como consecuencia de las declaratorias de reservas forestales. En: GARCÍA, María del Pilar. *Lecturas Sobre Derecho del Medio ambiente*. Tomo XVI. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016, p. 172 y sigs.

⁴⁵⁸ *Ibíd.* p. 173.

⁴⁵⁹ *Ibíd.*

⁴⁶⁰ Cfr. PAUNER CHULVI, Cristina. El deber constitucional de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos. Tesis Doctoral. Universitat Jaume I, Facultad de Ciencias Jurídicas y Económicas (2000). [En línea] Revisado, agosto 17, 2020, Disponible en: <https://www.tdx.cat/handle/10803/10429>

⁴⁶¹ A mayor abundamiento sobre los retos que debe enfrentar el Estado al entrar a satisfacer las necesidades de carácter general, y su marco teórico consultar: Cfr. SANTOFIMIO GAMBOA; Jaime Orlando; BÉJAR RIVERA, Luis José. *El servicio público: aproximaciones a su estructura teórica*. México, Ubijuris, 2013.

En el caso mencionado anteriormente la CAR analizó la orden entregada por parte del Tribunal y estimó que la compra de los predios conllevaba a: “*destinar la totalidad de su presupuesto*” en el marco de varias vigencias fiscales al cumplimiento del pronunciamiento entregado por parte del Tribunal Administrativo, el impacto fiscal no resulta menor ya que al llevarlo a cifras concretas se trataba de un gasto que se estimaba próximo a los (\$ 354.250.000.000) millones de pesos colombianos es decir (\$1.977.764.119) millones de pesos mexicanos aproximadamente, el caso fue llevado a una instancia superior ante el Consejo de Estado quien determinó que se debería variar la orden de adquirir los predios proferida por el Tribunal y bajo esta lógica: “*respetar los derechos adquiridos*” en las Zonas de Reserva Forestal sobre los que versaba el fallo⁴⁶².

En todo caso, los procesos de recuperación y preservación ambiental forzados mediante la estrategia judicial deben ser atendidos, no obstante, pasaría a ser responsabilidad del Juez el entrar a valorar componentes de funcionamiento del aparato Estatal más próximos a las funciones ejercidas comúnmente por los Poderes Ejecutivo y Legislativo, dentro de estos factores se encuentran el componente económico y en general los impactos regulatorios que pueden traer este tipo de decisiones, en ultimas es el Juez o Tribunal los que deciden optar por incorporar en sus decisiones, órdenes y mandatos al Poder Ejecutivo y Legislativo.

Otro ejemplo relacionado con el sector minero es el correspondiente a una Acción Popular proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Primera que le dio la orden a la CAR de actualizar y elaborar un Plan de Manejo y Restauración Ambiental dirigido a la cantera Cascajal ubicada en el municipio de Soacha en el Departamento de Cundinamarca próximo a la ciudad de Bogotá, en suma el plan ordenado por parte del Tribunal tenía por destino la restauración de varias hectáreas de terreno afectadas por la actividad minera con el objetivo de implementar una “*repoblación forestal*” en este mismo sentido se incluían varios tipos de acciones como el desmantelamiento, adecuación morfológica y disposición de suelos orgánicos, entre otras, todo tendiente a crear un nuevo entorno para el uso forestal de estos territorios. En suma, dar cumplimiento a esta actividad costaría a la entidad (\$ 2.203.069.790) millones de pesos

⁴⁶² *Ibídem*. Pie de página p. 173.

colombianos que llevado a pesos mexicanos constituye la suma aproximada de (\$ 13.808.998) millones de pesos⁴⁶³.

Ahora bien, no se deberá perder de vista las consecuencias sociales que este tipo de decisiones de conservación generan, un ejemplo de lo anterior son las actividades agropecuarias o en algunos territorios del país las mineras en donde poblaciones enteras poseen un arraigo hacia una actividad determinada, lo anterior no es menos; puesto que es posible identificar fallos de la Corte Constitucional dirigidos a preservar la cultura campesina⁴⁶⁴.

En todo caso, persisten dos asuntos que deben ser revisados dentro del análisis que pretenda realizar la autoridad que decida este tipo de situaciones y se relacionan con las meras expectativas y la confianza legítima que es posible tengan algunos de los habitantes ubicados en estas zonas de especial protección, la primera figura se refiere a, como su nombre lo indica, las expectativas legítimas que pueden poseer algunos titulares mineros sobre los espacios donde se declaró la restricción, asimismo se debe observar que como tal estas situaciones no han cumplido la totalidad de los presupuestos legales para que sean reconocidas a manera de derechos y por lo tanto, pueden llegar a ser objeto de modificación por parte del legislador para cumplir sus objetivos⁴⁶⁵, a diferencia de los derechos adquiridos contarán con una protección precaria frente a las nuevas declaratorias y cambios en la realidad jurídica que imponga la Ley⁴⁶⁶.

Por otra parte, la confianza legítima se ha constituido como un principio que para algunos surge directamente de la aplicación del Artículo 83 de la Carta Política, para otros se deduce de una combinación de principios como la seguridad jurídica, el interés general y la buena fe⁴⁶⁷ sin contar con una alusión específica dentro del ordenamiento en su articulado por lo que el mismo ha aparecido como una referencia jurisprudencial que surge de la interpretación constitucional, en

⁴⁶³ Cfr. FINO, *Ob. cit.*, Pie de página p. 174.

⁴⁶⁴ A Mayor abundamiento sobre el desarrollo que se le ha dado a la figura de protección de la cultura campesina en el país consultar las Sentencias de la Corte Constitucional: Cfr. (C-536 de 1997; C-006 del 2002; C-180 del 2005; C-882 del 2011; T-348 del 2012 y C-644 del 2012).

⁴⁶⁵ Cfr. Sentencia C-781 del 10 de septiembre de 2003, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, “*Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 29, parcial, de la Ley 789 de 2002, “Por la cual se dictan normas para apoyar el empleo y ampliar la protección social y se modifican algunos artículos del Código Sustantivo del Trabajo”.*”

⁴⁶⁶ Cfr. FINO, *Ob. cit.*, p. 177.

⁴⁶⁷ Estos principios se encuentran reconocidos en los Artículos: 1, 4 y 83 de la Constitución Política Colombiana.

concreto se trata de una manera de encontrar equilibrios cuando la Administración generó expectativas a los administrados y de manera brusca transforma este status o condiciones que la rodean, no obstante la jurisprudencia también ha destacado que se trata de específicas situaciones en donde el “*administrado no tiene realmente un derecho adquirido*”⁴⁶⁸.

No es posible ubicar de manera idónea a los habitantes de las zonas protegidas bajo un único y singular criterio que llegue a determinar los derechos afectados de los habitantes cubiertos bajo las medidas de declaratoria de páramos y otras zonas protegidas, puesto que algunos de los habitantes pueden llegar a ver afectados sus derechos de manera abrupta con consecuencias nocivas para la responsabilidad estatal, esto sin importar que provenga la decisión de cualquiera de las Ramas del Poder Público, en este sentido se deberá dar un tratamiento diferenciado a los casos distinguiendo las condiciones jurídicas de cada caso y teniendo en cuenta conceptos jurídicos como mencionamos en los párrafos anteriores.

Se debe reconocer que el (EIA) es un requisito esencial en la obtención de la Licencia Ambiental y obra como una herramienta del Estado para hacer efectivo los derechos e intervenir en las actividades imponiendo límites, haciendo seguimientos y más importante vigilando las actividades. Para alcanzar este objetivo se generan toda una serie de acciones y procedimientos administrativos destinados a: “*proteger y conservar la integridad del ambiente y la biodiversidad*” de esta forma el Estado utiliza el EIA para cumplir con su obligación constitucional de conservar y proteger el ambiente mediante una serie de decisiones que limitan o prohíben la actividad minera⁴⁶⁹.

Teniendo en cuenta lo anterior y comparándolo con lo decidido por parte de la Corte en su fallo, se puede determinar que en ningún momento los apartes retirados de la norma por ser inconstitucionales pretenden que las licencias ambientales sigan vigentes o que bajo las mismas se petrifique el régimen jurídico establecido, por el contrario en los párrafos explícitamente se

⁴⁶⁸ Cfr. Sentencia C-478 del 09 de septiembre de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero. Cosa juzgada implícita e interpretación sistemática de la parte resolutive de una sentencia; Normas de racionalización tributaria, actividad de fomento y unidad de materia de toda Ley; Estado Social de derecho y actividades de fomento; Libertad del Congreso para derogar incentivos de fomento, principio de “*confianza legítima*” y derechos adquiridos. Ver también Cfr. GÜIZA; RODRIGUEZ; MORENO, *Ob. cit.*, p. 425.

⁴⁶⁹ Cfr. GUZMÁN *Ob. cit.*, p. 164.

incentivaba la revisión, el seguimiento y control de las licencias por las autoridades competentes, inclusive se instituían más limitaciones a la minería como actividad económica imposibilitando la prórroga o modificaciones menores contrarias a lo estipulado en la misma Ley⁴⁷⁰.

Inclusive uno de los párrafos excluidos del Artículo 173 por parte de la Corte dictaminaba que a partir de la limitación de los ecosistemas de páramos las autoridades ambientales entrarían a revisar las Licencias Ambientales otorgadas anteriormente sobre estos espacios y exaltaba el “*control, seguimiento y revisión*” que seguirían ejerciendo las autoridades de hidrocarburos, mineras y ambientales sobre las actividades económicas, la anterior premisa guardaba coherencia con el sistema jurídico al reconocer la libertad económica y la propiedad privada limitadas por el bien común y el interés general, apartándose de darles la categoría de libertades absolutas, en este mismo sentido el acápite prescindido destacaba que cuando los instrumentos ambientales resultarán insuficientes, la actividad económica que pusiera en riesgo el páramo no podría seguir adelante sustentado en que existiría una prevalencia del interés general relacionado con la protección al medio ambiente⁴⁷¹.

El fallo del Alto Tribunal respalda la teoría según la cual la norma analizada esbozaba excepciones a favor de las actividades extractivas sobre las prohibiciones de ejercer las mismas en los ecosistemas de páramo, bien podría haberse interpretado esta tensión de manera distinta absteniéndose de crear efectos restrictivos de carácter retroactivo sobre realidades jurídicas establecidas en la actividad minera, reconociendo al mismo tiempo que la Ley solo en circunstancias excepcionalísimas puede ser aplicada de manera retroactiva y que algunas de las actividades económicas realizadas en estas zonas contaban con los requisitos exigidos por parte del ordenamiento jurídico y la Administración para avanzar de manera legal en su actividad (licencia ambiental y contrato de concesión), lo anterior hubiera permitido ofrecer garantías a los ciudadanos que dependen del buen manejo que se le otorgue a la técnica legislativa frente a la entrada en vigencia de nuevas normas y efectos en el tiempo respaldado todo lo dicho en el principio de legalidad⁴⁷². La interpretación propuesta hubiera evitando las dificultades que pueden

⁴⁷⁰ Cfr. GÓMEZ; HENAO; RINCÓN, *Ob. cit.*, p. 109.

⁴⁷¹ *Ibíd.*, pp. 107 - 108.

⁴⁷² Cfr. Artículo 121 Constitución Política de Colombia (1991): “*Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la Ley.*”

derivarse de la creación de efectos restrictivos de carácter retroactivo sobre realidades jurídicas establecidas en la actividad minera⁴⁷³.

Una aproximación diferente que resulta pertinente revisar es la desarrollada por parte del Consejo de Estado, observando la respuesta entregada frente a una consulta cuyo tema principal trabajaba la delimitación de los páramos. Esta institución manifestó que las autoridades no podían actuar de manera contraria a: “[...] *situaciones particulares y concretas creadas por una Ley anterior [...]*” y en este mismo sentido declaró que tan solo de manera muy excepcional resultaría posible crear limitaciones soportando las mismas en normas y trayendo consigo de manera paralela factores que vinculen el interés público o social que necesiten la aplicación de este tipo de ejercicios⁴⁷⁴, en este sentido afirmó que solo resultaría constitucionalmente admisible el avalar la continuidad de los contratos de concesión minera hasta llevarlos a su terminación siempre que cumplieran la característica de no arriesgar los ecosistemas de páramo, aclarando que para el caso que los contratos efectivamente pongan en algún tipo de peligro estos ecosistemas deberán ceder ante la protección del medio ambiente entendido como de interés general.⁴⁷⁵

Por otra parte, el Alto Tribunal aclaró que se limitarían los atributos de la propiedad privada buscando cumplir con las funciones sociales y ecológicas que son atribuidas desde la Constitución Política, pero: “[...] *no por ello puede llegarse al extremo de lesionar su núcleo esencial que se manifiesta en el nivel mínimo de ejercicio de los atributos de goce y disposición, que produzcan utilidad económica en su titular.*”⁴⁷⁶. En otras palabras, este Alto Tribunal indica que las restricciones impuestas no pueden llegar a ser desproporcionadas o irrazonables de manera que desconozcan el interés legítimo que guardan los diferentes propietarios a obtener ciertas ganancias respaldados en el ejercicio de una actividad que cuenta con un denominado objeto lícito. Recordemos que existe una protección constitucional que no se puede desconocer por parte de la Administración sobre determinadas actividades económicas, lo dicho anteriormente no se opone a

⁴⁷³ Cfr. GÓMEZ; HENAO; RINCÓN, *Ob. cit.*, pp. 107 - 108.

⁴⁷⁴ *Ibidem.* p. 107 y sigs. Ver también Cfr. HERNÁNDEZ, Víctor (Coord.), *Ob. cit.* Ver también Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Sentencia del 11 de diciembre de 2014, Concepto 2233 Dr. William Zambrano Cetina, Radicación 11001-03-06-000-2014-00248-00.

⁴⁷⁵ *Ibidem.*

⁴⁷⁶ *Ibidem.*

la imposición de limitaciones a través de herramientas administrativas de carácter regulatorio que no lleguen a una anulación absoluta del núcleo esencial de los derechos⁴⁷⁷.

La Corte Constitucional en su sentencia C-306 de 2013 brinda un soporte filosófico a lo afirmado en el pronunciamiento del Consejo de Estado destacado en los párrafos anteriores, en este sentido encuentra que han surgido nuevas restricciones dentro del ordenamiento jurídico que se respaldan en una tendencia tanto legal como constitucional opuesta a nociones individualistas del derecho a la propiedad privada y buscan traer consigo conceptos más próximos a la solidaridad. La manera de realizar este cambio es por intermedio de los conceptos de función ecológica y social de la propiedad y el de utilidad pública, utilizando estas herramientas buscan “[...] *desdibujar el carácter absoluto de la misma trayendo elementos nuevos para el relacionamiento de la propiedad con la sociedad y el Estado [...]*”, no obstante, este ejercicio se debe hacer sin entrar a afectar las justas reparaciones por esa serie de exigencias y cargas surgidas⁴⁷⁸.

Siempre que el interés general ambiental se imponga sobre la propiedad privada en situaciones sobrevinientes se deberá optar por ofrecer una adecuada indemnización al administrado que se sometió al orden jurídico, lo cual le permitirá compensar su privación de derechos. Normalmente esta compensación se realiza por intermedio de nuevos derechos de crédito que representan esos antiguos derechos de propiedad afectados y que terminarán siendo pagados por la entidad pública que cumpliendo con sus funciones realiza la expropiación⁴⁷⁹.

En lo relacionado con la delimitación de las zonas de páramo, que se encuentra a Cargo del Ministerio de Ambiente y Desarrollo sostenible, la Corte afirmó que para que esta autoridad ambiental se pudiera apartar de lo dicho por parte del IAVH debería realizarlo explicando los motivos de esta decisión y siempre que propenda por un grado mayor de protección a estos ecosistemas⁴⁸⁰, en este caso el Alto Tribunal hace uso del principio de la no regresión al no permitir

⁴⁷⁷ *Ibídem*. Ver también Cfr. HERNÁNDEZ, Víctor (Coord.), *Ob. cit.*

⁴⁷⁸ Cfr. Consejo de Estado, Sección Primera, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 28 de marzo del 2014, C.P: Dr. Marco Antonio Velilla Moreno, Radicación AP-25000-23-27-000-2001-90479-01 Ver también Sentencia C-306 del 22 de mayo del 2013, M.P. Nilson Pinilla Pinilla, Demanda de inconstitucionalidad contra un segmento del Artículo 458 del Código de Procedimiento Civil. Ver también Cfr. HERNÁNDEZ, Víctor (Coord.), *Ob. cit.*

⁴⁷⁹ *Ibídem*.

⁴⁸⁰ Cfr. GÜIZA; RODRIGUEZ; MORENO, *Ob. cit.*, p. 393.

el desmonte de normas ambientales destinadas a proteger el ambiente, pero va más lejos al referirse a lo institucional prohibiendo: “[...]otorgar facultades indeterminadas a las autoridades ambientales que permitan debilitar la protección ambiental[...]”, lo cual indistintamente de la visión que tengamos más próxima al sector productivo o al ambiental nos lleva a reflexionar hasta donde un Tribunal dentro de sus potestades puede entrar a determinar el tipo de facultades decididas dentro de la organización del ejecutivo⁴⁸¹.

En este punto se resalta que la Corte opta por dotar al IAVH de “una preeminencia absoluta y casi de infalibilidad”, no se debe desconocer que el mencionado Instituto ha realizado muy buenos aportes y que dentro de sus funciones se le ha reconocido la característica de ser un aliado estratégico del Estado en materia ambiental, pero el fallo termina fundando la gran mayoría de su argumentación sobre aportes de esta institución o de personas que han guardado alguna relación con sus trabajos y es a partir de estos argumentos que traslada los conceptos para sustentar elementos jurídicos prácticos mediante el uso de principios como es el caso del principio de precaución que a la postre termina repercutiendo en realidades jurídicas como las que hemos venido trabajando, aparentemente la Corte no prevé situaciones como cuando el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible decida apartarse de lo establecido por el IAVH para proteger de mejor manera un ecosistema de este tipo⁴⁸².

Dando un paso atrás de la discusión por la reducción o no reducción de áreas del territorio colombiano destinadas para la puesta en marcha de proyectos mineros y petroleros, el resultado de este tipo de decisiones es la de contribuir al desconcierto y creación de distintos tipos de visiones y ordenamientos del Territorio Nacional que se superponen unas a otras siendo excluyentes y en las que participan sectores tan variados como el agrícola, pecuario y turístico entre muchos otros que conviven dentro de un mismo espacio geográfico, en efecto una política pública coherente resulta difícil de estructurar por parte del Gobierno al encontrar un desconcierto y constante cambio sobre las normas aplicables y el tiempo que se les permitirá ser parte del ordenamiento. Asimismo

⁴⁸¹ Cfr. Portal Ámbito Jurídico, Algunas reflexiones derivadas del fallo sobre páramos, 29 marzo (2016). [En línea] Revisado, diciembre 02, 2018. Disponible en: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/analisis-jurisprudencial/administrativo-y-contratacion/algunas-reflexiones-derivadas-del-A-mayor-abundamiento-ver-Cfr-GUTIÉRREZ-BELTRÁN,-Andrés-Mauricio.-Ob.-cit.-pp.-140-171>.

⁴⁸² *Ibídem*.

se presentan notables dicotomías en las que, por una parte, se avala la puesta en marcha de proyectos e iniciativas extractivas, mientras que, por el otro lado, se bloquea y desestima su avance, en estos términos resulta imposible el determinar “*el tipo de industrias que se quieren sean desarrolladas en el país*”, en este mismo sentido se alienta la dispersión de conceptos e interpretaciones de múltiples autoridades sobre la noción de “*actividad extractiva responsable*” lo que impide ajustar una gestión homogénea y resta confianza para todos los actores⁴⁸³.

Un argumento utilizado por parte del gremio minero y petrolero, el cual se convirtió en su discurso habitual durante una parte del presente siglo y posiblemente desde mucho antes, consistió en aseverar que al encontrarse los minerales e hidrocarburos explotados en el subsuelo del territorio, poseían *per se* una posición privilegiada frente a las actividades que tenían lugar en la parte superficial como la ganadería, el turismo y la agricultura, lo anterior con miras a tomar provecho de una regulación jurídica que efectivamente se estructuró bajo una visión del Gobierno central en el que se podía dar preponderancia a este tipo de actividades -cuando así lo dispusiera- por ser consideradas de su máximo interés, esta lógica de la cual se benefició esta industria en innumerables situaciones en la actualidad debe ser reestructurada con miras a buscar adaptarse a realidades modernas⁴⁸⁴.

Intentando superar lo descrito en el anterior párrafo, la actividad minera debería evitar ser vista como una exigencia o carga adjudicada por parte del Gobierno a las regiones y evolucionar hacia la idea de entender el subsuelo como parte integral de los territorios, lo cual es coherente con su naturaleza y organización constitucional, esta labor no es sencilla puesto que el Artículo 288 de la misma Carta Política⁴⁸⁵ carece de desarrollos consistentes y los mismos penden de la voluntad política. Principios como la coordinación, la concurrencia y la subsidiariedad aparecen escasamente desarrollados y clarificados dentro del Ordenamiento Jurídico⁴⁸⁶, no obstante ocultar esta realidad y decidir no actuar de manera proactiva por parte del Gobierno y el sector minero-

⁴⁸³ Cfr. MARTÍNEZ, Adriana. Problemática Sectorial del Licenciamiento Ambiental. En: GARCÍA, María del Pilar. Evaluación de Impacto Ambiental. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012, pp. 315–318, 331 y sigs.

⁴⁸⁴ Cfr. MARTÍNEZ, Adriana. Presentación: Curso de Actualización en Regulación Minera. *Ob. cit.*

⁴⁸⁵ Cfr. Artículo 288 Constitución Política de Colombia (1991): “*Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la Ley.*”

⁴⁸⁶ Cfr. MARTÍNEZ, Adriana. La Minería en un Territorio Objeto de Ordenación Constante. En: GARCÍA, María del Pilar. Lecturas Sobre Derecho del Medio Ambiente. Tomo XVI. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016, pp. 350-351.

petrolero a favor de esta nueva aproximación desencadenará el perpetuar la tediosa rutina de defender la actividad ante las Altas Cortes lo cual no entrega mayores aportes para la obtención de la Licencia Social para Operar que se constituye como todo un baluarte en la identificación y aceptación por parte de los habitantes de las regiones con las actividades mineras y petroleras.

En definitiva se debe apuntar a propender por la búsqueda de un desarrollo económico más local en el que participen varios actores como: la academia, el sector privado, las organizaciones sociales, las comunidades, el Gobierno Nacional y todos los demás que desde la legalidad hacen parte del territorio⁴⁸⁷, en palabras más concretas se trata de: “[...]desde los municipios, se construyan las regiones, de abajo hacia arriba, y las regiones se integren dentro del ámbito de la unidad política nacional[...]”⁴⁸⁸.

En conclusión, Colombia hace parte de la polarización presente en la sociedad global que se divide entre quienes observan al desarrollo y por lo tanto a la explotación de recursos naturales como un camino para solventar las necesidades de la sociedad y los ambientalistas que argumentan que la conservación es el camino que nos guiará a un mejor futuro, esta fragmentación no nos permite ir más lejos y observar que la Constitución consagró dos formas de administrar la sociedad que *prima facie* son disimiles y que necesita de varios consensos para lograr un efectivo equilibrio en la creación del modelo de sociedad y Estado que ambicionamos, entendiendo que la coherencia en la relación Estado – ambiente es eje central de la legitimidad del mismo⁴⁸⁹.

Lo anterior resulta mucho más profundo que los pasajeros debates a los que nos enfrentamos, teniendo en cuenta esta condición señalaremos que la sostenibilidad ambiental va de la mano de la sostenibilidad social y en este caso nos referiremos a la sostenibilidad de los habitantes de los territorios que serán nombrados como áreas de protección; en este sentido resulta más que

⁴⁸⁷ Cfr. TRUJILLO, Augusto. Democracia y Territorio: El Ordenamiento Territorial entre el derecho y la política. Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2011, p. 210 y sigs.

⁴⁸⁸ Cfr. ESTUPIÑÁN, Liliana. Veinte años de debates territoriales. Pervivencia de la tendencia centralista en Colombia. En: Papel Político vol. 16, núm. 2. Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2011, p. 468. [En línea] Revisado, diciembre 03, 2018. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=77722772006>

⁴⁸⁹ Cfr. Portal Ámbito Jurídico, Algunas reflexiones derivadas del fallo sobre páramos, 29 marzo (2016). [En línea] Revisado, diciembre 02, 2018. Disponible en: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/analisisjurisprudencial/administrativo-y-contratacion/algunas-reflexiones-derivadas-del>

significativo el no darle la espalda a las comunidades que realizan actividades de este tipo en los páramos del país⁴⁹⁰, del mismo modo el desarrollo humano sostenible es un concepto que no se excluye y en el que se ubica: “[...] *al ser humano en el centro de los esfuerzos de desarrollo [...]*” propendiendo por ofrecer: un adecuado crecimiento económico, una distribución equitativa de sus favores, un entorno de respeto de los derechos humanos y una protección adecuada del medio ambiente⁴⁹¹.

Sustentado en todo lo dicho hasta el momento consideramos que el fallo puede ser calificado como activista, también puede decirse que inclusive limita el mismo principio democrático en el que el Congreso puede tomar la decisión de expedir normas que “*armonicen diferentes intereses constitucionales*”, del mismo modo pareciera que el problema jurídico planteado por la Corte Constitucional se queda corto ya que debería plasmar la pregunta de si el Congreso de la República por intermedio de una Ley puede buscar la armonización de principios constitucionales, no obstante la Corte prefiere escoger como centro de la discusión el debate entre los postulados ecológicos de la Constitución frente a los derechos de los titulares mineros⁴⁹².

Un concepto teórico que no debe desdibujarse en su aplicación en la realidad jurídica es la de que: “[...] *existe un sistema jurídico no solo porque existe un poder institucionalizado para promulgar normas, sino también, un poder institucionalizado de interpretación jurídica*”⁴⁹³. En este mismo sentido el derecho debería cumplir con cierta lógica de seguridad bajo el arquetipo de lograr que a quienes van dirigidas las mismas normas conozcan de antemano a lo que deben esperar para tomar decisiones como la de abstenerse o la de obligarse⁴⁹⁴.

Analizando los componentes del fallo se logra determinar la existencia de algunos reconocimientos de derechos por parte de la Corte sustentados en la fragilidad de los páramos y la falta de protección jurídica que poseen, por lo cual es necesario remediar la situación sobrepasando la voluntad del

⁴⁹⁰ Cfr. FINO, *Ob. cit.*, p. 175.

⁴⁹¹ *Ibidem*.

⁴⁹² Cfr. GUZMÁN *Ob. cit.*, p. 162.

⁴⁹³ Cfr. LÓPEZ, Eduardo. Derecho y Argumentación. Bogotá, Editorial Ibáñez & Pontificia Universidad Javeriana, 2011, p. 134 y sigs.

⁴⁹⁴ Cfr. MORESO, José; VILAJOSANA, Josep. Introducción a la teoría del Derecho. Madrid, Marcial Pons, 2004, p. 47.

legislador y la misma actuación del Ejecutivo además de imponer varias medidas de implementación dentro de las que están la ya explicada limitación a lo dispuesto por el IAVH y la imposibilidad de designar funciones entre los entes que hacen parte de la misma administración, igualmente la decisión también ordena la función de control, seguimiento y revisión sobre las licencias ambientales otorgadas⁴⁹⁵, bajo ésta lógica se podría también manifestar que este tipo de fallos en su conjunto terminan impactando la guarda y coherencia del sistema jurídico colombiano.

Para algunos autores este fallo dio origen a una nueva categoría que no se integra a las áreas excluibles de la minería establecidas por la Ley, sino que por el contrario se instaura una nueva categoría de restricciones que pueden ser comprendidas a manera de “[...]zonas prohibidas para el desarrollo minero[...]”⁴⁹⁶ espacios que entendemos aparecen por la interpretación jurisprudencial y que guardan sus propias reglas como la de que nunca podrán ser menores al Atlas de Páramos creado por parte del IAVH⁴⁹⁷.

Lo manifestado en los dos últimos párrafos no deja de crear cierta preocupación puesto que se puede llegar a entender que la Corte para este caso ha elegido darle preponderancia únicamente a los factores ecosistémicos, representados en el Atlas de Páramos del IAVH, dejando de lado otros componentes, también importantes, de factores como los económicos y sociales que vinculan una gran cantidad de temas como por ejemplo el: “[...]ingreso per cápita, actividad económica de los pobladores, ecosistemas ya intervenidos, [...]” etc.⁴⁹⁸, y lo que es más complejo aún se ha observado que en otros casos similares este Alto Tribunal ha optado por solo prestar atención a los aspectos ambientales y ecosistémicos relegando el concepto de desarrollo humano sostenible ya explicado en párrafos anteriores.

Otro punto que resulta complejo de ponderar es el relacionado con la posible afectación de derechos para algunos de los habitantes de los páramos y empresas mineras, de lo que puede desprenderse una serie de fisuras jurídicas sobre las que es probable tomen ventaja los no

⁴⁹⁵ Cfr. Sentencia C-035 del 08 de febrero de 2016. Ver también Cfr. GUZMÁN *Ob. cit.*, pp. 160 y 161.

⁴⁹⁶ Cfr. GÓMEZ; HENAO; RINCÓN, *Ob. cit.*, p. 116.

⁴⁹⁷ En el derecho mexicano existe una disposición legal similar desde el año 1988 con el concepto de Áreas Naturales Protegidas. Cfr. Art. 3, frac. II de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, DOF, México, 23-04-2018.

⁴⁹⁸ *Ibidem*, pp. 114–116.

conformes con la actuación Estatal representada en los fallos de la Corte, de manera específica nos referimos a las demandas contra el Estado por tareas minero energéticas que según lo afirmado por el director de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado para finales del 2018 representaban el “21% del total de las querellas” que de perderse impactarían hondamente el presupuesto de la Nación, también se ha establecido por este organismo que: “[...] cuatro principales causas de demanda de procesos judiciales por cantidad son: terminación del contrato de trabajo sin justa causa con 512 casos; no reconocimiento de reajuste o nivelación salarial con 191 casos; daños derivados de acto administrativo lícito con 113 casos; y daño o amenaza ambiental por actividad minera con 58.”⁴⁹⁹.

4.11 LA PARTICIPACIÓN AMBIENTAL Y SU RELACIÓN CON LAS ZONAS DE PÁRAMO, ¿UNA NUEVA CATEGORÍA DE DERECHO FUNDAMENTAL DENTRO DEL ORDENAMIENTO COLOMBIANO?⁵⁰⁰

Como se planteó en la anterior sección de este escrito, la sentencia C-035/16 estableció una prohibición muy clara sobre el ejercicio de toda actividad minera y de hidrocarburos presente en los denominados ecosistemas de páramos colombianos sin permitir la oposición que se pudiera derivar de las diferentes autorizaciones de tipo ambiental o minera entregadas por la administración. La importante decisión se respaldó en la protección de derechos fundamentales vinculados con lo que para la Corte Constitucional se constituye como posibles afectaciones irremediables al medio ambiente y la protección al agua que genera el desarrollo de las actividades en estos ecosistemas del territorio nacional, ahora bien uno de los efectos jurídicos que se desprenden de la Sentencia C-035 del 2017 consiste en el fenómeno del decaimiento del acto administrativo, más exactamente en lo que concierne al Artículo quinto de la Resolución 2090 del 2014 que en pocas palabras autorizaba a quienes contaban con contratos, títulos, licencias o instrumentos ambientales vigentes al interior del área delimitada como Páramo en las regiones de Santurbán – Berlín que hubieran sido otorgados antes del 09 de febrero de 2010 continuar con

⁴⁹⁹ Cfr. Portal Portafolio, Demandas al Estado por tareas minero-energéticas suman \$83 billones, 30 noviembre (2018). [En línea] Revisado, diciembre 03, 2018. Disponible en: <https://www.portafolio.co/economia/demandas-contra-la-nacion-por-tareas-minero-energeticas-suman-mas-de-83-billones-523929>

⁵⁰⁰ *Ibidem*.

su debida ejecución bajo un estricto control de tipo ambiental y sin ninguna posibilidad de prorrogar estos derechos.

Guardando cierta relación encontramos de manera posterior la Sentencia T-361/17 que hace parte del entramado de situaciones que han venido moldeando la actualidad del sector minero colombiano y que nuevamente trae como protagonista a los páramos del país, en la mencionada sentencia la delimitación del Páramo de Santurbán vuelve a ser puesto en el centro del debate socioambiental del país⁵⁰¹, los hechos demandables en la mencionada sentencia tienen origen en la actuación administrativa ejercida por parte del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible (MADS) vinculada con el proceso de delimitación del Páramo de Santurbán⁵⁰², es en ese momento cuando un grupo de ciudadanos presentaron sendos derechos de petición ante la entidad administrativa solicitando dos aspectos destacables, el primero conexo con una petición para que se practicaran varias audiencias de carácter público que fortalecieran una participación de los sujetos afectados con la regulación dispuesta por parte del ministerio, de igual forma pidieron que dicha autoridad les entregara los documentos y distintos estudios que sirvieron de base para la toma de la decisión sobre la delimitación del Páramo de Santurbán⁵⁰³.

De igual modo y puesto que el Ministerio no respondió la petición de estos ciudadanos, los demandantes optaron por acudir a la acción de tutela como mecanismo para proteger sus derechos ya que la entidad estatal inobservó su obligación de dar respuesta desconociendo el derecho de petición planteado, en lo referente a esta tutela el Tribunal Administrativo de Cundinamarca optó por resolver a favor de los demandantes y ordenó una pronta respuesta por parte del MADS que a la postre no sirvió para resolver lo requerido por los demandantes ya que este Ministerio decidió dar respuesta indicando que la realización de audiencias públicas dentro procedimiento de

⁵⁰¹ Cfr. Sentencia T-361 del 30 de mayo de 2017, M.P. Alberto Rojas Ríos, “*Acción de tutela presentada por Julia Adriana Figueroa en calidad de representante legal de la Corporación Colectivo de Abogados Luis Carlos Pérez, y los señores Alix Mancilla Moreno, Dadan Amaya, Luís Jesús Gamboa y Erwin Rodríguez-Sala en nombre propio y en representación de los miembros del Comité por la Defensa del Páramo de Santurbán contra el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible.*”.

⁵⁰² Esta acción posee un sustento legal en el Artículo 202 de la Ley 1450 de 2011 y los numerales 15 y 16 del Artículo 2º del Decreto 3570 de 2011, por lo que se puede decir que el mencionado Ministerio actuó buscando dar cumplimiento y desarrollar la ley.

⁵⁰³ Los demandantes se referían a las audiencias públicas reconocidas en el artículo 34 de la Ley 1437 de 2011 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA).

delimitación del Páramo de Santurbán no resultaba necesario y que sobre el caso existía una normatividad especial que los absolvía de utilizar lo expresado por el CPACA⁵⁰⁴.

Es bueno recordar que en el caso particular estaremos ante una sentencia dirigida a atacar una providencia judicial, que tiene en el centro del debate la construcción y desarrollo del concepto de la participación ambiental y es sobre este concepto en donde queremos extendernos puesto que podemos decir que es una figura que por más que se había utilizado anteriormente en debates judiciales y su construcción había sido alimentada por parte de la jurisprudencia, es en esta Tutela donde se le otorga un alcance y contenido especial, el cual ha surgido a partir de un claro impulso creado por medio de sendas demandas proferidas en sede constitucional enfocadas hacia la obstrucción o cambio sobre las actividades y regulación del sector minero colombiano.

Partiendo del anterior punto, se puede decir que la T-361/17 construye un escenario en el que la delimitación sobre esta zona de protección ambiental creada en el 2014 por parte de la Administración en uso de sus facultades delegadas por parte de la Ley se pone en entredicho nuevamente, lo anterior se construye bajo el argumento de un defecto o error en la actuación administrativa que surge de la falta de participación que vulneró ciertos derechos de carácter fundamental, sustentado todo esto en la no entrega adecuada de información y falta de convocatoria a la hora de manifestar a la comunidad la construcción de la delimitación del área protegida ambientalmente.

En este fallo, la Corte Constitucional decide amparar el derecho a la participación ciudadana ambiental excluyendo del ordenamiento la Resolución 2090 de 2014⁵⁰⁵ que se constituía como el Acto Administrativo que delimitaba el Páramo de Santurbán dos años después de su entrada en vigor, lo cual nuevamente creó un efecto sobre las situaciones jurídicas consolidadas para las actividades mineras que se encontraban en principio amparadas bajo una legalidad y un adecuado aval Estatal.

⁵⁰⁴ Cfr. Oficio 8140-E2-37641 del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. *Ver También*, Sentencia T-361 del 30 de mayo de 2017, M.P. Alberto Rojas Ríos.

⁵⁰⁵ Cfr. Resolución 2090 de 2014 (Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible); *"Por medio de la cual se delimita el Páramo Jurisdicciones - Santurbán - Berlín, y se adoptan otras determinaciones."*

Pero lejos de limitarse simplemente a unos efectos prácticos que terminaron afectando un proyecto o una actividad económica, es importante reflexionar sobre la construcción jurídica establecida o perfeccionada por parte de esta jurisprudencia constitucional que trae consigo el moldeamiento de dos importantes conceptos; el primero el de justicia ambiental y el segundo el de conflicto socio ambiental. El primero entendido a manera de una obligación o no obligación que tendrán los ciudadanos de soportar algunas decisiones que las autoridades tomen las cuales contengan un enfoque ambiental y por medio de las que se aprueba o se desaprueba el desarrollo de ciertas actividades en su entorno, la figura vincula en sí misma todo un debate de ¿hasta qué punto es justo para un ciudadano del común soportar las cargas derivadas del cuidado ambiental? y si este tipo de conceptos son absolutos y al serlo no existen otro tipo de valoraciones que se les puedan oponer⁵⁰⁶.

Refiriéndonos al segundo concepto denominado “*conflicto socioambiental*” se entenderá que aparecerá a partir de la toma de decisiones ambientales por parte de la administración que no hayan garantizado la adecuada “*participación ciudadana ambiental*”, en otras palabras, situaciones en donde una inadecuada o inexistente participación generó conflicto partiendo de la base que una participación ambiental idónea evita estas situaciones⁵⁰⁷.

Haciendo uso de la construcción descrita, la Corte Constitucional concluye que el MADS afectó el derecho a la participación ambiental de la comunidad habitante en la zona de influencia del Páramo y de los mismos tutelantes por las razones que se expresan a continuación: falta de convocatoria de los posibles afectados, falta de convocatoria pública abierta para generar un dialogo, falta de espacios de participación para la comunidad que habilitaren la búsqueda de un consentimiento que debería ser libre y razonado, falta de deliberación sobre el tema, falta de incidencia de los agentes en la determinación finalmente tomada, asimismo criticó que lo que la entidad ambiental realizó fue una comunicación de una decisión previamente elegida de manera unilateral⁵⁰⁸.

⁵⁰⁶ Cfr. MARTÍNEZ, Adriana. Cátedra: Curso de Actualización en Regulación Minera. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 26 al 29 de junio, 2019 *Ver También*, Sentencia T-361 del 30 de mayo de 2017, M.P. Alberto Rojas Ríos.

⁵⁰⁷ *Ibíd*em

⁵⁰⁸ Cfr. Sentencia T-361 del 30 de mayo de 2017, M.P. Alberto Rojas Ríos.

Bajo el anterior razonamiento la Corte Constitucional decide revocar las sentencias que profirieron la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado quien es el (Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo) y el Tribunal Administrativo de Santander ya que sus decisiones, según la Corte, terminaron por negar una protección efectiva a los derechos de la participación ambiental además del acceso a la información pública entre otros asuntos⁵⁰⁹, en ultimas la Corte expresa que los Tribunales no reconocieron el quebrantamiento de los derechos por intermedio de la expedición de la Resolución 2090 de 2014 que específicamente se encargó de delimitar el Páramo en las Jurisdicciones de Santurbán-Berlín, cuando en sentido contrario les correspondía amparar los derechos fundamentales de acceso a la información pública, y derechos a la participación ambiental entre otros⁵¹⁰.

Resulta notorio el moldeamiento y nuevo alcance que se le otorga al tema de la participación ambiental por intermedio de la sentencia T-361/17, en la cual se sustenta esta nueva dimensión en lo dispuesto bajo los artículos 2⁵¹¹ y 79⁵¹² de la Carta Política colombiana complementados a su vez por instrumentos de orden internacional, entre los que se encuentra la Declaración de Río⁵¹³, bajo el entendido que en las decisiones de la administración que lleven a cambiar de alguna manera las condiciones de vida de los habitantes de determinada zona del país o a impactar el ambiente en

⁵⁰⁹ Los tutelantes que participaron en esta providencia se encontraban compuestos por una serie de ciudadanos y entidades: Corporación Colectivo de Abogados Luís Carlos Pérez (CCALCP), Comité para la Defensa del Agua del Páramo de Santurbán (CODEPA).

⁵¹⁰ Cfr. Sentencia T-361 del 30 de mayo de 2017, M.P. Alberto Rojas Ríos.

⁵¹¹ Cfr. Artículo 2o Constitución Política de Colombia (1991). *“Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.”*

⁵¹² Cfr. Artículo 79 Constitución Política de Colombia (1991). *“Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo. Es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines.”*

⁵¹³ Cfr. DECLARACIÓN DE RIO, Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo - Naciones Unidas. (1992); En especial lo señalado por el principio 10 de esta Declaración que indica: *“El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes.”*

el que estos habitan se deberá dar un paso adelante hacia el respeto del derecho fundamental a la participación ambiental que las ampara.

Partiendo de lo anterior la Corte lleva esta configuración a nuevos espacios al determinar que el derecho operará independientemente de lo que se relacione con la consulta previa, marcando un distanciamiento que conlleva a que su titularidad pertenezca a “[...] *todas las personas con indiferencia de su origen étnico* [...]”, bajo esta filosofía se persigue un diálogo integrador entre las autoridades y la población que conlleve a la obtención un consentimiento libre e informado en espacios en donde se establezca una real participación que permitan a las autoridades conocer opiniones y juicios de la comunidad sobre la decisión que deben ser valorados⁵¹⁴.

La Corte indica que este derecho a la participación ambiental encierra ciertos aspectos como lo son los relacionados con: cumplir con una convocatoria pública dirigida a los posibles afectados, la correcta identificación de la población utilizando censos completos y amplios, la entrega de una información adecuada que trate sobre la ejecución y decisión de los proyectos y el contar con una “*concertación razonada*” sobre ejecución, planificación, compensaciones y evaluación de impactos de cada proyecto, en el mismo sentido el Alto Tribunal Constitucional reconoce que en múltiples ocasiones ha venido expresando una serie de remedios judiciales que permiten la garantía de los contenidos previamente descritos que van de la mano con el cumplimiento y la protección del derecho fundamental a la participación ambiental que recorren desde lo procedimental hasta lo sustantivo, asuntos procesales como lo son establecimientos de plazos para el diálogo, convocatorias abiertas o temas de fondo como: temarios mínimos, buena fe, derecho a la información, eficacia de las opiniones recogidas incluyendo asesorías a las colectividades y las adecuadas condiciones de las convocatorias y censos⁵¹⁵.

Los parámetros antes descritos y la decisión final de la Corte son criticados en el salvamento de voto del magistrado Carlos Bernal Pulido quien expone, al apartarse de la decisión, que no se siguió una línea jurisprudencial constitucional, dándole un nuevo alcance y sentido al derecho de la participación ambiental en temas como el requerimiento de un “*consentimiento previo, libre e*

⁵¹⁴ Cfr. Sentencia T-361 del 30 de mayo de 2017, M.P. Alberto Rojas Ríos.

⁵¹⁵ *Ibidem*.

informado” por parte de las comunidades otorgándole a la participación ambiental una connotación que la ubica más cercana a la figura de las consultas previas y a su vez desconoce que para el caso de las consultas previas se trataba de: “[...] *la consecuencia excepcional que la jurisprudencia constitucional ha previsto solo para supuestos límite*[...]”⁵¹⁶, en otras palabras, y al encontrarnos de acuerdo con la apreciación de este magistrado a través de esta sentencia se estaría recorriendo un camino que podría llevarnos a entender que toda decisión de la administración que de alguna manera se entrelace con el tema ambiental necesite irreparablemente de estos parámetros rígidos que se involucrarían dentro de la cotidianidad, estructurando medidas que pueden llegar a afectar la eficiencia y eficacia de la actuación de la Administración teniendo como único criterio la afectación de bienes ambientales y trayendo a la cotidianidad una situación reservada para el caso especialísimo de protección a las minorías étnicas.

En definitiva, estaríamos ante un nuevo estándar que conllevó a la revocatoria de varias sentencias de instancia que se generaron al interior de este proceso de tutela sustentado en que adicional al derecho fundamental de participación que actúa como una manifestación del Estado Social de Derecho también debemos considerar en nuestro ordenamiento el derecho fundamental a la participación ambiental, en este sentido la sentencia crea unos efectos fuera del caso particular bajo el entendido que cuando se presente una decisión por parte de la Administración que comprenda un posible perjuicio sobre las condiciones de vida de las comunidades o el medio ambiente deberá por obligación el escuchar a estos actores de manera cualificada, es decir, no basta con el simple ejercicio de oírlas, sino que, se establece una deliberación bajo unos estándares ya descritos que lleven a un “[...] *acuerdo razonado con las comunidades*[...]”⁵¹⁷.

Otro punto relevante a la hora de comprender los elementos esenciales del derecho fundamental a la participación ambiental y que establece su alcance, consiste en el espectro de la delimitación, cuando la Corte manifiesta que el proceso de decisión deben acudir todos los afectados e interesados con la medida, concepto que proviene de la Sentencia T-135 de 2013 también se

⁵¹⁶ Cfr. Salvamento de Voto del Magistrado Carlos Bernal Pulido; Sentencia T-361 del 30 de mayo de 2017, M.P. Alberto Rojas Ríos.

⁵¹⁷ Cfr. UBAJOA OSSO, Juan David. La fallida delimitación del Páramo de Santurbán En Blog Departamento del Medio Ambiente, Universidad Externado de Colombia., 23 noviembre de 2017. [En línea] Revisado, julio 20, 2019. Disponible en: <https://medioambiente.uexternado.edu.co/la-fallida-delimitacion-del-paramo-de-santurban/>

detiene a destacar que las autoridades deberán establecer una serie de criterios dirigidos a “[...] *identificar los actores sociales que deben estar presentes en los proceso de participación en cada situación*[...]”, de lo anterior se desprende que cada proceso es diferente y que para cada uno de ellos la autoridad ambiental tendrá que realizar la difícil labor de determinar quiénes se constituyen a manera de interesados y afectados con la medida⁵¹⁸.

Dentro de la sentencia también encontramos participaciones de varias organizaciones de tipo social-ambiental como la realizada por la Asociación Interamericana para la Defensa del Ambiente (AIDA), la cual respaldó la revocatoria de las sentencias de instancia y requirió un nuevo proceso de participación que dejará sin efectos lo determinado en el 2014 por parte de la Resolución 2090 de 2014⁵¹⁹, a la postre la Corte Constitucional resuelve dejar sin efectos la Resolución 2090 de 2014 que delimitaba como tal el Páramo y que en su momento fue proferido por parte del MADS, sustentado en una falta de: “[...] *participación de los tutelantes y de los demás afectados con esa decisión*. [...]”, no obstante, permitió que esa pérdida de ejecutoria del acto administrativo se diera posterior a un año a partir de la notificación de la sentencia debido a que el Alto Tribunal consideró que existían apartes de la resolución que resultaban importantes conservar por un tiempo para la adecuada preservación del área de protección⁵²⁰.

En su determinación la Corte no crea una delimitación del Páramo puesto que esta determinación requiere de un soporte técnico y además desborda sus competencias dejando la decisión, como lo establece la Ley, en manos del MADS como gestor de los ecosistemas de páramo del país, en consecuencia con este fallo ordena al MADS proferir una nueva resolución que se encargue de la delimitación y adicionalmente establece que para esta ocasión si debe cumplir con un procedimiento participativo, amplio, deliberativo y eficaz que en ultimas reconozca y respete el derecho fundamental a la participación ambiental para lo cual establece como plazo un año en el que la autoridad deberá cumplir con una nueva delimitación realizada de manera adecuada⁵²¹.

⁵¹⁸ Cfr. Sentencia T-361/17 del 30 de mayo de 2017, M.P. Alberto Rojas Ríos.

⁵¹⁹ *Ibidem*.

⁵²⁰ *Ibidem*.

⁵²¹ *Ibidem*. Ver También, Cfr. Portal Semana Sostenible, Corte Constitucional tumba delimitación de Santurbán y da un año para nueva resolución, 11 julio (2017). [En línea] Revisado, julio 20, 2019. Disponible en: <https://sostenibilidad.semana.com/medio-ambiente/articulo/santurban-corte-tumba-delimitacion-y-da-un-ano-para-nueva-resolucion/38924>

Como consecuencia de todo lo anterior es posible afirmar que a partir de la sentencia podremos identificar un derecho fundamental a la participación ambiental a manera de “*categoría jurídica autónoma*” dentro del ordenamiento jurídico colombiano que se aparta del simple derecho de participación entendido este último como una manifestación del “*principio democrático del Estado social de derecho*” establecido en Colombia. La nueva categoría provendría de la interpretación de los Artículo 2 y 79 de la Constitución y no de la Ley, ahondando en esta idea se destaca que el Artículo 2 indica que uno de los fines del tipo esencial del Estado colombiano es el de: “[...] *facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación*[...]” mientras que el Artículo 79 instituye que la totalidad de las personas tienen un “[...] *derecho a gozar de un ambiente sano. La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo*[...]”⁵²².

Posterior a esta decisión la Asociación Colombiana de Minería (ACM) al igual que algunos ciudadanos presentaron ante este Alto Tribunal un recurso de nulidad frente a la sentencia T-361, los argumentos traídos fueron algunos de corte procesal como falta de atención a la solicitud de impedimentos del magistrado ponente y la incorrecta utilización de la tutela, ahora bien el argumento que más nos interesa para el análisis es el relacionado con el precedente judicial, su cambio y desconocimiento, situación que solo se resolvió hasta el día veintinueve 29 de agosto de dos mil dieciocho 2018 ⁵²³.

Al resolver este recurso la Corte Constitucional decidió Rechazar y Negar las solicitudes de nulidad de la Sentencia T-361 de 2017, principalmente la relacionada con el cargo de desconocimiento del precedente que teóricamente se establecía desde la Sentencia C-035 de 2016, nombrada en este mismo texto, lo anterior lo sustentó en que los accionantes: no señalaron adecuadamente la *ratio decidendi* de las decisiones traídas en su alegato, no expresaron de manera adecuada los vínculos que se invocaban como decisiones análogas con la providencia puesta en entredicho y no se logró explicar: “[...] *por qué esas decisiones anteriores controlaban la decisión*

⁵²² Cfr. UBAJOA OSSO, Juan David. *Ob. cit.*

⁵²³ Cfr. Auto 558/18, 29 de agosto de 2018, M.P. Alberto Rojas Ríos, “*Solicitud de nulidad de la Sentencia T-361 de 2017, providencia que resolvió la acción de tutela instaurada por Julia Adriana Figueroa en calidad de representante legal de la Corporación Colectivo de Abogados Luis Carlos Pérez, y los señores Alix Mancilla Moreno, Dadan Amaya, Luís Jesús Gamboa y Erwin Rodríguez-Sala en nombre propio y en representación de los miembros del Comité por la Defensa del Páramo de Santurbán contra el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible.*”

cuestionada[...]”, en otras palabras, la ACM creaba una interpretación propia la cual no se compadecía con lo expresado en la decisión censurada y en este mismo sentido expresó que la T 361 de 2017 se constituía como un fallo novedoso y más importante aún ya que consideraba un problema jurídico que nunca antes se había sido resuelto por parte del Alto Tribunal Constitucional colombiano⁵²⁴.

4.12 EL DEVENIR DE LOS PÁRAMOS Y LA ACTIVIDAD MINERA EN EL PAÍS A PARTIR DE LOS PRONUNCIAMIENTOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Los pronunciamientos de la Corte Constitucional descritos en los apartes que nos preceden han generado un cambio dentro de la regulación y alcance de las normas aplicadas al sector minero colombiano, siendo los páramos y en general las zonas de protección ambiental uno de los varios temas que han sido objeto de debate en los estrados judiciales de varias jurisdicciones, pero que usualmente terminan definiéndose en sede constitucional debido a que encierran en el centro de su argumentación la afectación a derechos fundamentales. Como ya se ha venido mencionando en diferentes apartes del presente texto podemos encontrar otros ejemplos de este tipo en debates surgidos sobre figuras tales como: la consulta popular, la consulta previa o la prórroga de los contratos mineros, asimismo consideramos inconveniente el entender las dos sentencias presentadas como hechos jurídicos aislados, ya que existen una serie de factores los cuales se deben tener en cuenta al construir el mapa de lo aquí descrito, iniciemos por indicar que el Gobierno colombiano eligió entrar a participar y refrendar una serie de convenios internacionales integrándolos a la Política Pública interna, dentro de estos se ubican compromisos como la delimitación de las áreas protegidas del territorio nacional⁵²⁵.

Bajo la anterior lógica y, como parte de una política pública establecida por parte del Gobierno Nacional, se integró a sus metas la delimitación de todos los páramos del país antes de culminar el

⁵²⁴ Cfr. Auto 558/18, 29 de agosto de 2018, M.P. Alberto Rojas Ríos.

⁵²⁵ Cfr. Sentencia Tribunal Administrativo de Boyacá, Radicación 15238 3333 002 2018 00016 01 del 09 de agosto del 2018, M.P. Clara Elisa Cifuentes, "Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible (fls. 669-688) contra la sentencia proferida el 29 de junio de 2018 (fls. 644-654 v.) por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Duitama que resolvió tutelar los derechos fundamentales a la participación ciudadana y al debido proceso." Ver También, Cfr. MARTÍNEZ, Adriana. Cátedra: Curso de Actualización en Regulación Minera. *Ob. cit.*

mandato presidencial del Gobierno Santos en el 2018, este objetivo fue cumplido casi en su totalidad excluyendo el caso del Páramo de Pisba, que es un caso destacable puesto que haciendo uso de la misma línea jurisprudencial de la participación ciudadana ambiental se construyó una argumentación jurídica en la que nuevamente se pone en entredicho la actuación del MADS a la hora de trazar la delimitación de este nuevo Páramo, pero desde el punto de vista de las comunidades mineras que habitan y desarrollan sus actividades en este espacio⁵²⁶.

También resulta interesante el valorar los conceptos de justicia ambiental, conflicto socio ambiental, participación ciudadana ambiental y obligación de cargas ambientales desde un punto de vista diferente en el que exista una actividad económica presente que sirve como sustento a las necesidades bases de la comunidad habitante del Páramo, para este caso no se estaría hablando de tipos de gran minería o minería realizada por grandes multinacionales, sino por el contrario se trata de pequeña y mediana minería ejercida en algunos casos de manera tradicional por los habitantes de una zona del país sobre la que sobreviene una declaratoria de área de protección ambiental como es el caso de los páramos.

En concreto estaremos frente a otro reto el cual deberá ser resuelto por la justicia constitucional ya que por intermedio de una acción popular y sendas tutelas varios miembros de las comunidades mineras campesinas reclamaron su derecho a la participación en las decisiones ambientales, específicamente sobre la delimitación del Páramo de Pisba por no haber sido tenidas en cuenta a la hora de tomar esta decisión, de esta manera se subraya cierta vulnerabilidad de estas poblaciones frente al accionar estatal sustentado en que la delimitación puede afectar toda la sostenibilidad económica de un área importante la cual impacta a los habitantes de estas zonas del país, exaltando a su vez el inadecuado sustento de los estudios socio-ambientales que se practicaron al trazar la línea que diferencia las zonas donde se puede realizar la actividad minera⁵²⁷.

De este grupo de acciones que fueron presentadas actualmente existe un proceso que recoge el caso de un grupo de trabajadores de una empresa minera en donde en primera instancia⁵²⁸ se

⁵²⁶ Cfr. MARTÍNEZ, Adriana. Cátedra: Curso de Actualización en Regulación Minera. *Ob. cit.*

⁵²⁷ *Ibíd.*

⁵²⁸ Cfr. Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Duitama, Sentencia del 29 de junio de 2018, Radicación 1.5238333002-201800016-00.

reconoce esta ineficiencia de los estudios sobre los que se estableció la línea divisoria y la falta de participación que existió en el proceso de delimitación del Páramo de Pisba, muy similar a lo planteado en la sentencia T-361 de 2017, pero desde el punto de vista de los que desarrollan la actividad minera dentro de la zona que quedo cubierta por la medida del MADS. En esta primera instancia se dio la orden de repetir los estudios que dieron sustento a la decisión.

El debate ha escalado y llegó a una segunda instancia que fue resuelta ante el Tribunal de Boyacá, el cual confirmó la sentencia del Juzgado y adicionó dentro de su decisión la declaratoria del Páramo de Pisba como sujeto de derechos, es probable que a partir de esta situación la sentencia sea elegida por parte de la Corte Constitucional que deberá nuevamente entrar a dirimir una controversia vinculada a los páramos del país y que tiene en el centro del debate la participación en las decisiones ambientales de las comunidades, es así como la definición de la delimitación del Páramo de Pisba se encuentra a la espera de una fallo que deberá tomar la Justicia colombiana y que ojalá sea expresado mediante una Sentencia de Unificación.

En definitiva, es posible reconocer que en las sentencias presentadas en el presente capítulo hacen parte del moldeamiento realizado sobre la regulación minera impulsada desde los fallos jurisdiccionales, especialmente los provenientes desde la Jurisdicción Constitucional, es así como en la sentencia C-035 del 08 de febrero de 2016 se opta por reconocer los derechos a disfrutar un ambiente sano e inclusive un derecho al acceso al agua que va muy ligado con el primero y en definitiva señala como exigibles los contenidos de los derechos económicos, sociales y culturales, lo anterior se realiza haciendo uso del concepto de núcleo mínimo y reconociendo de manera directa la exigibilidad de este tipo de derechos. Lo anterior nos ofrece la observación de ciertos rasgos característicos de los tribunales o pronunciamientos de tendencia activista y es a partir de acá que el mismo pronunciamiento plantea su desacuerdo con diferentes decisiones tomadas por parte del Legislador o por parte de la misma Administración⁵²⁹.

⁵²⁹ Cfr. RODRÍGUEZ, César; RODRÍGUEZ, Diana. Juicio a la exclusión. El impacto de los Tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global. Buenos Aires, Argentina, Siglo Veintiuno Editores, 2015, p. 30 y sigs. *Ver también*, Cfr. GUZMÁN, Luis. El activismo judicial y su impacto en la construcción de políticas públicas ambientales. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017, pp. 160-162.

En la sentencia mencionada se destaca tanto la fragilidad del objeto protegido, los páramos colombianos, como la falta de acciones legislativas o administrativas para su protección, esto último es lo que impulsa al juzgador a crear una serie de remedios que se pueden categorizar como fuertes, estableciendo dentro de su decisión órdenes de cumplimiento obligatorio que buscan recabar resultados concretos, desplazando a la autoridad a la hora de ser ella quien se encargue de esta acción.

En similar sentido al reflexionar sobre la implementación de la sentencia C-035 encontramos que inicia por crear una exigencia al MADS de cumplir para todos los casos con una motivación adecuada vinculada con las razones por las cuales se aparta de los criterios o la línea base instituida por parte del IAVH, lo cual dirigirá la actuación de esta entidad al uso de criterios específicos, por otra parte, el Alto Tribunal decide no reconocer ni los contratos ni las licencias ambientales obtenidas por parte de los operadores mineros y como ya se ha mencionado establece una nueva categoría de restricción para el caso minero diferente a las de las áreas excluibles de la minería determinadas por la Ley y como tal estaremos ante una serie de órdenes de aplicación forzosa especialmente materializados a manera de mandatos dirigidos a la Administración⁵³⁰.

En el mismo sentido, en la sentencia T-361/17 encontraremos que termina por influenciar la creación de dos importantes conceptos; el primero el de justicia ambiental y el segundo el de conflicto socio ambiental, como se explicó en el cuerpo del capítulo, esto no es menor cosa ya que propone la creación de toda una nueva lógica que involucra las cargas que el ciudadano debe soportar bajo el cuidado ambiental ejercido por parte de la Administración, también establece al MADS que debe realizar un nuevo procedimiento que consienta la deliberación y ordena que este derecho sea libre y razonado, cualificando la “*adecuada*” actuación de la administración, lo cual conlleva a declarar como inconstitucional la Resolución 2090 de 2014 que se encargaba de delimitar el páramo hasta el momento de la aparición del pronunciamiento.

⁵³⁰ A mayor abundamiento sobre las categorías y formas de identificación de sentencias activistas consultar: Cfr. TUSHNET, Mark. *Weak courts, strong rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*. Princeton, Nueva Jersey, Princeton University Press, 2009.

Como ya se mencionó, se podría interpretar que sumado al derecho fundamental de participación nacería a manera de categoría jurídica autónoma el derecho a la participación ambiental, insertándose dentro del ordenamiento y apartándose del concepto de derecho de participación puro y simple que proviene de la manifestación del principio democrático del Estado Social De Derecho, este nuevo derecho por el contrario tiene como fuente no a la Ley, sino a la interpretación creada por parte de la Corte en esta sentencia sobre los Artículos 2 y 79 de la Carta Política Nacional, esto hace notoria la lógica de materialización de los derechos económicos, sociales y culturales que guarda el Alto Tribunal y que ubica su actuación bajo una dinámica más propensa al activismo.

Al amparar en este mismo pronunciamiento la Corte los derechos fundamentales de acceso a la información pública, y derecho a la participación ambiental revocó las sentencias del Consejo de Estado y se encargó de proveer toda una nueva visión tanto procedimental como sustantiva de la manera en que se debe aproximarse a estos derechos, temas como los establecimientos de plazos, las convocatorias abiertas, temarios mínimos, eficacia de las opiniones recogidas y las adecuadas condiciones de las convocatorias y censos entre otras en un futuro moldearán la actuación de la administración, por lo anterior consideramos que, tanto en el campo del reconocimiento de derechos, como en las medidas de implementación estaremos en la presencia de un activismo fuerte como es descrito por autores como: Tushnet, César Rodríguez, Maraniello o Guzmán, concepto que retomaremos más adelante dentro del presente texto.

También vale la pena recordar lo manifestado por el profesor Lorenzetti quien en su obra postuló algunas categorías de los tipos de activismo⁵³¹, en este sentido hablaríamos que en las sentencias mencionadas harían presencia en un tipo de activismo constitucional y que a su vez también puede considerarse como activismo social-ambiental, nuevamente debemos expresar la preocupación sobre el desconocimiento en este y otros fallos del Alto Tribunal de la aplicación de un análisis más amplio que consideren valoraciones económicas y sociales necesarias a la hora de reflexionar

⁵³¹ Cfr. KARAM, Carlos. LORENZETTI, Ricardo Luis, Teoría del derecho ambiental, México, Porrúa, 2008. En: Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 129. Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2010, pp. 1445, 1446, 1448.

sobre una decisión tan importante como la declaratoria de áreas protegidas en el país, utilizando como criterios exclusivos tanto conceptos como argumentaciones ecosistémicas⁵³².

Consideramos no existió una solución de fondo a las tensiones de corte social que experimentan todos los que habitan los páramos del país y es solo hasta ahora en el caso del Páramo de Pisba en donde se vienen vinculando conceptos propios de la justicia ambiental que tengan en cuenta las formas de sustento de las comunidades que habitan los páramos y que posiblemente reconfigurarán nuevamente las dimensiones de la participación en las decisiones ambientales de los ciudadanos.

A este punto planteamos que las nuevas medidas originales expresadas por Fiss o esa nueva justicia de corte dialógico que destaca Gargarella encuentran en los temas relacionados con la explotación de recursos naturales y la protección al medio ambiente un espacio ideal para crecer, no obstante, por más que este postulado resulte a primera vista benévolo para la sociedad vale la pena realizar un análisis de sus efectos sobre los sistemas y relación entre los Poderes que poseemos en nuestros países⁵³³, por lo tanto se llevará el debate y descripción de varios de los conceptos presentados en el caso práctico a un análisis más detallado en el siguiente capítulo.

⁵³² A mayor abundamiento sobre la construcción de las categorías mencionadas consultar: Cfr. MARANIELLO, Patricio. El activismo judicial, una herramienta de protección constitucional. En: Revista de Ciencias Sociales Tlamelau, vol. 5, núm. 32. México, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma de Puebla, 2012, p. 51 y sigs. [En línea] Revisado, abril 29, 2019. Disponible en: <http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/tlamelau/article/view/25/30>

⁵³³ Cfr. FISS, Owen. *The Law as It Could Be*, New York: New York U.P., 2003

CAPÍTULO 5. EL ACTIVISMO JUDICIAL

Eficacia, diligencia y prontitud son términos frecuentemente vinculados al uso de la palabra “*activa*”, es decir, actuar sin ninguna dilación o retraso, estos términos bien podrían constituirse como elementos esenciales o características del activismo judicial⁵³⁴, si parafraseamos lo indicado por el Diccionario de la Lengua Española la palabra activismo también se vincula con una tendencia en la que estará presente el: “[...] *comportarse de un modo extremadamente dinámico.*”. Asimismo, señala que se trata de un ejercicio proselitista o un accionar de tipo público, para finalmente destacar que la palabra activismo tiene cierta afinidad con un tipo de doctrina la cual predica que: “[...] *todos los valores están subordinados a las exigencias de la acción y de su eficacia.*”⁵³⁵.

Teniendo en cuenta la anterior referencia, nos preguntamos: ¿De qué manera el activismo se relaciona con el Poder Judicial? Esta cuestión no es de fácil respuesta, por lo cual, lo pertinente sería acudir a referencias de tipo histórico que encuentran vestigios de la figura hacia el siglo XIV D. C., más exactamente con la Partida Tercera, título IV, Ley 11 que es aparte de las Siete Partidas del Rey Alfonso el Sabio en la que se exterioriza que el Juez debía: “[...] *saber la verdad del pleito por cuantas maneras pudiese [...]*”, lo que a la postre confería un poder relativamente amplio al juzgador siempre y cuando se esgrimiera con el ánimo de traer claridad al debate, siguiendo esta línea también se encuentran rastros en la Ley de Enjuiciamiento Civil de España que exalta la capacidad del Juez para averiguar la verdad en cualquier momento del proceso hasta la misma sentencia⁵³⁶, no obstante lo anterior, consideramos que estos no son más que meros indicios que nos sirven de referencia ya que en casi todos los ordenamientos la labor del Juez se soporta en la búsqueda de la verdad la cual debe verse expresada en su sentencia de la mejor manera.

⁵³⁴ Cfr. MARANIELLO, Patricio. *Ob. cit.*, p. 51 y sigs.

⁵³⁵ Cfr. Portal Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española – Edición del Tricentenario, Actualización 2018. [En línea] Revisado, diciembre 02, 2018. Disponible en: <https://dle.rae.es/?id=0cj11pS>

⁵³⁶ Cfr. MARANIELLO, Patricio. *Ob. cit.*, p. 51 y sigs.

La mencionada labor que debe cumplir el Juez no es para nada sencilla, incluso en virtud de esta búsqueda se han presentado hasta nuestros días destacados debates iusfilosóficos como los que sostuvieron Hart y Dworkin⁵³⁷. Se debe subrayar lo postulado por parte de Dworkin cuando indicó que los positivistas siguen determinadas reglas base, una de estas reglas se refiere a las situaciones en donde un caso no puede ser resuelto simplemente aplicando una Ley (por su inexistencia o vaguedad) y por lo tanto, el funcionario que termine dando solución al mismo lo hará acudiendo a su discrecionalidad, lo que en consecuencia traerá el desbordamiento de lo establecido por parte de la Ley y conlleva a la utilización por el Juez de estándares que le ayuden a completar o fabricar lo inicialmente dictaminado por el legislador⁵³⁸.

Aproximándonos a menciones más próximas en el tiempo y que son elaboradas vinculando la presencia del activismo judicial en los ordenamientos jurídicos, localizaremos que es en el entorno Anglosajón y más exactamente en el de los EE. UU., donde se encuentra una referencia más sofisticada de lo que podría ser el activismo judicial, en este sentido atenderemos la creación desarrollada por parte de la Suprema Corte de EE.UU., en el año 1954 quien por medio de su actuación dentro del caso *Brown vs. Board of Education* redefinió la denominada *Equal Protection Clause* para lograr impedir la segregación racial en el entorno de la educación pública, bien se manifestara por intermedio de la Ley o por acción estatal, esto dio espacio para que a partir del rediseño planteado y bajo una fórmula similar se brindara protección a otros sujetos en diferentes contextos⁵³⁹.

Para la época, se desempeñaba como presidente del Alto Tribunal el mencionado Juez Earl Warren y se declaró por unanimidad como contraria a la Constitución la segregación racial en las escuelas de este país. En la sentencia la Corte asumió un rol más que central y de verdadero protagonismo político, tanto así que en el cuerpo del pronunciamiento no se habla de los cinco demandantes,

⁵³⁷ Para Shapiro aparentemente el positivismo logró responder la pregunta formulada frente a las situaciones en donde los diferentes jueces deberán salirse de la jerarquía normativa y vincular principios en sus decisiones para los casos categorizados como difíciles, A mayor abundamiento sobre esta tendencia revisar: Cfr. SHAPIRO, Scott J. The Hart-Dworkin debate: A short guide for the perplexed. [En línea] Available at SSRN 968657, 2007, pp. 53 y 54 Disponible en: https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/Faculty/Shapiro_Hart_Dworkin_Debate.pdf

⁵³⁸ Cfr. DWORKIN, Ronald M. The model of rules. The University of Chicago Law Review, vol. 35, no 1, pp. 14-46. 1967, pp. 17 y 18 Disponible en: <http://users.umiacs.umd.edu/~horty/courses/readings/dworkin-1967-model-of-rules.pdf>

⁵³⁹ Cfr. ROSENBLOOM, David H.; O'LEARY, Rosemary; CHANIN, Joshua. Public administration and law. CRC Press, 1996, p.129.

tampoco se explica sobre la manera específica en la que se ejecutaría la sentencia y por el contrario este Tribunal optó por una fórmula para su pronunciamiento en la que se subraya a la sociedad en general que la totalidad del sistema resultaba excluyente a través de una demostración en la que una práctica colisionaba con derechos consagrados en la Constitución, denotando a su vez que las acciones reprochadas dentro de la demanda se encontraban camino a la extinción, bajo la anterior lógica se extendió este tipo de decisiones que prohibían la segregación racial en comercios, estrados judiciales, parques, edificios públicos y zonas de recreación, al nivel de considerarlo como toda una herramienta ideológica para el movimiento de los derechos civiles y como tal resulta ser un emblema para expresar que las Cortes tienen la capacidad de producir verdaderos cambios en la sociedad⁵⁴⁰.

A pesar de lo anterior, *Brown vs. Board of Education* también puede ser categorizada desde otra perspectiva como una sentencia del tipo retórico ya que se requirió de otras fuerzas y decisiones del Ejecutivo para que fueran implementados sus postulados, bajo esta visión las decisiones de las Cortes solo son una parte de lo que significa toda una transformación social⁵⁴¹. Se necesitó de la voluntad de las otras ramas del Poder Público para que se llegaran a concretar cambios fehacientes en el sistema de segregación aplicado en este país, es decir, sin un apoyo político real el cual soporte este tipo de decisiones transformadoras tomadas por parte de los jueces no se presentarán los cambios sociales postulados, asimismo se indica que las razones para exaltar a *Brown vs. Board of Education* como una sentencia que por sí sola es modificadora de la sociedad se sustenta en una lógica de sobrevaloración tanto de la labor de Cortes como de abogados como agentes de cambio que a su vez alienta los litigios de este tipo, desconociendo que los verdaderos cambios y debates se deberían dar por las vías políticas tradicionales⁵⁴².

El pronunciamiento que terminó haciendo uso de una formula muy política creó efectos prácticos en el mediano plazo que no hubieran sido posibles si solo se hubieran limitado a expresar órdenes muy concretas que debido al trance social y a la situación que se vivía en su momento en la

⁵⁴⁰ Cfr. ROSENBERG, Gerald N. *The hollow hope: Can courts bring about social change?* University of Chicago Press, 2008, pp. 39-40. Ver También, Cfr. MARANIELLO, Patricio. *Ob. cit.*, p. 51 y sigs.

⁵⁴¹ *Ibíd.* pp. 39-40.

⁵⁴² Cfr. ROSENBERG, Gerald N. *Tilting at Windmills: Brown II and the Hopeless Quest to Resolve Deep-Seated Social Conflict Through Litigation.* *Law & Ineq.*, vol. 24, 2006, pp. 45-46.

sociedad de este país Norteamericano resultaban imposibles de implementar, diríamos que el mensaje político se fue materializando a lo largo y ancho del territorio de manera progresiva por más que recibió una esperada oposición por parte de los Estados Sureños de la Unión Americana que se disolvió por varios factores entre los que destacamos el respaldo de otros fallos como *Cooper vs. Aaron* de 1958, finalmente tras siete años del pronunciamiento de *Brown vs. Board of Education* las diferentes escuelas acataron los postulados del mismo en su totalidad⁵⁴³.

Para algunos, es desde *Brown vs. Board of Education* cuando se optó por pedir un apoyo por parte de la ciudadanía a los jueces para adaptar el marco legal a los cambios sociales, labor que antes se concentraba de manera mucho más clara en los legisladores y es en la evolución de esta construcción a lo largo del tiempo y en su aparición en otros pronunciamientos que se han alimentado la creación de dos vertientes que estarán presentes a lo largo del presente texto, la primera que considera este tipo de acciones como contraria a las decisiones de las mayorías y opuesta a la confianza depositada en los legisladores y la segunda que entiende esta acción de los jueces como una manera de corregir los errores del pasado y garantizar los derechos de las minorías permitiendo que estos grupos tengan una vía de acceso a procesos políticos que de otra manera no podrían acceder⁵⁴⁴.

Una de las opciones que se tienen para entender este fenómeno de la participación de los jueces desde la perspectiva del sistema que posee un país como EE. UU., es la que indica que la función de estos se reduce a ser programadores de agendas de grupos políticos que los utilizan a manera de pretexto para actuar, entendiendo que el verdadero poder que encierran la Corte Suprema de este país es la de establecer agendas de corte político para este tipo de grupos y de socializar los conflictos que van a surgiendo a lo largo del tiempo⁵⁴⁵, lo anterior se afirma siguiendo los postulados planteados por Tocqueville cuando señalaba que se había otorgado a las Cortes de este

⁵⁴³ Cfr. MARANIELLO, Patricio. *Ob. cit.*, p. 51 y sigs.

⁵⁴⁴ Cfr. SCHULTZ, David and GOTTLIEB, Stephen E., Legal Functionalism and Social Change: A Reassessment of Rosenberg's The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change? 1998, [En línea] Journal of Law & Politics, Vol. 12, No. 63, 1998. p. 64. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1576686>

⁵⁴⁵ *Ibíd.* pp. 89-90.

país un gran poder político y que resultaba normal que en su sistema los debates o preguntas de tipo político migraran a disputas judiciales⁵⁴⁶.

No debe sorprender que en esta narración estamos afirmando que cualquier tipo de decisión y actuación que provenga de las Cortes de Justicia tiene un impacto público a manera de decisiones políticas, este asunto que hoy en día resulta más comúnmente aceptado no se tenía como tal hasta hace muy poco tiempo, con excepción de la Jurisdicción de los EE. UU., en la que algunos autores como Dahl y Shapiro previamente habían estudiado y reconocido tanto su existencia como sus efectos, según lo anterior solo hasta hace no muchos años encontraremos una presencia difundida de esta forma de aproximación a la aparición de decisiones políticas en nuevas jurisdicciones, inclusive haciendo habitual el uso de la palabra judicialización de la política dentro de la cultura jurídica que termina puntualizando la relevancia que han adquirido las Cortes de Justicia a la hora de participar en la política y al mismo tiempo elimina la exclusividad con la que contaban tanto la Rama Legislativa como la Rama Ejecutiva del Poder Público para determinar este aspecto, vale la pena destacar que este movimiento siempre se ha soportado en la ampliación del lenguaje de los derechos⁵⁴⁷, que es infinito. Retomando el caso de los EE. UU., resulta plausible recordar el aporte de Rosenberg quien ubica la popularidad del litigio usado para crear reformas sociales o “*social reform litigation*” por intermedio de Cortes Dinámicas, esto dio inicio no hace muchos años⁵⁴⁸.

En todo caso, se destaca una diferencia entre lo considerado por parte de Rosenberg vinculada con la confianza que predica de la posibilidad de transformación social por medio de las decisiones de las Cortes y lo expresado por parte de Schultz el cual aporta una visión en la que se debe contar con una serie de factores externos y casi que concomitantes con la decisión judicial para lograr alcanzar las transformaciones que predica Rosenberg en sus textos, por lo que en específico para

⁵⁴⁶ Cfr. DE TOCQUEVILLE, Alexis. *Democracy in America*, traducido por Henry Reeve. Longman, Green, Longman, and Roberts, 1862, p. 309.

⁵⁴⁷ Cfr. COUSO, Javier. Consolidación democrática y Poder Judicial: los riesgos de la judicialización de la política. En: *Revista de Ciencia Política*, vol. 24, núm. 2. Pontificia Universidad Católica de Chile. Instituto de Ciencia Política, 2004, pp. 29-30. [En línea] Revisado, abril 29, 2019. Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S0718-090X2004000200002&script=sci_arttext&tlng=en

⁵⁴⁸ Cfr. ROSENBERG, Gerald N. *The hollow hope: Can courts bring about social change?* *Ob. cit.*, pp. 9-10.

el caso *Brown vs. Board of Education* se debió esperar durante algunos años para que arribara esta transformación⁵⁴⁹.

La figura de la revisión judicial es diferente del activismo judicial propiamente dicho, a manera de ejemplo podemos observar el caso de Japón o Suecia en donde la revisión judicial es claramente reconocida en su ordenamiento, aun así, no resulta común para estos países que la Suprema Corte de Suecia o Japón entren a invalidar una Ley, constituyéndolas de este modo como jurisdicciones poco activistas, por el contrario existen prácticas como la de la Corte Suprema de Israel quien ha establecido como una acción relativamente común la creación de normas que terminan siendo obligatorias para el Gobierno, lo anterior sin contar con el respaldo de una Constitución de tipo escrito que autorice estas acciones⁵⁵⁰, en otras palabras, resulta insuficiente el simple reconocimiento de la revisión judicial al interior de una jurisdicción para calificar la misma de más o menos activista.

Es comprensible que en una época como la nuestra en donde el empoderamiento de los derechos humanos resulta común⁵⁵¹, nos parezca más que natural que la revisión judicial de carácter constitucional es el único escenario en donde hace presencia el activismo judicial por parte de los administradores de justicia, pero se debe tener cuidado y entrar a analizar otros factores de manera conjunta que permitan dimensionar de manera más completa cada jurisdicción.

Se debe tener un especial cuidado al estudiar el tema de la judicialización de la política debido a que comprende un objeto de investigación que contiene un ramillete de materias de examen posibles por ser abordadas. Lo polifacético de la temática brinda todo un reto al investigador al descubrir que en su estudio se puede abarcar, desde la actuación de las Cortes Constitucionales como determinadoras de políticas públicas incluyendo su: “[...]diseño e implementación[...]”,

⁵⁴⁹ A mayor abundamiento sobre la necesidad de contar con un conjunto de factores para lograr el cambio social que acompañe las decisiones de las Cortes revisar: SCHULTZ, David Andrew (ed.). *Leveraging the law: using the courts to achieve social change*. Peter Lang Pub Incorporated, 1998. p. 175 y sigs.

⁵⁵⁰ Cfr. HOLLAND, Kenneth. *Judicial Activism in Comparative Perspective*. New York, Springer, 1991, p. 2 y sigs.

⁵⁵¹ Cfr. SHAPIRO, Martin; STONE-SWEET, Alec. *The new constitutional politics of Europe*. En: *Comparative Political Studies*, vol. 26, núm. 4 SAGE Publications, 1994, pp. 409-411. Ver También, DIEZ SPELZ, Juan Francisco; BUSTOS, Luis. Capítulo 6. *Derechos Humanos y su influencia en el ámbito empresarial*. En: TOLE, Julián (ed) *Derechos Humanos y la Actividad Empresarial en Colombia: Implicaciones Para el Estado Social de Derecho*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2019, p. 197 y sigs.

hasta la actuación desarrollada por parte de la Rama Judicial en la persecución de la Corrupción⁵⁵², asimismo el estudio de esta temática permite ser observado desde una perspectiva estructural de conformación de las Rama del Poder Judicial dentro de un país y al mismo tiempo permite ser observado desde un acercamiento más específico que se traduce en el análisis de la función pública aplicada a la conformación de la Rama Judicial de cada Estado y que necesariamente pasa por la organización de la carrera judicial y el nombramiento de los administradores de la justicia, finalmente dentro de las opciones también se puede identificar como opción el análisis individualizado de la actuación del Juez a manera de elemento básico sobre el cual se construye todo el sistema de justicia y traerá consigo todas las variables éticas, jurídicas y sociológicas que el administrador de justicia activa a la hora de ejercer este poder, las cuales moldean necesariamente tanto la realidad jurídica como la habitualidad y el comportamiento social de la jurisdicción a la cual pertenezcan.

En el presente estudio se plantea desde la observación de algunas actuaciones que ha tenido la Corte Constitucional colombiana, sin pretender abarcar todas, ya que esta institución viene siendo nombrada desde hace unos años como determinadora de la política pública aplicada al sector minero en el país.

En consecuencia, y debido que a lo largo de la investigación haremos uso del concepto de “*política pública*” de manera reiterada preferimos guardar cierta precaución en la utilización del concepto, aparte de eso presentaremos al lector algunas referencias propias de países de tradición jurídica que forman parte del *common law* lo cual significa un reto adicional en el adecuado manejo del término.

Como lo explica Henao, en el castellano utilizamos una misma palabra “política” para referirnos a tres aspectos que en el inglés se les asigna una connotación diferenciada siendo el vocablo *politics* la lucha y organización por el poder, *policy* tanto los programas como los propósitos que poseen las diferentes autoridades públicas y finalmente *polity* que hace una directa referencia a: “[...]el ámbito del Gobierno de las Sociedades humanas[...]”, como es de esperarse las tres tienen múltiples puntos de contacto y se interrelacionan entre sí. Teniendo en cuenta lo anterior las

⁵⁵² Cfr. COUSO, Javier. *Ob. cit.*, p. 30.

políticas públicas a las que haremos alusión en este texto tratarán de aproximarse a: “[...]el programa de acción y la realización concreta de las decisiones adoptadas por el Estado.”, bajo el entendido de que (Estado) es una “*organización específica*” y política pública es la actividad que desarrolla este ente, en otras palabras, las políticas públicas serán entendidas, para efectos de este trabajo, como medios que son usados: “[...]para modificar comportamientos específicos mediante el cambio de reglas operantes hasta el momento[...]”⁵⁵³. En todo caso, los cambios políticos podrán aparecer de diferentes maneras, por lo que la ciencia política ha designado una serie de teorías del cambio político de donde surgen estas modificaciones a las reglas vigentes hasta el momento⁵⁵⁴.

Siguiendo lo expresado en el anterior párrafo, el denominado *policy stream* aparece al encontrar una gran cantidad de ideas que se encuentran en una carrera por obtener su aceptación y que se someten a un proceso de selección, estas ideas no nacen de manera espontánea y por el contrario provienen de actores identificados como lo son: centros de pensamiento, Congreso, burócratas, académicos y grupos con preocupaciones comunes en un campo específico, en este último caso encontramos los asuntos vinculados con la política medioambiental, por otra parte cuando se hace uso del término *politics stream* se tratará un asunto diferente en el que confluyen tres elementos: las campañas creadas por grupos de presión, el estado de ánimo Nacional y la rotación legislativa o administrativa, a manera de resumen se dirá que el estado de ánimo Nacional corresponde a líneas de pensamiento común de las personas que conforman un país, la rotación en espacios legislativos o administrativos de funcionarios que es la continua selección que ubica nuevos sujetos con ideologías diferentes en estos espacios⁵⁵⁵ y finalmente, los grupos de presión a manera de conglomerados que se organizan para hacer figurar un tema particular en la agenda por medio de herramientas que hacen visible su consenso o disenso con determinada postura.

⁵⁵³ Cfr. HENAO, Juan Carlos. El juez constitucional: un actor de las políticas públicas. En: Revista de Economía Institucional, vol. 15, núm. 29. Bogotá, Facultad de Economía de la Universidad Externado de Colombia, 2013, pp. 68-70.

⁵⁵⁴ A mayor abundamiento sobre las diferentes teorías vinculadas a las transformaciones políticas consultar: Cfr. CERNA, Lucie. The nature of policy change and implementation: A review of different theoretical approaches. Organisation for Economic Cooperation and Development (OECD) report, 2013, pp. 492-502.

⁵⁵⁵ Cfr. ZAHARIADIS, Nikolaos. The multiple streams framework: Structure, limitations, prospects. En: SABATIER, Paul (ed) Theories of the policy process. Boulder (Colorado), Westview, 2007, p. 72 y sigs.

También resulta relevante el desemparejar el concepto según el cual cualquier tipo de acción emanada de una organización estatal es una *policy* para lo que le son asignados cuatro elementos que permitirán caracterizarla y que comprenderán: “[...] (i) *intervención de una institución pública; (ii) percepción de una situación problemática o socialmente relevante; (iii) definición de objetivos concretos para solucionarla o hacerla manejable, y (iv) un proceso de implementación y evaluación, que se debe hacer en todas las etapas.*”⁵⁵⁶, Roth por otra parte señala en su obra que con la finalidad de realizar cambios frente a: “[...]una situación percibida como insatisfactoria o problemática[...]” se deben fijar objetivos colectivos que se razonan como: “[...] necesarios o deseables[...]” y que son trabajados a través de acciones y medios desarrollados de alguna manera por lo que conocemos como organizaciones o instituciones de carácter gubernamental con el propósito de proporcionar una orientación sobre el: “[...]comportamiento de actores individuales o colectivos[...]”, de manera que este autor se ubica del lado de quienes entienden la política pública como una construcción del tipo social y no como algo natural que parece en la realidad de manera espontánea y para estos efectos el análisis que se realice sobre la misma se tratará del examen aplicado a: “[...]una serie de objetivos, de medios y de acciones definidos por el Estado[...]” dirigidos a la transformación de la sociedad, sumando al escrutinio tanto de sus efectos como de sus resultados⁵⁵⁷.

Si hacemos referencia a la fase de implementación de la política pública se entenderá como: el espacio en donde: “[...]se generan actos y efectos a partir de un marco normativo de intenciones, de textos o de discursos[...]”⁵⁵⁸, esta definición tomada de Mény y Thoenig es próxima al trabajo de Roth al entender que no existe una neutralidad de la Administración como tal y que en el marco de la implementación hacen presencia una serie de relaciones de poder que se exacerban al acudir a espacios en donde el Estado tiene que entrar a negociar con ciertos actores por carecer de poder a nivel local, dejando de lado una clásica visión en donde la implementación se trataba de una:

⁵⁵⁶ Cfr. HENAO, Juan Carlos. El juez constitucional... *Ob. cit.*, p. 69.

⁵⁵⁷ Cfr. GÓMEZ, Martha-Isabel. Reseña de " Políticas públicas: formulación, implementación y evaluación" de André-Noël Roth Deubel. En: Revista Opera, núm. 8. Bogotá, Centro de Investigaciones y Proyectos Especiales (CIPE) de la Facultad de Finanzas, Gobierno y Relaciones Internacionales de la Universidad Externado de Colombia, 2008, p. 203. [En línea] Revisado, abril 29, 2019. Disponible en: <https://revistas.uxternado.edu.co/index.php/opera/article/view/774>

⁵⁵⁸ Cfr. MENY, Yves; THOENIG, Jean-Claude; MORATA, Francesc. Las políticas públicas. Barcelona, Ariel, 1992, p. 159 y sigs.

“[...] *ejecución administrativa por parte de funcionarios*[...]” en donde por ende se concebía que los complejos problemas sociales se remediaban a través de normas⁵⁵⁹.

Debemos destacar que una parte significativa del objeto de estudio que se presentará comprenderá la actuación de la Corte Constitucional colombiana y los efectos de algunas de sus decisiones sobre los páramos del país, en este sentido continuaremos con el análisis distinguiendo unos factores que terminan favoreciendo la aparición del activismo en el centro del sistema jurídico para ciertas jurisdicciones, pero que, como se observará no se trata de una característica absoluta ya que las experiencias se han presentado a lo largo y ancho del globo. En todo caso resulta interesante observar estos ítems que permitirán una mejor comprensión de la figura, así pues para el caso de los países que cuentan con Cortes Federales se puede llegar a decir que las mismas adquieren cierta legitimidad al ser las vigilantes de la guarda de la coherencia de la Ley de origen federal frente a lo establecido por la Carta Política y como consecuencia de esta actividad constante obtendrán una legitimidad que les será útil a la hora de señalar que una Ley es contraria a la Constitución, inclusive en oposición a lo contemplado por el mismo Gobierno Federal⁵⁶⁰.

Existen otro tipo de factores que según la literatura hacen más proclives a un determinado sistema jurídico a tener al activismo judicial como parte de sus habituales prácticas; dentro de estos se encuentran los factores de tipo cultural y en específico se habla de la tradición jurídica a la cual pertenecería el país que se esté analizando, en este sentido Holland hace un significativo aporte a esta discusión al indicar que las jurisdicciones de tradición próxima al *Common Law* serán más proclives a judicializar su política en comparación con las que practican unos presupuestos propios de la tradición del *Civil Law* o continental europea, que es la que preeminentemente hace presencia dentro de Latinoamérica⁵⁶¹, también tendrá suma importancia dentro de toda esta fórmula el identificar si el sistema jurídico analizado se encuentra inmerso bajo una cultura de derechos, que no es otro asunto que la presencia de una admisión y respaldo social de principios máximos según los cuales tanto las minorías como los individuos ostentan ciertos derechos de carácter obligatorio

⁵⁵⁹ Cfr. DELGADO, Camilo. Políticas Públicas Juez Constitucional y Derechos Sociales. Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2018, p. 122.

⁵⁶⁰ Cfr. SHAPIRO, Martin; STONE-SWEET, Alec. The new constitutional politics of Europe. En: Comparative Political Studies, vol. 26, núm. 4. SAGE Publications, 1994, pp. 408–409.

⁵⁶¹ Cfr. HOLLAND, Kenneth. Judicial *Ob. cit.*, p. 134 y sigs. Ver también Cfr. COUSO, Javier. *Ob. cit.*, p. 40.

que pueden constituirse a manera de antítesis de la expresión de la voluntad de las mayorías y como tal este tipo de desafíos son admitidos por el sistema aplicado⁵⁶².

De acuerdo al examen realizado por parte de Rosenberg y su análisis sobre las visiones y dinámicas vinculadas a las actuaciones de la Corte Suprema de EE. UU, es posible identificar una categorización que hace la diferencia entre Corte Dinámica y Corte Limitada o en su idioma original “*Dynamic Court and Constrained Court*”, en este sentido el autor entrega un enfoque en el que plantea la actuación de una Corte Dinámica que tiene en sus manos el poder de impulsar cambios sociales determinantes por medio de sus actuaciones y por el otro lado construye una teoría sustentada en una serie de barreras que le dan características a una Corte Limitada que en su actuación es todo lo opuesta a la anterior, es en este sentido que el autor subraya tres tipos de limitantes, la primera de estas barreras es la naturaleza de los derechos constitucionales con los que trabaja la Corte, que está muy alineado con la cultura de los derechos que fueron mencionados en el anterior párrafo, la segunda barrera radica en la verdadera independencia que tenga el Poder Judicial frente a las otras ramas del Poder Público lo cual le permite dar respaldo al tipo de cambios que pretende y una tercera limitante se explica en la misma naturaleza de la Corte Suprema en donde dadas su arquitectura no cuenta con la capacidad para desarrollar programas, generar políticas públicas e implementar las mismas como parte de sus actuaciones, en este sentido requerirá del soporte de las otras Ramas del Poder⁵⁶³.

En todo caso, Rosenberg indica que estas barreras o limitaciones que hacen la diferencia en la actuación de la Corte Suprema y le asignan la calificación de Corte Dinámica o Corte Constreñida son superables; en cuanto a la naturaleza, indica este autor que, mediante la construcción de precedentes y aumentando la interpretación de la constitución se podrá alimentar esa cultura de los derechos, frente a la segunda limitante indicará que es salvable al interrelacionarse con los Miembros del Congreso y el Ejecutivo logrando su respaldo frente al cambio que se plantea y la

⁵⁶² El autor identifica esta situación o condición, como el estar sujetos bajo un “*politics of rights*”, situación que en múltiples casos se encuentra expresada en una Carta de Derechos de Carácter Escrito: Cfr. TATE, Neal. *Why the Expansion of Judicial Power?* En: TATE, Neal; VALLINDER, Torbjorn. *The Global Expansion of Judicial Power*. New York and London, New York University Press, 1995, pp. 29-30.

⁵⁶³ Cfr. ROSENBERG, Gerald N. *The hollow hope... Ob. cit.*, p. 9 y sig.

tercera barrera sería superable por intermedio del apoyo de la ciudadanía que remueva oposiciones en la implementación⁵⁶⁴.

Otro ítem que agrega la literatura como factor que puede alterar la predisposición de un sistema jurídico a ser más o menos activista, es mucho más sutil y reside en el nivel de autoestima de los juzgadores, que para los anglosajones se traduce en la ejecución de sistemas jurídicos coordinados que tienen un rasgo distintivo que empodera a los jueces en contraste con la tradición continental europea la cual tiende a instaurar sistemas de corte jerárquico en donde el juzgador termina por ser un burócrata⁵⁶⁵ que responde a una disciplina institucional⁵⁶⁶. Adicional a esto se debe tener en cuenta que toda la teoría del activismo judicial también puede ser analizada desde la perspectiva de: “[...] *la estructura organizacional del Poder Judicial* [...]” examinando subtemas muy relevantes como lo son: la promoción, el entrenamiento y la forma de reclutamiento aplicado a los jueces⁵⁶⁷.

En definitiva por más que pueden surgir muchas aproximaciones que respaldan sus razonamientos sobre este fenómeno que tienen como sustento principal: la Constitución misma, la cultura del sistema o los mismos jueces, lo que realmente termina haciendo a un sistema más proclive a este fenómeno jurídico son los elementos de tipo: “[...] *político/estructurales* [...]”, explicados estos como medios y estructuras de soporte para una efectiva: “[...] *movilización legal* [...]”, que se constituyen como factores clave a la hora de condescender con el accionar positivo que tendrán los grupos de interés y la sociedad a la hora de hacer valer, exigir y constituir protecciones de sus derechos constitucionales⁵⁶⁸.

Si observamos estos últimos de manera detallada encontraremos que se trata de lo que Epp califica como: “[...] *structure for legal mobilization* [...]” que en otras palabras es el apoyo el cual ofrecen

⁵⁶⁴ Ibid. p. 36.

⁵⁶⁵ A mayor abundamiento sobre la descripción de los comportamientos de los burócratas, su organización, jerarquías, motivaciones, necesidad de los mismos y en general un análisis de la burocracia consultar: Cfr. DOWNS, Anthony. *Inside bureaucracy*: Little Brown and Company. Boston, 1967. Ver También, Cfr. DOWNS, Anthony. *A theory of bureaucracy*. Rand Corp. Santa Monica CA, 1964. [En línea] Disponible en: <https://www.rand.org/pubs/papers/P3031.html>

⁵⁶⁶ Cfr. DAMASKA, Mirjan. *The faces of justice and state authority: a comparative approach to the legal process*. New Haven, Connecticut, Yale University Press, 1986.

⁵⁶⁷ Cfr. COUSO, Javier. *Ob. cit.*, pp. 40-42.

⁵⁶⁸ Ibid. p. 41.

tanto los abogados defensores de derechos como las organizaciones defensoras de los mismos al ser respaldadas por determinantes fuentes de financiamiento⁵⁶⁹, según este autor estas denominadas estructuras son el núcleo o el gen de la era de la revolución de los derechos. Lo anterior se explica en la medida que los procesos judiciales desde su origen son paquidérmicos y costosos, es posible explicar de mejor manera esta dinámica por intermedio de la experiencia perfeccionada por parte de los de los EE. UU., en donde el litigio del tipo constitucional fue utilizado en un principio por organizaciones empresariales y de negocios que efectivamente contaban con un musculo financiero para defender sus intereses y bajo esta tendencia rediseñaron esta práctica. Ahora bien, este monopolio fue perdiéndose en la medida que el litigio constitucional se democratizó consintiendo influenciar sobre la agenda que guardaba la Corte Suprema de este país⁵⁷⁰.

Diríamos que existiría una presión desde las bases del sistema que promueven el accionar de las Cortes y que nada tienen que ver con el liderazgo de las cúspides, asimismo se expresa que el movimiento desde las bases no es propiamente aleatorio y espontáneo ya que surge a partir de una: “[...] *organización deliberada y estratégica* [...]” por parte de quienes deciden interpelar por la defensa de ciertos derechos. No se debe perder de vista bajo esta estructura la llamada: “[...] *movilización legal* [...]” que es altamente dependiente del patrimonio con el cual guarden relación, y es que para Epp es determinante el flujo de dineros que sean aportados por lo que este autor denomina como estructuras de apoyo⁵⁷¹.

En este caso, las razones por las que una causa en particular es llevada ante los tribunales tiene un análisis propio desde la sociología que no se puede perder de vista⁵⁷², asimismo se podrán explorar

⁵⁶⁹ Cfr. EPP, Charles. *The rights revolution: Lawyers, activists, and supreme courts in comparative perspective*. Chicago and London, University of Chicago Press, 1998, pp. 3, 20.

⁵⁷⁰ *Ibíd.*, pp. 3, 46. *Ver también* Cfr. COUSO, Javier. *Ob. cit.*, p. 41 y sigs.

⁵⁷¹ *Ibíd.*, pp., pp. 2-3. *Ver también* Cfr. COUSO, Javier. *Ob. cit.*, p. 41 y sigs.

⁵⁷² A mayor abundamiento sobre esta aproximación consultar: Cfr. MILLER, Richard E. and SARAT, Austin. “Grievances, Claims, and Disputes: Assessing the Adversary Culture,” [En línea] *Law and Society Review* 15, 1980–1981, pp. 525–566. Disponible en: <https://doi.org/10.2307/3053502> *Ver También*; Cfr. FELSTINER, William L. F. ABEL, Richard L. and SARAT, Austin. “The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaming, and Claiming...,” [En línea] *Law and Society Review* 15, 1980–1981, pp. 631–654. Disponible en: <https://doi.org/10.2307/3053505>

razones traídas desde la ciencia política, la economía y la psicología en las que se destaca que no todas las disputas llegan a manos de los jueces o son resueltas por medio de estos⁵⁷³.

Por otra parte el profesor Couso encuentra una dificultad en los planteamientos expresados por Epp al señalar que esta teoría no ofrece claridad a la hora de dar por cierto que la presencia solitaria de sus estructuras de apoyo puedan funcionar sin que los otros factores mencionados hagan presencia, como por ejemplo los culturales, judiciales o de la propia estructura constitucional, conjeturando de este modo que las estructuras de apoyo por sí solas determinan toda una revolución de derechos y por ende, una: “[...] *judicialización de la política* [...]”, es por lo anterior que la crítica de Couso no encuentra tan clara esa identificación de las estructuras de apoyo como un factor tan determinante para constatar la presencia de dichos fenómenos jurídicos o si resulta más idóneo ubicar a las estructuras de apoyo al mismo nivel del resto de facilitadores⁵⁷⁴.

Pese a lo anterior, los argumentos de la obra de Epp no dejan de ser muy sugestivos y poco descartables ya que aportan una forma de identificar el activismo judicial sobre factores que consiguen ubicarse tanto al interior del sistema como en influencias externas y, de la misma manera aporta una significativa definición para el fenómeno, indicando que el activismo judicial es un proceso en el que una Corte: “[...] *crea o expande el número de derechos constitucionales*[...]” lo que conlleva según el mismo autor a la aparición de: “[...] *revoluciones de derechos*[...]” todo esto bajo un ambiente en el que se encuentra muy judicializada la política⁵⁷⁵.

Las habilidades legales pueden ser usadas con fines que representen ideales del tipo político, económico, social, cultural yendo más allá del simple servicio al cliente, bajo esta lógica el abogado podrá enfilar sus acciones al terreno político o legal valiéndose de estrategias e instrumentos que le permitan obtener los resultados esperados y encarnando roles de diferente

⁵⁷³ Cfr. ROBBENOLT, Jennifer K. *Litigation and settlement. Handbook on behavioral economics and the law*, p. 623 y sigs, EN ZAMIR, Eyal; TEICHMAN, Doron (ed.). *The Oxford handbook of behavioral economics and the law*. USA, Oxford University Press, 2014.

⁵⁷⁴ Cfr. COUSO, Javier. *Ob. cit.*, p. 41.

⁵⁷⁵ *Ibíd.*, pp. 39, 42.

tipo⁵⁷⁶, para Scheingold y Sarat esto hace parte del denominado *cause lawyering* en el que la práctica del derecho es utilizada para la defensa de causas sociales⁵⁷⁷.

Otro factor que resulta destacable es el de lograr congregar a los diferentes jueces pertenecientes a un sistema bajo dos posiciones, los primeros quienes consideran como legítimo dentro de su actuación la formulación y creación de políticas sociales y se podrán calificar como activistas judiciales, en contraste con otro grupo de jueces los cuales limitan su actividad judicial a las labores de aplicar las Leyes y la regulación creada por las ramas del poder políticas a casos específicos puestos bajo su conocimiento, siguiendo de esta forma una línea de autolimitación o autocontrol judicial que restringe sus actuaciones, en ultimas donde ubiquemos la afiliación de la mayoría de jueces pertenecientes a un sistema terminará determinando la dinámica de relación que existirá entre las Cortes y las otras ramas del poder para una jurisdicción⁵⁷⁸.

Otra perspectiva bajo la cual se ha estudiado la judicialización de la política es la creada por parte de Kagan, quien le da un importante grado de influencia al contexto político en el que se desarrollan sus actividades; inclusive este autor indica que en el centro del sistema de los Estados Unidos se presenta un efecto denominado: *Adversarial Legalism* que a partir de factores políticos, históricos, institucionales y culturales ha venido creando un escenario en donde ante una respuesta lenta de un Estado muy burocrático se abre paso para solucionar sus problemas públicos por intermedio del Poder Judicial⁵⁷⁹.

Más específicamente: el *Adversarial Legalism* surge de lo que este autor califica como todo un círculo vicioso en el que se pide que haga mejores y más acciones a un poder gubernamental demasiado fragmentado y sobre el que la población tiene desconfianza, a la par tanto los Tribunales como los legisladores continúan siendo fuentes constantes de nuevas obligaciones, beneficios y a la par establecen nuevas protecciones con nuevas metas por cumplir, asimismo las instituciones

⁵⁷⁶ Cfr. SCHEINGOLD, Stuart; SARAT, Austin. Something to Believe In. Politics, Professionalism, and Cause Lawyering. Standford, Standford University Press, 2004, pp. 3-19.

⁵⁷⁷ A mayor abundamiento sobre el “*Cause lawyering*” revisar: Cfr. SARAT, Austin; SCHEINGOLD, Stuart (ed.). Cause lawyering and the state in a global era. Oxford University Press, 2001.

⁵⁷⁸ Cfr. HOLLAND, Kenneth. *Ob. cit.*, p. vii y sigs.

⁵⁷⁹ Cfr. KAGAN, Robert. Adversarial Legalism and American Government. En: Journal of Policy Analysis and Management, vol. 10, núm. 3. Wiley on behalf of Association for Public Policy Analysis and Management, 1991, p. 371 y sigs.

quienes se deberían encargar de satisfacer estos mandatos provenientes de los poderes legislativo y judicial estarán limitadas por una constante amenaza de litigio sobre las acciones que desarrollen para cumplir y más aún por una latente revisión judicial, sin mencionar que siempre deberán actuar acatando las formas establecidas en la Ley que tampoco pueden entrar a desconocer, lo que a la postre lleva a estos dos poderes públicos a inmiscuirse en litigios costosos para defender su actuación y lo que es más grave incumpliendo los deberes exigidos por parte de la población, en este sentido el denominado “[...] *cinismo público* [...]”⁵⁸⁰ se apodera de la población al percibir un fracaso gubernamental que hace decrecer la autoridad gubernamental y de nuevo se reinicia el ciclo propuesto cuando los ciudadanos frustrados retoman nuevamente el camino del litigio para alcanzar sus fines presionando de esta manera la acción gubernamental, lo anterior reclama otra forma de obtener soluciones que resuelvan problemas sociales y que sean fuentes de políticas públicas más efectivas pero con características menos litigiosas encaminada a generar una disminución en los enfrentamientos litigiosos entre autoridades que impactan directamente la autoridad que posee el Gobierno⁵⁸¹.

No podemos desconocer que el *Adversarial Legalism* hace parte de la cultura de los EE.UU., comprendida a manera de forma de reclamos para hacer valer los intereses del público ante los diferentes funcionarios y ha sido una vía por medio de la cual muchos ciudadanos han hecho valer sus derechos, iniciando estos por el movimiento de los derechos civiles y expandiéndose a temas tan diversos como el reclamo de tratamientos más humanos en instituciones mentales y prisiones, los distritos electorales y la búsqueda de una administración que se preocupe de mejor manera por el bienestar de sus administrados⁵⁸².

Se puede partir de una idea mediante la cual ha venido avanzando una judicialización de la política abrogándose para Tribunales, Cortes y Jueces, espacios que anteriormente solo se resolvían en escenarios políticos, y que bajo estos nuevos parámetros es normal que una determinación judicial condicione comportamientos políticos y por ende, encontraremos que resulta muy atractivo para múltiples actores de la sociedad acudir a la judicatura con el objetivo de alcanzar objetivos

⁵⁸⁰ “*public cynicism*” (trad. a.) Cfr. KAGAN, Robert. *Ob. cit.*, p. 398.

⁵⁸¹ Cfr. KAGAN, Robert. *Ob. cit.*, pp. 397-398.

⁵⁸² *Ibíd.*, pp. 375-390.

políticos, si se escudriña sobre las motivaciones de la aparición de este tipo de fenómenos se podrá señalar que en el entorno de muchos países ha surgido cierta desesperanza frente a la política que ha llevado a depositar sus expectativas de cambio en el Poder Judicial, a partir de esto se ha otorgado un protagonismo fehaciente a los jueces que antes no poseían, teóricamente un Poder Judicial independiente y que cuente con mayores recursos tendrá más posibilidades de éxito a la hora de influenciar e intervenir en los procesos de tipo político que vienen siendo propuestos⁵⁸³.

Ante las crisis de percepción de falta de legitimidad de los regímenes resulta una solución sugestiva el optar por un apoyo incondicional a los proyectos de judicialización de la política, entendida esta como una mayor participación de los jueces en la definición de políticas públicas que ofrezcan una percepción al público de respeto al *rule of law* y apego a la protección de los derechos, esto demuestra que los diferentes gobernantes usualmente encuentran algún tipo de beneficio en el aval al empoderamiento de Jueces y Tribunales, no obstante, no se deben descartar otros efectos colaterales que hacen presencia como la reacomodación de las relaciones institucionales⁵⁸⁴ y es sobre esto último en lo que queremos hacer énfasis en el presente estudio, inclusive podríamos hablar de un cambio en las estructuras institucionales que conllevan a transformaciones sobre el modelo inicialmente planteado en las Cartas Políticas.

Una parte de la doctrina considera que blindar la autonomía del Poder Judicial es un elemento básico a la hora de hablar de un verdadero Estado de Derecho, asimismo consideran que es un: “[...] *elemento esencial de consolidación de la democracia y de garantía de los derechos*[...]”, lo anterior ha sido favorecido por factores tanto internos como externos, los internos muy vinculados con movimientos sociales y grupos defensores de derechos humanos que enfocaron su actuación en la oposición a regímenes autoritarios y factores del tipo externo como los acaecidos por intermedio del consenso de Washington junto con acciones propias de agencias de financiación internacional que decidieron apoyar este movimiento como una manera de favorecer la inversión

⁵⁸³ Cfr. UPRIMNY, Rodrigo. La judicialización de la política en Colombia: casos, potencialidades y riesgos. En: Sur – Revista Internacional de Derechos Humanos - es, núm. 6. São Paulo, Sur – Rede Universitária de Direitos Humanos, 2007, pp. 53, 54, 59 y sigs. [En línea] Revisado, abril 29, 2019. Disponible en: <https://sur.conectas.org/es/la-judicializacion-de-la-politica-en-colombia/>

⁵⁸⁴ Cfr. DOMINGO, Pilar. Judicialization of politics: The changing political role of the judiciary in Mexico. En: SIEDER, Rachel; SCHJOLDEN, Line; ANGELL, Alan. The judicialization of politics in Latin America. New York, Palgrave Macmillan, 2005, p. 22.

extranjera al lograr robustecer mediante la independencia de los jueces la estabilidad de los contratos, la protección a la propiedad y lo que es más llamativo la seguridad jurídica⁵⁸⁵.

Toda esta lógica de transición positiva en la cual se han embarcado varios países en la búsqueda de un afianzamiento de la democracia considera de manera absoluta que la independencia de la rama judicial del Poder Público es también una de las consideraciones determinantes a la hora de contener el desmedido poder que ejercen los Gobiernos y que sus acciones de oposición generan un efecto que respalda el respeto y reconocimiento de los derechos de los individuos, la protección de los derechos humanos e inclusive es una manera de evitar las prácticas corruptas⁵⁸⁶.

La anterior afirmación se repite a manera de condición absoluta en la literatura, no obstante hay quienes la desafían y expresan que el escenario propuesto solo es alcanzable bajo reales condiciones de atomización del poder político, lo cual solo es posible al establecer una adecuada competencia entre partidos políticos al interior del sistema democrático, evitando de esta manera que un presidente coopte las decisiones del Poder Legislativo bloqueando a su paso el control que puedan realizar los órganos destinados a observar su correcta actuación⁵⁸⁷.

En todo caso para este estudio se partirá de algunos preconceptos como el que uno de los objetivos que se debe guardar en un Estado de Derecho es el de constreñir de alguna manera al Gobierno de turno a que se someta a unas: “[...] reglas básicas del juego consagradas en la Constitución[...]”, para lo que se establece a manera de cuerpo de carácter independiente a las Cortes de Justicia quienes cumplirán un rol en el aseguramiento de un adecuado respeto de la Carta por parte de los otros poderes y en general de todas las autoridades políticas, en últimas se destaca la imperiosa necesidad de contar con una rama judicial que realmente se responsabilice y comparta la visión de que lo más idóneo para la sociedad es el promover ciertos valores de corte liberal utilizando como principal herramienta el control judicial consagrado en la Carta Política, esto último tiene un gran impacto en los países que se encuentran moldeando su visión y estructura democrática y que

⁵⁸⁵ Cfr. UPRIMNY, Rodrigo. La judicialización de la política en Colombia... *Ob. cit.*, p. 60 y sigs.

⁵⁸⁶ Cfr. RÍOS-FIGUEROA, Julio. Reviewed Work: The Rule of Law in Nascent Democracies: Judicial Politics in Argentina by Rebecca Bill Chávez. En: *Latin American Politics and Society*, vol. 47, núm. 4. Miami, Cambridge University Press on behalf of the Center for Latin American Studies at the University of Miami, 2005, p. 196 y sigs.

⁵⁸⁷ *Ibíd.*, p. 196 y sigs.

especialmente provienen de regímenes más autoritarios en los que el conflicto o el desacuerdo social imperaban, siendo la actuación de las Cortes un significativo ejemplo a seguir en términos de establecimiento de una desaparecida: “[...] *ciudadanía democrática*.” y en el afianzamiento de valores liberales⁵⁸⁸, esto último lo rescata el profesor Uprimny, para el caso colombiano, al expresar que la materialización de la Constitución de 1991 fue consecuencia de un entorno y contexto histórico en el que se apostó por un: “[...] *pacto de ampliación democrática* [...]” que reconocía como núcleo de la crisis institucional a: “[...] *la exclusión, la falta de participación y la debilidad en la protección de los derechos humanos*[...]”, que a su vez se acompañaban de males sociales como la corrupción política y la violencia⁵⁸⁹.

Todo este contexto se puede ofrecer a manera de explicación de la ideología plasmada en la Constitución Colombiana de 1991, que refleja ideales sobre varios temas como lo son entre otros: la participación ciudadana y sus mecanismos, el alistamiento de una gran cantidad de nuevos derechos, el establecimiento de herramientas de corte judicial para la protección de los mismos y el compromiso del Estado en el cumplimiento de deberes vinculados con temas próximos a la igualdad y a la justicia social existente en el país⁵⁹⁰.

El interés por la denominada consolidación democrática ha aproximado a varios autores a la idea según la cual los jueces liberales cumplen una función preponderante a la hora de oponerse a una clase política de línea no liberal⁵⁹¹.

En este mismo sentido en el imaginario de estos teóricos se crea una especie de enfrentamiento entre un Juez de tipo racional e ilustrado que se choca en todos los casos con un político de corte autoritario. El planteamiento nos lleva a subrayar que el: “[...] *control judicial de la constitucionalidad de la Ley es consustancial al Estado de Derecho* [...]”, contrario a distraernos con el debate sobre si la democracia puede fortalecerse mediante la implementación de un Estado

⁵⁸⁸ Cfr. HILBINK, Elisabeth. *Legalism Against Democracy: The Political Role of the Judiciary in Chile, 1964-94*. Tesis Doctoral: University of California. San Diego, California, University of California, 1999, p. 501 y sigs. Ver también Cfr. COUSO, Javier. *Ob. cit.*, p. 36.

⁵⁸⁹ Cfr. UPRIMNY, Rodrigo. *La judicialización de la política en Colombia...* *Ob. cit.*, p. 63 y sigs.

⁵⁹⁰ *Ibíd.*, p. 63 y sigs.

⁵⁹¹ A mayor abundamiento sobre esta tendencia revisar: Cfr. GARGARELLA, Roberto; GLOPPEN, Siri; SKAAR, Elin. *Democratization and the judiciary: the accountability function of courts in new democracies*. London, Routledge, 2004. Ver también SMITH, Eivind. *The Constitution as an Instrument of Change*. Stockholm, SNS förlag, 2003.

de Derecho, la cuál es una temática importante, pero menos novedosa y que ha sido ampliamente trabajada y discutida por la literatura especializada. En esta misma línea encontramos a Holland quien indica que para la mayoría de los casos el *judicial activism* respalda los fines del liberalismo como es el caso de las Cortes de Japón, Israel, Alemania e Italia, aunque se reconoce que para algunos casos específicos el activismo resulta útil para regímenes no liberales como lo sucedido con Irán y Egipto⁵⁹².

No deja de resultar de alguna manera contradictorio que el Poder Judicial, el cual normalmente no cuenta con una legitimación otorgada desde las urnas a través del voto popular sea observado por parte de la sociedad como el poder que más responde al sistema democrático y es más próximo a los ciudadanos, en últimas se da una verdadera reacomodación y de alguna manera bajo estos esquemas se da todo un desplazamiento al Ejecutivo y al Congreso al interior del sistema político, también se debe reconocer que para algunos actores políticos es conveniente el no asumir los costos de tipo político de hacer suyas decisiones incómodas que resultan usualmente sensibles para la sociedad e incentivan el traslado de estas mismas decisiones a la rama judicial, otra motivación por la que pueden verse tentados a delegar este tipo de preferencias es al observar la actuación de los jueces como una fórmula o medicina que resuelve los bloqueos institucionales sobre temas complejos que se pueden presentar entre la relación del Ejecutivo con el Congreso⁵⁹³.

Esto constituye toda una paradoja en la que es muy tentador para la ciudadanía el encontrar una metodología que opera bajo un esquema de reglas mucho más claro y regulado en donde se puede dialogar con los hacedores de políticas sin la engorrosa intermediación de los políticos, también se debe mencionar que hay una transformación que nos ha llevado a la expedición de Constituciones en diferentes jurisdicciones de las que hacen parte un listado prolongado de derechos fundamentales con una fuerte vocación normativa, este fenómeno se le ha asignado el nombre de Neoconstitucionalismo y se constituye como un factor determinante dentro de la esclarecimiento del incremento y presencia reiterada del activismo judicial en varios de nuestros países⁵⁹⁴.

⁵⁹² Cfr. COUSO, Javier. *Ob. cit.*, p. 36. Ver también Cfr. HOLLAND, Kenneth. *Ob. cit.*, p. 2 y sigs.

⁵⁹³ Cfr. UPRIMNY, Rodrigo. La judicialización de la política en Colombia... *Ob. cit.*, p. 59 y sigs.

⁵⁹⁴ *Ibíd.*, p. 59 y sigs.

El Neoconstitucionalismo entendido como la doctrina que tiene como visión moldear una nueva visión del Estado de Derecho tomando como base componentes del constitucionalismo y estableciendo una esencial característica, que es la supremacía constitucional frente al resto de normas jurídicas del ordenamiento, generando una distinción entre los principios a manera de normas constitucionales y “*reglas como normas legalistas*”⁵⁹⁵. Como tal, este término ha creado toda una construcción y soporte filosófico dentro del que encontramos a Ferrajoli quien le da sustento teórico a la acción de excluir del ordenamiento normas por ser contrarias a la constitución y de llenar las lagunas que se encuentran en el texto mismo constitucional⁵⁹⁶.

Ferrajoli señala que hay una dimensión formal que se requiere para hablar de democracia, pero no resulta como tal suficiente, ya que también necesitará de la dimensión sustancial, la cual se edifica con los mismos derechos fundamentales y conforma en el modelo unos límites de corte sustantivo para la creación de decisiones de corte democrático⁵⁹⁷, es así como el autor indica que la democracia logra ser medida por la justiciabilidad y expansión que se tenga sobre los derechos⁵⁹⁸.

El activismo judicial termina siendo uno de los núcleos donde convergen varios temas relevantes para la ciencia jurídica moderna y en especial para el Neoconstitucionalismo, temáticas como: la aparición de nuevos sujetos de “[...]especial protección constitucional[...]”, el concepto mismo de Constitución, la denominada crisis del Estado moderno, la aplicación inmediata/directa de la Carta Política, el rol que desempeñan los jueces en el entorno democrático y las avanzadas visiones sobre los derechos fundamentales han terminado por permear varios aspectos que han llegado hasta el núcleo de nuestra organización social, en el caso particular he escogido como objeto de investigación la actividad minera en Colombia en zonas de páramo, por terminar agrupando aspectos propios de la justicia ambiental, asimismo se enlaza este punto con el relacionamiento

⁵⁹⁵ Cfr. RENDÓN, Raymundo. El neoconstitucionalismo y los derechos fundamentales. *Quid Iuris*, no 12, 2011, p. 43 y sig.

⁵⁹⁶ A mayor abundamiento sobre la teoría del Neoconstitucionalismo consultar a: FERRAJOLI, Luigi, et al. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Madrid, Trotta, 1999. Ver *También*, FERRAJOLI, Luigi. *Los derechos fundamentales en la teoría del derecho. Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001.

⁵⁹⁷ Cfr. ACUÑA, Juan Manuel. *Democracia y derechos en el sistema interamericano de derechos humanos*. Cuestiones constitucionales, no 30, Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Autónoma de México, 2014, p. 6

⁵⁹⁸ Cfr. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid, Trotta, 1997, p. 918.

aplicado por parte del Estado a sus administrados y con el desarrollo de toda una Política Pública que en principio responde a la búsqueda del bienestar para los mismos⁵⁹⁹.

Se podría afirmar que varios países del Cono Sur han asumido la tendencia consistente en expresar en sus pronunciamientos un denominado neoconstitucionalismo del tipo o de aproximación progresista en donde el Poder Judicial ha venido interviniendo en una variedad de casos de corte estructural, al observar de manera detallada la experiencia colombiana se podrá determinar que la tendencia se concentra en la década de los años noventa, en particular las Cortes de este país enfocaron sus esfuerzos en repensar varios aspectos clásicos de la cultura jurídica aplicada en el país, obviamente teniendo como sustento una novedosa Carta Política, y como consecuencia de lo anterior fueron remodelados hitos históricos de la realidad jurídica colombiana, dentro de estos aspectos reflexionados por el Poder Judicial se encuentran varias de las estructuras básicas del Estado Social de Derecho como la colaboración armónica de los poderes públicos, junto con la forma en que se percibía su división y fronteras⁶⁰⁰.

Lo anteriormente descrito no resulta extraño, puesto que bajo la tendencia neoconstitucionalista se imprime toda una nueva forma de aproximarse al Estado Social y Democrático de Derecho y a la misma Carta Política y como consecuencia se modifica desde sus cimientos tanto el ordenamiento jurídico como su “[...]aplicación judicial[...]”, es así como el Neoconstitucionalismo de finales del siglo XX ha preparado el camino para la: “[...]discrecionalidad judicial[...]” asimilándolo con la actuación e influencia que el iusnaturalismo poseyó sobre los Siglos XVI y XVII en el sentido que son filosofías las cuales se encargan de proveer tanto de principios como de valores a los juzgadores y que terminarán siendo usados en sus sentencias para oponerse a todo criterio o norma que se les contraponga⁶⁰¹.

Inclusive hay autores, como el profesor Bernal Pulido quien señala que por más que el Derecho colombiano cuenta tanto con fundamentos como con estructura traídas del sistema de derecho continental existió una ruptura posterior a la promulgación de la Carta Política de 1991 que

⁵⁹⁹ Cfr. GUZMÁN, Luis. *Ob. cit.*, p. 27 y sigs.

⁶⁰⁰ Cfr. AMAYA, Ángela. El Principio de No Regresión en el Derecho Ambiental. Madrid, Iustel., 2016, pp. 181-218. Ver También Cfr. GUZMÁN, Luis. *Ob. cit.*, p. 30 y sigs.

⁶⁰¹ Cfr. GUZMÁN, Luis. *Ob. cit.*, p. 39.

conllevó a crear un reconocimiento en la cultura jurídica en donde “[...]las sentencias judiciales tienen el carácter de precedente [...]”. En definitiva, esta aproximación ha generado un arraigo tanto en la práctica como en el derecho positivo del país⁶⁰².

La transición hacia el Neoconstitucionalismo es una realidad y ha expandido su influencia en varios países, esta forma de apreciar el derecho posee ciertos atributos que parten de la promulgación de una Carta Política y que incluyen el reconocimiento de una alta cantidad de Derechos Fundamentales que además poseen una “[...]vocación normativa[...]”, de este modo para asegurar, tanto el cumplimiento, como el sometimiento de todo el sistema instituido a este listado de derechos siempre los acompañará un modelo de justicia constitucional que les asegura su cumplimiento por más que choque con las mayorías legislativas⁶⁰³, lo anterior respalda la afirmación según la cual el Neoconstitucionalismo modifica toda la manera de aproximarse al Estado Social y Democrático de Derecho y a la Constitución misma.

Se podría llegar a decir que para el caso colombiano se ha entrado a cuestionar las mismas “[...]bases del Estado de Derecho[...]” junto con el concepto clásico de la división de poderes, creando una reformulación de la lógica de “[...]colaboración armónica[...]” aplicada a los poderes públicos; a la postre la Rama Legislativa y Ejecutiva han debido abandonar su “[...]monopolio[...]” y privilegio que ejercían sobre la estructuración y diseño de las políticas públicas para dar paso a un movimiento que es impulsado desde la jurisdicción, teniendo como uno de sus principales protagonistas en todo este proceso a la Corte Constitucional⁶⁰⁴.

Como un efecto paralelo a lo expuesto en los anteriores párrafos hallaremos que las formas de justicia constitucional ineludiblemente fomentan la “judicialización de la política” ya que se le entrega una herramienta tanto a grupos sociales (plural) y a los ciudadanos del común (individual) para estructurar sus “[...]demandas en el lenguaje de los derechos[...]” y más aún se le otorga una facultad a las Cortes como representantes de la rama judicial de deponer o desautorizar decisiones que han sido tomadas por parte de la Rama Legislativa o Ejecutiva del Poder Público,

⁶⁰² Cfr. BERNAL, Carlos. El precedente en Colombia. En: Revista Derecho del Estado, núm. 21. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008, p. 93.

⁶⁰³ Cfr. UPRIMNY, Rodrigo. La judicialización de la política en Colombia... *Ob. cit.*, pp. 61-62.

⁶⁰⁴ Cfr. HENAO, Juan Carlos. El juez constitucional... *Ob. cit.*, p. 68.

haciendo a su vez uso de unas estipulaciones contenidas en la misma Constitución, si a este escenario interno agregamos la influencia y progresión de los llamados “[...]mecanismos internacionales de derechos humanos[...]” que provienen del escenario internacional y que de igual forma promueven el reclamo de derechos, nos encontraremos ante una dinámica que necesariamente desembocará en lo que Uprimny describe a manera de “[...]dimensión judicial de crítica política[...]”⁶⁰⁵ en la que en resumen jueces, Tribunales y Cortes terminan por influenciar en aspectos de la realidad política.

Llegados a este punto, nos podemos preguntar ¿y qué sucederá en este escenario con el principio de legalidad?, como lo presenta Henao la forma tradicional de entender este clásico derecho ha venido cambiando con el devenir del tiempo y por lo tanto la nueva ubicación y relevancia que se le imprimen a los derechos colectivos y fundamentales lo han llevado a ser interpretado de manera no tan estricta, inclusive resulta más idóneo el señalar que se trata de una lectura moderada del “[...]principio de juridicidad[...]”, creando un novedoso modelo en el que se materializa la realidad constitucional y en donde la rama judicial asume un rol protagónico y garantista sobre la integridad del ordenamiento⁶⁰⁶.

Hasta este punto podemos afirmar que la: “[...]judicialización de la política[...]” es un fenómeno que se debe analizar con supremo cuidado puesto que termina manipulando postulados clásicos del Estado y del equilibrio de poderes, sin desconocer que este proceso de cambio adquiere unas matices muy particulares cuando se trata de jurisdicciones que se encuentran apostando o en el medio de “[...]procesos de consolidación democrática[...]”, asimismo hallaremos que tendrán un especial espacio dentro de todos estos modelos el rol que asumirán las Cortes sobre la defensa y control de la denominada “[...]supremacía Constitucional”, entendiendo que no es un fenómeno que responda a una sola jurisdicción, sino que por el contrario, existen varios países en diferentes continentes que han optado por instituir dentro de sus regímenes disposiciones relacionadas con el control judicial y que responden a nuevas democracias, o como en el caso colombiano se tratan de reestructuraciones profundas sobre lo ya establecido y que en definitiva emergen a manera de

⁶⁰⁵ Cfr. UPRIMNY, Rodrigo. La judicialización de la política en Colombia... *Ob. cit.*, pp. 61-62.

⁶⁰⁶ Cfr. HENAO, Juan Carlos. La jurisdicción de lo Contencioso Administrativo: cien años creando derecho a partir de precedentes judiciales. En: OSPINA, Andrés. Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa colombiana. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 43. *Ver También* Cfr. GUZMÁN, Luis. *Ob. cit.*, p. 39, 40.

respuesta a una lógica común de sometimiento de todas “[...]las autoridades políticas al imperio del derecho” en pro del fortalecimiento de la democracia y la salvaguardia de los derechos humanos⁶⁰⁷.

El activismo judicial es una práctica que se ha replicado dentro de varios sistemas jurídicos bajo una clara influencia del modelo aplicado por los EE. UU., y en algunos casos ha venido creando una incursión sobre los postulados clásicos de los modelos continentales romanistas del civil law⁶⁰⁸, fundando a su paso zonas grises en donde ya no es tan claro las diferencias entre las dos corrientes⁶⁰⁹.

Según Kennedy, encontraremos al Juez activista cuando el juzgador opta por acudir a una interpretación diferente a la habitual para lo cual enfila todos sus esfuerzos en diseñar una estrategia que funja de herramienta para moldear la solución que resulte la más justa según su ideología o forma de pensamiento⁶¹⁰, al rechazar a su paso parte de lo expresado en las teorías jurídicas de corte tradicional que abrigan la idea de una ausencia de influencia de corte político en las decisiones expresadas por los administradores de justicia, todo lo contrario este autor valora a las normas como restricciones y no como guías⁶¹¹.

Se debe entender que Kennedy parte de la existencia de solo dos ideologías principales⁶¹², liberal y conservadora, que se encuentran en constante enfrentamiento y a las que puede afiliarse el Juez, ambas comparten valores hacia el respeto a la democracia, pero la ideología de corte liberal se inclina a favorecer de manera más arraigada la “*igualdad social*”⁶¹³, lo cual es un escenario que puede distar de alguna manera de la realidad vivida en Latinoamérica.

⁶⁰⁷ Cfr. COUSO, Javier. *Ob. cit.*, p. 30.

⁶⁰⁸ A mayor abundamiento sobre la migración de características entre estos dos modelos consultar: Cfr. AJA, Eliseo. *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*. Madrid, España, Ariel., 1998. Ver *También*, SIERRA, Humberto. *Problemática de la justicia en Colombia: Criterios para su análisis*. En: VI Encuentro de la Jurisdicción Constitucional. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, pp. 1-27.

⁶⁰⁹ Cfr. PEREIRA, Antonio. *Rule of law o Estado de Derecho*. Madrid, España, Marcial Pons, 2003, p. 97y sigs. Ver *también*, Cfr. MARANIELLO, Patricio. *Ob. cit.*, p. 51 y sigs.

⁶¹⁰ Así pues, este autor utiliza la “*corriente del pensamiento jurídico*” denominada Critical Legal Studies (CLS).

⁶¹¹ Cfr. DE FAZIO, Federico. *Reseña: Izquierda y derecho. Ensayos de teoría jurídica crítica Duncan Kennedy*. En: *Revista SAAP*, vol. 5, núm. 2. Buenos Aires, Argentina, Sociedad Argentina de Análisis Político, 2011, pp. 462-464.

⁶¹² A mayor abundamiento sobre la existencia de estos dos polos opuestos revisar: Cfr. KENNEDY, Duncan. *Izquierda y derecho: ensayos de teoría jurídica crítica*. Buenos Aires, Argentina, Siglo Veintiuno Editores, 2010.

⁶¹³ Cfr. DE FAZIO, Federico. *Ob. cit.*, pp. 462-463.

También bajo estos parámetros existirán tres tipos de Juez de corte activista: “*activistas restringidos*”, “*activistas de centro*” y por último el Juez activista bipolar. Los primeros invariablemente manipulan los contenidos encontrados en la Ley para llevar sus decisiones más cerca de sus “[...]preferencias valorativas[...]”, por otro lado, el Juez “*activistas de centro*” procura elegir decisiones que medien entre los dos extremos y finalmente el activista bipolar que determinan sus fallos creando un cálculo de conservación de su esfera burocrática al interior del sistema y usualmente se encuentran a la merced del poderoso de turno, en este mismo sentido también puede acontecer que para este último caso se trate de jueces que tengan por objetivo aparentar una neutralidad al decidir alternativamente por una posición o la otra⁶¹⁴.

Dworkin no se encuentra tan lejos de lo manifestado por Kennedy en la materia ya que señala que el Juez deberá realizar una “[...]decisión política sustantiva[...]”⁶¹⁵ ya que realmente es imposible descubrir la intención original de los redactores de las Constituciones o descubrir cual tipo de proceso es en su esencia democrático o justo sin hacer uso de las mismas⁶¹⁶, estas ideas nos llevan a percibir que es posible concebir un activismo judicial dentro del marco de la legalidad, ya que existirá una “[...]discrecionalidad de interpretación[...]” avalada por el mismo sistema jurídico en donde el juzgador toma elementos que el derecho le provee y que le permitirán moldear una solución al caso estudiado por más que la solución a la cual llegará puede no estar contenida dentro del mandato de la Ley, en este sentido el activismo no se opone al derecho cuando se le observa a manera de “[...]dialogo entre órganos judiciales y el ejecutivo[...]”⁶¹⁷.

Dworkin percibe que el activismo correctamente desplegado obliga al debate político a incluir dentro de su agenda una argumentación sobre los principios, llevando a realizar un ejercicio adecuado sobre los diferentes “[...]conflictos más profundos y fundamentales entre el individuo y la sociedad[...]”⁶¹⁸ que pasarán a ser resueltos en un entorno de tipo legal⁶¹⁹, no obstante, no se

⁶¹⁴ Ibid., p. 462.

⁶¹⁵ “[...] substantive political decisions [...]” (trad. a.) Cfr. DWORKIN, Ronald. The forum of principle. En: New York University Law Review, núm. 56. New York, University School of Law, 1981, pp. 469, 470.

⁶¹⁶ Ibid., pp. 469, 470.

⁶¹⁷ Cfr. GUZMÁN, Luis. Ob. cit., pp. 52-53.

⁶¹⁸ “[...] most fundamental conflicts between individual and society [...]” (trad. a.) Cfr. DWORKIN, Ronald. The forum of principle. En: New York University Law Review, núm. 56. New York University School of Law, 1981, pp. 469, 470.

⁶¹⁹ Ibid., pp. 517 – 518.

podría pasar al otro extremo ofreciendo una total “[...]discrecionalidad judicial[...]” ya que si rebosamos esta frontera todo el sistema quedaría a “[...]merced de los jueces[...]” y supondríamos la aplicación de una retroactividad constante en la definición de los derechos⁶²⁰.

Tushnet manifiesta que a la hora de identificar una sentencia como activista⁶²¹ corresponde distinguir dentro de su análisis entre el “[...]contenido de los derechos [...]” que son reconocidos en los pronunciamientos y por otro lado las medidas utilizadas por los juzgadores para lograr que se hagan efectivos los mismos. Los primeros podrán edificarse con enfoques fuertes o débiles, en el caso de los fuertes aparecerán cuando el juzgador reconoce como tal una exigibilidad judicial posible de los derechos económicos, sociales y culturales de manera similar a lo aplicado clásicamente con los derechos civiles y políticos; mientras que estaremos ante los débiles cuando el Juez o tribunal niega esta posibilidad. Garavito y Rodríguez agregan una tercera categoría que no proviene de Tushnet y que consideramos es muy útil para el contexto latino, la cual comprende un enfoque intermedio en la que el Juez acepta una exigibilidad judicial de los derechos económicos, sociales y culturales, por lo menos desde un punto de vista teórico, no obstante, designa importantes restricciones de tipo sustantivo o procesal para la aplicación del derecho dejando su aplicación a mitad de camino⁶²².

Por otro lado, este autor presenta los remedios judiciales que también pueden ser clasificados entre remedios débiles y remedios fuertes, los remedios se apreciarán según el abanico de órdenes del tipo judicial con las que cuenta el juzgador cuando ha decidido entrar a proteger el derecho y “[...]el grado en que estas son obligatorias y perentorias[...]”, observando que el remedio fuerte involucra una orden precisa enfocada a un resultado específico, en contraste con el remedio débil que descarga su total implementación en los “organismos públicos”, para estos también contaremos con una versión de remedios moderados que usualmente son supremamente descriptivos haciendo parte de sus pronunciamientos “[...]procedimientos y fines amplios, y

⁶²⁰ Cfr. GUZMÁN, Luis. *Ob. cit.*, p. 54.

⁶²¹ A mayor abundamiento sobre las categorías y formas de identificación de sentencias activistas consultar: Cfr. TUSHNET, Mark. *Weak courts, strong rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*. Princeton, Nueva Jersey, Princeton University Press, 2009.

⁶²² Cfr. RODRÍGUEZ, César; RODRÍGUEZ, Diana. *Ob. cit.*, p. 30.

también criterios y plazos para valorar los progresos, [...]”, pero que principalmente dejan en manos del Gobiernos el escoger las políticas y medios para llegar a ellos⁶²³.

Se debe destacar que este autor sustenta toda su teoría sobre la absoluta creencia que, tanto los procedimientos judiciales, como las normas constitucionales, son herramientas suficientes para enfrentar cualquier reto que se presente en el proceso de constitucionalización de los derechos económicos y sociales, esto lo respalda en su estudio comparado de casos encontrados en países que siguen la tradición jurídica del *common law*⁶²⁴, ahora bien lo anterior no deja de generar al menos ciertas dudas sobre los efectos particulares que se puedan llegar a tener al aplicar esta misma fórmula en países de tradición más próxima al *civil law*.

César Rodríguez agrega a la tipología creada por Tushnet un tercer nivel que en sus palabras se compone del seguimiento ejercido sobre las medidas adoptadas, diferenciándose de las medidas propiamente dichas y es que el autor da a entender que posterior a la decisión de protección de los derechos unida a la elección de las herramientas para su implementación el juzgador deberá decidir si debe extender su jurisdicción para convertirse en veedor y supervisor de la implementación de lo ordenado⁶²⁵, inclusive nada tiene que ver esto ni con los derechos ni con los remedios previamente reconocidos, tanto así que resulta necesario distinguir de la misma manera si en el cuerpo del pronunciamiento del Juez existe un tipo de seguimiento débil, fuerte o moderado. En el caso del fuerte se pueden mencionar a manera de ejemplo el nombramiento de comisionados que actúen como supervisores de la implementación inclusive a lo largo de los años, para estos casos el Juez podrá establecer unos “*[...]plazos y valores mínimos[...]”* que servirán de referencia, e incluso podría crear nuevas decisiones a partir de la observancia de resultados negativos o positivos practicando a su vez una función similar a una auditoria, asimismo resalta el autor que los distintos Tribunales podrían por medio de nuevas acciones promover “*[...]la discusión entre los interesados del caso[...]”*, en contraste se tendrán los niveles débil y moderado

⁶²³ *Ibíd.*, p. 30 y sigs.

⁶²⁴ Cfr. PETERSMANN, Ernst-Ulrich. Mark Tushnet Book Review: Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law. En: European Journal of Social Security, vol. 11, núm. 4. USA, SAGE Publications, 2009, p. 421 y sigs.

⁶²⁵ Para ser justos el autor utiliza en la página 30 de la obra referenciada; la expresión “*retienen o no su jurisdicción*” no obstante consideramos que para efectos de esta obra y con fines académicos es más descriptivo utilizar la palabra expandir o extender su jurisdicción.

de seguimiento, el primero se expresa como la decisión de no continuar con una jurisdicción sobre el seguimiento del caso y el segundo con una tímida actuación que se limita a pedir informes, pero que no involucra toda una estrategia de presión agregada sobre la ejecución de lo establecido en el pronunciamiento⁶²⁶.

Se establece de esta manera todo un umbral que permite al observador distinguir una actuación activista reconociendo la fuerza que le otorga el juzgador por medio del análisis de los contenidos de los derechos económicos, sociales y culturales al interior de su pronunciamiento, al mismo tiempo que logra categorizar como activista al tribunal que reconozca la exigibilidad judicial de este tipo de derechos, así pues llegará a un nivel moderado por más que en su actuación establezca limitaciones del tipo sustantivas o procesales al cumplimiento judicial como ya se ha mencionado. Superado este punto y ya establecido que estamos ante una actuación activista se procederá a graduar el nivel del mismo haciendo uso de: las medidas judiciales, las medidas de seguimiento y “[...]la fortaleza de las concepciones del tribunal sobre los derechos[...]”, todos estos aportes entregados por parte del profesor César Rodríguez nos permiten distinguir un punto de partida para el análisis, para complementar, el mismo autor reconoce que los juzgadores que trabajan con el concepto de “núcleo mínimo” de los derechos económicos, sociales y culturales abren la posibilidad de obtener una competencia para instar al Gobierno a garantizar un “bienestar material” que se traducen usualmente en actuaciones concretas de corte activista⁶²⁷.

Al ser los diferentes recursos jurisdiccionales un elemento básico para identificar el grado de activismo que se analiza, resulta interesante el observar la obra del profesor Lorenzetti quien crea una descripción más detallada de estas posibilidades que tiene el juzgador de utilizar medidas de diferente tipo a la hora de hacer eficaces sus determinaciones, especialmente las dirigidas a la materia ambiental y es que en medio del desarrollo de esta teoría y de su literatura complementaria encontraremos que existen varias categorías de activismo organizadas según el sector sobre el cual se desarrollan, de esta manera se podrá hablar de un activismo social, activismo procesal, activismo constitucional⁶²⁸ y activismo ambiental entre muchas otras categorías.

⁶²⁶ Cfr. RODRÍGUEZ, César; RODRÍGUEZ, Diana. *Ob. cit.*, p. 30 y sigs.

⁶²⁷ *Ibíd.*, pp. 31-32.

⁶²⁸ A mayor abundamiento sobre la construcción de las categorías mencionadas consultar: Cfr. MARANIELLO, Patricio. *Ob. cit.*, p. 51 y sigs.

Lorenzetti trae en su obra unas categorías de medidas judiciales que pueden ir desde el “[...]fortalecer el debate democrático[...]” hasta verdaderas órdenes dirigidas al Poder Legislativo para que cumpla una labor sobre temas particulares fijados por el mismo Poder Judicial⁶²⁹, dentro de esta teoría el autor plantea varias disposiciones entre las que se encuentran: exhortaciones y mandatos, mandatos de innovar o (no) innovar, mandatos dirigidos al Congreso con pretensiones de operatividad, mandatos dirigidos a la Administración, órdenes de organización de la implementación y soluciones conciliatorias, como se recoge dentro de toda esta construcción existen variadas posibilidades con las que cuenta el juzgador a la hora de estructurar sus fallos, en todo caso el autor termina indicando que es preferible acudir a “[...]mecanismos de cumplimiento voluntario, [...]” o de disuasión frente a la fórmula de una aplicación forzosa⁶³⁰.

Llegado a este punto se puede entender que, como ya se ha esgrimido, existen quienes consideran que el activismo judicial debería ser considerado como parte de cualquier nueva democracia siendo un elemento positivo que aporta a su misma consolidación, no obstante, no se deben despreciar los profundos efectos que puede llegar a tener la implementación de esta práctica en el centro del sistema democrático de un país, es así como al observar la experiencia recogida por la jurisdicción de los EE. UU., donde hace mucho tiempo el activismo judicial hace parte de su cultura jurídica e institucionalidad, solo se consolidó esta práctica tras un largo proceso de fortalecimiento y estructuración de un “[...]sistema liberal–democrático[...]” consistente y que incluso este proceso estuvo a punto de ser detenido o intervenido por parte del Poder Ejecutivo⁶³¹, por lo que no es conveniente menospreciarlo ni considerar que es una fórmula de fácil implementación.

Definitivamente pareciera más responsable el acudir a una judicialización de la política por intermedio del control de la constitucionalidad de las Leyes tan solo cuando nos encontremos ante regímenes maduros y más constituidos, lo anterior sustentado en la teoría traída por Nonet y Selznick desde finales de los años setentas en donde existen tres dimensiones del Estado de Derecho que se encuentran bajo una constante tensión que son “la dimensión represiva del

⁶²⁹ A mayor abundamiento sobre la relación entre el activismo judicial y el derecho ambiental consultar: Cfr. LORENZETTI, Ricardo Luis. Teoría del derecho ambiental. Bogotá, Temis, 2011.

⁶³⁰ Cfr. KARAM, Carlos. LORENZETTI, Ricardo Luis, Teoría del derecho ambiental, México, Porrúa, 2008. En: Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 129. Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2010, pp. 1445, 1446, 1448. Ver También Cfr. GUZMÁN, Luis. Ob. cit., pp. 57 – 59.

⁶³¹ Cfr. COUSO, Javier. Ob. cit., p. 42 y sigs.

derecho”, la dimensión del “*derecho autónomo*” y finalmente la “*dimensión sustantiva*”. Estas tres responden a una evolución y construcción histórica del derecho y de las sociedades sobre las cuales se aplica y son el producto de toda una evolución que partió desde una etapa tradicional a una denominada “[...]modernidad burocrática [...]” y posterior a enfrentar la crisis del formalismo legal aterrizó en expresiones más sustantivas de lo que es la justicia⁶³².

Examinando con mayor detalle las tres dimensiones mencionadas encontraremos que la clásica dimensión represiva del derecho es próxima a los Estados de corte autoritario en los que todo el sistema jurídico sirve a ese poder de carácter estatal represivo y se caracteriza por:

“[...] a) el énfasis que pone en el control social y en el orden; b) el uso de razonamientos legales ad hoc – esto es, condescendientes con el poder –; c) el uso extendido que hace de la coerción; y d) la subordinación que efectúa del derecho a los poderes políticos”, por otro lado y como un progreso del anterior nivel encontraremos a la dimensión del “derecho autónomo[...]” que guarda como características *“[...]a) un énfasis en la justicia de los procedimientos, b) un razonamiento legal que valora una estricta adhesión a la autoridad del derecho; c) un uso controlado de la coerción; y d) la independencia de la judicatura respecto de los otros poderes del Estado[...]*”⁶³³.

Las características como tal lo aproximan a la teoría legal de corte más contemporáneo, para finalizar se presenta la “*dimensión sustantiva*” sobre la que podremos decir que proviene de una reacción a los resultados injustos derivados de una “*aplicación estricta de la Ley*”, lo cual es propio de la rigidez y absoluta inflexibilidad de la dimensión del “*derecho autónomo*”⁶³⁴.

Como tal, estos autores tratan de mostrar una efectiva evolución histórica del derecho entendiéndolo como institución social y uniéndolo al devenir de las mismas “*sociedades actuales*” que, persiguiendo ciertos pasos fueron superando una etapa tradicional que llevó a una

⁶³² *Ibíd.*, p. 42 y sigs. A mayor abundamiento sobre las dimensiones del Estado de Derecho revisar: Cfr. NONET, Philippe; SELZNICK, Philip; KAGAN, Robert. *Law and Society in Transition: Toward Responsive Law*. New York, Routledge, 2017.

⁶³³ Cfr. COUSO, Javier. *Ob. cit.*, p. 42 y sigs.

⁶³⁴ Cfr. COUSO, Javier. *Ob. cit.*, p. 42 y sigs.

“modernidad burocrática”, la cual apareció tras una crisis que envolvió el formalismo legal y dirigió el camino a las formas sustantivas de justicia, ahora bien, también se indica que estas dimensiones o etapas no desaparecen del todo al interior del Estado de Derecho, inclusive podrían en cualquier momento llegar a empoderarse regresando al empoderamiento de figuras extremas⁶³⁵.

Toda la anterior explicación nos lleva a reflexionar sobre lo siguiente; Nonet y Selznick efectivamente destacan como un componente de esa *“dimensión sustantiva”* del Estado de Derecho la labor activista ejercida por parte de los poderes encargados del control judicial a favor de los Derechos Humanos que involucran a su vez un grado de *“creatividad”* y *“asertividad judicial”* en oposición con una línea de manejo más formalista que resultaría propia de la *“dimensión autónoma”*, todo entendido bajo el modelo de evolución del Estado de Derecho que estos autores plantean⁶³⁶, como consecuencia de lo anterior si es implantado el control de constitucionalidad de las Leyes en el centro de sociedades que se encuentran incipientemente en el proceso de salir de su fase represiva del derecho, propia de regímenes de corte autoritario, hacia la fase autónoma podría crear un desbalance ya que el activismo es una práctica propia de un Estado mucho más sofisticado, en otras palabras, introducir la judicialización de la política por medio del activismo judicial sobre democracias aún no consolidadas es por lo menos una práctica que se debe realizar con sumo cuidado y bajo una constante supervisión de la conservación de los *“mínimos grados de autonomía”* que se deben mantener en la relación derecho y política⁶³⁷.

Definitivamente, la judicialización de los conflictos de corte político puede desencadenar que la rama judicial y sus actores se instrumentalicen a la orden de estrategias políticos de diferentes bandos, este es un efecto nada deseable puesto que lo que está en juego es en primera medida *“[...]el rol del sistema judicial como garante de los derechos de las personas[...]*” y en segunda medida puede llegar a afectar de manera negativa *“[...]las reglas de juego democráticas[...]*”, que usualmente está acompañadas de democracias precarias, en este escenario extremo el mismo derecho pierde su capacidad de constituirse como *“[...]la regla general que toda la comunidad reconoce[...]*” y por consiguiente se presenta un consecuente aumento en la percepción negativa

⁶³⁵ Ibíd., p. 43 y sigs.

⁶³⁶ A mayor abundamiento sobre evolución del Estado de Derecho revisar: Cfr. NONET, Philippe; SELZNICK, Philip; KAGAN, Robert. *Ob. cit.*

⁶³⁷ Cfr. COUSO, Javier. *Ob. cit.*, p. 43 y sigs.

sobre la posibilidad de manipulación de los pronunciamientos de carácter judicial “[...]con lo cual se compromete la legitimidad misma de la Administración de justicia[...]”⁶³⁸.

Bajo la experiencia de los EE.UU., los litigios usualmente están diseñados para dirimir conflictos al reconocer y hacer primar ciertos derechos frente a los otros, lo cual hace a los litigios un camino más que atractivo al compararlo con la vía difícil y pedregosa que significa encontrar por intermedio de canales tradicionales, como los procesos políticos, puntos de coincidencia e intereses comunes útiles a la hora de la creación de compromisos que hacen viable la convivencia entre las personas en democracias pluralistas, asimismo, se debe tener cuidado con el rol que juega el litigio dentro el denominado “*romantic judging*” y es que estos juicios románticos creados por los juzgadores pueden atrofiar los procesos políticos legítimos, al terminar siendo estos un aliciente para que todos acudan a Tribunales con el objetivo de reparar sus reclamos sociales efecto que es más notorio al atender casos constitucionales⁶³⁹.

La experiencia no solo se reduce a los EE. UU., el aumento del rol cumplido por parte de las Cortes, los abogados y el litigio se ha incrementado en espacios como los europeos, más que todo en lo que concierne a asuntos propios de la administración y la regulación, inclusive llegándose a afirmar que el sistema legal de este país ha venido teniendo una fuerte influencia en el sistema Europeo que asumió algunas de sus figuras y rasgos, este último postulado no es compartido unánimemente por la literatura y expone una discusión muy interesante en el análisis de los patrones que asumen los sistemas jurídicos⁶⁴⁰.

Por tanto, es posible subrayar fenómenos similares bajo una lógica de globalización del Poder Judicial en el que se ha preguntado hasta qué punto los Jueces son políticos en togas. Esto genera cuestionamientos sobre los roles de las Cortes en las democracias que terminan influenciando en casos prácticos alrededor del mundo, por dar algunos ejemplos se puede mencionar el rol que tuvieron las Cortes egipcias en medio de las protestas que llevaron al derrocamiento del presidente

⁶³⁸ Cfr. UPRIMNY, Rodrigo. La judicialización de la política en Colombia... *Ob. cit.*, pp. 66-67.

⁶³⁹ Cfr. RODES, Robert. Rights Talk: The Impoverishment of Political Discourse and A Nation Under Lawyers (Book Review) En: The American Journal of Jurisprudence, vol. 40, núm. 1. USA, University of Notre Dame Law School, 1995, pp. 412 y 413.

⁶⁴⁰ A mayor abundamiento en lo vinculado con las distintas visiones de la influencia del Sistema legal de los EE. UU sobre el europeo consultar: KELEMEN, R. Daniel. Eurolegalism: The transformation of law and regulation in the European Union. Harvard University Press, 2011, p. 5 y sigs.

Hosni Mubarak, las restricciones impuestas por parte de la Corte Constitucional alemana al uso de símbolos religiosos en los salones de escuelas públicas y las investigaciones criminales de los noventas en Italia que desplazaron a la clase política de este país en las que los jueces jugaron un rol determinante⁶⁴¹.

En ultimas, la judicialización de la política puede llegar a ser tratada como un elemento obvio de la supremacía constitucional que tiene un espacio especial en la actual lógica global, para algunos, las Cortes son instituciones políticas tanto por su diseño y estructuración como por que los determinantes de los procesos judiciales pueden llegar a ser los mismos referentes de los utilizados por el resto de los funcionarios públicos, asimismo su propia creación no puede llegar a comprenderse de manera aislada y por fuera de disputas económicas, políticas y sociales que le dan forma al sistema político⁶⁴².

Todo lo anterior, se plantea sin la intención de desconocer los beneficios propios del activismo judicial, pero resulta proporcionado el observar otras aproximaciones, como bien lo indica Kagan en el centro de toda esta discusión subyace un espíritu de desconfianza hacia la autoridad que fácilmente puede tornarse en contra de quienes en teoría o por una coyuntura especial se presentan como suficientemente confiables⁶⁴³, y en definitiva nada los salvaguarda de que posteriormente esta desconfianza sea utilizada en contra de ellos mismos por parte de los: “[...] *mal orientados, mendaces y los malintencionados, así como por los ofendidos*[...]”⁶⁴⁴ por su anterior actuación y es que cualquiera de las partes en disputa en estos escenarios pueden utilizar a su favor y de manera táctica las mismas herramientas para alcanzar concesiones pobremente justificadas⁶⁴⁵, al fin y al cabo por más que no sea lo deseable al ir ante los jueces a resolver temas de carácter político nos aproximamos y sometemos a todas las reglas propias de los litigios.

⁶⁴¹ Cfr. BANKS, Christopher P.; O'BRIEN, David M. The Judicial Process: Law, Courts, and Judicial Politics. CQ Press, 2015, p. 463.

⁶⁴² Cfr. WHITTINGTON, Keith E.; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. (ed.). The Oxford Handbook of Law and Politics. Oxford University Press, 2008, pp. 120, 133 – 134.

⁶⁴³ Como parte de lo que Kagan denomina en su obra como: “*adversarial legalism*”.

⁶⁴⁴ “[...] *mis-guided, the mendacious, and the malevolent as well as by the mistreated* [...]” (trad. a.) Cfr. KAGAN, Robert. Adversarial Legalism and American Government. En: Journal of Policy Analysis and Management, vol. 10, núm. 3. Wiley on behalf of Association for Public Policy Analysis and Management, 1991, p. 375.

⁶⁴⁵ *Ibíd.*, p. 375.

A esta altura logramos reconocer que existe un discurso desarrollado tanto a favor como en contra del activismo judicial en sus múltiples modalidades, siendo la concerniente con el control de la supremacía constitucional la que más nos interesa para el presente estudio, lo cual nos invita a profundizar aún más y buscar respuestas en algunas de las valoraciones creadas sobre el imperio de la Ley y su relación con el Estado de Derecho y la regla de las mayorías en las teorías dialógicas que presentaremos a continuación con el firme objetivo de alimentar el debate.

Posterior al trabajo que adelantamos teniendo como centro el tema del activismo judicial queremos dirigir nuestro esfuerzo a una serie de reflexiones sobre el rol que poseerá el Poder Judicial dentro de la perspectiva del constitucionalismo dialógico, siempre teniendo claro que se trata de continuar uniendo esfuerzos para posibilitar una democracia constitucional que no se quede en la simple forma, sino que responda de mejor manera a las tensiones que constantemente aparecen entre derechos y democracia o más directamente entre Constitución y democracia, entender que no poseemos un modelo perfecto y que hasta hace poco tiempo la democracia constitucional resultaba un término extraño y no tan común para nuestras sociedades nos permitirá acercarnos a una gestión más adecuada de los derechos que han venido siendo reconocidos a través del tiempo⁶⁴⁶.

⁶⁴⁶ Cfr. ACUÑA, Juan Manuel. *Ob. cit.*, pp. 4-9.

CAPÍTULO 6. EL CONSTITUCIONALISMO DIALÓGICO

Partiendo de la hipótesis en la cual el activismo judicial de tipo constitucional puede llegar a guardar cierta relación con el constitucionalismo dialógico, principalmente en su función de abrir nuevos espacios para el debate y la conversación fuera de los recintos del Poder Legislativo, promoviendo a su paso el diálogo en todas las instancias de la sociedad, entraremos a trabajar el tema vinculado con el constitucionalismo dialógico. A primera vista pareciera que previamente los Tribunales reaccionaban de manera más tímida o conservadora a la creación de nuevos escenarios de discusión⁶⁴⁷, mientras que actualmente han resultado más proclives a garantizar nuevos puntos de encuentro.

Esta tendencia no es de menor importancia, más aún cuando cada día se pone más en entredicho la positiva presencia del Estado en la sociedad y el mismo es observado como un ente distante, el cual es indiferente a la efectiva participación de actores determinantes en las decisiones que resultan de interés público, creando a su vez un verdadero rompimiento o por lo menos un distanciamiento entre sociedad y Estado. De alguna manera se estaría explorando la posibilidad de redefinir el rol de mismo y su forma de intervenir en la sociedad avalando un tipo de acción pública más participativa fomentada por los jueces a través de decisiones activistas, bajo el entendido de respaldar la concepción que las políticas públicas son el resultado de todo un: “[...] *proceso de construcción social producto de la interacción entre el Estado y la sociedad* [...]”⁶⁴⁸.

Estas nuevas reorganizaciones que alejan el concepto de Estado moderno del clásico Estado contemporáneo suponen varios retos y es por lo anterior que luego de analizar en el capítulo que nos antecede el activismo judicial de manera teórica proponemos el entrar a revisar la existencia de algún tipo de relación entre el constitucionalismo dialógico y el activismo judicial

⁶⁴⁷ Cfr. GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos. R. Gargarella, comp. Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática. Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2014, pp. 23 y 119-158.

⁶⁴⁸ Cfr. ERAZO, Luis. Políticas Públicas. Formulación, Implementación y Evaluación de André-Noël Roth Deubel. En: Íconos, Revista de Ciencias Sociales, núm. 53, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO), Ecuador, 2015, pp. 201-202. [En línea] Revisado, mayo 01, 2019. Disponible en: <https://revistas.flacsoandes.edu.ec/iconos/article/view/1849>

constitucional, principalmente en lo que resulta concomitante con las revisiones judiciales a las Leyes emanadas del Poder Legislativo y es que aparentemente es la misma sociedad quien ha exigido nuevos espacios en los que logre “[...]emanciparse de la tutela del Estado[...]” intentando una representación propia y algunos dirían que un autogobierno⁶⁴⁹, el entramado es mucho más interesante al colocar en el centro del debate a la actividad minera, agrupando de un lado a la “*sociedad civil organizada*” y en el costado opuesto al capital financiero internacionalizado, constituyéndose ambos a manera de actores de visiones que logran influir sobre la actuación del mismo Estado⁶⁵⁰, bajo esta misma línea se pueden ubicar textos que estudian la relación entre elites y Gobiernos en Latinoamérica y la influencia de esta relación sobre la elección de políticas públicas de tipo económico y la creación de instituciones del Estado⁶⁵¹.

No se debe desconocer que es a partir de las decisiones judiciales de corte activista en donde han proliferado en Colombia la aplicación de derechos, medidas judiciales y seguimientos fuertes, que también han entrado a promover nuevos espacios dialógicos de participación⁶⁵², por lo que resulta relevante analizar la propuesta del constitucionalismo dialógico dentro de toda esta estructura ya que es posible que estas soluciones conlleven a ubicar al Juez y en particular a las Altas Cortes como arquitectos de políticas públicas⁶⁵³, lo cual puede acarrear implicaciones de tipo jurídico y regulatorio.

Actualmente tanto Jueces como Tribunales: “[...] hacen mucho más que resolver casos concretos de violaciones[...]” a los derechos, soportados en el poder de expansión que tienen los derechos humanos vía constitucional y debido a que los mismos se instauran como principios y no como simples reglas clásicas, de esta manera los jueces entran a ser partícipes en la concreción, tanto de los contenidos de los mismos, como de sus alcances e irán más lejos de su tradicional labor de

⁶⁴⁹ Inclusive y con la limitante de no desviarnos del núcleo de nuestro estudio, se podría llegar a afirmar que son dilemas propios, como bien lo destaca GÓMEZ, de una “*sociedad postestatal*”, en donde el rol del Estado se minimiza a funciones propias de coordinación alejándose progresivamente de su poder de coacción. Cfr. GÓMEZ, Martha-Isabel. *Ob. cit.*, pp. 202, 204.

⁶⁵⁰ *Ibíd.* p. 204.

⁶⁵¹ Cfr. KURTZ, Marcus. *Latin American state building in comparative perspective: Social foundations of institutional order*. Cambridge University Press, 2013. p. 33 y sigs.

⁶⁵² Cfr. RODRÍGUEZ, César; RODRÍGUEZ, Diana. *Ob. cit.*, p. 32.

⁶⁵³ Cfr. GUZMÁN, Luis. *Ob. cit.*, pp. 73-74.

estrictos “[...]administradores de las reglas preestablecidas[...]”⁶⁵⁴, este tipo de sentencias generan un impacto tal que terminan por ampliar sus efectos a toda la sociedad, estableciendo unos “*efectos indirectos*” derivados de la misma decisión⁶⁵⁵, en oposición con los denominados “*efectos directos*” que se concretan en órdenes y acciones de carácter vertical dirigidas a las partes en las sentencias⁶⁵⁶.

En definitiva, la revisión judicial dialógica ejercida por la Rama Judicial puede llegar a crear un control democrático fundado en la discusión pública, y esto se constituye como una apuesta en la que los debates sociales sean llevados a una conversación que reconozca la participación de grupos que se encuentran en la periferia del sistema político, y es que en realidad la finalidad de la propuesta está encaminada a la democratización de las políticas públicas⁶⁵⁷.

Es en las sociedades modernas caracterizadas por contar con instituciones democráticas en posiciones vulnerables en donde germina la teoría del *Cause lawyering*⁶⁵⁸, entendido como un vehículo que permite que los movimientos de contradicción al capitalismo generen nuevos espacios para la transformación democrática⁶⁵⁹, y es en éste contexto que Roth reconoce que se abandona la postura clásica en la que la Administración pública es ejercida de manera jerárquica creando una dominación de corte legal-racional sobre los ciudadanos y por el contrario se prefiere dar apertura a prácticas de dialogo y consultas incluyentes⁶⁶⁰.

Ahora bien, no se debe olvidar que para algunos pueden llegar a encontrarse efectos negativos en el litigio de los movimientos sociales, según esto las situaciones producidas dependerán de encontrarnos frente a un Tribunal del tipo restringido o uno de un enfoque más dinámico⁶⁶¹,

⁶⁵⁴ Cfr. OSUNA, Néstor. Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia. En: BAZÁN, Víctor & STEINER, Christian. Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales N° 5. Colombia, Fundación Konrad Adenauer, 2015, pp. 91, 113.

⁶⁵⁵ Rodríguez afirma que inclusive pueden no figurar expresamente en la parte resolutive de sus pronunciamientos.

⁶⁵⁶ Cfr. RODRÍGUEZ, César; RODRÍGUEZ, Diana. *Ob. cit.*, p. 40 y sigs.

⁶⁵⁷ Cfr. DELGADO, Camilo. *Ob. cit.*, pp. 120 -121.

⁶⁵⁸ Cfr. SCHEINGOLD, Stuart; SARAT, Austin. Something to Believe In. Politics, Professionalism, and Cause Lawyering. Standford, Standford University Press, 2004, pp. 3-19.

⁶⁵⁹ Cfr. SARAT, Austin; SCHEINGOLD, Stuart (ed.). Cause lawyering and the state in a global era. Oxford University Press, 2001, p. 10.

⁶⁶⁰ Cfr. ROTH, André-Noël. Políticas públicas: formulación, implementación y evaluación. Bogotá, Aurora, 2014, p. 178.

⁶⁶¹ Cfr. ROSENBERG, Gerald N. The hollow hope... *Ob. cit.*, p. 9 y sigs., 368.

llevándolo al extremo se encuentran situaciones en las que se genera una expansión del litigio en el que se usa la demanda o el litigio como una manera de lograr objetivos personales en todos los debates sociales⁶⁶².

Uno de esos profundos debates, el cual se subraya en este trabajo, es el vinculado con algunos bienes ambientales, es así como para ciertos autores resulta más que justificable que el Poder Judicial extirpe vía constitucional las Leyes que atenten contra el medio ambiente por más que sean el resultado de: “[...]una Ley aprobada por las mayorías, o la decisión de un Gobierno popularmente electo[...]”⁶⁶³ y aparentemente esta es la vía que ha escogido la Corte Constitucional colombiana que reconoce en sus fallos el derecho que asiste a las colectividades de “[...]intervenir en el procedimiento de toma de decisiones de las autoridades que perturban o interesan al colectivo[...]”. Destacamos la manera en que esta visión ha sido aplicada en la solución de casos relacionados con la Administración de los recursos naturales del país⁶⁶⁴, a manera de ejemplo tenemos: la protección de ecosistemas “Sentencia T 606 de 2015”, el desarrollo de los denominados megaproyectos “Sentencias T 574 de 1996, T 194 de 1999, T 348 de 2012, T 135 de 2013; T 597 de 2015; T 660 de 2015” y la autorización sobre los contratos de cesión de exploración y explotación en el marco de la política minera “SU 133 DE 2017”⁶⁶⁵.

Al observar la manera en que aparentemente la política pública regulatoria aplicada sobre el sector minero colombiano se veía moldeada bajo la relación existente entre el activismo judicial constitucional en su modalidad más activista o fuerte con la nueva visión dialógica de la construcción de las políticas públicas y la toma de las decisiones por parte del Estado, llevó a la presente investigación a progresar sobre los postulados expresados por parte del profesor Roberto Gargarella quien ha estudiado de manera continua las particularidades de lo que él denomina como una nueva justicia dialógica la cual según el autor viene en aumento aportando a su paso medidas originales que no se habían visto antes y que provienen en ciertos casos de la misma Rama Judicial⁶⁶⁶.

⁶⁶² Cfr. HALTOM, William; MCCANN, Michael. Distorting the law: Politics, media, and the litigation crisis. University of Chicago Press, 2009, p. 54 y sigs.

⁶⁶³ Cfr. KARAM, Carlos. LORENZETTI, Ricardo Luis. *Ob. cit.*, pp. 1449.

⁶⁶⁴ Cfr. DELGADO, Camilo. *Ob. cit.*, pp. 120 -121.

⁶⁶⁵ *Ibíd.*, p. 121.

⁶⁶⁶ Cfr. FISS, Owen. The Law as It Could Be. *Ob. cit.*

Sobresale la importancia del pensamiento de Gargarella en relación al tema, pues su enfoque está dirigido al ámbito latinoamericano, en relación a un tema típicamente derivado del common law pasando por temas como la implementación de soluciones dialógicas y la adopción de un nuevo constitucionalismo en la región, obviamente esta visión deberá ser observada contando con los efectos que puede llegar a tener sobre la tradicional estructura institucional y debatiendo sobre ¿quién debería tener el monopolio en la interpretación de las normas? El trabajo de Gargarella es insistente en la búsqueda de un diálogo real y entra a cuestionar algunos postulados de autores como Friedman, asimismo su obra apunta a la búsqueda de un diálogo judicial más auténtico en donde no se presenten condiciones tan desiguales, abandonando según él posiciones de privilegio siempre a favor del aumento de los niveles de consenso⁶⁶⁷.

Regresando a los objetivos de este estudio, diríamos que la presente sección pretende presentar ante el lector los casos relacionados con el denominado constitucionalismo dialógico a partir de la aparición de ciertos sucesos concretos que tuvieron lugar en múltiples países; como ya se mencionó se realizarán constantes referencias a la obra del profesor Gargarella, quien se encarga de destacar la manera en que el dialogo constitucional ha venido interactuando con el modelo de “*frenos y contrapesos*” propio del diseño estatal asumido por variados países proveyendo resultados muy interesantes. Con este ejercicio se tiene por finalidad proveer cimientos para posteriormente avanzar sobre el estudio de la regulación minera colombiana, la estructura de la Rama Judicial de este país y finalmente ofrecer algunos comentarios sobre el caso de la decisión judicial de la Corte Constitucional de apartar los páramos de la actividad minera y de otras actividades económicas constituyéndolos de esta manera como áreas de especial protección y conservación ambiental.

La ya no tan nueva propuesta a la que se le han asignado varios nombres entre ellos el de “*nuevo modelo de constitucionalismo del Commonwealth*”, “*formas débiles de revisión judicial*”, “*el modelo parlamentario de carta de derechos*”⁶⁶⁸ y el modelo de constitucionalismo dialógico toca los cimientos más profundos de los acuerdos de organización básica institucional de las

⁶⁶⁷ Cfr. GARGARELLA, Roberto. *Ob. cit.*, pp. 119-158. Ver también Cfr. FISS, Owen. Between Supremacy and Exclusivity. En: Syracuse Law Review vol. 57. Syracuse University College of Law, 2007, pp. 187-1455.

⁶⁶⁸ “*the new commonwealth model of constitutionalism*”, “*weak forms of judicial review*”, “*the parliamentary bill of rights model*” (trad. a.)

democracias y se presenta al mismo tiempo como una tercera opción de constitucionalismo diferente al legal o al político⁶⁶⁹.

Se debe recordar que el constitucionalismo legal es el perteneciente al viejo modelo del Commonwealth, en el que se identifica una marcada supremacía legislativa que carece de una “*carta de derechos*”⁶⁷⁰ o carta de derechos codificada y el constitucionalismo político que lo identificamos con el de los EE. UU, en donde se resalta una supremacía constitucional y en donde existe una declaración de derechos⁶⁷¹. En esta sección se traerá esta tercera opción que toma elementos de los dos modelos tradicionales⁶⁷² y crea una fusión que ofrece novedosas alternativas que muy seguramente repercuten en varios de los niveles de la organización estatal en donde es aplicada.

Ahora bien, no hay que perder de vista que en el núcleo de la decisión sobre la implementación o selección de alguno de los modelos se encuentra la absolución de la pregunta: *¿debería el compromiso normativo con el constitucionalismo institucionalizarse en la forma de un sistema político democrático?*⁶⁷³, y es que por medio de esta nueva posibilidad o brecha es que aparecen fenómenos como los que describen Varun Gauri & Daniel M. Brinks⁶⁷⁴ al exteriorizar que el accionar de las Cortes viene siendo cada vez más importante ya que en su entorno se están atendiendo demandas de bienes y servicios tanto sociales como económicos soportados en derechos constitucionales, por lo que es el Poder Judicial quien ha pasado a asumir un rol determinante en la formulación de políticas⁶⁷⁵ y esto no es poco ya que una intervención de este tipo resultaba extraña hace pocas décadas para el entorno Latinoamericano.

⁶⁶⁹ Cfr. GARDBAUM, Stephen. The Case for the New Commonwealth Model of Constitutionalism (April 25, 2013). The New Commonwealth Model of Constitutionalism: Theory and Practice, Cambridge University Press, Enero de 2013, pp. 2229 - 2232

⁶⁷⁰ “*Bill of rights*” (trad. a.)

⁶⁷¹ Cfr. GARGARELLA, Roberto. *Ob. cit.*, pp. 119-158.

⁶⁷² *Ibíd.*, pp. 119-158.

⁶⁷³ Cfr. GARDBAUM, Stephen. *Ob. cit.*

⁶⁷⁴ Cfr. GAURI, Varun & BRINKS, Daniel M. Introduction: The Elements of Legalization and the Triangular Shape of Social and Economic Rights, en *Courting Social Justice. Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World*, 2. Varun Gauri & Daniel Brinks, (Eds). New York, Cambridge University Press, 2008.

⁶⁷⁵ Cfr. QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando; RIVERA RUGELES, Juan Camilo. El control judicial de las políticas públicas como instrumento de inclusión de los derechos humanos. *Vniversitas*, vol. 59, no 121, 2010, pp. 113-138.

Como parte de estas llamadas novedades de constitucionalismo dialógico encontramos la reforma en materia de derechos realizada por Canadá de la que se hablará en otras secciones del texto, este país norteamericano hace alusión a esta reforma en dos partes de su Carta Constitucional específicamente en la Sección uno y la Sección treinta y tres; en la primera de estas, se afirma claramente que los múltiples derechos reconocidos en la carta estarán sujetos a: “*las limitaciones que resulten demostrablemente justificadas en una sociedad libre y democrática*”, por otra parte en la Sección 33 se hace referencia específicamente a un mecanismo en el que el Poder Legislativo posee la facultad de extender la vigencia de determinada norma por más que la misma se encuentre en un estado de tensión con la Carta de Derechos, el mismo Gargarella identifica este caso como precursor del constitucionalismo mundial⁶⁷⁶.

Es justo indicar que el caso canadiense (1982) hace parte del nombrado “*nuevo modelo constitucional del Commonwealth*”, bajo él se propiciaron reformas constitucionales, asimismo, de él también hacen parte modificaciones como las llevadas a cabo por Nueva Zelandia (1990), Reino Unido (1998) y más adelante el distrito federal de Australia denominado Territorio de la Capital Australiana (2004) junto con el Estado australiano de Victoria (2006), en este modelo en el que se presenta una alternativa para organizar la institucionalidad básica en un entorno democrático se descarta la típica dicotomía en la que es un imperativo otorgar mayor poder a la supremacía legislativa o a la judicial, a partir de lo anterior se han descrito nuevas formas de implementación que reconozcan la protección de los derechos pero que no deban elegir entre alguna de las dos supremacías. Gardbaum expone una comparación propia de los modelos económicos en el que subraya la forma de organización económica denominada de economía mixta la cual bloquea o no permite las asignaciones desiguales del poder a la absoluta libertad del mercado ni a la planificación absorbente de la economía, y lo compara con una tensión similar que surge entre la asignación de poderes desbordados a legisladores o jueces; esta teoría busca tomar lo mejor de estas dos opciones y concluye que equilibrando las mismas se otorgaría una mayor legitimidad al sistema⁶⁷⁷.

⁶⁷⁶ Cfr. GARGARELLA, Roberto. *Ob. cit.*, pp., 119-158.

⁶⁷⁷ A mayor abundamiento sobre la propuesta de Gardbaum consultar: Cfr. GARDBAUM, Stephen. *Ob. cit.*

La primera de estas herramientas utilizadas por la nueva opción descrita por Gardbaum es la denominada como: “*revisión política de constitucionalidad*” que consiste en el involucramiento o aportación previa que deberá hacer el Poder Legislativo en la adecuada revisión de la constitucionalidad de las normas jurídicas previo a su transformación en Leyes vinculantes⁶⁷⁸.

Por otra parte, también se puede hacer referencia a una segunda herramienta, la cual vincula a las formas débiles - *weak forms* de control judicial y que pueden llegar a ser observadas como un tipo de técnica de revisión constitucional⁶⁷⁹, en éste sentido se entendería que existen una serie de factores culturales normativos y políticos, los cuales aparecen en cada sociedad y determinan el control judicial constitucional aplicado por cada jurisdicción y que se traducen en el establecimiento de un control de constitucionalidad de tipo abstracto o concreto⁶⁸⁰, al adentrarnos un poco más en la explicación anterior encontramos que existen una variedad de formas de control constitucional que no se limitan a las categorías simples de abstracto y concreto, específicamente el profesor Tushnet ilustra⁶⁸¹ una serie de categorías de control judicial agrupadas en formas fuertes - *strong forms* y formas débiles - *weak forms*⁶⁸².

Recordemos que las denominadas formas fuertes⁶⁸³, se encargan de trasladar a los intervinientes de las políticas públicas una serie de requerimientos pormenorizados de carácter imperativo, siendo más claros, bajo este formato, el Juez en ejercicio de sus funciones podría establecer específicos objetivos los cuales deberán alcanzar las autoridades, estas metas deben ser medidas

⁶⁷⁸ Cfr. GARGARELLA, Roberto. *Ob. cit.*, pp. 119-158.

⁶⁷⁹ *Ibíd.*, p. 119-158.

⁶⁸⁰ Cfr. QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando; RIVERA RUGELES, Juan Camilo. *Ob. cit.*, pp. 113-138.

⁶⁸¹ Cfr. TUSHNET, Mark. *Weak courts, strong rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*. Princeton, Nueva Jersey, Princeton University Press, 2009.

⁶⁸² Cfr. QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando; RIVERA RUGELES, Juan Camilo. *Ob. cit.*, pp. 113-138.

⁶⁸³ En sentido contrario, encontramos las formas débiles - *weak forms* que no establecen ninguna talanquera ni especifican de manera minuciosa que deberán hacer los intervinientes en las políticas públicas, en otras palabras, se les ofrecerá una libertad a los hacedores de la política infractora para buscar los mecanismos en que de la mejor manera lograrán acometer los diferentes mandatos constitucionales debatidos y restablecer el orden. El profesor Tushnet indica que en las formas débiles nos localizaremos frente a dos posibilidades o subcategorías, la primera se describe como decisiones judiciales meramente declaratorias en las que como su nombre lo indica se declarará que una política agravia un determinado derecho y no se desgastará el Poder Judicial indicando maneras o formas en la que se deberá remediar la situación anómala y la segunda en donde también se inicia por declarar una política como inconstitucional pero en este caso se ordenará a los involucrados elucubrar un determinado plan de acción a seguir en el que se elimine la anomalía inconstitucional en un margen de tiempo plausible sin ofrecer ningún tipo de precisión sobre las acciones a tomar. Cfr. QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando; RIVERA RUGELES, Juan Camilo. *Ob. cit.*, pp. 113-138.

de manera sencilla y como consecuencia de lo anterior existirá una obligación de cumplir con las mismas en los plazos especificados y fijados por parte de las autoridades judiciales competentes⁶⁸⁴.

Abramovich indica que es posible encontrar unas bases que pueden ser descritas de la siguiente manera, el Juez tendrá la potestad de invalidar las diferentes políticas públicas cuando las mismas se opongan a los estándares de la Ley, el mismo Juez podrá adoptar decisiones dirigidas a la implementación de políticas públicas al encontrar una barrera para su consumación que esté creada por parte de la burocracia, en este mismo sentido el Juez podrá actuar para hacer efectivo reformas estructurales o políticas públicas que tienen su sustento en los mandatos constitucionales, asimismo el Poder Judicial tendrá la autoridad de ampliar el alcance de beneficios establecidos para ciertos sectores y grupos, lo anterior deberá ser acogido por la Administración, y bajo la misma línea el Poder Judicial tendrá facultades para reacomodar la formulación y procedimientos propios de la implementación de políticas públicas⁶⁸⁵.

Gardbaum señala que por muchos años se permaneció en un debate cerrado en el que se defendía una supremacía legislativa o una supremacía judicial y resultaba necesario escoger bandos frente a estos polos opuestos, una especie de paranoia apareció a tal nivel que resultaba necesario ubicar o encasillar cualquier nueva propuesta bajo uno de estos dos clásicos rótulos, por lo tanto, cualquier tipo de propuesta que involucrara términos como: control jurisdiccional, revisión jurídica, control jurídico o cualquier forma de supervisión judicial resulta tildada de favorecedora de la doctrina de la supremacía judicial sobre la supremacía legislativa⁶⁸⁶.

La Convención 169 de la OIT de 1989 es otra de esas figuras que pueden ejemplificar de manera contundente el aumento del diálogo constitucional en nuestras sociedades, esta idea es propuesta por el profesor Gargarella, el cual describe que el denominado derecho de consulta a los pueblos indígenas encontró un sustento jurídico en la convención a la que se adhirieron gran parte de los países Latinoamericanos⁶⁸⁷, de la misma manera, cada uno de los países han decidido desarrollar este supuesto dentro de su orden interno; al referirnos al caso colombiano el derecho de participar

⁶⁸⁴ Cfr. QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando; RIVERA RUGELES, Juan Camilo. *Ob. cit.*, pp. 113-138.

⁶⁸⁵ Cfr. ABRAMOVICH, Víctor and PAUTASSI, Laura. *La revisión judicial de las políticas sociales*, Argentina, Editores del Puerto, 2009, p. 50.

⁶⁸⁶ Cfr. GARDBAUM, Stephen. *Ob. cit.*

⁶⁸⁷ Cfr. GARGARELLA, Roberto. *Ob. cit.*, pp. 119-158.

de los pueblos indígenas en la toma de decisiones se ha expresado a lo largo de su regulación; a manera de ejemplo se destaca el Artículo 76 de la Ley 99 de 1993 mediante la cual se organizó el Sistema Nacional Ambiental Colombiano e indicó claramente que la explotación de recursos se deberá realizar “*sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas y de las negras tradicionales*” en este sentido indica más adelante la norma que las decisiones que se deban tomar sobre esta específica materia se deberán hacer “*previa consulta a los representantes de tales comunidades*”⁶⁸⁸, a manera de discusión vale la pena revisar si en el caso colombiano esta labor que inicialmente se radicó desde el convenio en cabeza del Estado se trasladó a las empresas generando una dinámica que merece su propio estudio.

Como una referencia corta recordemos que es en junio de 1989 en el marco de la Conferencia Internacional del Trabajo en donde se aprobó el Convenio No 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (Convenio 169). El Convenio 169 surge como resultado de un proceso de revisión del convenio No. 107 que previamente hacía referencia a las Poblaciones Indígenas y Tribales y fue firmado en el año 1957, la revisión principalmente se sustentó en la superación del modelo integracionista y asimilacionista que se veía reflejado en el convenio de 1957⁶⁸⁹.

El Convenio 169 en su artículo 6o. indica que:

“[...] los Gobiernos deberán:

*a) Consultar a los pueblos interesados, mediante procedimiento apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente; [...]”*⁶⁹⁰

⁶⁸⁸ Cfr. RODRÍGUEZ, Gloria Amparo. Los derechos de los pueblos indígenas: Luchas, contenido y relaciones. Editorial Universidad del Rosario, 2015. pp. 91 – 93.

⁶⁸⁹ Cfr. AYLWIN, José; TAMBURINI, Leonardo et al. Convenio 169 de la OIT Los desafíos de su implementación en América Latina a 25 años de su aprobación. International Work Group for Indigenous Affairs (IWGIA), 2014, p. 8 [en línea] Revisado: abril 02, 2017. Disponible en: https://www.iwgia.org/images/publications/0701_convenio169OIT2014.pdf

⁶⁹⁰ Ibídem.

En otras palabras siempre que los Gobiernos decidan adoptar medidas de carácter legislativo o administrativo que afecten a estos grupos tendrán la obligación de establecer diálogos que deberán efectuarse, como más adelante lo señala la segunda parte del Artículo sexto, de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias para de esta manera llegar a la obtención del consentimiento o como también lo dice la convención llegar a un acuerdo sobre las medidas bien sean administrativas o legislativas elegidas⁶⁹¹.

Un poco más adelante y con miras a brindar más espacios de diálogo con este segmento de la población aparecería la Declaración de la ONU de 2007, que también trata el tema de los derechos de los pueblos indígenas unido a múltiples decisiones proferidas en el marco de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como lo es el Caso Saramaka c. Surinam, sentencia de Noviembre 28 de 2007, toda esta serie de afirmaciones han llevado a reconocer por algunos autores que el proceso de consulta a los pueblos indígenas se ha instituido como todo un “*principio general del Derecho Internacional*”⁶⁹².

Otro ejemplo en donde podemos percibir cómo la Convención 169 de la OIT de 1989 ha creado espacios de diálogo constitucional en asuntos antes impensables es el caso mexicano⁶⁹³, en donde las transformaciones del sector energético del año 2013 se vieron envueltas en un debate cuyo tema central giraba en torno a la necesidad de consultar este tipo de transformaciones que creaban nuevas estructuras administrativas y estaban dirigidas a una apertura al mercado permitiendo una mayor competencia y eficiencia en la explotación de los recursos energéticos de este país⁶⁹⁴.

En el caso colombiano la construcción de una regulación sobre el derecho a la consulta es una demostración fehaciente del reto que significa el poder gobernar y establecer políticas públicas en un espacio de constante diálogo constitucional en una sociedad. Para el año 2017 en Colombia existen varios esfuerzos de la Rama Ejecutiva y Legislativa que han traducido en instrumentos de

⁶⁹¹ Ibídem.

⁶⁹² Cfr. GARGARELLA, Roberto. *Ob. cit.*, pp. 119-158.

⁶⁹³ A mayor abundamiento sobre la normatividad y la relación entre la figura de la Consulta Previa con la reforma energética mexicana del 2013 consultar: Cfr. BÉJAR, Luis; OTERO-VARELA, Juan-Manuel; VILLANUEVA MARTÍNEZ, Carlos Alberto. La consulta previa para el uso de la tierra destinada a la industria extractiva. Anuario da Faculta de Dereito da Universidade da Coruña, vol. 22. 2018, pp. 1-20.

⁶⁹⁴ Cfr. MORENO CASTILLO, Luis Ferney & HERNÁNDEZ MENDIBLE, Víctor Rafael (Eds.), *Derecho de la Energía en América Latina*, t. II, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017.

política pública como lo son; algunas directivas presidenciales, documentos del Consejo Nacional de Política Económica y Social (CONPES) e inclusive un Decreto mediante el cual se adoptan protocolos de coordinación interinstitucional que han resultado insuficientes para regular y dar claridad al país y a la industria de explotación de recursos naturales sobre este particular tema⁶⁹⁵.

Y es en el escenario descrito en el anterior párrafo que la Corte Constitucional colombiana, ha continuado identificando características particulares y unificando conceptos sobre las consultas previas, un buen ejemplo es la Sentencia de Unificación SU-217 del (2017) en la que la Corte Constitucional recuerda que “[...]el consentimiento previo, libre e informado es un estándar excepcional que procede en los eventos descritos por la jurisprudencia constitucional y al derecho internacional, asociados al traslado o reubicación de una comunidad, por amenaza de extinción física o cultural o uso de materiales peligrosos en sus tierras y territorios”⁶⁹⁶. Sobre el derecho a la consulta a los pueblos indígenas y la explotación de recursos naturales hay mucho de qué hablar. Por otro lado, de manera sencilla, se debe afirmar que los dos países mencionados fueron de los primeros en ratificar la Convención 169 de la OIT⁶⁹⁷.

Otro espacio que se ha venido ganando por parte del denominado constitucionalismo dialógico, el cual el profesor Gargarella también destaca en su obra, es el aumento y constante práctica en la que se han visto envueltos Altos Tribunales y jueces en general y que consiste en el uso de “medidas originales” en el marco de litigios de tipo estructural⁶⁹⁸, a manera de ejemplo merece la pena mencionar las convocatorias a audiencias públicas en las que participarían y se crearían diálogos entre: representantes de la sociedad civil, representantes de diferentes niveles de la Administración pública y las concomitantes partes involucradas⁶⁹⁹.

⁶⁹⁵ Cfr. AmbitoJuridico.com, La regulación del derecho fundamental a la consulta previa en Colombia, Julio, 2017. [En línea] Revisado, Julio 18, 2017. Disponible en: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/constitucional-y-derechos-humanos/la-regulacion-del-derecho-fundamental-la-consulta-previa>

⁶⁹⁶ Cfr. Sentencia SU-217 del 18 de abril 2017, M.P. María Victoria Calle Correa, Actores: Club Montería Jaraguay Golf, el Cabildo Indígena Jaraguay y otros, contra la Nación, Ministerio del Interior, la ANLA, la Corporación Autónoma Regional de los Valles del Sinú y del San Jorge y Servigenerales S.A. E.S.P.

⁶⁹⁷ El Convenio ha sido ratificado por 22 estados y su gran mayoría se encuentran ubicados en América Latina.

⁶⁹⁸ Cfr. FISS, Owen. The Law as It Could Be. *Ob. cit.*

⁶⁹⁹ Cfr. GARGARELLA, Roberto. *Ob. cit.*, pp. 119-158.

Cuando en el anterior párrafo hablamos de Litigio Estructural queremos hacer referencia a un modelo que hace décadas es utilizado en la cultura judicial de EE. UU., en el que se tienden a corregir desproporciones o más concretamente inequidades que tienen lugar en el entorno de la aplicación de ciertas políticas que al ser implementadas generan un choque o tensión con los derechos propiamente consagrados en la Constitución o frente a derechos civiles, políticos y sociales. Esta dinámica se presentó en principio con las políticas públicas enlazadas con desigualdades raciales o de género que erigían fuertes oposiciones en la sociedad norteamericana⁷⁰⁰.

Como acertadamente nos lo indica el profesor OLAIZ, la importancia del denominado Litigio Estructural se basa en que utilizando como plataforma prerrogativas constitucionales encaminadas a la defensa de la igualdad ante la Ley y el derecho de defensa, ha logrado extirpar del sistema a establecidas políticas contradictorias con los derechos ya mencionados; lo que a la postre conllevó a un gran cambio sobre varias de las estructuras institucionales públicas de los Estados Unidos en componentes como el penitenciario, el laboral, el educativo y la protección al consumidor⁷⁰¹.

De similar manera, la convocatoria a las audiencias públicas por parte de la Rama Judicial en el marco de lo que denomina FISS como Litigios Estructurales⁷⁰² que siempre estarán asociados con problemas públicos de máxima y absoluta importancia han auspiciado a los diferentes jueces y principalmente a los Altos Tribunales de algunos países latinoamericanos a apartarse de su tradicional forma de actuar, algunos ejemplos que vale la pena tener en cuenta son los de las querellas relacionadas con: problemas de medio ambiente, salud, carcelario o el desplazamiento

⁷⁰⁰ Cfr. OLAIZ, Jaime; BOSCO, Juan. El rol del juez en la adjudicación de los derechos individuales de incidencia colectiva: una oportunidad para el litigio estructural en México. En. GONZÁLEZ, Manuel; FERRER, Eduardo (ed.). El juicio de amparo. A 160 años de la primera sentencia. Tomo II. Universidad Nacional Autónoma de México, 2011, pp. 165 - 166. [En línea] Revisado, Julio 10, 2017. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3066/8.pdf>

⁷⁰¹ *Ibíd.*, pp.165 – 166.

⁷⁰² A mayor abundamiento sobre la teoría de Owen Fiss vinculada con el litigio de los derechos civiles, el poder de los ciudadanos y la capacidad de decisión del Poder Judicial revisar: Cfr. FISS, Owen. "The Civil Rights Injunction", 1978. [En línea] Addison Harris Lecture. 7. Disponible en: <https://www.repository.law.indiana.edu/harris/7>

de personas en Colombia⁷⁰³, La Ley de medios, el estado de las cárceles y el medio ambiente en la Argentina⁷⁰⁴ y para el Brasil⁷⁰⁵ el debate sobre Salud Pública⁷⁰⁶.

El profesor Gargarella ha manifestado dentro de su trabajo que este tipo de audiencias los diferentes Tribunales:

“[...]i) han dejado de lado una tradicional actitud de auto-restricción y deferencia al legislativo; ii) se han comprometido frente a violaciones masivas y graves de derechos, que antes dejaban virtualmente desatendidas; iii) han tendido a destrabar, impulsar y poner en foco público discusiones difíciles y de primera importancia, acerca de cómo resolver esas violaciones de derechos; iv) y han hecho todo esto sin interferir en el ámbito de decisión democrática propio del poder político, y por tanto sin arrogarse una legitimidad o poderes de los que carecen[...]”⁷⁰⁷.

Es extraño que este tipo de prácticas más deliberativas, por medio de las que se enaltece el diálogo democrático, son resistidas por nuestros establecimientos⁷⁰⁸ y resulta insólito que estructuras que son autoproclamadas como democracias constitucionales y que adicionalmente pregonan la defensa de la participación a ultranza se opongan sistemáticamente a mecanismos como los explicados en los anteriores párrafos.

⁷⁰³ Cfr. RODRÍGUEZ GARAVITO, Cesar & ARENAS, Luis Carlos. The Struggle of the U'wa People in Colombia, en C. Rodríguez Garavito & B. Sousa Santos, B., Law and Globalization from Below, Cambridge: Cambridge University Press, 2005. Ver también, Cfr. RODRÍGUEZ-GARAVITO, Cesar. *Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America*, Texas Law Review, vol. 89, n. 7, 2011, pp. 1669-1698

⁷⁰⁴ Cfr. GRUSKIN, Sofía & DANIELS, Norman. Justice and Human Rights: Priority Setting and Fair Deliberative Process, American Journal of Public Health, vol. 98, 2008. Ver también, Cfr. BERGALLO, Paola. Courts and Social Change: Lessons from the Struggle to Universalize Access to HIV/AIDS Treatment in Argentina, Texas Law Review, vol. 89, n. 7, 2011, pp. 1611- 1642.

⁷⁰⁵ Cfr. MÆSTAD, Ottar; RAKNER, Lise & MOTTA FERRAZ, Octavio. Assessing the impact of health rights litigation: A comparative analysis of Argentina, Brazil, Colombia, Costa Rica, India and South Africa, in S. Gloppen & A. Yamin, Litigating Health Rights, Cambridge: Harvard University Press, 2011. Ver también, Cfr. GLOPPEN, Siri. Analyzing the Role of Courts in Social Transformation, in R. Gargarella et al. (eds), Courts and Social Transformation in New Democracies. London, Ashgate, 2006.

⁷⁰⁶ Cfr. GARGARELLA, Roberto. *Ob. cit.*, pp. 119-158.

⁷⁰⁷ *Ibíd.*, pp. 119-158.

⁷⁰⁸ *Ibíd.*, pp. 119-158.

Retomando lo expuesto por FISS, se puede hallar que la tensión no es exclusiva del ambiente latinoamericano, por el contrario, en la jurisdicción norteamericana existió una oposición entre la rama legislativa y la rama judicial vinculada a la interpretación misma de la Constitución, que no es una práctica menor, ya que por las características que tienen estos textos constitutivos de pactos sociales poseen efectos sobre todo el sistema democrático. Este autor analiza la manera en que en un espacio de la década de los noventa la Corte Suprema de este país optó por bloquear múltiples medidas provenientes de la rama legislativa en la que se propendía por la expansión o mejora de los derechos utilizando como vía o instrumento la interpretación de la Constitución⁷⁰⁹.

La oposición realizada por la Corte Suprema generó una contra-reacción por parte de la academia conocida como *Critical Legal Studies* - CLS, subrayaremos que el movimiento de CLS ha perdido fuerza a través de los años, no obstante, sus postulados han sido recogidos particularmente por otro movimiento académico denominado constitucionalismo legislativo que ostenta la característica de ser una corriente comprometida con la igualdad que también se ha opuesto a las Cortes que posean una posición diferente a la ampliación de los derechos descritos en las cartas constitucionales. De manera simplificada el constitucionalismo legislativo propende por la obtención de un mayor rol de la rama legislativa en los múltiples procesos de interpretación constitucional oponiéndose a aquellas Cortes que se reservan la decisión de los derechos otorgados a los ciudadanos⁷¹⁰.

Gargarella da una explicación a los fenómenos de oposición a espacios de discusión constitucional o en sus palabras más dialógicas para el ambiente latinoamericano en los siguientes términos; debido a que nuestras actuales organizaciones estatales llevan consigo la muy tradicional distribución de los *checks and balances* o pesos y contrapesos, se insinúa que para que exista un ascenso tangible de las denominadas soluciones dialógicas y de un nuevo constitucionalismo se deberá entrar a considerar el establecer una organización institucional diferente que responda positivamente al diálogo y al intercambio de ideas, además se procuraría que este novedoso formato institucional no se limite a cumplir una única y antigua función de “*contener y canalizar la “guerra social”*”⁷¹¹.

⁷⁰⁹ Cfr. FISS, Owen. Between Supremacy and Exclusivity. *Ob. cit.*, pp. 187-1455.

⁷¹⁰ *Ibíd.*, pp. 187-1455.

⁷¹¹ Cfr. GARGARELLA, Roberto. *Ob. cit.*, pp. 119-158.

Resulta acertado lo dicho en el anterior párrafo, más aun cuando nos encontramos en una época donde se han presentado profundos cambios sociales en los que se impactaron nuestras estructuras estatales y por ende existe el riesgo de descompensación de las funciones públicas e instrumentos diseñados por las constituciones para asegurar el sistema de *checks and balances*, a manera de ejemplo se puede hablar en primera instancia del crecimiento del denominado (Estado Bienestar) que está aparejado con la inclusión de una serie de derechos de tipo social, económico y cultural, lo anterior también se ha acompañado de un aumento de la participación social que influencia de manera determinante las tomas de decisiones que le interesan a la comunidad⁷¹².

Es en este punto donde se ofrece una razón principal que expone el desperfecto institucional, al señalar que el sistema de *checks and balances* ha cumplido con su antigua función de evitar que en una realidad dirigida por la lógica de los enfrentamientos, las estructuras estatales adoptarán características dictatoriales o anarquistas manteniendo a las instituciones en un constante estado de guerra y de enfrentamientos sociales, de ahí que ante la aparición de un nuevo momento se propone optar por una novedosa forma o estructura institucional que propicie el diálogo⁷¹³.

La idea expuesta de concebir a las tres clásicas ramas del poder como reinos que necesitaban ser defendidos de la invasión de las otras ramas por medio del sistema de *checks and balances* no resulta tan desatinada al establecer que en el núcleo del constitucionalismo fundacional norteamericano se recomienda que la mejor forma de evitar la concentración paulatina de los poderes en un solo cuerpo es la de dotar a los administradores, de cada uno de los mismos, de herramientas, tanto constitucionales, como personales para evitar la invasión de los otros, en apartes de la obra del Federalista Hamilton o Madison terminan describiendo todo un escenario de guerra al describir que las diferentes medidas de defensa utilizadas por alguno de los poderes deberán guardar cierta proporcionalidad frente al riesgo que se corre del ataque guiado por la ambición⁷¹⁴.

⁷¹² Cfr. BERIZONCE, Roberto Omar. Activismo Judicial Y Participación En La Construcción De Las Políticas Públicas. Revistas ICDP, vol. 36, no 36. 2015, p.5.

⁷¹³ Cfr. GARGARELLA, Roberto. *Ob. cit.*, pp. 119-158.

⁷¹⁴ Cfr. HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. Federalist papers No. 51. En The Avalon Project at Yale Law School, 1788. [En línea] Revisado, Julio 07, 2017. Disponible en: https://avalon.law.yale.edu/18th_century/fed51.asp

Todo lo descrito anteriormente se acompaña de otro fenómeno complejo que se ha denominado como “*la crisis de la democracia*” por medio de la que se trata de explicar cómo en nuestro actual sistema político se establece una mayor influencia de los representantes de pequeños grupos de interés frente a la real voluntad de las mayorías en las decisiones. Bajo el fenómeno mencionado, resulta muy difícil para un político actuar de acuerdo a las voces de las mayorías y su electorado, cuando tras su nombramiento se alinean una serie de incentivos como lo son: años de poder por ejercer su cargo, pocos mecanismos sancionatorios ante una posible mala o desacertada gestión, mensajes difusos de sus múltiples electores y una fehaciente posibilidad de enriquecimiento y de concentración del poder que tendría ante la posibilidad de reunirse y transar con pequeños grupos de interés⁷¹⁵.

Es de esta manera que algunos autores afirman que las democracias imbuidas en ambientes capitalistas son determinadas bajo una constante y compleja interacción entre grupos de interés, votantes y partidos políticos⁷¹⁶, ahora bien, si a esto le sumamos el fenómeno del populismo aplicado a nuestra región que sin importar si proviene de tendencias de izquierda o de derecha tiene características comunes de implementar un “*liderazgo personalista y la falta de institucionalización del vínculo con los votantes*” buscando una prolongación de su poder⁷¹⁷ genera en últimas muchas dudas sobre la forma en que se escogen las decisiones tomadas por parte de los Gobiernos⁷¹⁸.

Se debe aclarar que todo este “*desperfecto*” nace a partir del sistema representativo elegido que no es más que el sistema político que nos rige, lo que a la par significa que al decidir remplazar el sistema de democracia directa por el de democracia representativa se optó por construir esta opción

⁷¹⁵ Cfr. GARGARELLA, Roberto. Crisis de Representación y Constituciones Contramayoritarias. En. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005. Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho. Núm. 2. 1995. Pp. 89-97. [En línea] Revisado, febrero 18, 2017. <http://www.cervantesvirtual.com/obra/tesis-de-representacion-y-constituciones-contramayoritarias-0/>

⁷¹⁶ Cfr. CULPEPPER, Pepper D. (2010). Business Power and Democratic Politics. In Quiet Politics and Business Power: Corporate Control in Europe and Japan. Cambridge Studies in Comparative Politics, 2010, pp. 177-198. Cambridge: Cambridge University Press, p. 198. doi:10.1017/CBO9780511760716.008

⁷¹⁷ Cfr. PONTÓN CEVALLOS, Jenny. El populismo: ¿una amenaza a la democracia en América Latina? Un diálogo con Kurt Weyland. Iconos. Revista de Ciencias Sociales, no 55. 2016, p. 164.

⁷¹⁸ A mayor abundamiento sobre las motivaciones para tomar decisiones sobre políticas por parte de los Gobiernos revisar: Cfr WEYLAND, Kurt. Bounded Rationality and Policy Diffusion: Social Sector Reform in Latin America. Princeton; Oxford: Princeton University Press, 2006. Accessed June 22, 2020. doi: 10.2307/j.ctt7rsvd.Copy

bajo el pilar de la imparcialidad que ha venido evolucionando desde el momento en que se tomó esta determinante decisión⁷¹⁹, bajo esta misma línea se diría que resulta más idóneo en el marco del Estado constitucional de derecho el reconocer la participación ciudadana y la cooperación no bajo un simple ejercicio electoral sino por el contrario desde una perspectiva en la que el ciudadano se haga parte desde el diseño hasta la ejecución de las políticas públicas⁷²⁰.

A pesar de todo lo descrito en estas páginas, no podemos desconocer que se debe tener cuidado al utilizar a la democracia como sustento de cualquier idea ya que el término ha sido utilizado de diversas maneras y para respaldar múltiples estructuras y modelos de poder que a la postre terminan siendo notoriamente diferentes entre ellas, son tantos los usos de adjetivos sobre la democracia que existen estudios propios dedicados a desentrañar estas variables⁷²¹.

Siguiendo con esta línea, se indicará que la experiencia y las aspiraciones construidas sobre el ideal democrático de nuestros tiempos no quedarán plenamente satisfechas con una simple democracia formal, y según esto encontraremos democracias de varias calidades y es en este punto donde resulta plausible acudir a la ciencia política como área del conocimiento donde se ofrecen ciertas luces a los objetivos, es decir, es a donde debemos apuntar para lograr crear una diferenciación entre simples democracias formales y democracias de óptimas calidades⁷²².

En este punto el profesor Morlino, indica que para que una democracia sea de óptima calidad necesita ser respaldada con el sufragio universal e incondicionalmente contar con las siguientes características: “1) *imperio del rule of law*; 2) *accountability electoral*; 3) *accountability interinstitucional*, es decir, control; 4) *reciprocidad*; 5) *libertad*, y 6) *igualdad*, es decir, *derechos civiles y políticos y derechos sociales*.”, volveremos sobre estas ideas más adelante al mencionar el modelo de democracia constitucional⁷²³.

⁷¹⁹ Cfr. GARGARELLA, Roberto. Crisis de Representación y Constituciones Contramayoritarias. *Ob. cit.*

⁷²⁰ Cfr. BÉJAR, Luis. Estado de Derecho, cooperación, juridicidad... *Ob. cit.*, p. 243.

⁷²¹ A mayor abundamiento sobre los adjetivos aplicados a la democracia, Cfr. BOVERO, Michelangelo. Una gramática para la democracia, contra el Gobierno de los peores. Madrid, Trotta, 2002.

⁷²² Cfr. ACUÑA, Juan Manuel. *Ob. cit.*, pp. 4-5.

⁷²³ Cfr. MORLINO, Leonardo. Explicar la calidad democrática: ¿qué tan relevantes son las tradiciones autoritarias? Revista de ciencia política, vol. 27, no 2, Santiago, 2007, pp. 6-11 Ver También, Cfr. ACUÑA, Juan Manuel. *Ob. cit.*, pp. 4-5.

Retomando el tema de la imparcialidad y teniendo en cuenta lo explicado anteriormente, la forma en que en nuestras sociedades democráticas se garantiza la imparcialidad es por medio de la “*profunda discusión pública*”, asunto que aunque nos parezca excéntrico se entendía de manera contraria en sus orígenes, ya que para los transformadores entre más aumentara el grado de discusión colectiva en la Constitución de una determinada medida se corrían mayores riesgos en la adopción de soluciones arbitrarias y hasta subversivas, en otras palabras es desde nuestro modelo constitucional que se tiende a disminuir la discusión colectiva y al mismo tiempo a endurecer la autonomía de los representantes elegidos que a la postre rompe con la posibilidad de comunicación (dialógica) entre el electorado y los poseedores del poder⁷²⁴.

Nuevamente es bueno recordar que en nuestras sociedades modernas los grupos de interés tienen un especial lugar dentro de este juego de decisiones regulatorias, de cualquier modo, pueden presentarse consecuencias lamentables sobre la regulación cuando los ciudadanos no se están bien informados y se encuentran poco interesados en hacerlo, en contraste los grupos de interés organizados tienen grandes incentivos en entrar a castigar o recompensar a los legisladores que favorezcan sus intereses⁷²⁵.

Es pertinente destacar que desde la misma base de la creación del sistema de *checks and balances* se ha tenido presente la idea de proteger a las minorías sobre las mayorías, aun así no podemos esperar que la concepción de minorías de nuestra época sea similar a la tenida en cuenta por el constitucionalismo norteamericano de la época⁷²⁶ y es el mismo Hamilton quien nos ayuda a percibir al grupo de la sociedad que los padres fundadores norteamericanos señalaban cuando hablaban de minorías al decir: “[...] *Los primeros son los ricos y bien nacidos, los otros son la*

⁷²⁴ Cfr. GARGARELLA, Roberto. Crisis de Representación y Constituciones Contramayoritarias. *Ob. cit.*

⁷²⁵ Cfr. CROLEY, Steven. Theories of regulation: Incorporating the administrative process. *Columbia Law Review*, 1998, p. 38 y sigs.

⁷²⁶ Cfr. GARGARELLA, Roberto. Crisis de Representación y Constituciones Contramayoritarias. *Ob. cit.*, p. 98.

*masa de gente. [...] ”*⁷²⁷ de similar manera otros autores de la época como Madison retoman esta partición cuando diferencian entre “*[...] Los que tienen y los que están sin propiedad [...] ”*⁷²⁸.

Lo anterior, no se alinea con las concepciones más modernas de lo que constituye una minoría, en las que más bien nos aproximamos a conceptos como grupos reducidos en su número de miembros frente a un grupo dominante, como puede ser el caso de los inmigrantes o de los gitanos en Colombia, también es diferente a lo que entendemos en nuestro tiempo como las personas que no cuentan con un apoyo ampliamente mayoritario en los espacios donde se legisla (Senado, Cámaras de Representantes, Asambleas, etc.), o los simplemente desprovistos de un poder efectivo sin importar si resultan ser en número muchos o pocos⁷²⁹, se encontrará que a lo largo de la historia de la democracia de los EE.UU. se establecieron diseños de políticas públicas sustentadas en orientaciones políticas, identidades grupales y tendencias políticas⁷³⁰.

Todo lo anterior sin desconocer que en visiones más modernas de la democracia de EE. UU. autores como Kagan han resaltado el *Adversarial Legalism* en donde litigantes, empresas y grupos de interés toman acciones dinámicas sobre las diferentes políticas públicas asumiendo un rol mucho más diligente en los diferentes procesos de toma de decisiones, siendo un camino alternativo a las vías formales y jerárquicas establecidas por la organización democrática⁷³¹.

En el centro de la modelación del diseño institucional existe la posibilidad por parte de los constituyentes primarios de optar por un sistema de “*frenos y contrapesos*” o en el otro costado por una “*Separación estricta*” de los poderes, no pretendemos indicar que son las únicas variables,

⁷²⁷ “[...] *The first are the rich and well born, the other the mass of the people. [...] ”* (trad. a.) Cfr. FARRAND, Max (Ed.). The records of the federal convention of 1787 vol. 1, New Haven: Yale University Press, 1911. En: Online Library of Liberty a collection of scholarly works about individual liberty and free markets, p. 234. [En línea] Revisado, febrero 18, 2021. Disponible en: <https://oll.libertyfund.org/title/farrand-the-records-of-the-federal-convention-of-1787-vol-1>

⁷²⁸ “[...] *Those who hold and those who are without property [...] ”* (trad. a.) Cfr. HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. Federalist papers No. 10. En. The Avalon Project at Yale Law School, 1788. [En línea] Revisado, Julio 07, 2017. Disponible en: https://avalon.law.yale.edu/18th_century/fed10.asp

⁷²⁹ Cfr. GARGARELLA, Roberto. Crisis de Representación y Constituciones Contramayoritarias. *Ob. cit.*

⁷³⁰ Cfr. INGRAM, Helen; SCHNEIDER, Anne; DELEON, Peter. Social construction and policy design. En: SABATIER, Paul (ed) Theories of the policy process. Boulder, Colorado, Westview, 2007, pp. 98, 114.

⁷³¹ Cfr. KAGAN, Robert A., *Adversarial Legalism. The American Way of Law*, Cambridge, Harvard University Press, 2001, p. 23 y sigs.

hay posibilidades de matizar estos absolutos, pero para efectos del escrito podemos diferenciar estas dos grandes alternativas.

Continuando con lo anterior, es desde el modelo revolucionario francés propio de la Constitución de (1793) y de la denominada Constitución revolucionaria de (1791) que se integra a los modelos constitucionales la popular idea de “*la voz del pueblo es la voz de Dios*”, bajo la misma se confiaba en la absoluta infalibilidad y supremacía de lo pronunciado por el pueblo y es en este entorno en donde nace una nueva contracultura o respuesta directa a la anterior afirmación en la que se oponía rotundamente a la intervención de los legisladores en los derechos radicados en cabeza de los acaudalados, que en resumen según Gargarella defendían la lógica de: “*[...]sin límites apropiados, estrictos, los legisladores se convierten en meros voceros de los intereses sectoriales; las legislaturas toman decisiones apresuradas; y la rama legislativa tiende invadir la esfera de acción de las otras ramas del poder[...]*”⁷³².

De esta manera, el modelo denominado de separación estricta expresaba la necesidad de que individualmente cada una de las ramas del poder se ocupara única y de manera exclusiva de su labor sin ejercer ningún tipo de injerencia sobre sus pares, esta figura respondía a la necesidad de garantizar una “*claridad y transparencia*” en todos los niveles del Gobierno y eludía la denominada “*mutua interferencia*” al evitar las confusiones entre los poderes, estas premisas suponían que resultaba sencillo y entendible el funcionamiento del Estado para el pueblo. No se debe olvidar que la separación estricta posee una estrecha relación con una idea de proteger a la rama legislativa del poder al ser en sí misma el “*poder expresivo de la voluntad popular*” y notoriamente en esta búsqueda terminaron ubicando al Poder Legislativo por encima de todos los demás⁷³³.

En nuestros días este concepto ha evolucionado y es fácil encontrar tensiones en diferentes jurisdicciones entre las ramas del Poder Público por la interpretación de las normas, un ejemplo de la oposición de fuerzas entre los poderes por la interpretación de la Constitución para la jurisdicción Norte Americana en donde una Corte se abroga la interpretación exclusiva de la misma

⁷³² Cfr. GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico... *Ob. cit.*, pp. 8 y 119-158.

⁷³³ *Ibíd.*, pp. 8-9 y 119-158.

bloqueando al legislativo la posibilidad de reconocer ciertos derechos ya que de hacerlo excedería el alcance de sus poderes, unos ejemplos prácticos son el caso *Kimel v. Florida*⁷³⁴, y *Bd. of Trustees of the University of Alabama v. Garrett*⁷³⁵ ambos resultan ser fallos tangibles en los que la Corte Suprema de EE. UU. limita el poder del Congreso⁷³⁶.

Retomando los comentarios sobre el modelo de separación estricta encontramos que la premisa en la que se superponía la voz del pueblo ante absolutamente todo se sustenta en una absoluta y casi ciega confianza en las propias capacidades políticas de la ciudadanía y en las diferentes expresiones ciudadanas surgidas de las movilizaciones de este sector que únicamente deberían tener como motivación los compromisos cívicos de sus miembros, se debe advertir que según el profesor Gargarella esta característica propia del modelo de separación estricta es compartida por las visiones deliberativas de la democracia, esta última creencia o rasgo es criticada por Madison de la siguiente manera: “[...] Si los hombres fueran ángeles, ningún Gobierno sería necesario. Si los ángeles fueran a gobernar a los hombres, no serían necesarios controles externos ni internos sobre el Gobierno [...]”⁷³⁷, de esta manera resta valor al argumento en el que hay un deseo innato en cada ciudadano de actuar acorde a cada una de las necesidades de su comunidad, en definitiva, el modelo de la separación estricta encuentra en asegurar esa mejor expresión de lo que quiere manifestar la voluntad general como su principal preocupación acentuando los denominados “rasgos democráticos del sistema institucional”⁷³⁸.

Retomando lo dicho sobre la clase favorecida de la época, en el otro costado, o mejor aún como una respuesta al popular modelo para la época de la “separación estricta” se encuentra el de los *checks and balances* el cual defendería la “mutua interferencia” entre poderes, que por el contrario nace sustentado en la desconfianza en las “capacidades políticas de la ciudadanía” y en el que se propendería por un ejercicio de la democracia mucho más limitada⁷³⁹, para Dahl la actividad

⁷³⁴ Cfr. *Kimel v. Florida Bd. of Regents* 528 U.S. 62, 81-86, 91, 2000.

⁷³⁵ Cfr. *Bd. of Trustees of the University of Alabama v. Garrett*, 531 U.S. 356, 374, 2001.

⁷³⁶ Cfr. FISS, Owen. *Between Supremacy and Exclusivity*. Ob. cit., pp. 187-1455.

⁷³⁷ “[...] If men were angels, no government would be necessary. If angels were to govern men, neither external nor internal controls on government would be necessary [...]” (trad. a.) Cfr. HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *Federalist papers* No. 51. En. *The Avalon Project at Yale Law School*, 1788. [En línea] Revisado, Julio 07, 2017. Disponible en: https://avalon.law.yale.edu/18th_century/fed51.asp

⁷³⁸ Cfr. GARGARELLA, Roberto. *El nuevo constitucionalismo dialógico...* Ob. cit., pp. 8-9 y 119-158. A mayor abundamiento ver, Cfr. GUTIERREZ BELTRÁN, Andrés Mauricio Gutiérrez. Ob. cit. p. 12 y sigs.

⁷³⁹ *Ibíd.*, pp. 8-9 y 119-158.

política se asociaba directamente con variables como la educación y la posición socioeconómica, de alguna manera Madison aparentemente tenía temor por esas masas desposeídas e ignorantes, no obstante resultaba difícil que estos grupos accedieran a recursos del tipo financiero, organizativo y de propaganda que tienen un peso determinante en elecciones, campañas y decisiones tanto del ejecutivo como legislativas alejándolos del control sobre el Gobierno y creando una desigualdad política⁷⁴⁰.

Como características se puede indicar que el sistema de *checks and balances* lo que pretende es evitar los excesos de las mayorías eludiendo el avasallamiento de unos sobre otros y en este mismo sentido se pregona la protección de los derechos, teniendo como finalidad última la contención de una posible guerra social. De esta manera, el máximo objetivo de las instituciones termina siendo evitar el conflicto social al reducir los choques entre los múltiples grupos en los que se divide la misma y al obligarlos por medio del sistema a siempre negociar compromisos en los que se beneficie el común⁷⁴¹.

Algunos estudios han planteado la posibilidad de crear índices y mediciones sobre la calidad democrática, utilizando factores como, por ejemplo: la distribución de recursos entre la población, la participación, la igualdad entre otros⁷⁴² lo cual puede revelar que efectivamente existen ciertos elementos como los planteados por Dahl para la construcción de democracias, también podrían contemplarse etapas intermedias que por ende avalan la creación de categorías intermedias como las de cuasi-democracia cuando se establecen regímenes que contemplan un partido único u otras fases más alejadas como las democracias de fachada. Los anteriores son etapas de regímenes que perdieron o nunca incluyeron elementos esenciales y por no alcanzar unos mínimos no pueden dárseles el nombre de democracias⁷⁴³.

⁷⁴⁰ Cfr. DAHL, Robert Alan, et al. Un prefacio a la teoría democrática, 1987. Traducción: González José. Bogotá, Fondo editorial CEREC, 1988, p. 107 y sigs.

⁷⁴¹ Cfr. GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico... *Ob. cit.*, pp. 8-9 y 119-158.

⁷⁴² A mayor abundamiento sobre los índices de democratización revisar: Cfr. HANEN, Tatu Van. The Process of Democratization: A Comparative Study of 147 States, 1980-1988. New York: Russak, 1990, para un enfoque latinoamericano del uso de estos indicadores. *Ver También*, Cfr. MORLINO, Leonardo. La calidad de las democracias en América Latina. Informe para IDEA Internacional. San José: IDEA Internacional, 2014.

⁷⁴³ Cfr. MORLINO, Leonardo. Democracias y democratizaciones. CIS, 2009. pp. 24-26.

Ahora bien, para nuestros días el modelo de democracia que podemos señalar como comúnmente aceptado desde la perspectiva de la ciencia del derecho es el de la democracia constitucional que aunque representa casi que un dogma para las sociedades occidentalizadas no es tan fácil de aplicar ya que es el punto de encuentro entre dos objetivos diferentes; por un lado tenemos la democracia que como tradición busca distribuir el poder entre los ciudadanos y por el otro al constitucionalismo que opta por limitar el mismo⁷⁴⁴. Inclusive existen principios que responden al derecho administrativo como el del Estado de Derecho o el de la cooperación que propenden por una visión en la que los ciudadanos intervengan más activamente, lo cual supone procesos de concertación y diálogo por parte de la Administración con sus administrados⁷⁴⁵, recurriendo a la idea que el Derecho no puede separarse de ciertas condiciones reales y que en sus contenidos mantiene valoraciones de tipo social que son dinámicas y de contenido plural, esto último es muy importante ya que ha de reconocer la existencia de otros focos de poder y de estructuras supranacionales que influyen las decisiones estatales y al derecho mismo⁷⁴⁶.

Es posible sugerir que en pro de la aplicación e implementación de un modelo de organización política y jurídica comúnmente aceptada y homogeneizada se ha olvidado el reconocer que esta unión (democracia constitucional) implica la superación de múltiples retos y lo constituye como un sistema complejo que responde de manera diferente a las situaciones particulares de cada jurisdicción donde es aplicada y diríamos que inclusive responde de manera inesperada e incalculable para cada caso complejo que a la postre entran a resolver en una primera instancia las ramas ejecutiva y legislativa del poder y en una casi *ultima ratio* la rama judicial.

Previamente hablamos de los componentes básicos de una democracia de alta calidad y en este caso vale la pena enumerar ciertos componentes de la denominada democracia constitucional que puede establecerse sobre un constitucionalismo fuerte o más liviano, bajo lo cual también encontraremos particularidades diferentes, lo anterior afirma la idea que también existen algunos

⁷⁴⁴ Cfr. ACUÑA, Juan Manuel. *Ob. cit.*, pp. 5-6.

⁷⁴⁵ Cfr. BÉJAR, Luis. Estado de Derecho, cooperación, juridicidad... *Ob. cit.*, p. 229 y sigs.

⁷⁴⁶ A mayor abundamiento sobre la teoría del derecho dúctil revisar y sus postulados revisar: Cfr. ZAGREBELSKY, Gustavo. *Ob. cit. Ver También*, Cfr: GASCÓN ABELLÁN, Marina Felicia. Presentación: La concepción del Derecho en "El Derecho dúctil". Anuario de filosofía del derecho, no 13. 1996, p. 18 y sigs. *Ver También*, Cfr. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Faustino; ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, no 124. 2009, Pp. 417-425. [En línea] Disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/4104/5296>

elementos mínimos para poder contar con una democracia constitucional que en concreto serán: “a) *sufragio universal*; b) *reconocimiento de derechos tanto civiles y políticos como sociales*, y c) *mecanismos de Control*”⁷⁴⁷, pues bien, si a estos mismos factores adicionamos en mayor medida otros elementos podríamos estar más próximos a constituir un modelo de constitucionalismo fuerte, los factores adicionales serían: a) la supremacía constitucional; b) la fuerza normativa de la Constitución; c) la aplicabilidad directa de la Constitución d) la rigidez constitucional y e) el mecanismo de control de la garantía jurisdiccional de cualquier tipo⁷⁴⁸.

Retomando el tema relacionado con el sistema de *checks and balances* es destacable que desde sus propios orígenes queda inevitablemente unido a una concepción negativa de la democracia, y en palabras de Gargarella indica:

*“El sistema de frenos y contrapesos queda entonces asociado a una concepción, finalmente, negativa de la democracia, que procura evitar la comisión de ciertos males (las mutuas opresiones), antes que asegurar la concreción de otros resultados posibles, beneficiosos para el bienestar general.”*⁷⁴⁹

Es tan certera esta afirmación que es el mismo Hamilton aporta una de las frases más claras relacionadas con la dinámica que existe entre el sistema de pesos y contrapesos y la participación absoluta de las mayorías al manifestar que:

*“[...] En cada comunidad donde se fomente la industria, existirá una división entre los pocos y los muchos. Por lo tanto, surgirán intereses separados, habrá deudores y acreedores. Dale todo el poder a los muchos, ellos oprimirán a los pocos. Dale todo el poder a los pocos y oprimirán a los muchos. Por lo tanto, ambos deben tener poder, con el cual cada uno puede defenderse del otro. [...]”*⁷⁵⁰

⁷⁴⁷ Cfr. BOVERO, Michelangelo. *Ob. cit.*

⁷⁴⁸ Cfr. ACUÑA, Juan Manuel. *Ob. cit.*, pp. 5-6.

⁷⁴⁹ Cfr. GARGARELLA, Roberto. *El nuevo constitucionalismo dialógico... Ob. cit.*, pp. 8-9 y 119-158.

⁷⁵⁰ “[...] *In every community where industry is encouraged, there will be a division of it into the few & the many. Hence separate interests will arise There will be debtors & Creditors &c. Give all power to the many, they will oppress the few. Give all power to the few they will oppress the many. Both therefore ought to have power, that each may defend agst. the other. [...]*” (trad. a.) Cfr. FARRAND, Max (ed.). *The records of the federal convention of 1787 vol. 1*, New Haven: Yale University Press, 1911. En: Online Library of Liberty a collection of scholarly works about

De esta manera, todo el valor que se le puede atribuir al sistema político, el cual se adopta, radicaba para los constitucionalistas norteamericanos en la capacidad que tenía el mismo de poseer una fuerte resiliencia al lograr impedir las opresiones y en evitar la guerra social por medio de una especie de “*tregua armada*” en donde se entregaba a los grupos involucrados, por ejemplo: sectores “*monárquico, aristocrático y democrático de la sociedad*” independientemente de su “*importancia, tamaño, o peso*” de un poder institucional que resultara semejante para cada uno de ellos para no incurrir en peligrosas desproporciones⁷⁵¹, de igual forma se indica que en las incipientes épocas de la democracia de los EE. UU., la paz y la mejora de las condiciones sociales se privilegiaban frente a los ideales de guerra⁷⁵².

Lo explicado no resulta fácil de entender para los demócratas radicales, pero la solución resultaba muy salomónica y conveniente para la época ya que lograba evitar leviatanes más complejos como lo serían las diferentes dificultades políticas, económicas y sociales. La fórmula de partir el poder de decisión democrático entre mayorías y minorías en fracciones semejantes construye una barrera inmediata para las mayorías de quedar aprisionadas frente a la incapacidad de decidir sobre sus asuntos y al mismo tiempo empodera de manera desproporcionada a las minorías, diluyendo la posibilidad de las mayorías para tomar control sobre sus propios asuntos⁷⁵³.

Una condición favorable para la democracia es la del progresivo ajuste que busca igualar a todos los ciudadanos. Lo anterior también cuenta con un efecto negativo sobre la misma democracia y consiste en la desaparición de instituciones intermediarias como lo son gremios y la misma iglesia, para evitar este último efecto se propone sortear el aislamiento del individuo que solo le interese responder por asuntos privados y olvide el interés en los asuntos públicos por medio de un catalizador que será la sociedad civil participativa, la cual se encargue de coordinar la acción colectiva⁷⁵⁴.

individual liberty and free markets. [En línea] Revisado, Julio 01, 2017, p. 227 [En línea] Revisado, febrero 18, 2021. Disponible en: <https://oll.libertyfund.org/title/farrand-the-records-of-the-federal-convention-of-1787-vol-1>

⁷⁵¹ Cfr. GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico... *Ob. cit.*, pp. 10 y 119-158.

⁷⁵² Cfr. DE TOCQUEVILLE, Alexis; REEVE, Henry. *Ob. cit.*, p. 721 y sigs.

⁷⁵³ Cfr. GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico... *Ob. cit.*, pp. 10 y 119-158.

⁷⁵⁴ Cfr. DELLA PORTA, Donatella; DIANI, Mario (ed.). The Oxford handbook of social movements. Oxford University Press, 2015, p. 59-60.

Lo anterior se describe por parte de Fiss al mencionar los movimientos jurisprudenciales de los EE. UU. que tuvieron lugar durante los años setentas, al afirmar que los mismos tienen dos caras, la positiva que llevó al debate muchos temas importantes y los puso en el centro de la discusión académica y la negativa que describe estos movimientos como distorsionadores de la Ley llegando a amenazar la existencia de la misma⁷⁵⁵, no se debe desconocer la existencia en varios países de grupos de interés organizados con determinada vocación política que se caracterizan por poseer capacidades organizativas y operan por intermedio de presiones sobre las instituciones gubernamentales cabildeo y acciones judiciales, manteniendo una relación constante con el sistema político y en ocasiones haciendo uso de la opinión pública para crear movimientos masivos que actúan por canales no institucionales logrando alcanzar metas que hacen parte de una agenda⁷⁵⁶.

El modelo constitucional de los EE. UU. resultó determinante en la construcción de los esquemas de *checks and balances* adoptados en las primeras constituciones Latinoamericanas, ahora bien, el modelo no fue copiado de manera exacta y lo anterior tiene fundamento en aspectos históricos que conllevaron a la adopción de ciertas ideas que respondieron de manera distinta a múltiples retos sociales. Resulta imperativo destacar que en EE. UU se superó una época de constantes revueltas sociales por las desavenencias que se tenía tanto con legisladores como con Jueces quienes para la época de los acontecimientos tan solo actuaban en búsqueda del beneficio de un sector de la sociedad, el de los acreedores, frente a otro grupo en el que se congregaban los abundantes deudores que había dejado la época de guerra posterior a la independencia⁷⁵⁷, lo anteriormente expuesto se presentó antes de que las personas decidieran dejar de poner sus esperanzas en las legislaturas y encontraran en los tribunales unos mejores representantes de las constituciones, puesto que mediante su labor de apreciar consideraciones de tipo social descubrían nuevos principios⁷⁵⁸.

⁷⁵⁵ A mayor abundamiento sobre la sustentación de la afirmación presentada, consultar: Cfr. FISS, Owen. Death of the Law. Cornell Law Review, vol. 72, no 1, 1986, pp. 1-16.

⁷⁵⁶ Cfr. DELLA PORTA, Donatella; DIANI, Mario (ed.). *Ob. cit.*, p.58 y sigs.

⁷⁵⁷ Cfr. GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico... *Ob. cit.*, pp. 10-11 y 119-158.

⁷⁵⁸ Cfr. HOLMES JR, Oliver. The path of the law. The Floating Press, 2009, p. 21 y sigs.

La superación de estos conflictos se concretó por medio de un cambio en la forma de pensar del legislador, que es el resultado de la mayor participación del grupo de deudores en la creación de la Ley y el temor de algunos legisladores ya presentes de no ofrecer una alternativa diferente para disipar los múltiples choques y adopción de vías de hecho que se estaban presentando de manera constante; en otras palabras se crearon nuevas normas más blandas que beneficiaron al grupo de deudores evitando caer en enfrentamientos violentos como la “*rebelión de Shays*” que puede ser descrita como una rebelión armada anti-judicial motivada por lo ya explicado en el anterior párrafo⁷⁵⁹.

Hoy en día el escenario ha variado y existen organizaciones especializadas que promueven litigios altamente planificados, este tipo de prácticas reciben fuertes críticas, tanto de la derecha, como de la izquierda relacionadas con sus efectos sobre las reformas sociales, por otro lado, las organizaciones defienden la idea de la utilización del litigio como vehículo de respaldo para la obtención de beneficios para los grupos sociales lo cual les otorga sentido político y organización⁷⁶⁰.

Retomando los ejemplos, se identificarán casos mucho más complejos como el sucedido en Rhode Island en donde el nuevo movimiento de legisladores que se encontraban a favor de la creación de normas pro-deudor llevó a poner en tela de juicio la autoridad de la rama judicial quienes se resistían al cambio. Todas estas situaciones complejas de fisuras en el sistema llevaron a comprender a los creadores del sistema institucional de EE. UU., que existía una gran debilidad del mismo ante las robustecidas demandas ciudadanas y encontraron en el fortalecimiento del sistema de *checks and balances* una herramienta para evitar la deslegitimación de sus instituciones y un elemento determinante para que la nueva institucionalidad se conservara en medio de las

⁷⁵⁹ Cfr. WOOD, Gordon. A note on mobs in the American Revolution. The William and Mary Quarterly: A Magazine of Early American History and Culture, 1966, pp. 635-642. Ver también Cfr. GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico... *Ob. cit.*, pp. 11 y 119-158.

⁷⁶⁰ Cfr. LEVITZKY, Sandra R. “To lead with law. Reassessing the influence of legal advocacy organizations in social movements” En SARAT, Austin & SCHEINGOLD, Stuart A. (eds.), Cause Lawyers and social movements, Stanford, Stanford University Press, 2006, p. 145 y sigs.

crisis políticas, sociales o económicas garantizando al mismo tiempo que no fueran aprovechadas por unas mayorías abrumadoras que desconocían los límites⁷⁶¹.

Gargarella aporta algo muy interesante a esta discusión al indicar que el sistema de *checks and balances* se opone a varios tipos de excesos, tanto los que provienen de una determinada persona que bien puede llamarse rey, zar o presidente autoritario (tiranía), como también frente a la que provienen de los excesos de fracciones mayoritarias que no respetan ningún límite institucional (anarquía). Todo lo anterior sustentado en el liberalismo de la época que se expresaba en oposición a la concentración del poder propia del conservadurismo pero que también - no lo debemos olvidar - se oponía al mayoritarismo desmedido propio del clásico republicanismo-rousseauiano⁷⁶².

La última idea se refuerza con lo reflexionado por algunos representantes del pensamiento político conservador inglés del siglo XVIII el cual traía ciertas connotaciones elitista expresadas estas por Locke, Ferguson y más específicamente por Edmund Burke, quien afirmaba que las opiniones de la gente se caracterizaban por ser prejuiciadas, precipitadas o por lo menos poco reflexivas, lo cual según este autor los llevaba a ser poco asertivos en la manera en que defendían sus propios intereses, bajo el esquema propuesto el pueblo terminaba siendo más influenciado por las simple voluntad y no por la razón, para concluir que los ilustrados de la comunidad resultaban los más idóneos para ejercer esta labor de buscar remedios para afrontar los diferentes problemas⁷⁶³.

De similar manera existió una postura que el mismo Gargarella califica como radical, la cual se manifestaba como mucho más proclive a la efectiva participación ciudadana dentro de los procesos de toma de decisiones que los podían impactar, por lo que resultaba positivo la continua intervención del ciudadano del común a quien se le debía permitir discernir, argumentar y en ultimas razonar en la búsqueda de soluciones, el consenso o reflexión colectiva resultaba

⁷⁶¹ Cfr. GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico... *Ob. cit.*, pp. 11-12 y 119-158. *Ver también* Cfr. WOOD, Gordon S. The creation of the American republic, 1776-1787. Institute of Early American History and Culture, University of North Carolina Press, 1998.

⁷⁶² Cfr. GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico... *Ob. cit.*, pp. 12 y 119-158.

⁷⁶³ Cfr. GARGARELLA, Roberto. La justicia frente al Gobierno: sobre el carácter contramayoritario del Poder Judicial. En: Pensamiento Jurídico Contemporáneo No. 3. Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2012, pp. 67-68.

imperativo para lograr la imparcialidad en las decisiones, esta línea de pensamiento resultaba defendida por radicales del siglo XVIII dentro de los que se encontraba Thomas Paine⁷⁶⁴.

Al estudiar el modelo adoptado por los países latinoamericanos Gargarella sugiere que algunos sucesos de desbocamiento extremo de las masas crearon ciertos temores dentro de la nueva dirigencia de los países ya libres y enumera algunos de estos acontecimientos a lo largo del continente como fueron los quebrantamientos a la propiedad y el orden institucional en Venezuela para (1814), el Motín de la Acordada en ciudad de México (1828) y la sanguinaria revolución de los esclavos en Haití (1804)⁷⁶⁵.

Figuras destacadas e influyentes de la época como Simón Bolívar, Juan Bautista Alberdi, Andrés Bello o Bartolomé Herrera coincidieron en la idea que las multitudes y los levantamientos populares desbocados requerían de un sistema que reaccionara prontamente y asegurara cierto orden institucional. Es en este punto donde se aparece una tendencia dirigida a modificar el original modelo constitucional de EE. UU. estableciendo una nueva organización para el Poder Ejecutivo y se opta por crear una autoridad que se encontrará por arriba de la confusa y pasional voluntad popular, la cual tendrá como mandato el de restablecer el orden institucional en situaciones extremas. En consecuencia, se decide exaltar el poder presidencial introduciendo parciales desequilibrios al sistema de *checks and balances* desnivelándolo desde sus orígenes y dando lugar a una versión desbalanceada del mismo diferenciándose del modelo de los EE. UU.⁷⁶⁶.

El profesor Gargarella entrega en este punto una idea muy interesante en la que indica que existe cierta característica combativa dentro del diseño constitucional establecido dentro de estas primeras constituciones que rechaza el diálogo, todo esto sustentado en un sistema de frenos y contrapesos que tiene las dos expresiones ya mencionadas, una versión que resulta más pura que es la propia de los EE. UU. y otra retocada que favorece el poder presidencial y se ubica en Latinoamérica⁷⁶⁷.

⁷⁶⁴ A mayor abundamiento sobre la forma de pensar de los radicales y los conservadores elitistas, Cfr. GARGARELLA, Roberto. La justicia frente al Gobierno... *Ob. cit.*, pp. 67-122.

⁷⁶⁵ Cfr. GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico... *Ob. cit.*, pp. 13 y 119-158.

⁷⁶⁶ *Ibíd.*, pp. 13 y 119-158.

⁷⁶⁷ *Ibíd.*, pp. 13-15 y 119-158.

Bajo los supuestos mencionados en el anterior párrafo, se estructuro un sistema que se dedicó a sortear el enfrentamiento pero de manera distinta al diálogo institucional, más bien en su búsqueda de evitar el colapso del sistema se encauzaron las diferentes afrentas entre poderes por medio de la “*creación de elementos defensivos y ofensivos*” para ilustrar la idea se pueden mencionar los diferentes juicios políticos, el veto presidencial, la anulación de una norma del sistema o su no aplicación para casos determinados y los múltiples bloqueos entre Cámaras o entre el presidente y la Cámara⁷⁶⁸.

A pesar de lo explicado, vale la pena reflexionar si en la actualidad con los sistemas democráticos establecidos en los diferentes países nos encontramos en la misma situación de aquellas épocas fundacionales de nuestras cartas democráticas o si por el contrario contamos con estructuras que compatibilizan de manera adecuada el equilibrio apropiado del sistema de *checks and balances* con la discusión pública⁷⁶⁹, otra posibilidad que tampoco se debe descartar es la de reconocer que podemos encontrarnos justo en el medio de un proceso de cambio, además, debemos reconocer que hay otras visiones que registran en el centro del Derecho valoraciones del tipo social y plural igual de válidas a lo puramente jurídico y que terminan influenciando decisiones al instituir condiciones y focos de poder por fuera del derecho mismo⁷⁷⁰.

Cuando se mencionan estos procesos de cambios institucionales vale la pena revisar algunas soluciones que se han presentado en donde se analiza esta situación particular de la supremacía del Poder Judicial sobre el legislativo en un punto tan sensible y específico, como lo es la interpretación constitucional, ¿Cuál órgano debería legítimamente encargarse de esta labor?

Algunos movimientos académicos han trabajado este argumento previamente y por lo tanto, resulta provechoso ofrecer una mirada de ciertas formas de constitucionalismo legislativo en el que se ha criticado el poder concentrado que tiene el Poder Judicial en cuanto a la interpretación de los postulados de la carta, más aún cuando desde una perspectiva global el constitucionalismo se ha

⁷⁶⁸ *Ibíd.*, pp. 15-16 y 119-158.

⁷⁶⁹ *Ibíd.*, pp. 15 y 119-158.

⁷⁷⁰ A mayor abundamiento sobre la teoría del derecho dúctil revisar y sus postulados revisar: Cfr. ZAGREBELSKY, Gustavo. *Ob. cit.*

convertido en un fenómeno de gran escala el cual ha conducido a la familiarización de la institución de la revisión judicial en casi todos los tipos de Gobierno constitucionales inclusive en los fundamentados en la supremacía parlamentaria⁷⁷¹.

Es posible identificar dos formas de constitucionalismo legislativo el primero más moderado y con una tendencia dirigida a la tolerancia y otro con una visión mucho más radical que entrega la exclusividad en la interpretación constitucional al Poder Legislativo⁷⁷², la versión más modesta niega el monopolio el cual tiene el Poder Judicial y reconoce que la rama legislativa tiene algo que contribuir dentro de la interpretación, bajo esta versión se estaría rechazando de plano la exclusividad judicial sin entrar a cuestionar la supremacía judicial, en pocas palabras reconoce que hay algo que debe aportar el legislativo, pero mantiene la estructura de última palabra que posee la rama judicial⁷⁷³ en cuanto la interpretación constitucional⁷⁷⁴.

En contraste, tenemos una versión más radical del constitucionalismo legislativo que se caracteriza por poner en entredicho no solo la exclusividad judicial en la interpretación constitucional, sino que adicionalmente niega la legitimidad y supremacía de estos pronunciamientos, de manera práctica se estaría manifestando que la interpretación constitucional se retira de la mano de las Cortes ya que no existe una sustentación idónea para que el Poder Judicial imponga su manera de comprender la Constitución al Congreso vía las declaratorias de inconstitucionalidad⁷⁷⁵, y es que bajo esta línea de pensamiento la democracia se ve afectada por una serie de interpretaciones de una elite jurídica que se opone al órgano de representación popular por excelencia que es el Congreso.

Se debe afirmar que ninguna de las instituciones es perfecta, finalmente están compuestas por seres humanos que pueden incurrir en desaciertos, resulta como tal un acto de ingenuidad el desconocer

⁷⁷¹ Cfr. FISS, Owen. Between Supremacy and Exclusivity. *Ob. cit.*, pp. 187-1455.

⁷⁷² *Ibíd.*, pp. 187-1455.

⁷⁷³ Se debe reconocer en este punto un debate filosófico vinculado con el uso por parte de los jueces de los diferentes tribunales de principios universales que siempre los llevaría a tomar decisiones similares al aplicar principios atemporales y equivalentes que convergerían en respuestas análogas. A mayor abundamiento sobre la influencia del Derecho Natural sobre la Constitución de los EE.UU., revisar: Cfr. HAMBURGER, Philip. Law and Judicial Duty. Harvard University Press, 2008. *Ver también*, Cfr. EPSTEIN, Richard A. The Natural Law Influences on the First Generation of American Constitutional Law: Reflections on Philip Hamburger's Law and Judicial Duty. *JL Phil. & Culture*, vol. 6. 2011, p. 103.

⁷⁷⁴ Cfr. FISS, Owen. Between Supremacy and Exclusivity. *Ob. cit.*, pp. 187-1455.

⁷⁷⁵ *Ibíd.*, pp. 187-1455.

que las desigualdades en el poder económico afectan las elecciones de este órgano político de múltiples maneras y al interior de varios países desde EE. UU. hasta Colombia entre otros⁷⁷⁶, bajo la lógica anterior existen estudios dedicados específicamente al comportamiento del abogado⁷⁷⁷ y que pueden llegar a aportar otras perspectivas al presente debate⁷⁷⁸.

También se debe mencionar de manera análoga que en ocasiones las Cortes no actúan de forma idónea incurriendo en defectos dentro de su actuación como por ejemplo cuando: a) se despliega una falta de desarrollo de los hechos presentados para los casos; b) aparecen omisiones fehacientes al precedente; c) se expresan argumentos malentendidos y d) se otorgar un peso desmedido a la historia en oposición a la estructura completa de una sentencia. A pesar de lo anteriormente expuesto el profesor Fiss afirma que el congreso como institución está más próxima al ideal democrático que la rama judicial, de ahí que en nombre de la democracia se puede llegar a preferir la opción del constitucionalismo legislativo fuerte y por ende, propender por la fórmula de supremacía de la interpretación legislativa⁷⁷⁹.

Este argumento llevado al extremo lleva a concluir que las Altas Cortes son instituciones menos justificadas por el sistema democrático debido a la distancia que se antepone entre el Poder Judicial y los ciudadanos que no votan para elegir a las personas que conforman los altos Tribunales y como consecuencia se descarta la revisión judicial como una herramienta legítima⁷⁸⁰. En este sentido es plausible indicar que la decisión de dejar la última palabra a los Jueces no fue del todo aleatoria, supondríamos que desde Hamilton se puso por delante que ésta rama del poder sería la

⁷⁷⁶ *Ibíd.*, pp. 187-1455.

⁷⁷⁷ El estudio de estos razonamientos y comportamientos del abogado y en últimas del juez adhiere un elemento complejo que requiere su propio estudio, una de estas interpretaciones es la que comprende que el Estado es un ordenamiento jurídico de la conducta humana y que la misma interpretación de las normas jurídicas es una comprensión que lleva de manera implícita *“una interpretación o una vivencia del sentido del mundo y de la vida...”* que al trasladarlo al diario vivir se transforma en una posición política, lo que termina por concluir que la interpretación de las normas jurídicas es política. A mayor abundamiento sobre la idea presentada consultar Cfr. NIETO ARTETA, Luis Eduardo. La interpretación de las normas jurídicas. Dirección de Divulgación Cultural. Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 1971. pp. 23, 73.

⁷⁷⁸ A mayor abundamiento sobre estudios relacionados con el uso de las palabras, el razonamiento y el comportamiento, por parte del abogado consultar: Cfr. MORRIS, Clarence. *How Lawyers Think*. Cambridge: Harvard University Press, 1937. Reprint. Littleton: Fred B. Rothman & Co., 1994. Ver también, Cfr. RUBIN, Arthur. *Review of How Lawyers Think by Clarence Morris*. *University of Chicago Law Review*, vol. 5, no 2, 1938, p. 21. Ver también, Cfr. GUEST, Stephen. La tesis de "la única respuesta correcta" en Dworkin. *Problema anuario de filosofía y teoría del derecho*, no 10, 2016, pp. 3-21.

⁷⁷⁹ Cfr. FISS, Owen. *Between Supremacy and Exclusivity*. *Ob. cit.*, pp. 187-1455.

⁷⁸⁰ *Ibíd.*, pp. 187-1455.

menos peligrosa del Gobierno ya que no contaba con un poder físico “*the sword*” y tampoco contaba con un acceso directo a los recursos del presupuesto “*the purse*”⁷⁸¹, lo anterior es descrito por Rosenberg como una visión clásica del accionar de las Cortes enmarcándolos dentro del grupo de “*cortes constreñidas*” que se nos presentan por el autor a manera de inefectivas, débiles y sin ningún poder⁷⁸².

De cualquier modo, también es posible optar por una visión más equilibrada en donde el Poder Judicial se legitima sobre ciertos vínculos que relacionan esta rama con el sentimiento popular, de esta manera se otorga otra visión sobre la participación de los Altos Tribunales dentro de un engranaje más grande y complejo denominado sistema democrático de un determinado país, a manera de ejemplo se puede aludir al uso de ternas propuestas por el Poder Ejecutivo y/o Legislativo para nombrar los nuevos magistrados, en últimas la voluntad popular se verá expresada bajo una representación de los ciudadanos realizada bien por el Presidente, los Congresistas o los Senadores electos. Ahora bien, más allá de la justificación estructural, el sistema Fiss afirma que una interpretación correcta es aquella que está totalmente justificada no aquella que es la más aceptada⁷⁸³.

Dentro del constitucionalismo legislativo moderado es posible identificar algunas prácticas que apuntan a soluciones orientadas a la neutralidad y en las que bajo nuestro concepto enaltecen el espíritu de balance y equilibrio propio de la teoría de pesos y contrapesos, en concreto nos referimos al caso Canadiense y a la denominada *notwithstanding clause*⁷⁸⁴ que resulta muy interesante al instituirse en un sistema propiamente parlamentario, de esta manera un voto de mayoría simple presentado en cualquiera de las catorce jurisdicciones tiene el poder de crear una suspensión de los derechos fundamentales de la Carta.

⁷⁸¹ Cfr. HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. Federalist papers No. 78. En. The Avalon Project at Yale Law School, 1788. [En línea] Revisado, Julio 07, 2017. Disponible en: https://avalon.law.yale.edu/18th_century/fed78.asp

⁷⁸² Cfr. ROSENBERG, Gerald N. The hollow hope... *Ob. cit.*, pp. 3, 15.

⁷⁸³ Cfr. FISS, Owen. Between Supremacy and Exclusivity. *Ob. cit.*, pp. 187-1455.

⁷⁸⁴ Buscando ser fiel a su significado y alcance continuaremos utilizando este término para referirnos a la Cláusula mencionada, ahora bien, si lo que se pretende es buscar una aproximación al español podríamos referirnos a la misma como una Cláusula de Salvaguardia o una Disposición de Exención.

La figura a la cual nos referimos está regulada en la Sección 33 de la Carta Canadiense de los Derechos y las Libertades⁷⁸⁵ y en la misma se permite a los legisladores de las diferentes provincias utilizar un mecanismo en donde se ignora una interpretación constitucional dada por parte de la Suprema Corte en el campo de los derechos fundamentales por un tiempo determinado y que bien puede caducar después de cinco años o por un espacio menor claramente especificado, de todas maneras, el Poder Legislativo podría volver a promulgar la cláusula y mantenerla de manera indefinida en el sistema⁷⁸⁶.

Resulta muy llamativo el uso de los períodos de suspensión ya que los mismos permitirán que el electorado castigue o aliente el mantenimiento de una medida de este tipo mediante el uso responsable del voto en su próximo ejercicio democrático, más específicamente el ciudadano canadiense valorará la actuación de su representante en el parlamento y en caso en que haya perdido su confianza se castigará al mismo con la no elección para el próximo periodo electoral.

Se debe tener en cuenta que la medida no se extiende a todos los derechos y la anulación es temporal, bajo este criterio el uso de la medida por parte del parlamento no niega la interpretación de la Corte ni la disposición sustantiva como tal, en este sentido la disposición y la interpretación del tribunal sigue siendo el reconocido y autorizado, aunque su operatividad queda en estado de suspensión⁷⁸⁷. Lo anterior podría ser un ejemplo ideal de la supremacía judicial en la interpretación en su forma más moderada ya que en un mismo acto afirma la supremacía judicial pero niega la exclusividad judicial⁷⁸⁸.

Volviendo a los postulados de Gargarella, encontramos que el autor parte de la idea en la que por más que existan diferentes concepciones de la democracia hay un espacio de acuerdo en el que el sistema democrático debería ser útil para transformar y hacer reales las denominadas “*preferencias de los involucrados*” y no para ser un simple acumulador de ideas homogéneas sin efectos reales, esto quiere decir que tiene un valor práctico de transformación que resalta el autor en cuestión, en concreto el efecto que tiene el sistema de frenos y contrapesos al interior de la democracia termina

⁷⁸⁵ “*Canadian Charter of Rights and Freedoms*” (trad. Lib.)

⁷⁸⁶ Cfr. FISS, Owen. Between Supremacy and Exclusivity. *Ob. cit.*, pp. 187-1455.

⁷⁸⁷ *Ibíd.*, pp. 187-1455.

⁷⁸⁸ *Ibíd.*, pp. 187-1455.

siendo deseable principalmente debido a que alienta y favorece ese cambio y continua revisión de las múltiples preferencias de los actores varios que participan en el juego democrático⁷⁸⁹.

Hay dos puntos que se deben tener en cuenta dentro de toda esta discusión, el primero se refiere a que es posible que en algunos sistemas de corte mayoritario coexista el intercambio de ideas y argumentos que conlleven a un efecto de corrección de posiciones, pero todo depende de que los mismos sean especialmente perceptivos a las exigencias de la opinión pública conformadas por fluctuantes y desiguales corrientes de opinión, lo cual no es tan sencillo de encontrar⁷⁹⁰. En segunda medida, tampoco se puede tener como una verdad absoluta que los sistemas que adoptan sobre sus poderes mecanismos de equilibrio del poder mediante la aplicación de frenos y contrapesos sean por sí mismos propicios de un diálogo totalmente transparente por lo que se recomienda observar detalladamente la relación entre los poderes y los resultados que producen⁷⁹¹.

De similar manera se ha resaltado como el sistema de frenos y contrapesos aplicado se inclina a darle más importancia a la negociación de intereses frente a la argumentación⁷⁹², por lo que crea una sequía en cuanto al diálogo real y la discusión se simplifica en una simple reacción inmediata a los reclamos de los grupos de interés lo cual hace el proceso en sí mucho menos transparente⁷⁹³.

Carlos Nino va más lejos y pone en entredicho todo el sistema democrático sobre el cual descansamos nuestra esperanza al indicar que, puesto que damos aplicación a un sistema confuso en donde participan legisladores, gobernadores y jueces, unos y otros elegidos normalmente en diferentes espacios de tiempos bajo procedimientos disimiles, tendremos como resultado decisiones en las que se denota una escasa relación con los ideales de diálogo que teóricamente defendemos y en los que no se patrocina un terreno fértil para la denominada “*transformación de preferencias*”, dentro de esta misma crítica el profesor Nino también menciona el defecto que se instituye dentro del sistema cuando ciertos jueces de alta jerarquía ubicados normalmente en

⁷⁸⁹ Cfr. GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico... *Ob. cit.*, pp. 15 y 119-158.

⁷⁹⁰ *Ibíd.*, pp. 15 y 119-158.

⁷⁹¹ *Ibíd.*, pp. 15 y 119-158.

⁷⁹² Cfr. ELSTER, Jon. Arguing and bargaining in the Federal Convention and the Assemblée Constituante. En: Occasional papers from the Law School, the University of Chicago. Center for Study of Constitutionalism in Eastern Europe, School of Law, University of Chicago, 1991.

⁷⁹³ Cfr. GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico... *Ob. cit.*, pp. 15 y 119-158.

Supremas Cortes terminan limitando la denominada acción estatal sustentados en una interpretación particular de la Constitución que tiene como fuente la voluntad de unos ciudadanos que establecieron la misma hace varios años⁷⁹⁴.

En principio la existencia de una dimensión meramente formal de la democracia es una de las precondiciones necesarias para determinar si un sistema responde efectivamente al modelo democrático. Debemos advertir que no se debe confundir esto con un análisis completo ya que aún faltaría examinar si la denominada “*dimensión sustancial*” la cual responde a la identificación del respeto por los derechos fundamentales y el establecimiento de límites a las decisiones democráticas son también parte de una evaluación más completa⁷⁹⁵.

Las ideas expuestas en el anterior párrafo que son propias del estudio adelantado por el profesor Ferrajoli y explican cómo una visión formal de la democracia se agota con la construcción de una serie de reglas para la edificación de decisiones públicas que favorecen a la mayoría de los miembros del denominado pueblo para que éstos a su vez tengan el poder de decisión, bien de manera directa o por intermedio de ciertos representantes, bajo esta estructura más simple la legitimación en la toma de decisiones provendría de “*la autonomía personal, y el modelo se Centraría en los procedimientos para la toma de las decisiones democráticas*” con el cumplimiento de esta única característica estaríamos certificando el hallazgo de una democracia formal, mas no podríamos decir que estamos frente a la presencia de una democracia del tipo constitucional⁷⁹⁶.

Continuando con la exposición y parafraseando al profesor Acuña encontraremos que los derechos fundamentales marcarán una línea que las decisiones democráticas no podrán sobrepasar y de similar manera, existirán cuestiones que las decisiones democráticas no podrán dejar de decidir en virtud del mismo esquema y es que, en el caso que el presente planteamiento no se respete la democracia analizada incumpliría el precepto, lo cual indica que en un Estado de Derecho no es

⁷⁹⁴ Cfr. NINO, Carlos. Fundamentos de Derecho Constitucional, Astrea, Buenos Aires, 1992, pp. 578 – 579. Ver también Cfr. GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico... *Ob. cit.*, pp. 17 y 119-158.

⁷⁹⁵ Cfr. ACUÑA, Juan Manuel. *Ob. cit.*, pp. 6-7.

⁷⁹⁶ *Ibíd.*, pp. 6-7.

posible contar con poderes que no estén sometidos al imperio de la Ley y en consecuencia nos aproximaríamos a un modelo diferente muy próximo al Estado absoluto⁷⁹⁷.

No podemos dejar de mencionar otras dos inviabilidades de orden racional vinculadas a los límites que establecerían los derechos fundamentales a las decisiones formalmente democráticas, la primera consiste en que de no establecerse estas fronteras la denominada vía democrática podría desaparecer gracias al mismo sistema y la segunda parte del ideal en el que el correcto ejercicio de la democracia se protege bajo determinadas precondiciones garantizadas por los derechos fundamentales⁷⁹⁸. En el primer caso estaríamos en el escenario de una mayoría que cumpliendo con los postulados democráticos formales decidiera cambiar el modelo y la segunda se refiere, como ejemplo, a la precondición de la existencia de derechos que garanticen la libertad para poder expresar la voluntad popular de manera auténtica⁷⁹⁹.

Acuña, de manera muy acertada, resalta que la democracia constitucional es un modelo que resulta maleable y que dependiendo de sus adiciones o recortes nos entregará una estructura de mayor inclinación a los postulados constitucionalistas o a los postulados democráticos⁸⁰⁰, se debe tener en cuenta que se trata de modulaciones que no desdibujen los fundamentos centrales de la democracia constitucional y que no supriman o cambien de manera absoluta el sistema. El apuntar hacia un mejor modelo dependerá de los cambios aplicados los cuales no deben desbordarse, un buen punto de partida para la observación lo encontraríamos en el análisis que se puede realizar sobre el diseño aplicado para regular las relaciones entre los diferentes poderes y el órgano que se encarga del control jurisdiccional constitucional⁸⁰¹.

Un ejemplo cercano a todos los países latinoamericanos, el cual demuestra en buena manera la tensión que puede llegar a estar presente en el centro de un modelo que adopta el sistema de democracia constitucional, es el de la democracia constitucional interamericana en la que las

⁷⁹⁷ *Ibíd.*, pp. 6-7.

⁷⁹⁸ *Ibíd.*, pp. 6-7.

⁷⁹⁹ A mayor abundamiento, Cfr. FERRAJOLI, Luigi. Democracia constitucional y derechos fundamentales. La rigidez de la Constitución y sus garantías. En: La teoría del derecho en el paradigma constitucional. Fontamara, 2008, pp. 71 y 72. *Ver también* Cfr. ACUÑA, Juan Manuel. *Ob. cit.*, pp. 3-23.

⁸⁰⁰ Cfr. ACUÑA, Juan Manuel. *Ob. cit.*, pp. 6-7.

⁸⁰¹ *Ibíd.*, pp. 6-7.

múltiples tensiones se han resuelto favoreciendo los derechos sobre la democracia misma, en concreto resulta reprochable el justificar una Ley nacional sustentada en el principio de las mayorías cuando es incompatible con los derechos humanos que hacen parte de la Convención Americana, de esta manera por más que se cuente con una legitimidad democrática hay unos límites para la misma⁸⁰².

El control o la revisión judicial de constitucionalidad puede ser visto como un espacio de diálogo entre el Poder Judicial y las demás ramas del Poder Público que dentro de sus características poseen una mayor influencia del factor político, eventualmente dentro de esta conversación o diálogo también podrán intervenir el resto de la sociedad⁸⁰³.

En este punto es interesante escuchar el aporte que Bickel hace a esta discusión al intentar dar respuesta a una pregunta central, la cual consistiría en: “¿qué papel especial podría tener o tiene la Corte Suprema en la sociedad estadounidense?⁸⁰⁴”, en nuestro caso formularíamos la misma pregunta, pero expresada de la siguiente manera: ¿qué papel especial podría tener o tienen los Tribunales Constitucionales en cualquier sociedad? Bickel trata de dar respuesta a este cuestionamiento en su libro “*La rama menos peligrosa*”⁸⁰⁵ indicando que la Corte es una “*Institución educativa altamente efectiva*”⁸⁰⁶ y en este mismo sentido podría dar dirección e influenciar sobre los valores duraderos de la sociedad y la mejor naturaleza de los hombres, dentro de esta misma sabiduría que le atribuye a las Cortes el autor indica que también: “[...] se abstendrían de pronunciarse cuando hacerlo resultaría prematuro por la falta de claridad sobre el futuro o debido a que la sociedad no estaría lo suficientemente preparada para escuchar la verdad”⁸⁰⁷. Ahora bien, para dar por sentada las anteriores afirmaciones debemos fundamentarnos en que la rama judicial estará aislada o por lo menos posee mayor independencia del largo brazo político y bajo esta idea no resulta irracional el entregarles el poder de decisión final sobre la

⁸⁰² Ibíd., pp. 10, 19, 21.

⁸⁰³ Cfr. GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico... Ob. cit., pp. 18 y 119-158.

⁸⁰⁴ “[...] what special role could or did the Supreme Court play in American society? [...]” (trad. a.)

⁸⁰⁵ “*The Least Dangerous Branch*” (trad. a.)

⁸⁰⁶ “[...] highly effective educational institution [...]” (trad. a.)

⁸⁰⁷ “[...] avoid speaking when doing so would be premature, either because the future was not yet clear, or because society was not ready to hear the truth.” (trad. a.)

interpretación de los principios contenidos en la sociedad expresados en la carta fundacional para la solución de problemas prácticos⁸⁰⁸.

Una visión contraria, la cual debemos dejar enunciada es la planteada por parte de Meier & O'Toole que señalan cómo determinante a la hora de estudiar el control político a la puja que se presenta entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo frente a la intervención que estos dos despliegan sobre la burocracia institucional, dejando a los jueces en un segundo plano y agrupándolos como miembros de esa pasiva burocracia, bajo ésta lógica ninguna presión política venga del público o de los grupos de interés podrá hacer presencia ni posicionar sus ideas en la agenda de esa burocracia, a la que pertenecen los jueces, sin que medie la actuación del Congreso o del Presidente⁸⁰⁹.

Friedman analiza los planteamientos de Bickel e indica que este autor lo que expresa en el fondo de su planteamiento es que la gente controla las Cortes y en este mismo sentido las Cortes pueden dialogar y debatir a profundidad los temas problemáticos, pero ante un quebrantamiento o desacuerdo profundo la gente reaccionará, bien podrían “[...] *ignorar al tribunal o desafiarlo*”⁸¹⁰; de similar manera encuentra que vale la pena cuestionar que en la medida en que los jueces no deben responder por ninguna de sus actuaciones ni rendir cuentas a nadie, lo cual puede resultar mal visto en el entorno de una sociedad democrática, se podría dar un razonamiento lógico en el que estos sujetos tan aislados de la sociedad serían los últimos órganos en los que se podría confiar el sostenimiento de los valores fundamentales⁸¹¹.

Según Rosenberg todo dependerá de la visión que se tenga sobre la legitimidad de tener una Corte Cinámica o una Corte Constreñida, entendiendo la Constreñida como aquella que es fiel seguidora de los procesos formales para el cambio social y la Dinámica como aquella que tiene confianza en que posee herramientas propias para hacer realizables los cambios sociales, ésta última se encuentra alineada con el activismo judicial y se presenta como un poder efectivo que no responde

⁸⁰⁸ Cfr. FRIEDMAN, Barry. “Online Alexander Bickel Symposium,”: Learning about the Supreme Court, Scotusblog, 2012.

⁸⁰⁹ Cfr. MEIER, Kenneth J.; O'TOOLE JR, Laurence J.; O'TOOLE, Laurence J. Bureaucracy in a democratic state: A governance perspective. Baltimore, The Johns Hopkins University Press, 2006. p. 23 y sigs.

⁸¹⁰ “...*ignoring the Court or challenging it*” (trad. a.)

⁸¹¹ Cfr. FRIEDMAN, Barry. *Ob. cit.*

al letargo burocrático de las otras Ramas del Poder ni a una concentración de mismo, el autor explica que los dos tipos de Cortes responden a visiones diferentes de la democracia⁸¹².

Regresando a lo expuesto por Friedman, él mismo se presenta como un convencido de la existencia fehaciente de un diálogo institucional de características interactivo e interdependiente que además aglomera a toda la sociedad en las revisiones judiciales y destaca este ejercicio de diálogo sobre lo que sucede al interior de las otras ramas del poder, además explica que en cada ejercicio no se trata de una simple imposición de la voluntad por elites al pueblo, sino más bien es el escenario donde se da una discusión del más alto nivel entre los jueces y el cuerpo político⁸¹³. El autor aporta una descripción de la manera en la que funciona ese diálogo colectivo en sede de interpretación constitucional por parte de la rama judicial llegando al punto de reinterpretar y crear un cambio en su significado como resultado final de este proceso, ahora bien, cuando analizamos este proceso podemos observar que en el debate interviene la sociedad, los medios de comunicación, los políticos etc.⁸¹⁴.

Efectivamente, son notorias las características de diálogo que se resaltan dentro del sistema para el ejemplo propuesto, pero al mismo tiempo puede observarse que el punto de inflexión o detonante para el cambio tiene su fundamento en la adecuada respuesta por parte de los votantes que no ven bien interpretados sus deseos y como consecuencia, decide en su próxima elección de representantes (presidente y senadores) castigar a quienes permitieron esta incorrecta interpretación de la Constitución y por ende los nuevos representantes elegidos tienen como principal mandato seleccionar nuevos y renovados jueces que estén más cercanos a una interpretación de la Constitución con la que se identifiquen sus votantes creando como consecuencia en su próxima decisión una nueva acomodación de la Carta.

Gargarella resulta más severo al observar con cierta desconfianza la calificación de diálogo en el entorno de la revisión judicial constitucional como la conocemos, considera este autor que Friedman no tiene en cuenta algunas limitaciones que no permiten un diálogo judicial autentico,

⁸¹² Cfr. ROSENBERG, Gerald N. The hollow hope... *Ob. cit.*, pp. 3, 28.

⁸¹³ Cfr. GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico... *Ob. cit.*, pp. 19 y 119-158.

⁸¹⁴ Cfr. FRIEDMAN, Barry. Dialogue and judicial review. En: Michigan Law Review vol. 91 no 4. University of Michigan Law School, 1993, pp. 655-657.

el autor destaca que existen condiciones desiguales entre los participantes del diálogo siendo una parte la que realiza un desgaste máximo al quejarse, litigar y exponer su posición en los medios, mientras que la otra parte desde una posición privilegiada simplemente decide, en otras palabras, lo que expresa es que en estos casos: *“una parte se queja y la otra parte es la que resuelve cómo tratar esa queja.”*, acompañando esta crítica el mencionado autor resalta otros defectos como los son: lo disímil que es el estatus social de los participantes en el diálogo, la influencia que ejerce la voz de una alta corte sobre el resto de la sociedad, los grandes periodos de tiempo que suelen tomarse para aplicar cambios en las decisiones y el hecho que los verdaderos diálogos colectivos tan solo se reservan para situaciones de trascendental sensibilidad como lo son el aborto o el matrimonio igualitario, lo cual los convierte en escenarios excepcionalísimos donde se cumple con un real intercambio de ideas en todos los niveles⁸¹⁵.

La crítica sobre este diálogo colectivo puede tener sustento en la falta de madurez en los tipos de democracias las cuales sobreviven en América Latina, pero lo anterior no puede ser sustento para que nos declaremos incapaces de refinar nuestros modelos a partir de los errores comúnmente cometidos, de similar manera también debemos indicar que la experiencia puede variar de país a país al igual que la aparición de algunos de los errores expuestos anteriormente.

En concordancia con lo anterior, se deberá revisar con cuidado lo retórico de lo real, más aún cuando para algunos la misma exigibilidad de los derechos guarda un vínculo directamente proporcional con los recursos disponibles del Estado, no se debe desconocer que bajo una teoría convencional de los derechos se desecha la existencia de los costos de los mismos, no obstante el considerar estos costos puede llevar a encontrar acuerdos y concesiones sobre los sacrificios que deberemos hacer como sociedad para alcanzar los objetivos planteados dando claridad a lo que se debe renunciar en pro del fortalecimiento de los derechos seleccionados⁸¹⁶. Por otra parte, no se debe desechar la otra cara de la moneda en la que en varios países los esfuerzos dirigidos a lograr la estabilización del tipo macroeconómico no han resultado suficientes para garantizar una

⁸¹⁵ A mayor abundamiento sobre las críticas planteadas sobre el efectivo diálogo institucional para la revisión judicial, Cfr. GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico... *Ob. cit.*, pp. 19-21 y 119-158.

⁸¹⁶ Cfr. HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. El costo de los derechos: por qué la libertad depende de los impuestos. Buenos Aires: Siglo XXI, 2011. Pp. 119-120.

tranquilidad social, pareciera que los programas económicos no tuvieran efectos directos sobre la reducción de la pobreza⁸¹⁷.

A este punto debemos mencionar y reconocer la influencia que puede llegar a ejercer el dinero dentro de las decisiones políticas y sobre los medios de comunicación, de igual manera reconoce que existen varias voces de personas que nunca son escuchadas, mientras que las de ciertos intereses son incrementadas, en este sentido la habilidad para comunicar un mensaje resulta determinante⁸¹⁸. No obstante, también se deberá valorar que actualmente somos parte de un mundo moderno en el que las tecnologías de la información han cimentado un importante cambio en aspectos definitivos para la sociedad, como lo es la opinión pública que viene dándole un papel preponderante a la información como materia prima esencial para la producción económica, lo que la ha llevado a ser un elemento esencial para la gobernanza⁸¹⁹. En definitiva, la revolución tecnológica centrada en la información nos encaminó a mutar nuestra manera de comerciar, producir, pensar, consumir, gestionar, vivir, comunicar y hacer la guerra⁸²⁰, en otras palabras, resulta inocuo el desconocer que tanto el dinero, como el manejo de la información pueden ser consideradas como grandes canales de influencia para las decisiones políticas.

También vale la pena hacer una reflexión sobre estos nuevos espacios de diálogo, aceptando que las diferentes iniciativas resultan aparentemente innovadoras. Pasaremos a revisar lo trabajado en relación con la determinación de si efectivamente estas experiencias corresponden a decisiones que proporcionan un real cambio o si continúan respondiendo a antiguos esquemas disfrazados de novedosos espacios para intercambiar ideas y llegar a consensos en un entorno democrático, es así como es interesante buscar posibles respuestas a las preguntas de si ¿el sistema de frenos y contrapesos como lo entendemos ha detenido el avance de estas iniciativas?, y por otro lado ¿si los escenarios de diálogo sugeridos son una realidad o siguen sin madurar y tan solo están en etapas

⁸¹⁷ Cfr. VELA ORBEGOZO, Bernardo. El declive de los fundamentos económicos de la paz. De la conferencia de Bretton Woods al consenso de Washington. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Facultad de Finanzas, Gobierno y Relaciones Internacionales, 2005. p 88 y sigs.

⁸¹⁸ Cfr. GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico... *Ob. cit.*, pp. 21 y 119-158.

⁸¹⁹ Cfr. RUBIO NÚÑEZ, Rafael. Los efectos de la posverdad en la democracia. *Revista de Derecho Político*, vol. 1, no 103. 2018, p. 204 y sigs.

⁸²⁰ Cfr. Benedicto XVI, Mensaje para la XLV Jornada Mundial de las Comunicaciones Sociales, 2011. [En línea] Revisado, julio 20, 2020 Disponible en: https://w2.vatican.va/content/benedict-xvi/es/messages/communications/documents/hf_ben-xvi_mes_20110124_45th-world-communications-day.html

primigenias?, es obvio que estas respuestas variarán según la jurisdicción aplicada y dependiendo del instrumento elegido.

Al observar algunas de las consideraciones planteadas por el profesor Gargarella sobre el particular. Encontramos que se debe entender que la existencia de una “*respuesta legislativa*” no garantiza por sí misma que estemos ante la presencia de un verdadero diálogo, según esto los aportes del legislativo en la creación de “*normas judiciales*”⁸²¹ por parte del Poder Judicial se pueden quedar en meras “*reflexiones*”⁸²², este tema también ha sido largamente trabajado por autores como Petter, Hogg, Bushell y Baetup quienes esbozan que aparentemente el proceso de revisión judicial en cualquiera de sus formas resulta altamente subjetivo abrogándole gran poder de discreción e interpretación sobre el texto constitucional a los diferentes jueces⁸²³, y algunos de ellos van más lejos aún al afirmar que : “[...] *el proceso de interpretación inevitablemente rehace la Constitución a semejanza de lo que sea favorecido por los jueces*[...]”^{824, 825} de esta manera se respalda la idea por la cual los legisladores se les debería respetar un campo de acción para corregir y modificar las decisiones judiciales⁸²⁶, lo anterior no es extraño dentro de la cultura judicial de los EE. UU. más específicamente podemos recoger lo dicho por el Gobernador Hughes de New York cuando indicó: “[...] *Estamos bajo una Constitución, pero la Constitución es lo que los jueces dicen que es.*”⁸²⁷, el aporte resulta aún más interesante cuando nos percatamos que este gobernador actuaría como Presidente de la Corte Suprema de los Estados Unidos⁸²⁸ durante el periodo 24 de febrero de 1930–30 de junio de 1941.

⁸²¹ Nótese en este aspecto en particular Gargarella da por sentada la creación de normas de fuente judicial que entran a ser parte de nuestros sistemas, en lo particular consideramos que argumentar en sentido contrario sobre la inexistencia de esta práctica aplicada por los jueces principalmente cuando realizan la revisión judicial de orden constitucional resulta un error, son tantos los ejemplos – además de los mencionados durante el presente escrito – que de bulto resulta una simpleza negar la presencia de estos aportes en las actuales estructuras normativas, lo que si podemos percibir *prima facie* es que existen sistemas más proclives a patrocinar esta práctica, mientras que otros resultan más conservadores.

⁸²² Cfr. GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico... *Ob. cit.*, pp. 23 y 119-158.

⁸²³ Cfr. PETTER, Andrew. Twenty years of Charter justification: From liberal legalism to dubious dialogue. En: University of New Brunswick Law - UNBLJ vol. 52. The University of New Brunswick Faculty of Law, 2003, p. 187.

⁸²⁴ [...] *the process of interpretation inevitably remakes the constitution into the likeness favoured by judges. [...] (trad. a.)*

⁸²⁵ Cfr. HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. The Charter Dialogue between Courts and Legislatures, The (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing after All). En: Osgoode Hall Law Journal vol. 35. Osgoode Hall Law School, 1997, p. 77.

⁸²⁶ Cfr. PETTER, Andrew. *Ob. cit.*, p. 193.

⁸²⁷ “[...] *we are under a Constitution, but the Constitution is what the judges say it is.*” (*trad. a.*)

⁸²⁸ Cfr. HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. *Ob. cit.*, p. 77.

Esta línea de pensamiento reconoce que los fallos judiciales y en especial los que tienen como objetivo la revisión judicial constitucional hacen parte del proceso de formulación de políticas, más específicamente se puede traer como ejemplos los casos ocurridos bajo la Sección 33 de la Carta de Derechos y Libertades de Canadá comúnmente conocida como *the notwithstanding clause* o en francés *clause dérogatoire* como un buen ejemplo de reacomodación de fuerzas por medio de ingeniería institucional. Debemos advertir que esta cláusula será trabajada y explicada más adelante dentro del presente documento⁸²⁹.

Entonces, bajo los presupuestos planteados hay que diferenciar entre las respuestas legislativas, que si se constituyen como efectivos espacios de diálogo entre los poderes, frente a lo que podría constituirse como “*reflexiones*” de una de las partes, pero donde se revela una ausencia del factor diálogo⁸³⁰, las reflexiones pueden ser muy bien intencionadas, de alta técnica jurídica o realmente sofisticadas e interesantes pero al revisar su impacto dentro de la decisión final puede terminar descubriéndolas como escuetos tramites o procedimientos⁸³¹.

Nos preguntaremos, ¿qué puede diferenciar el diálogo real de uno de simple trámite? Bateup nos ofrece algunas luces sobre este aspecto al indicar que es importante identificar en los entornos analizados la existencia de una situación de igualdad real entre las partes, en sentido contrario, quiere decir que no se presente una dominación de una parte frente a la otra, asimismo se pide que el diálogo contenga una “*respuesta creativa*” que se oponga a las restricciones o anulaciones judiciales, no se trata de tener un abnegado asentimiento legislativo que quede sin posibilidades de respuesta ante los Tribunales⁸³², el diálogo positivo se crea a partir de obtener un espacio en donde, tanto los funcionarios del ejecutivo, como del legislativo puedan reflexionar sobre los múltiples alcances de las decisiones tomadas por los jueces y a partir de las mismas logren llevar estas ideas al Poder Legislativo, todo este proceso tiene un claro objetivo que consiste en avanzar y fortalecer la coherencia que debe prevalecer entre la estructura normativa y la Constitución⁸³³.

⁸²⁹ Cfr. PETTER, Andrew. *Ob. cit.*, p. 193.

⁸³⁰ Cfr. GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico... *Ob. cit.*, pp. 23 y 119-158.

⁸³¹ Cfr. BATEUP, Christine. Expanding the conversation: American and Canadian experiences of constitutional dialogue in comparative perspective. En: Temple International and Comparative Law Journal, vol. 21, Temple Law School, 2007, pp. 10-12.

⁸³² *Ibíd.*, pp. 10-12.

⁸³³ Cfr. MANFREDI, Christopher; KELLY, James. Six degrees of dialogue: A response to Hogg and Bushell. En: Osgoode Hall Law Journal, vol. 37, Osgoode Hall Law School, 1999, p. 520.

En este sentido, algunos autores han avanzado al hacer visible una posible relación jerárquica entre el Poder Judicial sobre la rama legislativa, en algunos casos han concluido que para la jurisdicción canadiense la revisión judicial no se constituye como un veto absoluto, de manera contraria la misma es más bien un importante primer paso para el inicio del diálogo democrático en la clara búsqueda de reconciliar valores individualistas de la Carta frente a los desafíos en la implementación de nuevas políticas de corte social o económico que tienen como objetivo el lograr el beneficio de todos⁸³⁴, para otros que también utilizan como ejemplo el caso canadiense descubren que los múltiples cambios de la jurisprudencia hace difícil y gris el lograr identificar las razones y los principios que los soportan, que a manera de resultado hace más difícil el entendimiento del sistema y le otorga una característica de impredecibilidad al mismo⁸³⁵.

Se debe entender que en los aportes de varios de los mencionados autores canadienses se aplica un análisis enmarcado en un escenario que habla de una posible posición de privilegio de los jueces y Tribunales en el sistema y recordemos que la crítica se construye aun teniendo en cuenta la presencia de la ya mencionada Sección 33 de la Carta de Derechos y Libertades del Canadá *notwithstanding clause* que a primera vista otorga mayores espacios para el diálogo democrático entre los poderes, por lo que no resulta extraño que algunos otros vayan más lejos y estén de acuerdo con la identificación de los riesgos que constituye tener como cierto un diálogo descompensado que dé como resultado una degeneración en la conversación entre poderes y que lleve a una supremacía judicial absoluta o en términos de diálogo a un monologo del Poder Judicial⁸³⁶.

Resultaría injusto el no expresar que el profesor Gargarella con una loable visión de ampliación del diálogo a todas las instancias de las sociedad ha defendido que los espacios de conversación han resultado tradicionalmente insuficientes en Latinoamérica y que las cortes han respondido de manera tímida a la implementación de escenarios de discusión más amplios, esto sustentado en que la creación de estos escenarios resulta discrecional para los Tribunales y que el uso de las

⁸³⁴ Cfr. HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. *Ob. cit.*, p. 105.

⁸³⁵ Cfr. CAMERON, Jamie. Dialogue and Hierarchy in Charter Interpretation: A Comment on R. v. Mills. En: ALBERTA LAW REVIEW vol. 38. Osgoode Hall Law School, 2000, pp. 1067 – 1068.

⁸³⁶ Cfr. ROACH, Kent. Dialogic Judicial Review and its Critics. En Supreme Court Law Review (2nd) vol. 23. Disponible en: SSRN, 2004, pp. 75-76.

llamadas “*herramientas dialógicas*” aparece de manera casi que sorpresiva y sin una identificación de casos y razones claras para su activación⁸³⁷. En este sentido nos preguntamos ¿la timidez por parte de los jueces en la implementación de mayores espacios de diálogo puede ser el resultado de algún desperfecto en el diseño aplicado para el trámite de la revisión judicial constitucional o es el resultado de un desdén y falta de interés absoluto para proveer espacios a nuevas voces dentro del juego democrático?, consideramos que es prematuro resolver estos interrogantes, pero a este punto es nuestra intención dejar planteadas al lector algunas cuestiones que tienen por objetivo cuestionar el *statu quo* sobre el que resolvemos actualmente las tensiones de derechos a nivel constitucional.

Es en este punto donde se puede diferenciar el activismo de tipo más vertical y detallista en cuanto a sus lineamientos y órdenes frente a las sentencias de corte también activista, pero que responden a una lógica dialógica y se caracterizan por ofrecer órdenes mucho más amplias que terminan por establecer una verdadera “*jurisprudencia dialógica*” en la que usualmente se establecen procesos de seguimiento y que también se estimula el debate sobre posibles “[...] *alternativas de políticas públicas* [...]” que están destinadas a establecer una luz sobre la corrección del problema que fue detectado en el mismo pronunciamiento, en vista de lo anterior muchos de los detalles de la política van siendo contruidos en el transcurrir de los mismos procesos de seguimiento que realiza el Juez y no en el contenido de la proferida sentencia, asimismo lo ordenado por el juzgador no se reduce a “*obligaciones de resultado muy precisas*”, sino más bien se trata de encaminar el deber del Estado en la implementación, diseño y construcción de políticas públicas que progresen sobre la “[...] *protección de los derechos vulnerados*”⁸³⁸.

En este mismo sentido otra característica de este tipo de pronunciamientos es la del establecimiento de herramientas y mecanismos que permitan la realización de “[...] *seguimiento periódicos y públicos*.” Inclusive logrando mantener el Juez su competencia sobre el caso trabajado en espacios posteriores a su sentencia y es que las Cortes que siguen ejercicios dialógicos pueden llegar a dictaminar nuevas clases de decisiones según el progreso “[...] *avances y retrocesos* [...]” del diálogo alentando bajo las medidas de seguimiento que ellas mismas establecieron, a manera de

⁸³⁷ Cfr. GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico... *Ob. cit.*, pp. 23 y 119-158.

⁸³⁸ Cfr. OSUNA, Néstor. *Ob. cit.*, p. 114.

ejemplo se pueden mencionar el caso de las audiencias públicas en las que participan todos los actores⁸³⁹.

Otra característica que denota el compromiso de este tipo de decisiones con la “[...]reactivación de la democracia, desde la vigencia del derecho.”, es el fomento de una nutrida participación de actores sociales en el seguimiento de casos y es que los fallos de corte dialógico tratan de atraer un amplio espectro de actores sociales vinculando entre otros a: entidades públicas, víctimas, la misma Corte, organismos internacionales defensores de derechos, organizaciones de la sociedad civil y a la academia, en ultimas la idea es la de conglomerar a todos los que cuenten con un interés legítimo o que se sientan afectados con el caso trabajado de manera directa o indirecta, en ultimas el objetivo es el de establecer una participación realmente útil dirigida a la protección de derechos trabajados en el caso que va mucho más lejos de los estrictos “[...]resultados de justicia material que pueden derivar de la ejecución de las sentencias[...],”⁸⁴⁰.

En las primeras secciones del presente documento ofrecimos al lector elementos que respondieran a la descripción del escenario colombiano relacionado con el sector minero, posteriormente trajimos a colación algunos pronunciamientos de Altas Cortes de este país y en especial nos concentramos en las decisiones tomadas sobre los páramos y toda la dinámica y discusión que surgió alrededor del tema, en los casos presentados cobró notoriedad el enfrentamiento de derechos e intereses que llevó a la actuación proactiva de los jueces en la creación y diseño de políticas o decisiones que le pertenecerían en principio a otras Ramas del Poder.

Continuando con esta línea introducimos algunos de los elementos trabajados por el profesor Gargarella en su obra vinculados al constitucionalismo dialógico que podrían aportar luces sobre el caso planteado de los páramos, enfrentándolo con aportes traídos de otros autores y llegando a tocar puntos centrales de la organización democrática y constitucional que empleamos. A continuación, proseguiremos con el estudio de las teorías del diálogo que tienen en el centro la actuación del Juez y su relación con las otras ramas del Poder Público, asimismo, estaremos atentos de explorar dentro de estas experiencias las posibles respuestas que nos pueda ofrecer la

⁸³⁹ Ibíd., pp. 114, 115.

⁸⁴⁰ Ibíd., pp. 114, 115.

jurisdicción canadiense que desde nuestro punto de vista posee características muy interesantes, podemos mencionar, por ejemplo, una Carta Política que data de 1982 tras la cual se crearon nuevos derechos y el empoderamiento de sus jueces para anular prácticas administrativas y Leyes⁸⁴¹, lo cual se explicará con más detalle en el contenido del cuarto capítulo de la presente obra.

⁸⁴¹ Cfr. EPP, Charles. *Ob. cit.*, p. 171.

CAPÍTULO 7. TEORÍAS DEL DIÁLOGO: EL EJEMPLO CANADIENSE

Como se indicó en la parte final del capítulo tres del texto, tras estudiar e identificar los diferentes retos que impone el análisis relacionado con el rol que cumple el Poder Judicial dentro de una propuesta cercana al constitucionalismo dialógico, la investigación se encaminó en la búsqueda de un modelo constitucional existente que entregara aportes y cierta experiencia de carácter práctico para la investigación, así pues la labor se concentró en encontrar una jurisdicción en donde se pudieran obtener contribuciones surgidas de los retos, debates y experiencias, en este mismo sentido estaremos en la búsqueda de propuestas que aporten al diseño de un modelo más adecuado para incardinar adecuadamente estos nuevos retos que posee el sector minero frente a la actuación del Juez Constitucional colombiano.

Al principio se trató de localizar una jurisdicción que de manera obvia considerara dentro de su estructura institucional un control judicial activo que a su vez se encargara de evaluar la constitucionalidad de las Leyes⁸⁴², ya que resultaba un elemento esencial dentro del análisis propuesto, ahora bien dentro de esta revisión se han encontrado Estados, plenamente identificados como Estados Constitucionales de Derecho, pero que de una y otra manera no han considerado necesario establecer controles constitucionales de Leyes por más que empíricamente se trata de regímenes que se comprenden dentro del marco democrático. Encontraremos dentro de estos regímenes sistemas que siguen la tradición del common law, como por ejemplo: El Reino Unido, Nueva Zelanda, Suecia y Holanda.

En concordancia con lo expuesto en el anterior párrafo arribamos al caso canadiense, que resulta muy particular ya que por más que en un principio pertenecía a esta selección de países mencionados, a partir del año 1982 el país se encaminó a integrar en su régimen mecanismos de control judicial sobre la constitucionalidad de las Leyes⁸⁴³, lo cual lo hace muy interesante al haber convivido bajo ambas situaciones, asimismo se trata de una democracia que aparentemente se

⁸⁴²Teniendo en cuenta que por estructura institucional me refiero a una serie de órganos judiciales que controlen la constitucionalidad de las Leyes.

⁸⁴³ Cfr. COUSO, Javier. *Ob. cit.*, p. 37.

encuentra consolidada y que continua afrontando retos afines con el manejo de infraestructura próxima al sector minero energético, como es el caso del desarrollo de oleoductos de petróleo ubicados en el oeste de Canadá, que han creado tensiones conexas con las grandes decisiones en temas de manejo de recursos naturales y protección del medio ambiente⁸⁴⁴.

También es justo decir que Canadá ha experimentado desde la década de los 60s del siglo pasado, toda una revolución de derechos relacionados con el empoderamiento tanto de derechos civiles como de libertades, situación que hizo presencia en la agenda judicial de este país en especial por parte de la “*Supreme Court of Canada*” que por medio de sus pronunciamientos generó toda una expansión de nuevos derechos, ahora bien gran parte de estos derechos llegaron a tener una implementación de carácter práctico hasta la década de los años noventa, lo cual se encuentra directamente relacionado con la entrada en 1982 de una nueva Carta Constitucional de Derechos, indicándonos que los resultados positivos sobre la protección de derechos y libertades fueron influenciados por la aplicación de una ingeniería constitucional, otro punto que resulta favorable al seleccionar la jurisdicción de este país es su diversidad étnica, la cual no se limita a ingleses y franceses por el contrario se extiende a una gran variedad de grupos migrantes entre los que se encuentran: africanos, caribeños, asiáticos, migrantes del Este Europa e indígenas originarios entre muchos otros⁸⁴⁵.

Recordemos que la Carta de Derechos y Libertades de 1982 significó además de la creación de nuevos derechos de origen constitucional, un empoderamiento de los jueces en su capacidad para anular Leyes y prácticas administrativas que fueran contrarias con sus principios, y en este devenir la Corte Suprema Canadiense ha establecido todo un cuerpo normativo que ha permitido no solo la puesta en práctica sino la expansión de derechos, además de contar con una democratización en el acceso a la misma institución. De otro lado queremos dejar planteado al lector que aunque la

⁸⁴⁴ Teniendo en cuenta aspectos como: funcionamiento del Gobierno, procesos electorales, libertades civiles, libertad de expresión, libertad religiosa y participación política, Canadá nunca ha salido del listado de 10 primeros países del estudio de Índice de Democracia creado por The Economist. Cfr. THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT LIMITED, Democracy Index 2018: Me too? Political participation, protest and democracy, 2019, pp. 10, 12, 36 [En línea] Revisado, marzo 15, 2019, Disponible en: <https://www.eiu.com/topic/democracy-index>

⁸⁴⁵ Cfr. EPP, Charles. *Ob. cit.*, pp. 156-158. *Ver también*, Cfr. ZHOU, Han-Ru. Legal Principles, Constitutional Principles, and Judicial Review. The American Journal of Comparative Law, vol. 67, no 4. 2019, p. 924 y sigs. *Ver también*, Cfr. LECLAIR, Jean. Canada's Unfathomable Unwritten Constitutional Principles, December 27, 2001. Queen's Law Journal, Vol. 27. 2002, pp. 389-443, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1749488>

teoría mayoritaria encuentra en la Carta de 1982 el origen de todo este movimiento, existen otras voces que señalan al “*Court Party*” como el determinante principal de estos procesos que no es otra cosa que un movimiento informal de influencia política del que hacían parte abogados, jueces y grupos defensores de los derechos, bien sea por una u otra causa la realidad es que a partir de la década de los 80s Canadá se vio inmersa en toda una revolución de derechos⁸⁴⁶.

El empoderamiento de los jueces como creadores de nuevos derechos también puede responder a los tipos de estructuras de poder constituidas, el caso de la Unión Europea es un buen ejemplo puesto que las Cortes son más proclives a actuar en contra de las decisiones que en principio obedecen a los Estados Miembros y agentes burocráticos, inclusive se otorga una alta confianza en que por intermedio del mecanismo de litigio ante las Cortes se complete la correcta implementación y ejecución de las políticas regulatorias que se pretenden ejecutar, prácticamente se da por descontado que existirán “*legislative overrides*” que culminarían el proceso⁸⁴⁷.

El caso de la Unión Europea presenta una fragmentación de las autoridades políticas que conlleva a que diferentes grupos de interés pueden acceder al poder político, lo anterior se hace por ejemplo por intermedio de cabildeo y litigio estratégico, en este sentido si en una primera instancia un foco de poder no accede a las demandas de los grupos de interés, los mismos podrán acudir a otra vía, autoridad judicial, para obtener sus metas, es decir, casi que se invita a las Cortes Nacionales y a los abogados dedicados al litigio a que hagan parte de la estrategia de adecuada implementación de la política⁸⁴⁸.

En el caso de los EE. UU también encontraremos autores que sustentan que en las últimas décadas se ha venido presentando un aumento en la actividad desarrollada por parte de los Tribunales, lo anterior sucede en asuntos penales, civiles, regulatorios, etc. Lo anteriormente mencionado encuentra sustento desde la Ciencia Política, subrayando que el modo de gobernanza utilizada corresponde al legalismo adversarial⁸⁴⁹, siendo ésta una manera en la que los grupos de interés, las

⁸⁴⁶ Cfr. EPP, Charles. *Ob. cit.*, p. 171.

⁸⁴⁷ Cfr. KELEMEN, R. Daniel. *Eurolegalism: The transformation of law and regulation in the European Union*. Harvard University Press, 2011. p. 25 y sig.

⁸⁴⁸ *Ibíd.*, p. 25 y sig.

⁸⁴⁹ La forma de gobernanza del *Adversarial legalism*” en los EE.UU. ha venido apareciendo en diferentes tipos de casos como: las disputas por el uso de la tierra, las controversias ambientales, los conflictos entre reguladores y

empresas y los abogados litigantes poseen un rol central y muy activo, tanto en los procesos de tomas de decisiones, como en la implementación de políticas. Se describe también un escenario ideal para que se presenten estas manifestaciones en la que se cuenta entre otras cosas con: una administración gubernamental descentralizada (proclive a ser afectada por las presiones políticas), un sistema judicial y gubernamental fragmentado (permite migrar a los vencidos en un escenario ir a otro) y un Poder Judicial que se selecciona políticamente (impredecible y en ocasiones poderoso)⁸⁵⁰.

Los funcionarios, políticos y empresarios pueden empezar a ser cada día más proclives a ser dependientes de las decisiones judiciales y de los tribunales que actúan y resuelven a la hora de definir, implementar, reorientar o bloquear las preferencias de tipo político, en similar sentido se deberá hacer un análisis sobre los beneficios e implicaciones que el efecto de la judicialización puede traer sobre nuestro sistema, entendiendo que se pueden crear, tanto riesgos, como recompensas que deberán ser evaluadas desde una dimensión de motivaciones por las cuales los actores eligieron ir por la judicialización del sistema y bajo una lógica de constante interacción entre derecho y política⁸⁵¹.

Como se ha mencionado en apartes anteriores de este trabajo el activismo judicial resulta diferente de la revisión judicial y es importante tener en cuenta esto ya que hay países como Japón o Suecia que por más que cuentan con un sistema que habilita la revisión judicial sus jueces no poseen una vocación activista y solo en casos escasos han llegado a la invalidación de una Ley⁸⁵², en sentido contrario encontramos países como es el caso de Israel en donde no se cuenta con una Constitución escrita ni con una habilitación directa para que sus Cortes ejerzan una revisión judicial, no obstante el Poder Judicial en Israel ha asumido un rol muy activo en la construcción de normas inclusive

empresas, los juicios relacionados con lesiones personales y las disputas entre empleados y empleadores. A mayor abundamiento consultar: Cfr. KAGAN, Robert A. *Adversarial Legalism. Ob. cit.*

⁸⁵⁰ Cfr. KAGAN, Robert A. *Adversarial Legalism. Ob. cit.* p. ix y sigs. Ver También, Cfr. AXELRAD, Lee, and KAGAN, Robert A. (eds.) *Regulatory encounters: Multinational corporations and American adversarial legalism*. No. 1. Univ of California Press, 2000, p. 8 y sigs.

⁸⁵¹ Cfr. SILVERSTEIN, Gordon. *Law's allure: how law shapes, constrains, saves, and kills politics*. Cambridge University Press, 2009. p. 15 y sigs.

⁸⁵² A mayor abundamiento de la experiencia en del adversarial legalism en otros países revisar: Cfr. SCHAFFAR, Wolfram. *Citizenship, rights and adversarial legalism in Thailand*. En *Citizenship and democratization in Southeast Asia*. Brill, 2017, pp. 238-264. Ver También, Cfr. AXELRAD, Lee, and KAGAN, Robert A. (eds.) *Ob. cit.* Ver También, Cfr. KAGAN, Robert A. *Adversarial Legalism. Ob. cit.* p. 53 y sigs.

de alcance constitucional que deben ser seguidas por parte de los Gobiernos, para Holland el caso Canadá se puede categorizar como activista al igual que el de los EE. UU, entre otros⁸⁵³, Couso por su parte indica que la medición de los grados de activismo judicial es algo complejo pero a pesar de esto se ha llegado a un consenso académico sobre ciertas Cortes Constitucionales como las de Hungría o Israel⁸⁵⁴.

Es también muy llamativo la manera en que parte de la doctrina canadiense ha estudiado el fenómeno del activismo más lejos de la simple imposición de preferencias interpretativas de los jueces al resto de los poderes del Estado y por el contrario han apostado por observar el fenómeno a manera de una fórmula de diálogo entre el Poder Legislativo y el Poder Judicial, aproximándose de una mejor manera a los postulados propuestos por Dworkin, quien defendía la idea de no entender la revisión judicial como un veto aplicado a las políticas nacionales⁸⁵⁵ y en contraste este planteaba que debería ser percibida como el principio del diálogo conciliatorio sobre ciertos “*valores individualistas*” que contienen nuestras Constituciones frente a la: “[...] *realización de políticas sociales y económicas en beneficio de la comunidad.*”⁸⁵⁶.

Todo lo dicho llevó a esta investigación a atender parte de la doctrina canadiense con la firme visión de explorar sobre el proceso que este país ha experimentado en cuanto a la protección de los derechos emanados de la Carta y más específicamente sobre la dinámica actividad asumida por su Poder Judicial, en otras palabras, la experiencia que en la tradición judicial canadiense viene desarrollándose desde la reforma constitucional de Pierre Elliot Trudeau nos permite encontrar un modelo interesante y que específicamente nos concederá la oportunidad de profundizar sobre el rol y funcionamiento que cumple la ya mencionada *notwithstanding clause* o *clause dérogatoire* dentro de esta estructura constitucional bajo el entendido que puede resultar siendo un aporte sugestivo a los postulados defendidos por el constitucionalismo dialógico y a su línea argumentativa.

⁸⁵³ Cfr. HOLLAND, Kenneth. *Ob. cit.*, p. 2 y sigs.

⁸⁵⁴ Cfr. COUSO, Javier. *Ob. cit.*, p. 38.

⁸⁵⁵ Cfr. DWORKIN, Ronald. *Ob. cit.*, p. 469.

⁸⁵⁶ Cfr. GUZMÁN, Luis. *Ob. cit.*, pp. 66, 67.

Para algunos autores, resulta equivocada la calificación de sistema dialógico canadiense que se le ha querido otorgar a la estructura aplicada en este país y en últimas al modelo de relacionamiento de los poderes⁸⁵⁷, que conjuntamente ubica a la cláusula de salvedad en el centro de este sistema, en definitiva la literatura que defiende esta característica pareciera favorecer bien al Poder Legislativo o al Judicial ubicando a una u otra rama jerárquicamente en superior o inferior situación frente a su similar y a su vez esgrimiendo una supremacía que no se asemeja al concepto de diálogo en el que debería prevalecer la igualdad y al mismo tiempo logrando desdibujar el calificativo de modelo dialógico⁸⁵⁸.

En el caso de los aportes entregados por Hogg y Bushel se le asigna el atributo de diálogo entre el Legislativo y el Judicial a cualquiera de las situaciones en donde una específica decisión tomada por la segunda genera resultados legislativos como pueden ser las “*reversiones legislativas, modificaciones y anulaciones*”⁸⁵⁹, en este tipo de relaciones puede que la Corte ejerza una presión para atraer temas, los cuales pretenden ser evitados por parte del Poder Legislativo y que de ser tratados de manera posterior a la decisión de la rama judicial habrán de tener en cuenta los lineamientos entregados por la misma, de alguna forma se constriñe a observar e integrar a la agenda legislativa algunos puntos otorgándole un mayor peso a determinados valores que son parte de la Constitución y que han sido ignorados o inadvertidos por parte del Poder Legislativo trayéndolos a la luz a través de sus pronunciamientos, los autores no dejan de desconocer que aparecen en escena algunas limitaciones al mismo proceso democrático durante este ejercicio, no obstante la decisión final cumple efectivamente con el requerimiento de ser democrática⁸⁶⁰.

De manera directa esta línea de interpretación ha tenido que defender su perspectiva como neutral, al indicar que no se encuentran a favor del denominado monopolio judicial en la interpretación

⁸⁵⁷ A mayor abundamiento sobre los cuestionamientos a esta calificación otorgada al sistema canadiense revisar: Cfr. HOGG, Peter; THORNTON, Allison; et al. Charter Dialogue Revisited: Or "Much Ado About Metaphors" En: Osgoode Hall Law Journal, vol. 45 no. 1 York University Osgoode Hall Law School, 2007, pp. 1–63. Ver también Cfr. LÓPEZ, Nelcy. Pluralismo jurídico estatal: entre conflicto y diálogo: Enseñanzas de un caso colombiano. Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2015, p. 26.

⁸⁵⁸ Cfr. LÓPEZ, Nelcy. *Ob. cit.*, p. 216.

⁸⁵⁹ “[...] legislative reversal, modification, or avoidance, [...]” (trad. a.) Cfr. HOGG, Peter; BUSHELL, Allison; et al. The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (Or Perhaps The Charter Of Rights Isn’t Such A Bad Thing After All) En: Osgoode Hall Law Journal, vol. 35 no. 1 York University Osgoode Hall Law School, 1997, p. 79 Ver también Cfr. LÓPEZ, Nelcy. *Ob. cit.*, p. 216.

⁸⁶⁰ Cfr. HOGG, Peter; BUSHELL, Allison; et al. *Ob. cit.* p. 79 y sigs.

constituyendo a esta última como la única válida, señalan que regularmente las decisiones de los diferentes Tribunales traen aparejada una denominada “*secuela legislativa*” sin importar si lo decidido en su pronunciamiento es correcto o incorrecto, lo cual es muy diferente al efecto que puede llegar a tener sobre la mejora de la Ley en el país⁸⁶¹.

Este grupo de autores entre los que están los ya mencionados Hogg y Bushell, quienes expresan que, tanto el Legislativo, como el Ejecutivo pueden y deben interpretar la Constitución dentro del desarrollo de sus funciones, no obstante, cuando se presente una situación en la que se entran en conflicto con la interpretación otorgada por parte de los Tribunales las otras dos ramas del poder deben ceder, en otras palabras se propone que cuando la interpretación creada por el Ejecutivo o el Legislativo va en contra de temas de trasfondo y de cierta relevancia sobre los que existe una decisión judicial relevante deberán descartar su propia interpretación, de no ser así se violentaría de manera injustificada lo establecido por la Carta Política, todo lo anterior bajo el entendido de estar todo el tiempo cobijados bajo un sistema que da aplicación a los postulados propios de una Democracia Constitucional⁸⁶².

Esta interpretación ofrecida por los mencionados autores da espacio para que se trace una crítica en la que se les califica de “*aparentemente neutrales*” y en donde su idea de diálogo institucional termina de alguna manera parcializada hacia la preminencia de la interpretación de la rama judicial del Poder Público creando como tal un “*monopolio de la interpretación constitucional vinculante*”⁸⁶³, estas críticas encuentran fundamento en aportes de esta línea de pensamiento en los que se declara que necesariamente al interior de las sociedades que han optado por un sistema en donde existe una Constitución de tipo escrito se necesitará contar con un organismo que se le otorgue una autoridad final sobre el significado de la misma⁸⁶⁴.

En todo caso es nuestro deber manifestar al lector que como parte de la justificación que ofrecen estos autores como respaldo a sus postulados sitúan como ejercicios de diálogo entre la rama

⁸⁶¹ Cfr. HOGG, Peter; THORNTON, Allison. A. Reply to Six Degrees of Dialogue. En: Osgoode Hall Law Journal, vol. 37 no. 3 York University Osgoode Hall Law School, 1999, p. 535.

⁸⁶² Cfr. HOGG, Peter; THORNTON, Allison; et al. Charter Dialogue Revisited... *Ob. cit.*, p. 33.

⁸⁶³ Cfr. LÓPEZ, Nelcy. *Ob. cit.*, p. 217.

⁸⁶⁴ Cfr. HOGG, Peter; THORNTON, Allison; et al. Charter Dialogue Revisited... *Ob. cit.*, p. 31.

legislativa y judicial del Poder Público las *legislative sequels* que hacen referencia a los escenarios en donde tras la derogación de una Ley por parte del Poder Judicial hay una reacción legislativa proveniente del ejecutivo, también se considerarían los casos en donde tras un análisis concienzudo del ejecutivo se decide no actuar aceptando la decisión establecida por la Corte que es expresada a través de una inacción legislativa⁸⁶⁵.

Estas reacciones legislativas se encuentran vinculadas a las teorías del diálogo, en medio de todo se trata de llegar a un punto en donde se presenten los argumentos a favor y en contra por estas ramas del poder, no obstante las interpretaciones de la Carta contrarias a la realizada por parte de la Suprema Corte del Canadá continuarán siendo inválidas a no ser que se encuentren con cambios sociales determinantes que convenzan a los jueces de variar su decisión o un cambio en la composición de la Corte⁸⁶⁶. Se debe advertir al lector que las teorías del diálogo no han resultado nada pacíficas a la hora de analizar el caso canadiense, tanto los estudiosos de la Ciencia Política como los académicos que provienen de las ciencias legales han puesto sobre la mesa sus argumentos para medir la validez y alcance del diálogo en el Canadá y bajo sus estudios también han cobijado la relación que se desarrolla mediante el diálogo interinstitucional entre las Cortes Menores y la Suprema Corte del Canadá lo cual lo hace mucho más complejo⁸⁶⁷.

Teóricamente el sistema estaría auspiciando un diálogo activo en donde se revisa por las Cortes el trabajo de la rama legislativa y de manera equivalente la rama legislativa del Poder Público puede reaccionar al trabajo de las Cortes que es expresada en sus decisiones por intermedio de la creación y aprobación de una nueva legislación⁸⁶⁸, adicionalmente dentro de la estructura constitucional

⁸⁶⁵ Cfr. HOGG, Peter; BUSHELL, Allison; et al. *Ob. cit.*, pp. 82, 98.

⁸⁶⁶ Cfr. DIXON, Rosalind. "The Supreme Court of Canada, Charter Dialogue and Deference", University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper No. 284, 2009, p. 13. [en línea] Disponible en: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1345&context=public_law_and_legal_theory

⁸⁶⁷ Un resumen del nacimiento y devenir de la discusión descrita, puede ser encontrado en: Cfr. HENNIGAR, Matthew A. Expanding the "Dialogue" Debate: Canadian Federal Government Responses to Lower Court Charter Decisions. Canadian Journal of Political Science/Revue canadienne de science politique, 2004, p. 4 sigs.

⁸⁶⁸ Vale la pena destacar experiencias en donde se presentan ejercicios similares, como el caso de la "*Comission du Rapport*" en la que el juez administrativo francés en medio de la instrucción de los asuntos contenciosos se le confiere la potestad de solicitar motivaciones y archivos de los casos en los que el ejecutivo usó sus poderes discrecionales o al estar frente a temas altamente debatidos, lo anterior buscando una mayor eficacia del derecho administrativo. Cfr. ZAMBRANO CETINA, William. Panorama reciente de los principios generales del derecho administrativo francés. En: Revista Estudios Socio-Jurídicos vol. 1, no 2, Universidad del Rosario, 1999, pp. 66, 67 [En línea] Revisado, agosto 17, 2020, Disponible en: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0124-05791999000200006 A mayor abundamiento sobre la "*Commission du Rapport*" Consultar: Cfr. PAREJO

canadiense el legislador tiene la posibilidad de invocar la cláusula de salvedad o “*override provision*” nombrada en la Cláusula 33 de la Carta de Derechos y Libertades canadiense⁸⁶⁹, sobre esta importante figura que en resumen permite al Poder Legislativo ofrecer una oposición a las decisiones de la Corte regresaremos en detalle más adelante.

La preminencia judicial también ha sido ampliamente defendida por parte de Roach quien apunta que resultaría una equivocación el entregarle este poder a la rama legislativa, ya que sus aspiraciones electorales pueden interferir en su buen juicio sobre la articulación y restricciones aplicadas sobre los derechos de las minorías que se encuentran desprotegidas frente al voto de la mayoría⁸⁷⁰.

Asimismo, el autor interpreta y destaca cierta ambigüedad de las acciones llevadas a cabo por parte del legislativo Canadiense, inclusive tildándolas de poco claras sobre su pretensión de asumir esta función exclusiva de interpretación⁸⁷¹, en este mismo sentido indica que los riesgos son muy altos al tomar la vía de la preminencia legislativa en la interpretación, y en consecuencia manifiesta que: “*Incluso si el Parlamento se toma en serio la Carta, aún se puede estar inclinado a ignorar o desatender los derechos de las minorías[...]*”, al final se trata de una institución que responde a lógicas electorales y a la popularidad de sus decisiones⁸⁷².

ALFONSO, Luciano. Los poderes de ejecución del Juez contencioso-administrativo: la Ley francesa de 16 de julio de 1980. En: Revista internacional y comparada de relaciones laborales y derecho del empleo, no.2, vol.6, Editorial Civitas, S.A., 1982, pp. 37-57. [En línea] Revisado, agosto 17, 2020, Disponible en: <https://ravelpruebas.uc3m.es/handle/10016/27357> En éste mismo sentido encontraremos la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado Colombiano que dentro de sus funciones tiene entre otras las de: “...1. Absolver las consultas generales o particulares que le formule el Gobierno Nacional, a través de sus Ministros y Directores de Departamento Administrativo. 2. Revisar o preparar a petición del Gobierno Nacional proyectos de ley y de códigos. El proyecto se entregará al Gobierno por conducto del Ministro o Director del Departamento Administrativo correspondiente, para su presentación a la consideración del Congreso de la República...” A mayor abundamiento ver: Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Ley 1437 de 2011, Artículo 112. Integración y funciones de la Sala de Consulta y Servicio Civil.

⁸⁶⁹ Cfr. HOGG, Peter; THORNTON, Allison; et al. Charter Dialogue Revisited... Ob. cit., p. 8 y sigs.

⁸⁷⁰ En particular el autor hace referencia a este tipo de decisiones en escenarios complejos como los vividos posterior a los ataques perpetrados el 11 de septiembre del 2001 en los Estados Unidos de América y sus implicaciones sobre los derechos de las minorías.

⁸⁷¹ Cfr. ROACH, Kent. Ob. cit., pp. 93, 96 – 103.

⁸⁷² “*Even if Parliament takes the Charter seriously, it may still be inclined to ignore or neglect the rights of minorities [...]*” (trad. a.) Cfr. ROACH, Kent. Ob. cit., p. 96.

Independientemente de su clara posición sobre la supremacía interpretativa del Poder Judicial, Roach no deja de reconocer que la posibilidad de implementar canales de diálogo entre los poderes tiene la ventaja de proveer un espacio de debate serio y profundo al interior de la sociedad el cual resulta necesario a la hora de procurar interiorizar las decisiones tomadas por parte de las Cortes. Esta práctica aumenta la legitimidad democrática de lo resuelto debido a que perderían sentido las soluciones propuestas que emanen de figuras o instituciones las cuales no han sido parte de un proceso electoral⁸⁷³.

En esta línea de pensamiento aparece Liston, quien nos ofrece una visión en la que, tanto el Parlamento, como la Corte Suprema deben ser tratados como iguales, no obstante confiere un rol ligeramente preminente dentro de la estructura constitucional canadiense a la Corte Suprema de este país, lo anterior lo asevera como resultado de una búsqueda de equilibrio entre Estado de Derecho y la Democracia, según esta autora a la Corte le corresponderá el desempeñar un rol dentro del Estado de Derecho Democrático en el que cumplirá la función de “*resistir cualquier forma de arbitrariedad*”, bajo lo anterior al revisar una Ley arbitraria deberá generar una reacción de oposición ofreciendo un tipo de cierre de carácter transitorio, otra función que rescata esta autora de las Cortes, es la de que también les corresponde reaccionar ante las restricciones al Estado de Derecho creadas por el Parlamento haciéndolo responsable de las mismas⁸⁷⁴.

Por otro lado, existen quienes sostienen el enfoque de defender al Parlamento como máximo intérprete de la Constitución dejando al Poder Legislativo en una posición de preminencia sobre el Poder Judicial, señalando que inclusive para el sistema canadiense es difícil encontrar que el diálogo resulte dinámico entre parlamento y jueces⁸⁷⁵, critican de esta manera las posiciones planteadas en los anteriores párrafos al encontrar que no se puede suponer la presencia de un diálogo idóneo entre una Corte y el legislativo⁸⁷⁶ bajo ciertas situaciones.

⁸⁷³ Ibid., pp. 99, 103.

⁸⁷⁴ Cfr. LÓPEZ, Nelcy. *Ob. cit.*, p. 220 – 221.

⁸⁷⁵ Cfr. MANFREDI, Christopher; KELLY, James. *Ob. cit.*, p. 515 y sigs.

⁸⁷⁶ En el caso mexicano, es llamativo que en el Artículo 72, apartado F de la CPEUM se establezca como facultad del legislador la interpretación de la ley en cuyo caso deberá seguir el mismo proceso legislativo. A saber: “F.- *En la interpretación, reforma o derogación de las leyes o decretos, se observarán los mismos trámites establecidos para su formación*”

Dentro de las situaciones que causan cierta suspicacia de falta o ausencia real de diálogo estarán las planteadas por parte de Manfredi y Kelly quienes describen que la actitud del Poder Judicial de decidir y plantear su postura sobre un caso en donde ya no resultaba necesaria su intervención, se constituye en sí mismo como toda una expresión de autoridad que encierra una visión en donde solo sus interpretaciones constitucionales son las que tienen real valor, como cuando el legislador arregla el desperfecto señalado antes de llegar a la decisión judicial y sin importar esto el juez se pronuncia sobre la situación⁸⁷⁷.

Otro tipo de respuestas que también son algo sombrías sobre la presencia de un diálogo real en la relación entre los poderes en el sistema canadiense son las que se presentan cuando es inexistente la secuela legislativa como resultado del pronunciamiento y cuando se manifiestan a manera de “*simple cumplimiento de las decisiones judiciales*”⁸⁷⁸. La relación se diferencia del diálogo activo en donde el Poder Legislativo se dedica estrictamente a excluir y separar Leyes o apartados de las mismas por ser consideradas como ofensivas para los actores judiciales, incluso se llega a describir el ejercicio de la rama legislativa a manera de repetidor de lo ya manifestado por el Poder Judicial, en este tipo de situaciones el diálogo es nulo y por lo tanto, resulta ficticio el supuesto trato de igualdad entre legisladores y jueces, instaurando a su paso una clara relación jerárquica que excluye el diálogo de poderes⁸⁷⁹.

Según lo propuesto por Manfredi y Kelly, la manera de garantizar la presencia del diálogo efectivo dentro del sistema es por medio del reconocimiento del Poder Legislativo como “*legítimos intérpretes de la Carta*”⁸⁸⁰ contando con las herramientas eficaces para cimentar su interpretación⁸⁸¹, en síntesis estos autores consideran que una revisión judicial sustentada en derechos llevada al extremo será un determinador para degenerar la supremacía constitucional en supremacía judicial, lo anterior resulta a todas luces antidemocrático por desconocer la participación popular significativa y alterar el estatus fundamental de la Carta Política, sumado a

⁸⁷⁷ Cfr. MANFREDI, Christopher; KELLY, James. *Ob. cit.*, pp. 522-523.

⁸⁷⁸ “[...] *simple compliance with judicial decisions* [...]” (trad. a.) Cfr. MANFREDI, Christopher; KELLY, James. *Ob. cit.*, p. 520.

⁸⁷⁹ Cfr. LÓPEZ, Nelcy. *Ob. cit.*, p. 221 y sigs.

⁸⁸⁰ “[...] *legitimate interpreters of the constitution* [...]” (trad. a.) Cfr. MANFREDI, Christopher; KELLY, James. *Ob. cit.*, p. 524.

⁸⁸¹ *Ibíd.*, p. 523 y sigs.

la posibilidad de estar erigiendo en la práctica cambios sustanciales sobre aspectos fundamentales de la Constitución Nacional sin la debida conciencia pública y conocimiento de lo acontecido⁸⁸².

Encontraremos dentro de estos aportes del Constitucionalismo canadiense la teoría coordinada de construcción en donde se matizan las dos anteriores y se acentúa el diálogo, en otras palabras ninguno de los dos Poderes Públicos tiene una última razón o una exclusividad sobre la interpretación máxima constitucional ya que resulta difícil generar un espacio real de diálogo cuando se establece una jerarquía de poder, bajo lo anterior la totalidad de las ramas cuentan con un juicio constitucional sin jerarquía alguna, lo cual configura un “*contexto normativo compartido*”⁸⁸³, profundizando sobre esta propuesta y desde el punto de vista teórico plantea que cada rama, junto con las instituciones que las componen, crean una autocrítica sobre su incapacidad de asumir el reto de solventar las necesidades de la sociedad y de esta manera optan por afrontar el reto de manera conjunta, según esto se tendrían unas responsabilidades iguales entre todas las ramas que conforman al Gobierno que se reúnen con el objetivo de cumplir lo establecido en la Constitución estableciendo al mismo tiempo una verdadera reciprocidad e igualdad en cuanto a las responsabilidades en las funciones que se ejercen⁸⁸⁴.

Se ubican al interior del modelo planteado una diferenciación entre funciones vinculantes de primer y de segundo orden, las de primer orden se caracterizan por obligar a los entes de la Administración a actuar o abstenerse de, según una razonabilidad aplicada a sus propios actos bajo la lupa de los derechos fundamentales que los constreñirá a seguir un determinado camino, en esta misma dirección coexistirán unos efectos o funciones de segundo orden, que se expresan a través de efectuar juicios de valor sobre la actuación de otro ente del mismo Gobierno del cual hacen parte, usualmente estos juicios se desarrolla sobre hechos o decisiones ya constituidas, de esta manera la Carta Fundamental autoriza a ciertos organismos para ejercer un escrutinio cuidadoso sobre la conformidad de lo actuado frente a lo establecido en la Constitución, como teóricamente se debió tener en cuenta desde el desarrollo del primer orden⁸⁸⁵.

⁸⁸² *Ibíd.*, p. 123.

⁸⁸³ Cfr. LÓPEZ, Nelcy. *Ob. cit.*, p. 223 y sigs.

⁸⁸⁴ Cfr. SLATTERY, Brian. "A Theory of the Charter." En: *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 25, no. 4, York University Osgoode Hall Law School, 1987, p. 707 y sigs.

⁸⁸⁵ *Ibíd.*, pp. 707 y sigs.

En ultimas el objetivo esencial de una Carta de Derechos es la de entregar un marco jurídico y legal dentro del que un determinado Gobierno debe buscar la realización del bien común mediante actuaciones justas⁸⁸⁶, teniendo en cuenta esta apreciación el papel que cumplen los organismos de revisión en el sistema coordinado resulta muy significativo pero al mismo tiempo es secundario a la obtención del bien común, de igual modo el modelo coordinado solo tendrá lugar si los entes involucrados aceptan ese mandato general vinculado con el cumplimiento de las garantías establecidas desde el primer orden⁸⁸⁷.

El modelo coordinado se caracteriza por amparar el continuo diálogo entre Tribunales y jueces frente a los legisladores con un objetivo dirigido hacia la búsqueda de la naturaleza real de los derechos ofrecidos por la Constitución sus límites y razonabilidad, ahora bien no se puede desconocer que el dialogo propuesto solo podrá aplicarse en un escenario donde todos los poderes aceptan que sus roles no están diseñados para la confrontación, sino por el contrario son de carácter reciproco, aceptando posturas flexibles y de respeto en su relación, en esta configuración existirán entes que ocupan funciones, tanto de primer, como de segundo orden asignados por parte de la Constitución, a manera de ejemplo tenemos el caso de los Tribunales en el entorno Canadiense⁸⁸⁸.

Los Tribunales están claramente en esta posición, ya que la Carta los obliga directamente a actuar de ciertas maneras y también a revisar los actos de otros, más aún los dos roles pueden llegar a fusionarse en un solo acto. Al mismo tiempo dentro de la experiencia de este país encontramos que el Poder Judicial no es la única institución que posee funciones de revisión de segundo orden, por ejemplo, los legisladores analizan decisiones judiciales y algunos de los actos del ejecutivo en cuanto a su cumplimiento con los preceptos de la Constitución y con el poder de promulgar estatutos o normas correctivas que igualmente pueden ser protegidas de una revisión judicial por intermedio del uso de la cláusula 33⁸⁸⁹.

⁸⁸⁶ Cfr. GOLD, Marc. "A Principled Approach to Equality Rights: A Preliminary Inquiry" En: The Supreme Court Law Review, no. 4 Osgoode Hall Law School - York University, 1982, p. 155 y sigs.

⁸⁸⁷ Cfr. SLATTERY, Brian. *Ob. cit.*, pp. 708 – 711.

⁸⁸⁸ *Ibíd.*, pp. 708 – 711.

⁸⁸⁹ *Ibíd.*, pp. 709 y sigs. A mayor abundamiento sobre la dinámica descrita en el párrafo revisar: Cfr. MULLAN, David. Judicial Deference to Administrative Decision-Making in tile Age of the Charter. En: Saskatchewan Law Review, no.50 University of Saskatchewan - College of Law, 1985-1986, pp. 203 - 223. *Ver también* Cfr. BLAIR, D. The Charter and the Judges: A View from the Bench. En: Manitoba Law Journal, vol. 13, Faculty of Law University of Manitoba, 1983, pp. 445-454.

Dentro de este sistema se puede reconocer que las funciones ubicadas en el segundo orden no son capaces de garantizar por sí solas el completo y total cumplimiento de los valores y garantías que son reconocidas en la Constitución a favor de la sociedad canadiense⁸⁹⁰ y bajo este criterio es preferible buscar una coordinación dialogada que una imposición sin resultados. Como señala López esta propuesta destaca que los Tribunales no tendrían un monopolio absoluto sobre la interpretación de la Constitución debido a la existencia del primer orden, y más importante aun cuando ejercen sus labores en el segundo orden tendrán un enfoque de carácter declarativo bajo el entendido de que el significado o interpretación de la Carta igualmente debe ser construido por ramas del Poder Público diferentes a la judicial⁸⁹¹.

Finalmente, queremos mencionar la teoría relacional del Derecho, la cual comparte otra visión muy interesante en la que Parlamento y Tribunales cuentan con percepciones e ideas igualmente validas relacionadas con la manera en que las normas se apegan y reflejan los diferentes valores de la Constitución, en todo caso por más que se realice este ejercicio de manera consiente por estos dos cuerpos pueden aparecer juicios totalmente desiguales, de acá la importancia de cada uno de los organismos mencionados se comprometa a: “[...]respetar los valores de la Carta, de la exposición o los juicios hechos por quienes se encuentran afuera, y aprovechando la oportunidad de reflexionar sobre el valor de la opinión contraria.”⁸⁹². En estos términos el desafío es el de afirmar que ambos organismos respetarán los valores consagrados en la Constitución en la realización de su juicio más aún cuando lo enfrentan posiciones opuestas⁸⁹³.

Este modelo creado por Hiebert, se sustenta en gran medida del modelo coordinado propuesto por Slattery, de todas formas su aporte apunta al respeto a las diferentes perspectivas que se extraen de los conflictos de derechos⁸⁹⁴, se podría decir que al Poder Legislativo lo escolta una preocupación más marcada hacia el interés público y en teoría una capacidad mayor en el análisis de la viabilidad de las políticas públicas examinadas, mientras que por el otro lado el Poder Judicial

⁸⁹⁰ Cfr. SLATTERY, Brian. *Ob. cit.*, p. 709 y sigs.

⁸⁹¹ Cfr. LÓPEZ, Nelcy. *Ob. cit.*, pp. 224 – 225.

⁸⁹² “[...] respect Charter values, from the exposure to judgments made by those differently situated, and from the opportunity to reflect upon the merits of contrary opinion [...]” (trad. a.) Cfr. HIEBERT, Janet. *Charter conflicts: what is parliament's role?* Canadá, McGill-Queen's University, 2002, p. 52.

⁸⁹³ *Ibíd.*, p. 52.

⁸⁹⁴ Las diferentes perspectivas en el derecho se presentan desde la visión que posee cada practicante, lo anterior sin importar que se cuenten con herramientas similares para afrontar una determinada decisión.

lo acompaña por su propia naturaleza un enfoque no partidista que le otorga mayor peso al análisis jurídico⁸⁹⁵.

En esta teoría se repite constantemente la idea que los juicios de valor interpretativos de cada rama no se encuentran en una situación de superioridad frente a la otra⁸⁹⁶. Asimismo, se expresa que en el modelo relacional la interpretación no pretende poseer la respuesta absolutamente correcta sobre los conflictos de derechos, inclusive se califica de ingenuo el pretender que la revisión judicial expresará una solución perfecta puesto que se estaría dejando de lado factores relevantes como lo son las “*cualidades subjetivas*” del juzgador al aplicar principios abstractos y filosóficos a conflictos políticos muy específicos⁸⁹⁷.

A manera de comentario, algunos autores encuentran defectos en esta teoría al no resolver ¿cuál es la interpretación que prevalecerá cuando se presente un desacuerdo entre instituciones? esto resulta fundamental en términos de poder político lo que desafortunadamente nunca es revelado⁸⁹⁸, ahora bien lo que si queda claro es que, tanto los juicios creados por el legislativo, como los establecidos por el Juez pueden guardar la característica de ser tutores de derechos, de esta manera la Constitución puede ser sujeta a varios tipos de interpretaciones muy razonables e inclusive más protectoras de las que podría ofrecer un Tribunal, una demostración de las múltiples interpretaciones validas sobre la Carta es la presencia de salvamentos de votos expresados en los veredictos de los mismos Tribunales. Sintetizado, tanto el modelo coordinado, como el relacional⁸⁹⁹ parten de la existencia de un diálogo (escucha y respuesta) institucional que favorece una atención constante sobre los juicios expresados por la Corte Suprema o el Parlamento sin poseer ninguna de las anteriores un monopolio sobre la interpretación constitucional, descartando a su paso una jerarquía institucional y reconociendo la posibilidad de un desacuerdo fundamentado

⁸⁹⁵ Cfr. HENNIGAR, Matthew. Reviewed Work(s): Charter Conflicts: What is Parliament's Role? by Janet L. Hiebert. En: Revue canadienne de science politique, vol. 36, no. 5 Canadian Political Science Association and Société québécoise de science politique, 2003, p. 1076.

⁸⁹⁶ Cfr. HIEBERT, Janet. *Ob. cit.*, p. 52 y sigs.

⁸⁹⁷ *Ibíd.*, pp. 30, 52, 72.

⁸⁹⁸ Cfr. HENNIGAR, Matthew. Reviewed Work(s)... *Ob. cit.*, p. 1077.

⁸⁹⁹ Por más que esta teoría evita la calificación de dialógica, al revisar sus características resulta posible ubicarla bajo este grupo. A mayor abundamiento revisar: Cfr. HENNIGAR, Matthew. Reviewed Work(s)...*Ob. cit.*, p. 1076.

en la posibilidad de generación de actuaciones validas que solo se cimienten en sus valoraciones e interpretaciones constitucionales⁹⁰⁰.

En ultimas se presentan algunas contraposiciones a la posibilidad real de coordinación en las que se defiende la guarda de la última palabra por parte de los jueces y se sustenta esta visión en que los mismos están cobijados bajo el principio de responsabilidad judicial y según esto le correspondería a la rama judicial darle un cierre a la interpretación, en esta doctrina es deber de los jueces justificar en todo tiempo sus decisiones con base en razones que satisfagan su mejor comprensión de la Ley, al vincular esta idea a la teoría del Estado de Derecho descubriremos que a los distintos jueces no les resulta posible crear una subordinación sobre sus convicciones a voluntades o juicios de terceros, endilgándoles al mismo tiempo una plena responsabilidad sobre lo que dictaminen⁹⁰¹.

Bajo la responsabilidad judicial, si el Juez propone un diálogo deliberativo con elementos externos creados por el (Poder Ejecutivo, Legislativo, sociedad civil, medios de comunicación etc.) estaría empleando un uso no legítimo de lo que constituye la aplicación e interpretación de las Leyes, en consecuencia, los jueces no deben sustentar u ofrecer justificaciones que artificialmente se alineen con lo dicho por los legisladores de manera contraria a su convicción, finalmente indica que lo expuesto no descarta el escuchar al Gobierno y al resto de la sociedad en los casos constitucionales, sin embargo, esta charla se deberá ejercer bajo un rol de escuchar y no de diálogo deliberativo⁹⁰².

Por último, resulta pertinente el vincular lo presentado con un aporte doctrinal más latinoamericano en el que se indica que por más que estemos de acuerdo con la corriente de pensamiento la cual afirma que resulta más que positivo el contar con unos jueces independiente y fortalecidos para lograr la defensa y el respeto de los bienes colectivos, se debe comprender que es necesario establecer ciertos límites al Poder Judicial en salvaguarda de la coherencia del sistema, es así como se pueden crear dos modalidades de límites, unos se identificarán como “[...]derivados de la eficacia del Poder Judicial[...]” y se refieren a una falta de capacitación de

⁹⁰⁰ Cfr. LÓPEZ, Nelcy. *Ob. cit.*, pp. 225 – 227.

⁹⁰¹ Cfr. TREMBLAY, Luc. The legitimacy of judicial review: The limits of dialogue between courts and legislatures. En: *International Journal of Constitutional Law*, vol. 3, no. 4. Oxford University Press, 2005, pp. 634- 636.

⁹⁰² *Ibíd.*, pp. 634- 636.

los juzgadores a la hora de atender temas de tenor científico ya que deberán hacerlo con máximo cuidado, ya que al pronunciarse sobre estos contenidos frontera pueden llegar a poner en riesgo su prestigio al dedicarse a una función para la cual no tienen formación y los segundos serán los límites derivados de la misma “*democracia constitucional*” y es que para Lorenzetti la democracia funciona teniendo como especial sustento “[...]el respeto de las mayorías[...]” y como tal se opone al denominado Gobierno de los jueces que entraría a suplantar de manera total a las mayorías⁹⁰³.

En otras palabras, es válido el establecer un control independiente de las mayorías por parte de los jueces entendiendo que este es parte del juego deliberativo democrático, pero lo que no es válido pretender implementar una sustitución absoluta. De otro lado pareciera que para este autor en los temas vinculados con el medio ambiente la fórmula no funciona de la misma manera y resulta más laxa, señalando que cuando estén en riesgo bienes de carácter ambiental es plenamente justificado que un Juez declare como inconstitucional una Ley derivada de un Gobierno electo de manera popular o que esté aprobada por las mayorías, finalmente por más que este autor profesa cierta inclinación al uso del activismo judicial en sistemas democráticos indicará que es preferible una injerencia aplicada al control de los resultados en oposición a medidas judiciales de corte intervencionista que involucran múltiples procedimientos para lograrlos creando un tipo de intervención de corte más moderado⁹⁰⁴.

La cuestiones trabajadas y expuestas en los capítulos previos nos encaminaron a revisar una discusión del tipo teórico que se encuentra vinculada con la supremacía de la interpretación de la Constitución, bien por la rama legislativa o por la rama ejecutiva del Poder Público, principalmente en lo que atañe a la definición, contenido y alcance de los derechos fundamentales; en secciones anteriores de este mismo texto ya se ha platicado de la obra de Hogg & Bushell quienes expresaron algunos comentarios sobre este particular tema, en esta misma línea consideramos que lo que hace tan atractivo los aportes que realizan estos autores⁹⁰⁵ y el debate académico el cual les acompaña encuentra sus fundamentos en una especial herramienta o figura de aplicación práctica la cual es

⁹⁰³ Cfr. KARAM, Carlos. LORENZETTI, Ricardo Luis. *Ob. cit.*, p. 1449.

⁹⁰⁴ *Ibíd.*, p. 1449.

⁹⁰⁵ Lo expresado se encuentra relacionado con la metáfora del diálogo bajo el entendido que es habitual que cada autor el cual estudia este tema tiende a defender la supremacía en la interpretación constitucional bien de la Rama Legislativa o de la Rama Judicial según sea el caso. Cfr. LÓPEZ, Nelcy. *Ob. cit.*, p. 216.

aplicada en la Jurisdicción Constitucional canadiense, en este sentido nuestra pretensión es la de entrar a observar esta especial figura denominada Cláusula de Salvedad o Sección 33 de la Constitución canadiense, la invitación es la de observar en el último capítulo de la presente obra tanto la práctica como la dinámica de la herramienta, la cual puede crear aportes a la lógica de interpretación llevada a cabo por parte de una Alta Corte y nos permitirá ir más lejos al percibir los posibles efectos que el uso de este instrumento puede tener en el ámbito práctico en el entorno Canadiense.

CAPÍTULO 8. LA CLÁUSULA DE SALVEDAD CANADIENSE

La Cláusula de Salvedad o Sección 33 de la Constitución canadiense otorga la posibilidad al Poder Legislativo de oponerse a las decisiones de la Corte Suprema de este país en materias de orden constitucional, creando un obstáculo que perdurará hasta por cinco años tras los cuales es menester de esta rama del Poder Público el revisar su propia decisión de optar por su oposición o permitir su avance⁹⁰⁶.

En resumen, la dinámica parte de un estudio de caso por parte del Poder Judicial en el que se revisa una legislación expedida por el Poder Legislativo en la que encuentra asuntos por corregir dentro del sistema y que a la postre determina que los legisladores deban seguir ciertos lineamientos en su labor de corrección al ajustar una nueva norma que cumpla con los estándares formulados, situación que en varias legislaciones llevaría a atribuir una última palabra a los Jueces, normalmente un Alto Tribunal, y establecería un cierre de la discusión; en el caso Canadiense por el contrario existe la posibilidad de acudir por parte del Poder Legislativo a la Cláusula de Salvedad, que exponiendo de una manera algo simplista pero clara y práctica busca desatender la determinación o interpretación establecida por parte de la Corte Suprema⁹⁰⁷, nos referimos a simplista no de manera peyorativa, sino que por el contrario, se trata de una manera de exaltar la facilidad con la que opera la figura y que sin embargo, encierra una filosofía más profunda y una serie de aspiraciones de estabilización y sincronía de los Poderes Públicos; además de propender por la apertura a la discusión democrática.

Debemos resaltar que la posibilidad de uso preventivo de la figura, que también es permitida por la Carta Canadiense, y blinda a la norma creada de la revisión del Juez no es vista con buenos ojos por algunos autores, ya que para ellos la Cláusula solo se podrá activar de manera adecuada, y cumplir sus objetivos más profundos, cuando indudablemente la determinación del Poder Judicial

⁹⁰⁶ *Ibíd.*, p. 218

⁹⁰⁷ *Ibíd.*, p. 218.

se exprese, inclusive sin importar que un Juez inferior declarará en su pronunciamiento como inválida la norma la cual pretende defender el legislativo mediante el uso de esta figura⁹⁰⁸.

Desde un enfoque histórico la Cláusula de Salvedad nace de la mano con la Conferencia de Primeros Ministros que tuvo lugar del dos al cinco de noviembre del año 1981 en Ottawa - Ontario, cuando se encontraba desempeñando labores el Primer Ministro Pierre Elliott Trudeau, esta reunión se presentó previo a la proclamación que dio efectos al “*Constitution Act*” de 1982 por parte de la Reina⁹⁰⁹, las conferencias mencionadas crean un espacio en donde participa el Primer Ministro Federal con el grupo de Ministros Territoriales y Provinciales además de Altos Funcionarios, en estas, tanto la definición de la agenda, como su convocatoria penden de la decisión del Primer Ministro Federal⁹¹⁰.

8.1 LA CLÁUSULA 33 EN EL ARTICULADO DE LA CARTA CANADIENSE DE LOS DERECHOS Y LAS LIBERTADES

La Sección 33 (1) de la Carta de Derechos Canadiense permite al mismo Parlamento o a los legisladores provinciales adoptar una Ley que ignore, o suprima temporalmente los contenidos de la Sección (2) y (7) al (15) de la misma⁹¹¹; en la Sección (2) encontraremos derechos como la libertad de reunión y asociación, libertad de expresión y la libertad de conciencia y en las otras Secciones ,(7) a la (15), tendremos reconocidos derechos como: derecho a la libertad y la seguridad de la persona, el derecho a la vida, derecho a la igualdad, prohibición de encarcelamientos arbitrarios y detención no justificada así como la proscripción de búsquedas e incautación irrazonables entre otros muy importantes derechos, desde otra perspectiva se podría decir que el legislador Canadiense podría crear una forma de protección frente a las decisiones de inconstitucionalidad de orden judicial creando una “*salvaguarda*” que mantendría como parte del

⁹⁰⁸ Cfr. HIEBERT, Janet. *Ob. cit.*, p. 63 Ver también, Cfr. LÓPEZ, Nelcy. *Ob. cit.*, p. 226.

⁹⁰⁹ Cfr. Canadian Intergovernmental Conference Secretariat, First Ministers’ Conferences, 1906 – 2004. pp. 73–74. [En línea] Revisado, diciembre 12, 2019. Disponible en: https://scics.ca/wp-content/uploads/2016/10/fmp_e.pdf

⁹¹⁰ Cfr. WALLNER, Jennifer. Ideas and intergovernmental relations in Canada. *Political Science & Politics*, vol. 50, no 3. Washington, American Political Science Association, julio de 2017, p. 718.

⁹¹¹ Cfr. BROSSEAU, Laurence; ROY, Marc-André. The Notwithstanding Clause of the Charter. Ottawa, Canadá, Library of Parliament, 2018, p. 1 y sigs. [En línea] Revisado, diciembre 17, 2019. Disponible en: https://lop.parl.ca/sites/PublicWebsite/default/en_CA/ResearchPublications/201817E

sistema a la norma manteniendo su vigencia por más que no sea compatible con algunos de los derechos reconocidos en la Carta Constitucional⁹¹².

De alguna manera esta soberanía parlamentaria es revivida por medio de esta figura mediante el poder de invalidación, por lo que la decisión de la Corte no se consolidaría durante esa legislatura⁹¹³, no obstante la Sección 33(3) indica de la misma forma que cada vez que sea ejercido este poder por parte de Legislativo el status de suspensión tendría una vida útil de cinco años a no ser que la situación resulte ratificada en la próxima legislatura como es descrito en la Sección (33) 4 por otro periodo de cinco años o menos según lo que sea decidido y quede expresado en la declaración⁹¹⁴.

Para la aprobación de la salvedad se necesitará contar con una mayoría simple la cual deberá cargar dos tipo de restricciones establecida desde su diseño, la primera restricción se trata de una condición de tiempo que sin embargo podría ampliarse en la medida que el Poder Legislativo renueve sus efectos, paralelamente fue diseñado otro límite del tipo sustancial ya que ciertos derechos no podrá ser afectados bajo esta medida que solo surte efectos sobre ciertas secciones de la Carta, algunos de estos derechos apartados son los derechos lingüísticos, garantías de género, los derechos políticos y la libertad de circulación entre otros, para estos casos el legislador no tendrá otra opción que aceptar la decisión del Poder Judicial y la norma censurada se excluiría inmediatamente del sistema⁹¹⁵, inclusive escritores como Schneiderman defienden la idea de otro tipo de límites como los de no permitir el uso de la Cláusula 33 cuando se trate de derechos de minorías vulnerables, no obstante este autor también acepta que cuando se presente el caso en el que los jueces están muy desconectados de los cambios que tenga la sociedad y obstruyan de manera obtusa una importante política socioeconómica que se implementaría por medio de la Ley sí resultaría posible el aceptar su uso para este tipo de circunstancias⁹¹⁶.

⁹¹² Cfr. ROA, Jorge. Control de Constitucionalidad Deliberativo. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2019, p. 477 *Ver También*, Cfr. SLATTERY, Brian. *Ob. cit.*, p. 737 y sigs. A mayor abundamiento ver, Cfr. GUTIERREZ BELTRÁN, Andrés Mauricio. *Ob. cit.*, pp. 58 – 68.

⁹¹³ Cfr. BROSSEAU, Laurence; ROY, Marc-André. *Ob. cit.*, p. 1 y sigs.

⁹¹⁴ Cfr. SLATTERY, Brian. *Ob. cit.*, p. 737 y sigs. *Ver También*, Cfr. Canadian Charter of Rights and Freedoms, secc.33.3 y 33.4.

⁹¹⁵ Cfr. ROA, Jorge. Control de Constitucionalidad Deliberativo... *Ob. cit.*, p. 477. *Ver También*, Cfr. Canadian Charter of Rights and Freedoms, secc.33.3 y 33.4.

⁹¹⁶ Cfr. The Globe and Mail, What is the notwithstanding clause? Everything you need to know about Ontario's attempts to reduce the size of Toronto city council, 10 de septiembre, 2018. [En línea] Revisado, diciembre 20, 2019,

Por otra parte tendremos un límite temporal el cual cumple una función muy importante al establecerse por un máximo de cinco, lo cual no es un término elegido al azar ya que se relaciona con “*la duración del mandato de los legisladores*”, logrando de este modo que se presenten unas elecciones parlamentarias antes de la expiración de la medida, los efectos políticos que se atribuyen a la aplicación de este periodo de término son muy interesantes ya que permiten una nueva oportunidad para el debate sobre la decisión de uso de la Cláusula 33 y sobre su conveniencia, por otra parte es probable que el debate se ejerza sobre unas mayorías diferentes a las que tomaron la primera decisión y más llamativo aún es el hecho que los ciudadanos tendrán la oportunidad de “*respaldar o castigar a los miembros del Parlamento*” mediante su voto para ser nombrados como sus representantes en estos entes Legislativos a quienes fueron parte en la votación y decisión de uso de la medida en primera instancia⁹¹⁷.

Como lo indica el profesor Ernesto Roa, el periodo otorgado de cinco años puede lograr ofrecer una garantía en términos de permitir a los propios ciudadanos castigar o brindar respaldo a los miembros de la rama legislativa que tomaron la decisión de utilizar la Cláusula de Salvedad inaplicando algunas disposiciones establecidas en la Constitución, en concreto se pretende los temas sean migrados y queden de nuevo en el centro del “*debate electoral*” y que, tanto los ciudadanos conformes, como inconformes con la medida respalden a los candidatos que representen sus afinidades. En definitiva, este tipo de acciones reviviría la controversia pública sobre las Leyes que se discutirían en el interior de todo el nuevo ciclo electoral⁹¹⁸.

También se podría atribuir al ejercicio a primera vista como dialógico y propiciador de espacios de discusión, no obstante, se debe observar con más detenimiento las diferentes opiniones establecidas sobre la Cláusula de Salvedad para llegar a esta conclusión, en las mismas se ha presentado un debate sobre si efectivamente se trata de una figura que entrega la última palabra al Poder Judicial o al Poder Legislativo, así como también se ha expresado una tercera opinión en la que no se le otorga el poder final a una o a otra Rama, sino más bien, se establece un escenario de diálogo constructivo entre las dos, sin pretender agotar el tema en este párrafo, nos encontramos

Disponible en: <https://www.theglobeandmail.com/canada/article-why-a-judge-stopped-ontarios-reduction-of-toronto-city-council/>

⁹¹⁷ Cfr. ROA, Jorge. Control de constitucionalidad deliberativo... *Ob. cit.*, p. 478.

⁹¹⁸ *Ibíd.* Ver También, Cfr. The Globe and Mail, ¿What is the notwithstanding clause?... *Ob. cit.*

de acuerdo con la visión bajo la cual cuando se establece la posibilidad de una reversión legislativa ante una decisión judicial entonces podríamos encontrarnos ante la presencia de un diálogo entre Tribunales y Legislativo⁹¹⁹.

También se ha manifestado que cuando la decisión del tipo judicial decide derogar una legislación teniendo como sustento la Carta Política que permite que este tipo de decisiones judiciales a su vez resulten: modificadas, evitadas, o revocadas por una nueva norma, se le estaría otorgando legitimidad a la figura de la revisión judicial, puesto que las Cortes traerían de manera legítima temas incómodos a la agenda legislativa subrayando valores constitucionales, los cuales deben ser tenidos en cuenta en el ejercicio de creación de la Ley y teóricamente esa nueva norma estaría influenciada por lo establecido por parte del Poder Judicial otorgándole mucho más peso a lo destacado en la determinación del Tribunal que tomó la decisión, todo dentro de un entorno democrático, en palabras de Hogg y Bushell: *“El diálogo que culmina en una decisión democrática solo puede tener lugar si la decisión judicial de derogar una ley puede revocarse, modificarse o evitarse por el proceso legislativo ordinario.”*⁹²⁰

Obviamente esta característica dialógica se extravía cuando el Poder Judicial decide usar la Cláusula 33 previo a la decisión del tipo judicial ya que bloquea la posibilidad de discusión, es decir, de alguna manera le otorga una protección previa para que no pueda ser revisada la norma, en ultimas el espíritu de la figura se centra en que el Poder Legislativo tenga una oportunidad de generar una respuesta frente a la decisión de inconstitucionalidad determinada por parte del Poder Judicial, la respuesta bien podrá ser la de crear una Ley reformada que recoja las advertencias de este Poder Público o por el contrario, opte por proteger la Ley puesta en el centro de la conversación⁹²¹, todo lo anterior sin olvidar que coexisten dos categorías de Derechos en la Carta Constitucional Canadiense, unos más arraigados que no se podrán tocar y otro grupo sobre los que el legislador podrá aplicar la Cláusula de Salvedad o Sección 33⁹²², lo anterior es una decisión de corte muy Político que se acompaña desde el diseño de la figura. En ultimas el contar con la

⁹¹⁹ Cfr. HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison. *Ob. cit.*, p. 79 y ss.

⁹²⁰ “[...] *The dialogue that culminates in a democratic decision can only take place if the judicial decision to strike down a law can be reversed, modified, or avoided by the ordinary legislative process. [...]*” (trad. a.) *Ibíd.*, p. 80.

⁹²¹ Cfr. ROA, Jorge. Control de Constitucionalidad Deliberativo... *Ob. cit.*, p. 479.

⁹²² Cfr. BROSSEAU, Laurence; ROY, Marc-André. *Ob. cit.*, p. 2.

Cláusula 33 dentro del ordenamiento canadiense permite que tanto Tribunales, Legisladores y Gobiernos trabajen en la determinación de los derechos bajo un tipo de acción conjunta, definiendo de esta manera los intereses de primer orden de la sociedad sobre la que actúan⁹²³.

Todo lo anteriormente expuesto responde a la aplicación del modelo coordinado, el cual se trabajó previamente, y en resumen considera que la totalidad de las ramas del Poder Público comparten entre ellas el denominado “*juicio constitucional*” y no existe una posición de jerarquía de una sobre la otra, esto fomenta el diálogo y acepta el rol de reciprocidad el cual cumple cada institución dentro del sistema democrático, pues bien bajo esta línea el Legislativo en ningún momento estará abandonando la correcta interpretación de la Constitución al hacer uso de la Cláusula de Salvedad⁹²⁴.

El enfoque que trae consigo la aplicación de la Cláusula de Salvedad dentro del sistema canadiense ofrece la oportunidad de poseer una autoridad coordinada, la cual permite que no exista como tal una sumisión sobre lo que la Corte exprese, ya que esta práctica es contraria a un verdadero diálogo acerca del significado de los derechos y sus alcances, es más bien una imposición o monopolio de esta institución actuando como órgano político⁹²⁵, ignorando que la determinación de los valores no puede quedar en las manos exclusivamente ni del Parlamento ni de las Cortes⁹²⁶.

Al final de lo que se trata es de utilizar el modelo de diálogo para que la sociedad logre resolver algunos de sus problemas más difíciles en un marco procesal e institucional justo que respete los derechos de las legislaturas y partes involucradas en el debate⁹²⁷. En este mismo sentido, es importante subrayar lo indicado por Roach cuando en su obra exalta que las respuestas creadas por el Poder Legislativo que se apartaran de manera simple de lo trazado por parte de las Corte es una desprotección a los derechos en cabeza de las minorías, principalmente de aquellas que de manera continua y a lo largo de la historia han vendido siendo de alguna manera discriminadas⁹²⁸, en este

⁹²³ Cfr. SLATTERY, Brian. *Ob. cit.*, p. 737 y sigs.

⁹²⁴ *Ibíd.*, pp. 701- 703. Ver también, Cfr. LÓPEZ, Nelcy. *Ob. cit.*, pp. 223-224.

⁹²⁵ *Ibíd.*, p. 222.

⁹²⁶ Cfr. MANFREDI, Christopher. The day the dialogue died: A comment on Sauvé v. Canada. En: Osgoode Hall Law Journal, vol. 45 no. 1, York University Osgoode Hall Law School, 2007, p. 120.

⁹²⁷ Cfr. ROACH, Kent. A dialogue about principle and a principled dialogue: Justice Iacobucci's substantive approach to dialogue. vol. 57, no 2. The University of Toronto Law Journal, 2007, p. 466.

⁹²⁸ *Ibíd.*, p. 465.

sentido las respuestas del Legislativo, que efectivamente resultan válidas, son las que respetan los pronunciamientos de la Corte Suprema, y de decidir apartarse de esta línea deberán necesariamente optar por utilizar la Sección 33 de la Constitución⁹²⁹. Por otra parte, existen ciertos puntos de carácter histórico que fundamentan la existencia y uso de la figura en el Canadá que se presentarán en la sección que se encuentra a continuación.

8.2 HISTORIA Y CASOS RELACIONADOS CON EL USO DE LA CLÁUSULA 33

Desde su aparición en la Carta Canadiense de los Derechos y las Libertades la Cláusula de Salvedad resultó ser una innovación dentro de la lógica establecida para las declaraciones de derechos humanos en el entorno del mundo democrático occidental, en todo caso se deben tener en cuenta precedentes de figura dentro de la misma jurisdicción canadiense, es así como en tres declaraciones o documentos como los son: “*The Saskatchewan Human Rights Code*”, “*The Alberta bill of rights*” y “*The Quebec Charter of Human Rights and Freedoms*” se localizarán apartes en los que en primera medida se enaltece la supremacía de estos tres documentos nombrados frente a la legislación que les resultara opuesta, y en segundo orden se establecía, de similar manera, una salvedad que residía en la invocación de este tipo de disposiciones “*no obstante*”⁹³⁰, similares a la Cláusula 33 acá trabajada.

Por otra parte no se debe desconocer otros antecedentes dentro del constitucionalismo canadiense en los que se le otorgó la última palabra al Poder Legislativo, este es el caso de la legislación creada entre 1920 y 1930 en la que en un contexto crisis económica se redactó un paquete de medidas por parte del Gobierno Federal Canadiense en las que se incluían entre otras cosas temas relacionados con seguros de desempleo, horas de trabajo y salarios mínimos, el Primer Ministro de la época Mackenzie King decidió impulsar y al mismo tiempo enviar este conjunto de medidas a quien ejercía en su momento como Tribunal Nacional de apelación Canadiense conocido como “[...] *the Judicial Council of the Privy Council* [...]” para lograr obtener una opinión sobre la constitucionalidad de las medidas⁹³¹.

⁹²⁹ Cfr. LÓPEZ, Nelcy. *Ob. cit.*, p. 219-220.

⁹³⁰ Cfr. BROSSEAU, Laurence; ROY, Marc-André. *Ob. cit.*, p. 2 y sigs.

⁹³¹ Cfr. ANAND, Sanjeev. *The Truth About Canadian Judicial Activism*. En: *Constitutional Forum*, vol. 15 no. 2, University of Alberta, 2006, p. 89 y sigs.

Continuando con el caso el Tribunal terminó por establecer que el paquete legislativo infringía lo determinado por la jurisdicción provincial en temas de propiedad y derechos civiles, por lo tanto, todas estas medidas encerraban normas inconstitucionales. En el fondo de la decisión tomada por el Tribunal Nacional de Apelación de Canadá se encontraba la idea de no avalar las consideraciones planteadas por el Gobierno Federal desconociendo que se trataba de medidas de emergencia sustentadas en su poder general de creación de Leyes para mantener la paz, el buen Gobierno, el orden en el país y en el poder regulatorio que poseía respecto al comercio en general⁹³².

En su momento se consideró que esta decisión del Poder Judicial representado por el “*Privy Council*” se constituía a manera de una derogatoria por medio de la herramienta de la legislación judicial de lo instituido por parte del centralismo federalizado que fue instituido por los mismos Padres de la Federación; se llegó a acusar a estos Jueces de tomar decisiones que se apartaban del texto Constitucional⁹³³, como tal el descontento por el desconocimiento de los poderes pertenecientes al Poder Federal por parte de decisiones similares escaló hasta el punto de generar una reacción en la que el Gobierno de Ottawa decidió abolir este tipo de apelaciones que quedaban en manos del “*Privy Council*” y para el año 1940 la misma Carta Política sufrió modificaciones dirigidas a permitir medidas por parte del Gobierno Federal como la política del seguro de desempleo, para algunos autores el caso se llegó a considerar como un ejemplo de inadecuado activismo judicial⁹³⁴.

Aproximándonos a una historia más reciente, y a una Cláusula de Salvedad como se encuentra regulada al día de hoy, la misma fue traída al escenario de la mano de una iniciativa de la provincia de Saskatchewan durante el Comité Continuo de Ministros en 1980 quienes trabajaban temas de orden constitucional, para esa ocasión no se pudo obtener un acuerdo en cuanto a su implementación⁹³⁵, nuevamente el asunto fue puesto sobre la mesa el mismo año durante una Conferencia de Primeros Ministros (Federal-Provincial) que tuvo lugar en Ottawa por intermedio

⁹³² *Ibidem*.

⁹³³ *Ibidem*.

⁹³⁴ *Ibidem*.

⁹³⁵ Cfr. ROMANOW, Roy; WHYTE, John; LEESON, Howard. Canada--notwithstanding: the making of the Constitution, 1976-1982. Toronto, Thomson Carswell, 1984, p. 45.

de un texto denominado “*Chateau Consensus*” propuesto por la Provincia de Quebec que traía consigo varios temas entre estos el de la Sección 33⁹³⁶, a partir de acá el impulso político por integrar una Cláusula de Salvedad al sistema constitucional fue continua en escenarios diplomáticos, judiciales y políticos que surtieron efecto, ya que desde el Poder Judicial se ofrecieron varios guiños a esta iniciativa⁹³⁷.

Finalmente, el escenario estaba dado para la denominada “*First Minister Conference*” que se realizó en el mes de noviembre del año 1981 y en una decisión tomada en sesión pública la cual fue aceptada por todos los Gobiernos de las provincias exceptuando a Quebec, se ratificó la inclusión por medio de un acuerdo constitucional de la Cláusula 33⁹³⁸, en principio se permitiría aplicar la salvedad sobre la Sección 28 de la Carta la cual trata las garantías de igualdad entre hombres y mujeres, a causa de esto se desató una campaña de presión para que fuera retirada la Sección 28, lo cual a la postre surtió efectos y actualmente no hace parte de los derechos sobre los que se puede aplicar la salvedad⁹³⁹.

Según Hiebert se deben diferenciar dos tipos de usos de la Cláusula de Salubvanguardia; los primeros son el resultado de una respuesta federalista a la Carta y los segundos encierran motivaciones de corte democrático⁹⁴⁰; en este sentido la respuesta federalista aparecerá cuando la misma refleje de manera explícita o implícita la clara intención de corte político dirigida a salvaguardar la autonomía que guardan las Provincias frente al grupo de restricciones impuestas por la Carta, buscando sortear la aplicación de ciertas normas nacionales, por otra parte un uso democrático de la Cláusula 33 incluiría actos legislativos federales o provinciales que invoquen este poder de

⁹³⁶ Cfr. SHEPPARD, Robert; VALPY, Michael. *The National Deal: The Fight for a Canadian Constitution*. Toronto, Fleet Books, 1982, p. 60 y sigs.

⁹³⁷ Cfr. BROSSEAU, Laurence; ROY, Marc-André. *Ob. cit.*, p. 2 y sigs.

⁹³⁸ A mayor abundamiento sobre el debate y la entrada de la figura al orden constitucional canadiense consultar: Cfr. ROMANOW, Roy; WHYTE, John; LEESON, Howard. *Ob. cit.*, pp. 197-215. *Ver También*, Cfr. SHEPPARD, Robert; VALPY, Michael. *Ob. cit.*, pp. 263-302. *Ver También*, Cfr. MCWHINNEY, Edward. *Canada and the Constitution, 1979-1982: Patriation and the Charter of Rights*. Toronto, University of Toronto Press, 1982, pp. 90-101. *Ver También*, Cfr. BROSSEAU, Laurence; ROY, Marc-André. *Ob. cit.*, p. 2 y sigs.

⁹³⁹ Cfr. HOSEK, Chaviva. *Women and the constitutional process*. En: Cfr. BANTING, Keith; SIMEON, Richard (eds). *And No One Cheered: Federalism, Democracy and the Constitution*. Toronto, Methuen Publishing, 1983, pp. 280 - 300. *Ver también*, Cfr. KOME, Penney. *The taking of twenty-eight: women challenge the constitution*. Toronto, Canada: Women's Press, 1983, pp. 83-85.

⁹⁴⁰ HIEBERT diferencia los usos de la Cláusula que bien podrían ser diferenciados en usos bajo criterios democráticos y en usos bajo criterios federalistas, asimismo existirán situaciones en las que en un solo uso de la Cláusula convergen ambos criterios. Cfr. HIEBERT, Janet. *Ob. cit.*, p. 12.

salvaguarda, preventivos y reactivos, encaminados a proteger la estabilidad de la legislación frente a una incertidumbre que provenga de la cesura judicial, este reproche puede ser el resultado de una interpretación jurisprudencial que genere desacuerdos del tipo filosófico o político en la que se podrá establecer una visión por parte del Poder Judicial sobre los derechos de la Carta que se encuentre analizando y que creen cierto tipo de restricciones provenientes de la Constitución que terminan siendo definidos judicialmente, en consecuencia los usos por parte del Gobierno Federal de la Cláusula de Salvaguarda deberán ser interpretados como usos democráticos de la misma⁹⁴¹.

En este punto debemos destacar que existe una corriente que subraya el uso dinámico de la Cláusula 33 en el sistema canadiense en numerosas oportunidades y bajo múltiples escenarios de discusión de derechos y, en contraposición con otra línea la cual entiende que el uso de esta Cláusula resulta vetusto y solo ha sido utilizada para pocas oportunidades tildándola de esta manera casi de obsoleta. Para el caso nos gustaría recurrir a lo esgrimido por el profesor Kahana, quien en su trabajo indica que en muchas ocasiones el uso de la Cláusula no es notorio debido a que se aplica sobre asuntos no interesantes para la agenda pública o que resultaban inaccesibles por tratarse de contenidos delicados para la política, esta visión también es soportada en la obra de la profesora Hiebert quien trae a colación varios casos en donde el empleo de la Cláusula bien puede ser fundamentado en su uso democrático o federalista exaltando su provecho para nuestros tiempos⁹⁴².

Sobre esto también se ha pronunciado Slaterry al señalar que es extraño que siendo la Cláusula de Salvaguarda una herramienta que blindada la normatividad del escrutinio del tipo judicial, estaría en el centro del debate sobre los roles que deben desempeñar los jueces y el legislador en el entorno constitucional canadiense.

⁹⁴¹ *Ibíd.*, pp. 10 y sigs.

⁹⁴² A mayor abundamiento sobre el aporte y uso dinámico de la Cláusula 33 en el sistema canadiense revisar: Cfr. KAHANA, Tsvi. The notwithstanding mechanism and public discussion: Lessons from the ignored practice of section 33 of the Charter. *Canadian Public Administration*, vol. 44, no 3, 2001, pp. 255-291. *Ver también*, Cfr. HIEBERT, Janet. Notwithstanding the Charter: Does Section 33 Accommodate Federalism? En: GOODYEAR-GRANT, Elizabeth; HANNIMAN, Kyle (ed.). *Canada: The State of the Federation 2017: Canada at 150: Federalism and Democratic Renewal*. Montreal, McGill-Queen's University Press, 2019, p.59.

Ahora bien, este autor indica que puede que sea observada como una herramienta o figura de segunda mano debido a que no encuentra cabida alguna en la teoría constitucional de los Estados Unidos⁹⁴³, en este sentido el autor destaca la influencia que tiene la teoría constitucional de este país sobre el entorno académico canadiense, lo cual nos podría ofrecer otro tipo de explicación.

Para el año 2018, la Cláusula de Salvedad había sido usada en 18 ocasiones (se destaca que el Parlamento Federal nunca se ha decidido a invocarla), de las cuales, 14 corresponden a la provincia de Quebec, en dos ocasiones por Saskatchewan y una más por Alberta, al igual que el territorio de Yukon. Para algunos, casi siempre se ha utilizado a manera de herramienta preventiva, es decir, clausurando la posibilidad de aplicación de la revisión judicial, y en la mayoría de los casos, el uso de la Cláusula se dio en los primeros años de su establecimiento⁹⁴⁴.

Consideramos que el estudio de esta figura del constitucionalismo canadiense es una herramienta y experiencia digna de análisis, principalmente en lo relacionado con la manera en que se puede fomentar y equilibrar la discusión entre Poderes Públicos vinculados a la interpretación de los derechos que contiene la Constitución, en esta misma línea una decisión de la Corte Suprema del Canadá sería un pronunciamiento relevante en una “*conversación continua*” entre las Cortes, los ciudadanos y el mismo Gobierno generando una dinámica en donde los ciudadanos se pronunciarían y en la que la autoridad gubernativa genera respuestas que el Poder Judicial evaluaría, no obstante este último aporte no puede constituirse como la “*última palabra*” más bien debería ser un incentivo para más y mejores respuestas proveniente de Gobiernos y ciudadanos que demuestren su inconformismo o aprobación a lo resuelto por parte de los Jueces, es decir, de presentarse una reprobación a lo decidido desde lo judicial, el sistema canadiense otorga herramientas validas que pueden alterar lo decidido por parte del Poder Judicial⁹⁴⁵.

También se debe valorar que la Cláusula pareciera tomar un nuevo aire en el año 2019, con casos que se encuentran en análisis como el del Proyecto de Ley que prohíbe los símbolos religiosos

⁹⁴³ Cfr. SLATTERY, Brian. *Ob. cit.*, p. 701 y sigs.

⁹⁴⁴ Cfr. HIEBERT, Janet. *Notwithstanding the Charter... Ob. cit.*, p. 14 y sigs.

⁹⁴⁵ Cfr. MACPHERSON, James. *The Potential Implications of Constitutional Reform for the Supreme Court of Canada*, En: BECK, Stanley, BERNIER, Ivan. *Canada and the New Constitution: The Unfinished Agenda*. Montreal. The Institute for Research on Public Policy, 1983, p. 177.

para los trabajadores del sector público en Quebec⁹⁴⁶ o el caso de la Provincia New Brunswick en donde se invocó la Cláusula para proteger una Ley de vacunación⁹⁴⁷. En las líneas posteriores se trabajarán algunos de los casos asociados con el uso de la misma.

Como se resaltó en párrafos precedentes, Quebec fue una provincia que no estuvo de acuerdo con la modificación constitucional de 1981 - la cual dio paso a la Cláusula de Salvedad en el sistema constitucional canadiense -, pero su marcada oposición no se quedó tan solo en esta expresión de disconformidad ya que entre los años 1982 a 1985 el Gobierno de la Provincia de Quebec se encargó de proponer una Cláusula de Salvedad en cada propuesta de tipo legislativo que fuera presentada ante la Asamblea Nacional; esta práctica cesó posterior al año 1985 y a partir de este punto la Cláusula de Salvedad ha pasado a ser solo utilizada de manera muy esporádica, tanto por Gobiernos liberales, como por los Gobiernos conservadores en esta Provincia⁹⁴⁸.

Los casos en donde es más claro el uso de la Cláusula 33 como una herramienta de diálogo por parte del Gobierno de Quebec son los relacionados con las decisiones *Ford v Quebec* y *Devine v Quebec*. En el primer caso, La Corte Suprema del Canadá decidió anular parte de la Carta de la Lengua Francesa o (*Bill 101 – Loi 101*) en la que se establecía una restricción al uso de signos del tipo comercial en idiomas diferentes al francés estableciendo, según este Tribunal, un desconocimiento de lo dictaminado en la Carta Canadiense de los Derechos y las Libertades en lo concerniente con la protección a la libertad de expresión⁹⁴⁹.

En el segundo caso, y de manera similar, se terminó salvaguardando por parte de este Alto Tribunal los derechos de un ciudadano a quien por medio de la Carta de la Lengua Francesa se le impuso sanciones por la utilización de signos del tipo comercial en inglés en su actividad comercial,

⁹⁴⁶ Cfr. The Library of Congress, Global Legal Monitor, Canada: New Bill Prohibits Religious Symbols for Public-Sector Workers in Quebec, agosto 06, 2019. [En línea] Revisado, enero 08, 2020. Disponible en: <https://www.loc.gov/law/foreign-news/article/canada-new-bill-prohibits-religious-symbols-for-public-sector-workers-in-quebec/>

⁹⁴⁷ Cfr. The Globe and Mail, New Brunswick government invokes notwithstanding clause to shield vaccination bill, noviembre 22, 2019. [En línea] Revisado, enero 08, 2020. Disponible en: <https://www.theglobeandmail.com/canada/article-new-brunswick-government-invokes-notwithstanding-clause-to-shield/>

⁹⁴⁸ Cfr. BROSSEAU, Laurence; ROY, Marc-André. *Ob. cit.*, pp. 6-7.

⁹⁴⁹ Cfr. *Ford v. Quebec (Attorney General)*, 1988, 2 SCR 712 [En línea] Revisado, enero 07, 2020. Disponible en: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/384/index.do>

considerando que se violaba la libertad de expresión que este poseía, desconociendo lo establecido en la Carta en su Sección 2 (b)⁹⁵⁰.

A manera de respuesta a los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia mencionados en el anterior párrafo, el Gobierno de Quebec estableció una modificación a la Carta de la Lengua Francesa en la que se permitiría el uso de signos en idiomas diferentes al francés en la parte interna de los establecimientos, mientras que en la parte exterior se mantendría el uso obligado de la lengua francesa; para asegurar que esta modificación no fuera objeto de ningún otro pronunciamiento judicial este Gobierno Provincial decidió utilizar la Sección 33, anticipándose a los posibles litigios que se presentarían en un futuro y a posibles pronunciamientos en contra por parte del Poder Judicial⁹⁵¹.

En 1993 se presentó el cierre de este ciclo ya que el uso de la Cláusula de Salvedad llegó a su tiempo de expiración y como lo dictamina el uso de la figura fue puesto a prueba la continuidad de la medida. Para el caso particular la Asamblea Nacional de Quebec prefirió levantar la prohibición del uso del inglés en el uso de signos y se decantó por establecer una limitante más general en la que se solicita que el idioma francés fuera predominante en este tipo de anuncios, lo que en otras palabras significa que la decisión para esta ocasión fue la de no respaldar el uso de la Cláusula de Salvedad⁹⁵².

En otro ejemplo del año 2000, la Asamblea Legislativa de la Provincia de Alberta propuso un Proyecto de Ley que creaba una enmienda a la definición de matrimonio que se encontraba en la Ley de Matrimonio o "*Marriage Act*", la enmienda tenía como objetivo el definir el matrimonio como la unión de hombre con mujer, la medida fue acompañada con el uso de una Cláusula de Salvedad que pretendía crear una interrupción sobre lo dictaminado en la Carta Canadiense de los Derechos y las Libertades en lo vinculado con el derecho a la igualdad⁹⁵³.

⁹⁵⁰ Cfr. *Devine v. Quebec*, 1988, 2 S.C.R. 790, 55 D.L.R. (4th) 641, 10 C.H.R.R. 5610, [1989] 36 C.R.R. 64 [En línea] Revisado, enero 07, 2020. Disponible en: <http://canlii.ca/t/1ft9r>

⁹⁵¹ Cfr. BROSSEAU, Laurence; ROY, Marc-André. *Ob. cit.*, pp. 6-7.

⁹⁵² *Ibíd.*, p. 7. Ver También, Ley para modificar la Carta de la lengua francesa, S.Q. 1993, c. 40 (También conocida como Bill 86.)

⁹⁵³ Cfr. Ley del matrimonio de la provincia de Alberta del año 2000 (enmendada), SA 2000, c 3 [En línea] Revisado, enero 02, 2020. Disponible en: <http://canlii.ca/t/53mfd>

Para el año 2004 encontraremos una reacción del tipo judicial a la enmienda, esta respuesta provino de la Corte Suprema del Canadá y en la misma se expresó que el Gobierno Federal tendría jurisdicción exclusiva sobre la decisión de quién tendría la posibilidad de contraer matrimonio en este país⁹⁵⁴, a lo que Ron Stevens quien fungía como Ministro de Justicia y Fiscal General de Alberta respondió que de generarse por parte del Gobierno Federal algún tipo de legislación que avalara los matrimonios entre personas del mismo sexo, Alberta no invocaría la Cláusula puesto que se trataba de un asunto del orden enteramente Federal y su provincia no tenía la potestad de invocar la Cláusula frente a legislación de este tipo que no pertenecía a su jurisdicción, en este sentido solo quedaría en manos del Gobierno Federal invocar la figura para mantener la definición tradicional de matrimonio⁹⁵⁵.

En el año 2005, el Gobierno de Alberta decidió no renovar el uso de la Cláusula 33 tras su expiración⁹⁵⁶, y en julio del mismo año el Parlamento Canadiense resolvió promulgar una Ley de Matrimonio Civil, en inglés (*Civil Marriage Act*), donde se define por primera vez en la legislación de este país el matrimonio, creando una modificación sobre la clásica forma de entender la figura en la tradición del derecho anglosajón y expresando a su vez que el matrimonio con propósitos civiles se entendería como: “[...] *la unión legal de dos personas con exclusión de todas las demás [...]*”⁹⁵⁷. Se debe destacar que en el mismo preámbulo de la mencionada Ley se hace una referencia a la Cláusula de Salvedad al manifestar que: “[...] *el compromiso del Parlamento de Canadá de defender el derecho a la igualdad sin discriminación impide el uso de la Sección 33 de la Carta Canadiense de los Derechos y las Libertades para negar el derecho de las parejas del mismo sexo a un acceso igualitario al matrimonio para fines civiles [...]*”⁹⁵⁸, con esto se expandió

⁹⁵⁴ Cfr. Same-Sex Marriage, 2004 SCC 79 (CanLII), 2004, 3 SCR 698 [En línea] Revisado, enero 05, 2020. Disponible en: <http://canlii.ca/t/1jdhv>

⁹⁵⁵ Cfr. National Post, Now that Doug Ford's used the notwithstanding clause, will other premiers be less hesitant? septiembre 12, 2018. [En línea] Revisado, enero 08, 2020. Disponible en: <https://nationalpost.com/news/canada/now-that-doug-fords-used-the-notwithstanding-clause-will-other-premiers-be-less-hesitant> Ver También, Cfr. BROSSEAU, Laurence; ROY, Marc-André. *Ob. cit.*, pp. 7-8.

⁹⁵⁶ Cfr. Alberta Law Foundation, Law Now Web page. Effects of the Notwithstanding Clause on Human Rights. [En línea] Revisado, enero 04, 2020. Disponible en: <https://www.lawnow.org/effects-of-the-notwithstanding-clause-on-human-rights/>

⁹⁵⁷ “[...] *the lawful union of two persons to the exclusion of all others [...]*” (trad. a.) Cfr. Parlamento de Canadá (Cámara de los Comunes), Ley de matrimonio civil, C-38 (38-1) [En línea] Revisado, enero 04, 2020. Disponible en: <https://www.parl.ca/DocumentViewer/en/38-1/bill/C-38/royal-assent/page-53#8>

⁹⁵⁸ “[...] *the Parliament of Canada's commitment to uphold the right to equality without discrimination precludes the use of section 33 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms to deny the right of couples of the same sex to equal access to marriage for civil purposes [...]*” (trad. a.) Cfr. Parlamento de Canadá (Cámara de los Comunes), Ley de

la posibilidad de celebrar matrimonios a las parejas del mismo sexo⁹⁵⁹, como se logra percibir la Cláusula de Salvedad cumplió una función de herramienta para la conversación entre los Poderes Públicos hasta que la discusión fue cerrada por vías democráticas. En el peor de los casos sirvió para que el Poder Legislativo pudiera subrayar su inconformidad y deseo de crear una conversación en este entorno sobre un tema muy relevante para Canadá.

En otro orden de ideas, el caso de la provincia de Saskatchewan se trató de una legislación de regreso al trabajo, en inglés “*back to work legislation*” aplicada a los trabajadores del sector lácteo, este tipo de legislación puede ser descrita de manera compacta como una medida extrema o de *ultima ratio*, en la que la Ley obliga a los empleados involucrados en una huelga a que vuelvan a sus trabajos cuando definitivamente no ha resultado posible llegar a un acuerdo entre las partes, de alguna manera el caso generaba cierta tensión sobre el derecho a la huelga⁹⁶⁰ y definitivamente incentivaba la creación de preguntas difíciles relacionadas con la posible violación a la libertad de asociación garantizada en la Sección 2(d) de la Carta Canadiense de los Derechos y las Libertades⁹⁶¹.

En el momento que el Gobierno Provincial decidió utilizar la Cláusula 33 contra lo decidido por la Corte de Apelaciones de Saskatchewan, se encontraba en curso un proceso de apelación ante la Corte Suprema del Canadá sobre esta decisión que había declarado como contraria a la Constitución la pretendida legislación laboral, situación que se resolvió finalmente por parte del Máximo Tribunal a favor de la visión del Gobierno de Saskatchewan, bajo el entendido que la norma no violaba ningún tipo de derecho protegido por la Carta y, en consecuencia, el uso de la Cláusula de Salvedad no fue necesaria⁹⁶².

matrimonio civil, C-38 (38-1) [En línea] Revisado, enero 04, 2020. Disponible en: <https://www.parl.ca/DocumentViewer/en/38-1/bill/C-38/royal-assent/page-53#8>

⁹⁵⁹ Cfr. BROSSEAU, Laurence; ROY, Marc-André. *Ob. cit.*, p. 8.

⁹⁶⁰ Cfr. Huffington post Canadá, What Is 'Back-To-Work' Legislation? And How Does It Work?, noviembre 26, 2018. [En línea] Revisado, enero 04, 2020. Disponible en: <https://www.canlii.org/en/sk/laws/stat/ss-1983-84-c-d-1.1/latest/ss-1983-84-c-d-1.1.html> Ver También, Cfr. Ley de Trabajadores Lecheros (Mantenimiento de Operaciones) SS 1983-84, c D-1.1 [En línea] Revisado, enero 05, 2020. <https://www.canlii.org/en/sk/laws/stat/ss-1983-84-c-d-1.1/10536/ss-1983-84-c-d-1.1.html>

⁹⁶¹ Cfr. BROSSEAU, Laurence; ROY, Marc-André. *Ob. cit.*, p. 11.

⁹⁶² Cfr. Retail, Wholesale and Department Store Union, Local 544 v. Saskatchewan, 1985 CanLII 184 (SK CA), [En línea] Revisado, enero 08, 2020. Disponible en: <http://canlii.ca/t/1pfv> Ver también, Cfr. BROSSEAU, Laurence; ROY, Marc-André. *Ob. cit.*, p. 11.

Otro caso que también tiene lugar en la provincia de Saskatchewan y que relaciona el uso de la Cláusula de Salvedad en el 2018 es el denominado Theodore Case⁹⁶³, el caso se vincula a una decisión tomada en el 2017 en la *Queen's Bench* por parte del Juez Donald Layh, donde se declaró que las diferentes escuelas católicas de Saskatchewan no deberían obtener financiamiento por parte del Gobierno provincial vinculado con la educación de estudiantes no católicos que reciben su educación en escuelas católicas, lo anterior sustentado en que esta práctica infringe derechos como la igualdad y el deber de neutralidad religiosa que el Estado Canadiense debe observar⁹⁶⁴.

El caso es llevado ante el Sistema Judicial Canadiense debido a una disputa la cual data del año 2003 y nos remite a la comunidad rural de Theodore en donde fue cerrada una escuela pública que pertenecía al *Good Spirit School Division*, debido a que disminuyó la cantidad de estudiantes matriculados. Como solución a lo anteriormente planteado la *Good Spirit School Division* planeó el traslado de los niños por medio de un bus a la ciudad vecina de Springdale que se ubicaba a menos de 20 kilómetros de distancia y que contaba con una escuela similar, ahora bien un grupo de habitantes de Theodore decidió que resultaría una mejor opción el crear su propia división de escuelas católicas denominada *The Theodore Roman Catholic Division* dando apertura a la Escuela Católica Romana de St. Theodore, lo cual efectivamente realizaron fundándose en lo establecido por la Ley de Educación de 1995. En respuesta, la *Good Spirit School Division* demandó esgrimiendo que resultaba injusto que esta nueva división recibiera fondos estatales para estudiantes que no fueran católicos ya que aproximadamente dos tercios de los estudiantes que asistían a la recién creada escuela para el momento en que se dio el caso no profesaban la religión católica⁹⁶⁵.

⁹⁶³ Cfr. *Good Spirit School Division No. 204 v Christ the Teacher Roman Catholic Separate School Division No. 212*, 2018 SKQB 30 (CanLII), [En línea] Revisado, enero 08, 2020. Disponible en: <https://www.canlii.org/en/sk/skqb/doc/2018/2018skqb30/2018skqb30.html>

⁹⁶⁴ Cfr. Canadian Civil Liberties Association, Rights Watch Blog, Sask. Court of Appeal Reserves Judgment on Catholic School Funding Case. [En línea] Revisado, febrero 18, 2021. Disponible en: <http://rightswatch.ca/2019/03/25/sask-court-of-appeal-reserves-judgment-on-catholic-school-funding-case/> Ver También, Cfr. The Globe and Mail, 'Not religious neutrality:' Court hears Saskatchewan appeal of school funding, marzo 12, 2019. [En línea] Revisado, enero 09, 2020. Disponible en: <https://www.theglobeandmail.com/canada/article-saskatchewan-appeal-court-to-hear-arguments-for-non-catholic-students/>

⁹⁶⁵ Cfr. Canadian Civil Liberties Association, Rights Watch Blog, Sask. Court of Appeal Reserves Judgment on Catholic School Funding Case. [En línea] Revisado, febrero 18, 2021. Disponible en: <http://rightswatch.ca/2019/03/25/sask-court-of-appeal-reserves-judgment-on-catholic-school-funding-case/>

Ante la decisión tomada por parte del Juez Donald Layh de restringir estos fondos, tanto la Asociación de Juntas Escolares Católicas de Saskatchewan, como el Gobierno Provincial de Saskatchewan apelaron la decisión tomada en el 2017 acudiendo en marzo del 2019 al Tribunal de Apelaciones de esta Provincia⁹⁶⁶.

El debate no es menor debido a que la decisión de este Juez puede generar que miles de estudiantes de escuelas católicas deban cambiarse a una escuela pública a no ser que presenten un certificado de bautismo, al final el punto clave de la disputa se encuentra en la financiación por parte de esta provincia de escuelas separadas sustentado en motivos religiosos y no en el simple número de estudiantes, preguntándose a la vez: ¿resulta válido que el Gobierno Canadiense entregue tratos preferenciales a escuelas católicas vía la obtención de fondos adicionales asignados a estudiantes no-católicos que se encuentran inscritos en estas?⁹⁶⁷.

Esta decisión encierra importantes acciones de política pública, las cuales no se pueden desconocer. Lo descrito alentó al Gobierno Provincial a hacer uso de la Cláusula 33, la cual congelaría la situación actual por el periodo de cinco años, sin dejar de lado el litigio y debate que se sigue dando ante el Poder Judicial sobre el caso en particular se pronunció Brad Wall en el año 2017 de la siguiente manera⁹⁶⁸:

“[...] Al invocar la Cláusula de Salvedad, estamos protegiendo los derechos de los padres y estudiantes para elegir las escuelas que funcionen de mejor manera para sus familias, independientemente de su fe religiosa”⁹⁶⁹.

⁹⁶⁶ Cfr. Miller Thomson Lawyers, Newsletter, Separate School Funding Appeal Scheduled for March 2019. [En línea] Revisado, enero 09, 2020. Disponible en: <https://www.millerthomson.com/en/publications/communiques-and-updates/education-law-newsletter/november-27-2018-education/separate-school-funding-appeal-scheduled-for-march-2019/> Ver También, Cfr. Canadian Civil Liberties Association, Rights Watch Blog, Sask. Court of Appeal Reserves Judgment on Catholic School Funding Case. [En línea] Revisado, febrero 18, 2021. Disponible en: <http://rightswatch.ca/2019/03/25/sask-court-of-appeal-reserves-judgment-on-catholic-school-funding-case/>

⁹⁶⁷ *Ibidem*.

⁹⁶⁸ *Ibidem*, Ver También, Cfr. HIEBERT, Janet. Notwithstanding the Charter... *Ob. cit.*, p. 25 y sigs.

⁹⁶⁹ Cfr. Greater Saskatoon Catholic Schools, News Announcements. Theodore case ruling update. [En línea] Revisado, enero 05, 2020. Disponible en: <https://www.gscs.ca/news/Pages/AnnouncementsDisp.aspx?FilterField1=ID&FilterValue1=67> Ver también, Cfr. Saskatchewan Catholic School Boards Association (SCSBA), Fund Raising Campaign. [En línea] Revisado, enero 05, 2020. Disponible en: https://www.catholicedspirit.ca/?page_id=111

El caso posee una alta probabilidad de llegar a la Corte Suprema del Canadá como se desprende de los anuncios realizados por la Asociación de Juntas Escolares Católicas de Saskatchewan, quienes han decidido iniciar campañas de recolección de fondos para llevar el caso a este Alto Tribunal de resultar necesario para defender sus intereses, asimismo esta organización es la actual demandante ante el Tribunal de Apelaciones de Saskatchewan junto con el Gobierno de la Provincia, en ultimas la decisión final para este caso podría tomar varios años, no obstante el uso de la Cláusula 33 blindará la situación por el término de cinco años⁹⁷⁰.

En definitiva, es una constante la presencia de tensiones entre diferentes derechos fundamentales de la Carta Política colombiana, lo anterior posiblemente se encuentra patrocinado por la misma estructura y diseño entregado por el mismo Constituyente originario, quien dio paso y respaldo a una infinidad de derechos que no fueron dotados propiamente una coherencia a la hora de superponer unos frente a los otros y de relacionarse entre sí, lo anterior se hace más que notorio cuando se enfrentan derechos afines con la protección del medio ambiente sano y derechos que apadrinan la libertad económica y de empresa.

De lo apreciado en el anterior párrafo surge la idea de considerar como una práctica positiva el estudio de la experiencia canadiense, que por medio del uso de la Cláusula 33 o notwithstanding clause ofrece una solución frente a las dificultades presentes en el ejercicio de los derechos bajo un sistema que de manera inconsecuente reconoce una gran cantidad de estos y otorga libertad al Juez para argumentar sus decisiones a favor o en contra de una posición u otra tomando como materia prima lo dicho en la Carta Política. Bajo nuestro criterio, el vincular una figura similar a la Cláusula 33 fortalecería el diálogo democrático y permitiría la construcción de un modelo que está por ser diseñado y que esperaríamos fuera utilizado frente a decisiones que afecten de manera aguda las finanzas del Estado dentro de las que se encuentran varias que tienen como objeto de estudio la explotación de recursos naturales y mineros.

⁹⁷⁰ Cfr. Greater Saskatoon Catholic Schools, *Ob. cit.* Ver También, Cfr. Saskatchewan Catholic School Boards Association (SCSBA), Fund Raising Campaign. [En línea] Revisado, enero 05, 2020. Disponible en: https://www.catholicedspirit.ca/?page_id=111

CONCLUSIONES

PRIMERA. La Constitución colombiana reconoce una gran cantidad de derechos estructurados bajo un esquema de aglomeración de los mismos, lo cual responde a una tendencia en donde en búsqueda de un acuerdo político para hacer viable la creación del texto se dejó la impronta de variados puntos de vista sobre el proyecto político del país que pertenecían a sectores dispares y fueron integrados en un mismo documento⁹⁷¹. La misma Carta Política determina que al surgir enfrentamientos entre los derechos consagrados como resultado de las mencionadas contradicciones se dejaría en manos de los jueces la resolución de estos casos, siempre buscando la materialización efectiva de los mandatos consagrados; de esta manera son los juzgadores quienes ejercen la labor de decidir cuáles de los derechos deben ceder espacio frente a otros, no solo en una lógica abstracta, sino todo lo contrario dándole una fuerza vinculante para los casos concretos mediante diferentes herramientas.

SEGUNDA. Podemos mencionar como una categoría de casos difíciles los provenientes del enfrentamiento de derechos relacionados con la protección del medio ambiente, los recursos naturales y el interés general frente a derechos que apadrinan la libertad económica y de empresa junto con el desarrollo económico⁹⁷². Uno de esos casos es el presentado en el texto con el enfrentamiento entre el ejercicio de la actividad minera frente a la protección de los ecosistemas de páramos existentes en el país. El mencionado debate, ya ha arrojado decisiones por parte de los jueces quienes han tendido a darle prioridad a la protección ambiental, no obstante, resulta ser una

⁹⁷¹ El profesor Gargarella realiza un análisis pormenorizado de las diferentes maneras en que los líderes Latinoamericanos lidiaron con el choque y enfrentamiento de visiones políticas que a la postre desembocaron en influencias sobre la redacción de los textos contenidos en nuestras Cartas Políticas. A mayor abundamiento sobre el análisis completo que nos presenta Gargarella, Cfr. GARGARELLA, Roberto. *Latin American constitutionalism, 1810-2010: The engine room of the Constitution*. New York, Oxford University Press, 2013.

⁹⁷² Dentro de esta categoría de conflictos también localizaremos tanto de un lado como del otro la mención de diferentes tipos de derechos y argumentos como lo son: la defensa de la propiedad privada, la protección y respeto de los derechos adquiridos, el derecho al trabajo, la buena fe, la confianza legítima, el Estado unitario, el grado de seguridad jurídica y la importancia de la obtención de rentas para el Estado con el fin de cumplir con sus obligaciones sociales, en la otra orilla resulta común que se presenten argumentos vinculados con: el derecho al medio ambiente sano, la defensa del interés general, la búsqueda constante del bien común, la función social de la propiedad, la función ecológica de la propiedad, los denominados derechos de la naturaleza, la autodeterminación de los pueblos y la descentralización de las regiones entre otros.

discusión que aún no ha finalizado a falta del cierre, solución de litigios y debates que actualmente continúan su curso en el país.

TERCERA. Bajo el diseño planteado por la Carta el Juez Constitucional colombiano posee una gran variedad de elementos que pueden ser extraídos de la misma Constitución que le permitirán argumentar a favor o en contra de la defensa de uno u otro derecho. Como consecuencia se genera un complicado desequilibrio que produce resultados diversos para casos similares, de igual forma crea modificaciones abruptas y cambios continuos derivados de la reinterpretación de los derechos sometidos a debate como parte de los procesos surtidos en el seno de la Jurisdicción Constitucional.

CUARTA. El empoderamiento del Juez en los términos planteados para Colombia nos ha llevado a analizar dentro del presente texto el fenómeno del activismo judicial sus beneficios y retos enfocándonos en el sector minero, en este sentido contaremos para el caso colombiano con un Juez Constitucional que tendrá el poder de ir más lejos a la hora de estructurar sus fallos, llevándolos a influenciar y en ocasiones actuar en ámbitos que en principio pertenecerían a funciones propias de otras ramas del Poder Público. En el mismo sentido, mencionamos otra tendencia denominada constitucionalismo dialógico, en donde se da prioridad a los foros deliberativos y de participación de la ciudadanía en la construcción de derechos y el moldeamiento constitucional como parte de la construcción de una democracia más deliberativa⁹⁷³, la cual tiene como meta el aumentar la capacidad de transformación social. Al final se trata de ser más sensibles a los cambios necesarios sobre el modelo propuesto inicialmente por los Constituyentes.

QUINTA. El escenario planteado en los cuatro primeros puntos indica la difícil situación que se presenta para la industria minera y en general para el sector minero-energético colombiano frente al sistema jurídico establecido sobre el que soporta toda su operación, debido a que uno de los pilares para el buen funcionamiento y puesta en marcha de los proyectos de este orden es el de la estabilidad jurídica, la cual se coloca en entredicho bajo el mencionado esquema⁹⁷⁴. También

⁹⁷³ A mayor abundamiento sobre la justicia dialógica: Cfr. GARGARELLA, Roberto. Dialogic Justice in the Enforcement of Social Rights, En: YAMIN, Alicia; GLOPPEN, Siri. Litigating Health Rights. Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 2011, pp. 232-243.

⁹⁷⁴ A mayor abundamiento revisar: Cfr. BASTIDA, Elizabeth; WAELDE, Thomas; WARDEN-FERNÁNDEZ, Janeth (ed.). International and comparative mineral law and policy: trends and prospects. The Hague. Kluwer Law International, 2005. p. 73 y sigs.

debemos agregar que gracias a la aparición de nuevos retos que merecen un análisis propio como: el cambio climático, la transición energética, la búsqueda del desarrollo sostenible y los esquemas de litigio estratégico utilizado por los actores que se muestran a favor de una u otra postura se han venido incrementado las ocasiones en donde se exterioriza una colisión de derechos vinculados con estas industrias haciendo habitual los debates en la agenda pública nacional que son llevados ante la Jurisdicción Constitucional para dirimirlos.

SEXTA. El camino elegido por parte de la Constitución colombiana para resolver los problemas y necesidades sociales creó una restricción a la deliberación política y por ende a los ideales democráticos propiamente dichos. Como consecuencia apartó las decisiones sobre los derechos que deberán tener un mayor espacio frente a otros de la influencia del Poder Legislativo, de igual manera estructuró una jerarquía en donde los jueces poseen una mejor posición frente a los legisladores en la toma de decisiones restrictivas y moldeadoras de los derechos⁹⁷⁵. La mencionada decisión del Constituyente que bien se puede debatir si resultó voluntaria o involuntaria dotó a las minorías de un poder equivalente al de las mayorías en búsqueda de su protección sacrificando con esta decisión ideales democráticos⁹⁷⁶.

SEPTIMA. Bajo el escenario propuesto, el presente documento sugiere que pueden existir alternativas para retomar el camino del fortalecimiento democrático de las decisiones que involucren el avasallamiento de un derecho sobre otro, recordemos que actualmente esta labor se encuentra en manos de los jueces. En el texto describimos una alternativa proveniente de la experiencia canadiense, más exactamente con el uso de la Cláusula 33 o *notwithstanding clause*. Dicho lo anterior, no pretendemos que una Cláusula de este tipo sea aplicada a todos los derechos de la Carta ni para todos los casos en donde se presente un choque de derechos, reconocemos que parte de su atractivo está en solo ser utilizada para situaciones extremas y de manera discontinua, pero sí podría considerarse para las decisiones que afecten de manera aguda las finanzas del

⁹⁷⁵ Lo anteriormente descrito responde fielmente a las críticas realizadas desde una perspectiva teórica por el profesor Waldron, A mayor abundamiento sobre su visión: Cfr.: WALDRON, Jeremy. Derecho y desacuerdos. Traducción: MARTÍ, José Luis; QUIROGA, Agueda. Madrid, Marcial Pons, 2005.

⁹⁷⁶ El planteamiento que presentamos surge de la idea exteriorizada por parte del profesor Gargarella quien indica que el único modo apropiado para proteger a las minorías no puede ser el de dragar ideales democráticos, resultaría ideal el lograr mantener los acuerdos con los sectores minoritarios sin afectar la democracia. GARGARELLA, Roberto. Catedra Sesión 2: Democracia Deliberativa. Curso Nuevos dilemas del constitucionalismo comparado. Curso virtual, Universidad Externado de Colombia, 27 de junio al 15 de agosto, 2020.

Estado, sobre las cuales recordemos se soporta la protección de todo el catálogo de derechos que respalda el texto constitucional y que se encuentran en muchos casos vinculadas a las actividades minero-energéticas⁹⁷⁷. No debemos desconocer que el sistema de organización planteado en nuestra actual Constitución será puesto a prueba al encontrarnos en un entorno cada vez más complejo para el desarrollo de las actividades mineras, escenario derivado de un aumento de los retos del tipo ambiental y social que se encuentran dentro de sus diferentes operaciones.

OCTAVA. El diseño, que estaría por construirse como un injerto legal permitiría una planeación bajo un término prudencial de los cambios económicos derivados de este tipo de decisiones y, a su vez, fortalecería el diálogo democrático al entregar a la ciudadanía la posibilidad de refrendar la situación creada mediante el castigo o apoyo a los representantes electos por parte de ellos que hacen parte del órgano legislativo para la toma de sus decisiones, entre estas la de abstención o utilización de la Cláusula propuesta. Como consecuencia directa se generaría una mayor responsabilidad política para la rama legislativa. Finalmente, queremos destacar que para nosotros resultaría idóneo el involucrar dentro de este esquema a otras de las Altas Cortes que hacen parte del ordenamiento colombiano para que actúen como refrendadoras o habilitadoras del proceso que se derivaría del uso de una cláusula similar a la *notwithstanding clause* para el entorno colombiano.

⁹⁷⁷ A mayor abundamiento sobre el costo de los derechos: Cfr. HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. El costo de los derechos: por qué la libertad depende de los impuestos. Buenos Aires: Siglo XXI, 2011.

BIBLIOGRAFIA

ARTÍCULOS Y LIBROS

ABRAMOVICH, Víctor and PAUTASSI, Laura. La revisión judicial de las políticas sociales, Argentina, Editores del Puerto, 2009.

ACUÑA, Juan Manuel. Democracia y derechos en el sistema interamericano de derechos humanos. En: Cuestiones Constitucionales no 30. Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Autónoma de México, 2014.

AJA, Eliseo. Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual. Madrid, España, Ariel., 1998.

ALARCÓN, Óscar. La cara oculta de la Constitución del 91. Bogotá, Editorial Planeta, 2011.

AMADOR, María. Los efectos jurídicos de la declaratoria de una zona excluible de la minería respecto de los títulos mineros otorgados con anterioridad a ella. En: Revista de Derecho Público No. 29. Bogotá, Universidad de los Andes, 2012.

AMAYA, Ángela. El Principio de No Regresión en el Derecho Ambiental. Madrid, Iustel, 2016.

AMAYA, Ángela. El Rol del Derecho ambiental en la Consolidación de una Paz sostenible en Colombia. En: MONTAÑA, Alberto; OSPINA, Andrés. La Constitucionalización del Derecho administrativo. Tomo II: El Derecho administrativo para la Paz. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016.

AMAYA, Ángela. Las zonas reservadas, excluidas y restringidas de la minería en Colombia. En: GARCÍA, María del Pilar. Minería, Energía y Medio Ambiente. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011.

AMAYA, Oscar. La Constitución ecológica de Colombia. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010.

ANAND, Sanjeev. The Truth About Canadian Judicial Activism. En: Constitutional Forum, vol. 15 no. 2, University of Alberta, 2006.

ARIZA, Rosembert. Justicia comunitaria y jueces de paz, las técnicas de la paciencia. Medellín, Corporación Región, 2000.

ARROYO, Jesús. El Origen del Juicio de Amparo. En: MORENO, Margarita; GONZÁLEZ, María del Refugio. La Génesis de los Derechos Humanos en México. México, Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006.

AXELRAD, Lee, and KAGAN, Robert A. (eds.) Regulatory encounters: Multinational corporations and American *adversarial legalism*. No. 1. Univ of California Press, 2000.

AYLWIN, José; TAMBURINI, Leonardo et al. Convenio 169 de la OIT Los desafíos de su implementación en América Latina a 25 años de su aprobación. International Work Group for Indigenous Affairs (IWGIA), 2014. [en línea] Revisado, abril 02, 2017. Disponible en: https://www.iwgia.org/images/publications/0701_convenio169OIT2014.pdf

BANKS, Christopher P.; O'BRIEN, David M. The Judicial Process: Law, Courts, and Judicial Politics. CQ Press, 2015.

BASTIDA, Elizabeth; BUSTOS, Luis. Towards Regimes for Sustainable Mineral Resource Management - Constitutional Reform, Law and Judicial Decisions in Latin America En: CARBONNIER, Gilles; CAMPODÓNICO, Humberto; TEZANOS, Sergio. Alternative Pathways to Sustainable Development: Lessons from Latin America, International Development Policy series. No.9. Geneva, Boston: Graduate Institute Publications, Brill-Nijhoff, 2017.

BASTIDA, Elizabeth; WAELDE, Thomas; WARDEN-FERNÁNDEZ, Janeth (ed.). International and comparative mineral law and policy: trends and prospects. The Hague. Kluwer Law International, 2005. p. 73 y sigs.

BATEUP, Christine. Expanding the conversation: American and Canadian experiences of constitutional dialogue in comparative perspective. En: Temple International and Comparative Law Journal, vol. 21, Temple Law School, 2007.

BÉJAR RIVERA, Luis. Estado de Derecho, cooperación, juridicidad y proporcionalidad en el derecho administrativo. Reflexiones sobre el pensamiento de Eberhard Schmidt-Assmann. En: SANTOFIMIO, Jaime; IBAGÓN, Mónica (ed) Perspectivas de una reforma. Estudios de derecho administrativo a partir de la obra de Eberhard Schmidt-Assmann. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016.

BÉJAR RIVERA, Luis; OTERO VARELA, Juan-Manuel; VILLANUEVA MARTÍNEZ, Carlos Alberto. La consulta previa para el uso de la tierra destinada a la industria extractiva. Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, vol. 22. 2018.

BELTRÁN, Andrés Mauricio Gutiérrez. El amparo estructural de los derechos. Tesis Doctoral. Universidad Autónoma de Madrid. 2016.

BERGALLO, Paola. Courts and Social Change: Lessons from the Struggle to Universalize Access to HIV/AIDS Treatment in Argentina, Texas Law Review, vol. 89, n. 7. 2011.

BERIZONCE, Roberto Omar. Activismo Judicial Y Participación En La Construcción De Las Políticas Públicas. Revistas ICDP, vol. 36, no 36. 2015.

BERNAL, Carlos. El precedente en Colombia. En: BERNAL, Carlos. El neoconstitucionalismo y la normatividad del Derecho. Serie intermedia de teoría jurídica y filosofía del Derecho No. 7. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009.

BERNAL, Carlos. El precedente en Colombia. En: Revista Derecho del Estado, núm. 21. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008.

BIRNIE, Patricia; BOYLE, Alan. International Law and the Environment. Reino Unido, Oxford University Press, 2009.

BLAIR, D. The Charter and the Judges: A View from the Bench. En: Manitoba Law Journal, vol. 13, Faculty of Law University of Manitoba, 1983.

BOBBIO, Norberto. El tiempo de los derechos. Madrid, Editorial Sistema, 1991.

BOUTILIER, Robert; THOMSON, Ian. Modelling and measuring the social license to operate: fruits of a dialogue between theory and practice. Queensland, Australia: International Mine Management, 2011 [En línea] Revisado, enero 25, 2018, Disponible en: <https://sociallicense.com/publications/Modelling%20and%20Measuring%20the%20SLO.pdf>

BOVERO, Michelangelo. Una gramática para la democracia, contra el Gobierno de los peores. Madrid, Trotta, 2002.

BREWER-CARÍAS, Allan. La Justicia Constitucional Como Garantía de la Constitución En: FERRER, Eduardo; BOGDANDY, Armin von; MORALES; Mariela. La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un Ius cosntitucionale commune en América Latina?, t. I. México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas: Max-Planck-Institut Für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht: Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2010 [En línea] Revisado, agosto 08, 2018, Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2894/7.pdf>

BRIDGE, Gavin. Mapping the Bonanza: Geographies of Mining Investment in an Era of Neoliberal Reform. En: The Professional Geographer, vol. 56:3, Taylor and Francis (en nombre de) American Association of Geographers, 2004.

BROSSEAU, Laurence; ROY, Marc-André. The Notwithstanding Clause of the Charter. Ottawa, Canadá, Library of Parliament, 2018, p. 1 y sigs. [En línea] Revisado, diciembre 17, 2019. Disponible en: https://lop.parl.ca/sites/PublicWebsite/default/en_CA/ResearchPublications/201817E

BRUNDTLAND, Gro Harlem. “Our Common Future” Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo - Naciones Unidas, 1987.

BUSTOS, Luis; RODRÍGUEZ, Mariana. Licencia Social Para Operar. Comentarios Desde la Participación Ciudadana y la Responsabilidad Social Empresarial. En: LUGO, Oscar; RODRIGUEZ, María del Pilar; DIAZ, Rosa. Regulación de Servicios Públicos y Energía, Lecturas Selectas. México, Editorial Porrúa, 2016.

CALDERÓN, Jonathan. Etapas del conflicto armado en Colombia: hacia el posconflicto. En: Latinoamérica. Revista de Estudios Latinoamericanos vol. 62. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2016.

CAMERON, Jamie. Dialogue and Hierarchy in Charter Interpretation: A Comment on R. v. Mills. En: ALBERTA LAW REVIEW vol. 38. Osgoode Hall Law School, 2000.

CANO, Andrés; TORO, Laura. Justicia Constitucional y Control de Constitucionalidad. Medellín, Editorial Universidad Santiago de Cali; Librería Jurídica Diké, 2017.

CASTRO, Carolina. Impacto de los procesos de restitución de tierras en la existencia, validez y ejercicio de las servidumbres petroleras. En: MONTOYA, Milton. Lecturas en Regulación energética y de hidrocarburos. Colección de Regulación Minera y Energética. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017.

CERNA, Lucie. The nature of policy change and implementation: A review of different theoretical approaches. Organisation for Economic Cooperation and Development (OECD) report, 2013.

CHÁVEZ, José de Jesús. Notas Sobre la Rigidez Constitucional en México (A Propósito Del Centenario De La Constitución Política De Los Estados Unidos Mexicanos). En: Letras Jurídicas. No. 26. Universidad de Guadalajara, 2018.

CORREA, Laura; PANTOJA, Juan. Novedad Jurisprudencial: Mutabilidad Constitucional: Análisis del “Fast Track” a la Luz de la Rigidez de la Constitución De 1991. En: Universitas Estudiantes. No. 16-2017. Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2017.

COUSO, Javier. Consolidación democrática y Poder Judicial: los riesgos de la judicialización de la política. En: Revista de Ciencia Política, vol. 24, núm. 2. Pontificia Universidad Católica de Chile. Instituto de Ciencia Política, 2004. [En línea] Revisado, abril 29, 2019. Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S0718-090X2004000200002&script=sci_arttext&tlng=en

CRISTANCHO, Juan. Realidad y Constitución: Las Sentencias de los Tribunales Constitucionales Como Instrumentos Para la Efectividad Constitucional. Bogotá, Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano, 2014.

CROLEY, Steven. Theories of regulation: Incorporating the administrative process. Columbia Law Review, 1998.

CULPEPPER, Pepper D. (2010). Business Power and Democratic Politics. In Quiet Politics and Business Power: Corporate Control in Europe and Japan. Cambridge Studies in Comparative Politics, 2010. Cambridge: Cambridge University Press, doi:10.1017/CBO9780511760716.008

DAHL, Robert Alan, et al. Un prefacio a la teoría democrática, 1987. Traducción: González José. Bogotá, Fondo editorial CEREC, 1988.

DAMASKA, Mirjan. The faces of justice and state authority: a comparative approach to the legal process. New Haven, Connecticut, Yale University Press, 1986.

DE FAZIO, Federico. Reseña: Izquierda y derecho. Ensayos de teoría jurídica crítica Duncan Kennedy. En: Revista SAAP, vol. 5, núm. 2. Buenos Aires, Argentina, Sociedad Argentina de Análisis Político, 2011.

DE TOCQUEVILLE, Alexis. Democracy in America, traducido por Henry Reeve. Longman, Green, Longman, and Roberts, 1862.

DEL ROSARIO, Marcos. La Supremacía Constitucional: Naturaleza y Alcances. En: Díkaion: revista de actualidad jurídica. vol. 20, no 1. Chía, Universidad de la Sabana, 2011 [En línea] Revisado, febrero 05, 2018, Disponible en: <http://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/1950/2506>

DELGADO, Camilo. Políticas Públicas Juez Constitucional y Derechos Sociales. Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2018.

DELLA PORTA, Donatella; DIANI, Mario (ed.). The Oxford handbook of social movements. Oxford University Press, 2015.

DÍAZ, Enrique. Análisis y reflexiones sobre el control de constitucionalidad de las Leyes. En: Opinión Jurídica. vol. 15, no 30. Chía, Universidad de Medellín, 2016 [En línea] Revisado, febrero 25, 2018, Disponible en: <https://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/2017>

DIAZ, Sebastián. Cartografías de El Dorado. ReLeyendo fragmentos de la historia minera de Colombia a través de algunos mapas (siglos XVI A XX) En: HENAO, Juan Carlos; DÍAZ, Sebastián. Minería y Desarrollo. Tomo V: historia y Gobierno del territorio Minero. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016.

DIEZ SPELZ, Juan Francisco; BUSTOS, Luis. Capítulo 6. Derechos Humanos y su influencia en el ámbito empresarial. En: TOLE, Julián (ed) Derechos Humanos y la Actividad Empresarial en Colombia: Implicaciones Para el Estado Social de Derecho. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2019.

DINERSTEIN, Eric; OLSON, David et al. A Conservation Assessment of the Terrestrial Ecoregions of Latin America and the Caribbean. Washington, Banco Mundial; WWF, 1995.

DIXON, Rosalind. "The Supreme Court of Canada, Charter Dialogue and Deference", University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper No. 284, 2009. [En línea] Disponible en: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1345&context=public_law_and_legal_theory

DOMINGO, Pilar. Judicialization of politics: The changing political role of the judiciary in Mexico. En: SIEDER, Rachel; SCHJOLDEN, Line; ANGELL, Alan. The judicialization of politics in Latin America. New York, Palgrave Macmillan, 2005.

DOWNS, Anthony. A theory of bureaucracy. Rand Corp. Santa Mónica CA, 1964. [En línea] Disponible en: <https://www.rand.org/pubs/papers/P3031.html>

DOWNS, Anthony. Inside bureaucracy: Little Brown and Company. Boston, 1967

DWORKIN, Ronald M. The model of rules. The University of Chicago Law Review, vol. 35, no 1, pp. 14-46. 1967, pp. 17 y 18 Disponible en: <http://users.umiaccs.umd.edu/~horty/courses/readings/dworkin-1967-model-of-rules.pdf>

DWORKIN, Ronald M. The forum of principle. En: New York University Law Review, núm. 56. New York, University School of Law, 1981.

ELSTER, Jon. Arguing and bargaining in the Federal Convention and the Assemblée Constituante. En: Occasional papers from the Law School, the University of Chicago. Center for Study of Constitutionalism in Eastern Europe, School of Law, University of Chicago, 1991.

EPP, Charles. The rights revolution: Lawyers, activists, and supreme courts in comparative perspective. Chicago and London, University of Chicago Press, 1998.

EPSTEIN, Richard A. The Natural Law Influences on the First Generation of American Constitutional Law: Reflections on Philip Hamburger's Law and Judicial Duty. *JL Phil. & Culture*, vol. 6. 2011.

ERAZO, Luis. Políticas Públicas. Formulación, Implementación y Evaluación de André-Noël Roth Deubel. En: *Íconos, Revista de Ciencias Sociales*, núm. 53, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO), Ecuador, 2015. [En línea] Revisado, mayo 01, 2019. Disponible en: <https://revistas.flacsoandes.edu.ec/iconos/article/view/1849>

ESTUPIÑÁN, Liliana. Veinte años de debates territoriales. Pervivencia de la tendencia centralista en Colombia. En: *Papel Político* vol. 16, núm. 2. Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2011 [En línea] Revisado, diciembre 03, 2018. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=77722772006>

FARRAND, Max (ed.). The records of the federal convention of 1787 vol. 1, New Haven: Yale University Press, 1911. En: Online Library of Liberty a collection of scholarly works about individual liberty and free markets. [En línea] Revisado, febrero 18, 2021. Disponible en: <https://oll.libertyfund.org/title/farrand-the-records-of-the-federal-convention-of-1787-vol-1>

FELSTINER, William L. F. ABEL, Richard L. and SARAT, Austin. “The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaming, and Claiming...,” [En línea] *Law and Society Review* 15, 1980–1981, pp. 631-654. Disponible en: <https://doi.org/10.2307/3053505>

FERRAJOLI, Luigi. Democracia constitucional y derechos fundamentales. La rigidez de la Constitución y sus garantías. En: *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*. Fontamara, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Madrid, Trotta, 1997, p. 918

FERRAJOLI, Luigi. Los derechos fundamentales en la teoría del derecho. Los fundamentos de los derechos fundamentales, Madrid, Trotta, 2001.

FERRAJOLI, Luigi, et al. Derechos y garantías: la ley del más débil. Madrid, Trotta, 1999.

FINO, Hilmer. La afectación del núcleo esencial del derecho de propiedad como consecuencia de las declaratorias de reservas forestales. En: GARCÍA, María del Pilar. Lecturas Sobre Derecho del Medio ambiente. Tomo XVI. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016.

FISS, Owen. "The Civil Rights Injunction", 1978. [En línea] Addison Harris Lecture. 7. Disponible en: <https://www.repository.law.indiana.edu/harris/7>

FISS, Owen. Between Supremacy and Exclusivity. En: Syracuse Law Review vol. 57. Syracuse University College of Law, 2007.

FISS, Owen. Death of the Law. Cornell Law Review, vol. 72, no 1, 1986.

FISS, Owen. The Law as It Could Be, New York: New York U.P., 2003.

FLÓREZ, Mario. En defensa del Páramo de Santurbán. Cronología de una lucha que apenas comienza. En: FIERRO, Julio; Toro, Catalina et al. Minería, territorio y conflicto en Colombia. Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2012.

FRIEDMAN, Barry. "Online Alexander Bickel Symposium," Learning about the Supreme Court, Scotusblog, 2012.

FRIEDMAN, Barry. Dialogue and judicial review. En: Michigan Law Review vol. 91 no 4. University of Michigan Law School, 1993.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional. Madrid, Civitas, 1981.

GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. Introducción al estudio del derecho 53ª ed., ed.: Porrúa, 2002.

GARCÍA, Helena. Valoración de los bienes y servicios ambientales provistos por el Páramo de Santurbán. Bogotá, Fedesarrollo Centro de Investigación Económica y Social, 2013.

GARCÍA, María del Pilar; BUSTOS, Luis; ORTIZ, Alexa. Derecho De Aguas y Minería en Colombia. En: HENAO, Juan Carlos; GARCÍA, María del Pilar. Minería y Desarrollo. Tomo II: Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016.

GARDBAUM, Stephen. The Case for the New Commonwealth Model of Constitutionalism (April 25, 2013). The New Commonwealth Model of Constitutionalism: Theory and Practice, Cambridge University Press, Enero de 2013.

GARGARELLA, Roberto. Crisis de Representación y Constituciones Contramayoritarias. En. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005. Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho. Núm. 2. 1995. [En línea] Revisado, febrero 18, 2017. <http://www.cervantesvirtual.com/obra/tesis-de-representacin-y-constituciones-contramayoritarias-0/>

GARGARELLA, Roberto. Dialogic Justice in the Enforcement of Social Rights, En: YAMIN, Alicia; GLOPPEN, Siri. Litigating Health Rights. Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 2011, pp. 232-243.

GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos. R. Gargarella, comp. Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática. Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2014.

GARGARELLA, Roberto. La justicia frente al Gobierno: sobre el carácter contramayoritario del Poder Judicial. En: Pensamiento Jurídico Contemporáneo No. 3. Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2012.

GARGARELLA, Roberto. Latin American constitutionalism, 1810-2010: The engine room of the Constitution. New York, Oxford University Press, 2013.

GARGARELLA, Roberto; GLOPPEN, Siri; SKAAR, Elin. Democratization and the judiciary: the accountability function of courts in new democracies. London, Routledge, 2004.

GASCÓN ABELLÁN, Marina Felicia. Presentación: La concepción del Derecho en "El Derecho dúctil". Anuario de filosofía del derecho, no 13. 1996.

GAURI, Varun & BRINKS, Daniel M. Introduction: The Elements of Legalization and the Triangular Shape of Social and Economic Rights, en *Courting Social Justice. Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World*, 2. Varun Gauri & Daniel Brinks, (Eds). New York, Cambridge University Press, 2008.

GLOPPEN, Siri. Analyzing the Role of Courts in Social Transformation, in R. Gargarella et al. (eds), *Courts and Social Transformation in New Democracies*. London, Ashgate, 2006.

GOLD, Marc. "A Principled Approach to Equality Rights: A Preliminary Inquiry" En: *The Supreme Court Law Review*, no. 4 Osgoode Hall Law School - York University, 1982.

GÓMEZ, Andrés; HENAO, Álvaro; RINCÓN, Camilo. La minería en páramos, humedales y reservas forestales. Bogotá, Universidad del Rosario, 2017.

GÓMEZ, Diego. El principio de inmediatez en la acción de tutela, los argumentos de la interpretación. Medellín, Universidad Santiago de Cali; Biblioteca Jurídica Díké, 2018.

GÓMEZ, Martha-Isabel. Reseña de "Políticas públicas: formulación, implementación y evaluación" de André-Noël Roth Deubel. En: *Revista Opera*, núm. 8. Bogotá, Centro de Investigaciones y Proyectos Especiales (CIPE) de la Facultad de Finanzas, Gobierno y Relaciones Internacionales de la Universidad Externado de Colombia, 2008. [En línea] Revisado, abril 29, 2019. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/opera/article/view/774>

GROPPI, Tania. ¿Existe un modelo europeo de Justicia Constitucional?" En: *Revista de Derecho Político*. No 62. Madrid, Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Nacional de

Educación a Distancia (UNED), 2005 [En línea] Revisado, agosto 05, 2018, Disponible en: <http://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/view/8952/8545>

GRUSKIN, Sofía & DANIELS, Norman. Justice and Human Rights: Priority Setting and Fair Deliberative Process, *American Journal of Public Health*, vol. 98, 2008.

GUDYNAS, Eduardo. Extracciones, extractivismos y extrahecciones. Un marco conceptual sobre la apropiación de recursos naturales. En: *Observatorio del desarrollo*, Vol. 18. Montevideo, Centro Latino Americano de Ecología Social/CLAES, 2013.

GUERRA, Marcelo. Carta Magna y Rigidez Constitucional: Una Mirada Desde el Nuevo Constitucionalismo Andino En: STORINI; Claudia. Carta magna y nuevo constitucionalismo latinoamericano ¿Ruptura o continuismo? Quito, Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional, 2017.

GUEST, Stephen. La tesis de "la única respuesta correcta" en Dworkin. *Problema anuario de filosofía y teoría del derecho*, no 10, 2016.

GÜIZA, Leonardo; RODRIGUEZ, Cristhian; MORENO, Sara et al. Actualidad y desafíos del derecho minero colombiano. Bogotá, Universidad del Rosario, 2016.

GUNNINGHAM, Neil; KAGAN, Robert; THORNTON, Dorothy. Social license and environmental protection: why businesses go beyond compliance. En: *Law & Social Inquiry* 29, no. 2. Wiley-Blackwell en nombre de: American Bar Foundation, 2004.

GUZMÁN, Luis. El activismo judicial y su impacto en la construcción de políticas públicas ambientales. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017.

HABERMAS, Jürgen, and JIMÉNEZ REDONDO, Manuel. Más allá del Estado nacional. Madrid, Editorial. Trotta, 1997.

HALTOM, William; MCCANN, Michael. Distorting the law: Politics, media, and the litigation crisis. University of Chicago Press, 2009.

HAMBURGER, Philip. Law and Judicial Duty. Harvard University Press, 2008.

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. Federalist papers No. 10. En The Avalon Project at Yale Law School, 1788. [En línea] Revisado, Julio 07, 2017. Disponible en: https://avalon.law.yale.edu/18th_century/fed10.asp

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. Federalist papers No. 51. En. The Avalon Project at Yale Law School, 1788. [En línea] Revisado, Julio 07, 2017. Disponible en: https://avalon.law.yale.edu/18th_century/fed51.asp

HAMILTON, Alexander. Federalist papers No. 78. En. The Avalon Project at Yale Law School, 1788 [En línea] Revisado, Julio 07, 2017. Disponible en: https://avalon.law.yale.edu/18th_century/fed78.asp

HANEN, Tatu Van. The Process of Democratization: A Comparative Study of 147 States, 1980-1988. New York: Russak, 1990.

HARRISON, Marline. Reflexiones sobre el estudio de los derechos humanos y su fundamentación. En: Revista Universitas, Vol. 2. Madrid, Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas" de la Universidad Carlos III de Madrid, 2005.

HENAO, Juan Carlos. El Juez Constitucional: un actor de las políticas públicas. En: Revista de Economía Institucional, vol. 15, núm. 29. Bogotá, Facultad de Economía de la Universidad Externado de Colombia, 2013.

HENAO, Juan Carlos. La jurisdicción de lo Contencioso Administrativo: cien años creando derecho a partir de precedentes judiciales. En: OSPINA, Andrés. Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa colombiana. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013.

HENNIGAR, Matthew A. Expanding the " Dialogue" Debate: Canadian Federal Government Responses to Lower Court Charter Decisions. Canadian Journal of Political Science/Revue canadienne de science politique, 2004.

HENNIGAR, Matthew A. Reviewed Work(s): Charter Conflicts: What is Parliament's Role? by Janet L. Hiebert. En: Revue canadienne de science politique, vol. 36, no. 5 Canadian Political Science Association and Société québécoise de science politique, 2003.

HERNÁNDEZ, Ángel. ¿Fundamentación o protección de los derechos humanos? Las tesis de Bobbio y de Beuchot En: Revista Isonomía, No. 06. México, Instituto Tecnológico Autónomo de México, 1997.

HERNÁNDEZ, Víctor (Coord.); BUSTOS, Luis; GUTIÉRREZ, Ana; NEIRA, Juan; et al. Postconflicto y Regulación del Sector Minero-Petrolero Colombiano: Posibles Lecciones de la República de Angola y la República Democrática del Congo. En: XII Jornadas Internacionales en Derecho Minero Energético, noviembre 3 y 4 de 2016. Bogotá, Universidad Externado de Colombia – Departamento de Derecho Minero Energético, 2017. Sin Publicar.

HERRERA, Carlos. La polémica SCHMITT-KELSEN sobre el guardián de la Constitución. En: Revista de Estudios Políticos. no. 86. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1994 [En línea] Revisado, abril 22, 2018, Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=27301>

HIEBERT, Janet. Charter conflicts: what is parliament's role? Canadá, McGill-Queen's University, 2002.

HIEBERT, Janet. Notwithstanding the Charter: Does Section 33 Accommodate Federalism? En: GOODYEAR-GRANT, Elizabeth; HANNIMAN, Kyle (ed.). Canada: The State of the Federation 2017: Canada at 150: Federalism and Democratic Renewal. Montreal, McGill-Queen's University Press, 2019.

HILBINK, Elisabeth. Legalism Against Democracy: The Political Role of the Judiciary in Chile, 1964-94. Tesis Doctoral: University of California. San Diego, California, University of California, 1999.

HOFSTEDE, Robert; SEGARRA, Pool; MENA, Patricio. Los páramos del mundo – Proyecto atlas mundial de los Páramos. Quito, Global Peatland Initiative; UICN y EcoCiencia, 2003.

HOGG, Peter; BUSHELL, Allison; et al. The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (Or Perhaps The Charter Of Rights Isn't Such A Bad Thing After All) En: Osgoode Hall Law Journal, vol. 35 no. 1 York University Osgoode Hall Law School, 1997.

HOGG, Peter; THORNTON, Allison. A. Reply to Six Degrees of Dialogue. En: Osgoode Hall Law Journal, vol. 37 no. 3 York University Osgoode Hall Law School, 1999.

HOGG, Peter; THORNTON, Allison. A.; et al. Charter Dialogue Revisited: Or "Much Ado About Metaphors" En: Osgoode Hall Law Journal, vol. 45 no. 1 York University Osgoode Hall Law School, 2007.

HOLLAND, Kenneth. Judicial Activism in Comparative Perspective. New York, Springer, 1991.

HOLMES JR, Oliver. The path of the law. The Floating Press, 2009.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. El costo de los derechos: por qué la libertad depende de los impuestos. Buenos Aires: Siglo XXI, 2011.

HOSEK, Chaviva. Women and the constitutional process. En: Cfr. BANTING, Keith; SIMEON, Richard (eds). And No One Cheered: Federalism, Democracy and the Constitution. Toronto, Methuen Publishing, 1983.

HURTADO, Rodrigo. La contienda política alrededor de la Licencia Ambiental para el Proyecto Minero Angostura en el Páramo de Santurbán (Trabajo de grado para optar por el título de Maestría

en Política Social). Bogotá, Universidad Javeriana, 2011[En línea] Revisado, octubre 30, 2018. Disponible en: <https://repository.javeriana.edu.co/handle/10554/1568>

INGRAM, Helen; SCHNEIDER, Anne; DELEON, Peter. Social construction and policy design. En: SABATIER, Paul (ed) Theories of the policy process. Boulder, Colorado, Westview, 2007.

JIMENÉZ, Magda. El Páramo de Santurbán “Accountability” Social Exitoso. En: HENAO, Juan Carlos; GONZÁLEZ, Ana Carolina. Minería y Desarrollo. Tomo IV: Minería y Comunidades: Impactos, Conflictos y Participación Ciudadana. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016.

JULIO, Alexei. Las ramas ejecutiva y judicial del Poder Público en la Constitución colombiana de 1991. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

KAGAN, Robert A. *Adversarial Legalism*. The American Way of Law, Cambridge, Harvard University Press, 2001.

KAGAN, Robert A. *Adversarial Legalism* and American Government. En: Journal of Policy Analysis and Management, vol. 10, núm. 3. Wiley on behalf of Association for Public Policy Analysis and Management, 1991.

KAHANA, Tsvi. The notwithstanding mechanism and public discussion: Lessons from the ignored practice of section 33 of the Charter. Canadian Public Administration, vol. 44, no 3, 2001.

KARAM, Carlos. LORENZETTI, Ricardo Luis, Teoría del derecho ambiental, México, Porrúa, 2008. En: Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 129. Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2010.

KELEMEN, R. Daniel. Eurolegalism: The transformation of law and regulation in the European Union. Harvard University Press, 2011.

KELSEN, Hans. Judicial review of legislation: a comparative study of the Austrian and the American constitution. *The Journal of Politics*, vol. 4, no 2, 1942.

KELSEN, Hans. La garantía jurisdiccional de la Constitución. *La Justicia Constitucional. Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, no 15, 2011.

KELSEN, Hans. La garantía jurisdiccional de la Constitución. *La justicia constitucional*. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2001.

KELSEN, Hans. La garanzia giurisdizionale della costituzione. *La giustizia costituzionale*, 1928. Id., *La giustizia costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1981.

KENNEDY, Duncan. Izquierda y derecho: ensayos de teoría jurídica crítica. Buenos Aires, Argentina, Siglo Veintiuno Editores, 2010.

KOME, Penney. *The taking of twenty-eight: women challenge the constitution*. Toronto, Canada: Women's Press, 1983.

KUOKKANEN, Tuomas. *International Law and the Environment: Variations on a Theme*. Holanda, Kluwer Law International & Martinus Nijhoff, 2002.

KURTZ, Marcus. *Latin American state building in comparative perspective: Social foundations of institutional order*. Cambridge University Press, 2013.

LANCHEROS, Juan. Ajustes a la Constitución. En: JOST, Stefan; LANCHEROS, Juan; VARGAS, Juan. *20 Años de la Constitución Colombiana, Logros, Retrocesos y Agenda Pendiente*. Bogotá, Fundación Konrad Adenauer, 2012.

LANCHEROS, Juan; MANTILLA, María; PULIDO, Fabio et al. *Trámite Legislativo Especial*. Bogotá, Fundación Konrad Adenauer & Fundación Derecho Justo, 2012.

LECLAIR, Jean. Canada's Unfathomable Unwritten Constitutional Principles, December 27, 2001. Queen's Law Journal, Vol. 27. 2002. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1749488>

LEVITZKY, Sandra R. "To lead with law. Reassessing the influence of legal advocacy organizations in social movements" En SARAT, Austin & SCHEINGOLD, Stuart A. (eds.), Cause Lawyers and social movements, Standford, Standford University Press, 2006.

LONDOÑO, Néstor. La obligatoriedad de los principios del derecho en el common law de los Estados Unidos. En: Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Vol. 37. No. 106, Medellín, Universidad Pontificia Bolivariana, 2007.

LÓPEZ, Eduardo. Derecho y Argumentación. Bogotá, Editorial Ibáñez & Pontificia Universidad Javeriana, 2011.

LÓPEZ, Germán. Nuevos Paradigmas del Derecho Constitucional Colombiano. Medellín, Universidad Surcolombiana; Biblioteca Jurídica Diké, 2017.

LÓPEZ, Nelcy. Pluralismo jurídico estatal: entre conflicto y diálogo: Enseñanzas de un caso colombiano. Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2015.

LORDUY, Margarita. La Sentencia C-035 de 2016 de la Corte Constitucional de la República de Colombia sobre actividades de minería e hidrocarburos en ecosistemas de páramo. En: Actualidad Jurídica (1578-956X) no. 43. Dykinson, 2016.

LORENZETTI, Ricardo Luis. Teoría del derecho ambiental. Bogotá, Temis, 2011.

MACPHERSON, James. The Potential Implications of Constitutional Reform for the Supreme Court of Canada, En: BECK, Stanley, BERNIER, Ivan. Canada and the New Constitution: The Unfinished Agenda. Montreal. The Institute for Research on Public Policy, 1983.

MÆSTAD, Ottar; RAKNER, Lise & MOTTA FERRAZ, Octavio. Assessing the impact of health rights litigation: A comparative analysis of Argentina, Brazil, Colombia, Costa Rica, India and South Africa, in S. Gloppen & A. Yamin, *Litigating Health Rights*, Cambridge: Harvard University Press, 2011.

MALO, Mario. *Diccionario de la Constitución Política de Colombia*. Bogotá, Legis Editores S.A., 1997.

MANCERO, Gabriela; MONTOYA, Milton. Colombia. En: BOURASSA, Michael; TURNER, John. et al. *Mining 2012*, Law Business Research Ltd., 2012.

MANCERO, Gabriela; MONTOYA, Milton. Colombia. En: PALMER, Bob; MCKENNA, Cameron. *Oil Regulation 2012*, Law Business Research Ltd., 2012.

MANFREDI, Christopher. The day the dialogue died: A comment on *Sauvé v. Canada*. En: *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 45 no. 1, York University Osgoode Hall Law School, 2007.

MANFREDI, Christopher; KELLY, James. Six degrees of dialogue: A response to Hogg and Bushell. En: *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 37, Osgoode Hall Law School, 1999.

MARANIELLO, Patricio. El activismo judicial, una herramienta de protección constitucional. En: *Revista de Ciencias Sociales Tla-Melau*, vol. 5, núm. 32. México, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma de Puebla, 2012 [En línea] Revisado, abril 29, 2019. Disponible en: <http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/tlamelaua/article/view/25/30>

MARTÍNEZ, Adriana. La Minería en un Territorio Objeto de Ordenación Constante. En: GARCÍA, María del Pilar. *Lecturas Sobre Derecho del Medio Ambiente*. Tomo XVI. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016.

MARTÍNEZ, Adriana. *Mining Law Colombia*. En: *The International Comparative Legal Guide to Mining Law 2018*. Global Legal Group, 2017.

MARTÍNEZ, Adriana. Problemática Sectorial del Licenciamiento Ambiental. En: GARCÍA, María del Pilar. Evaluación de Impacto Ambiental. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012.

MARTÍNEZ, Astrid; AGUILAR Tatiana. Estudio sobre los impactos socio-económicos del sector minero en Colombia: encadenamientos sectoriales. Bogotá, Fedesarrollo Centro de Investigación Económica y social, 2013.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Faustino; ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, no 124. 2009. [En línea] Disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/4104/5296>

MATILLA, Andry; FERRER, Eduardo. Algunas Consideraciones Sobre la Supremacía de la Constitución y el Control de Constitucionalidad Como Medio de Hacerla Efectiva. En: Escritos sobre Derecho Procesal Constitucional. La Habana, Unión Nacional de Juristas de Cuba, 2012.

MCWHINNEY, Edward. Canada and the Constitution, 1979-1982: Patriation and the Charter of Rights. Toronto, University of Toronto Press, 1982

MEDINA, Galo; MENA, Vásconez. Los páramos en el Ecuador. En: MENA, Vásconez; MEDINA, Galo; et al. Los páramos del Ecuador. Particularidades, problemas y perspectivas. Quito, Abya Yala, 2001.

MEIER, Kenneth J.; O'TOOLE JR, Laurence J.; O'TOOLE, Laurence J. Bureaucracy in a democratic state: A governance perspective. Baltimore, The Johns Hopkins University Press, 2006.

MENY, Yves; THOENIG, Jean-Claude; MORATA, Francesc. Las políticas públicas. Barcelona, Ariel, 1992.

MILLER, Richard E. and SARAT, Austin. “Grievances, Claims, and Disputes: Assessing the Adversary Culture,” [En línea] *Law and Society Review* 15, 1980–1981. Disponible en: <https://doi.org/10.2307/3053502>

MONTOYA, Milton. The new reality of participation of local authorities in mining projects in Colombia: interpretation of constitutional principles, new opportunities and participation mechanisms. En: *Journal of Energy & Natural Resources Law* 35, no. 4. Taylor & Francis, 2017.

MORENO CASTILLO, Luis. Precedente Judicial y Administrativo en la Regulación Económica Colombiana, En: *Revista Derecho del Estado* No. 37. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016.

MORENO CASTILLO, Luis. ¿Hacia un sistema jurídico de precedentes?, En: *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia* No. 320. Bogotá, Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2002.

MORENO CASTILLO, Luis y HERNÁNDEZ MENDIBLE, Víctor Rafael (Eds.), *Derecho de la Energía en América Latina*, t. II, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017.

MORESO, José; VILAJOSANA, Josep. *Introducción a la teoría del Derecho*. Madrid, Marcial Pons, 2004.

MORLINO, Leonardo. *Democracias y democratizaciones*. CIS, 2009.

MORLINO, Leonardo. Explicar la calidad democrática: ¿qué tan relevantes son las tradiciones autoritarias? *Revista de ciencia política*, vol. 27, no 2, Santiago, 2007.

MORLINO, Leonardo. *La calidad de las democracias en América Latina*. Informe para IDEA Internacional. San José: IDEA Internacional, 2014.

MORRIS, Clarence. *How Lawyers Think*. Cambridge: Harvard University Press, 1937. Reprint. Littleton: Fred B. Rothman & Co., 1994.

MULLAN, David. Judicial Deference to Administrative Decision-Making in tile Age of the Charter. En: *Saskatchewan Law Review*, no.50 University of Saskatchewan - College of Law, 1985-1986.

NIETO ARTETA, Luis Eduardo. *La interpretación de las normas jurídicas*. Dirección de Divulgación Cultural. Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 1971.

NINO, Carlos. *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992.

NONET, Philippe; SELZNICK, Philip; KAGAN, Robert. *Law and Society in Transition: Toward Responsive Law*. New York, Routledge, 2017.

OLAIZ, Jaime; BOSCO, Juan. El rol del Juez en la adjudicación de los derechos individuales de incidencia colectiva: una oportunidad para el litigio estructural en México. En: GONZÁLEZ, Manuel; FERRER, Eduardo (ed.). *El juicio de amparo. A 160 años de la primera sentencia*. Tomo II. Universidad Nacional Autónoma de México, 2011. [En línea] Revisado, Julio 10, 2017. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3066/8.pdf>

OLANO, Hernán, *Tipología de Nuestras Sentencias Constitucionales*, En: *Vniversitas* No.108. Pontificia Universidad Javeriana, 2004.

ORTIZ, Alexa. *Manual de Derecho Minero*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014.

OSPINA, Andrés. Los cambios de jurisprudencia en la jurisdicción de lo contencioso administrativo: ¿veleidad o independencia del Juez? En: BENAVIDES, José. (compilador) *Contribuciones para el sistema de precedentes jurisprudencial y administrativo*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014.

OSUNA, Néstor. Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia. En: BAZÁN, Víctor & STEINER, Christian. Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales N° 5. Colombia, Fundación Konrad Adenauer, 2015.

PAREJO ALFONSO, Luciano. Los poderes de ejecución del Juez Contencioso-Administrativo: la Ley francesa de 16 de julio de 1980. En: Revista internacional y comparada de relaciones laborales y derecho del empleo, no.2, vol.6, Editorial Civitas, S.A., 1982. [En línea] Revisado, agosto 17, 2020, Disponible en: <https://ravelpruebas.uc3m.es/handle/10016/27357>

PARRA, Adela; GITAHY, Leda. Movimiento social como actor-red: ensamblando el Comité para la defensa del Agua y del Páramo de Santurbán. En: Universitas Humanística, vol. 84. Bogotá, Universidad Javeriana, 2017.

PAUNER CHULVI, Cristina. El deber constitucional de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos. Tesis Doctoral. Universitat Jaume I, Facultad de Ciencias Jurídicas y Económicas (2000). [En línea] Revisado, agosto 17, 2020, Disponible en: <https://www.tdx.cat/handle/10803/10429>

PEREIRA, Antonio. Rule of law o Estado de Derecho. Madrid, España, Marcial Pons, 2003.

PÉREZ-ROYO, Javier. La reforma de la Constitución. En: Revista de derecho político. No. 22. Madrid, Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), 1986 [En línea] Revisado, febrero 05, 2018, Disponible en: <http://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/view/8324>

PERUZZOTTI, Enrique; SMULOVITZ; Catalina. Controlando la Política: Ciudadanos y Medios en las Nuevas Democracias Latinoamericanas. Buenos Aires, Editorial Temas, 2002.

PETERSMANN, Ernst-Ulrich. Mark Tushnet Book Review: Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law. En: European Journal of Social Security, vol. 11, núm. 4. USA, SAGE Publications, 2009.

PETTER, Andrew. Twenty years of Charter justification: From liberal legalism to dubious dialogue. En: University of New Brunswick Law - UNBLJ vol. 52. The University of New Brunswick Faculty of Law, 2003.

PONTÓN CEVALLOS, Jenny. El populismo: ¿una amenaza a la democracia en América Latina? Un diálogo con Kurt Weyland. Iconos. Revista de Ciencias Sociales, no 55. 2016.

PRITCHARD, Robert. Safeguards for Foreign Investment in Mining. En: BASTIDA, Elizabeth; WALDE, Thomas; WARDEN-FERNÁNDEZ, Janeth. International and Comparative Mineral Law and Policy: Trends and Prospects. La Haya, Kluwer Law International, vol. 73. 2005.

QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando; RIVERA RUGELES, Juan Camilo. El control judicial de las políticas públicas como instrumento de inclusión de los derechos humanos. Vniversitas, vol. 59, no 121, 2010.

REICHL, C.; SCHATZ, M.; ZSAK, G. World mining data. Volume 32. Minerals Production. Viena, International organizing committee for the world mining congresses, 2017.

RENDÓN, Raymundo. El neoconstitucionalismo y los derechos fundamentales. Quid Iuris, no 12, 2011.

REYES, Manuel. Sobre las nociones de supremacía y supralegalidad constitucional. En: Revista de Estudios Políticos. No. 50. Centro de estudios políticos y constitucionales, 1986, [En línea] Revisado, Julio 10, 2018, Disponible en: <https://es.scribd.com/document/243799773/1-Aragon-Reyes-supremacia-y-supralegalidad-constitucional-pdf>

RICAURTE, Margarita. Colombia. En: RICHER LA FLÈCHE, Erik. The Mining Law Review. Segunda Edición. Law Business Research Ltd., 2013.

RÍOS RAMÍREZ, Alejandra, et al. Accountability: aproximación conceptual desde la filosofía política y la ciencia política. Colombia Internacional, no 82, 2014.

RÍOS-FIGUEROA, Julio. Reviewed Work: The Rule of Law in Nascent Democracies: Judicial Politics in Argentina by Rebecca Bill Chávez. En: Latin American Politics and Society, vol. 47, núm. 4. Miami, Cambridge University Press on behalf of the Center for Latin American Studies at the University of Miami, 2005.

RIVERA, David; RODRÍGUEZ, Camilo. Guía divulgativa de criterios para la delimitación de páramos de Colombia. Bogotá, Instituto de Investigación de Recursos Biológicos Alexander von Humboldt & Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, 2011.

ROA, Jorge. Control de Constitucionalidad Deliberativo. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2019.

ROA, Jorge. La acción pública de constitucionalidad a debate. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015.

ROACH, Kent. A dialogue about principle and a principled dialogue: Justice Iacobucci's substantive approach to dialogue. vol. 57, no 2. The University of Toronto Law Journal, 2007.

ROACH, Kent. Dialogic Judicial Review and its Critics. En Supreme Court Law Review (2nd) vol. 23. Disponible en: SSRN, 2004.

ROBBENNOLT, Jennifer K. Litigation and settlement. Handbook on behavioral economics and the law, p. 623 y sigs, EN ZAMIR, Eyal; TEICHMAN, Doron (ed.). *The Oxford handbook of behavioral economics and the law*. USA, Oxford University Press, 2014.

ROBLEDO, Paula. El ordenamiento territorial para la paz En: MONTAÑA, Alberto; OSPINA, Andrés. La Constitucionalización del derecho Administrativo. Vol. 2. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016.

RODES, Robert. Rights Talk: The Impoverishment of Political Discourse and A Nation Under Lawyers (Book Review) En: The American Journal of Jurisprudence, vol. 40, núm. 1. USA, University of Notre Dame Law School, 1995.

RODRÍGUEZ GARAVITO, Cesar. *Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America*, Texas Law Review, vol. 89, n. 7, 2011.

RODRÍGUEZ GARAVITO, Cesar y ARENAS, Luis Carlos. The Struggle of the U'wa People in Colombia, en C. Rodríguez Garavito & B. Sousa Santos, B., Law and Globalization from Below, Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

RODRÍGUEZ GARAVITO, Cesar y RODRÍGUEZ, Diana. Juicio a la exclusión. El impacto de los Tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global. Buenos Aires, Argentina, Siglo Veintiuno Editores, 2015.

RODRÍGUEZ, Gloria Amparo. Los derechos de los pueblos indígenas: Luchas, contenido y relaciones. Editorial Universidad del Rosario, 2015.

RODRÍGUEZ, Gloria Amparo. De la Consulta Previa al Consentimiento Libre, Previo e Informado a Pueblos Indígenas en Colombia. En: Colección Diversidad Étnica y Cultural. Bogotá, Universidad del Rosario, 2014.

ROMANOW, Roy; WHYTE, John; LEESON, Howard. Canada--notwithstanding: the making of the Constitution, 1976-1982. Toronto, Thomson Carswell, 1984.

ROMERO, Cesar. Colombia: Energy Policy (Electricity). En: TIESS, Günter; MAJUMDER, Tapan; CAMERON, Peter, Encyclopedia of Mineral and Energy Policy. Springer Berlín Heidelberg, 2017.

ROSENBERG, Gerald N. The hollow hope: Can courts bring about social change? University of Chicago Press, 2008.

ROSENBERG, Gerald N. Tilting at Windmills: Brown II and the Hopeless Quest to Resolve Deep-Seated Social Conflict Through Litigation. *Law & Ineq.*, vol. 24, 2006.

ROSENBLOOM, David H.; O'LEARY, Rosemary; CHANIN, Joshua. *Public administration and law*. CRC Press, 1996.

ROTH, André-Noël. *Políticas públicas: formulación, implementación y evaluación*. Bogotá, Aurora, 2014.

RUBIN, Arthur. Review of *How Lawyers Think* by Clarence Morris. *University of Chicago Law Review*, vol. 5, no 2, 1938.

RUBIO NÚÑEZ, Rafael. Los efectos de la posverdad en la democracia. *Revista de Derecho Político*, vol. 1, no 103. 2018.

RUIZ, Gregorio. *Federalismo Judicial (El Modelo Americano)*. Barcelona, Civitas Ediciones, 1994.

RUIZ, María. El «Certiorari». Ejercicio Discrecional de la Jurisdicción de Apelación por El Tribunal Supremo de los Estados Unidos. En: *Revista española de Derecho constitucional*. No. 41. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1994.

SANCHEZ, Esther. *La jurisdicción especial indígena*. Bogotá, Procuraduría General de la Nación, 2000.

SÁNCHEZ, Pedro; CONTRERAS, Javier. El Referendo Constitucional en Colombia: Un Mecanismo de Difícil Utilización en los Años 2008 al 2011. En: *Revista Academia y Derecho*, No. 3. Cúcuta, Universidad Libre Seccional Cúcuta, 2011.

SANTAELLA, Héctor. La sujeción de la Administración a los precedentes jurisprudenciales. En: BENAVIDES, José. (compilador) Contribuciones para el sistema de precedentes jurisprudencial y administrativo. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014.

SANTOFIMIO, Jaime. La Fuerza de los Precedentes Administrativos en el Sistema Jurídico del Derecho Positivo Colombiano. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010.

SANTOFIMIO, Jaime; BÉJAR RIVERA, Luis José. El servicio público: aproximaciones a su estructura teórica. México, Ubijuris, 2013.

SARAT, Austin; SCHEINGOLD, Stuart (ed.). Cause lawyering and the state in a global era. Oxford University Press, 2001.

SCHAFFAR, Wolfram. Citizenship, rights and *adversarial legalism* in Thailand. En Citizenship and democratization in Southeast Asia. Brill, 2017.

SCHEDLER, Andreas. Conceptualizing accountability. En: SCHEDLER, Andreas; DIAMOND, Larry; PLATTNER, Marc. The self-restraining state: Power and accountability in new democracies. Londres, Lynne Reinner Publishers, 1999.

SCHEINGOLD, Stuart; SARAT, Austin. Something to Believe In. Politics, Professionalism, and Cause Lawyering. Standford, Standford University Press, 2004.

SCHULTZ, David Andrew (ed.). Leveraging the law: using the courts to achieve social change. Peter Lang Pub Incorporated, 1998.

SCHULTZ, David Andrew and GOTTLIEB, Stephen E., Legal Functionalism and Social Change: A Reassessment of Rosenberg's The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change? 1998, [En línea] Journal of Law & Politics, Vol. 12, No. 63, 1998. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1576686>

SHAPIRO, Martin; STONE-SWEET, Alec. The new constitutional politics of Europe. En: Comparative Political Studies, vol. 26, núm. 4 SAGE Publications, 1994.

SHAPIRO, Scott J. The Hart-Dworkin debate: A short guide for the perplexed. [En línea] Available at SSRN 968657, 2007. Disponible en: https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/Faculty/Shapiro_Hart_Dworkin_Debate.pdf

SHEPPARD, Robert; VALPY, Michael. The National Deal: The Fight for a Canadian Constitution. Toronto, Fleet Books, 1982.

SIERRA, Humberto. Concepto y tipos de Ley en la Constitución colombiana. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998.

SIERRA, Humberto. Problemática de la justicia en Colombia: Criterios para su análisis. En: VI Encuentro de la Jurisdicción Constitucional. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010.

SIERRA, Humberto. Sentencias de inconstitucionalidad. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1995.

SILVERSTEIN, Gordon. Law's allure: how law shapes, constrains, saves, and kills politics. Cambridge University Press, 2009.

SLATTERY, Brian. "A Theory of the Charter." En: Osgoode Hall Law Journal, vol. 25, no. 4, York University Osgoode Hall Law School, 1987.

SMITH, Eivind. The Constitution as an Instrument of Change. Stockholm, SNS förlag, 2003.

TATE, Neal. Why the Expansion of Judicial Power? En: TATE, Neal; VALLINDER, Torbjorn. The Global Expansion of Judicial Power. New York and London, New York University Press, 1995.

TREMBLAY, Luc. The legitimacy of judicial review: The limits of dialogue between courts and legislatures. En: International Journal of Constitutional Law, vol. 3, no. 4. Oxford University Press, 2005.

TRUJILLO, Augusto. Democracia y Territorio: El Ordenamiento Territorial entre el derecho y la política. Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2011.

TUSHNET, Mark. Weak courts, strong rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law. Princeton, Nueva Jersey, Princeton University Press, 2009.

UPRIMNY, Rodrigo. La judicialización de la política en Colombia: casos, potencialidades y riesgos. En: Sur – Revista Internacional de Derechos Humanos - es, núm. 6. São Paulo, Sur – Rede Universitária de Direitos Humanos, 2007. [En línea] Revisado, abril 29, 2019. Disponible en: <https://sur.conectas.org/es/la-judicializacion-de-la-politica-en-colombia/>

UPRIMNY, Rodrigo. ¿Son posibles los jueces de Paz y la justicia comunitaria en contextos violentos y antidemocráticos? En: Pensamiento jurídico. No. 12. Bogotá, Universidad Nacional, 2000.

URREGO, Franky; QUINCHE Manuel. Los Decretos en el sistema normativo colombiano-Una política estatal de invención normativa. En: Universitas No. 116, Pontificia Universidad Javeriana, 2008.

VALDÉS, Eurípides. Los sistemas de control constitucional frente a los derechos fundamentales. El caso de Cuba y España. En: MANTILLA; Andry; FERRER, Eduardo. Escritos Sobre Derecho Procesal Constitucional. La Habana, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana y Unión Nacional de Juristas de Cuba, 2012.

VANEGAS, Pedro. Las Leyes Estatutarias en el Ordenamiento Jurídico Colombiano: un Ejemplo de Rigidez Normativa. En: Revista Médico Legal, Vol. XVIII No. 2. Bogotá, Sociedad Colombiana de Anestesiología y Reanimación, 2013.

VELA ORBEGOZO, Bernardo. El declive de los fundamentos económicos de la paz. De la conferencia de Bretton Woods al consenso de Washington. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Facultad de Finanzas, Gobierno y Relaciones Internacionales, 2005.

VELÁSQUEZ, Fabio; MARTÍNEZ, Mario; PEÑA, Juliana et al. El sector extractivo en Colombia (2005-2010). Bogotá, Fundación Foro Nacional por Colombia, 2011.

VELÁSQUEZ, Fabio; MARTÍNEZ, Mario; PEÑA, Juliana et al. El sector extractivo en Colombia (2011 – 2012). Bogotá, Fundación Foro nacional por Colombia, 2013.

VELÁSQUEZ, Fabio; MARTÍNEZ, Mario; PEÑA, Juliana et al. El sector extractivo en Colombia (2013). Bogotá, Fundación Foro nacional por Colombia, 2014.

VELÁSQUEZ, Fabio; MARTÍNEZ, Mario; PEÑA, Juliana et al. El sector extractivo en Colombia (2015). Bogotá, Fundación Foro Nacional por Colombia, 2016.

VELÁZQUEZ, Alejandro. Grazing and Burning in Grassland Communities of High Volcanoes in Mexico. En: BALSLEV, Henrik; LUTEYN, James. Páramo, - an Andean ecosystem under human influence. Londres, Academic Press, 1992.

WALDRON, Jeremy. Derecho y desacuerdos. Traducción: MARTÍ, José Luis; QUIROGA, Agueda. Madrid, Marcial Pons, 2005.

WALLNER, Jennifer. Ideas and intergovernmental relations in Canada. Political Science & Politics, vol. 50, no 3. Washington, American Political Science Association, julio de 2017.

WALTER, Mariana. Conflictos ambientales, socioambientales, ecológico distributivos, de contenido ambiental... Reflexionando sobre enfoques y definiciones. En: Boletín Ecos, Vol. 6. Madrid, Centro de Investigación para la Paz (CIP-Ecosocial), 2009.

WALTER, Robert. La doctrina del derecho de Hans Kelsen. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999.

WEYLAND, Kurt. Bounded Rationality and Policy Diffusion: Social Sector Reform in Latin America. Princeton; Oxford: Princeton University Press, 2006. Accessed June 22, 2020. doi: 10.2307/j.ctt7rsvd.Copy

WHITTINGTON, Keith E.; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. (ed.). The Oxford Handbook of Law and Politics. Oxford University Press, 2008.

WOOD, Gordon. A note on mobs in the American Revolution. The William and Mary Quarterly: A Magazine of Early American History and Culture, 1966.

WOOD, Gordon. The creation of the American republic, 1776-1787. Institute of Early American History and Culture, University of North Carolina Press, 1998.

YEPES, Gustavo; BUSTOS, Luis; DEVIA, Ana María; OÑATE, Sonia. Responsabilidad Social Empresarial en el Sector Minero. En: HENAO, Juan Carlos; RESTREPO, Carlos. Minería y Desarrollo. Tomo III: Competitividad y Desempeño Sectorial. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016.

ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil, trad. de Marina Gascón. Madrid, Trotta, 1995.

ZAHARIADIS, Nikolaos. The multiple streams framework: Structure, limitations, prospects. En: SABATIER, Paul (ed) Theories of the policy process. Boulder (Colorado), Westview, 2007.

ZAMBRANO CETINA, William. Panorama reciente de los principios generales del derecho administrativo francés. En: Revista Estudios Socio-Jurídicos vol. 1, no 2, Universidad del Rosario, 1999. [En línea] Revisado, agosto 17, 2020, Disponible en: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0124-05791999000200006

ZHOU, Han-Ru. Legal Principles, Constitutional Principles, and Judicial Review. The American Journal of Comparative Law, vol. 67, no 4. 2019.

ZÚÑIGA, Francisco. Jurisdicción Constitucional en la Perspectiva Actual: Notas Para una Comparación en América Latina. En: Ius et Praxis. vol. 4, no 2. Talca, Universidad de Talca, 1998 [En línea] Revisado, marzo 01, 2018, Disponible en: <http://www.redalyc.org/pdf/197/19740211.pdf>

DECISIONES JUDICIALES

Pronunciamientos Consejo de Estado:

- Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera, Sentencia 5500 de agosto 12 de 1999.
- Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda, Auto del 29 de septiembre de 2011, Radicación 11001-03-25-000-2011-00033-00.
- Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera, Sentencia del 28 de marzo del 2014, Radicación AP-25000-23-27-000-2001-90479-01.
- Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 2233 del 11 de diciembre del 2014, Radicación 11001-03-06-000-2014-00248-00.
- Sección Tercera – Subsección A, Sentencia del 2 de noviembre de 2016, Radicación 11001-03-26-000-2015- 00163-00.
- Sección Segunda – Subsección A, Sentencia del 7 de julio de 2016, Radicación 11001-03-25-000-2016-00019-00.
- Sección Cuarta, Auto del 22 de agosto de 2016, Radicación 11001-03-27-000-2016-00050-00.
- Sección Quinta, Auto de 9 de mayo de 2018, Radicación 11001-03-28-000-2018-00009-00.

- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 6 de junio de 2018, Radicación 11001-03-15-000-2008-01255-00.

Pronunciamientos Corte Constitucional:

- T-006 del 12 de mayo de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz
- T-006 del 12 de mayo de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz
- T-501 del 21 de agosto de 1992, M.P. José Gregorio Hernández Galindo
- C-543 del 1 de octubre de 1992 M.P. José Gregorio Hernández Galindo
- C-113 del 25 de marzo de 1993, M.P. Jorge Arango Mejía
- C-131 del 01 de abril de 1993, M.P. Alejandro Martínez Caballero
- C-276 del 22 de julio de 1993, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa
- C-011 del 21 de enero de 1994, M.P. Alejandro Martínez Caballero
- T-231 del 13 de mayo de 1994 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz
- T-234 del 17 de mayo de 1994, M.P. Dr. Fabio Morón Díaz.
- C-249 del 26 de mayo de 1994, M.P. Jorge Arango Mejía
- T-254 del 30 de mayo 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz
- T-458 del 24 de octubre del 1994, M.P. Jorge Arango Mejía
- C-558 del 06 de diciembre de 1994, M.P. Carlos Gaviria Díaz
- C-344 del 02 de agosto de 1995, M.P. José Gregorio Hernández Galindo
- C-037 del 05 de febrero de 1996, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa
- C-139 del 09 de abril de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz
- T-496 del 26 de septiembre 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz
- C-221 del 29 de abril de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero
- C-320 del 03 de julio de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero
- C-536 del 23 de octubre de 1997, M.P. Antonio Barrera Carbonell
- C-126 del 1 de abril de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero
- C-478 del 09 de septiembre de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero
- C-035 del 27 de enero de 1999, M.P. Antonio Barrera Carbonell
- SU-047 del 29 de enero de 1999, Ms.Ps.: Carlos Gaviria Díaz & Alejandro Martínez Caballero.

- T-534 del 26 de junio de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero
- T-267 del 7 de marzo del 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero
- T-526 del 15 de mayo del 2000, M.P. Fabio Morón Díaz
- C-1316 del 26 de septiembre del 2000, M.P. Carlos Gaviria Díaz
- Auto 131 del 08 de noviembre del 2000, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.
- T-452 del 04 de mayo del 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa
- C-774 del 25 de julio del 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil
- C-836 del 09 de agosto del 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil
- T-960 del 06 de septiembre del 2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynett
- C-1256 del 28 de noviembre del 2001, M.P. Rodrigo Uprimny Yepes
- SU-1219 del 21 de noviembre del 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa
- T-1317 del 07 de diciembre del 2001, M.P. Rodrigo Uprimny Yepes
- C-006 del 23 de enero del 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández
- T-531 del 04 de julio del 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett
- T-462 del 5 de junio del 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett
- C-781 del 10 de septiembre del 2003, M.P. Clara Inés Vargas Hernández
- C-1092 del 19 de noviembre del 2003, M.P. Álvaro Tafur Gálvis
- C-059 del 1 de febrero del 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández
- C-180 del 1 de marzo del 2005, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto
- C-590 del 08 de junio del 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño
- C-116 del 22 de febrero del 2006, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto
- T-271 del 04 de abril del 2006, M.P. Clara Inés Vargas Hernández
- T-292 del 06 de abril de 2006, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa
- C-622 del 14 de agosto del 2007, M.P. Rodrigo Escobar Gil
- C-713 del 15 de julio del 2008, M.P. Clara Inés Vargas Hernández
- T-514 del 30 de julio del 2009, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva
- T-495 del 16 de junio del 2010, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub
- C-983 del 1 de diciembre del 2010, M.P. Luís Ernesto Vargas Silva
- C-122 del 1 de marzo del 2011, M.P. Juan Carlos Henao
- C-273 del 12 de abril del 2011, M.P. María Victoria Calle Correa

- C-366 del 11 de mayo del 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva
- C-816 del 01 de noviembre del 2011, M.P. Mauricio González Cuervo
- C-882 del 23 de noviembre del 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub
- C-049 del 07 de febrero del 2012, M.P. Mauricio González Cuervo.
- T-348 del 15 de mayo del 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub
- C-415 del 06 de junio del 2012, M.P. Mauricio González Cuervo.
- C-644 del 23 de agosto del 2012, M.P. Adriana María Guillen Arango
- C-1051 del 05 de diciembre del 2012, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez
- C-400 del 03 de julio del 2013, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.
- C-306 del 22 de mayo del 2013, M.P. Nilson Pinilla Pinilla
- C-621 del 30 de septiembre del 2015, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub
- C-035 del 08 de febrero del 2016, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado
- C-699 del 13 de diciembre del 2016, M.P. María Victoria Calle Correa.
- T-104 del 17 de febrero del 2017, M.P. Aquiles Arrieta Gómez
- SU-217 del 18 de abril 2017, M.P. María Victoria Calle Correa
- T-361 del 30 de mayo de 2017, M.P. Alberto Rojas Ríos
- Auto 558/18, 29 de agosto de 2018, M.P. Alberto Rojas Ríos.

Otra Jurisprudencia Colombiana:

- Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, Sentencia del 17 de marzo de 1977.
- Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Duitama, Sentencia del 29 de junio de 2018, Radicación l.52383333002-201800016-00
- Tribunal Administrativo de Boyacá, Sentencia del 09 de agosto del 2018. Radicación 15238 3333 002 2018 00016 01.

NORMATIVA

- Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969.
- Constitución Política de Colombia, 1991.

- Declaración de Río, Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo - Naciones Unidas, 1992.
- Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1996.

Actos Legislativos:

- Acto Legislativo 3 de 2002.
- Acto Legislativo 1 de 2009.
- Acto Legislativo 5 de 2011.
- Acto Legislativo 2 de 2012.
- Acto Legislativo 1 de 2015.
- Acto Legislativo 2 de 2015.
- Acto Legislativo 01 de 2017.

Acuerdos:

- 55 de 2003.
- 001 de 2018.

Autos & Oficios:

- Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial. Auto 1241 del 20 de abril de 2010.
- Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. Oficio 8140-E2-37641.

Decretos:

- 2655 de 1988.
- 2067 de 1991.
- 2591 de 1991.
- 2699 de 1991.
- 3570 de 2011.
- 1069 de 2015.
- 1083 de 2015.

Decreto Ley:

- 2811 de 1974.
- 587 de 2017.

Decreto Nacional:

- 4800 de 2011
- 3011 de 2013

Decreto Reglamentario:

- 1382 del 2000
- 306 de 1992

Leyes:

- 1753 de 2015.
- 1765 de 2015.
- 1518 de 2012.
- 1437 de 2011.
- 1448 de 2011.
- 1450 de 2011.
- 1454 de 2011.
- 1382 de 2010.
- 1407 de 2010.
- 1285 de 2009.
- 685 de 2001.
- 585 de 2000.
- 497 de 1999.
- 270 de 1996.
- 137 de 1994.
- 99 de 1993.
- 33 de 1992.

- 2591 de 1991.
- 153 de 1887.

Resoluciones:

- 1015 de 2011.
- 2090 de 2014.
- 483 de 2015.

Normas Canadienses:

- Canadian Charter of Rights and Freedoms, secc.33.3 y 33.4.
- Ley de Trabajadores Lecheros (Mantenimiento de Operaciones) SS 1983-84, c D-1.1 [En línea] Revisado, enero 05, 2020. <https://www.canlii.org/en/sk/laws/stat/ss-1983-84-c-d-1.1/10536/ss-1983-84-c-d-1.1.html>
- Ley para modificar la Carta de la Lengua Francesa, S.Q. 1993, c. 40 (También conocida como Bill 86)
- Ley del Matrimonio de la Provincia de Alberta del año 2000 (enmendada), SA 2000, c 3 [En línea] Revisado, enero 02, 2020. Disponible en: <http://canlii.ca/t/53mfd>
- Parlamento de Canadá (Cámara de los Comunes), Ley de matrimonio civil, C-38 (38-1) [En línea] Revisado, enero 04, 2020. Disponible en: <https://www.parl.ca/DocumentViewer/en/38-1/bill/C-38/royal-assent/page-53#8>

Normas Mexicanas:

- Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, Diario Oficial de la Federación el día 1 de diciembre de 2005.
- Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 Y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, última reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 19 de enero de 2018.
- Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, Diario Oficial de la Federación, México, 23-04-2018.

JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

Canadá:

- Retail, Wholesale and Department Store Union, Local 544 v. Saskatchewan, 1985 CanLII 184 (SK CA), [En línea] Revisado, enero 08, 2020. Disponible en: <http://canlii.ca/t/1pfnv>
- Devine v. Quebec, 1988, 2 S.C.R. 790, 55 D.L.R. (4th) 641, 10 C.H.R.R. 5610, [1989] 36 C.R.R. 64 [En línea] Revisado, enero 07, 2020. Disponible en: <http://canlii.ca/t/1ft9r>
- Ford v. Quebec (Attorney General), 1988, 2 SCR 712 [En línea] Revisado, enero 07, 2020. Disponible en: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/384/index.do>
- Same-Sex Marriage, 2004 SCC 79 (CanLII), 2004, 3 SCR 698 [En línea] Revisado, enero 05, 2020. Disponible en: <http://canlii.ca/t/1jdhv>
- Good Spirit School Division No. 204 v Christ the Teacher Roman Catholic Separate School Division No. 212, 2018 SKQB 30 (CanLII), [En línea] Revisado, enero 08, 2020. Disponible en: <https://www.canlii.org/en/sk/skqb/doc/2018/2018skqb30/2018skqb30.html>

EE. UU:

- Corte Suprema de los Estados Unidos (USA): MARSHALL, John. Marbury v. Madison. Voto do Cheif Justice, 1803.
- Kimel v. Florida Bd. of Regents 528 U.S. 62, 81-86, 91, 2000
- Bd. of Trustees of the University of Alabama v. Garrett, 531 U.S. 356, 374, 2001

México:

- Suprema Corte de Justicia de la Nación (México): Amparo directo en revisión 3044/98. Eduardo Cuauhtémoc Siller Leyva y otros. 12 de mayo de 2000. Cinco votos. Ponente: ministro Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Derivado de este asunto véase Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXIV, diciembre de 2006, tesis 2ª./J.181/2006; IUS: 173858.

OTRAS FUENTES

Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (Por sus siglas en inglés: USAID); Organización Internacional para las Migraciones (OIM) Las Economías Ilegales en Colombia: Implicaciones Para el Posconflicto. En: Spotlight August 2015 [En línea] Revisado, noviembre 11, 2020. p. 1. Disponible en <https://repositoryoim.org/handle/20.500.11788/1149>

Agencia Nacional de Hidrocarburos (ANH): Página Oficial; Inicio / La ANH [En línea] Revisado, mayo 05, 2018. Disponible en: <http://www.anh.gov.co/la-anh/Paginas/historia.aspx>

Agencia Nacional de Hidrocarburos (ANH): Página Oficial; Inicio / CBM [En línea] Revisado, mayo 05, 2018. Disponible en: <http://www.anh.gov.co/Paginas/CBM.aspx>

Agencia Nacional de Minería (ANM): Exploring Opportunities. (2015) [En línea] Revisado, abril 22, 2018. Disponible en: https://www.anm.gov.co/sites/default/files/DocumentosAnm/publication_exploring_opportunities.pdf

Agencia Nacional de Minería (ANM): Página Oficial; ¿Qué es el RUCOM? [En línea] Revisado, mayo 01, 2018. Disponible en: <https://www.anm.gov.co/?q=que-es-Rucom>

Agencia Nacional de Minería (ANM): Página Oficial; Primera Versión del Código Colombiano de R&R [En línea] Revisado, mayo 03, 2018. Disponible en: https://www.anm.gov.co/?q=primera_version_del_codigo_colombiano_de_ryr_principal

Agencia Nacional de Tierras: Página Oficial; Home /La Agencia / Creación de la Agencia Nacional de Tierras [En línea] Revisado, mayo 04, 2018. Disponible en: <http://www.agenciadetierras.gov.co/>

Alberta Law Foundation, Law Now Web page. Effects of the Notwithstanding Clause on Human Rights. [En línea] Revisado, enero 04, 2020. Disponible en: <https://www.lawnow.org/effects-of-the-notwithstanding-clause-on-human-rights/>

AmbitoJuridico.com, La regulación del derecho fundamental a la consulta previa en Colombia, Julio, 2017. [En línea] Revisado, Julio 18, 2017. Disponible en: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/constitucional-y-derechos-humanos/la-regulacion-del-derecho-fundamental-la-consulta-previa>

Banco de la República: Boletín de Indicadores económicos - 30 de abril de 2018. [En línea] Revisado, febrero 8, 2018. Disponible en: <http://www.banrep.gov.co/es/estadisticas/poblacion-colombiana>

Banco de la República: PIB. Metodología año base 2005. [En línea] Revisado, febrero 2, 2018. Disponible en: <http://www.banrep.gov.co/es/pib>

Banco de la República: Serie histórica Población colombiana. [En línea] Revisado, febrero 2, 2018. Disponible en: <http://www.banrep.gov.co/es/estadisticas/poblacion-colombiana>

Benedicto XVI, Mensaje para la XLV Jornada Mundial de las Comunicaciones Sociales, 2011. [En línea] Revisado, julio 20, 2020 Disponible en: https://w2.vatican.va/content/benedict-xvi/es/messages/communications/documents/hf_ben-xvi_mes_20110124_45th-world-communications-day.html

Cámara de comercio de Bogotá (CCB): Página Oficial; CCB / Preguntas frecuentes / Iniciativas de Clusters y Valor Compartido [En línea] Revisado, mayo 05, 2018. Disponible en: <https://www.ccb.org.co/Preguntas-frecuentes/Iniciativas-de-Clusters-y-Valor-Compartido>

Canadian Civil Liberties Association, Rights Watch Blog, Sask. Court of Appeal Reserves Judgment on Catholic School Funding Case. [En línea] Revisado, febrero 18, 2021. Disponible en: <http://rightswatch.ca/2019/03/25/sask-court-of-appeal-reserves-judgment-on-catholic-school-funding-case/>

Canadian Intergovernmental Conference Secretariat, First Ministers' Conferences, 1906 – 2004. [En línea] Revisado, diciembre 12, 2019. Disponible en: https://scics.ca/wp-content/uploads/2016/10/fmp_e.pdf

CÁRDENAS, Bernardo. Colombia: Mining 2016. En: Latin Lawyer Reference, 2016. [En línea] Revisado, abril 25, 2018. Disponible en: <https://latinlawyer.com/organization/1003942/dentons-cardenas-cardenas>

CINEP/Programa para la Paz, Revista Noche y Niebla n.º 51 – Enero a junio de 2015. Bogotá, D.C., Colombia, Publicado: septiembre 30 de 2015 [En línea] Revisado, octubre 15, 2018. Disponible en: <https://www.cinep.org.co/publicaciones/es/producto/noche-y-niebla-n-51/>

CONTI, Augusto. Otra Fisura Constitucional: El Régimen de Inhabilidades en la Alta Magistratura En: Boletín Discurso Laboral No.1. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Departamento de Derecho Laboral, 2005 [En línea] Revisado, septiembre 13, 2018. Disponible en: <https://www.uexternado.edu.co/derecho/departamento-derecho-laboral-boletin-discurso-laboral/>

Contraloría General de la República: Política Pública de Desarrollo Minero Cuaderno 7, 2014 [En línea] Revisado, mayo 08, 2018. Disponible en: https://www.contraloria.gov.co/documents/20181/465902/07_Desarrollo+Minero.pdf/1e8d6926-7639-4bb6-8e11-fe0fad3c28a1?version=1.0

Corporación Colectivo de Abogados “José Alvear Restrepo” – CCAJAR, Inicio > Noticias > Sección actualidad (Noticias Nacionales) La desastrosa delimitación del páramo de Santurbán y la inmediata respuesta ciudadana, 16 enero (2015). [En línea] Revisado, octubre 30, 2018. Disponible en: <https://www.colectivodeabogados.org/?La-desastrosa-delimitacion-del-p%C3%A1ramo-de-Santurb%C3%A1n-y-la-inmediata-respuesta>

Departamento Nacional de Estadística (DANE): Departamento Nacional de estadística (DANE): Colombia, Colombia, balanza comercial anual 1980 - 2020p. [En línea] Revisado, febrero 17, 2021. Disponible en: <https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/comercio-internacional/balanza-comercial>

Departamento Nacional de Estadística (DANE): Presentación Boletín técnico Importaciones septiembre 2016. (2016) Págs. 2, 22. [En línea] Revisado, febrero 17, 2021. Disponible en: https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/importaciones/bol_impo_sep16.pdf

Departamento Nacional de Planeación (DNP) Qué es el Plan Nacional de Desarrollo. [En línea] Revisado, mayo 05, 2018. Disponible en: <https://www.dnp.gov.co/Plan-Nacional-de-Desarrollo/Paginas/Qu-es-el-PND.aspx>

Departamento Nacional de Planeación (DNP): Página Oficial; Portal Web DNP / Plan Nacional de Desarrollo / PND 2010-2014 / Resumen Ejecutivo. [En línea] Revisado, mayo 05, 2018. Disponible en: <https://www.dnp.gov.co/Plan-Nacional-de-Desarrollo/PND-2010-2014/Paginas/Plan-Nacional-De-2010-2014.aspx>

Departamento Nacional de Planeación: Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014. [En línea] Revisado, febrero 2, 2018. Disponible en: <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/PND/PND2010-2014%20Tomo%20I%20CD.pdf>

Diario El Espectador, Colombia alista moderno catastro minero, 05 marzo (2018). [En línea] Revisado, mayo 01, 2018. Disponible en: <https://www.elespectador.com/economia/colombia-alista-moderno-catastro-minero-articulo-742701>

El Fuero Penal militar: una instancia limitada y excepcional. En: La nueva reforma al Fuero Penal Militar Boletín 2015, (OPIP), No. 01-2015, Bogotá, Universidad del Rosario, 2015 [En línea] Revisado, julio 15, 2018. Disponible en: [http://www.urosario.edu.co/Home/Principal/boletines/Ediciones-OPIP/Boletin1-2015/El-Fuero-Penal-militar-una-instancia-limitada-\(1\)/](http://www.urosario.edu.co/Home/Principal/boletines/Ediciones-OPIP/Boletin1-2015/El-Fuero-Penal-militar-una-instancia-limitada-(1)/)

Fe de Erratas al Comunicado No. 55 Corte Constitucional, Expediente Rpz-003 -Sentencia C-674/17, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez 14 de noviembre 2017. Norma revisada Acto Legislativo 01 de 2017.

GARGARELLA, Roberto. Catedra Sesión 2: Democracia Deliberativa. Curso Nuevos dilemas del constitucionalismo comparado. Curso virtual, Universidad Externado de Colombia, 27 de junio al 15 de agosto, 2020.

Gobierno, de Colombia & FARC-EP. Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto de una Paz Estable y Duradera, alcanzado el 24 de agosto de 2016, firmado el 26 de septiembre de 2016. Punto No. 5. [En línea] Revisado, junio 01, 2018. Disponible en: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=79893>

Greater Saskatoon Catholic Schools, News Announcements. Theodore case ruling update. [En línea] Revisado, enero 05, 2020. Disponible en: <https://www.gscs.ca/news/Pages/AnnouncementsDisp.aspx?FilterField1=ID&FilterValue1=67>

Huffington post Canadá, What Is 'Back-To-Work' Legislation? And How Does It Work?, noviembre 26, 2018. [En línea] Revisado, enero 04, 2020. Disponible en: <https://www.canlii.org/en/sk/laws/stat/ss-1983-84-c-d-1.1/latest/ss-1983-84-c-d-1.1.html>

Industria Militar Colombiana (INDUMIL): Página Oficial; Indumil / Transparencia / Trámites, Servicios, Datos Abiertos y Atención al Ciudadano / Trámites y Servicios [En línea] Revisado, mayo 05, 2018. Disponible en: <https://www.indumil.gov.co/tramites-y-servicios-4/>

Instituto Colombiano de Antropología e Historia: Página Oficial; Inicio / Nuestra Entidad / Antecedentes Históricos [En línea] Revisado, mayo 04, 2018. Disponible en: <http://www.icanh.gov.co/>

Instituto de Investigación de Recursos Biológicos Alexander von Humboldt. Una nueva cartografía de los páramos colombianos: Diversidad, Territorio e Historia [En línea] Revisado, octubre 30, 2018. Disponible en: <http://www.humboldt.org.co/es/i2d/item/551-atlas-de-p%C3%A1ramos-de-colombia-2013>

Instituto de Investigación de Recursos Biológicos Alexander von Humboldt
Inicio/Nosotros/Acerca de/ ¿Quiénes somos? [En línea] Revisado, febrero 18, 2021. Disponible en: <http://www.humboldt.org.co/es/instituto/que-hacemos>

Instituto Socioambiental (ISA). Povos Indígenas no Brasil / Servicios ambientales [En línea] Revisado, noviembre 10, 2018. Disponible en: https://pib.socioambiental.org/es/Servicios_ambientales

Jurisdicción Especial para la Paz (JEP): Página Oficial; Inicio / Jurisdicción Especial para la Paz [En línea] Revisado, junio 18, 2018. Disponible en: <https://www.jep.gov.co/Paginas/JEP/Jurisdiccion-Especial-para-la-Paz.aspx>

Jurisdicción Especial para la Paz (JEP): Página Oficial; Inicio / Jurisdicción Especial para la Paz [En línea] Revisado, junio 18, 2018. Disponible en: <https://www.jep.gov.co/Paginas/JEP/Jurisdiccion-Especial-para-la-Paz.aspx>

Jurisdicción Especial para la Paz (JEP): Página Oficial; Inicio / Jurisdicción Especial para la Paz [En línea] Revisado, junio 18, 2018. Disponible en: <https://www.jep.gov.co/Paginas/JEP/Jurisdiccion-Especial-para-la-Paz.aspx>

MARTÍNEZ, Adriana. Presentación: Curso de Actualización en Regulación Minera: Segunda Edición Bogotá, Universidad Externado de Colombia agosto del 2018. [En línea] Revisado, octubre 30, 2018. Presentaciones Disponibles en: <https://boletinmineroenergetico.uexternado.edu.co/uncategorized/curso-de-actualizacion-en-legislacion-minera/>

MARTÍNEZ, Adriana. Cátedra: Curso de Actualización en Regulación Minera. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 26 al 29 de junio, 2019.

Miller Thomson Lawyers, Newsletter, Separate School Funding Appeal Scheduled for March 2019. [En línea] Revisado, enero 09, 2020. Disponible en:

<https://www.millerthomson.com/en/publications/communiques-and-updates/education-law-newsletter/november-27-2018-education/separate-school-funding-appeal-scheduled-for-march-2019/>

MiningWatch Canadá; Censat-Agua Viva. Tierras y conflicto. Extracción de recursos, derechos humanos y la responsabilidad empresarial: compañías canadienses en Colombia. (2009) [En línea] Revisado, octubre 17, 2018. Disponible en: https://miningwatch.ca/sites/default/files/tierras_y_conflicto.pdf

Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural: ABC Para Jueces en Materia de Restitución de Tierras Ley 1448 De 2011. (2012) [En línea] Revisado, febrero 15, 2021. Disponible en: <https://silo.tips/download/abc-para-jueces-en-materia-de-restitucion-de-tierras>

Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible: Página Oficial; Noticias / Noticias - Minambiente / Corporaciones Autónomas Regionales [En línea] Revisado, mayo 05, 2018. Disponible en: <http://www.minambiente.gov.co/index.php/noticias/2067>

Ministerio de Minas y Energía: Glosario Técnico Minero. (2015) [En línea] Revisado, febrero 18, 2021. Disponible en: <https://www.minenergia.gov.co/documents/10180/698204/GLOSARIO+MINERO+FINAL+29-05-2015.pdf/cb7c030a-5ddd-4fa9-9ec3-6de512822e96>

Ministerio de Minas y Energía: Página Oficial; Minminas / Plan Nacional de Desarrollo Minero con Horizonte a 2025 [En línea] Revisado, mayo 05, 2018. Disponible en: <https://www.minminas.gov.co/plan-de-desarrollo-minero>

National Post, Now that Doug Ford's used the notwithstanding clause, will other premiers be less hesitant? septiembre 12, 2018. [En línea] Revisado, enero 08, 2020. Disponible en: <https://nationalpost.com/news/canada/now-that-doug-fords-used-the-notwithstanding-clause-will-other-premiers-be-less-hesitant>

Norton Rose Fulbright Colombia: Colombia Mining Vision by 2025. (2016) [En línea] Revisado, febrero 17, 2021. Disponible en: http://acmineria.com.co/acm/wp-content/uploads/2018/10/31102016_colombia_mining_vision_by_2025_vf_0.pdf

Organización de Estados Americanos (OEA) Foreign Trade Information System. [En línea] Revisado, octubre 03, 2018. Disponible en: http://www.sice.oas.org/ctyindex/COL/COLAgreements_s.asp

Portal Ámbito Jurídico, Algunas reflexiones derivadas del fallo sobre páramos, 29 marzo (2016). [En línea] Revisado, diciembre 02, 2018. Disponible en: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/analisis-jurisprudencial/administrativo-y-contratacion/algunas-reflexiones-derivadas-del>

Portal Ámbito Jurídico, Algunas reflexiones derivadas del fallo sobre páramos, 29 marzo (2016). [En línea] Revisado, diciembre 02, 2018. Disponible en: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/analisis-jurisprudencial/administrativo-y-contratacion/algunas-reflexiones-derivadas-del>

Portal La Silla Vacía, Lógica constitucional, 05 marzo (2018). [En línea] Revisado, febrero 04, 2018. Disponible en: <http://lasillavacia.com/silla-llena/red-de-la-paz/historia/logica-constitucional-64508>

Portal Portafolio, Demandas al Estado por tareas minero-energéticas suman \$83 billones, 30 noviembre (2018). [En línea] Revisado, diciembre 03, 2018. Disponible en: <https://www.portafolio.co/economia/demandas-contra-la-nacion-por-tareas-minero-energeticas-suman-mas-de-83-billones-523929>

Portal Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española – Edición del Tricentenario, Actualización 2018. [En línea] Revisado, diciembre 02, 2018. Disponible en: <https://dle.rae.es/?id=0cj11pS>

Portal Semana Sostenible, Corte Constitucional tumba delimitación de Santurbán y da un año para nueva resolución, 11 julio (2017). [En línea] Revisado, julio 20, 2019. Disponible en: <https://sostenibilidad.semana.com/medio-ambiente/articulo/santurban-corte-tumba-delimitacion-y-da-un-ano-para-nueva-resolucion/38924>

Portal Vanguardia.com, “Hay gente diciendo verdades a medias sobre el páramo de Santurbán”: directora del Instituto Humbolt, entrevista Brigitte Luis Guillermo Baptiste, directora del Instituto de Investigación de Recursos Biológicos Alexander von Humboldt, 29 noviembre, 2017. [En línea] Revisado, octubre 29, 2018. Disponible en: <https://www.vanguardia.com/economia/local/audio-417098-hay-gente-diciendo-verdades-a-medias-sobre-el-páramo-de-Santurbán-direct>

Procolombia: Investment Booklet 2015 [En línea] Revisado, mayo 05, 2018. Disponible en: <http://www.investincolombia.com.co/publication/investment-booklet.html>

Rama Judicial Página Oficial: Rama Judicial / Consejo de Estado / nuestra entidad / Jurisdicción / Juzgados Administrativos [En línea] Revisado, junio 14, 2018. Disponible en: <https://www.ramajudicial.gov.co/web/consejo-de-estado/portal/corporacion/jurisdicion/juzgados-administrativos>

Rama Judicial Página Oficial: Rama Judicial / Consejo de Estado / nuestra entidad / Jurisdicción / Tribunales Administrativos [En línea] Revisado, junio 14, 2018. Disponible en: <https://www.ramajudicial.gov.co/web/consejo-de-estado/portal/corporacion/jurisdicion/juzgados-administrativos>

Rama Judicial Página Oficial: Rama Judicial / Consejo de Estado / Funciones [En línea] Revisado, febrero 16, 2021. Disponible en: <http://www.consejodeestado.gov.co/consejo-de-estado/nuestra-institucion/>

Rama Judicial Página Oficial: Rama Judicial / Consejo Superior de la Judicatura / Corporación / La Corporación / Información general [En línea] Revisado, junio 14, 2018. Disponible en:

<https://www.ramajudicial.gov.co/web/consejo-superior-de-la-judicatura/portal/sala-administrativa/la-sala/informacion-general>

Revista Forbes International, The World's 10 Richest Terrorist Organizations, 12 diciembre (2014). [En línea] Revisado, mayo 05, 2018. Disponible en: <http://onforb.es/1MSzWBv>

Saskatchewan Catholic School Boards Association (SCSBA), Fund Raising Campaign. [En línea] Revisado, enero 05, 2020. Disponible en: https://www.catholicedspirit.ca/?page_id=111

Secretaría de Minas de la Gobernación de Antioquia: Página Oficial; Inicio / Secretaría de Minas [En línea] Revisado, mayo 05, 2018. Disponible en: <http://antioquia.gov.co/index.php/secretaria-de-minas>

Servicio Geológico Colombiano; Agencia Nacional de Minería: Manual de Suministro y Entrega de la Información Geológica Generada en el Desarrollo de Actividades Mineras. (2015) [En línea] Revisado, mayo 08, 2018. Disponible en: https://www.anm.gov.co/sites/default/files/DocumentosAnm/manual_suministro_y_entrega_informacion_geologica_generada_en_desarrollo_actividades_mineras.pdf

Sistema de Información Minero Colombiano (SIMCO) Página Oficial; Portal SIMCO / Plan nacional de desarrollo minero [En línea] Revisado, febrero 17, 2021. Disponible en: <https://www1.upme.gov.co/simco/Paginas/Plan-nacional-de-desarrollo-minero-noticia.aspx>

Sistema de Información Minero Colombiano (SIMCO) Página Oficial; Portal SIMCO [En línea] Revisado, mayo 01, 2018. Disponible en: <http://www1.upme.gov.co/simco/Paginas/default.aspx>

The Economist Intelligence Unit Limited, Democracy Index 2018: Me too? Political participation, protest and democracy, 2019. [En línea] Revisado, marzo 15, 2019, Disponible en: <https://www.eiu.com/topic/democracy-index>

The Globe and Mail, 'Not religious neutrality:' Court hears Saskatchewan appeal of school funding, marzo 12, 2019. [En línea] Revisado, enero 09, 2020. Disponible en: <https://www.theglobeandmail.com/canada/article-saskatchewan-appeal-court-to-hear-arguments-for-non-catholic-students/>

The Globe and Mail, New Brunswick government invokes notwithstanding clause to shield vaccination bill, noviembre 22, 2019. [En línea] Revisado, enero 08, 2020. Disponible en: <https://www.theglobeandmail.com/canada/article-new-brunswick-government-invokes-notwithstanding-clause-to-shield/>

The Globe and Mail, What is the notwithstanding clause? Everything you need to know about Ontario's attempts to reduce the size of Toronto city council, 10 de septiembre, 2018. [En línea] Revisado, diciembre 20, 2019, Disponible en: <https://www.theglobeandmail.com/canada/article-why-a-judge-stopped-ontarios-reduction-of-toronto-city-council/>

The Library of Congress, Global Legal Monitor, Canada: New Bill Prohibits Religious Symbols for Public-Sector Workers in Quebec, agosto 06, 2019. [En línea] Revisado, enero 08, 2020. Disponible en: <https://www.loc.gov/law/foreign-news/article/canada-new-bill-prohibits-religious-symbols-for-public-sector-workers-in-quebec/>

The World Bank Group: Página Oficial Understanding Poverty / Topics / Extractive Industries. [En línea] Revisado, febrero 17, 2018. Disponible en: <http://www.worldbank.org/en/topic/extractiveindustries>

UBAJOA OSSO, Juan David. La fallida delimitación del Páramo de Santurbán En Blog Departamento del Medio Ambiente, Universidad Externado de Colombia., 23 noviembre de 2017. [En línea] Revisado, julio 20, 2019. Disponible en: <https://medioambiente.uexternado.edu.co/la-fallida-delimitacion-del-paramo-de-santurban/>

Unidad De Planeación Minero Energética (UPME) Plan Nacional de Desarrollo Minero al 2014, 2012 [En línea] Revisado, febrero 18, 2018. Disponible en: http://www.upme.gov.co/Docs/Plan_Minero/2012/PNDM2014.pdf

Unidad De Planeación Minero Energética (UPME): Boletín Estadístico de Minas y Energía 2012-2016. [En línea] Revisado, febrero 17, 2021. Disponible en: <http://www1.upme.gov.co/Paginas/Noticias/BOLETIN-ESTAD%C3%8DSTICO-DE-MINAS-Y-ENERG%C3%8DA-2012---2016.aspx>

Unidad De Planeación Minero Energética (UPME): Cartilla PNOM: Principios, Lineamientos y Acciones Estratégicas. (2014) [En línea] Revisado, marzo 25, 2018. Disponible en: <http://www1.upme.gov.co/simco/PlaneacionSector/Documents/cartilla%20Plan%20Nacional%20de%20Ordenamiento.pdf>

ZAPATA, José-Vicente. Presentación: Conferencia Medidas de protección ambiental y conflictos de inversión en el sector minero colombiano. En: Congreso Nacional de Derecho Minero. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, noviembre de 2020.