

LAS INSTITUCIONES Y LA PAZ

*María Teresa Garcés Ll.**

INTRODUCCION

Este trabajo intenta efectuar un análisis preliminar de aquellos aspectos de orden institucional y jurídico que de alguna manera contribuyen, incitan, o son factor de violencia, o no favorecen un clima de paz. Se trata únicamente de plantear algunos de los temas más importantes, sobre los cuales será necesario profundizar posteriormente.

En primer término, encontramos elementos que caracterizan una democracia restringida, como aquellos que vulneran o atentan contra el derecho de representación o que permiten la exclusión de la gran mayoría de la población de la toma de decisiones, creando un sentimiento de ilegitimidad de las mismas y de falta de compromiso de la comunidad para con ellas.

De otra parte, se tratará de abordar el problema de la ineficacia del Estado para proteger los derechos humanos y

* Abogada, investigadora Cinep.

de la forma como la estructura institucional y jurídica responde a las situaciones de conflicto social que caracterizan a nuestra sociedad y cómo en muchos aspectos en vez de aportar soluciones, contribuyen a que dichos conflictos se agudicen. En otras palabras, se abocará el análisis de aquellos aspectos en los cuales las normas y las instituciones son inadecuadas para canalizar los problemas, tanto individuales como colectivos, y la medida en que esta inadecuación genera o contribuye a la violencia.

La situación de relativa legitimidad por un lado, en los representantes de la comunidad y de desacierto en el manejo de los conflictos, agudiza las tensiones sociales, al desconocer derechos y desatender demandas fundamentales de la población; todo lo cual conspira contra la paz social y crea las condiciones o abona el terreno para el surgimiento de nuevos conflictos.

La investigación cubre dos grandes áreas de análisis, a saber: la existencia de una democracia restringida, y la ineficacia del Estado para garantizar los derechos humanos.

PRIMERA PARTE

LA EXISTENCIA DE UNA DEMOCRACIA RESTRINGIDA

Tenemos un sistema político en apariencia democrático, en cuanto la población participa formalmente en las elecciones para las corporaciones públicas y para presidente y alcaldes municipales. Sin embargo, en la práctica, hay factores que limitan la posibilidad de escoger libremente a los representantes, de ser elegidos, de participar en las decisiones que conciernen a todos, de acceder a la función pública, de controlarla, o de ejercer libertades ciudadanas.

Como factores restrictivos de la democracia colombiana, encontramos los siguientes: las secuelas del Frente Nacional y del bipartidismo; la debilidad de nuestra democracia representativa; la incipiencia de mecanismos de democracia participativa; la rigidez del centralismo, el desequilibrio regional y el caciquismo; la ausencia de equilibrio entre los poderes; la ineficacia de los controles. La generalización del estado de sitio es también un elemento que recorta la democracia, sobre el cual nos referiremos en la Segunda Parte de este estudio.

1. Las Secuelas del Frente Nacional y del Bipartidismo

Ha sido una constante en nuestra vida republicana el monopolio del poder por los dos partidos tradicionales, el liberal y el social conservador. El siglo XIX y la mitad del siglo XX fueron testigos de las luchas sanguinarias entre ambos partidos, hasta llegar a un pacto de reconciliación: el Frente

Nacional; este sistema de gobierno, si bien terminó con la violencia partidista, le restó con el correr del tiempo dinámica a la vida política del país.

Establecida su dirigencia cómodamente en el poder, ha perdido en forma creciente el contacto y la sensibilidad por los problemas colectivos y en especial, de los sectores menos favorecidos de la sociedad. Como consecuencia, se observa la pérdida de la capacidad de mediación de los partidos, entre la mayoría de los ciudadanos y grupos sociales y el Estado.

El bipartidismo ha contribuido a impedir que se consoliden partidos de oposición democráticos, con verdadero juego político y como alternativa real de poder; y, como consecuencia, ha incidido en el surgimiento de una oposición al sistema constituida por grupos guerrilleros que actúan obviamente por fuera de la ley.

A su vez, la legitimación de la lucha armada que ha querido hacerse tradicionalmente por amplios sectores de la izquierda, entre ellos el partido comunista, ha limitado su juego político como oposición democrática, reforzando, como una paradoja, al bipartidismo.

Algunas secuelas del Frente Nacional se encuentran todavía en la Constitución y en la práctica de nuestra vida institucional.

Sus principales instrumentos fueron la alternación, para ocupar el cargo de Presidente de la República, entre ciudadanos pertenecientes a los dos partidos tradicionales, el conservador y el liberal; esta forma alternativa de elección rigió entre el 7 de agosto de 1962 y el 7 de agosto de 1974. Y la paridad, establecida por el plebiscito de 1957, entre los dos partidos, para las elecciones en las corporaciones públicas, hasta el año 1968, inclusive.

Esta paridad se reflejaba en los ministerios, ya que en los nombramientos de ministros debía darse participación a los partidos en la misma proporción en que estaban representados en las Cámaras Legislativas. El ejercicio del gobierno a nombre de los dos partidos, implicaba también el reflejo de la

composición política del Congreso en las distintas esferas de la rama ejecutiva.

La reforma constitucional de 1968 extendió la paridad en los ministerios, las gobernaciones, las alcaldías y los demás cargos de la administración que no pertenecieran a la carrera administrativa, hasta el 7 de agosto de 1978. Después de esta fecha se prevé (parágrafo del artículo 120), que en el nombramiento de tales funcionarios se dará participación adecuada y equitativa al partido mayoritario distinto al del Presidente de la República.

La rama jurisdiccional no fue tampoco ajena a este pacto bipartidista, por cuanto se determinó que los cargos de Magistrados de la Corte Suprema de Justicia serían distribuidos entre los partidos políticos, en la misma proporción en que estuviesen representados en las cámaras legislativas. La paridad se extendió al Consejo de Estado por el Decreto Legislativo No. 251 de 1957, y aún subsiste hoy en día.

A pesar de esta distribución paritaria de los cargos en las tres ramas del poder público, el mismo plebiscito dejó sentadas las bases de una carrera administrativa al facultar al Congreso para establecer y regular las condiciones de acceso al servicio público, de ascensos por mérito y antigüedad y de jubilación, retiro o despido y para organizar la carrera judicial.

Desaparecidas las causas que dieron lugar al Frente Nacional, es lógico que no subsista su principal instrumento.

Sin embargo, cobijado por la paridad, el servicio público ha seguido constituyendo el botín por excelencia de ambos partidos, de los funcionarios de turno y de los gamonales políticos, sean de un partido u otro.

Lo anterior, a pesar de la voluntad de los colombianos expresada en el plebiscito de 1957, de que la filiación política de los ciudadanos no sería factor para determinar el nombramiento para un empleo o cargo público de la carrera administrativa, o su destitución. Esta situación es la consecuencia

del manejo irracional de la función pública y de la falta de voluntad política para implantar una verdadera carrera administrativa seria y generalizada.

El clientelismo ha llevado a muchos jóvenes a acogerse a un grupo político, independientemente de su ideología y de sus programas y sólo como medio para obtener un trabajo. En un país donde el principal empleador es el Estado, esta práctica constituye una forma de violencia moral y ha sido fuente de corrupción y de ineficacia de la administración. Y lo que es más grave aún: siendo político el origen de los nombramientos, los funcionarios carecen a menudo de independencia en el ejercicio de sus cargos¹.

El gobierno actual, a partir del 7 de agosto de 1986, se ha formado como un "gobierno de partido", de acuerdo con la propuesta formulada por el presidente Virgilio Barco durante las elecciones². El partido social conservador no aceptó la propuesta de hacer presencia en el Gobierno, de acuerdo con el parágrafo del artículo 120, por considerar que había triunfado la tesis liberal, pero insistió en que los organismos de control del ejecutivo estuvieran en manos del partido mayoritario distinto al del gobernante: Contraloría General de la Nación, Procuraduría General, Superintendencia Bancaria³.

- 1 La primera regulación de la carrera administrativa se remonta a la Ley 165 de 1938. En la exposición de motivos del Gobierno se habla de abolir la inveterada práctica de ejercer la facultad de nombrar y remover los funcionarios públicos en asocio de la política militante; y de dar a los servidores públicos y sus familias un mínimo de tranquilidad mediante la estabilidad en los empleos. Parece que hubieran pasado en vano más de cincuenta años.
- 2 En la Declaración del 17 de noviembre de 1985, el presidente Barco expresó: "Yo no deseo presidir un gobierno sin oposición. Más que a los críticos, por severos e injustos que sean, le temo a la ausencia de fiscalización. He dicho que quiero presidir un gobierno liberal con programas liberales para todos los colombianos. . .". PINZON DE LEWIN, Patricia. "La Oposición en Colombia". Centro de Estudios Internacionales UNIANDES, FESCOL, Bogotá. 1986, pág. 148.
- 3 El ex presidente Misael Pastrana Borrero planteó la no colaboración del social conservatismo en el gobierno de Barco, el 2 de mayo de 1986. PINZON DE LEWIN, Patricia, op. cit., pág. 150.

Esta propuesta no fue aceptada por el partido de gobierno, el cual tiene en la actualidad el monopolio de la burocracia en todos los niveles, exceptuando aquellos cargos ocupados por funcionarios de carrera administrativa, los cuales son una minoría.

En la reforma aprobada en primera legislatura por el Congreso se deroga el parágrafo del artículo 120, pero se refuerza el bipartidismo en los altos tribunales de la rama jurisdiccional, en la Procuraduría y en la fiscalía general de la Nación.

Estos mecanismos de la reforma limitan la hegemonía de un solo partido, pero en detrimento no sólo de la posibilidad de acceso de todos los ciudadanos a la función pública, la cual se deriva de la igualdad que proclama la Constitución (artículo 16), sino de la objetividad en la administración y en los controles, ya que perpetúan el clientelismo y los criterios partidistas en el ejercicio de la función pública.

¿Será una utopía inalcanzable para Colombia, el concebir un Estado moderno donde el partido triunfante en unas elecciones gobierne sin considerar los puestos públicos como un botín, y donde la burocracia esté regida por una carrera administrativa, con criterios objetivos e imparciales de servicio a la comunidad?

2. La debilidad de nuestra Democracia representativa

La anarquía y la violencia como forma de expresión de los conflictos, dominan la vida colombiana. Esta situación responde a causas complejas y tiene un trasfondo social y económico; sin embargo, el talón de Aquiles desde el punto de vista político lo encontramos en la ineficacia de los mecanismos de representación y en la escasa participación política y electoral de la mayoría de los colombianos.

Las democracias han predicado sistemáticamente la igualdad de las personas. Sin embargo, el sufragio estuvo limitado

por razones de sexo⁴, por razones económicas y de acuerdo con el grado de instrucción⁵, tanto en nuestro país como en los demás de Latinoamérica y Europa. Hoy en día, la única limitación que subsiste en Colombia es la edad⁶.

O sea que, desde el punto de vista formal, todos los ciudadanos mayores de dieciocho años tienen la libertad y la posibilidad de elegir y de ser elegidos; no obstante, en la realidad colombiana estos derechos sólo son ejercidos por una minoría, como se desprende del análisis a continuación:

2.1 *La Democracia Interna de los Partidos*

Son escasos, por no decir inexistentes, los mecanismos de consulta a los adherentes de los partidos tradicionales con el propósito de elaborar programas o de escoger candidatos, aún para las elecciones de alcaldes y de presidentes. Las plataformas ideológicas y programáticas no son objeto de análisis y compromiso con los electores, lo cual redundaba en la ausencia de propuestas políticas bien diferenciadas.

Los cuadros directivos de los partidos permanecen en forma indefinida, y a menudo, son hereditarios, ya que el sistema actual permite, por ejemplo, que el cargo de congresista

4. El Acto Legislativo No. 3 de 1954 otorgó a la mujer el derecho activo y pasivo del sufragio.
Para votar el plebiscito del 1.º de diciembre de 1957 se convocó a todos los varones y mujeres colombianos mayores de 21 años; sin embargo, en el artículo 1.º del mismo se dispuso: "Las mujeres tendrán los mismos derechos políticos de los varones".
5. La Constitución de 1886 disponía en su artículo 173: "Los ciudadanos que sepan leer y escribir o tengan una renta anual de quinientos pesos, o propiedad inmueble de mil quinientos, votarán para electores y elegirán directamente representantes".
El Acto Legislativo No. 3 de 1910 disminuyó las condiciones económicas de los sufragantes a una renta anual de trescientos pesos, o propiedad raíz de valor de mil pesos.
La Constitución de 1936 suprimió estas condiciones.
6. Hasta el año 1975, la edad para adquirir la ciudadanía era los veintiún años; a partir del Acto Legislativo No. 1 de ese año, son ciudadanos los colombianos mayores de 18 años.

sea prácticamente vitalicio. Las reelecciones sucesivas se aseguran a través de los auxilios parlamentarios, de las cotizaciones de los funcionarios públicos a los fondos de los partidos, y de los beneficios que los políticos logran repartir entre su clientela, como puestos, becas, préstamos, contratos, licencias, etc.

El cúmulo de mandatos en cabeza de las mismas personas restringe la posibilidad de participación en la política, la cual se convierte así en actividad de unos pocos. Son frecuentes los casos de congresistas que a su vez son diputados y además concejales de varios municipios, los cuales muchas veces no visitan durante el término de su mandato. No es raro, de otra parte, que entren a formar parte del Ejecutivo a través de nombramientos en ministerios, en gobernaciones, o que se conviertan en titulares de algún cargo diplomático, o que estén, de paso, en la Corte Suprema o en el Consejo de Estado.

El contacto de los electores con los elegidos es inexistente; éstos pueden cumplir o no cumplir sus promesas electorales, que nunca se les podrá reclamar o revocar la elección.

Los factores mencionados han hecho que los sectores populares se encuentren cada vez más alejados de los partidos, los cuales tienen formas de organización, movilización y proselitismo heredados del siglo pasado y no constituyen canales eficaces de expresión.

2.2 *La escogencia de los candidatos*

Los directorios políticos compuestos por quienes tienen cargos en las corporaciones públicas designan los delegados a las convenciones; a su vez, estos delegados eligen a quienes los nombran, de acuerdo con las cuotas que corresponden en las listas a cada uno de los caciques, en un círculo vicioso interminable.

Así, la elaboración de listas se efectúa en forma previa a la convención por los directorios, de manera caprichosa y sin consultar la base de los simpatizantes de cada partido. Es fácil

comprobar la escasa movilidad que existe en la escogencia de candidatos de las diferentes corrientes y grupos políticos.

Lo anterior se pone de manifiesto aún más por la existencia del sistema de listas cerradas: de acuerdo con él, los votantes no tienen la posibilidad de escoger nombres de diferentes listas, o de tachar aquellos candidatos de una lista que no sean de su preferencia, o de cambiar el orden de los mismos, como puede hacerse en otros países⁷. No es posible tampoco que un ciudadano lance su nombre en forma independiente, con programas e iniciativas propios, (pero la tendencia a listas casi unipersonales por parte de las fracciones de los partidos compensa algo la imposición de los directores).

El resultado de esta situación es que la función de las elecciones sea sólo refrendar escogencias hechas u opciones ya tomadas por procedimientos autocráticos.

2.3 *La financiación de las campañas*

La libertad del voto implica que el elector no esté sometido a presiones que puedan falsear el sentido de las elecciones, tales como la compra de votos, la intimidación o el fraude, prácticas bastante comunes en determinadas regiones.

Hemos visto cómo aumentan cada vez más los costos de las campañas políticas, hasta el punto de que sólo teniendo una gran fortuna, u obteniendo dineros de diversas fuentes, puede aspirarse a una curul en el Congreso, o a ser alcalde o concejal de una ciudad.

Los aspirantes adquieren así compromisos con sus financiadores, lo cual les resta obviamente independencia en el

7 En Francia, por ejemplo, en los municipios de menos de 30.000 habitantes, pueden existir varias listas y los electores pueden mezclarlas. DUCAMIN, Bernard. "La libertad de los municipios de Francia hoy". Conferencia dictada en Cali. Anales del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, No. 40, 1981, págs. 574 y siguientes.

ejercicio de sus cargos una vez elegidos y limita su visión de conjunto en interés de la comunidad.

De esta manera, las elecciones se convierten en un negocio, donde los candidatos se venden como productos, mediante una publicidad ilimitada en cine, televisión, radio, vallas, afiches, banderas, globos y todo tipo de objetos con los cuales se trata de crearles una imagen. Cada día nos alejamos más del ideal de las elecciones como certámenes serios, donde el pueblo elige a sus representantes con base en ideas y programas, escogiendo entre las soluciones que le proponen los diferentes candidatos, la que más conviene a su grupo social, o la de mayor interés para la comunidad.

Este fenómeno no es característico únicamente de Colombia. El periodista Christian de Brie lo comenta en varios países occidentales: "Es necesario mucho dinero hoy para gozar del derecho de hablar y de participar en el debate. En veinte años, el monto de los gastos electorales ha sido multiplicado por diez para alcanzar el millar de francos en las elecciones nacionales en Francia, en Alemania, en el Reino Unido, en Italia, el millar de dólares en los Estados Unidos donde el costo de una curul de senador pasó de dos a tres millones de dólares entre 1982 y 1986. Para la elección presidencial francesa de 1988, se estima que los tres candidatos principales dispusieron cada uno de 200 a 300 millones de francos". En los Estados Unidos se estima que el 90% de los fondos son suministrados por el 1% de la población; y, concluye Brie: "Este dinero va naturalmente a aquellos que defienden sus intereses"⁸.

De otra parte, como ya se dijo, la administración pública es botín de los partidos, por la ausencia de una verdadera carrera administrativa; para tener acceso al servicio y para lograr estabilidad y ascensos es necesario afiliarse a un partido. La forma como el partido cobra estos favores, es mediante las deducciones del salario para sus fondos.

8 DE BRIE, Christian. "Combien coûte un Candidat?", La Communication Victime des Marchands, Le Monde Diplomatique, Manière de Voir 3, pág. 13.

Lo mismo sucede con los contratistas del Estado en todos sus niveles: los políticos colaboran en la adjudicación, a cambio de un porcentaje para sus grupos.

Estas prácticas, además de ilegales e ilícitas, son arbitrarias, motivos por los cuales deben ser abolidas en forma radical.

Los auxilios que reparten los congresistas, los diputados y los concejales a veces han llegado a convertirse en un verdadero cáncer de la democracia; en gran medida no llegan a su destino, distrayéndose en la financiación de los partidos y las campañas. Esta fuente de inmoralidad y de corrupción alcanza a veces formas delictuales.

2.4 El acceso a los medios de comunicación

Es significativo el impacto de los medios de comunicación en la escogencia que hacen los electores, hasta el punto de que constituyen el principal factor de propaganda de un partido o de un candidato.

Comenta al respecto Ignacio Ramonet: "La televisión ha impregnado totalmente, volteado al revés el campo de la política. Dirigentes y militantes, candidatos y electores, todos saben que el juez supremo es el ojo de las cámaras y que la actuación en la pantalla será determinante. El ciudadano se borra detrás del telespectador; y el discurso político se simplifica, se bestializa en nombre de las sacrosantas reglas de la "comunicación maximal"⁹. Por fortuna, hasta el momento no se han autorizado en nuestro medio los anuncios de propaganda electoral, cuyo objetivo resume así Rosser Reeves: "Yo imagino que el elector ante la urna duda como en una farmacia cuando se trata de escoger entre dos pastas dentífricas. El escogerá finalmente la marca de la cual se le ha hablado más"¹⁰.

9 RAMONET, Ignacio. "Télévision et Politique", *La Communication Victime des Marchands*, *Le Monde Diplomatique*, Manière de Voir 3, pág. 10.

10 Citado por RAMONET, Ignacio, op. cit., pág. 11.

Estos fenómenos modernos de comunicación hacen que deban establecerse reglas de juego claras sobre el acceso que deban tener los diferentes grupos políticos a los medios.

En relación con la prensa, es obvio que la libertad de expresión sólo puede ejercerse por los propietarios de periódicos o de revistas, o quienes éstos acepten en calidad de colaboradores o de empleados. Pero se echa de menos la existencia de un código ético de la profesión de periodista que asegure la imparcialidad y la objetividad en la presentación de las noticias y sanciones graves a quienes incurran en calumnia o injuria.

En cuanto a los medios de comunicación de propiedad del Estado —la radiodifusión sonora y la televisión—, sólo los concesionarios o el Gobierno tienen la posibilidad de manifestar sus ideas y opiniones a través de ellos, colocando al resto de los ciudadanos en condición de receptores pasivos.

Algo se avanzó en este sentido con el mandato contenido en la Ley 58 de 1985, al posibilitar el acceso gratuito de los partidos y agrupaciones registrados a espacios en la televisión y en la radiodifusión oficial. Sin embargo, estas medidas no son suficientes, pues la estructura de propiedad de los medios y los oligopolios crecientes en los mismos crean una situación de desigualdad evidente entre las distintas corrientes políticas y de opinión. De otra parte, la mencionada ley no confiere suficientes atribuciones al Consejo Nacional Electoral, como se ha puesto de manifiesto en pronunciamientos recientes, ni crea mecanismos para limitar el costo de las campañas.

2.5 *El resultado es la abstención*

Como lo confirman los datos sobre la participación en las elecciones, quienes eligen son realmente una minoría. Por ejemplo, en los últimos diez años, los votantes para corporaciones públicas escasamente llegaron al 40% de su potencial y en las elecciones para Presidente de la República si acaso alcanzaron al 50%, como se aprecia en los siguientes cuadros de la Registraduría Nacional del Estado Civil:

VOTACION DE HOMBRES Y MUJERES
Elecciones para Corporaciones Públicas
Años 1958 a 1986

Años	Hombres	%	Mujeres	%	TOTAL
1958	2,154,112	59	1,501,362	41	3,655,474
1960	1,670,709	66	871,942	34	2,542,651
1962	1,872,866	61	1,217,337	39	3,090,203
1964	1,388,255	61	872,935	39	2,261,190
1966	1,737,487	59	1,205,887	41	2,943,374
1968	1,502,039	60	1,001,200	40	2,503,239
1970	2,346,392	58	1,707,922	42	4,054,314
1972	1,769,496	59	1,231,987	41	3,001,483
1974	2,825,776	55	2,310,414	45	5,136,190
1976	1,971,307	58	1,400,314	42	3,371,621
1978	2,388,014	56	1,860,725	44	4,248,739
1980	2,360,630	55	1,894,789	45	4,255,419
1982	3,067,607	54	2,579,826	46	5,647,433
1984	3,103,292	54	2,607,917	46	5,711,209
1986	3,697,382	53	3,286,463	47	6,983,845

**RESULTADO DE LA VOTACION
ELECCIONES DE 1933 A 1984**

Años	Senado	Cámara	Asambleas	Consejos Intendenciales	Consejos Comisariales	Concejos Municipales
1933	—	—	—	—	—	856.261
Total de votación	—	—	—	—	—	—
Potencial de sufragantes	—	—	—	—	—	—
Porcentaje de votación	—	—	—	—	—	—
1935	—	430.728	560.765	—	—	682.326
Total de votación	—	430.728	560.765	—	—	682.326
Potencial de sufragantes	—	1.288.441	1.288.099	—	—	—
Porcentaje de votación	—	33%	45%	—	—	—
1937	—	550.726	534.544	—	—	645.051
Total de votación	—	550.726	534.544	—	—	645.051
Potencial de sufragantes	—	—	1.601.404	—	—	1.692.004
Porcentaje de votación	—	—	33%	—	—	38%
1939	—	919.569	—	—	—	706.682
Total de votación	—	919.569	—	—	—	706.682
Potencial de sufragantes	—	—	—	—	—	—
Porcentaje de votación	—	—	—	—	—	—
1941	—	885.525	—	—	—	800.776
Total de votación	—	885.525	—	—	—	800.776
Potencial de sufragantes	—	—	—	—	—	—
Porcentaje de votación	—	—	—	—	—	—
1943	—	882.647	—	—	—	735.367
Total de votación	—	882.647	—	—	—	735.367
Potencial de sufragantes	—	—	—	—	—	—
Porcentaje de votación	—	—	—	—	—	—

Años	Senado	Cámara	Asambleas	Consejos Intendenciales	Consejos Comisariales	Concejos Municipales
1945	—	875.856 2.279.510 38%	—	—	—	780.584 2.372.136 33%
1947	1.465.012 2.613.586 56%	1.472.697 2.613.586 56%	1.443.739 2.613.586 55%	—	—	1.330.108 2.653.860 50%
1949	—	1.719.440 2.773.804 62%	1.719.440 2.773.804 62%	—	—	1.719.440 2.773.804 62%
1951	936.138	934.580	—	—	—	—
1953	—	1.028.323	—	—	—	—
1958	3.655.474 5.365.191 68%	3.693.939 5.365.191 69%	3.610.010 5.365.191 67%	—	—	—
1960	—	2.542.661 4.397.541 58%	2.492.561 4.397.541 57%	—	—	—

Años	Senado	Cámara	Asambleas	Consejos Intendenciales	Consejos Comisariales	Concejos Municipales
1962	3.080.056	3.090.203	3.025.102	43.884	—	—
Potencial de sufragantes	5.338.868	5.338.868	5.242.497	96.371	—	—
Porcentaje de votación	58%	58%	58%	46%	—	—
1964	—	2.261.190	2.199.237	42.559	—	2.261.190
Total de votación	—	6.135.628	6.024.778	88.838	—	6.135.628
Potencial de sufragantes	—	—	—	—	—	—
Porcentaje de votación	—	37%	37%	48%	—	37%
1966	2.817.863	2.939.222	2.903.679	23.079	—	—
Total de votación	6.609.639	6.609.639	6.542.489	42.227	—	—
Potencial de sufragantes	—	—	—	—	—	—
Porcentaje de votación	44%	44%	44%	55%	—	—
1968	—	2.496.455	2.462.768	19.296	—	66.726
Total de votación	—	6.996.723	6.696.723	—	—	—
Potencial de sufragantes	—	—	—	—	—	—
Porcentaje de votación	—	37%	37%	29%	—	—
1970	3.967.006	3.980.201	3.897.179	45.063	—	3.698.815
Total de votación	7.666.716	7.666.716	7.556.468	110.248	—	7.630.588
Potencial de sufragantes	—	—	—	—	—	—
Porcentaje de votación	52%	52%	52%	41%	—	48%
1972	—	—	2.947.125	38.359	—	2.978.372
Total de votación	—	—	8.125.977	104.929	—	8.203.438
Potencial de sufragantes	—	—	—	—	—	—
Porcentaje de votación	—	—	36%	37%	—	36%
1974	5.106.775	5.100.099	4.948.155	89.061	—	4.988.040
Total de votación	8.926.330	8.926.330	8.767.793	148.857	—	8.871.613
Potencial de sufragantes	—	—	—	—	—	—
Porcentaje de votación	57%	57%	57%	60%	—	56%

Años	Senado	Cámara	Asambleas	Consejos Intendenciales	Consejos Comisariates	Concejos Municipales
1976						
Total de votación	—	—	3.265.974	58.195	6.581	3.324.023
Potencial de sufragantes	—	—	9.466.567	161.152	20.424	9.588.018
Porcentaje de votación	—	—	35%	36%	32%	35%
1978						
Total de votación	4.169.834	4.180.121	4.063.020	78.028	9.843	4.171.886
Potencial de sufragantes	12.519.719	12.519.719	12.269.015	221.068	29.636	12.468.779
Porcentaje de votación	33%	33%	33%	35%	33%	33%
1980						
Total de votación	—	—	4.130.802	74.707	9.862	4.192.079
Potencial de sufragantes	—	—	12.251.577	185.846	30.134	12.415.181
Porcentaje de votación	—	—	34%	40%	33%	34%
1982						
Total de votación	5.579.367	5.584.037	5.472.686	70.798	14.621	5.545.311
Potencial de sufragantes	13.721.607	13.721.607	13.533.277	147.320	41.010	13.662.228
Porcentaje de votación	41%	41%	40%	48%	36%	41%
1984						
Total de votación	—	—	5.592.300	65.411	12.019	5.652.148
Potencial de sufragantes	—	—	14.675.240	166.079	43.504	14.828.105
Porcentaje de votación	—	—	38%	39%	28%	38%

**VOTACION PARA PRESIDENTE DE LA REPUBLICA
AÑOS 1914 A 1982**

<i>Años</i>	<i>Votación</i>	<i>Potencial sufragantes</i>	<i>% Votación</i>
1914	337.597	—	—
1918	401.175	—	—
1922	670.053	—	—
1926	370.926	—	—
1930	824.530	—	—
1934	942.309	—	—
1938	513.520	1.700.171	30.20
1942	1.147.806	2.056.366	55.82
1946	1.366.005	2.450.596	55.74
1949	1.140.646	2.866.339	39.79
1958	3.108.567	5.386.981	57.71
1962	2.634.840	5.404.765	48.75
1966	2.649.258	6.611.352	40.07
1970	4.036.458	7.683.785	52.53
1974	5.212.133	8.964.472	58.14
1978	5.075.719	12.580.851	40.34
1982	6.840.392	13.734.093	49.81

¿La abstención significa apatía, desinterés u oposición al sistema? En cualesquiera de estos casos, quienes no votan, tampoco se sienten realmente comprometidos con los resultados electorales, con lo cual las elecciones no aseguran la legitimación necesaria de las autoridades.

Una participación política considerable redundaría necesariamente en cambios, por cuanto es mayor la presión de los votantes. Por el contrario, la despolitización favorece el orden establecido, el inmovilismo, el conservadurismo, porque finalmente las decisiones quedan en manos de unos pocos.

A su vez, la abstención ha sido bandera de los grupos guerrilleros, justamente por los vicios de la democracia representativa. O sea que favorece la lucha armada como única vía para hacer o presionar los cambios.

3. La incipiencia de mecanismos de democracia participativa

En nuestra historia constitucional no han existido tradicionalmente formas de participación comunitaria. Sólo en una ocasión se ha convocado un plebiscito en toda nuestra vida republicana y recientemente se crearon algunos mecanismos de participación a nivel local.

3.1 *El plebiscito*

Existe una tendencia a complementar la democracia representativa con mecanismos de democracia semidirecta. En la teoría política moderna se considera que la participación del cuerpo electoral en la toma de decisiones, acorta la distancia entre el poder teórico y el poder real.

El origen del plebiscito se remonta a Roma, donde los plebeyos se reunían en las plazas de mercado, con el fin de reclamar sus derechos y hacer peticiones; estas asambleas se llamaron "Concilia plebis". La Ley Hortensia en el siglo III dispuso la obligatoriedad de las decisiones acordadas por el pueblo, las cuales vinculaban a todos los ciudadanos, sin distinción de clase.

"No cabe duda de que la democracia, en un pueblo poco inclinado a las especulaciones políticas, no tuvo en Roma expresión cabal. Sin embargo, la función legislativa confiada a los ciudadanos, el mismo cuerpo electoral deliberante, constituyen una manera de aproximación del pueblo a sus decisiones, cuya influencia difícilmente se podrá desconocer en la evolución posterior de las ideas democráticas"¹¹.

11 URIBE VARGAS, Diego. *El Referéndum*, Antares-Tercer Mundo, Bogotá D. E., 1967, pág. 26.

En Suiza el referéndum existe en el nivel cantonal y en la Federación, y a partir de la Constitución de 1802 ha tenido un gran desarrollo, tanto en el orden constitucional como en el legislativo.

En Europa en general, este sistema del referéndum apareció después de la Primera Guerra Mundial, destacándose entre las primeras naciones que lo incorporaron en su contexto constitucional Alemania (Baviera, Prusia, Sajonia), Austria, Letonia, Irlanda y España.

En la Constitución Francesa de la Quinta República (1958), se consagró expresamente para cualquier proyecto de ley relativo a la organización de los poderes públicos, o que implique la aprobación de un acuerdo de comunidad, así como los que tiendan a autorizar la ratificación de un tratado que, sin ser contrario a la constitución, incida sobre el funcionamiento de las instituciones. También prevé que la revisión de la Constitución sólo es definitiva cuando es aprobada por referéndum.

En Colombia, la Junta Militar de Gobierno originada en el movimiento que culminó el 10 de mayo con la derrota del dictador Gustavo Rojas Pinilla, convocó en el año 1957 a todos los varones y mujeres colombianos para votar una reforma constitucional que instauró la paridad política de los partidos liberal y conservador en la administración pública y el sistema de gobierno llamado Frente Nacional.

Sin embargo, en el artículo 13 del plebiscito se dispuso que "en adelante las reformas constitucionales sólo podrían hacerse por el Congreso, en la forma establecida por el artículo 218 de la Constitución", cerrando el paso así a posteriores reformas mediante el mismo procedimiento.

Cabe anotar que la Corte Suprema de Justicia en dicha ocasión se declaró incompetente para revisar la constitucionalidad del decreto que convocó al plebiscito, por su naturaleza jurídica, por radicar su fundamento en la facultad derivada del estado de necesidad para cumplir los fines de la revolución¹².

12 Gaceta Judicial, Tomo 86, páginas 442 a 448.

Posteriormente, en el año 1978, la Corte declaró inexecutable el Acto Legislativo 2 de 1977 en el cual se convocaba a una Asamblea Constituyente, sin que previamente se hubieran modificado de manera expresa los artículos de la Constitución que regulan el procedimiento de reforma constitucional (art. 218 de la Constitución y artículo 13 del plebiscito).

La Corte sustentó su decisión con el argumento de que el Congreso no podía subdelegar "a un organismo extraño, creado por él, sin competencia para hacerlo" el poder de reformar la Constitución¹³.

Dentro del estudio realizado para dictar el fallo sobre inexecutable del Acto Legislativo No. 1 de 1979¹⁴, la Corte Suprema se refiere al carácter de derivado que tiene el poder constituyente del Congreso, en los siguientes términos: "En Colombia no existen poderes absolutos, soberanos o indefinidos que a su talante escojan los medios o formas para obrar. Al contrario, el artículo 2o. de la Constitución enseña que la soberanía reside esencial y privativamente en la Nación, que de ella emanan los poderes públicos y que su ejercicio debe sujetarse a los dictados del propio estatuto fundamental. Se trata pues de poderes derivados y reglados, ya que el político o primigenio le pertenece exclusivamente a la Nación. Ello se predica inclusive de la potestad constituyente que le corresponde al Congreso, cuyos derroteros marca de modo expreso la Carta Fundamental".

Acusados nuevamente el Acto Plebiscitario de diciembre 1o. de 1957 y los decretos legislativos números 247 y 251 del mismo año, la Corte se declaró inhibida nuevamente para proferir decisión de fondo en 1987¹⁵ y sustentó así su posición:

13 Sentencia del 5 de mayo de 1978, Sala Plena.

14 Sentencia del 3 de noviembre de 1981, *Revista Foro Colombiano*, Tomo XXVI, primer semestre 1982, págs. 5 y ss.

15 Sentencia de junio 9 de 1987. *Revista Foro Colombiano*, Tomo XXXVII, segundo semestre de 1987, págs. 140 y ss.

1. Cuando la Nación, en ejercicio de su poder soberano e inalienable, decide pronunciarse sobre el estatuto constitucional que habrá de regir sus destinos, no está ni puede estar sometida a la normatividad jurídica que antecede a su decisión. El acto constituyente primario es, en tal sentido, la expresión de la máxima voluntad política, cuyo ámbito de acción por su misma naturaleza, escapa a cualquier delimitación establecida por el orden jurídico anterior y, por ende, se sustrae también a todo tipo de juicio que pretenda compararlo con los preceptos de ese orden.

2. La nación constituyente, no por razón de autorizaciones de naturaleza jurídica que la hayan habilitado para actuar sino por la misma fuerza y efectividad de su poder político, goza de la mayor autonomía para adoptar las decisiones que a bien tenga en relación con su estructura política fundamental.

3. Cuando se apela a la Nación y ésta, en efecto, hace sentir su voz para constituir o reconstituir dicha estructura, adopta una decisión de carácter político que, por serlo, es inapelable y no susceptible de revisión jurídica. Aun en el caso de posibles violaciones del orden preestablecido por parte de quienes hubieren convocado al constituyente originario, la manifestación de éste hace inútil e improcedente todo posterior pronunciamiento jurisdiccional en torno a la validez de la convocatoria.

El presidente Virgilio Barco en el mes de enero de 1988 propuso al país que los ciudadanos, en las elecciones del 13 de marzo, decidieran la derogatoria o no del artículo 13 del plebiscito del 1.º de diciembre de 1957. En referéndum posterior, se someterían a la voluntad popular, las reformas constitucionales necesarias.

Luego de algunas reacciones políticas a esta propuesta, el 20 de febrero del mismo año se celebró el Acuerdo de la Casa de Nariño entre el doctor Barco y el Jefe del partido social conservador doctor Misael Pastrana. Este acuerdo contenía cuatro etapas: la creación de una comisión preparatoria del proceso de reajuste institucional, compuesta por miembros del gobierno y de cada uno de los partidos; convocatoria

del Gobierno al Congreso a sesiones extraordinarias para elegir los miembros de la Comisión de reajuste institucional y estudiar y aprobar la convocatoria a un referéndum; trabajo de la comisión de reajuste institucional sobre los meses de mayo y septiembre; referéndum del 9 de octubre de 1988 para someter el proyecto de reforma al pueblo¹⁶.

Este acuerdo fue suspendido provisionalmente por el Consejo de Estado mediante auto dictado por el doctor Guillermo Benavides Melo, con fundamento en los siguientes argumentos: 1) El Acuerdo de la Casa de Nariño es un acto administrativo de carácter preparatorio; establece un procedimiento dirigido única y exclusivamente a la celebración de un referéndum para que el pueblo decida sobre el proyecto de reforma constitucional que se le someterá. 2) Ese referéndum es inconstitucional: la Carta Fundamental únicamente puede ser reformada de la manera como ella misma, de modo preciso, determina en su canon 218, en armonía con el artículo 13 del plebiscito de 1957. 3) Los actos administrativos de que trata el Acuerdo persiguen fines inconstitucionales, por lo cual deben suspenderse en prevención¹⁷.

A partir de este pronunciamiento del Consejo de Estado, se ha considerado que la única forma de reformar la Constitución es por el procedimiento que la misma establece en su artículo 218.

3.2 *La iniciativa popular en las reformas legislativas y constitucionales*

El texto aprobado en primera legislatura por el Congreso confiere la posibilidad de tener la iniciativa de las leyes, exceptuadas aquellas que sólo pueden ser dictadas o reformadas a iniciativa del Gobierno, a:

16 El Acuerdo de la Casa de Nariño. Revista *Derecho Colombiano*. Tomo 57, abril de 1988, No. 316, págs. 375 a 381.

17 Revista *Foro Colombiano*. Tomo XXXVI, primer semestre de 1988.

a. El pueblo, mediante proyecto suscrito por más de cincuenta mil ciudadanos;

b. Los partidos políticos debidamente reconocidos que no hubieren obtenido representación en el Congreso;

c. Las asociaciones de la producción y del trabajo;

d. Las universidades legalmente reconocidas a través de la Asociación Colombiana de Universidades.

El proyecto será aprobado, modificado o negado por el Congreso.

Si bien la iniciativa legal en cabeza de algunos sectores comunitarios, constituye un avance en cuanto puede dar lugar a la discusión pública y a la formación de opinión sobre temas de interés general, el hecho de que la decisión la tome el Congreso, en la forma en que está compuesto, no garantiza la aprobación de grandes reformas.

En cuanto a las reformas constitucionales, el proyecto aprobado en primera vuelta establece tres procedimientos:

1. Por acto legislativo aprobado en dos períodos de sesiones ordinarias, en primero y segundo debates en las Comisiones y Cámaras correspondientes.

En este evento la iniciativa corresponde a cualesquiera de las dos Cámaras, a los Ministros del Despacho, a los partidos políticos debidamente reconocidos que no hubieren obtenido representación en el Congreso y a las asociaciones de la producción o del trabajo con personería jurídica.

2. Por referéndum convocado por ley a iniciativa del Gobierno. La ley contendrá el texto que se someterá a referéndum.

Cabe anotar que en el proyecto presentado por el Gobierno existía la convocatoria al referéndum, por solicitud de quinientos mil ciudadanos.

3. Mediante una Asamblea Constituyente convocada por Acto Legislativo, en el cual se establecerán las atribuciones, la composición y el funcionamiento de ésta.

Aunque la norma pretende una apertura democrática al conferir alguna participación a los ciudadanos en la reforma de la Constitución, en los tres procedimientos mencionados la decisión está en manos del Congreso: en el procedimiento ordinario, en forma definitiva; en el segundo, la única posibilidad de los ciudadanos es aprobar o improbar un texto que se le somete; en el tercero, la Asamblea Constituyente, compuesta como lo disponga el Congreso, debe actuar dentro del marco que éste le determine. Esto pone en duda la posibilidad de lograr las importantes reformas que se requieren, por ejemplo justamente en relación con las corporaciones públicas, el sistema electoral, las incompatibilidades.

3.3 Mecanismos de participación a nivel local

3.3.1 Las Consultas Populares

Estas consultas fueron autorizadas por el Acto Legislativo No. 1 de 1986 "para decidir sobre asuntos que interesen a los habitantes del respectivo distrito municipal".

Aunque todavía no han tenido aplicación alguna, seguramente constituirán un avance importante en las relaciones de los ciudadanos con el poder local y propiciarán la preocupación de los mismos por las necesidades y las soluciones inmediatas de su entorno. Constituye, pues, un mecanismo valioso de expresión de las colectividades locales, pero no existe algo similar a nivel departamental o nacional. Aunque el ex presidente López sugirió la utilización de este tipo de consulta para efectuar una reforma constitucional, es claro que su ámbito sólo alcanza al nivel municipal.

3.3.2 Las juntas administradoras locales

Si bien estas juntas fueron creadas por la reforma constitucional de 1968, hasta la expedición de la Ley 11 de 1986

no habían tenido desarrollo legislativo alguno. Estos organismos carecen de facultad decisoria, ya que se limitan a *proponer* la inclusión de partidas en el presupuesto, *recomendar* la aprobación de impuestos y contribuciones, *vigilar y controlar* la prestación de los servicios, *sugerir* a las autoridades la expedición de medidas y velar por su cumplimiento; y *cumplir por delegación del Concejo* lo conveniente para la administración del área de su jurisdicción. Sin embargo, constituyen una forma importante de establecer canales de información entre la comunidad y las autoridades, y a través de éstos, un principio, así sea precario, de participación de la comunidad en la búsqueda de soluciones a los problemas que la afectan.

En una evaluación que hizo El Espectador sobre la forma como estas juntas se han desarrollado en la práctica, concluye que "a pesar del deseo descentralista manifestado por los alcaldes populares, en la mayoría de los municipios aún no se ha convocado su elección; donde se ha hecho, son inoperantes y prevalece la burocracia y el clientelismo". O sea que "o no han funcionado, o no han sido elegidas, o las han tomado los gamonales"¹⁸.

No es por tanto suficiente permitir que haya voceros de la comunidad en la administración; si se quiere que la participación de ésta sea real, es necesario purificar los mecanismos de representación política, para que estas juntas no caigan en las garras del clientelismo y de los intereses privados.

3.3.3 *La contratación con entidades sin ánimo de lucro*

La Ley 11 de 1986 prevé la posibilidad de que los Municipios celebren convenios con entidades sin ánimo de lucro, para el cumplimiento o la ejecución de determinadas funciones y obras.

Es loable la intención de esta ley de vincular estas entidades privadas al desarrollo y mejoramiento de los municipios mediante su participación en el ejercicio de las funciones y la

18 Sábado 10 de junio de 1989, Sección B, pág. 1B.

prestación de los servicios que se hallen a cargo de éstos. Sin embargo, por la forma tan amplia como está concebido este mecanismo, podría degenerar en caos y desorden administrativo, donde no pueda distinguirse entre la gestión propiamente oficial y pública y la privada en cabeza de entidades contratistas. Las Juntas de Acción Comunal podrán cumplir eficazmente el propósito de esta ley, en la medida en que superen el clientelismo y logren la independencia de gamonales y politiqueros, como parece que se lo han propuesto en los últimos tiempos.

3.3.4 *Participación en las Juntas o Consejos Directivos de las Entidades Descentralizadas Municipales*

La composición de las juntas o consejos directivos de los establecimientos públicos y de las empresas industriales o comerciales encargados de la prestación directa de los servicios municipales, prevista por la reciente reforma municipal, incluye una tercera parte compuesta por delegados de entidades cívicas o de usuarios del servicio o servicios cuya prestación corresponda a los citados establecimientos o empresas.

Esta es una medida benéfica, al menos teóricamente; pero será necesario un proceso de toma de conciencia de la población sobre este instrumento que tiene en sus manos; de lo contrario, los representantes de la comunidad terminarán siendo representantes de roscas, de clientelas políticas o simplemente de los contratistas. Nuestros temores a este respecto tienen fundamento en la poca tradición existente en el país sobre formas de asociación y de trabajo puramente cívicas.

Estas formas de democracia participativa o directa a nivel municipal no han tenido mayores desarrollos en la práctica hasta el momento, ni existen a otros niveles.

Tampoco se han establecido, o son incipientes y débiles, las formas de democratización social, por ejemplo en la empresa, en la escuela, en la universidad. Las Juntas de Acción Comunal, con trayectoria importante en el país, han sido reflejo e instrumento del clientelismo partidista, lo cual ha desvirtuado su finalidad de asociaciones de interés comunitario.

Para la mayoría de los ciudadanos, no existe acceso a las diferentes instancias decisorias del Estado, ni está dentro de su cultura política la posibilidad de tener incidencia y sentirse responsables de las decisiones que afectan a la comunidad. Por eso tampoco se sienten suficientemente comprometidos con estas decisiones, para acatarlas y respetarlas debidamente.

4. La rigidez del centralismo y el caciquismo regional

Las instituciones coloniales fueron caracterizadamente centralistas e intervencionistas, como resultado del absolutismo político y del mercantilismo económico.

El municipio castellano, trasplantado a América, se convirtió en el foro para la independencia, con los célebres cabildos abiertos, en los cuales surgieron los primeros brotes de autodeterminación de las provincias. Sin embargo, sólo a mediados del siglo XIX se incrementa la autonomía local en materia fiscal.

Las constituciones del siglo pasado reflejan las luchas de los partidos entre la orientación centralista y autoritaria y descentralista y autónoma. Así, las Constituciones de 1821, 1830, 1832 y 1843 son claramente autoritarias, la de 1853 es descentralista y la de 1863, federalista.

La Constitución de 1886 instaura finalmente el centralismo y el régimen presidencial. "La idea del orden y el propósito de hacer prevalecer la autoridad domina el panorama constitucional que en rigor impone, mediante disposiciones de excepción, una dictadura constitucional"¹⁹.

Se establece así un orden jerárquico muy claro, donde el poder central limita al Departamento y éste al Municipio, anulando la autonomía de este último.

19 MORA OSEJO, Humberto. "El proceso de descentralización política, fiscal y administrativa de los municipios de Colombia". Modernización del Estado, Departamento Administrativo del Servicio Civil, pág. 43.

El tema de la descentralización viene debatiéndose en el país desde hace varios años: las ventajas son claras para las grandes ciudades, con recursos fiscales importantes. Sin embargo, al lado de estas urbes autosuficientes, existen pueblos, ciudades intermedias y regiones enteras en situación de extrema pobreza, sin recursos fiscales y humanos que puedan garantizar una administración eficiente. Estos últimos requieren como es obvio la presencia del poder central y la existencia de medidas que aseguren la igualdad y el equilibrio. Otro inconveniente de la descentralización puede llegar a ser la fragmentación del poder del Estado y su consiguiente debilitamiento, en detrimento del interés general. No es menos grave dentro del esquema descentralista, el fortalecimiento que éste puede acarrear de la "mediación clientelista"²⁰.

Sin desconocer los elementos mencionados, analizaremos a continuación la forma como ha evolucionado recientemente la organización municipal y departamental, hacia una mayor descentralización.

Existe una gestión democrática en las entidades territoriales, cuando se reúnen tres elementos²¹:

1. Un marco territorial antiguo;
2. Una organización democrática;
3. Amplitud de funciones o poderes.

20 El trabajo de Fernán González sobre "Descentralización, Clientelismo y Estructura Tributaria" contiene críticas importantes a los criterios en boga sobre la descentralización. En las conclusiones plantea que "tampoco parece ser muy obvio que la 'devolución' del poder a los gamonales y políticos profesionales sea un mecanismo democratizante: estas medidas serían un simple fortalecimiento de la mediación clientelista, cuya ineficacia para solucionar los problemas regionales es cada vez más notoria. No parece muy claro que el clientelismo local sea más eficiente que el centralizado, ni que se evite la politiquería traspasando las decisiones locales a los politiqueros locales". CINEP, Documentos Ocasionales, No. 6, marzo 1983.

21 POYER, Jacques. "Los Servicios Públicos Locales en Francia". Modernización del Estado, Departamento Administrativo del Servicio Civil, pág. 79.

Veremos entonces la forma como estos elementos se dan en nuestras entidades territoriales:

4.1 *Un marco territorial antiguo*

La Constitución de 1886 proclama que la forma de reconstituirse la Nación no es ya la de la Confederación de Estados soberanos, sino la de República unitaria.

Las nueve secciones que componían la Unión Colombiana, denominadas Estados y Territorios nacionales, conservarán los mismos límites, bajo la denominación de Departamentos, y el territorio, junto con los bienes públicos que de él forman parte, pertenecerá en adelante a la Nación.

O sea que los Departamentos, desde 1886 partes territoriales de la República, fueron sucesores de los Estados Federales de la Constitución de 1863, en su nombre geográfico y sus límites.

La misma Constitución de 1886 creó la división de los departamentos en provincias, para el servicio administrativo, y éstas en distritos municipales.

Quiso la Constitución de esta manera, crear un orden jerárquico en todas las operaciones de la administración pública, formando escalas de autoridades y de funciones, consultando como lo dijo don José María Samper, la Naturaleza y la Historia: "Sus leyes determinan el agrupamiento o la distribución de las poblaciones, las analogías que se notan en las razas y sus variedades, los límites que han de señalarse para las demarcaciones territoriales, y todo lo demás que importa consultar para dar a los pueblos una administración provechosa"²².

Este engranaje fue parcialmente modificado por el Acto Legislativo No. 1 de 1945, por el cual se suprimieron las pro-

22 Derecho Público Interno de Colombia. Tomo II. Biblioteca Banco Popular, Bogotá, 1974, pág. 395.

vincias y se concedió a la estructura municipal un lugar más destacado.

Se establecieron en la Constitución de 1886, mediante norma que fue modificada por el Acto Legislativo No. 1 de 1968, las condiciones prácticas, sin las cuales ningún departamento existente puede ser desmembrado, ni otros pueden ser creados.

En desarrollo de esta disposición, los departamentos se han más que duplicado, muchas veces por presiones puramente políticas, o porque una ciudad acusa un crecimiento que la hace "sentir" que debe ser capital de departamento (como en los casos de Pereira o Armenia), o porque su clase política desea tener representación en el Congreso Nacional.

Aunque algunos departamentos tienen en su origen una identidad étnica, antropológica, cultural, geográfica, económica, muchos de ellos han sido creados en forma arbitraria, simplemente porque logran demostrar el cumplimiento de los requisitos constitucionales, sobre todo en lo relacionado con la población y las rentas.

A diferencia de los departamentos, los municipios en su gran mayoría tienen una clara identidad histórica, ya que su origen está en la misma colonización española y desde los principios de la sociedad civil organizada, se los ha reconocido como la célula más importante de la organización política, la cual se ha consolidado notablemente.

Durante cien años se realizan varias formas constitucionales: la de 1910, la de 1936, la de 1945 y la de 1968, dentro de la tendencia a la descentralización administrativa, territorial y por servicios, pero siempre en el contexto constitucional centralista y presidencialista, hasta llegar a la elección popular de alcaldes en 1986 que rompe este esquema tradicional.

4.2 Una organización democrática

Analizaremos a continuación la forma como el principio de la democracia se cumple en la actualidad, a partir de un aspecto que consideramos de mucha importancia:

Las formas de elección

En algunas constituciones descentralistas del siglo pasado se estableció la elección popular de alcaldes, en especial las expedidas con fundamento en la Constitución de la Nueva Granada de 1853, la cual confirió autonomía a las provincias.

La Constitución de 1886 le dio a los alcaldes el doble carácter de agentes del gobernador y mandatarios del pueblo. Esta calificación de mandatario del pueblo fue suprimida por el Acto Legislativo No. 3 de 1910 y se reemplazó por la de jefe de la administración municipal, de libre nombramiento y remoción de los Gobernadores.

El Acto Legislativo No. 1 de 1986 incluyó entre los cargos de elección directa de los ciudadanos el de los alcaldes municipales (artículo 171 de la Constitución), reiteró el carácter de Jefes de la Administración Municipal de estos funcionarios, suprimiendo aquél de agentes del Gobernador (artículo 200) y para estos cargos estableció un período de dos años sin posibilidad de reelección (artículo 201).

A pesar del origen popular que se le da a los Alcaldes, el mismo Acto Legislativo confiere al Presidente de la República en el caso del Alcalde del Distrito Especial de Bogotá y a los Gobernadores, Intendentes y Comisarios en relación con los demás alcaldes, la facultad de suspenderlos o destituirlos, en los casos taxativamente señalados por la ley.

El artículo 17 de la Ley 78 de 1986 establece las causas de destitución y suspensión, las cuales han sido objeto de críticas muy razonables²³.

Tenemos entonces que ha habido un claro fortalecimiento de la autonomía municipal, al establecer el voto directo de los ciudadanos para la elección de alcaldes, al suprimir su calidad de agentes de los gobernadores y al conferirles un período fijo para el ejercicio del cargo.

No sucede lo mismo con los gobernadores, los cuales encarnan el centralismo político, como agentes del Gobierno

23 MORA OSEJO, Humberto, op. cit., pág. 50.

que son (artículo 181), elegidos por el Presidente de la República (artículo 120 ordinal 5o.), y de su libre nombramiento y remoción.

Finalmente, dentro del análisis del grado de democracia existente en la gestión de las entidades territoriales, debe reconocerse la importancia, al menos teórica, de la elección directa, tanto de los Concejos Municipales como de las Asambleas Departamentales. Y decimos teórica, por cuanto es innegable que el sistema electoral de listas para las corporaciones y los mecanismos internos de los partidos para la selección de los candidatos, han constituido tradicionalmente obstáculo para la participación de grandes sectores de población y han propiciado la abstención, como tuvimos la ocasión de comentarlo en capítulo anterior.

4.3 La amplitud de funciones o poderes y de recursos

4.3.1 Los Municipios

Las finanzas de los Municipios han sido fortalecidas en forma significativa por disposiciones tributarias de los últimos años: la Ley 14 de 1983, en cuanto al impuesto predial, estableció un reajuste de los avalúos catastrales de los bienes inmuebles y un sistema de avalúos automático para el futuro. Además, le confiere más autonomía a los Concejos para establecer las tarifas del impuesto. La misma ley fortaleció el impuesto de industria y comercio —y el de avisos y tableros—, dándole elementos de caracterización más precisos y lo extendió a las entidades del sector financiero.

En la misma fecha en que se expidió la Ley 11 de 1986 “por la cual se dicta el estatuto básico de la administración municipal y se ordena la participación de la comunidad en el manejo de los asuntos locales”, el 16 de enero de dicho año, se expidió también la Ley 12, por la cual se dispuso incrementar progresivamente la cesión del impuesto a las ventas (I.V.A.) del 30.5% del producto anual en 1986, al 50% en 1992, a los Municipios. Se trasladaron funciones de la Nación a los Municipios y se determinó que la totalidad de los ingre-

Los nuevos que éstos recibirían, deberán destinarse a proyectos de inversión claramente especificados. La transferencia a los Municipios de menos de 100.000 habitantes es proporcionalmente mayor, al establecerse que recibirán el 84% de la cesión adicional a partir de 1992. En los municipios donde la mayoría de la población vive por fuera de la cabecera municipal, es obligatorio invertir en el área rural al menos el 50% de los recursos asignados. En los Municipios de menos de 100.000 habitantes, donde la mayoría de la población vive en la cabecera, deberá destinarse al menos el 20% a inversiones en sus zonas rurales.

En síntesis, la Ley 12 de 1986 busca descentralizar ingresos y gastos, aumentar la inversión, favorecer a los Municipios de menor desarrollo relativo y, dentro de éstos, a la población de las áreas rurales. De acuerdo con los cálculos efectuados, los recursos adicionales, en pesos de 1986, que estarán transfiriéndose en el año 1992 a los Municipios, serán de por lo menos \$40.000'000.000. De ahí la importancia de lograr la máxima eficiencia en la utilización de estos recursos²⁴.

En ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas al Gobierno por la Ley 12, se dictó una serie de medidas para trasladar funciones específicas, relacionadas con distintos sectores, así:

Sector de agua potable y saneamiento ambiental

Se traslada a los Municipios la prestación de los servicios de agua potable, saneamiento básico, mataderos públicos, aseo público y plazas de mercado; por lo tanto, se liquida el Instituto de Fomento Municipal, asignando al Ministerio de Obras Públicas sus funciones rectoras y normativas, y se reestructura el Instituto Nacional de Salud.

24 AUTONOMIA MUNICIPAL. Tomo III. Presidencia de la República. Enero de 1987, pág. 25.

Sector Salud

Se trasladan a los Municipios las funciones de construcción de obras civiles y mantenimiento integral de las instituciones del primer nivel de atención médica — que corresponde a los centros y puestos de salud y hospitales locales — y de los centros de bienestar del anciano. Para este efecto se prevén los respectivos acuerdos de los Municipios con los Servicios Seccionales de Salud. Al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar se le agregan las funciones de ejecutar en colaboración con los Municipios programas de construcción de edificios y espacios dedicados a la protección de la niñez en barrios subnormales, programas de nutrición y complementación alimentaria para ancianos y menesterosos y prestar asesoría técnica y apoyo financiero a los Municipios para la realización de programas de construcción y sostenimiento de centros de bienestar para estos últimos.

Sector Agropecuario

Se busca facilitar la adjudicación de tierras baldías, se delega en los Municipios la prestación de la asistencia técnica integral a pequeños productores y a usuarios del INCORA y se crean algunos mecanismos para extender la acción del Fondo de Desarrollo Rural Integrado DRI.

Sector Educativo

Se traslada a los Municipios la función de construcción, dotación y mantenimiento de los planteles escolares de educación básica primaria, secundaria y media vocacional y de las instalaciones deportivas y recreativas, manteniendo en el nivel nacional las funciones de planeación, control y vigilancia a los Municipios. Se reformaron en consecuencia algunas dependencias del Ministerio de Educación, del Instituto Colombiano de Construcciones Escolares (ICCE) y del Instituto Colombiano de la Juventud y el Deporte (Coldeportes).

Sector de Vivienda y Desarrollo Urbano

Para fortalecer la descentralización en materia urbana, se refuerza en el Ministerio de Desarrollo su función de dirigir la

política nacional de desarrollo urbano y de vigilar su aplicación. Se faculta al Instituto de Crédito Territorial para cofinanciar programas de vivienda popular en asocio con los Municipios; asimismo, se fortalecen las oficinas regionales de esta entidad, mediante una mayor participación de los Municipios en las decisiones e incremento en la capacidad decisoria de los gerentes regionales. Las Empresas de Desarrollo Urbano pasarán del orden nacional al municipal y en sus órganos de administración hay una mayor representación local. Se traslada a los Municipios la función de vigilancia de la ejecución de las obras y el otorgamiento de permisos para la enajenación de inmuebles destinados a vivienda, anteriormente a cargo de la Superintendencia Bancaria.

Sector de Obras Públicas y Transporte

Se cede a los Municipios la responsabilidad de construir, administrar y mantener vías y parques urbanos, casas de cultura e inmuebles locales que estaban a cargo de entidades del orden nacional. Se establecen mecanismos de cofinanciamiento para la construcción y mantenimiento de caminos vecinales. En cuanto al transporte, se asigna a los alcaldes la reglamentación, el control y las sanciones referentes al transporte urbano y suburbano de pasajeros y mixto.

Para el cumplimiento de estos objetivos, se introducen cambios en las siguientes entidades: Fondo Vial Nacional, Fondo de Inmuebles Nacionales, Dirección de Navegación y Puertos, Fondo Nacional de Caminos Vecinales e Instituto Nacional del Transporte.

Seguridad

Se faculta a los Concejos Municipales para crear en la estructura administrativa municipal, una dependencia destinada a organizar la Guardia Cívica Local; ésta tiene a su cargo la función de velar por el cumplimiento de las funciones de algunos empleados del Municipio, la inspección de los establecimientos públicos descentralizados, el control de precios y márgenes de comercialización de productos, el propender por

el cumplimiento del Código Sustantivo del Trabajo, vigilar las normas sobre arrendamientos, etc.

Reformas complementarias

Se suprimen funciones a cargo de las Corporaciones Autónomas Regionales a partir de 1990 (artículo 7o. de la Ley 12 de 1986), exceptuando los programas de reforestación de cuencas y hoyas hidrográficas, de alcantarillados y las referentes al sector eléctrico de la CVC, la CRQ y CORNARE.

El 2.0% de los recursos cedidos se canalizará hacia la Escuela Superior de Administración Pública para programas de información, consultoría, capacitación y asesoría a los Municipios.

De otra parte, al Instituto Geográfico Agustín Codazzi se le atribuyen funciones de docencia e investigación en materia de superficie terrestre y de su aplicación en las ramas geográficas, catastrales, forestales, de clasificación agrológica de los suelos y de diseño de construcción en obras civiles.

Es innegable que con estas medidas descentralistas, se ha dotado a los Municipios por primera vez de autonomía, no sólo funcional sino también presupuestal. Será necesario evaluar en unos años si estas medidas, unidas a la participación comunitaria en la vigilancia de los recursos del Municipio, redundarán en factor de cambio político y social, o si serán por el contrario, un factor de aumento del caciquismo y del clientelismo local.

4.3.2 Los Departamentos

La situación a nivel departamental es bien diferente: las funciones de los Departamentos han disminuido en forma notoria.

En cuanto a las *Asambleas*, consideradas por el ex presidente Alfonso López Michelsen como el "contentillo" que Rafael Núñez les dejó a los amigos del federalismo en la refor-

ma de 1886²⁵, de cuarenta y tres funciones que les señalaba la Ley 4a. de 1913, el artículo 62 del Decreto Ley 1222 de 1986 sólo les deja dieciocho.

De otra parte, las normas introducidas por la reforma constitucional de 1968 (artículo 187 de la Constitución) confieren la iniciativa en el gasto público al Gobernador del Departamento, a la cual se subordina la actividad de las Asambleas en los siguientes aspectos:

— La fijación de los planes y programas de desarrollo económico y social departamental, así como los de obras públicas (2o.);

— La determinación de las estructuras de la administración departamental, las funciones de las diferentes dependencias y las escalas de remuneración (5o.);

— La creación de los establecimientos públicos, sociedades de economía mixta y empresas industriales y comerciales (6o.);

— La expedición anual del presupuesto de rentas y gastos del Departamento (7o.);

Las atribuciones restantes carecen de autonomía, son residuales, subordinadas;

— Reglamentar de acuerdo con los preceptos constitucionales y legales, la prestación de los servicios a cargo del Departamento;

— Fomentar, de acuerdo con planes y programas generales, las empresas, industrias y actividades convenientes al desarrollo cultural, social y económico del Departamento, y que no correspondan a la Nación o a los Municipios;

25 GONZALEZ, Fernán. *Controversia*. Constituyente I: Consolidación del Estado Nacional, CINEP, 1977, pág. 6.

— Crear y suprimir Municipios, segregar o agregar términos municipales y fijar límites entre los distritos, llenando estrictamente los requisitos que establezca la ley;

— Organizar la Contraloría Departamental y elegir Contralor para un período de dos años;

— Reglamentar lo relativo a la policía local en todo aquello que no sea materia de disposición legal;

— Autorizar al Gobernador para celebrar contratos, negociar empréstitos, enajenar bienes departamentales y ejercer, pro tempore, precisas funciones de las que corresponden a las Asambleas;

— Las demás funciones que les señalen la Constitución y las leyes.

El artículo 62 del Decreto Ley 1222 de 1986 contiene, entre las funciones de las Asambleas, disposiciones desuetas como el fomento de la construcción de vías férreas, como la reglamentación del repartimiento o la enajenación o destino de los terrenos baldíos cedidos al Departamento²⁶.

En cuanto a *los Gobernadores*, aunque poseen la doble calidad de agentes del Gobierno y de jefes de la Administración Seccional, su poder de tutela sobre los alcaldes elegidos popularmente estará bastante restringido. Sin embargo, conservan la iniciativa en el gasto conferida por la reforma constitucional de 1968 y tienen la calidad de miembros de los Consejos Regionales de Planificación.

Existe también el peligro, dentro del actual esquema de organización territorial, de que un gobernador bloquee la acción de un alcalde de diferente filiación a la suya, o que no sea de sus simpatías, o no le facilite los recursos necesarios o no le preste la suficiente colaboración en su gestión.

26 No hay baldíos departamentales en la actualidad, ya que la Ley 137 de 1959 los cedió a los Municipios.

A pesar de la situación descrita, en que se encuentran los Departamentos, éstos manejan cuantiosos recursos: el Decreto Ley 2222 de 1986 contiene los siguientes impuestos departamentales: Impuesto de timbre sobre los vehículos automotores; al consumo de licores; al consumo de cigarrillos y tabaco; a la gasolina; sobre los premios de loterías; sobre la venta de loterías; de registro y anotación; de previsión social; sobre eventos hípicas, deportivos y similares. Las Asambleas se encuentran autorizadas para ordenar la emisión de estampillas "Prodesarrollo departamental" y "Proelectrificación rural". También son recursos de los Departamentos los provenientes de la contribución de valorización, los cuales deben invertirse en la construcción de las obras; de las loterías y de los juegos de apuestas permanentes.

Otra fuente de ingresos departamentales es el situado fiscal, establecido por el artículo 182 de la Constitución, norma que data de la reforma constitucional de 1968, la cual pretende racionalizar la repartición de competencias para la prestación de los servicios entre la Nación y las entidades territoriales y la asignación de recursos de la Nación a las mismas conforme a los planes y programas que se establezcan. El sistema pretendía poner fin a los improvisados traslados de fondos que se hacían a través de las leyes de auxilios y permitir una racional repartición de servicios, pero en la práctica no ha operado, pues la ley hasta el momento no ha sido expedida.

La pérdida del protagonismo de los Departamentos en la vida regional, se ha hecho evidente en los últimos años, por la creación de diferentes organismos, los cuales mencionamos a continuación:

a. *Las Entidades Descentralizadas*

Con el objeto de descentralizar la prestación de los servicios, se han creado entidades descentralizadas que han sustraído una serie de funciones a los Departamentos. Es así como en la actualidad existen ciento sesenta y tres entidades descentralizadas, doce fondos rotatorios y ciento veintidós entidades descentralizadas indirectas.

b. *Las Corporaciones Autónomas Regionales*

Estas Corporaciones se han creado como un mecanismo de desarrollo económico y social, con prescindencia del Departamento, ya que se trata de entidades del orden nacional. En la mayoría de estas Corporaciones no tienen representación las Asambleas Departamentales.

c. *Las Areas Metropolitanas y las Asociaciones de Municipios*

Creadas por el Acto Legislativo No. 1 de 1968, las áreas metropolitanas pretenden ser entidades geográficas y sociológicas, para la mejor administración o prestación de servicios públicos de dos o más Municipios de un mismo Departamento. Dispone el artículo 198 de la Carta, que la ley podrá organizarlas como tales, bajo autoridades y regímenes especiales, con su propia personería, garantizando una adecuada participación de las autoridades municipales en dicha organización.

La misma norma permite también las asociaciones de Municipios entre sí para la prestación de los servicios públicos, de acuerdo con las normas y las condiciones fijadas por la ley. Y como algo insólito, prevé la Constitución que las Asambleas, a iniciativa del Gobernador, podrán hacer obligatoria tal asociación, conforme a la ley, cuando la más eficiente y económica prestación de los servicios así lo requiera. Esta norma contradice la autonomía de los Municipios y contraría la esencia misma del derecho de asociación, el cual de suyo, como todo derecho, debe ejercerse a voluntad y no por obligación.

d. *Las Regiones de Planificación*

La Ley 76 de 1985 contiene las normas básicas sobre las Regiones de Planificación Regional, las cuales podrán estar conformadas por todo o parte del territorio correspondiente a los departamentos, intendencias y comisarías. Sus funciones se relacionan con la participación de las regiones en la prepa-

ración de los planes regionales que deben incluirse como parte del Plan Nacional de Desarrollo Económico y Social, la debida coordinación institucional a todos los niveles, la participación de las regiones en la elaboración del presupuesto de inversión anual de la Nación, la planificación equilibrada del desarrollo de las regiones, el fortalecimiento de la integración económica y social de las entidades territoriales que conforman cada región, la dotación de instrumentos suficientes y eficaces a las regiones a fin de que cuenten con mayor capacidad y autonomía en la administración de su propio desarrollo.

Estos Consejos están compuestos por el Presidente de la República o su delegado, el Jefe y el Subjefe del Departamento Administrativo Nacional de Planeación o sus delegados y los Gobernadores, Intendentes o Comisarios de las entidades territoriales que constituyen la región de planificación.

Como puede verse, los diputados de las Asambleas no forman parte de estos Consejos, los cuales están coordinados por un funcionario del orden nacional nombrado por el Gobierno Nacional.

Hasta la fecha han sido creadas las siguientes regiones de planificación:

La Región de Planificación de la Costa Atlántica, conformada por el territorio correspondiente a los departamentos de Atlántico, Bolívar, Córdoba, Magdalena, Sucre, Guajira y Cesar y a la intendencia especial de San Andrés y Providencia. (Ley 76 de 1985).

El Decreto Ley 3083 de 1986 creó la Región de Planificación de la Amazonia, conformada por el territorio correspondiente al departamento del Caquetá, la intendencia del Putumayo y la comisaría del Amazonas.

El Decreto Ley 3084 de 1986 creó la Región de Planificación de la Orinoquia, conformada por el territorio correspondiente al departamento del Meta, las intendencias de Arauca y Casanare y las comisarías de Guainía, Guaviare, Vaupés y Vichada.

El Decreto Ley 3085 de 1986 creó la Región de Planificación del Occidente colombiano, conformada por el territorio correspondiente a los departamentos de Antioquia, Caldas, Cauca, Chocó, Nariño, Quindío, Risaralda y Valle del Cauca.

El Decreto Ley 3086 de 1986 creó la Región de Planificación del Centro-Oriente colombiano, conformada por el territorio correspondiente a los departamentos de Boyacá, Cundinamarca, Huila, Norte de Santander, Santander y Tolima.

e. *Los Consejos de Rehabilitación*

El Plan Nacional de Rehabilitación fue concebido por el presente gobierno como una estrategia fundamental de la política de cambio para beneficiar a las personas y zonas que han estado al margen de la atención del Estado, y crear las condiciones para la normalización y la reconciliación nacional.

Con el objeto de reorientar la inversión pública, se han constituido veinte Consejos Departamentales de Rehabilitación y doscientos setenta y nueve municipales.

El Gobierno ha considerado que éste es un mecanismo descentralizado de participación popular que extiende la democracia a la discusión sobre las inversiones del Estado. Es así como en los Consejos de Rehabilitación tienen voz y voto más de 2.000 organizaciones comunitarias, campesinas, cívicas, indígenas y gremiales, más de 600 representantes de nuestros partidos tradicionales y de movimientos políticos nuevos, 300 representantes de la Iglesia y más de 60 entidades públicas²⁷.

Es necesario evaluar estos mecanismos de participación comunitaria, así como el papel de las Asambleas Departamentales como organismos de representación popular, "remedios

27 *Dos años de cambio*. Informe del Presidente de la República Virgilio Barco, al Congreso Nacional. 20 de julio de 1968, pág. 44.

de asambleas legislativas de la época federal"²⁸, dentro de estos nuevos esquemas y mecanismos de descentralización.

5. La ausencia de equilibrio entre los poderes

Es notoria la preeminencia del Ejecutivo sobre el Legislativo, no sólo por las características del sistema presidencialista, sino porque lo ha ido reemplazando en la labor de legislar.

La recurrencia al ejercicio de facultades extraordinarias, o el desarrollo de la labor legislativa con recurso al estado de emergencia económica y social y al estado de sitio, ya forman parte de nuestras costumbres institucionales.

Esta pasividad del Legislativo se explica por muchos motivos: la ocupación prioritaria de los congresistas es asegurar su reelección, a través de una intensa labor de proselitismo con su clientela; a veces desempeñan, además, simultáneamente, la función de concejales o de diputados; otra ocupación es el "turismo parlamentario" a otros países. De ahí que exista mucho ausentismo por parte de los legisladores, quienes dedican muy poco tiempo a legislar.

A los aspectos mencionados se añade la carencia de elementos técnicos, por lo cual a menudo se expiden leyes sin mayor respaldo o contenido científico, o que no tienen en cuenta las prioridades que deberían establecerse con base en estudios sistemáticos sobre las diversas materias objeto de ellas.

El Gobierno es el responsable directo ante la comunidad y el período presidencial de sólo cuatro años no permite dar espera a que se cumplan los trámites de por sí lentos y dispendiosos para la formación de las leyes. Cabe agregar a lo anterior que el Legislativo responde a una mentalidad más

28 Denominación dada por el ex presidente Alfonso López Michelsen a las Asambleas Departamentales. GONZALEZ, Fernán. *Controversia*. Constituyente I: Consolidación del Estado Nacional, CINEP. 1977, pág. 6.

tradicional, es más susceptible a las presiones de los intereses privados y se resiste más a los cambios que el Ejecutivo. Esto hace que la actuación del Congreso en general pueda calificarse como bastante reaccionaria²⁹.

A pesar de que en la Constitución se reconozcan derechos y libertades o se dispongan mecanismos para dictar planes de desarrollo que sirvan de fundamento al gasto público, el desarrollo legislativo de muchas disposiciones es inexistente o incompleto, o no consulta el bien de la comunidad, lo cual impide su concreción en la realidad. Y como lo expresó el Consejero de Estado de Francia Jacques Boutet, hace algunos años en Cali: "Ante todo el problema de la garantía de las libertades está en saber si el legislador se limitará a recordar por una declaración de derechos unos preceptos que permanecerán abstractos y sin aplicación práctica o si el legislador dará un texto preciso y al mismo tiempo muy protector de las libertades públicas con un contenido muy concreto en relación con estas declaraciones de derechos del hombre"³⁰.

29 Como ejemplo de la actitud conservadurista del Congreso, tenemos el caso de la radiodifusión:

El Ejecutivo, con fundamento en facultades extraordinarias, dictó en el año 1983 el Decreto Ley 222, el cual incluyó entre los contratos administrativos de concesión, el de servicio de radiodifusión sonora. Por primera vez dispuso que esta contratación debía hacerse mediante una licitación pública, sometida a un plan general de radiodifusión y que, en igualdad de condiciones, se preferiría al proponente que no fuese concesionario de servicios de radiodifusión en el lugar donde fuera a funcionar la emisora. Se buscaba así una mayor imparcialidad en las adjudicaciones y tratar de evitar la formación de oligopolios o el fortalecimiento de los ya existentes.

En consecuencia con lo anterior, el mismo decreto prohibió la cesión de los contratos de telecomunicaciones.

Pues bien, el año siguiente, el Congreso dispuso mediante la Ley 51 de 1984, que los concesionarios de contratos para el servicio de radiodifusión sonora, podrían transferir sus derechos, previa autorización del Ministerio de Comunicaciones. Esta ley ha permitido la venta de los derechos de Radio Sutatenza a la empresa Caracol; y del Grupo Radial Colombiano a una secta religiosa de origen norteamericano, lo cual hubiera sido imposible bajo el régimen establecido por el Decreto Ley 222.

30 "El Juez Administrativo y la Protección de las Libertades". Anales del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, No. 40. Cali 1981, pág. 565.

A su vez, el Legislativo y el Ejecutivo están en una posición de preeminencia en relación con la rama jurisdiccional, la cual no ha sido dotada de los elementos esenciales para el ejercicio de sus atribuciones. El resultado de esta situación es uno de los mayores problemas que afronta el país: la precariedad de la justicia y la impunidad.

6. Las deficiencias de los controles

Nuestra Constitución ha previsto una serie de controles, cuya finalidad es limitar los poderes atribuidos a las ramas del Poder Público, los cuales a nivel teórico son coherentes, pero en la práctica de nuestras instituciones funcionan en forma bastante deficiente:

6.1 *El control político*

Este tipo de control ejercido teóricamente por el Congreso sobre las actuaciones del Gobierno, se ha desvirtuado en la práctica por el continuo "soborno" del Gobierno al Congreso. Es ya inveterada la costumbre en nuestra vida institucional, que la forma de catalizar la oposición o de acallar las críticas, o de lograr una votación para un proyecto de ley, sea mediante el nombramiento de los congresistas o de sus seguidores en cargos ejecutivos o en la diplomacia.

El cúmulo de funciones, además de ser un factor de por sí excluyente al concentrar en las mismas personas las calidades sucesivas y a veces concomitantes de parlamentario, ministro, embajador, magistrado, impide además la movilidad dentro de los mismos partidos y la posibilidad de nuevos actores, en la vida política e institucional.

Esta práctica nociva le resta independencia a las ramas del poder público, desvirtuando el verdadero sentido del principio de la separación de los poderes, o sea, "que el poder controle al poder".

6.2 El control ejercido por la Contraloría o por la Procuraduría

El Procurador General y el Contralor, deberían ser funcionarios absolutamente imparciales e independientes. Sin embargo, su elección por el Congreso está rodeada de negociaciones y componendas partidistas, lo cual redundaría posteriormente en ineficacia, parcialidad y politiquería en el desarrollo de las gestiones de las entidades; no sólo por falsedad, sino por omisión o sesgo.

Se cae así con frecuencia en una "violencia moral" al notificar por la prensa a funcionarios inocentes sobre pliegos de cargos, debido a manipulaciones politiqueras; o a crear expectativas sobre "robos" a instituciones que luego no son comprobados, o si lo son, nadie resulta responsable.

Estas actuaciones constituyen grave detrimento a la honra de personas honestas y traen como consecuencia la pérdida de credibilidad en las gestiones de los funcionarios y de confianza en las instituciones, a veces sin fundamento alguno.

Por el contrario, las investigaciones son con frecuencia demoradas o declaradas prescritas, cuando se trata de proteger a personas que sí han incurrido en conductas ilegales, pero que pertenecen a un determinado grupo político. Procederes como los anteriores han llevado a una falta de credibilidad generalizada en este tipo de controles.

No se trata sin embargo con estos comentarios, de desconocer la labor, a título personal, que han efectuado algunos procuradores, en relación con la lucha contra el narcotráfico, la guerra sucia o los paramilitares.

6.3 Los controles jurisdiccionales

6.3.1 El control de constitucionalidad por la Corte Suprema

En nuestro país existe un amplio sistema de controles jurisdiccionales sobre los actos del Ejecutivo, los cuales cons-

tituyen una limitación importante a la arbitrariedad y una garantía para el ejercicio de las libertades y los derechos. Sin embargo, en la práctica a veces resultan inoperantes o insuficientes, como veremos a continuación:

Los controles ejercidos por la Corte Suprema de Justicia son los más importantes para asegurar el imperio de la Constitución y como garantía de la existencia de un Estado de Derecho.

Mediante el control previo, la Corte es árbitro de las divergencias entre el Legislativo y el Ejecutivo, al fallar las objeciones de inconstitucionalidad.

El control posterior es obligatorio y automático sobre los decretos legislativos del estado de sitio y sobre los decretos legislativos de emergencia económica y social. Y es voluntario, mediante el ejercicio de la acción popular de inconstitucionalidad por cualquier ciudadano, sobre las leyes, los decretos extraordinarios, los decretos especiales, y sobre los decretos de aprobación de los planes y programas de desarrollo.

No es posible, dentro del actual ordenamiento constitucional, demandar los decretos legislativos expedidos durante el estado de sitio o el estado de emergencia económico y social, pues el único control existente sobre ellos es el automático, el cual, por su misma naturaleza, no incluye el juzgamiento del acatamiento por estos ordenamientos de todas y cada una de las normas constitucionales. Por eso se echa de menos la posibilidad de que cualquier ciudadano pueda solicitar la declaratoria de inexequibilidad de estos decretos, con posterioridad.

Asimismo, en los últimos años hemos asistido al debate sobre la constitucionalidad de los tratados ratificados por Colombia y específicamente sobre la extradición, y la Corte Suprema se ha declarado incompetente, con razón, para adelantar su juzgamiento de fondo, con las consecuencias de violencia por parte del narcotráfico sobre jueces y magistrados. Una mayor claridad y certidumbre jurídica se lograría de existir la posibilidad de un pronunciamiento por la Corte

Suprema sobre la exequibilidad de los Tratados, antes del respectivo canje de notas.

Otro laberinto jurídico en el cual nos hemos metido los colombianos se relaciona con el procedimiento para reformar la Constitución. Aunque la Corte Suprema se ha considerado competente en los últimos años para juzgar los aspectos formales, esta atribución no está prevista en el artículo 214, por lo cual sería conveniente llenar este vacío.

6.3.2 *El control ejercido por el Consejo de Estado y los Tribunales de lo Contencioso Administrativo*

En cuanto a los controles ejercidos por el Consejo de Estado y los Tribunales de lo Contencioso Administrativo, existe un control previo sobre los actos municipales y un control posterior sobre los decretos autónomos y sobre los actos administrativos del orden nacional, departamental, municipal, intendencial y comisarial.

La jurisdicción de lo contencioso administrativo puede ser, y en ocasiones lo ha sido efectivamente, la gran defensora de las libertades públicas, en especial, de la libertad de prensa, del derecho a la información, de la carrera administrativa; y en ocasiones ha condenado a la Nación a cuantiosas indemnizaciones por excesos de las Fuerzas Militares o de policía, por ejemplo en casos de torturas, o de muertes de ciudadanos.

Aunque ha habido una tradición de cierta independencia de los organismos jurisdiccionales en relación con los otros dos poderes, la ausencia de una carrera judicial —que apenas comienza a implantarse en ciertos niveles— y los nombramientos paritarios, le restan autonomía. Asimismo, la cooptación como forma de renovación de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, dan lugar a clientelismos políticos, regionales, universitarios, o a simple amiguismo en los nombramientos.

Lo mismo puede decirse de la falta de especialización en derecho público y la frecuente aplicación de criterios de derecho privado en este tipo de juzgamientos.

De otra parte, la eficacia del control ejercido por la jurisdicción contenciosa sobre los actos de la Administración, se ve restringida por los procedimientos largos, costosos y dispendiosos, en muchos aspectos calcados del derecho procesal civil. ¿De qué sirve una suspensión provisional de un acto ilegal si se dicta varios meses después, cuando éste ya ha surtido todos sus efectos? Con frecuencia los fallos se convierten en triunfos simplemente morales de los demandantes, por estas demoras.

La jurisdicción contenciosa debería estar más al alcance de la población de bajos recursos, los procesos deberían ser más sencillos, cortos y ceñidos más a la búsqueda de la equidad que a los formalismos.

Los controles jurisdiccionales son pues a veces mediatizados o ineficaces por las circunstancias anotadas, y carecen de la confianza que deberían tener por parte de los ciudadanos, la mayoría de los cuales en la práctica no tiene acceso a ellos.

SEGUNDA PARTE

LA INEFICACIA DEL ESTADO COLOMBIANO PARA GARANTIZAR LOS DERECHOS HUMANOS

1. Evolución histórica de los Derechos Humanos.
Su reconocimiento internacional y su consagración
en nuestra Constitución

1.1 *Evolución histórica del concepto de Derechos Humanos*

Desde el Código de Hammurabi y las leyes atenienses algunos derechos del hombre son exaltados y respetados; sin embargo, el filósofo más caracterizado de la antigua Grecia, Aristóteles, consideraba como diferencias naturales las que separaban a libres y esclavos, griegos y bárbaros; y sólo reconocía en los griegos libres la completa condición humana¹.

En el IUS ROMANORUM encontramos declaraciones garantizando al ciudadano romano una serie de derechos. Ulpiano afirmaba que "por lo que atañe al derecho natural, los hombres son iguales"; y las Institutas de Justiniano decían que "por derecho natural, todos los hombres nacen originalmente libres".

1 Sobre la evolución histórica de los derechos humanos se encuentran resúmenes en *Enciclopedia Jurídica OMEBA*, Tomo VIII, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, pág. 337. Y en el *Diccionario de Política* dirigido por Norberto Bobbio y Nicola Mattencci, Siglo Veintiuno Editores, págs. 514 y ss.

En la Epístola de San Pablo a los Gálatas (III, 28) este concepto de igualdad tiene un contenido religioso, mas no político: "No hay judío, ni griego; no hay siervo ni libre; no hay varón ni hembra; porque todos vosotros sois uno en Cristo Jesús".

En Inglaterra los aristócratas obtuvieron algunas garantías en la "Carta de las Libertades" en 1.100; en 1.215 Juan Sin Tierra firmó algunas peticiones de los barones y más tarde la "Carta Magna"; ésta limita el poder real, así como el de los barones "sobre sus propios hombres": "ningún hombre libre será aprisionado, ni despojado de sus bienes, ni lesionado de ninguna manera. . . salvo por leal juicio de sus pares, conforme a las leyes del país". En la "Petition of Right" impuesta en 1628 a Carlos I, se precisa que ningún hombre libre puede ser arrestado, ni detenido, sin formalidad judicial. En 1679 se firma el "Habeas Corpus Act", el cual constituirá la piedra capital de las libertades públicas inglesas.

Las normas del IUS GENTIUM constituyen también antecedentes importantes de los conceptos modernos de los derechos humanos.

El teólogo y jurista español Francisco de Vitoria (1480-1546) utiliza el razonamiento jurídico, las consideraciones morales y el valor cívico, para defender los derechos de los "indios recientemente descubiertos" frente a los de sus conquistadores castellanos.

A pesar de la evolución descrita en el concepto de los derechos humanos, la idea de que la totalidad de los hombres tienen unos derechos que pueden oponer a los otros hombres, al grupo social al cual pertenecen y al poder que se ejerce en este grupo, es una idea nueva en las sociedades humanas.

En los Estados Unidos la Declaración de Filadelfia y la de Independencia de 1776 hablan de los derechos naturales del hombre: vida, libertad y propiedad, a los cuales le agregan la búsqueda de la felicidad. Las primeras palabras de la Declaración de Independencia escritas por Thomas Jefferson decían: "Sostenemos como verdades evidentes que todos los hombres nacen iguales; que a todos les confiere su creador

ciertos derechos inalienables entre los cuales están la vida, la libertad y la consecución de la felicidad; que para garantizar esos derechos, los hombres instituyen gobiernos que derivan sus justos poderes del consentimiento de los gobernados; que siempre que una forma de gobierno tiende a destruir esos fines, el pueblo tiene derecho a reformarla o a abolirla, a instituir un nuevo gobierno que se funde en dichos principios y a organizar sus poderes en aquella forma que a su juicio garantice mejor su seguridad y su felicidad”².

A pesar de estos criterios tan definitivos sobre la igualdad de todos los hombres, tuvieron que pasar muchos años en los Estados Unidos hasta la abolición de la esclavitud. Y ha sido la obra lenta y persistente de la Corte Suprema el acabar con las formas de discriminación contra los negros y por razones de sexo³. En efecto, para *los fundadores*, la igualdad existía únicamente para los hombres blancos; el mismo Thomas Jefferson escribía que la más pura de las democracias tendría que excluir a las mujeres, “quienes, para prevenir la depravación de la moral y ambigüedad del asunto, no podían mezclarse promiscuamente en las reuniones públicas de los hombres”⁴.

En 1835, Alexis de Tocqueville describía las dificultades para la igualdad entre los blancos y los negros, aun en aquellas regiones donde se había abolido la esclavitud, por los prejuicios raciales: “Los modernos, después de haber abolido la esclavitud tienen, pues, que destruir tres prejuicios mucho más intangibles y más tenaces que ella: el prejuicio del amo, el prejuicio de la raza y, en fin, el prejuicio del blanco”. Se pregunta más adelante: “¿Si la desigualdad creada solamente por la ley es tan difícil de desarraigar, cómo destruir aquella

2 S. E. MORISON y H. S. COMMAGER. *Historia de los Estados Unidos de Norteamérica*, F.C.E., México, 1951, pp. 195-196.

3 GLENN A. PHELPS, ROBERT A. POIRIER. *Demandas Constitucionales Permanentes*. Ediciones PRISMA S.A., México, 1988, Caps. 10 y 11.

4 GLENN A. PHELPS, ROBERT A. POIRIER, op. cit., pág. 223.

que parece, además tener sus fundamentos inmutables en la naturaleza misma?"⁵.

La Asamblea Constituyente francesa de 1789 proclamó por primera vez los derechos del hombre y del ciudadano en una carta constituyente: afirma en sus primeros artículos que "los hombres nacen y viven libres e iguales en derechos" y que "El objeto de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre; estos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión".

En sus orígenes las declaraciones de derechos tenían una huella individualista que expresaba la desconfianza del ciudadano frente al Estado, el orgullo del individuo que por sí solo quería construirse su mundo, entrando en relación con los otros en un plano meramente contractual.

Así, las declaraciones de fines del siglo XVIII organizan un estatuto negativo del individuo: definen las facultades de obrar que se reconocen a cada uno, sin el socorro de alguna prestación particular aportada por la sociedad para facilitar la acción del titular de estas libertades.

Las nuevas tendencias que se encuentran en las constituciones promulgadas después de la última guerra, organizan más bien un estatuto positivo. Conciben, no ya a un individuo aislado, sino esencialmente, al individuo que afronta las dificultades de la existencia cotidiana; lo que estas constituciones pierden en intensidad ideológica —dice Andrés Hauriou— lo ganan en calor humano⁶.

Ya las libertades se consideran insuficientes y se ha afirmado la necesidad de que dejen de ser el privilegio de algunos para que lleguen a ser el de todos, a fin de procurar a los más

5 DE TOCQUEVILLE, Alexis. *La democracia en América*. Fondo de Cultura Económica, México, 1957, págs. 327 y 328.

6 HAURIUO, André. GICQUEL, Jean, GELARD, Patrice. *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, Editions Montchrestien, sixième édition, Paris, 1975.

desprovistos, los medios que les permitan ejercerlas. Es así como de las libertades formales se evolucionó hacia un concepto más concreto; el Estado no sólo está subordinado al derecho, sino que tiene obligaciones de actuar.

Del Estado ausentista hemos pasado al Estado asistencial, que reconoce que el individuo es frágil, indefenso, inseguro y es garante, en una forma activa, de nuevas libertades. Los derechos nuevos se resumen casi necesariamente en prestaciones que el Estado se compromete a proporcionar a los individuos y tienen un carácter colectivo: consagran las aspiraciones de la familia, de la profesión, del grupo, en definitiva.

El individualismo ha sido superado también por el reconocimiento de los derechos de los grupos sociales: especialmente cuando se trata de minorías (étnicas, lingüísticas y religiosas), de excluidos (enfermos, encarcelados) o de marginados (desempleados, ancianos, mujeres), y aun por el reconocimiento de los derechos de los pueblos.

En el fondo todos estos derechos, aun los de la segunda generación, o sea todos aquellos que constituyen acreencias o prestaciones positivas como el derecho al trabajo, al descanso, a la cultura, a la protección de la salud, derivan del principio de igualdad, originario de la declaración de 1789 y no se yuxtaponen sino que se complementan. Como dice el profesor Jean Rivero, no es necesario minimizar el valor de las libertades clásicas; la certeza de no ser arrestado a la madrugada por desconocidos por motivos misteriosos; la posibilidad de desplazarse libremente sobre la vía, de hablar sin temor a la escucha policial, de oír opiniones distintas de las de aquellos que hacen el elogio incondicional del gobernante, de practicar su fe. Pero es verdad que el hambre y la miseria arrebatan a la libertad su sabor, cuando no la hacen imposible; la salud física, la cultura del espíritu, abren a la libertad dominios nuevos. Así, las dos generaciones de derechos del hombre son complementarias⁷.

7 RIVERO, Jean. *Los problemas actuales de los Derechos del Hombre*. Conferencia dictada en Cali, junio 15 de 1980. *Anales del Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca*, 1981, pág. 560.

Ahora bien, las amenazas a estos derechos pueden provenir del Estado, pero también de la deshumanización de la sociedad industrial y de las condiciones económicas y sociales propias del subdesarrollo. De ahí que los derechos económicos y sociales no gocen de una protección jurídica efectiva, pues se trata de derechos relativos, cuya satisfacción supone la posibilidad material de asegurarlos, o sea, depende de los factores generales de la economía, de los recursos de cada país, de las condiciones de desigualdad en que se efectúa el intercambio entre países de diferente nivel de desarrollo, del servicio de la deuda externa, siempre creciente; y en fin, de las políticas internas en relación con el gasto público.

Existe una tercera generación de derechos del hombre, en proceso de elaboración: el derecho a un medio ambiente equilibrado, a la paz internacional, al desarrollo, a la paz ciudadana, a "la diferencia". Ahora bien, al bautizar como derechos una serie de aspiraciones, de deseos, de ideales, se corre el riesgo de diluir en el vacío el concepto mismo de derechos del hombre y a perder de vista que lo propio de un derecho es poderse traducir en los hechos por un sistema organizado de sanciones eficaces.

Proclamando unos derechos que no son susceptibles de recibir una estructura jurídica, se puede llegar a arrebatarle al concepto su carácter funcional⁸. Es necesario encontrar mecanismos que aseguren el cumplimiento de por lo menos las dos primeras generaciones de derechos, para que los derechos del hombre sean finalmente los derechos de todos los hombres.

Cabe anotar que el concepto de derechos humanos es utilizado y a veces desfigurado desde las diferentes posiciones políticas: la izquierda y los sectores llamados democráticos han denunciado en los últimos tiempos la violación del derecho a la vida de dirigentes y militantes de la Unión Patriótica. Pero a su vez, sectores extremistas consideran legítima la muerte, el secuestro y la tortura de personas significativas del sistema, y aun de campesinos que no los apoyen, ya que éstos se realizan en nombre de los derechos del pueblo.

8 RIVERO, Jean. Op. cit., pág. 561.

bilidad de sus padres dentro de un ambiente de amor y comprensión; a recibir una educación; a figurar entre los primeros que reciben protección y socorro en casos de emergencia o desastre, a ser protegido contra todas las formas del descuido, la crueldad y la explotación, así como contra cualquier manifestación de la discriminación. Finalmente, subraya la Declaración que el niño debe crecer y ser educado "en un espíritu de comprensión, tolerancia, amistad entre los pueblos, paz y fraternidad universal, y con plena conciencia de que debe consagrar sus energías y aptitudes al servicio de sus semejantes".

La Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó por unanimidad el 20 de noviembre de 1963 la Declaración sobre la *Eliminación de todas las formas de discriminación racial*.

El 7 de noviembre de 1967 la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la *Declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer*. Esta declaración enuncia los derechos de la mujer en pie de igualdad con los del hombre y señala medidas para garantizar su aplicación.

En nuestro país, la Ley 74 de 1968 (diciembre 26) aprobó los "*Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de Derechos Civiles y Políticos*, así como el protocolo facultativo de este último, aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en votación unánime, en Nueva York el 16 de diciembre de 1966".

La Asamblea General de las Naciones Unidas, en la resolución 34/169 del 17 de diciembre de 1979, aprobó un *Código de Conducta* para los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley. Incluye esta resolución normas sobre el uso de la fuerza, que prohíben los actos de tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, y acerca de la protección de la salud de los detenidos.

La Asamblea adoptó en la resolución 37/194 del 18 de diciembre de 1982, *principios de ética médica* aplicables a la función del personal de salud, especialmente a los médicos, en la protección de personas presas y detenidas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

El 10 de diciembre de 1984, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó en la Resolución 39/46 la *convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*.

La Liga Internacional por los Derechos y la liberación de los pueblos proclamó la *Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos*, en Argel, el 4 de julio de 1976. Los derechos reconocidos son: el derecho a la existencia; a la autodeterminación; derechos económicos de los pueblos; al medio ambiente y a los recursos comunes; derechos de las minorías. Además establece garantías y sanciones, por cierto, de difícil aplicación en la práctica¹⁰.

En el ámbito continental se han producido también numerosas declaraciones y convenciones: en la Novena Conferencia Americana celebrada en Bogotá en 1948, se expidió la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, en la cual se consagran: el derecho a la vida; el derecho de igualdad ante la Ley; de libertad religiosa y de culto; de opinión y expresión; de protección a la vida privada; a la constitución y a la protección de la familia; de protección a la maternidad y a la infancia; de residencia y tránsito; a la inviolabilidad del domicilio; a la inviolabilidad y circulación de la correspondencia; a la preservación de la salud; a la educación; a los beneficios de la cultura; al trabajo; al descanso; a la seguridad social; al reconocimiento de derechos civiles; de justicia; de nacionalidad; de sufragio y de participación en el gobierno; de reunión; de asociación; de propiedad; de petición; a la libertad individual; a proceso regular; de asilo. También se establece una serie de deberes que tiene toda persona ante la sociedad: para con los hijos y los padres; de instrucción; de sufragio; de obediencia a la ley; de servir a la comunidad; de asistencia y seguridad sociales; de pagar impuestos; de trabajo y de abstenerse de actividades políticas en el extranjero.

10 Por ejemplo el artículo 24 dice: "Todo enriquecimiento en detrimento de un pueblo, por violación de las disposiciones de la presente declaración, debe dar lugar a la restitución de los beneficios así obtenidos. Lo mismo se aplicará a todos los beneficios excesivos obtenidos por inversiones de origen extranjero".

La *Convención Americana sobre Derechos Humanos* fue acordada por la Conferencia Especializada sobre derechos humanos el 22 de noviembre de 1969 en San José y fue aprobada a nivel interno por la Ley 16 de 1972. Consagra derechos civiles y políticos: al reconocimiento de la personalidad jurídica; a la vida; a la integridad personal; prohibición de la esclavitud y servidumbre; derecho a la libertad personal; garantías judiciales; principios de legalidad y de retroactividad; derecho a indemnización; protección de la honra y de la dignidad; libertad de conciencia y de religión; libertad de pensamiento y de expresión; derecho de rectificación o respuesta; derecho de reunión; libertad de asociación; protección a la familia; derecho al nombre; derechos del niño; derecho a la nacionalidad; derecho a la propiedad privada; derecho de circulación y de residencia; derechos políticos; igualdad ante la ley y protección judicial. Establece también una correlación entre deberes y derechos. Crea, además, dos entidades con competencia para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados en la Convención: La Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Cabe resaltar que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, con sede en Washington, estudia actualmente 24 casos de violaciones en relación con Colombia y expidió una resolución declarando responsable al Estado colombiano por la desaparición y presunta muerte de un ciudadano, ocurrida en 1982¹¹.

En países donde las partes en conflicto no respetan a la población civil que sale ocasionalmente involucrada en los hechos de guerra, resulta especialmente importante la observancia del *derecho humanitario*¹².

Desde la Declaración de San Petersburgo de 1868 relativa al empleo de todo proyectil de un peso inferior a 400 gramos, explosivo o inflamable, se estableció el principio según

11 GALLON GIRALDO, Gustavo. *El Espectador*. La suerte de los no combatientes, viernes 19 de mayo de 1989, pág. 2B.

12 GALLON GIRALDO, Gustavo. *Idem*.

el cual "el único fin legítimo que los Estados deben proponerse durante la guerra, consiste en el debilitamiento de las fuerzas militares del enemigo".

En Colombia, la Ley 5a. de 1960 ratificó el texto del Acuerdo final de las convenciones suscritas en la Conferencia de Ginebra el 12 de agosto de 1949, sobre la protección de las personas civiles en tiempos de guerra.

No ha existido en nuestro país la voluntad política para ratificar los Protocolos Adicionales de Ginebra de 1977, los cuales tienden a la defensa de los civiles inocentes en las guerras internas en sus diferentes modalidades.

Sobre las precauciones en el ataque dice el Protocolo I en su artículo 57: "Las operaciones militares deben ser conducidas cuidando constantemente de evitar a la población civil, a las personas civiles y a los bienes de carácter civil".

En el artículo 85 el Protocolo I sobre la represión de las infracciones al Protocolo, considera como infracciones graves al mismo:

a. Someter a la población civil o a las personas civiles a un ataque;

b. Lanzar un ataque sin discriminación alcanzando a la población civil o a los bienes de carácter civil, sabiendo que este ataque causará pérdidas en vidas humanas, heridas a las personas civiles o daños a los bienes de carácter civil, que son excesivos. . .

c. Someter a una persona a un ataque sabiendo que se encuentra fuera de combate.

Las infracciones graves a las Convenciones y a este Protocolo son consideradas como crímenes de guerra.

El 10 de octubre de 1980 la Conferencia de las Naciones Unidas aprobó los siguientes instrumentos sobre el derecho internacional humanitario:

1. Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados.

2. Protocolo (I) sobre fragmentos no localizables, por el cual se prohíbe emplear cualquier arma cuyo efecto principal sea lesionar mediante fragmentos que no puedan localizarse por rayos X en el cuerpo humano.

3. Protocolo (II) sobre prohibiciones o restricciones del empleo de minas, armas y otros artefactos.

4. Protocolo (III) sobre prohibiciones o restricciones del empleo de armas incendiarias.

La reticencia a nivel interno para acoger estas normas internacionales civilizadoras, parece deberse al temor de que tal adhesión se interprete como un reconocimiento del 'status' de beligerantes legítimos para los grupos rebeldes. Dicha posición "ignora en forma olímpica que el derecho de Ginebra no legaliza la lucha armada, ni legitima el alzamiento guerrillero, sino que tan sólo protege a las víctimas de la guerra"¹³.

A pesar de que han transcurrido dos siglos desde la declaración de 1789 y más de treinta años desde la Declaración de las Naciones Unidas, la tortura, la violencia, la arbitrariedad, la pobreza, la injusticia, campean a sus anchas en muchos lugares del planeta. El universalismo de los derechos del hombre no parece existir sino en los textos, en los discursos, mas no en la realidad de las relaciones de los pueblos entre sí ni de los diferentes grupos sociales, a nivel interno, en la mayoría de los países.

No puede concluirse no obstante, en forma simplista, sobre su inutilidad. "Como todas las utopías, la Declaración Universal ni tiene ni prevee los instrumentos directos para su aplicación. En la medida en que no tiene carácter imperativo no tiene una eficacia directa. Además, no existe un poder en-

13 VALENCIA VILLA, Hernando. *El Espectador. La humanización de la guerra*, viernes 19 de mayo de 1989, pág. 2B.

cargado de hacerla respetar por la fuerza. Sin embargo, los sucesos de los últimos años han demostrado que esta utopía del respeto a los Derechos Humanos es capaz de movilizar a numerosos grupos y de convertirse en una fuerza capaz de presionar sobre la política interior de algunos Estados”¹⁴.

1.3 · *Los derechos en la Constitución colombiana*

Por su origen, nuestra Constitución ha tenido influencias filosóficas que la hacen extremadamente teórica para nuestra realidad y para nuestro nivel de desarrollo.

Tenemos una clara influencia de las Constituciones del siglo XVIII, calcadas de los principios de la Revolución Francesa, defensores de los derechos individuales. Estos principios no han tenido desarrollos concretos para la mayoría de la población, o sea que existe un verdadero abismo entre los enunciados y su aplicación.

Parece que la garantía de algunos derechos individuales se limitara a aquellos ciudadanos que ya los tienen, pero no se manifiesta la voluntad ni menos los mecanismos para extenderlos a toda la población, como sería propio de una verdadera democracia.

Porque como expresara recientemente Eduardo Galeano en relación con toda la América Latina, “la democracia no es solamente un asunto político, tiene que ver también con la economía, con la cultura. En países donde los niños mueren como moscas de enfermedad curable, ¿hay democracia plena aunque haya elecciones, partidos y parlamento?”¹⁵.

A continuación haremos una explicación somera de los derechos que consagra nuestra Constitución:

14 ANGULO NOVOA, Alejandro. *Deberes humanos y derechos humanos. Controversia* No. 81, Cinep, 1980.

15 *El Espectador*. Magazin dominical. Encuentro de Eduardo Galeano con estudiantes en el Auditorio León de Greiff de la Universidad Nacional. No. 319, mayo 21 de 1989, pág. 20.

1.3.1 *Los Derechos Individuales*

1. *El Derecho a la Vida* se garantiza al disponer el artículo 29 que el legislador no podrá imponer la pena capital en ningún caso. Asimismo, al establecer el artículo 16 que las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas.

En la realidad, sin embargo, la pena de muerte es aplicada sin juicio previo y sin defensa alguna, por los sicarios —o asesinos a sueldo—, por los grupos de “limpieza social”; por los grupos paramilitares, por grupos vinculados al narcotráfico, por la guerrilla y por delincuentes comunes¹⁶.

2. *La Protección de la Libertad*. La esclavitud ha sido extinguida en todos los países. Sin embargo, el artículo 22 reafirma el principio de que “No habrá esclavos en Colombia. El que, siendo esclavo, pise el territorio de la República, quedará libre”.

— *La Detención Preventiva*. Con el fin de impedir la arbitrariedad en las detenciones, el artículo 23 consagra los requisitos que éstas deben cumplir: “Nadie podrá ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino a virtud de mandamiento escrito de autoridad competente, con las formalidades y por motivos previamente definidos en las leyes”.

Sin embargo, este principio tiene dos excepciones:

a. El artículo 24 se refiere al delincuente cogido *In Flagranti*, el cual “podrá ser aprehendido y llevado ante el juez por cualquier persona. Si los agentes de la autoridad lo persigieren, y se refugiare en su propio domicilio, podrán penetrar en él para el acto de la aprehensión; y si se acogiere a domicilio ajeno, deberá preceder requerimiento al dueño o morador”.

16 La Comisión Andina de Juristas se refirió a las diversas formas de justicia clandestina que actúan en nuestro medio, en una publicación reciente: COLOMBIA: El Derecho a la Justicia. Serie: Informes sobre Derechos Humanos 3, pág. 184.

b. El artículo 28 consagra la regla de que "Aun en tiempo de guerra nadie podrá ser penado *ex post facto*, sino con arreglo a la ley, orden o decreto en que previamente se haya prohibido el hecho y determinádose la pena correspondiente".

El mismo artículo en su inciso segundo se refiere no al castigo, sino a la detención preventiva y establece la segunda excepción: "Esta disposición no impide que aun en tiempo de paz, pero habiendo graves motivos para temer la perturbación del orden público, sean aprehendidas y retenidas de orden del gobierno y previo dictamen de los ministros, las personas contra quienes haya graves indicios de que atentan contra la paz pública". El artículo 141 agrega el dictamen previo del Consejo de Estado, el cual no es obligatorio para el Gobierno.

Esta norma no contradice totalmente el artículo 23, en cuanto para efectuar la retención no es necesario el mandamiento escrito de autoridad competente, con las formalidades legales. Pero le confiere absoluta discrecionalidad al gobierno para establecer los motivos, o sea para considerar que determinadas personas presentan graves indicios de que atentan contra la paz pública. Con fundamento en esta norma se han cometido muchas arbitrariedades, y ha sido fuente de persecución política.

El proyecto de reforma constitucional aprobado en primera vuelta establece la obligación de comunicar al Procurador General de la Nación la identidad de las personas retenidas y los indicios que ocasionaron la retención, simultáneamente con la expedición de la respectiva orden de aprehensión.

El decreto 1358 de 1964 estableció el recurso del *habeas corpus*, o sea la posibilidad que tiene una persona detenida para solicitar que un funcionario distinto del que la colocó en esa situación, revise la causa para ver si se cumplieron todos los requisitos constitucionales y legales y, en caso negativo, proceder a la liberación. Esta garantía no está reconocida por la Constitución.

— *La privación permanente de la libertad*

Sólo es posible con la observancia de las Garantías Procesales, a saber:

Artículo 25: “Nadie podrá ser obligado, en asunto criminal, correccional o de policía, a declarar contra sí mismo o contra sus parientes dentro del cuarto grado civil de consanguinidad o segundo de afinidad”.

Artículo 26: “Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se impute, ante Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio”.

Y “en materia criminal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable”.

El artículo 27 a continuación consagra algunos casos en que determinadas autoridades pueden castigar sin juicio previo, de conformidad con la ley:

1o. Los funcionarios que ejercen autoridad o jurisdicción, podrán penar con multas o arrestos a cualquiera que los injurie o les falte al respeto en el acto en que estén desempeñando las funciones de su cargo;

2o. Los jefes militares podrán imponer penas *In Continenti*, para contener una insubordinación o motín militar, o para mantener el orden hallándose frente al enemigo;

3o. Los capitanes de buque tienen, no estando en puerto, la misma facultad para reprimir delitos cometidos a bordo.

— *El castigo*. El artículo 34 establece que no se podrá imponer pena de confiscación. Al tenor del inciso 2o. del artículo 23 tampoco podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas u obligaciones puramente civiles, salvo el arraigo judicial. Este último ya desapareció de nuestra legislación.

— *El Servicio Militar.* Constituye una limitación a las libertades individuales, la obligatoriedad de tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan, para defender la independencia nacional y las instituciones patrias, establecida en el artículo 165.

3. *La inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia.* La privacidad de los ciudadanos es defendida mediante la prohibición de registrar el domicilio sin mandamiento escrito de autoridad competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en las leyes. (Artículo 23).

Igualmente el artículo 38 establece que la correspondencia es inviolable: las cartas y papeles privados no podrán ser interceptados ni registrados sino por la autoridad, mediante orden del funcionario competente, en los casos y con las formalidades que establezca la ley y con el único objeto de buscar pruebas judiciales.

Excepcionalmente podrá exigirse la presentación de los libros de contabilidad y demás papeles anexos, para la tasación de impuestos y para los casos de intervención del Estado.

La circulación de impresos por los correos podrá gravarse, pero nunca prohibirse en tiempo de paz.

4. *La libertad de trabajo.* Aunque era concebido como un derecho, en 1936, dada la influencia solidarista basada en las tesis de Duguit, se estableció en el artículo 17 que “El trabajo es una obligación social y gozará de la especial protección del Estado”.

En contraposición a esta concepción, el artículo 39 lo consagra como el ejercicio de un derecho al establecer que “Toda persona es libre de escoger profesión u oficio. La ley puede exigir títulos de idoneidad y reglamentar el ejercicio de las profesiones”.

Esta libertad tiene las siguientes restricciones:

a. Los monopolios estatales: sólo podrán establecerse como arbitrio rentístico, en virtud de ley y previa indemnización de los individuos que deban quedar privados del ejercicio de una industria lícita. (Artículo 31).

Se añade a esta norma, en el proyecto aprobado por el Congreso en primera legislatura, la posibilidad del Estado de intervenir, por mandato de la ley, en los monopolios y oligopolios de hecho, a fin de desconcentrar el capital y asegurar la libertad de empresa, la igualdad de oportunidades y la generación de empleo.

b. En cuanto a los licores y bebidas fermentadas, la ley podrá restringir la producción y el consumo. (Artículo 39).

c. De conformidad con el artículo 48, sólo el gobierno podrá introducir, fabricar y poseer armas y municiones de guerra.

d. La ley podrá ordenar la revisión y la fiscalización de las tarifas y reglamentos de las empresas de transporte o conducciones y demás servicios públicos. (Artículo 39).

Como una inexplicable intromisión del Constituyente en materia propia del legislador, en cuanto desarrolla el artículo 39, estableció que "en adelante sólo podrán ser inscritos como abogados los que tengan título profesional" y que "Nadie podrá litigar en causa propia o ajena, si no es abogado inscrito. Sin embargo, la ley establecerá excepciones". (Artículo 40).

En desarrollo del derecho al trabajo, se establecieron las siguientes garantías:

a. El derecho de huelga, salvo en los servicios públicos; y la reglamentación legal de su ejercicio (artículo 18). En la práctica la huelga se ha extendido a todo tipo de sectores y actividades.

El proyecto aprobado en primera vuelta en el Congreso Nacional agrega el calificativo de esenciales, a los servicios públicos en los cuales no se garantiza este derecho.

b. La asistencia pública como función del Estado, "Se deberá prestar a quienes careciendo de medios de subsistencia y de derecho para exigirla de otras personas, estén físicamente incapacitados para trabajar". El artículo 19 restringe esta asistencia a los desempleados por motivos de incapacidad física, pero no tiene en cuenta a todos aquellos que no pueden acceder al mercado del empleo, por motivos independientes a su voluntad o a sus condiciones de salud.

Difiere sustancialmente de este concepto, el contenido en el artículo XVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre: "Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia".

1.3.2 *Las garantías sociales*

1. *La libertad de expresión*

Tiene dos modalidades:

a. *La libertad de enseñanza.* Se garantiza bajo la suprema inspección y vigilancia del Estado, en orden a procurar el cumplimiento de los fines sociales de la cultura y la mejor formación intelectual, moral y física de los educandos.

Se establece también, como derecho de los educandos, la gratuidad en las escuelas del Estado y la obligatoriedad en el grado que señale la ley.

Sin embargo, no es claro esta obligación a quién cobija: ¿al Estado?, ¿a los padres?, ¿a los menores?

El proyecto aprobado por el Congreso dice que "la enseñanza será obligatoria durante nueve (9) años y gratuita en los establecimientos oficiales". Este texto tampoco aclara qué implica la obligatoriedad ni tampoco garantiza que todos los niños tengan acceso a la educación, así sea al primer nivel. En la práctica, pueden ingresar a la escuela primaria quienes consigan cupo, ya sea porque lo puedan pagar en un establecimiento privado, porque tuvieron suerte de encontrarlo en una escuela pública, o porque lo logren por intermedio de algún "padrino".

Se añade también en el proyecto, al artículo 41, el derecho de los grupos étnicos, lingüísticos o religiosos a que la educación que reciben del Estado o de particulares respete sus tradiciones o diferencias.

El plebiscito de 1957 estatuyó en su artículo 11 la obligación para el Gobierno Nacional de invertir no menos del diez por ciento (10%) de su presupuesto general de gastos, en educación pública. El cumplimiento de esta disposición podría asegurar la educación primaria para todos los niños colombianos, si se interpretara que esta inversión debe hacerse prioritariamente en las escuelas o colegios del Estado. Sin embargo, en la práctica, gran parte del presupuesto nacional en educación se invierte en la financiación de establecimientos privados de todos los niveles, por lo cual no existen suficientes recursos para hacer efectivo el derecho de todo niño de recibir al menos la educación básica.

La Libertad de Prensa. Dice el artículo 42 que la prensa es libre en tiempo de paz; pero responsable, con arreglo a las leyes, cuando atente a la honra de las personas, al orden social o a la tranquilidad pública. Y que ninguna empresa editorial de periódicos podrá, sin permiso del Gobierno, recibir subvención de otros gobiernos ni de compañías extranjeras.

No aparece en esta disposición el derecho de la comunidad de ser correctamente informada ni la posibilidad de comunicarse de todos los sectores sociales.

2. *La libertad de reunión y asociación*

a. *Libertad de reunión.* El artículo 46 dispone que "Toda parte del pueblo puede reunirse o congregarse pacíficamente. La autoridad podrá disolver toda reunión que degene-
re en asonada o tumulto, o que obstruya las vías públicas".

b. *Libertad de asociación.* El artículo 44 permite formar compañías, asociaciones y fundaciones que no sean contrarias a la moral o al orden legal. Además les dio la posibilidad de ser reconocidas como personas jurídicas. Esta posibilidad se extiende en el inciso segundo a las asociaciones religiosas.

Como una norma exótica y contradictoria con la anterior, el artículo 47 prohibió "las juntas políticas populares de carácter permanente".

Evidentemente se trataba de prohibir las llamadas sociedades democráticas populares y de salud pública, de gran influjo a mediados del siglo XIX y asociaciones permanentes similares a los clubes revolucionarios de Francia. Sin embargo, por la redacción del artículo podrían quedar ahí incluidos los directorios políticos, aunque algunos sostienen que les falta el carácter de populares.

1.3.3 *El Derecho de Propiedad*

El artículo 30 constitucional garantiza la propiedad como derecho, pero a su vez, le da el tratamiento de una función social que implica obligaciones. En vez de declarar que es una función social, hubiera sido más preciso decir que tiene una función social.

Este derecho está garantizado también por el artículo 37 al disponer que "no habrá en Colombia bienes raíces que no sean de libre enajenación, precepto del cual se exceptúa únicamente el "patrimonio familiar inalienable e inembargable". (Artículo 50).

El respeto a la propiedad se extiende al respeto constitucional de la voluntad del donante: "El destino de las dona-

ciones intervivos o testamentarias hechas conforme a las leyes para fines de interés social, no podrá ser variado ni modificado por el legislador. El Gobierno fiscalizará el manejo e inversión de tales donaciones". (Artículo 36).

La propiedad industrial es reconocida al establecer la posibilidad excepcional de conceder patente de privilegio temporal a los autores de inventos o perfeccionamientos útiles (artículos 31 y 120 num. 18).

La propiedad literaria o artística también goza de protección constitucional, como propiedad transferible, por el tiempo de la vida del autor y ochenta años más, mediante las formalidades que prescribe la ley, (artículo 35).

La expropiación

Existe una larga tradición de respeto al principio universal de que el interés privado debe ceder ante el interés público. Sin embargo, en caso de expropiación, es necesario indemnizar al propietario.

Hay *expropiación ordinaria* por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, mediante sentencia judicial e indemnización previa. (Artículo 30).

Puede haber *expropiación extraordinaria*, sin previa indemnización, en caso de guerra y sólo para atender el restablecimiento del orden público, y decretada por autoridades que no pertenezcan al orden judicial.

En este último caso la propiedad inmueble sólo podrá ser ocupada temporalmente, ya para atender a las necesidades de la guerra, ya para destinar a ella sus productos, como pena pecuniaria impuesta a sus dueños conforme a las leyes. La Nación responderá por las expropiaciones que haga el Gobierno por sí o por medio de sus agentes. (Artículo 33).

El inciso final del artículo 30, introducido por la reforma de 1936, trae otro tipo de expropiación extraordinaria,

sin indemnización, en los casos que el legislador determine, por razones de equidad.

El único caso en que se ha desarrollado esta figura de la expropiación sin indemnización fue con la expedición de la Ley 1a. de 1972: en su artículo 36 declara de utilidad pública las tierras o zonas costeras del archipiélago de San Andrés y Providencia, por razones de soberanía nacional.

En el inciso segundo de la misma norma disponía que “las propiedades adquiridas con violación del artículo 5o. del Decreto 1415 de 1940, podrán ser expropiadas, por razones de equidad, sin indemnización previa, de conformidad con el artículo 30 de la Constitución Nacional”.

La Corte no encontró que existieran razones de equidad en las hipótesis establecidas para autorizar la expropiación sin indemnización: en el caso de los terrenos baldíos adjudicados a quienes no son colombianos de nacimiento o los que fueran traspasados a extranjeros.

Además consideró que de acuerdo con la Constitución puede darse la expropiación sin previa indemnización sólo en caso de guerra. La posibilidad de que el legislador, por razones de equidad, autorice una expropiación que se indemnizará después de efectuada, contraría los artículos 30 y 33 de la Carta; por lo cual la Corte declaró inexecutable el inciso 2o. del artículo 36 de la Ley 1a. de 1972¹⁷.

En el proyecto presentado por el Gobierno se prevé que el legislador podrá, por motivos de equidad, determinar los casos en que no haya lugar a indemnización, mediante el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara. A continuación dispone que “los motivos de equidad no podrán ser examinados ni decididos por ninguna autoridad jurisdiccional”. O sea que se quita a la Corte la competencia para analizar los motivos de equidad que pueden dar lugar a la expropiación sin indemnizar.

17 Sentencia de noviembre 27 de 1973. Sala Plena. Magistrado Ponente: Alfonso Peláez Ocampo. Gaceta Judicial Tomo CXLIX-CL, años 1973-1974, págs. 225 y ss.

El texto aprobado en la primera legislatura por el Congreso de la República acoge el texto del Gobierno, sin hacer alusión a la facultad de la Corte. En el inciso final dispone: "El legislador podrá establecer los medios adecuados que faciliten a todos los colombianos y en especial a los trabajadores el acceso a la propiedad o a la administración de los factores de producción y a los beneficios que de ellos se derivan, así como la forma de exigirles el cumplimiento de su consecuente responsabilidad".

1.3.4 *Derecho de Petición*

El artículo 45 de la Constitución reconoce a los ciudadanos el derecho de presentar peticiones respetuosas a las autoridades y de obtener de ellas pronta respuesta sobre las cuestiones de interés general o particular materia de la solicitud. Aunque esta norma está ampliamente desarrollada por la Ley (Código Contencioso Administrativo), en la práctica las autoridades la burlan constantemente, ante la debilidad de los controles jerárquicos o de tutela y de la Procuraduría.

Si esto sucede a nivel de las peticiones individuales, se vulnera este derecho en forma más evidente aún, cuando se trata de peticiones colectivas, sobre las cuales existe la tendencia de darles el tratamiento de subversivas.

1.4 *El proyecto de Reforma Constitucional*

El texto de reforma constitucional aprobado por el Congreso en primera legislatura ordinaria, además de los aspectos que hemos señalado a propósito de algunos derechos, introduce una norma por la cual formarán parte del Título III los Derechos Humanos, Civiles y Políticos consagrados en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos acordado por la Organización de las Naciones Unidas el 19 de diciembre de 1966 y por la Ley 74 de 1968; y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos acordada el 22 de noviembre de 1969 y aprobada por la Ley 16 de 1972.

Además dispone que la norma más favorable a la garantía de los derechos humanos será de preferente aplicación; y que la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia resolverá sobre la norma aplicable en caso de conflicto.

Encontramos varios defectos en este texto:

Sólo reconoce preeminencia constitucional a dos convenciones internacionales, dejando de lado muchas otras suscritas por Colombia, las cuales contienen normas sobre los derechos humanos que deberían ser de obligatorio cumplimiento a nivel interno.

Es inexplicable porqué acoge, dentro del Pacto Internacional acordado por las Naciones Unidas, únicamente los Derechos Humanos, Civiles y Políticos y deja de lado los derechos económicos, sociales y culturales.

De otra parte, confiere a la Sala Constitucional la atribución de definir el alcance de normas de orden internacional, lo cual escapa a su jurisdicción, como quiera que para ello existen tribunales supranacionales.

Los derechos de la oposición en el proyecto de reforma:

El artículo 70 del proyecto aprobado en primera vuelta dispone que los partidos de oposición tendrán acceso a los medios de comunicación del Estado y a la designación de sus personeros en los organismos de dirección y control de dichos medios, y de la carrera administrativa, de acuerdo con su representación en el Congreso de la República.

La primera parte de la norma la compartimos. No así el mecanismo que se utiliza para hacer efectivo el derecho de la oposición a tener acceso a los medios de comunicación estatales y a vigilar el correcto funcionamiento de la carrera administrativa.

La designación de personeros de los partidos en los organismos de dirección y control de los medios, tiene varios inconvenientes de orden práctico y administrativo:

Indudablemente la presencia de estos "personeros de los partidos" acrecentará la politización de los medios de comunicación, mas no es garantía de imparcialidad en la utilización de los mismos, por los diversos sectores políticos.

Los derechos de los partidos y de sus simpatizantes y militantes no pueden confundirse con los intereses económicos de los contratistas. Estos voceros, bajo el pretexto de defender los derechos de su partido, podrían entrar a defender simplemente a los contratistas o a los aspirantes a serlo, lo cual iría en desmedro de la buena organización, de la objetividad y de la imparcialidad que deben rodear la administración de los medios de comunicación, específicamente la radiodifusión sonora y la televisión.

La igualdad de oportunidades en el acceso a los medios y la objetividad política de los mismos se garantizaría verdaderamente por intermedio de un organismo totalmente autónomo, el cual pueda actuar con independencia frente a los intereses económicos y políticos, que rodean las telecomunicaciones.

En lo relacionado con la carrera administrativa, aunque tiene sentido que los partidos puedan vigilar su correcto funcionamiento como por ejemplo, el respeto por los concursos, no creemos que la designación de sus personeros deba hacerse en organismos de dirección de acuerdo con la representación proporcional en el Congreso, pues este sistema puede llevar a clientelismo y por tanto a desconocimiento de la misma carrera. Podrían crearse más bien para este efecto, organismos de control, con voceros de cada partido representado en el Congreso, diferente al partido de gobierno, en forma igualitaria; asimismo, concederse representación a los partidos reconocidos, sin representación en el Congreso.

2. La ineficacia del Estado colombiano para garantizar los Derechos Humanos

Existe una gran dicotomía o abismo entre la Sociedad Civil y el Estado. Un Estado es eficaz en la medida en que

traduce las necesidades de una sociedad, o sea que las instituciones y las normas son instrumentos eficaces para la búsqueda del bien común y para el respeto de los derechos humanos, como fin supremo de la organización política.

Encontramos que el Estado colombiano contribuye a nuestro caos colectivo como factor de violencia estructural e institucional, en dos sentidos: por motivos que constituyen omisión en el desarrollo de sus funciones de propender por una sociedad cohesionada, solidaria y estable, y por acción o abuso de poder.

2.1 *Por omisión*

2.1.1 *La no aplicación de muchas normas constitucionales y legales*

Está dentro de nuestra práctica institucional el dictar normas que no se cumplen, a pesar de todas las expectativas que en su momento han despertado en la población. A título de ejemplo, traemos el caso de la carrera administrativa, el de la planeación y el de la intervención en materia económica.

1) *La carrera administrativa*

A pesar de que uno de los puntos fundamentales que fueron aprobados por el pueblo en el plebiscito de 1957 fue el de la creación de la carrera administrativa, acordada entre los dos partidos tradicionales para dar estabilidad a las instituciones y como garantía para asegurar la paz, y de la profusión de leyes y decretos que se han dictado con posterioridad¹⁸,

18 La Ley 19 de 1958 creó el Servicio Civil con la atribución de organizar el servicio civil y la carrera administrativa; la Escuela Superior de Administración Pública y la Sala de Consulta y Servicio Civil en el Consejo de Estado. El Decreto Ley 1732 de 1960 adoptó el estatuto de carrera administrativa. Posteriormente, en ejercicio de facultades extraordinarias otorgadas por la Ley 65 de 1967, se dictó el Decreto Ley 2400 de 1968, el cual fue completado por el Decreto Ley 3074 del mismo año; el Decreto 1950 de 1973 reglamentó el 2400 de 1968. Posteriormente se han dictado la Ley 36 de 1982, la Ley 13 de 1984, Ley 61 de 1987. A pesar de esta abundante legislación, en el año 1981 solamente había 11.481 servidores del Estado en la carrera administrativa, frente a un total de 615.445 funcionarios, como consta en el informe del director de la Esap (1985).

son muy escasos los ciudadanos que entran al servicio público por concurso, como son contadas y casi que inexistentes, las entidades que han logrado permanecer alejadas de la contaminación clientelista.

En la administración pública los cargos continúan siendo botín político del último recién nombrado. Esto hace que la gestión pública sea improvisada, que haya continuos cambios en la orientación de las políticas. Además, finalmente se vulnera la igualdad de los ciudadanos para acceder a la función pública.

Si esta situación es crítica a nivel nacional, se agrava aún más en los departamentos y en los municipios, donde impera el caciquismo.

2) *La intervención del Estado en la Economía*

Los mecanismos de intervención económica previstos en el artículo 32 de la Constitución en el texto de 1968, para dar pleno empleo a los recursos humanos y naturales, dentro de una política de ingresos y salarios, conforme a la cual el desarrollo económico tenga como objetivo principal la justicia social y el mejoramiento armónico e integrado de la comunidad, y de las clases proletarias en particular, no han sido utilizados.

Las normas de intervención económica son anteriores a la reforma de 1968 y se reducen básicamente a dos leyes: la Ley 7a. de 1943 sobre control de precios y la Ley 15 de 1959 sobre el transporte.

3) *Los planes y programas a que debe someterse la Economía*

A pesar de que la planeación del gasto público se previó desde la reforma constitucional de 1945 y fue enfatizada por la reforma de 1968, hasta el momento no se ha aprobado un solo plan de desarrollo en la forma prevista por la Constitución.

El artículo 76 numeral 4o. de la Constitución establece como función del Congreso la de fijar los planes y programas de desarrollo económico y social a que debe someterse la economía nacional, y los de las obras públicas que hayan de emprenderse o continuarse, con la determinación de los recursos e inversiones que se autoricen para su ejecución, y de las medidas necesarias para impulsar el cumplimiento de los mismos.

El artículo 80 crea una Comisión Especial Permanente encargada de dar debate a los proyectos a que se refiere la norma anterior y de vigilar la ejecución de los planes y programas de desarrollo económico y social, lo mismo que la evolución del gasto público.

La misma norma fija un plazo de cinco meses para que esta Comisión decida sobre los planes presentados por el Gobierno, a cuyo vencimiento la competencia corresponderá automáticamente a la Cámara de Representantes hasta por tres meses; aprobado por la Cámara o transcurrido el término señalado sin que hubiere decidido, pasará ipso facto al conocimiento del Senado por igual término, transcurrido el cual, si no hubiere decisión, el Gobierno podrá poner en vigencia el proyecto mediante decreto con fuerza de ley.

Hasta el momento la Comisión Especial no ha sido constituida, o sea que el Congreso no ha dado cumplimiento a esta función constitucional.

A su vez el ejecutivo no ha presentado al Congreso planes de desarrollo como lo ordena el numeral 3o. del artículo 118 de la Constitución.

Los planes de desarrollo que han pretendido imponer los sucesivos gobiernos no son sino un catálogo de buenas intenciones, sin fuerza jurídica alguna.

Por eso mismo se han desconocido sistemáticamente también los artículos 208 de la Constitución que dispone que el Presupuesto de Rentas y el proyecto de Ley de Apropriaciones que el Gobierno forma anualmente deberá reflejar los planes y programas; y el 210 en cuanto prohíbe que en la Ley de Apropriaciones se incluyan partidas que no correspondan a un

crédito judicialmente reconocido, o a un gasto decretado conforme ley anterior, o destinado a dar cumplimiento a los planes y programas de desarrollo de que trata el ordinal 4o. del artículo 76.

El resultado de esta situación es la improvisación en el gasto y la inversión pública, la ausencia de metas a corto y largo plazo, la falta de continuidad y de coherencia en las políticas y en las prioridades del Estado. Esto va en detrimento de los derechos económicos y sociales de vastos núcleos de la población.

2.1.2 *La falta de presencia estatal en muchas regiones y en relación con varios sectores de la sociedad*

a. Hay comunidades minoritarias segregadas, o violentadas en su cultura, en su lengua y en su forma de vida, como algunos grupos indígenas. Es así como las zonas más apartadas de los centros urbanos y de la influencia estatal han sido las más golpeadas por la violencia¹⁹.

b. Una gran parte de la población colombiana se encuentra en situación de marginalidad, la cual se manifiesta en la ausencia de posibilidades de acceso a los servicios públicos y a un nivel de vida siquiera aceptable.

19 El Plan Nacional de Rehabilitación formulado por los dos últimos gobiernos ha reconocido la situación de conflicto de algunas regiones deprimidas, y las ha clasificado así:

a) Regiones de colonización espontánea;

b) Regiones de "enclave";

c) Regiones de agricultura campesina deprimida.

(v. Fundamentos del Plan Nacional de Rehabilitación. Consejería Presidencial para la Reconciliación, Normalización y Rehabilitación, marzo de 1987).

La Comisión de Estudios sobre la Violencia de la Universidad Nacional, en su informe presentado al Ministerio de Gobierno afirma con respecto a la violencia contra los portadores de culturas distintas de la hispánica, que "se ejerce no sólo porque la conducta de ellos sea diferente, sino porque son dueños de tierras ricas en oro, platino, carbón, petróleo, maderas y animales de pieles y plumas valiosas. Es una de las formas de violencia más antiguas y menos negociables". (Pág. 105).

En este punto cabe analizar la inexistencia de medios de presión legales, o "no violentos", para exigir colectivamente los derechos económicos y sociales fundamentales, o las reformas (urbana, agraria, etc.).

c. El sistema colombiano de seguridad social es uno de los más fragmentados y estratificados de la América Latina y tiene una de las más bajas coberturas de población.

Sólo una sexta parte de la población, 4.600.000 personas, tienen acceso a alguna forma de seguridad social. Tienen seguridad quienes la pueden pagar, bien cotizando, bien pagando directamente los servicios, bien adquiriendo pólizas de seguros²⁰.

En cobertura de seguridad social, Colombia es el décimo tercer país latinoamericano, ocupando un puesto mucho más bajo del que sus restantes índices socioeconómicos permitirían suponer.

d. El abandono de los niños es alarmante en nuestro país. La tasa de escolaridad en la población con edades entre los siete y los once años es del 80.62%; en relación con la población en edad de recibir la formación media, o sea, entre los once y los diecisiete años, la tasa de escolaridad se reduce a 64.47%²¹.

Lo anterior, a pesar de la estipulación contenida en el artículo 41 de la Constitución, sobre la obligatoriedad de la enseñanza primaria y la gratuidad de la misma en los establecimientos oficiales. Esto hace que los niños, en un número considerable, permanezcan en la calle y se dediquen a la mendicidad o al robo.

e. La situación de la mujer, aunque ha mejorado notablemente en los últimos años, todavía presenta discriminación

20 OSPINA, Juan Manuel. Trabajo presentado para la Fundación La Previsora para la Seguridad Social, Bogotá, 1988.

21 Fundación La Previsora para la Seguridad Social, datos suministrados por el Ministerio de Educación Nacional, 1988.

nes a nivel salarial, de oportunidades de acceso al trabajo, de participación en los procesos decisorios a todo nivel en la comunidad²².

La imposibilidad de resolver muchas situaciones familiares de conflicto, por la inoperancia y la lentitud de los procedimientos judiciales existentes, hace que la mujer y los niños sean objeto de violencia y se encuentren desprotegidos por la sociedad.

2.1.3 *La impunidad generalizada*

Existe una especie de consenso sobre la ineficacia de la justicia, lo que ha hecho que se haya perdido la credibilidad de los ciudadanos en las formas institucionales para resolver sus conflictos, tanto individuales como colectivos. Es así como los litigios tienden a resolverse por mano propia, lo cual genera y multiplica violencia en las relaciones sociales.

Esta situación está íntimamente ligada a la crisis alarmante en que ha caído la justicia, por los siguientes motivos que nos permitimos esbozar a continuación:

Su falta de autonomía administrativa y financiera la ha convertido en una especie de ente subordinado del Ministerio de Justicia, lo cual le resta independencia en relación con la Administración.

La insuficiencia de jueces y magistrados y la carencia de recursos económicos y elementos de trabajo, la hacen inoperante.

Los sistemas para proveer los cargos y para efectuar los ascensos carecen de suficiente racionalidad por no estar gene-

22 Es muy completa la publicación *Pobreza y Desarrollo en Colombia*. Su impacto sobre la Infancia y la Mujer. Unicef, DNP, ICBF., Bogotá, 1988.

Sobre la violencia en la familia es interesante el capítulo del libro *Colombia: Violencia y Democracia*, Informe presentado al Ministerio de Gobierno por la Comisión de Estudios de la Universidad Nacional, pág. 150.

ralizada la carrera judicial y estar enmarcados por la paridad y la cooptación en la Corte Suprema de Justicia y en el Consejo de Estado.

Los procedimientos largos y complicados y los excesivos formalismos, sirven muchas veces únicamente para dilatar los procesos, en detrimento de la equidad.

Las dificultades de acceso de una gran parte de la población a los organismos judiciales por el alto costo de los procesos y por ignorancia, así como por desconfiar en sus resultados, hacen que muchos asuntos no se ventilen por la vía institucional y que muchos delitos no se pongan siquiera en conocimiento de las autoridades.

Las continuas amenazas de que son objeto los jueces, magistrados, los empleados y los testigos, además del soborno, la extorsión y hasta el asesinato, bastante generalizados en los últimos años, le restan imparcialidad y objetividad.

En síntesis, el equilibrio de los poderes no se da en Colombia, pues estamos lejos de tener en igual nivel a la Rama Jurisdiccional con la Legislativa y Ejecutiva, tanto en la mentalidad generalizada de las gentes como en la práctica. Y mientras esta situación no cambie, se la seguirá considerando como "la cenicienta" o la "rama seca", con el agravante de que la seguridad ciudadana reposa en la capacidad del Estado para prevenir, investigar, y sancionar las actividades delictivas, por lo cual es necesario que la justicia cuente con los instrumentos que lo hagan posible.

2.1.4 La ausencia del monopolio estatal sobre la fuerza

Ha surgido una serie de poderes paralelos al Estado, los cuales cumplen funciones propias de éste, como cobrar tributos, como juzgar, como castigar: son los esmeralderos, los narcotraficantes, la guerrilla, los escuadrones de la muerte, los paramilitares.

De otra parte, la seguridad de los ciudadanos ha sido delegada en una buena parte por el Estado en el sector privado,

como negocio, el cual ha creado varios ejércitos de guardas particulares armados.

2.2 *Por exceso o abuso de poder*

2.2.1 *La generalización del Estado de Sitio*

El Presidente de la República tiene la atribución constitucional de conservar en todo el territorio el orden público y de restablecerlo donde fuere turbado. Cuando se presente esta última circunstancia, el Presidente, con la firma de todos los ministros, puede declarar turbado el orden público y dictar las medidas legislativas que le permitan el restablecimiento de dicho orden de conformidad con el artículo 121 constitucional.

Es de esta manera como el estado de sitio, que de suyo tiene un carácter excepcional, se ha constituido en una regla en nuestra vida institucional, en los últimos cuarenta años²³. Como lo expresó el ex magistrado Eustorgio Sarria, "quizá es la más arraigada de nuestras instituciones. Y lo será mientras las causas auténticas que provocan la perturbación del orden público, sobre todo en sus aspectos económico y social, no hayan sido eliminadas"²⁴.

En efecto, el estado de sitio ha sido utilizado para sofocar reivindicaciones obreras y campesinas²⁵ y ha sido instrumento para resolver conflictos laborales y obtener efectos políticos²⁶.

23 v. GALLON GIRALDO, Gustavo. *Quince años de estado de sitio en Colombia: 1958-1978*. Librería y Editorial América Latina, Bogotá, 1979.

24 *El Espectador. Constitución y Jurisprudencia*. Estado de Sitio Permanente, mayo 1987.

25 GALLON GIRALDO, Gustavo, op. cit.

26 VAZQUEZ CARRIZOSA, Alfredo. *El poder presidencial en Colombia*, págs. 335 y ss.

Es indiscutible que se ha abusado de esta institución para legislar en los campos más variados del panorama jurídico. La generalización de este estado excepcional nos lleva a preguntarnos si es realmente insuficiente la legislación ordinaria para proteger la seguridad del Estado, o si existen otros motivos no explícitos que la han motivado²⁷.

Durante el estado de sitio son evidentes las restricciones al ejercicio de las libertades, específicamente: la libertad de reunión y de expresión; la defensa contra la detención arbitraria o *habeas corpus*; las garantías procesales; la estabilidad de los funcionarios de carrera; el derecho de asociación; el derecho de huelga.

En algunas épocas ha habido excesos en el manejo del orden público, tales como torturas, desapariciones, detenciones arbitrarias.

Es tarea del Congreso el control político del Gobierno cuando ha declarado el estado de sitio, pero este control ha sido en la práctica inexistente. Por el contrario, el Congreso tradicionalmente ha legitimado las actuaciones del Ejecutivo en estos períodos de excepción, acogiendo como legislación permanente los decretos legislativos dictados.

El texto de reforma al artículo 121 constitucional, aprobado en primera vuelta por el Congreso es regresivo en relación con la norma vigente en la actualidad y a la interpretación jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia²⁸: se autoriza al gobierno expresamente para "dictar medidas transitorias que suspendan o restrinjan los derechos y las garantías sociales consagrados en el Título III"; se prevé, además, que "en casos de guerra exterior o de perturbación general,

27 Por ejemplo, nos preguntamos si no es negativo el régimen prestacional de los militares en estado de sitio, más favorable que en las épocas de normalidad; o sea que puede existir un interés económico de ellos, para que esta situación de anormalidad permanezca.

28 Sala Plena, Sentencia de octubre 30 de 1969. Magistrado Ponente: Eustorgio Sarria. Gaceta Judicial Tomo CXXXVII, 1969, pág. 473.

podrá atribuirse competencia a la justicia penal militar para los delitos que comprometan la seguridad y la estabilidad del Estado”.

La Corte Suprema ha interpretado esta norma constitucional en los siguientes términos, a partir de la sentencia de 3 de octubre de 1969²⁹:

“La declaración de perturbación del orden público y el estado de sitio no traen como consecuencia la suspensión de la Constitución y leyes, en general, como erróneamente se cree. El Presidente de la República, con la firma de todos los ministros, únicamente puede suspender las leyes incompatibles con el estado de sitio y tomar aquellas otras medidas legislativas indispensables para el restablecimiento del orden público. No se extinguen las garantías constitucionales, ya que sería absurdo que la defensa de la Constitución sólo pudiera adelantarse mediante su proscripción”.

En relación con el juzgamiento de civiles por los militares, conocemos la evolución que ha tenido la jurisprudencia, hasta llegar a sostener la Corte, en forma terminante, que la Carta no autoriza, en ningún caso, dicho juzgamiento por Cortes Marciales o Tribunales Militares, así se trate de civiles al servicio de las Fuerzas Armadas³⁰.

2.2.2 *Los excesos de la fuerza pública*

El país viene sufriendo de año en año una escalada de la violencia en diversas manifestaciones: encuentros armados, secuestros, desapariciones, actos terroristas y últimamente espantosos genocidios donde no se ha respetado a la población civil. El cuadro anexo muestra la magnitud de esta tragedia nacional³¹.

29 Sala Plena. Idem.

30 Sala Plena, Sentencia de agosto 20 de 1987. Magistrado Ponente: Jesús Vallejo Mejía. Revista *Foro Colombiano*, Tomo XXXVIII 1er. semestre 1988, págs. 48 y ss.

31 DE ROUX, Francisco, S.J. Informe presentado ante la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos. Masacres en Colombia en 1988.

MASACRES EN COLOMBIA EN 1988

Ciudad o región	Departamento	Grupo social		Presuntos responsables	Fecha
		Número de víctimas			
Enviado	Antioquia	8 indeterminado *		mafia	Enero 8
San Pablo	Bolívar	6 campesinos		paramilitares **	Enero 11
Puerto Nare	Antioquia	8 pescadores			Enero 21
Puerto Sogamoso	Santander	9 campesinos		paramilitares (1)	Febrero 1
Cuatro Bocas	Santander	6 campesinos		paramilitares (2)	Febrero 3
Bajo Putumayo	Casanare	7 campesinos		paramilitares	Febrero 16
Piñalito	Meta	14 campesinos		paramilitares (3)	Febrero 21
Sierra Perija	Cesar	8 campesinos		desconocidos	Febrero 25
Bucaramanga	Santander	5 indeterminados		paramilitares (4)	Febrero 28
Sierra Nevada de Santa Marta	Magdalena	8 campesinos		desconocido	Marzo 1
Chigorodo	Antioquia	6 campesinos		indeterminado	Marzo 2
Mejor Esquina	Urabá Región	20 trabajadores panano		paramilitares (5)	Marzo 4
Villanueva	Córdoba	38 campesinos		paramilitares (6)	Abril 3
Coquitos Turbo	Casanare	5 campesinos		indeterminado	Abril 4
Villanueva	Antioquia	25 campesinos		paramilitares (7)	Abril 11
Rosas	Casanare	6 campesinos		desconocido	Abril 18
Chaparral	Cauca	5 campesinos		militares	Abril 18
Valledupar	Tolima	5 campesinos		desconocido	Abril 18
Bogotá	Cesar	5 campesinos		desconocido	Abril 24
El Yari	Cundinamarca	5 campesinos		desconocido	Mayo 10
Arboledas	Cagueta	6 campesinos		paramilitares	Mayo 10
	N. de Santander	5 indeterminados		desconocido	Mayo 17

<i>Ciudad o región</i>	<i>Departamento</i>	<i>Grupo social</i> <i>Número de víctimas</i>	<i>Presuntos responsables</i>	<i>Fecha</i>
Itequí	Antioquia	5 campesinos	desconocido	Mayo 22
La Fortuna	Barranca	6 campesinos	militares	Mayo 24
Medellín	Antioquia	5 marginados	paramilitares	Mayo 26
San Vicente	Santander	12 campesinos	militares	Mayo 29
Belén Andaquibes	Caqueté	5 campesinos	desconocido	Junio 6
Andes	Antioquia	5 campesinos	desconocido	Junio 7
Bucaramanga	Santander	13 marginados	paramilitares (8)	Junio 10
San Rafael	Antioquia	18 mineros	paramilitares (9)	Junio 14
Pamplóna	Cauca	7 campesinos	desconocido	Junio 24
Monserate	Cundinamarca	6 marginados	paramilitares (10)	Julio 1
Pto. Pajón	Santander	6 campesinos	desconocido	Julio 4
Otanche	Boyaca	11 trabajadores	paramilitares	Julio 4
El Castillo	Meta	17 campesinos	paramilitares (11)	Julio 5
Pivijay	Magdalena	5 campesinos	paramilitares	Julio 6
Medellín	Antioquia	5 ex militares	marcotráfico	Julio 11
Ciénega	Magdalena	5 campesinos	desconocido	Julio 11
Yarima	Santander	12 campesinos	paramilitares (12)	Julio 20
Chaparzal	Tolima	5 campesinos	Batallón Caicedo	Julio 21
Puerto Libertador	Córdoba	8 campesinos	desconocido	Julio 22
Yacobi	Cundinamarca	9 campesinos	desconocido	Agosto 22
Medellín	Antioquia	5 comerciantes	desconocido	Agosto 22
Seiza	Córdoba	11 campesinos	desconocido	Agosto 23
Chigorodó	Antioquia	4 campesinos	paramilitares	Agosto 29
Puerto López	Meta	6 campesinos	desconocido	Agosto 30
El Tomate	Córdoba	16 campesinos	paramilitares	Agosto 30
Popayán	Cauca	4 campesinos	paramilitares	Septiembre 2
Olaya Herrera	Nariño	5 indígenas	terrestres	Septiembre 9

Ciudad o región	Departamento	Grupo social/ Número de víctimas	Presuntos responsables	Fecha
San Andrés de				
Sotavento	Córdoba	5 indígenas	paramilitares	Septiembre 9
Call	Valle	6 narcotraficantes	narcotraficantes	Septiembre 15
El Playón	Santander	4 campesinos	paramilitares	Septiembre 24
Quinchía	Risaralda	4 campesinos	paramilitares	Septiembre 27
Villarica	Tolima	5 campesinos	paramilitares	Septiembre 30
Turbo	Antioquia	5 indeterminado	desconocido	Octubre 2
Cartagena del Chalá	Caquetá	4 civiles	desconocido	Octubre 14
Medeijn	Antioquia	7 indeterminado	desconocido	Octubre 18
Cubarraí	Meta	5 campesinos	paramilitares	Octubre 19
Medeijn	Antioquia	5 narcotraficantes	narcotraficantes	Octubre 20
Pionegro	Antioquia	5 ex reclusos	narcotráfico	Octubre 22
Guarne	Antioquia	6 narcotraficantes	narcotráfico	Octubre 23
El Peñón	Cundinamarca	5 campesinos	desconocido	Octubre 23
El Castillo	Meta	5 campesinos	paramilitares	Noviembre 6
Barancabermela	Santander	6 delincuentes	paramilitares	Noviembre 10
Segovia	Antioquia	43 pobladores	paramilitares	Noviembre 11
Los Córdoba	Córdoba	7 campesinos	ganaderos	Noviembre 13
Barancabermela	Santander	5 indeterminado	paramilitares	Noviembre 17
Grañada	Meta	5 campesinos	desconocido	Noviembre 21
Canalete	Córdoba	5 campesinos	paramilitares	Noviembre 25
Orhueta	Magdalena	4 indeterminado	desconocido	Diciembre 5
Puerto Valdivia	Antioquia	7 campesinos	desconocido	Diciembre 5

* Indeterminado: grupo social no homogéneo. Renace del tipo "operación limpieza".

** En algunos casos no se sabe cuál de los grupos paramilitares fue el autor de la matanza. Cuando se ha logrado identificar el grupo, suministramos su nombre en nota al pie.

Dentro de este panorama macabro de irrespeto por el derecho a la vida, ha aparecido un factor que lo agrava y es la existencia de los llamados grupos paramilitares. El entonces Procurador General de la Nación Carlos Jiménez Gómez admitió en 1983 que de 162 personas comprometidas en el grupo denominado "Muerte a Secuestradores" MAS, 59 eran miembros de servicio activo de las Fuerzas Armadas. En 1987 el ministro de Gobierno César Gaviria Trujillo, reveló en el Congreso Nacional la existencia de 140 grupos paramilitares esparcidos en todo el país. Tanto el ex procurador general de la Nación, Horacio Serpa Uribe, como el mismo ministro de Gobierno han admitido la participación de elementos o agentes del Estado en acciones criminales ajenas a las misiones regulares o del servicio militar.

Si, como ya vimos, en Colombia está prohibida la pena de muerte, es grave que muchas personas sean víctimas del asesinato, por pertenecer a un partido político —como es el caso de setecientos miembros de la Unión Patriótica—, por ser sindicalistas, por asumir posiciones en contra del narcotráfico o en pro de la defensa de los derechos humanos, en algunos casos con la complicidad o por lo menos contando con la pasividad de las fuerzas del orden, cuya misión es justamente defender la vida de todos los ciudadanos.

Sucesos como los ocurridos en Segovia (Antioquia) en noviembre de 1988, donde perdieron la vida 43 personas, entre ellas varios niños y en La Rochela (Santander) en enero de 1989, donde fueron asesinados en forma cobarde 12 funcionarios investigadores judiciales, han llamado la atención de la opinión pública internacional y específicamente han sido motivo de detenido análisis e informes de comisiones como Amnistía Internacional, de Paz Christi de Holanda, Justicia y Paz de Alemania, Americas Watch de Estados Unidos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Aunque en nuestro país nadie puede arrogarse teóricamente el derecho de disponer de la vida de otra persona, ni aun con un juicio previo, como sería de existir la pena de muerte, han llegado a darse las llamadas operaciones limpieza, donde en una noche se ha dado muerte a gaminos, prostitutas, vagabundos, o simples transeúntes en la oscuridad. Estos

últimos hechos no parecen conmover mayormente a la ciudadanía, la cual con su silencio parece justificarlos; ni han sido objeto de mayores investigaciones por las autoridades, ni se conocen condenas o sanciones por ellos.

El derecho a la vida, como todos los derechos, debe ser respetado por todos. Pero las autoridades, por tener a su cargo su protección y por detentar al menos teóricamente el monopolio sobre la coerción para hacer cumplir la ley y la Constitución, tienen una responsabilidad mayor, razón por la cual las circunstancias descritas revisten una gravedad especial.

2.2.3 *La inexistencia de una clara diferenciación entre "lo público" y "lo privado"*

Continuamente se confunden los intereses de algunos sectores con los intereses de la comunidad. Esto se debe, entre otros motivos, a la rotación continua de los dirigentes del sector privado hacia el sector público y viceversa, sin que haya conciencia acerca de los criterios de lo que es el servicio público.

La necesidad de apoyo político de los gobiernos, hace que cambien de ministros y de agentes continuamente, lo cual se traduce en falta de coherencia y continuidad en las políticas sectoriales, las cuales quedan al vaivén de los intereses privados.

Algunos servicios son prestados por particulares más con criterio de rentabilidad que de servicio, a menudo con el apoyo económico del Estado y con escasos controles. Esto ocurre en el transporte, en la educación, en los medios de comunicación electrónicos, en el sector financiero, en la vigilancia.

Aun la justicia no escapa de esta tendencia privatista, a pesar de que la Constitución preceptúa que la justicia es un servicio público a cargo de la Nación. En efecto, se generalizan cada vez más los llamados Tribunales de Arbitramento, los cuales dirimen todo tipo de controversias; aun las empresas estatales someten con alguna frecuencia a la decisión de

este tipo de tribunales las controversias surgidas en la ejecución de contratos y han sido objeto de cuantiosas condenas.

Continuamente se trae a colación la discusión sobre el gigantismo del Estado y de su ineficiencia; para concluir que debe disminuirse su tamaño y que se debe privatizar una buena parte de los servicios públicos. Se sirve así de caja de resonancia de las ideas neoliberales que andan por el mundo occidental desarrollado³², pero que allá mismo son objeto de gran controversia.

Se olvida con estos planteamientos que en Colombia existen numerosas regiones y sectores sociales donde el Estado no ha llegado con sus inversiones y servicios; que si la administración pública es ineficiente, se debe justamente al manejo clientelista que se le ha dado, a la ausencia de una carrera administrativa seria y generalizada y a la continua prevalencia de los intereses privados sobre los intereses de la colectividad.

De otra parte, el mito de la eficiencia del sector privado se ha puesto en tela de juicio con la actuación de importantes entidades del sector financiero, las cuales han sido rescatadas por el Estado con una inversión de más de trescientos mil millones de pesos, o sea que se han llegado a socializar las pérdidas, por cuenta de los contribuyentes. A pesar de ello, en la actualidad existe la tendencia a devolver estas entidades al sector privado.

El servicio del transporte se presta prácticamente sin control, pues las entidades públicas que lo tienen a su cargo se limitan a repartir rutas y horarios, un renglón donde la rebatía clientelista hace su agosto, en detrimento del servicio público y de la seguridad de los usuarios.

Está tan distorsionado el concepto del interés público, que el Estado puede permitir en forma impasible que unos

32 v. *Le Monde Diplomatique*. *Le Liberalisme contre les Libertés*. *Manière de Voir* 2, JULIEN, Claude, DOMMERGUES, Pierre GRESH, Alain, RAMONET, Ignacio, DECORNOY, Jacques, DE BRIE, Christian, CASSEN, Bernard.

cuantos particulares, los exhibidores, se apropien de un impuesto pagado por todos los espectadores de cine, durante un lapso mayor de cuatro años, en detrimento de los ingresos de la empresa productora y promotora del cine nacional, Focine, sin que este hecho cause mayor aspaviento, ni sea objeto de investigación alguna de los organismos de control.

Sin embargo, no se puede concluir con un criterio fatalista que es necesario destruir el Estado, cuando éste, entre nosotros, se encuentra apenas en construcción³³, a diferencia de países conformados desde hace años y siglos, donde es ya parte de la cultura el respeto por todos los ciudadanos y la generalización y la eficiencia de los servicios públicos. Aun en estos países, se debate sobre la conveniencia de privatizar algunos de ellos, por el temor de que llegue a ser más importante la rentabilidad de las empresas que los servicios mismos.

Necesitamos, en bien de toda la población, un Estado que pueda ser eficiente, objetivo e imparcial, y no la vara de premios de los politiqueros. En otras palabras, se requiere un *Estado que sea público*, que actúe en nombre y a favor de toda la colectividad y no un simple repartidor de prebendas.

CONCLUSIONES

Existe una estrecha relación entre la enunciación de derechos y la organización concreta del poder que impone a los órganos del Estado precisas órdenes y prohibiciones. De lo contrario, estos derechos quedan como meros principios abstractos, no como derechos jurídicamente exigibles.

Así como la Constitución en su primera época tuvo como función el control de los gobernantes —para combatir el absolutismo— y después la defensa de las libertades políticas —al lograr los movimientos democráticos las primeras con-

33 GONZALEZ, Fernán. *Análisis 2. Un Estado en Construcción*. Cinep, mayo de 1989.

quistas—, la Constitución, en los estados democráticos actuales, debe establecer los criterios de las actividades políticas, económicas y sociales del Estado. Todas estas esferas deben funcionar sobre criterios democráticos.

Las instituciones no son neutrales, sino que permiten o impiden la realización de las aspiraciones populares. El problema de la anulación real de los derechos humanos en Colombia está inmerso en una profunda crisis de tipo estructural. Su restablecimiento requiere, por tanto, la búsqueda de un nuevo Estado de Derecho.

A continuación proponemos algunos puntos considerados como básicos para crear un ambiente de apertura y de democracia real. Atribuimos una gran importancia a los derechos políticos porque por medio de ellos aseguramos los derechos civiles: entre los derechos civiles y los derechos políticos existe la relación del fin a los medios.

El principal objetivo es la búsqueda de mecanismos institucionales, o sea, de instrumentos tanto jurídicos como políticos, que permitan garantizar efectivamente y no sólo en forma teórica los derechos humanos. Es necesaria, para ello, la democratización de los aparatos del Estado. Esta reflexión nos ha llevado, en una primera aproximación, a plantear posibles soluciones, las cuales esbozamos a continuación:

I. EN RELACION CON LA PROTECCION DE LOS DERECHOS HUMANOS

1. Reconocimiento constitucional a los derechos contenidos en los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia

Hemos visto que el Título III de nuestra Constitución contiene básicamente libertades individuales, sin tener en cuenta las necesidades concretas de las personas en un país en vías de desarrollo, con seis millones de personas en la pobreza absoluta, que no tienen acceso a los mínimos elementos que se requieren para una existencia digna.

La presencia del Estado debe ser por tanto mucho más activa: es su misión la de velar por la generalización de la seguridad social; por la conservación de los recursos naturales, su explotación favorable a los intereses del país, y la protección del medio ambiente; por la defensa de los desvalidos, los marginados y las comunidades minoritarias; por la protección de la familia, la maternidad y los niños; debe garantizar la igualdad de oportunidades de acceso a la función pública y asegurar las posibilidades de ingreso de todos los niños a la educación; debe fortalecer la justicia. En fin, el Estado debe constituirse en un verdadero promotor del desarrollo.

Teniendo en cuenta que estos aspectos que implican una serie de prestaciones que el Estado debe asegurar a los ciudadanos se encuentran contenidos en varios Pactos y Convenios Internacionales suscritos por Colombia, consideramos que sería conveniente establecer en este Título la prelación de los convenios internacionales que protegen los derechos humanos, sobre las leyes internas, o sea, reconocerles un nivel constitucional, así:

“Los tratados y convenios internacionales relativos a los derechos humanos, ratificados por la República de Colombia, formarán parte del Título III de la Constitución”.

De esta forma, todos los tratados y convenios ya ratificados y que se ratifiquen en el futuro por Colombia, quedarían automáticamente incluidos dentro del texto constitucional. La consecuencia de reconocerles este nivel, además de su preeminencia sobre las leyes y cualquier otro ordenamiento de inferior categoría, es la competencia de la Corte Suprema de Justicia para controlar el ajuste de estos últimos a su normatividad. De otra parte, estos textos de orden internacional, al entrar a formar parte de la Constitución, deberán ser aplicados y respetados por las autoridades civiles, judiciales y militares, en todo el territorio nacional.

2. La ratificación de los protocolos adicionales de Ginebra de 1977, sobre Derecho Humanitario

La confusa violencia existente en Colombia, proveniente de distintos sectores, no respeta a la población civil, hasta el

punto de que ha habido masacres de personas totalmente ajenas a los conflictos en enfrentamientos entre la guerrilla y el Ejército, como sucedió en los hechos del Palacio de Justicia del seis y siete de noviembre de 1986, o personas que mueren en atentados como en el acto terrorista reciente contra el general Maza, o en manos de paramilitares como en Mejor Esquina, en Otanche o en Segovia, donde no se respeta ni la vida de los niños.

Una forma de humanizar los conflictos armados es aplicando los instrumentos específicamente ideados para ello y que están contenidos en convenios internacionales como los Protocolos Adicionales de Ginebra de 1977, los cuales deben ser ratificados por el Congreso de la República. Mientras existen ejércitos irregulares en Colombia, es necesario por lo menos salvaguardar a los ciudadanos inermes no combatientes.

3. La introducción de nuevos derechos y reformas de algunos existentes

El Amparo

Como un medio de control de la Constitución y de protección del gobernador frente al poder público, se propone instituir el Amparo. Este mecanismo, complementario de los sistemas de control existentes, podría servir para prevenir o impedir en cada caso concreto, las actuaciones de las autoridades que fueran a realizarse en contra de la Ley Suprema. Además, podría ser un instrumento para impedir la omisión de las autoridades en sus atribuciones y asegurar el cumplimiento de las normas consagratorias de los derechos humanos.

Revisión de las metas del Estado Colombiano en relación con los Derechos Humanos

Se hace necesaria la revisión de los Títulos III y IV de la Constitución, para definir las metas del Estado Colombiano en relación con los derechos humanos, y su adaptación a las nuevas tendencias del constitucionalismo moderno.

Recursos de Habeas Corpus

Debe hacerse un reconocimiento constitucional del recurso de Habeas Corpus, donde se establezca el procedimiento para hacer efectiva esta acción de garantía de la libertad individual contra la ilegal reducción a prisión o arresto y la ilegal privación de la libertad.

Derecho de petición colectivo

Como una forma de institucionalizar la solución a los conflictos, debe reconocerse expresamente el derecho de petición colectivo con el objeto de hacer efectivo el trámite de las peticiones hechas por las marchas campesinas, los movimientos cívicos y grupos similares. Estas expresiones colectivas no han encontrado hasta el momento una vía legal de canalización, y por el contrario, han sido consideradas como subversivas.

El Defensor de los Derechos Humanos serviría de garante de la aplicación de este derecho y serviría como mediador de las peticiones colectivas.

Derecho a la comunicación

Se sugiere un nuevo texto del artículo 42 de la Constitución, así:

“Se garantiza el derecho a la comunicación de la sociedad, en la radiodifusión y en los canales de televisión. La prensa es libre, pero responsable, de conformidad con las leyes. La información en los medios de comunicación deberá ser objetiva y veraz. Las personas afectadas por informaciones injuriosas, calumniosas o inexactas, podrán pedir su rectificación e indemnización y se sancionará a los responsables de ellas. Ninguna empresa editorial de prensa, o de radiodifusión o de televisión, podrá tener participación extranjera, o recibir subvención de gobiernos o de compañías extranjeras”.

Se trata de actualizar el antiguo derecho de expresión, por un concepto más moderno y de mayor proyección social: se garantiza a todos los sectores de la sociedad, la posibilidad de manifestar sus ideas y opiniones, a través de la radio y la televisión. La expresión debe ser viable no sólo para unos pocos (el Gobierno, los concesionarios, los propietarios), colocando el resto de los ciudadanos en condición de receptores pasivos, sino que debe permitirse el verdadero pluralismo en la información y la comunicación entre los sectores sociales.

Se reconoce el derecho de toda la comunidad a ser informada correctamente, en forma imparcial y objetiva; o sea, que se le brinden todos los elementos de juicio para formarse su propio criterio. Asimismo, quien se sienta perjudicado por una información que no corresponde a la realidad, debe tener la posibilidad de que ésta se corrija debidamente, pues la honra es un bien invaluable del ciudadano.

De otra parte, la prensa debe ser libre en todo tiempo, y no sólo en tiempo de paz; el criterio contrario ha dado lugar a limitaciones innecesarias y antidemocráticas en épocas de estado de sitio. Asimismo, debe ser siempre responsable, conforme a lo que dispone la ley.

El último párrafo repite la prohibición que ya existía de recibir subvenciones a las empresas editoriales pero limitada únicamente a las de prensa y la extiende a las empresas de radiodifusión sonora y de televisión. Se suprime la posibilidad de que el gobierno pueda conferir autorización para ello, con el criterio de sano nacionalismo, de que es mejor preservar los medios de comunicación de injerencias extranjeras, no importa su procedencia.

Derecho a la educación

Proponemos algunas variaciones al artículo 41 de la Constitución, así:

“Todos los niños colombianos tienen derecho a recibir educación primaria, la cual será gratuita en las escuelas públi-

cas. Este derecho se extenderá a la educación secundaria, en el grado que señale la ley.

Los padres y responsables de los menores están en la obligación de respetar este derecho, bajo sanciones impuestas por la ley. Se garantiza la libertad de enseñanza, bajo la inspección y vigilancia del Estado.

El Gobierno Nacional invertirá no menos del diez por ciento (10%) de su presupuesto general de gastos en la educación pública, y dará prioridad a la financiación de las escuelas y colegios estatales”.

Actualmente no se reconoce expresamente este derecho de los niños, ni se les asegura por tanto su ingreso a la escuela, pues no existen suficientes cupos. Para hacerlo efectivo, es necesario de una parte, establecer la obligación de los padres a respetarlo, pues hay muchos de ellos que no le permiten a sus hijos ir a la escuela, o no los estimulan a hacerlo, o les fomentan la mendicidad. Particularmente muchas niñas son obligadas a permanecer en la casa haciendo los oficios domésticos y no pueden tener así acceso a la educación. El ordenamiento legislativo podrá determinar la forma de hacer efectiva esta obligación y drásticas sanciones por su incumplimiento.

De otra parte, de nada sirve la imposición al Gobierno, votada por el plebiscito de 1957, de invertir en educación pública el 10% de su presupuesto de gastos, cuando una gran parte de este dinero financia la educación privada, por lo cual hasta el momento no se le ha asegurado a todos los niños colombianos su posibilidad de educarse, ni siquiera hasta el nivel primario. Podría ser un propósito nacional de envergadura el lograr este objetivo, para lo cual es necesario que dicho porcentaje presupuestal se invierta prioritariamente en dar cumplimiento a esta disposición constitucional.

4. La creación del cargo de Defensor de los Derechos Humanos

En nuestro país se justifica ampliamente la creación del Defensor de los Derechos Humanos, institución cuya eficacia ha sido ampliamente probada en otras latitudes, por muchos motivos: El individuo aislado tiene en forma creciente la necesidad de ser protegido frente a la burocracia, cada vez más fuerte y numerosa, ya que los otros medios de control son insuficientes:

El control jurisdiccional cumple un papel apreciable; sin embargo, no es suficiente solo, si se tienen en cuenta: la gran cantidad de aspectos que escapan a este control, como por ejemplo la inoportunidad o la inconveniencia de una decisión, las cuales no pueden alegarse ante los Tribunales Administrativos, la duración de los litigios frente a la urgencia de los problemas que deben resolverse, el excesivo formalismo y el alto costo de un proceso.

Los controles administrativos internos son bastante inoperantes dada la falta de seriedad, la arrogancia y la politiquería que rodean a la administración pública. El control político del Parlamento es muy escaso en los sistemas presidenciales como el nuestro.

La Procuraduría cumple funciones relacionadas con la defensa de los intereses de la Nación; promueve la ejecución de las leyes, sentencias judiciales y disposiciones administrativas; supervigila la conducta oficial de los empleados públicos; y persigue los delitos y contravenciones que turben el orden social. Pero sus procedimientos se asemejan a los judiciales en cuanto a la duración y a los excesivos formalismos y rigorisimos. Por eso creemos que la labor del Defensor de los Derechos Humanos no podría ser asumida por el Procurador.

La gestión de este funcionario debe caracterizarse por la rapidez, la gratuidad, la independencia. Además sus facultades deben ir más allá del simple control de legalidad de las actuaciones de los funcionarios y extenderse a los errores, negligencias, retardos; debe controlar tanto las acciones como

las omisiones en todo lo relacionado con los derechos humanos.

De nada sirve consagrar muchos derechos en la Constitución, si queda al arbitrio de las autoridades hacerlos efectivos o no.

Y la competencia del Defensor de los Derechos Humanos debe extenderse a vigilar la conducta de los militares, como sucede en los países escandinavos y en Alemania Federal.

Esta institución puede constituir un esfuerzo de humanización y de lucha contra la injusticia, una verdadera defensa de los derechos del individuo a menudo subyugado por un sentimiento de impotencia frente a la administración.

El Defensor de los Derechos Humanos debe reunir algunas características especiales como ser una persona de gran respetabilidad, independiente, imparcial, con capacidad para guardar la neutralidad política y su acción estará enmarcada por el sentido de la oportunidad y de la equidad. Por tanto, creemos que su nombramiento debe hacerse en forma directa por el pueblo y no por el Congreso como se hace en otros países.

Tal vez la creación del Defensor de los Derechos Humanos sea un factor de progreso institucional, de mayor acercamiento de los ciudadanos al Estado, sobre todo si tiene su origen en el voto popular.

5. Supresión o modificación del artículo 28 de la Constitución

El Comité de Derechos Humanos ha sido partidario de la derogatoria del artículo 28 de la Constitución, en cuanto a la facultad que se atribuye al Presidente de la República de ordenar sin intervención de juez competente, la aprehensión de personas contra quienes haya graves indicios de que atentan contra la paz pública, o sea, por motivos no definidos en

el mismo artículo. Toda medida de arresto o detención implicaría el derecho de ser asistido por un abogado defensor.

De no accederse a esta supresión, una manera de morigerar este poder presidencial excesivo sería haciendo obligatorio el concepto previo del Consejo de Estado, al cual debería presentarse la lista de las personas cuya detención se pretendiera. Esta Corporación resolvería así sobre los casos concretos que se le sometieran.

6. Limitaciones al Estado de Sitio

Consideramos que la propuesta efectuada por el Comité de Derechos Humanos, ante la Comisión Preparatoria del Proceso de Reajuste Institucional, recoge la inquietud planteada por los sectores democráticos de restringir el estado de sitio a las circunstancias verdaderamente graves de perturbación del orden público, así:

a. Limitar la aplicación del estado de sitio a los casos de guerra exterior o de amenaza para el orden constitucional, reconocidas por el Congreso pleno para un período no mayor de noventa días, al cabo de los cuales sería necesaria la solicitud del Ejecutivo al propio Congreso para la prórroga del régimen de excepción.

b. Establecer de manera expresa que, en ejercicio de las facultades del estado de sitio, no se interrumpe la normatividad de los artículos 23 y 26 de la Carta Fundamental sobre garantías ciudadanas para el debido proceso; además, se acordarán las seguridades determinadas en el derecho internacional para la protección de las poblaciones civiles en tiempo de guerra exterior o de conflicto interno (Convención de Ginebra de 1949 y Protocolos anexos).

c. Crear el Estado de Prevención o de Alarma, durante el cual el gobierno podrá tomar medidas preventivas de carácter policial para evitar desórdenes, mantener el orden público, controlar la circulación de vehículos o de personas, permitir arrestos o detenciones para llevar a cabo los juicios de responsabilidad a que hubiere lugar. Este estado no podrá ser supe-

rior a cuarenta y cinco días, pasados los cuales el Ejecutivo deberá consultar al Consejo de Estado. En el estado de prevención o de alarma es obvio que no dejarán de regir las garantías constitucionales del debido proceso y en ningún caso habrá facultad de legislar sobre materias ajenas a la misma perturbación, instituir nuevos delitos o reformar los códigos penal y de procedimiento penal.

II. MEDIDAS PARA UNA APERTURA DEMOCRATICA

1. La garantía del derecho de representación y de acceso a la función pública

Es imposible la reinserción de la guerrilla en la vida institucional y política del país, sin garantías para el ejercicio de los derechos ciudadanos y para la actuación de los militantes de nuevos partidos, comenzando por el derecho a la vida.

Sería saludable a su vez, que los partidos entren en un proceso de autocrítica, de revisión, no sólo de sus estatutos sino principalmente de sus prácticas políticas, con el objeto de señalar y reconocer aquellos aspectos en que no existe una democracia interna.

Si se tiene una verdadera voluntad política de cambio, este proceso llevará, además, a reconocer la necesidad de hacer reformas sustanciales de orden constitucional y legal, entre las cuales hacemos algunas sugerencias:

Dentro de este orden de ideas, el artículo 15 constitucional podría tener el siguiente texto:

“Se garantiza el derecho de representación, o sea, el derecho de elegir y ser elegido, y el de desempeñar empleos públicos, a todos los ciudadanos en ejercicio y se prohíbe cualquier forma de discriminación”.

Este derecho se reconoce así a todos los ciudadanos en ejercicio, hombres y mujeres, de todas las razas, creencias y condiciones, sin discriminación alguna.

2. La creación de la rama política y electoral

El artículo 55 actual sería del siguiente tenor:

“Son ramas del poder público la Legislativa, la Ejecutiva, la Jurisdiccional y la Política y Electoral.

Estas ramas tienen funciones separadas, pero colaboran armónicamente en la realización de los fines del Estado”.

Teniendo en cuenta nuestras costumbres políticas descritas, es necesario que un órgano ajeno a la Rama Ejecutiva y Legislativa, con *autonomía total*, sea el encargado de ejercer el control sobre el funcionamiento de los partidos, la organización electoral, el costo y la financiación de las campañas, el acceso igualitario de los partidos a los medios de comunicación y en especial a los canales de radiodifusión sonora y de televisión; el derecho de rectificación y de respuesta en los medios de comunicación; este organismo controlaría el apoyo económico estatal a los partidos, la forma de divulgación y publicidad de los programas y campañas políticas, vigilaría el respeto a los derechos de la oposición e impondría sanciones a quienes incumplieran las normas electorales y de organización de los partidos, o infringieran de alguna manera el derecho de representación¹.

Se busca, así, la creación de mecanismos que hagan efectivo el derecho de representación y den más credibilidad al sistema político y electoral, dotando de independencia absoluta a los organismos de control sobre los partidos y en relación con las elecciones.

La libertad de voto implica que el elector no esté sometido a presiones que puedan falsear el sentido de las elecciones, tales como la compra de votos, la intimidación o el fraude, o la propaganda excesiva o engañosa; de ahí la necesidad de los controles mencionados.

1 LLOREDA DE GARCÉS, Mercedes. *Derecho de Representación*. Tesis de grado, Universidad San Buenaventura, Cali, 1976. La propuesta de creación de la Rama Electoral fue desarrollada ampliamente en este trabajo.

Las funciones señaladas podrán encomendarse a un Consejo Nacional de Participación Política y Electoral, encargado de nombrar al Registrador Nacional del Estado Civil, y a los Consejos Seccionales. Los funcionarios de la Registraduría deberán estar vinculados a la carrera administrativa como garantía de su independencia e imparcialidad. Asimismo, la Rama Electoral deberá gozar de autonomía presupuestal y administrativa.

El Registrador Nacional del Estado Civil debe ser elegido para un período mínimo de unos cuatro (4) años por el Consejo Nacional Electoral y deberá reunir los requisitos para ser Magistrado de la Corte Suprema de Justicia o del Consejo de Estado.

Los miembros del Consejo Nacional de Participación Política y Electoral en número de siete (7) deberán reunir los requisitos para ser Magistrado de la Corte Suprema de Justicia o del Consejo de Estado y podrán ser nombrados por el Consejo de Estado, teniendo en cuenta que haya representación de todos los sectores políticos, incluyendo por lo menos uno de los partidos que no tengan representación en el Congreso.

3. Abolición de las cotizaciones de los funcionarios y contratistas a los partidos; eliminación de los auxilios de los parlamentarios, diputados y concejales; apoyo estatal a la financiación de los partidos y limitación al costo de las campañas

La forma de reemplazar las financiaciones a través de las cotizaciones de los funcionarios y contratistas, de los auxilios de los parlamentarios, diputados y concejales o por el sector privado, los cuales comprometen la acción de la administración pública y burlan el derecho de representación, es mediante la financiación directa por el Estado a los partidos y a las campañas.

Asimismo, el costo de las campañas y las formas de propaganda utilizadas deben ser limitados a lo estrictamente necesario para la información de los electores.

Las elecciones dejarán así de ser un negocio donde los candidatos sean productos que "se venden" con la publicidad y otros medios irregulares o ilícitos, para recobrar su carácter de certámenes serios, donde el pueblo elija a sus representantes, con base en ideas y programas.

4. Reformas al Congreso, las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales

4.1 *Prohibición al Presidente de conferir empleo a los Senadores y Representantes*

Con el objeto de garantizar una mayor independencia del Congreso en relación con el Gobierno, para que realice a cabalidad su función de control político y se evite en cualquier forma el "soborno" por el Gobierno, se propone estatuir la prohibición al Presidente de conferir empleo a los Senadores y Representantes principales y suplentes durante el período para el cual fueron elegidos.

Esto permitiría, además, la vinculación de un mayor número de personas a la función pública. De otra parte, la diplomacia dejaría de ser un premio político, en beneficio de una verdadera carrera para el servicio exterior.

El artículo 109 sería entonces del siguiente tenor:

"El Presidente de la República no puede conferir empleo a los Senadores y Representantes principales y suplentes durante el período para el cual fueron elegidos".

A nivel nacional, departamental y municipal deben existir normas que impidan el cúmulo de mandatos.

4.2 *Imposibilidad de reelección a los Senadores y Representantes para el período subsiguiente*

Un medio para crear mayor movilidad política, y también para permitir el acceso de un número creciente de ciuda-

danos a las Cámaras Legislativas, sería el de hacer imposible la reelección para el período subsiguiente, tanto para los senadores como para los representantes.

Los artículos 95 y 101 quedarían así:

“Los senadores durarán cuatro años en el ejercicio de sus funciones y no pueden ser reelegidos para el período subsiguiente”.

“Los miembros de la Cámara de Representantes durarán en ejercicio de sus funciones cuatro años y no pueden ser reelegidos para el período subsiguiente”.

Con idénticos propósitos, convendría prohibir la reelección de diputados y de concejales.

5. Reformas al Régimen Electoral.

La consulta previa interna, la elección uninominal, la circunscripción nacional

Una forma de permitir la participación de los electores en el proceso de selección de los candidatos sería la consulta previa interna dentro de cada partido.

Existen también sistemas electorales más democráticos que los vigentes en la actualidad como por ejemplo el sistema de listas “abiertas”, de acuerdo con el cual cada votante puede componer su propia lista, escogiendo candidatos de diferentes listas si quiere, o de la misma lista en el orden que prefiera, en contraposición al actual de listas “cerradas”, elaboradas por los directorios.

La elección uninominal permitiría a su vez la posibilidad de candidaturas “cívicas” de personas con una gran voluntad de servicio que no pertenezcan a las “maquinarias” de los partidos.

Sería también acertada la aplicación de un sistema de circunscripción y cuocientes nacionales para la elección de algunos senadores y representantes: esto permitiría que parti-

dos cuya votación alcanza un volumen significativo a nivel nacional, logran obtener escaños en dichas Corporaciones.

6. Desmante de los vestigios del Frente Nacional. Garantías a la oposición

Obviamente, es necesario poner fin a los vestigios constitucionales del Frente Nacional, o sea, del bipartidismo, como condición preliminar de una apertura democrática. En este orden de ideas, es necesario abolir el parágrafo del artículo 120 de la Constitución, conforme al cual el nombramiento de los ministros y los gobernadores se hará en forma tal que se dé participación adecuada y equitativa al partido mayoritario distinto al del Presidente de la República. El objetivo de preservar el espíritu nacional en la rama ejecutiva, y la forma de lograrlo, debe ser decisión autónoma de cada Gobierno: podrán así constituirse gabinetes ministeriales con representantes de un solo partido, de dos de ellos, o de varios.

Con la misma finalidad debería dictarse un estatuto de la oposición, donde se establezca, por ejemplo, el derecho de respuesta al gobierno y al de rectificación, a través de los medios de comunicación. El Consejo Nacional de Participación Política y Electoral y el Registrador Nacional del Estado Civil se constituirían en garantes con facultades coercitivas sobre las entidades, los funcionarios públicos y los medios de comunicación.

Participación directa, sí, pero con verdadera representación

Los mecanismos de democracia participativa constituyen sin duda un gran avance del proceso político, pero para que sean realmente efectivos, es necesario depurar antes la democracia representativa.

Porque, ¿de qué serviría que exista iniciativa popular en todos los niveles de la Administración, o en materia de reforma constitucional como lo ha propuesto el actual Gobierno, si quienes van a tomar las decisiones sobre estas iniciativas no representan realmente a la comunidad? Por el contrario, crear

la ilusión de que existe una participación democrática y pluralista, cuando la maquinaria del poder está en pocas manos, puede ser aún más nocivo para la paz social.

Es más importante para la cohesión de la sociedad, lograr que los millones de votantes potenciales que se abstienen participen en las elecciones, motivados por la credibilidad en los programas y en los candidatos, que hacer convocatorias a consultas populares que pueden resultar amañadas o manipuladas por unos cuantos, de no reformarse también los mecanismos electorales.

En síntesis, rodear de garantías el derecho de representación es condición para superar la caracterización de nuestro sistema político como una democracia restringida.

En la medida en que la población se sienta interpretada por los representantes en las corporaciones públicas y por los gobernantes, la política dejará de ser el asunto de unos pocos. A su vez la violencia perderá sentido como medio de expresión de la inconformidad. De ahí que el acuerdo sobre las reformas indispensables en este campo sea prioritario actualmente sobre cualquier otro en materia constitucional y política.

III. EL FORTALECIMIENTO DE LA JUSTICIA

1. La autonomía administrativa y presupuestal

Es necesario para la marcha normal de la administración de justicia, su fortalecimiento en forma decidida. Para ello, resulta indispensable dotarla adecuadamente y garantizarle su independencia, tanto en la elaboración de su propio presupuesto como en su administración.

2. La carrera judicial generalizada

Si el propósito de la reforma constitucional es la búsqueda de la paz, debe terminar con el monopolio sobre el Estado

de los dos partidos tradicionales; y uno de los bastiones de este monopolio está en la rama jurisdiccional.

La pretendida igualdad de los ciudadanos que garantiza la Constitución en una de sus manifestaciones se traduce en la igualdad de acceso a la función pública. Esta no permite excepciones: todo el que cumpla determinados requisitos académicos, de conocimientos, de experiencia, de reconocida honorabilidad, está en la posibilidad de ocupar un cargo público.

La paridad vigente no tiene razón de ser en la actualidad. Debe cortarse de raíz, porque el juzgamiento imparcial, objetivo y veraz pugna con la justicia partidista.

Tampoco es solución la representación proporcional de los partidos, ya que según este sistema quedarían excluidos del acceso a la jurisdicción todos aquellos que no fueran simpatizantes de partido alguno, o que siéndolo, su partido no estuviera representado en el Congreso, o lo que es peor aún, que no logran el apoyo o recomendación de un Directorio.

No entendemos porqué se considera que los altos tribunales deben reflejar la composición política del Congreso: ¿acaso se tiene la pretensión de que los magistrados sean voceros de los partidos? ¿En qué quedaría la independencia de la rama jurisdiccional?

Lo único que garantiza una justicia eficaz es una carrera judicial verdadera y generalizada. Así, la selección que se haga con motivo de estos nombramientos tendrá en cuenta la especialidad del candidato, su trayectoria y su vocación, elementos diferentes a los que algunas veces inclinan la balanza: región, universidad, partido, amistad, ideología y hasta sexo.

La especialidad es un elemento importantísimo en el mejoramiento de la administración de justicia: el derecho civil, el penal, el laboral, el administrativo y el constitucional, tienen cada uno sus especificidades, sus criterios propios, sus procedimientos, los cuales exigen una preparación y una trayectoria en su campo para el juzgador.

Asimismo, aunque pueda ser interesante el aporte de algunos abogados litigantes al llegar a la Corte Suprema o al Consejo de Estado, es necesario que tengan alguna experiencia judicial anterior —o en la administración pública en el caso del Consejo de Estado—, porque la actitud objetiva e imparcial propia del juzgador no se improvisa. Mientras el oficio del litigante es defender intereses particulares, el juez no puede obrar sino en interés colectivo, cuando interpreta la ley.

3. El control de constitucionalidad de los Actos Legislativos, de los Tratados y de los Decretos Legislativos dictados en desarrollo de los artículos 121 y 122 de la Constitución

El mecanismo más importante de nuestro Estado de Derecho, para proteger la Constitución, es el control de constitucionalidad ejercido por la Corte Suprema de Justicia. En los últimos años se han presentado graves debates nacionales en torno de dos temas relacionados con su competencia: el control de las reformas constitucionales y el control sobre los tratados públicos.

En ambos casos es necesario hacer claridad, por cuanto han sido motivo, el primero, de enfrentamientos profundos de carácter político y aun entre las ramas del poder público y el segundo, de amenazas y asesinatos, individuales y colectivos, como el acaecido en el Palacio de Justicia, a raíz del estudio de constitucionalidad del tratado de extradición entre Colombia y los Estados Unidos.

En cuanto a las reformas de la Constitución, debe establecerse su control en relación con el procedimiento adelantado para su aprobación. No sería susceptible de control por la Corte Suprema, el contenido material de una reforma constitucional.

En relación con los Tratados y las leyes que los aprueban, se ha visto la necesidad de someterlos al control de la Corte Suprema; los primeros, con anterioridad al canje de notas de ratificación, el cual debe hacerse si la Corte los considera exequibles.

Otro aspecto en el cual se ha quedado corto el control de la Corte es en relación con los decretos proferidos en desarrollo de los artículos 121 —estado de sitio— y 122 —estado de emergencia económica y social—, pues no ha existido sino el control automático, inmediatamente a su expedición por el Gobierno. Como una mayor garantía para los ciudadanos, debe ampliarse la competencia de la Corte al conocimiento de las demandas que éstos puedan proponer, por motivos diferentes a los analizados por esta Corporación al ejercer el control automático².

4. Reformas Legislativas

En términos generales, se hace necesaria una mayor simplificación de los procesos, despojándolos de los excesivos formalismos e impidiendo la dilatación de los mismos mediante el recurso a actuaciones que tiendan a hacer nugatoria la posibilidad de obtener fallos judiciales en forma pronta y cumplida. Para los abogados y las partes que actúen de esta manera debe haber sanciones reales y ejemplarizantes.

Aunque existen muchos aspectos legislativos susceptibles de mejoramiento para bien de los ciudadanos y de la paz social, nos permitimos plantear por el momento dos aspectos, por considerarlos prioritarios:

4.1 *En el Derecho Administrativo*

La misión de control de la Administración por los tribunales contencioso-administrativo es el más importante sostén del estado de derecho y del sistema democrático, por lo cual sus mecanismos de control deben ser sencillos y adaptarse a la realidad social que nos rodea, para ponerlos al alcance de todos; lo importante es la salvaguarda de los derechos ciudadanos frente al poder de la maquinaria gubernamental, por lo cual deben abolirse los excesivos formalismos que a veces sacrifican la verdad real, los derechos, a procedimientos aplica-

2 MORA O., Humberto. *Proyecto de Reforma Constitucional*, 1987.

bles en el proceso civil, donde se discuten intereses de orden privado.

El mayor poder otorgado con las últimas reformas —Decreto Ley 01 de 1984— a los Tribunales Departamentales, debe acompañarse con la creación de plazas en aquellos despachos que de acuerdo con análisis estadísticos y cualitativos, así lo requieran. Lo mismo puede decirse de las otras jurisdicciones, ya que muchas de las críticas que se hacen a la mora de los jueces no tienen mayor asidero si se considera el excesivo número de negocios que tienen a su cargo.

4.2 La creación de la Jurisdicción de la familia

El elemento fundamental de la sociedad lo constituye la familia, hasta el punto de que se ha llegado a decir que la fortaleza de una nación depende de la solidez y la fortaleza de las familias. Esto nos lleva a plantear la necesidad de que la protección de la célula familiar debe ser objeto primordial de la política estatal.

Cuando la familia está en crisis, ya sea por falta de entendimiento entre sus miembros, por irresponsabilidad de los padres o de uno de ellos en relación con los hijos, por violencia, o por cualquier otra causa, es necesario que existan mecanismos ágiles que aseguren la salvaguarda del interés y el bienestar de los menores, o la separación de los cónyuges en los mejores términos, evitando mayores traumatismos y asegurando la protección de la mujer si hay lugar a ello.

Los procesos que tienen que ver con la familia deben estar sometidos a jueces especializados en la materia, que tengan condiciones personales de madurez y equilibrio y que cuenten con la asesoría de profesionales como psicólogos y trabajadores sociales. En los Tribunales hace falta la creación de las Salas de Familia, para que conozcan, entre otros asuntos, sobre las apelaciones de los fallos que profieran los jueces de menores. Con procedimientos simplificados y ágiles, tenemos la seguridad de que los conflictos se resolverán en forma rápida y se evitará una importante fuente de violencia social.

IV. LA REVISION DE LA ORGANIZACION TERRITORIAL DEL ESTADO Y EL GASTO PUBLICO

Indudablemente los Gobernadores han perdido una gran parte de sus funciones e importancia dentro de la vida política nacional, por cuanto el 'status' de los Alcaldes ha variado considerablemente en relación con la situación anterior a las reformas sobre elección popular de estos últimos y sobre des-centralización de los Municipios.

Todo parece indicar que el papel de los Gobernadores se ha reducido a ser coordinadores, controladores jurídicos, asesores, colaboradores, intermediarios de los Municipios frente a la Nación.

A su vez, las Asambleas ya no tienen gran parte de sus funciones, a partir del año 1968 en que se atribuyó la iniciativa en el gasto a los Gobernadores. De otra parte, a pesar de que el artículo 182 de la Constitución y concordante, radican la responsabilidad de la planeación en los Departamentos, se han creado las Regiones de Planificación que tienen la función de coordinar y promover la planeación regional, en cuyos consejos no existe representación de las Asambleas.

Conviene, pues, promover una reflexión profunda en relación con la existencia misma de los Departamentos, ya que se trata de entidades de creación artificial en un gran número, cuyo papel parece reducirse cada vez más a un control polici-vo; además constituyen una fuente importante de clientelismo, el cual ha sido fortalecido por el incremento de los recursos fiscales.

Podría, dentro de este orden de ideas, volverse a las regiones, como organismos naturales e históricos, que sean coordinadores de la actividad municipal frente a la Nación. A su vez, convendría la unificación de criterios sobre los mecanismos de representación y de participación democrática de la comunidad, en este nivel de la Administración, así como la implementación de medidas y mecanismos que garanticen el equilibrio de las regiones más deprimidas y aseguren una verdadera planificación del gasto público.

V. LA FILIACION DEL CONTRALOR GENERAL

Uno de los focos de corrupción y de clientelismo más evidente en el país es la Contraloría General. La mayoría de los grupos políticos coincide en denunciar este fenómeno irregular y desestabilizador. Una forma de remediarlo y de hacer confiables los controles encomendados a este organismo es mediante la regulación constitucional de la filiación del Contralor, de un partido diferente al del Presidente de la República y la prohibición de su reelección para el período subsiguiente. Además, se impone la necesidad de una carrera que regule el ingreso, la estabilidad y los ascensos por mérito, de sus funcionarios.