

LA INFLUENCIA DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL COLOMBIANO – MARCO TEÓRICO*

Luis Andrés Fajardo Arturo**
Corporación Universitaria Republicana

RESUMEN

El derecho constitucional colombiano ha sufrido un vuelco fundamental en los últimos 17 años. La implantación del modelo neoconstitucionalista en Latinoamérica, sumada al militantismo de la Corte Constitucional por un cambio de la cultura jurídica, han hecho que el derecho constitucional supere por mucho el ámbito del texto de la Carta. La nueva forma del derecho constitucional se estructura a través de conceptos que se derivan de los jueces constitucionales y de las interpretaciones de los derechos humanos realizadas por los órganos internacionales encargados de dicha tarea. El fundamento teórico de esta transformación es la suma del abandono al *ius positivismo*, la implantación de modelos jurídicos fundados en la ponderación de principios y ya no en el *ius imperium* de la ley, pero fundamentalmente, en la creciente preponderancia de los derechos humanos, como un vuelco del positivismo hacia un humanismo jurídico latinoamericano.

Palabras clave: neoconstitucionalismo, derecho internacional, derechos humanos, teoría constitucional.

ABSTRACT

The Colombian constitutional law has undergone a fundamental turnaround in the past 17 years. The introduction of the *neoconstitucionalismo* model in Latin America, coupled with the militancy of the Constitutional Court by a change in the legal culture, have made constitutional law exceeds by far the scope of the text of the Charter. The new form of constitutional law is structured across concepts that are derived from the judges and constitutional interpretations of human rights carried out by international bodies. The theoretical foundation of this transformation, is the amount of abandoning the *ius positivism*, the introduction of legal models based on the weighting of principles and no longer in *ius imperium* of law, but fundamentally, the growing prevalence of human rights, as an overturning of legal positivism towards a Latin American legal humanism.

Key words: *neoconstitucionalismo*, international law, human rights, constitutional theory.

Recepción del artículo: 25 de julio de 2008. Aceptación del artículo: 18 de septiembre de 2008.

* Resultado parcial de la investigación “Derecho Interamericano en Colombia” que se adelanta dentro de la línea de Derechos Fundamentales Constitucionales, financiado en su totalidad por la Corporación Universitaria Republicana.

** Abogado, Universidad Sergio Arboleda; Máster en Derecho Internacional Público, Université Paris II; Especialista en Derechos Humanos, Universidad Alcalá de Henares. Docente Investigador Corporación Universitaria Republicana. Director Grupo de Investigación Derechos fundamentales Constitucionales, registrado Colciencias.

INTRODUCCIÓN

La comprensión de los futuros resultados de la investigación que lleva a cabo el grupo de derechos humanos fundamentales de la Corporación Universitaria Republicana, respecto del Bloque de Constitucionalidad, el derecho internacional de los derechos humanos y su influencia dentro del derecho interno, hace necesario comprender de antemano los pilares teórico-jurídicos que dan pie a la transformación de la cultura jurídica nacional y que sirven de soporte a todos los fenómenos jurídicos que la circundan.

PROBLEMA

La cuestión principal que plantea la presente investigación es la de saber si el derecho colombiano, a través de las teorías *ius constitutionalistas* e internacionalistas, genera un cuerpo doctrinal suficiente, capaz de construir una base conceptual adecuada para sustentar los parámetros sobre los cuales se podría esgrimir una teoría del derecho colombiano a partir de la influencia que el derecho interamericano de los derechos humanos tiene en él.

El problema se limita a determinar, cuáles son los esquemas teórico-jurídicos que sirven de sustento para defender la aplicabilidad del derecho internacional en el derecho interno y sus efectos en el ámbito nacional.

MÉTODO

El marco que a continuación se expone, está construido siguiendo un camino lógico deductivo. La primera aproximación teórica al problema de estudio parte de la naturaleza del mismo en tanto conflicto normativo para cuya respuesta se hace necesario sobrepasar las reglas de solución de conflictos normativos propias del *ius positivismo*, para adentrarse en la estructura de las normas en juego en tanto que reglas o principios, si-

guiendo la escuela de Alexis. Posteriormente, la conclusión del punto anterior lleva al texto a tratar el tema del principio de Universalidad de los Derechos Humanos, y más allá el capítulo se adentra en los sustentos teóricos de los efectos de dicha Universalidad a través del neoconstitucionalismo, terminando por explicar el valor jurídico del precedente constitucional en Colombia, como un resultado del mismo.

RESULTADOS

1. Superando el *ius positivismo*

Desde la perspectiva de la teoría del derecho, el objeto de este estudio no es otro que el determinar cómo resolver un conflicto jurídico entre normas de naturaleza diversa. Finalmente la implementación del sistema interamericano y sus efectos en el derecho interno, se presentan como una controversia en la que, por razones distintas a la técnica jurídica convencional, el operario judicial decide considerar una norma aparentemente ajena al ordenamiento jurídico colombiano, para resolver un diferendo que entraría dentro de sus competencias.

Desde esa óptica, el problema consiste en escudriñar las razones por las cuales puede considerarse válido el uso de normas interamericanas para resolver conflictos jurídicos en Colombia, por lo cual se presenta como necesario analizar la estructura de las normas en juego y los fundamentos sistemáticos (propios del sistema jurídico) que servirían para dar validez a una posición.

Habría que establecer de antemano que el estudio que a continuación se presenta es del tipo jurídico normativo. Se trata de la contraposición de normas positivas (en el sentido de vigentes) dirigidas a regular una misma situación a través de contenidos imperativos que pueden resultar contradictorios.

La dificultad central del problema radica en que las normas contrapuestas obedecen a

categorías y órdenes distintos, sin que sea posible resolver la cuestión a través de las reglas comunes de solución de controversias normativas.

Las normas que se oponen son, en primer término, las normas nacionales contrarias a la interpretación interamericana sobre derechos humanos, que en el derecho colombiano responden a postulados legales e incluso constitucionales. En segundo término, las normas convencionales interamericanas, la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la doctrina interamericana, que establecen los contenidos y subreglas de interpretación de los derechos humanos consagrados en la constitución y en los tratados.

En primer término, la solución de la teoría *ius positivista*, tan de boga en el derecho latinoamericano del siglo XX, determina que la legitimidad de la ley radica en su *ius imperium*, es decir, la ley está investida de su propia legitimidad (legalidad y legitimidad) y por lo tanto no existe un postulado que pueda determinar su inaplicación, excepto y según las reglas propuestas por la misma ley. Es tal el valor de la ley que la constitución se limita a ser un parámetro de interpretación legal, cuya inaplicabilidad directa garantiza la estabilidad del sistema jurídico, siendo útil únicamente para llenar vacíos normativos concretos.

Para el *ius positivismo* la ley es válida mientras sea ley, y se aplica sin excepción en todo caso. En caso de contradicción entre el imperativo normativo de dos leyes distintas, las reglas que solucionan el conflicto son las reglas clásicas de *lex superioris*, *lex posterioris* y *lex specialis*.

Para los *ius positivistas* por lo tanto, basta con determinar el valor jerárquico de la norma para resolver el inconveniente. Allí la solución encuentra su primera barrera: ¿Cómo es posible resolver un conflicto de jerarquías entre una norma expresamente contemplada en el orden jurídico interno de un Estado, frente a la doctrina (sin valor jurídico vinculante) de una Corte Internacional? La

solución resulta incierta, pues dependería del modelo jurídico adoptado respecto de la relación entre derecho internacional y derecho interno.

Así, si el modelo prescrito es dualista, la solución sería desechar el valor jurídico de la norma de derecho internacional y por ende, rechazar la hipótesis de una controversia normativa, puesto que la norma internacional no puede entrar a regir la situación concreta, y en ese sentido, la norma interna no encuentra contradicción.

Si como resulta en la mayoría de los Estados latinoamericanos el modelo adoptado es el monismo, habrá que determinar de qué modelo exacto se trata, si se le da primacía al derecho internacional o si por el contrario, como en Colombia, se le da primacía al derecho interno. En este último caso, habría que entrar a revisar cuál es el valor concreto de las normas de derecho internacional en el derecho interno.

Independientemente de cuál fuere el resultado sobre la jerarquía de las normas internacionales en el derecho interno, para el tema *sub lite*, es indispensable previamente analizar cuál es la naturaleza de la norma internacional en cuanto a su aplicabilidad en el derecho interno. Las normas de derecho internacional pertenecen a un orden jurídico cuya función es la de regular las relaciones entre sujetos internacionales (Estados y organizaciones internacionales) y por lo tanto, su vocación primera no es la de aplicarse en las relaciones jurídicas intra-estatales. Pese a ello, existe la posibilidad de que en el ejercicio de sus competencias, los Estados acuerden o se sometan a normas internacionales cuya función y estructura esté destinada a la aplicación directa en el derecho interno. Se trata en ese caso de las llamadas normas *self executing*.

La jurisprudencia internacional ha determinado que los Estados están efectivamente en capacidad de concluir esta clase de normas y de generar derechos y obligacio-

nes concretas respecto de sus relaciones con particulares.

Por lo tanto, antes de cualquier otro examen, para la aplicación de las reglas del *ius positivismo*, es necesario establecer primeramente, si se trata de normas *self executing*, puesto que de no ser así, no existiría contradicción entre reglas llamadas a regular una misma situación, sino que se trataría de situaciones diferentes.

Aún si se pudiera llenar todos los requisitos que plantean estas preguntas, la respuesta del *ius positivismo* resulta insuficiente, sobre todo en la práctica, pues en la mayoría de las situaciones dejaría de lado en su test, el valor intrínseco de las normas internacionales, e incluso su integración a través de reglas no formales, en el *corpus iuris* interno. El resultado sería la sistemática vulneración del derecho internacional por parte del Estado y la petrificación del sistema jurídico interno, en virtud de los criterios hermenéuticos rígidos establecidos por el *ius positivismo*.

En reacción a la rigidez del *ius positivismo*, nuevas teorías del derecho propugnan por soluciones adaptadas al reconocimiento de valores intrínsecos de las normas, y la clasificación de las mismas según la estructura deóntica que les sea propia.

En ese sentido, si bien las reglas del *ius positivismo* siguen siendo válidas, no son absolutas. En primer lugar es necesario determinar la naturaleza de la norma jurídica y hacer la distinción entre normas reglas y normas principios. El conflicto entre normas solo puede resolverse a través de la anulación de una de ellas, o de la creación de una excepción; en cambio, los principios, puesto que no exigen de un cumplimiento estricto, sino que como los llama Alexis (2002), son postulados de perfeccionamiento, no se anulan en sus contradicciones.

En caso de contradicción entre dos principios jurídicos, se realiza un juicio de ponde-

ración, en el que la preferencia por uno de ellos para la solución del diferendo, no afecta la existencia del otro. El problema en la contradicción de principios no se resuelve a través de las fórmulas del *ius positivismo*, que resultan totalmente ajenas a las dinámicas de estas normas, sino que necesitan de la valoración concreta y la ponderación del peso axiológico de cada principio frente al problema en el caso concreto.

Las normas principio son a su vez de dos clases: unos son principios con un valor intrínseco, que no necesitan ser contemplados en una norma expresa para tener valor jurídico. Otros son principios cuyo valor surge de ser consagrados por el legislador. Los primeros son la condición de validez de las reglas (una regla no puede contradecir a un principio superior; o bien se excluye la regla o bien se interpreta de forma tal que se ajuste a lo contemplado por el principio). En ese sentido el caso solo es “difícil” (*hard case*) si el juez debe ponderar entre dos principios de la misma naturaleza, o entre un principio y una regla de entre aquellos que obtienen su fuerza deóntica de la actividad del legislador y éste los ha puesto en niveles similares.

Es en el primer sentido en que Donini (2007: p. 54) estipula que: “Cualquiera sea el contenido que el parlamento pretenda dar a la ley, su funcionamiento real, su aplicación, será siempre más limitado que los principios superiores, que fijan barreras insuperables a las barreras parlamentarias y son capaces de vaciar o modificar profundamente el alcance de una ley. El único poder que realmente puede controlar la ley a la luz de los principios es el poder judicial”.

Por lo tanto, si se acepta, tal como lo hacen las nuevas corrientes del pensamiento jurídico, que existen principios cuyo valor intrínseco les permite prescribir desde sí mismos, y que es el juez en su momento quien debe analizar, en las características del caso, cuál es la solución que se adecúa mejor a las circunstancias, el problema de la aplicabilidad

de las normas interamericanas y de la doctrina interamericana se podría resolver en un juicio de ponderación concreta.

2. Los efectos del principio de Universalidad

La presente investigación versa sobre el grado de influencia del Sistema Interamericano en el orden constitucional colombiano. Se trata, pues, de la contradicción entre normas de derecho interno y otras de derecho internacional que versan sobre derechos humanos. Es por ende indispensable determinar si las normas sobre derechos humanos a las que se hace referencia, tienen un valor intrínseco por el cual, el juez constitucional, deba hacer un esfuerzo adicional para dar relevancia a su aplicación, por encima de las normas internas y de las reglas de implementación propias del sistema jurídico colombiano.

La discusión sobre el fundamento del valor jurídico de los derechos humanos es ajena a este estudio. No se trata pues de analizar si estas normas tienen un rango superior debido a su estructura axiológica, a su contenido derivado del derecho natural o simplemente a la voluntad del legislador, esa discusión, que puede resultar fundamental para otro estudio, es ajena al objeto de esta investigación, para la cual, lo que sí es importante es que los postulados normativos sobre derechos humanos son actualmente considerados como investidos de un valor jurídico superior.

Alexis (2002) se refiere a los derechos humanos como derechos fundamentales, estableciendo que su calificación como tales no obedece simplemente a la pertenencia a la Ley Fundamental (como se denomina a la constitución alemana) sino a que el contenido se deriva de principios aceptados como fundamentales. Pero cualquiera sea el sustento de su jerarquía lo cierto es que la comunidad internacional en su conjunto ha reconocido su importancia y en virtud de ello, el derecho interno no puede hacer otra cosa que darles un valor preponderante.

Lo que sí resulta interesante discutir es la naturaleza de las normas sobre derechos humanos a las que se hace mención. Se trata de normas de derecho internacional público, concebidas para generar obligaciones, cuyo beneficiario no es un sujeto de derecho internacional sino que son los individuos que están bajo la jurisdicción de los Estados partes.

Las normas de derecho internacional de los derechos humanos, a diferencia de la mayoría de las normas de derecho internacional público, no se realizan para buscar beneficios para los Estados, generando por lo tanto un interés de cumplimiento por las contrapartes. En las normas de derechos humanos los Estados pactan obligaciones que, al menos de forma inmediata, no generan un beneficio directo para sus contrapartes. Entonces, ¿por qué firmar tratados de derechos humanos, que crean obligaciones complejas de cumplir y cuyo cumplimiento por las contrapartes no produce beneficios al Estado?

La respuesta es compleja, pero puede resumirse, de buena fe, en que los Estados reconocen que existen valores que superan sus propios intereses y en cuya protección tiene interés toda la humanidad.

A partir de esa idea, que ha sido muchas veces reflejada en la doctrina internacional, la discusión sobre el valor de las normas internacionales queda zanjada y lo que se entra a discutir no es si los Estados están o no obligados, o si esas normas tienen una importancia fundamental, sino cómo hacer para que los jueces puedan aplicar esas normas o garantizarlas sin violar el ordenamiento jurídico interno.

Pues bien, la respuesta no es simple, requiere de una concepción flexible del derecho en la cual la contradicción de normas no se haga con reglas estrictas sino que permita al funcionario judicial tomar en cuenta aspectos internos de las normas en juego, el contenido y la interpretación de esas normas, y fi-

nalmente, su naturaleza en tanto que principios o reglas.

Fuera de ello, el tema de la implementación de normas de derechos humanos tiene un condimento especial. Los derechos humanos han sido teóricamente contruidos bajo la idea de que corresponden a postulados propios de la naturaleza humana y que por lo tanto deben concebirse homogéneamente en el ámbito universal –Principio de Universalidad–. Bajo esa idea, si bien es difícil imaginar que todas las naciones del mundo conciban estos Derechos de la misma forma, sí es posible que en una región en que los países tienen similitudes ideológicas e idiomáticas, los Estados que han firmado un tratado en la materia, conciban, dentro de sus ordenamientos internos, los derechos humanos de la misma forma.

Ahora bien, el estadio en que los derechos humanos tienen reconocimiento en el derecho interno es, por antonomasia, el orden constitucional, puesto que la teoría del Estado de derecho implica que el respeto y protección de los mismos es la condición de legitimidad y el objetivo final de la existencia del organismo social. Luego, no puede existir un Estado de derecho sin constitución, ni una constitución en un Estado de derecho que no consagre derechos humanos.

Más que ello, los derechos humanos no solo hacen parte de las constituciones, sino que tienen dentro de las mismas el rol de base, que condiciona la estructura del Estado y su funcionamiento, es decir, las demás partes de la constitución, al logro de la primera.

Si los derechos humanos son, al menos en América, o mejor aún, en Latinoamérica, concebidos de la misma manera, tal como lo refleja el Sistema Interamericano y, si esos derechos constituyen la parte fundamental del Derecho Constitucional; en Latinoamérica, el derecho constitucional tiende a homogeneizarse como consecuencia de la unificación conceptual en cuanto a los derechos humanos y puesto que el Derecho

Constitucional funciona como base de la pirámide jurídica, el resto del derecho interno, en consecuencia, tiende a seguir la homogeneización, al menos en sus aspectos más amplios y relevantes.

Al lector avisado podrá parecerle evidente que el camino lógico no está completo y en efecto así es. La respuesta para completar ese camino está en que se trata de dos fenómenos diferentes. Por una parte, la homogeneización del derecho constitucional tendría que construirse a partir de una teoría sobre la implementación del derecho internacional en el derecho interno; por otra, la homogeneización del derecho interno debería sustentarse en un estudio de derecho constitucional, o mejor aún, en una teoría del derecho en la cual la constitución tuviera un rol activo de transformación del ordenamiento y de aplicabilidad directa para la solución de casos difíciles.

Ambos elementos hacen parte de este marco teórico, el primero ya se ha tratado explicando la importancia de los tratados de derechos humanos; sin embargo, es a través del segundo elemento que puede lograr entenderse con mayor claridad el sustento teórico de esta tesis.

Sobra decir que esta parte del texto se limita a esgrimir una serie de argumentos del orden teórico que son la base para la investigación y para entender con mayor claridad la importancia de los resultados que en ella se presentan. El objetivo de la presente tesis es muy limitado, corresponde únicamente a los efectos que el derecho interamericano ha tenido en el orden constitucional colombiano, lo que, como es obvio, no comprueba las teorías que se están exponiendo, pues para ello habría que hacer el análisis de un cierto número de países y luego hacer el trabajo de comparación y conclusiones. Ese trabajo, que implica un esfuerzo muchísimo más amplio y complejo, el autor prefiere reservarlo para sus estudios posteriores, pero el presente trabajo es la base del mismo.

Es, por lo tanto, importante recobrar el punto de perspectiva y buscar la respuesta al tema de la homogeneización del derecho en Latinoamérica desde las experiencias que, principalmente, ha tenido el derecho colombiano.

3. El neoconstitucionalismo

La solución a la pregunta de cómo lograr que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos tenga efecto en el derecho interno de los países de la región empieza por el advenimiento de un nuevo sistema jurídico en Latinoamérica, en el cual, la constitución, la norma en que se consagran los derechos humanos que a su vez son el reflejo y tienen que estar acordes con los derechos del sistema interamericano, va ganando un papel preponderante en el derecho nacional.

Este fenómeno ha sido denominado por algunos autores como *neoconstitucionalismo* o constitucionalismo contemporáneo y, según lo explica Prieto Sanchís (2003), alude a una nueva cultura jurídica y se identifica por cuatro acepciones principales.

En primer lugar, se trata de cierto estado de derecho que define institucionalmente una determinada forma de organización política. Dicho modelo proviene de dos ramas del derecho constitucional: la norteamericana – la que vale aclarar, creó una Constitución sin contenidos normativos– y la europea: con un denso contenido normativo pero sin dotarle garantías. A partir de allí es posible afirmar que el neoconstitucionalismo armoniza tales modelos y deriva como consecuencia de ello un sistema de constituciones normativas garantizadas en última instancia por el control de constitucionalidad, descansando, en forma exclusiva en el Poder Judicial, la última palabra en la definición de aquellas cuestiones controvertidas que se susciten dentro del referido modelo.

En este ámbito conceptual el neoconstitucionalismo presenta una faz estructural, presupuesto esencial de dicho modelo, que

persigue los siguientes elementos caracterizadores: 1) carácter normativo o fuerza vinculante de la constitución; 2) supremacía de la constitución dentro del sistema de fuentes; 3) eficacia o aplicación directa de la ley fundamental; 4) garantía judicial; 5) presencia de un denso contenido normativo que tiene como destinatarios a los ciudadanos en sus relaciones con el poder y con los particulares, integrados por principios, derechos y directrices más o menos precisos, pero que siempre que resulten relevantes, llamados a ser aplicados sólo en aquellas cuestiones concretas; 6) rigidez constitucional, esto es cuanto más costosa sea la posibilidad de alterar el texto fundamental por la mayoría legislativa, mayor fortaleza tendrá el modelo constitucional.

Otro elemento esencial y constitutivo de este campo estructural es lo que Ricardo Guastini (2004) ha llamado: “La constitucionalización del ordenamiento jurídico”. Su finalidad es lograr impregnar e irradiar en todo el ordenamiento jurídico las normas constitucionales.

El neoconstitucionalismo en Latinoamérica es un proceso en que sin lugar a dudas ha contribuido la existencia de un sistema regional de protección de los derechos humanos. A partir de las dos últimas décadas del siglo XX los estándares de exigibilidad constitucional de los derechos humanos, así como el valor de la jurisprudencia constitucional en los países del continente, han sido evidentes.

Por otra parte, la similitud de la forma en que los derechos humanos se interpretan, y la **práctica creciente de una especie de reenvío** jurisprudencial y normativo al Sistema Interamericano, son ejemplos tangibles de la homogenización del derecho en Latinoamérica

3.1. El neoconstitucionalismo en Colombia

A partir de la entrada en funcionamiento de la Corte Constitucional, esta corporación ha

venido estableciendo en sus jurisprudencias la importancia del respeto a los precedentes judiciales, como una forma de mantener la seguridad jurídica, unificar la jurisprudencia en materia constitucional y finalmente garantizar el derecho a la igualdad de tratamiento de todos y todas ante las autoridades judiciales.

Este fenómeno ha sido analizado por la doctrina, distinguiéndose en ello las obras de Diego López (2004, 2005), quien se ha encargado de sacar a flote el “cambio de cultura jurídica” que ha venido gestándose en Colombia, y su correspondencia con la evolución del Derecho Constitucional en el ámbito mundial y en especial en Latinoamérica.

Es importante destacar que ese cambio de cultura jurídica no es otra cosa que la adaptación del sistema colombiano al neoconstitucionalismo, gracias al trabajo de una Corte Constitucional que ha desarrollado la irrigación del derecho a todo el sistema jurídico y le ha dado valor a su propio precedente. Las herramientas que la Constitución de 1991 se dio para otorgarse a sí misma un rol preponderante en el derecho colombiano fueron utilizadas con destreza por los jueces constitucionales hasta lograr un neoconstitucionalismo colombiano.

Si bien podría encontrarse una falencia en el ejemplo colombiano en comparación con los elementos que Sanchís identifica como estructurales del neoconstitucionalismo, puesto que la Constitución colombiana, lejos de tener rigidez, ha sido objeto de muchísimas reformas, las que se realizan sin mayores complicaciones; lo cierto es que a parte de ello, Colombia es un ejemplo claro de neoconstitucionalismo.

La forma en que el ciudadano acude a las acciones constitucionales, la práctica recurrente de los jueces nacionales a recurrir al texto constitucional para resolver los conflictos que a ellos se presentan, la constante evaluación

del derecho interno frente a los postulados constitucionales y la exitosa transformación de la Constitución en normas de aplicabilidad directa han dejado en el pasado los axiomas del *ius positivismo*.

Respecto del valor del precedente constitucional, uno de los elementos más complejos a transformar en un sistema legalista como el que existía en Colombia, la Corte Constitucional ha dejado su punto en claro, pero la utilización del sistema de precedente es aún arcaica en la práctica y en la enseñanza del derecho en Colombia.

En la sentencia C-863 del 2001, la Corte Constitucional, al analizar una norma que hace referencia a la autonomía que tiene la Corte Suprema de Justicia para variar su propia jurisprudencia, dejó establecidas las siguientes reglas en materia de precedente judicial:

1. Al igual que en el derecho norteamericano, se hace la diferencia entre *obiter dictum* y *ratio decidendi*, determinando que solo esta última tiene el valor de precedente judicial obligatorio.
2. En Colombia, solo son fuente de precedente judicial las altas cortes, la Corte Constitucional en materia de interpretación constitucional, la Corte Suprema de Justicia en materia de Derecho Ordinario y el Consejo de Estado en materia de Derecho Administrativo.
3. En principio, el precedente obliga, tanto a los inferiores jerárquicos como a las mismas Cortes que lo hayan establecido, siempre y cuando las características del caso concreto sean similares a las que dieron lugar a la *ratio decidendi* invocada.
4. Especial relevancia tiene el precedente constitucional establecido por la Corte Constitucional, puesto que según esta institución la jurisprudencia sentada es obligatoria no solo para la interpretación de

la Constitución sino también de las leyes que tienen que estar acordes a ella¹.

5. Sin embargo, es posible apartarse del precedente, tanto por parte de la Corte que lo haya establecido como por parte de los inferiores. La razón por la cual se aparta del precedente debe estar clara y suficientemente argumentada. En ello la Corte Constitucional establece una diferencia entre las Altas Cortes y sus inferiores estableciendo que la carga argumentativa es mayor para los inferiores jerárquicos.

REFERENCIAS

ALEXIS, Robert (2002). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

ARANGO-OLAYA, M. (S.F.). *El bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana*. Extraído el día 12 de junio de 2007 desde: <http://dspace.icesi.edu.co/dspace/handle/item/949>

ARIAS BERNAL (2006). Las medidas provisionales y cautelares en los sistemas universales y regionales de protección de los derechos humanos. En: *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Vol. 43, 2006, pp. 79-151.

AYALA-CORAO, C. (S.F.). *La recepción de la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos por la jurisprudencia constitucional*. Consultado el 04.11.2006, desde: <http://www.internationaljusticeproject.org/pdfs/Ayala-writing.pdf>

FAÚNDEZ, Héctor (1999). *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos, aspectos institucionales y procesales*. San José: Comisión de la U.E., Fundación FORD.

FIX-SAMUDIO, Héctor. (2004). El derecho internacional de los derechos humanos en las Constituciones latinoamericanas y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En: *Revista Latinoamericana de Derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, N°1. México D.F.: UNAM.

GARCÍA-RAMÍREZ, Sergio (2005). Jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos humanos en materia de reparaciones, en: *La Corte Interamericana de Derechos Humanos, un cuarto de siglo 1979-2004*. San José: Corte IDH. Pp. 1 a 86.

LONDOÑO, María-Carmelina (2006). La eficacia de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En: *Principios y Valores Constitucionales, memorias del V Encuentro red sociojurídica*. Bogotá: Fondo de Publicaciones Universidad Sergio Arboleda. Pp. 85 a 149.

1 “Como la Constitución es norma de normas el precedente constitucional sentado por la Corte Constitucional como guardiana de la supremacía de la Carta tiene fuerza vinculante no solo para la interpretación de la Constitución sino también para la interpretación de las leyes que obviamente debe hacerse de conformidad con la Carta. Las sentencias constitucionales interpretan la Constitución o pueden interpretar las leyes, y en todo caso su lugar en el sistema de fuentes no es inferior al que ocupan las leyes. En principio, los jueces deben seguir la jurisprudencia constitucional y cuando no lo hacen por razones del respeto al principio de igualdad, de seguridad jurídica, o de confianza legítima deben indicar las razones que los llevaron a apartarse de la jurisprudencia”. Aclaración de Voto, Sentencia 863/2001 Mg. Manuel José Cepeda, Mg. Marco Gerardo Monroy. Par. 2.4. A

LEY 1098 DE 2006 CÓDIGO DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA: FETICHE O POSIBILIDAD JURÍDICA *

Henry Bocanegra Acosta**

RESUMEN

Análisis de los antecedentes, principios y aspectos jurídico-sociales más relevantes de la Ley 1098 de 2006. Se destacan algunos elementos presentes en el proceso que llevó a su promulgación, se relacionan algunos argumentos presentes en la controversia que suscitó el proyecto de ley inicialmente presentado y se plantean algunas reflexiones respecto al alcance de esta norma en el ámbito de la vigencia de los derechos y libertades de los niños, las niñas y los adolescentes.

Palabras clave: infante, adolescente, ley, responsabilidad penal, Estado, derechos.

ABSTRACT

Analysis of the antecedents, principles and legal-social aspects more outstanding of the 1098 Law of 2006. We emphasized some

elements present in the process that took to its promulgation, we related some present arguments in the controversy that caused the law project presented initially and raised some reflections with respect to the reach of this norm in the scope of the use of the rights and freedoms of the children and teenagers.

Key words: children, teenagers, law, policy, state, rights.

INTRODUCCIÓN

Con la Ley 1098 de 2006, se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia para Colombia¹. Esta norma, por el asunto que regula, viene generando un interesante debate. Controversia en la que participan desde organizaciones sindicales, académicas, funcionarios públicos y organizaciones no gubernamentales².

Recepción del artículo: 15 de julio de 2008. Aceptación del artículo: 20 de septiembre de 2008.

* Artículo que hace parte del informe de avance de la investigación: "Realidad de los instrumentos normativos para la protección de los derechos y libertades de los niños, niñas y adolescentes". Línea de investigación Derecho y familia de la Corporación Universitaria Republicana. E-mail: henrybocanegra1992@yahoo.es

** Abogado de la Universidad Libre, Licenciado en Ciencias Sociales de la Universidad Distrital, Magíster en Administración Pública ESAP. Doctorante en sociología jurídica e instituciones políticas, Universidad Externado de Colombia. Docente investigador.

1 DIARIO OFICIAL No 46.446. Ley 1098 de noviembre 8 de 2006, Imprenta Nacional, Bogotá D.C., 2006.

2 Ver, por ejemplo, ANDEPER, Asociación Nacional de Defensores de las Personerías, Seminario sobre Ley de infancia y adolescencia, Personería de Bogotá. Universidad Libre, Facultad de Derecho. 23 y 24 octubre de 2008.

Es evidente una tendencia social y cultural de arremeter contra los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes en Colombia. Problemas estructurales de naturaleza económica y política se convierten en generadores de situaciones atentatorias contra niños, niñas y jóvenes. Situación que no se puede superar con la simple expedición de una norma, por más bien intencionada que esta parezca.

Resulta conveniente establecer los principales antecedentes históricos de la Ley 1098 de 2006, especialmente en el ámbito nacional, pero también resultaría interesante destacar la dinámica internacional que contextualizó el debate y posterior aprobación de esta ley. De otra parte, es importante relacionar los avances de carácter conceptual que tuvo esta norma respecto al anterior Código del Menor. Pero lo que tendría un valor académico y político trascendental sería el análisis de esta ley al tenor de las condiciones sociales y la funcionalidad de los entes gubernamentales competentes (Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Comisarías de familia, Ministerio público o Policía de Infancia y adolescencia) en la atención de situaciones, hechos o factores que atentan contra los derechos, garantías y libertades de los niños, las niñas y los adolescentes. Es decir, habría que reconocer la realidad social de los niños, niñas y adolescentes en este país y observar el papel real que puede cumplir el nuevo código en la garantía o restablecimiento de sus derechos. Las normas constituyen marcos de referencia del actuar institucional y social. Por sí mismas las disposiciones constitucionales y legales no resuelven los problemas. Son piezas de un andamiaje institucional que requiere de voluntad política, propósitos y acciones para resolver o siquiera mitigar conflictos o carencias originadas por situaciones de naturaleza estructural.

Se pretende describir aspectos considerados relevantes de la Ley de infancia y adolescencia, pero sin perder la oportunidad de sintetizar problemas que, igualmente razo-

namos, inciden sobre sus posibilidades de ser una norma con relativo efecto sobre las conductas de las personas en un país de la condición de Colombia.

ANTECEDENTES PRÓXIMOS DE UNA INICIATIVA LEGAL

Después de tres lustros de vigencia del Código del Menor, sectores sociales, organizaciones públicas y privadas relacionados con la problemática de la familia, la infancia y la adolescencia insistieron en la necesidad de una reforma que permitiera “actualizar” la normatividad interna a la luz de los avances internacionales en materia de derechos de los niños, las niñas y los adolescentes y los requerimientos internos. La evidente situación dramática de la niñez y la juventud colombiana, producto de un modelo de desarrollo del subdesarrollo, posteriormente profundizado por las políticas neoliberales de ajuste estructural y estabilización económica, hizo pensar a un importante núcleo de dirigentes políticos y activistas de derechos humanos en la necesidad de una reforma legal.

Desde el año 2002, un grupo de entidades del gobierno, del Ministerio Público, del Sistema de las Naciones Unidas y de organizaciones no gubernamentales nacionales e internacionales, se unieron con el propósito de construir de manera conjunta, un proyecto de ley integral para la infancia y la adolescencia en Colombia que permitiera actualizar el Código del Menor vigente desde 1989, y poner a tono la legislación sobre niñez en el país con la Convención Internacional de los Derechos del Niño, los demás instrumentos internacionales de derechos humanos y los mandatos de la Constitución Política de 1991.

Reunidas en la *Alianza por la niñez colombiana* dichas entidades, en conjunto con un grupo de legisladores, establecieron un espacio de trabajo permanente desde el año 2003, que buscaba conciliar las diversas iniciativas que cursaban en el

Congreso de la República relacionadas con la reforma total o parcial del Código del Menor. Como resultado de este trabajo conjunto, se formuló y radicó en el año 2004 el proyecto de ley 032, concebido como una reforma integral del Código del Menor, a partir del reconocimiento del interés superior de los niños y las niñas, la titularidad y prevalencia de sus derechos.

El Proyecto tuvo ponencia favorable en la Comisión Primera del Senado en su primer debate, pero luego fue retirado por solicitud de sus autores, por considerar que no tendría suficiente tiempo para su trámite como ley estatutaria en la legislatura que estaba cursando. Esto se hizo con el compromiso de volverlo a presentar en la siguiente legislatura.

Con ese compromiso, los autores, ponentes y las entidades de la **Alianza por la niñez colombiana**, conformaron un equipo de trabajo encargado de revisar y ajustar el proyecto retirado. Para tal fin se realizaron durante los meses de junio y julio de 2005 varias mesas de concertación y estudio por temáticas en las que participaron un nutrido grupo de organizaciones gubernamentales y estatales y de organismos no gubernamentales nacionales e internacionales, que entregaron como resultado un nuevo proyecto de ley que fue presentado en la Cámara de Representantes el día 17 de agosto de 2005, radicado con el número 085, y suscrito por el Procurador General de la Nación, el Defensor del Pueblo, 40 Representantes a la Cámara y 5 Senadores³.

A la iniciativa de todos modos le salieron detractores. Para la presidenta del Sindicato de Trabajadores del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, María Victoria Forero, la

derogatoria del Código del Menor busca trasladar a los municipios la financiación y la responsabilidad de la política de Infancia, convertir al ICBF en una instancia eminentemente burocrática. Aplicar a los menores el mismo proceso penal de los adultos, niega sus derechos y garantías y los expone a procesos ilegales de limpieza social.

Insólito que mientras se hace noticia con las desventuras de nuestros niños, se calumnia al Código del Menor, se distrae con su derogatoria, como si este fuera el responsable de las tragedias de niños, jóvenes y familia, se desmejora la calidad de los servicios, se restringen los gastos de funcionamiento de los programas y del ICBF. Y por su parte la Directora General del Instituto administra los recursos de la entidad en beneficio del capital financiero al mandar a TES cerca de 780 mil millones producto de superávit de recaudo de parafiscales y de excedentes financieros⁴.

Para el Presidente de la Asociación Colombiana de Defensores de Familia, “este Código adolece de grandes falencias en cuanto al procedimiento para garantizar, proteger y restablecer los derechos vulnerados de los niños y los adolescentes, por cuanto hace más complejo el desarrollo procesal y los asuntos pueden terminar ante la Jurisdicción de Familia haciendo más gravosa la resolución de los conflictos y congestionando los despachos judiciales”⁵.

PRINCIPIOS QUE ORIENTAN EL CÓDIGO DE INFANCIA Y ADOLESCENCIA

El Código de la Infancia y la Adolescencia, expedido mediante la Ley 1098 de noviem-

3 LINARES CANTILLO, Beatriz y QUIJANO Pedro. *Nueva ley para la infancia y la adolescencia en Colombia*, Alianza por la niñez, UNICEF, Bogotá, 2004.

4 REPÚBLICA DE COLOMBIA. SENADO DE LA REPÚBLICA. *La sociedad y la familia, corresponsables de la protección de los derechos de los niños y adolescentes*, Página web institucional, 26 de abril de 2006.

5 *Ibid.*