

Parte introductoria y dogmática de la Constitución de 1991

Wilson Herrera Llanos*

I. Presentación

El entusiasmo con que fue acogida la nueva Constitución en la opinión pública y en las diversas corrientes intelectuales del país generó un inusitado interés por el análisis de su contenido.

El estudio científico de un texto constitucional no es semejante al discurso de la conferencia, procedimiento con el que generalmente se acompañan los eventos desulanzamiento. Antes que nada, aquél tiene que ver con el reposo del claustro, con la soledad del raciocinio y la meditación. De manera, pues, que tampoco puede ser reemplazado por el artículo que se publica en una revista, por importante que ésta sea.

De ahí que nuestro objetivo solamente sea el de trazar unos lineamientos sobre la tabla de contenido de nuestro Estatuto constitucional, a fin de mostrar una perspectiva de conjunto del material que lo conforma y contribuir con ello a suscitar el interés por el análisis de este importante tópico. Creemos que comprendiendo sinópticamente toda la materia ubicaremos y correlacionaremos en su verdadero contenido cada uno de sus aspectos, lo cual constituye el primer paso metodológico de toda labor intelectual.

II. Caracterización general de la Constitución de 1991

La estructura general de la Constitución de 1991, como estructura normativa, no varió sustancialmente respecto de la que traía la Carta de 1886.

La Constitución de 1991. está conformada por cuatro partes importantes: la primera es una parte introductoria que contiene dos puntos fundamentales: el preámbulo y los principios fundamentales. La segunda es la parte dogmática, que está integrada por un título que se denomina *derechos, garantías y deberes*. La tercera es la parte orgánica, organizacional o estructural. En ésta se consagran los elementos del Estado, es decir, el territorio, la población y el poder público. Este último se clasifica a su vez en dos partes: las ramas del poder público y los órganos del poder público. La cuarta parte tiene que ver con la reforma de la Constitución.

En la parte orgánica de la Constitución está consagrado lo que a nivel de definición entendemos por elementos del Estado: el territorio, la población y el poder público. A diferencia a la Constitución de 1886, en la que en las ramas del poder público se comprendía la ejecutiva, la legislativa y la jurisdiccional, la de 1991 consagra en el artículo 113 los órganos autónomos o independientes, que son instituciones jurídicas que cumplen funciones del Estado pero que no hacen parte de las ramas del poder público.

* Abogado. Profesor de Derecho Constitucional Colombiano y Derecho Administrativo Colombiano del Programa de Derecho de la Universidad del Norte.

En la Constitución de 1886, estos órganos (Contraloría General de la República, la Procuraduría y el régimen electoral) se encontraban desarticulados y no tenían definición ni ubicación concreta en dicha Constitución. En 1991 se decidió aceptar que el poder público sólo tiene tres ramas y que estos órganos dependen de toda la estructura del Estado, pero funcionando en forma independiente o autónoma.

En cuanto al territorio, no hay una caracterización importante, y la Constitución se limita a establecer los límites y los requisitos para la creación de diferentes entidades territoriales, y respecto de éstas se incluye el concepto de región, la cual, a pesar de que la doctrina Constitucional de 1886 la había consagrado desprendiéndose de algunos conceptos, no tenía la definición concreta que tiene hoy con la Constitución de 1991.

Lo referente a la población es similar, pero se incorporó la figura de la doble nacionalidad.

En lo que atañe al poder público, se establecieron modificaciones importantes. Así, por ejemplo, en la rama ejecutiva se creó la Vicepresidencia y la elección del presidente de la República mediante el sistema de escrutinio a doble vuelta.

En la rama legislativa se mantuvo la estructura general del Congreso; las Comisiones constitucionales no sufrieron modificaciones; el proceso de formación de las leyes no tuvo cambios sustanciales, pero se introdujeron limitaciones de tipo legal y moral a los congresistas a partir de la incorporación de un régimen de inhabilidades muy especial.

Además, se amplió la clasificación de las leyes. Al respecto la Constitución de

1886 traía únicamente las ordinarias, las cuadros y las orgánicas. La Constitución de 1991 amplía estas últimas e introduce la noción de leyes estatutarias.

En la rama jurisdiccional se produjeron cambios orgánicos importantes, como la creación de la jurisdicción especial integrada por los organismos que se establezcan para administrar justicia en las poblaciones indígenas y como desarrollo del concepto de justicia privada que trata de esbozar la Constitución a través de los organismos conciliadores y jueces de paz, que reglamentará la ley. Otros de los nuevos organismos son: el Consejo Superior de la Judicatura, con sus dos salas, la administrativa y la disciplinaria, la Fiscalía General de la Nación y la Corte Constitucional, esta última integra hoy la jurisdicción constitucional.

Vamos a examinar inicialmente la primera parte, es decir, la referente a la caracterización política e ideológica de la Constitución, que comprende el preámbulo y los principios fundamentales, y concluiremos con la parte dogmática, que trata sobre los derechos y sus garantías.

III . Parte introductoria de la Constitución

1. *El preámbulo*

La figura del *preámbulo* está definida como un enunciado teórico y filosófico que marca una orientación de ese mismo carácter a todo el cuerpo normativo de la Constitución.

Existía una discusión permanente sobre el carácter del *preámbulo*. Algunos doctrinantes consideran que es una simple forma retórica que sirve de orientación

sobre la caracterización política del Estado, pero que no vincula jurídicamente. La segunda tesis considera que el *preámbulo* es vinculante desde el punto de vista jurídico, tesis que acoge la Corte Constitucional en sentencia del 13 de agosto de 1992, con lo que, como es obvio, el tema pasa de ser una discusión doctrinal para convertirse en una posición jurisprudencial.

La Corte Constitucional señala al respecto:

[...] algunos consideran que el preámbulo de la Constitución no es una norma jurídica ni un conjunto de normas de ese género sino la expresión de los principios y valores que la comunidad profesa en una etapa determinada de su vida socio-cultural, razón por la cual, siendo el de constitucionalidad un proceso en el que se comparan disposiciones de grado inferior con normas de superior jerarquía, mal se puede determinar la constitucionalidad de un precepto legal por comparación con un principio de géneros diversos. Esta Corte, por el contrario, estima indispensable reivindicar la concepción jurídica según la cual el derecho no se agota en las normas, y por ende, el Constitucional no está circunscrito al limitado campo de los artículos que integran una Carta política. El preámbulo de la Constitución incorpora mucho más que un simple mandato específico, los fines hacia los cuales tiende el ordenamiento jurídico, los principios que inspiraron al constituyente para diseñar de una determinada manera la estructura fundamental del Estado, la motivación política de esa colectividad, los valores que la Constitución aspira a realizar y que trasciende la pura lite

ralidad de los artículos. Lejos entonces de ser ajeno a la Constitución, el preámbulo hace parte de ella, las normas pertenecientes a las demás jerarquías del ordenamiento jurídico están sujetas a toda la Constitución y si no pueden contravenir los mandatos contenidos en su articulado, menos aún les está permitido la transgresión de las bases sobre las cuales se soporta y a cuyas finalidades apunta.

Es decir que si el *preámbulo* enuncia los caracteres fundamentales del Estado, la orientación criteriológica que tuvo el constituyente para redactar una Constitución, si enuncia las bases sobre las cuales está construido todo el resto del edificio normativo, es lógico que de la misma manera como las demás leyes y actos ordinarios deben someterse a las normas constitucionales, asimismo aquél debe someterse y respetar las bases sobre las cuales se construye todo el conjunto de normas constitucionales.

2. Principios fundamentales

No sólo el *preámbulo* fija el criterio sobre la caracterización política del Estado. Los principios fundamentales desarrollados en los primeros once artículos definen los fines del Estado, establecen el carácter de las autoridades en Colombia, definen la soberanía, fijan el carácter de los derechos de las personas y señalan la diferencia que hay entre los particulares y los servidores públicos. De estos principios es importante destacar los siguientes:

- El artículo primero establece que Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria. Como puede verse, al concepto de

Estado de derecho, concebido en la Constitución anterior, se hace un agregado conceptual, el término *social*. Al señalar que está "organizado en forma de República unitaria" se hace referencia a la existencia de un gobierno democrático en el que existe un solo centro de generación política, legislativa y jurisdiccional. Hay que anotar que la actual Constitución no habla de "reorganización", como sí lo hacía la de 1886, en la que se justificaba por haber sido establecida después de la experiencia federalista de 1863.

El artículo primero, además, caracteriza la República unitaria como *descentralizada, con autonomía de las entidades territoriales, participativa y pluralista*. Pero esa República está fundada, a su vez, en el respeto a la dignidad humana, el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y la prevalencia del interés general.

El concepto de Estado social de derecho permite fijar el criterio que en Colombia no sólo deben garantizarse los derechos y libertades conforme a la ley, sino que además se le imprime al Estado un carácter en el que se tienen en cuenta las exigencias comunitarias como las de justicia social, interdependencia, etc.

Algunos autores han censurado la doble expresión de *descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales*, porque aparentemente corresponden a los mismos conceptos. Pero no es así. Lo "descentralizado" hace referencia a la radicación de competencia en las diferentes localidades o regiones del país o en las entidades creadas especialmente para ejercer la administración del Estado. El concepto de "autonomía de las entidades territoriales" se concibe como un agre-

gado a la descentralización, dando un mayor nivel de independencia a las entidades territoriales, desde el punto de vista presupuestal y funcional; es así un enunciado hacia una tendencia federalista de la descentralización en Colombia.

Lo "participativo" es un concepto que ha tenido un gran despliegue en la Constitución de 1991 a partir de la incorporación de elementos como el voto programático, la consulta popular, el referendo, el plebiscito, etc., figuras típicas de la participación .

"Pluralista" por cuanto se admite la diversidad de las expresiones culturales, étnicas, sociales y políticas.

- El artículo segundo establece que son fines del Estado "*servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes, creencias y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares*". Este inciso final recoge el anterior artículo 16 de la Constitución adicionado lo relativo a la protección de las creencias, derechos y libertades.

- Cuando el artículo 3º establece que "*la soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público*", es necesario hacer una concordancia con

el artículo 40 de la Constitución, que se refiere a las formas de participación en la conformación, ejercicio y control del poder político, destacando el numeral 4º, que se refiere a la revocación del mandato, con lo que se configuran los efectos de la soberanía popular.

Esta figura, además, está definida en el artículo 103; sin embargo, los autores consideran que la única norma que consagra de manera expresa la revocatoria del mandato es el artículo 259, que se refiere a los alcaldes y gobernadores. El artículo mencionado establece: "*Quienes elijan gobernadores y alcaldes, imponen por mandato al elegido, el programa que presentó al inscribirse como candidato. La ley reglamentará el ejercicio del voto programático*".

En el caso de los congresistas, la norma no señala ninguna posibilidad de revocatoria del mandato, pero sí de pérdida de la investidura, consagrada en los artículos 183 y 184 de la Constitución. Esta será declarada por el Consejo de Estado de acuerdo con la ley y en un término no mayor de veinte días hábiles, contados a partir de la fecha de la solicitud formulada por la mesa directiva de la Cámara correspondiente o por cualquier ciudadano.

• Las demás normas contenidas en el título I son similares a las consagradas en la Constitución de 1886. Así, el artículo 4º consagra la excepción de inconstitucionalidad, contenida en el artículo 215 de la anterior Carta, en el capítulo de la jurisdicción constitucional, con mayor lógica y técnica jurídica. El inciso 2º del artículo 4º, a su vez, repite el antiguo artículo 10 de la Constitución cuando establece que [...] "*es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar*

la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer las autoridades".

El artículo 6º diferencia a los servidores públicos de los particulares frente a la responsabilidad, en los mismos términos en que lo hacía el artículo 20 de la Carta de 1886.

En conclusión, a pesar de que los principios fundamentales son enunciados teóricos, los elementos de cada una de las normas fijan el criterio que tendrá el constituyente en el resto del cuerpo normativo. Muchos de estos principios, como el artículo 5º, que establece los derechos inalienables de las personas, son desarrollados después en el título de derechos fundamentales.

IV. Parte dogmática de la Constitución

A. Clasificación de los derechos fundamentales

Hay tres categorías de derechos en la actual Constitución: 1º los fundamentales; 2º los sociales, económicos y culturales, y 3º los colectivos y los del ambiente. Como complemento a lo anterior están las llamadas garantías a los derechos constitucionales, que integra la parte instrumental.

1. Derechos fundamentales

La Constitución hace un enunciado general de los derechos fundamentales a partir del artículo 11. Nos hemos dado al trabajo de clasificarlos por materias, con el fin de agruparlos en distintas instancias. Así tenemos:

a. Los relativos al individuo: porque dentro de éstos están el derecho a la vi-

da, a la integridad personal, al libre desarrollo de la personalidad, al reconocimiento de la personería jurídica, a la intimidad, a la honra y al buen nombre y a la libertad e igualdad.

b. *Los derechos intelectuales*: como el de expresión y difusión, libertad de cultos, de conciencia y de enseñanza y aprendizaje.

c. *Los derechos de relación*: dentro de los cuales están el de trabajo, el de profesión, asociación, sindicalización, reunión y manifestación.

d. *Los derechos judiciales, punitivos y de asilo*: como el del debido proceso, el *habeas corpus*, la prohibición de destierro, confiscación, extradición o prisión perpetua, a no ser molestado u obligado a declarar en su contra o en la del cónyuge o parientes; y

e. *Derechos cívicos*: como el de petición o participación.

B. Criterios para calificar los derechos fundamentales

De acuerdo con la Corte Constitucional, el criterio rector para identificar estos derechos como fundamentales es su directa referencia a la persona humana, ya que se caracterizan por ser "inherentes" a ella, de su esencia e inalienables.

Pero la misma Carta ha enseñado que por la ubicación de tales derechos en un título o capítulo que denomina como "fundamentales", no debe pensarse que sólo éstos tienen tal carácter, pues existen otros criterios auxiliares que ayudan a determinarlos. El artículo 94 de la misma Carta respalda tal afirmación cuando prescribe que la "*enunciación de los dere-*

chos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes no deben entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos".

La propia definición de "fundamentales" que hace la Constitución, obviamente es un criterio indiscutible de determinación, como sucede con los derechos de los niños en el artículo 44 de la Carta. Lo mismo que la prescripción de procedimientos y trámites rígidos para su reforma, como sucede con la norma del artículo 377, que exige el sometimiento a referendo de las reformas constitucionales aprobadas por el Congreso cuando se refieran a los derechos reconocidos en el capítulo 1º del título II y a sus garantías.

Finalmente, es necesario tener en cuenta que la Corte, al indagar sobre los procedimientos que adelantó la Asamblea Constituyente para aprobar las normas y el que adelantó para aprobar la ordenación de ellas, llegó a la conclusión de que tales procedimientos fueron muy diferentes y que en la "ordenación" no se tuvo la intención de fijar criterios o pautas de calificación sustanciales, sino la de ofrecer una orientación al intérprete en la ubicación de los temas, sin analizar a fondo los aspectos de esa caracterización ni darle a dichos titulares el carácter sustancialmente constitucional. Y es por eso que vemos, por ejemplo, en el capítulo 2º de los derechos sociales, económicos y culturales, que algunos de ellos, como el del trabajo, no sólo son clasificados e intitulados como "económicos", sino también como "fundamentales", y específicamente como de "relación".

Definitivamente, será labor del juez, en

el momento de resolver las controversias, establecer si un derecho puede o no considerarse como fundamental para protegerlo o garantizarlo a través de los mecanismos previstos en la misma Constitución como garantías, sin olvidar, por supuesto, que el artículo 83 de la Carta obliga a la aplicación inmediata de algunos derechos que por su reglamentación no requieren previa reglamentación, lo cual es, como puede verse, una garantía extraordinaria para tales derechos.

2. Derechos sociales, económicos y culturales

a. Derechos sociales: dentro de los cuales está el de la familia, la mujer, los niños, los adolescentes, los de la tercera edad, los minusválidos, la seguridad social, etc.

b. Derechos económicos: tales como los de la propiedad privada, donaciones, los de los trabajadores del sector agrario, la producción de alimentos, es decir, comprende todos aquellos que tienen que ver con el proceso productivo de la nación.

c. Derechos culturales: como los de educación, la autonomía universitaria, la actividad periodística, el derecho a la petición de información.

3. Los derechos colectivos y del ambiente

Comprende la protección a los recursos naturales, la prohibición de usar armas biológicas, químicas o nucleares, el derecho al ambiente sano, etc.

V. Garantías a los derechos fundamentales

La Carta de 1886 no consagraba procedimientos para proteger los derechos,

sin que ello signifique que tales instrumentos no existieran en el ámbito de la ley. El Código Administrativo, por ejemplo, desde la ley 167 de 1941 y hoy con el decreto 01 de 1984, ha venido consagrando la acción de Nulidad, que es aquella que tienen las personas para exigirle a los tribunales contencioso-administrativos la anulación de un acto administrativo cuando éste viole una norma superior; la acción de Nulidad y Restablecimiento del derecho, en la que se puede exigir, además de que se anule el acto, se le restablezca a la persona en el derecho que ha sido conculcado; o la Acción de Reparación Directa o indemnizatoria, que es una acción para exigir al Estado la reparación del daño causado por su conducta o actividad administrativa. Además, el Código Contencioso Administrativo establece en su artículo 77 que los funcionarios públicos responden económicamente de los daños que ocasionen con sus actuaciones cuando éstas generen daño a terceros, siempre que hallan incurrido en ellos por culpa grave o dolo. De igual manera, las acciones populares estaban consagradas con anterioridad en el artículo 1.005 del Código Civil, sin que ello demerite la importancia que tiene la consagración de tales instrumentos en la Constitución actual.

En el capítulo 4º del título II se consagran, por una parte, las acciones de protección de derechos, y de otra, principios jurídicos fundamentales para la misma finalidad.

A. Acciones: Son las de tutela, de cumplimiento, las acciones populares y las de reconocimiento patrimonial del Estado.

B. Principios. Son los enunciados que deben tenerse en cuenta en la regulación

de los derechos fundamentales y que sirven para determinar la responsabilidad de los funcionarios respecto a su comportamiento frente a los derechos constitucionales. Estos son:

1º. *El principio de buena fe*, que exige que en todas las actuaciones, tanto de los particulares como de las entidades públicas, se presuma este principio.

2º. *El principio de mandato superior*, que establece que tales órdenes no eximen de responsabilidad al agente que lo ejecuta, con excepción de los militares en servicio.

3º. *El principio de la aplicación inmediata*, ya comentado.

4º. *El principio de la prohibición a restricciones adicionales frente a los derechos que han sido reglamentados de manera general*.

5º. *El de los tratados y convenios*, y

6º. *El principio de los derechos fundamentales por extensión*, que son aquellos que, no obstante no estar consagrados en el texto Constitucional, son reconocidos por los tratados y convenios internacionales y aceptados en Colombia por disposición del artículo 94 de la Carta.

Para finalizar, comentemos algún aspecto relacionado con las acciones señaladas. La *acción de tutela* ha opacado la importancia de otras acciones igualmente importantes como la de *cumplimiento*. El artículo 87 de la Constitución establece: "*Toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o un acto administrativo. En caso de prosperar la acción, la sentencia ordenará a la autoridad re-*

nente el cumplimiento del deber omitido". Por otra parte, está la *acción de cumplimiento de sanciones* del artículo 92, que señala que cualquier persona natural o jurídica podrá solicitar de la autoridad competente la aplicación de las sanciones penales o disciplinarias derivadas de la conducta de la autoridad pública.

Lo que ha sucedido con la acción de tutela es que el constituyente prácticamente la reglamentó, contrariando el carácter antirreglamentario de las normas constitucionales. Además, está redactada de tal forma que ha generado desde el primer momento una serie de conflictos, desde el punto de vista jurídico e intelectual.

Como suele suceder con la aplicación de toda nueva institución jurídica, su decantación no es fácil; el transcurso del tiempo, las discusiones que suscitan los diversos casos aplicables, las diferentes modalidades de aplicación, sus abusos, sus defectos, etc., terminarán consolidando un mecanismo que no por ser generador del trastorno social y jurídico, que algunos castorano, pueda ser acusado de inútil en un ambiente y realidad social, jurídica y política como la colombiana, donde cada día la justicia se tornaba más inalcanzable para todos.

La reglamentación de las Acciones de Cumplimiento y las Populares integrarán un cuadro de garantías procedimentales, prácticas, efectivas y reales que constituirán, por lo menos, el primer gran acierto de la Constitución de 1991. La historia lo dirá.