

Boletín N° 8 del

Instituto de Estudios
Constitucionales

Escuela de Derecho

DIRECTOR: JORGE VÉLEZ GARCÍA

**CRISIS SISTÉMICAS, SITUACIONES - LÍMITE Y ESTADO DE
NECESIDAD.**

Luis Roberto Wiesner Morales

**ACCIONES AFIRMATIVAS Y EL PROCESO DE REESTRUCTURACIÓN
DEL ESTADO COLOMBIANO**

Jorge Luis Barone González



Universidad Sergio Arboleda

Universidad Sergio Arboleda

BOLETÍN DEL INSTITUTO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

CRISIS SISTÉMICAS, SITUACIONES - LÍMITE Y ESTADO DE NECESIDAD.

® *Luis Roberto Wiesner Morales*

**ACCIONES AFIRMATIVAS Y EL PROCESO DE REESTRUCTURACIÓN DEL
ESTADO COLOBIANO.**

® *Jorge Luis Barone González*

Primera edición: mayo de 2007.

Reimpresión: mayo de 2009.

Queda prohibida toda reproducción por cualquier medio sin
previa autorización escrita del editor.

Edición realizada por el Fondo de Publicaciones

Universidad Sergio Arboleda.

Carrera 15 No. 74-40

Teléfonos: 3 25 75 00 Ext. 2131 - 3 22 05 38 - 3 21 72 40.

www.usa.edu.co

Fax: 3 17 75 29.

Bogotá D.C.

Corrección de estilo: Rodrigo Naranjo

Diseño Carátula y Diagramación: Maruja Esther Flórez Jiménez.

Bogotá, D.C.

ISSN: 1909-3977

La tiranía totalitaria no se edifica sobre
las virtudes de los totalitarios sino
sobre las faltas de los demócratas.

Albert Camus (1913-1960)

Escritor francés.

CRISIS SISTÉMICAS, SITUACIONES - LÍMITE Y ESTADO DE NECESIDAD.

Luis Roberto Wiesner Morales

SUMARIO: 1. Prólogo. 2. El Derecho, la normalidad y la ruptura (ordenamiento jurídico como sistema) 3. Los sistemas ante las crisis. Dinámica de las crisis que afectan a los sistemas complejos. Las respuestas del sistema jurídico ante las crisis. 4. Elementos definitorios de los estados de excepción. 5. Estado de necesidad. Concepto del estado de necesidad. Estado de necesidad en tres Constituciones comparadas. 6. A manera de conclusión.

1. PRÓLOGO

El escrito que se ofrece al lector parte de una hipótesis de catástrofe¹ que tiene por premisa el desorden que afecta todo el sistema, trátase de una sociedad, del Estado que la representa y protege, o del territorio que le sirve de fundamento. Este supuesto se aplicará al rango de medidas extraordinarias que algunos sistemas jurídicos han reconocido para conjurar la emergencia de situaciones que superan los medios ordinarios y excepcionales del Derecho.

¹ Catástrofe es, en palabras del Diccionario de la Lengua Española, ese "suceso infausto que altera gravemente el orden regular de las cosas". Destacamos su relación adversa con el concepto de orden regular, esto es, aquello que se ajusta a la regla, a la **norma** y por lo tanto puede calificarse de "normal". Así, la catástrofe se presenta como la antítesis de la normalidad. Destacamos la magnitud de la desviación que conlleva la catástrofe: una alteración **grave** de ese orden.

Nuestro tema es el Accidente (con mayúsculas), el Acontecimiento o Evento Mayor² o, en palabras más técnicas, la Situación – Límite que pone en entredicho al sistema e insinúa una mutación importante o, en casos extremos, es heraldo de su desaparición. Se trata de buscar la conjunción de la categoría de catástrofe con el Derecho y en particular con el arsenal de medidas de excepción, para destacar una de ellas, el estado de necesidad.

La tarea propuesta implica (a) reconocer el carácter sistémico del ordenamiento jurídico, para hacer énfasis en su apego a las vías conocidas, a la rutina y a la normalidad que constituye su efecto máspreciado; (b) explicar de manera esquemática los cambios que sufren los sistemas complejos ante desórdenes de magnitud superlativa; (c) poner de presente la situación contemporánea, en la cual interactúan fuerzas productoras de desorden en escala mundial; (d) contemplar la figura del gobernante que debe tomar las medidas necesarias para enfrentar las perturbaciones mayores y (e) constatar la existencia de este tipo de medidas de última instancia en algunos regímenes constitucionales modernos.

2. EL DERECHO, LA NORMALIDAD Y LA RUPTURA (ORDENAMIENTO JURÍDICO COMO SISTEMA).

Todo ordenamiento jurídico puede ser entendido como un sistema de complejidad relativa, cuyos elementos son normas o conjuntos de normas, válidos para un territorio y una población dados. Este sistema exhibe en mayor o menor grado las propiedades comunes a todo sistema complejo, entre las cuales se destacan:

Cohesión. Constituye la propiedad basal de cualquier sistema y postula la unión entre los elementos del conjunto, gracias a la existencia de

² Definimos el Acontecimiento o Evento Mayor como la materialización de un riesgo sistémico en un siniestro único e inédito, con efectos de gran amplitud que se proyectan en el largo plazo y que conducen a una crisis o a una sucesión de crisis. Véase a LAGADEC, Patrick. Silence, risque majeur! en *L'Express* (1818), mayo 16 de 1986, p. 26.

estructuras ordenadoras, de procesos que ocurren permanentemente entre los elementos del sistema y entre éste último y el entorno, y a la vigencia de reglas que garantizan una cierta homogeneidad en estos y aquellas. La cohesión debe ser preservada en todo momento y a cualquier precio por el sistema, y esta es la razón de Estado que justifica las medidas más drásticas en la vida de los sistemas políticos. La figura del "estado de necesidad" que se explora en el presente ensayo se justifica precisamente en el mantenimiento de la cohesión del sistema.

Interconexión. Esta propiedad de los sistemas consiste en propagación de los efectos a través de todo el sistema, gracias al principio cohesivo y a la existencia de estructuras y ante todo de procesos, que permiten la extensión de los efectos que se produzcan en una parcela del sistema a todo el conjunto. Esta característica no siempre juega a favor del sistema; las crisis, los pánicos y las epidemias tienden a expandirse a través del tejido conjuntivo de los sistemas, especialmente si se trata de sistemas levantados sobre componentes vivos. El Derecho no es especialmente adepto a la interconexión de todos los elementos, sino por el contrario, al tratamiento individual y separado de los mismos. Cuando una crisis o perturbación mayor hacen su aparición, el Derecho utiliza sus mecanismos de excepción para detener el contagio del desorden a todos los elementos del conjunto.

Homeóstasis. Esta regla de funcionamiento enseña que los sistemas complejos se reproducen y regeneran a partir de sus elementos, para lograr así un estado de equilibrio interno que se hace valer ante el entorno. Los sistemas jurídicos tienden especialmente al equilibrio, buscan el equilibrio, al punto que su finalidad principal es lograr la justicia -equilibrio por excelencia- y de otra parte promover un estado de armonía en la población sujeta a su imperio, que es precisamente lo que se tiene por normalidad.³

³ El Diccionario de la Lengua Española incluye la siguiente definición de normal: "Dícese de lo que por su naturaleza, forma o magnitud se ajusta a ciertas normas fijadas de antemano". En el contexto de lo social, las normas las fija la sociedad y entre ellas se destacan las normas jurídicas. El Derecho es un mecanismo normalizador por excelencia.

Autorreferencia. El Derecho, como otros sistemas, se explica a partir de sí mismo. Las reglas de interpretación que hacen realidad sus normas abstractas, han nacido y se encuentran al interior del orden que ayudan a materializar. La autorreferencia implica un cierto grado de ensimismamiento del sistema, de justificación tautológica.

Diferenciación. El sistema jurídico es -como todo sistema-, complejidad organizada que surge para contrarrestar la complejidad caótica del entorno. Para alcanzar este último propósito el sistema debe realizar dos faenas: (a) en una primera instancia, trazar un límite que lo separe de su exterior y le otorgue identidad; (b) posteriormente, subdividirse, para lograr la funcionalidad, la especialización, la estratificación y sobre todo la jerarquización necesaria para controlar de manera puntual su interior. La diferenciación consiste entonces en aquel proceso de creación de estructuras al interior de un sistema para impartirle orden al conjunto. Nótese que el Derecho es un sistema bien diferenciado, donde el lindero entre lo jurídico y lo no jurídico está determinado de manera tajante por las normas, y donde coexisten al interior del ordenamiento jurídico subconjuntos temáticos y lógicos con relativa autonomía.

Reiteración. El principio reiterativo o recursivo dicta que en un universo de complejidad mayor y creciente, los sistemas hacen parte de sistemas más vastos, conocidos como suprasistemas o metasistemas. El universo aparece entonces como una constelación de cadenas de sistemas, que se reiteran desde lo microscópico hasta lo inconmensurable. El Derecho no es ajeno a esta configuración. El ordenamiento jurídico hace parte de un suprasistema social; es un producto de ese metasistema, y puede decirse que existe para mantener la normalidad de esa organización superior y para darles validez a las facetas políticasocial, económica, ideológica, y hasta mítica de dicho suprasistema, llámese este último sociedad, nación, comunidad, etc.

A su turno, el Derecho es el metasistema para los conjuntos normativos creados en su interior, a los que hicimos referencia atrás. Es de la mayor

importancia destacar la función de gozne o de norma de frontera que caracteriza a toda Constitución, que actúa como límite, vínculo y conducto entre el suprasistema social y el sistema jurídico que ella remata. Es en esa instancia donde se plantearán los problemas y las soluciones existenciales no solo del Derecho sino también de la colectividad que lo ha generado.

Sinergia. Esta propiedad básica de la teoría sistémica, postula que ese conjunto organizado que es el sistema tiene más valor y es más complejo que la adición de sus partes individualmente consideradas, lo cual revela al sistema como un *plus*. Así, la totalidad de elementos conectados al conjunto se constituye en algo nuevo, que no solo es más que la suma de sus elementos sino que tiene nuevas propiedades. En cuanto al Derecho, hay que reconocer que la norma jurídica aislada es inexpressiva si se toma con abstracción del ordenamiento total. Es por esto que las normas jurídicas deben aplicarse e interpretarse de manera sistemática, apoyándose unas en otras. Puede decirse que para el caso del Derecho, el *plus* del conjunto normativo es la vigencia del orden jurídico. Esta sinergia ha sido contemplada de manera explícita como una meta de la colectividad en el preámbulo de la Carta Política y en sus artículos 2, 89 y 189-4 de la misma.

Retroalimentación cibernética (del griego *kibernetes*, el que está al timón). Este rasgo de los sistemas complejos hace referencia a su capacidad para registrar el impacto de las propias acciones en el entorno, de modo tal que puedan adaptar su comportamiento para influir en el medio que los circunda y para ajustar su comportamiento. La principal herramienta cibernética es la retroalimentación (*feed-back*) negativa, que consiste en la autocontención que ejerce el sistema sobre sus acciones para reprimir desviaciones y mantener así al sistema dentro de unos parámetros dados. El Derecho es, en su mayor parte, un conjunto de medidas de retroalimentación negativa, que previene o reprime el crimen, mantiene el orden público, canaliza la libertad contractual en ciertos tipos de acuerdos, escoge las clases de personas jurídicas que se pueden crear, señala las exigencias que acompañan al derecho de

propiedad y establece una mirada de restricciones y autorrestricciones que impiden la emergencia de desórdenes.

Negentropía. El término describe aquellas formaciones naturales o sociales que se oponen a la entropía y al desorden.⁴ Los sistemas naturales y con mayor razón los sistemas humanos aparecen como triunfos efímeros ante la disolución inevitable de la materia. Entre las construcciones humanas más memorables se destaca el Derecho como productor de orden, de estabilidad adaptativa y de normalidad. El Derecho no sólo se proclama como "orden", sino que lo hace efectivo mediante sus jerarquías, sus procedimientos y sus principios reconocidos universalmente.

Esta referencia necesariamente parcial a las características sistémicas de un ordenamiento jurídico moderno, tiene como propósito enfatizar la vocación permanente del sistema como conjunto productor de normalidad. Con la salvedad de las instituciones de excepción, puede afirmarse que la vida del Derecho discurre dentro de los parámetros de lo normado, de lo acostumbrado y lo predecible. El Derecho está vinculado teleológicamente con estados de normalidad.

Por ello no está en la mejor disposición para enfrentar aquello que se escapa de la normalidad. Lo anormal es por definición exceptivo, y como tal es tratado por el Derecho. El manejo de lo anormal es ajeno al sistema legal. Podría decirse que el sistema jurídico no está concebido para enfrentar con solvencia lo anormal. Debe tratarlo como anomalía, con un manejo circunscrito en el tiempo y en el alcance de las medidas, lo cual riñe con las exigencias que plantea la aparición de lo imprevisto y, en el peor caso, de lo impensable.

⁴ La entropía, conocida también como la Segunda Ley de la Termodinámica, condena a toda la materia en el Universo al aquietamiento y la muerte. Se trata de un destino ineluctable de lo físico, que tiende a la disminución paulatina de la actividad molecular. A manera de ejemplo puede mencionarse el progresivo enfriamiento de los soles con la aparición de estrellas enanas y, si la masa de las mismas es muy intensa, la culminación del proceso en agujeros negros.

Robert Rabin, al comentar sobre el desastre de Buffalo Creek, adelanta la hipótesis de la inadecuación congénita del sistema legal para enfrentar lo inesperado, en ese caso la ruptura de un dique industrial que devastó una población minera en Virginia occidental, Estados Unidos.⁵ En sus palabras, "los desastres golpean al sistema legal en su vulnerabilidad a lo no anticipado. Los sistemas administrativo y judicial, confrontados con la ocurrencia sin precedentes, funcionan de manera menos efectiva".⁶ Esta falta de adecuación del sistema legal fluye del carácter rutinario de las operaciones administrativas del Estado. Rabin explica la afirmación citada en los siguientes términos:

"El tema que he enfatizado a lo largo de este ensayo es que el sistema legal está diseñado para tratar con lo regular y predecible. Los administradores hacen sus tareas de manera más enérgica y eficiente cuando la experiencia les ha facilitado patrones de comportamiento y las Cortes promoverán más efectivamente las metas de prevención y compensación cuando están tratando con categorías de casos que les son familiares..."⁷

A continuación se abordará el tema de la dinámica que afecta a los sistemas complejos, cuando son conmovidos por fenómenos externos o internos de gravedad, fenómenos que tienen una repercusión sobre la normalidad del sistema afectado al punto de poner en tela de juicio su funcionamiento ordinario, y en los casos más extremos la supervivencia del conjunto. Bajo esta luz se hará referencia a las medidas de excepción que contemplan los ordenamientos jurídicos modernos.

⁵ RABIN, Robert. Dealing with Disasters: Some Thoughts on the Adequacy of the Legal System. *Stanford Law Review* (30): 281-298, enero 1978.

⁶ Rabin, *supra*, pp. 297, 298.

⁷ *Ibidem*.

3. LOS SISTEMAS ANTE LAS CRISIS.

Dinámica de las crisis que afectan a los sistemas complejos.

Las rupturas extraordinarias de la normalidad generan crisis en los sistemas. De entrada hay que destacar el carácter dinámico de la crisis, que es un proceso antes que un acontecimiento aislado y no debe ser confundida con la perturbación que la genera. La crisis es el momento de la verdad del sistema, sea éste un ser humano enfermo, un Estado enfrentado a la sedición interna, o una idea confrontada por nueva evidencia.

Morin afirma que la crisis es un momento revelador y realizador. Revelador porque hace visibles los elementos subterráneos y reprimidos de la estructura; realizador, en la medida en que hace efectivos los temores, los riesgos y las posibilidades del sistema que pone en cuestión.⁸

Para Sinding⁹, la crisis es el proceso que afecta los elementos esenciales del sistema, los **fundamentos** de aquello que está en crisis. Esto implica que la situación crítica afecta y señala al sistema en su totalidad y por tanto que debe ser enfrentada cabalmente. Hay que ir al fondo de la crisis para salir de ella o para constatar que no hay fondo. En otra ocasión se dijo: "...Crisis que no toca fondo es crisis no resuelta, que invita a nuevas y más profundas conmociones de la normalidad. El nexo de la categoría 'crisis' y el dominio de lo fundamental señala que la crisis revela la realidad profunda, subyacente al sujeto y su mundo, poniendo en evidencia lo que estaba en la sombra."¹⁰

⁸ MORIN, Edgar. *Sociología*. Editorial Tecnos, Madrid, 1995, pp 159 – 172.

⁹ SINDING, Richard. *Qu' Est –Ce Qu' Une Crise?* Presses Universitaires de France. Vendôme, 1981.

¹⁰ WIESNER, Luis Roberto. El Concepto Sistémico de Crisis, en *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia* (318): 121 – 145, junio de 1991, pp. 124, 125.

Morin ha caracterizado la dinámica crítica como una ruptura de la normalidad seguida de efectos cada vez más disruptivos y anarquizantes.¹¹ En un primer instante actúa la **perturbación**, que es un evento externo o un proceso interior al sistema que por su gravedad, su enormidad y su capacidad de conmover, llevan al conjunto de que se trata a un límite, al **umbral de lo normal**, más allá del cual dejan de funcionar las variables esenciales del sistema en su modo ordinario. Traspasado este umbral, las variables esenciales pueden operar de modo distinto, o en algunos casos dejar de actuar. A manera de ejemplo, son variables esenciales del sistema físico humano la tensión arterial, la respiración, el funcionamiento renal o la actividad cerebral. Son variables esenciales del orden constitucional, la unidad nacional, la integridad territorial, la separación de los poderes, la vigencia efectiva de la Constitución o la existencia de instituciones esenciales como la Presidencia de la República, el Congreso y las altas Cortes.

Superado el umbral de la normalidad se desencadena un proceso que incluye: (a) **la progresión de las incertidumbres**, esto es, la conciencia generalizada de la crisis sin que se atisben las soluciones; (b) **los bloqueos de las regulaciones** que aparecen cuando las normas dictadas para la normalidad dejan de ser efectivas y de responder a los hechos; (c) **los desbloqueos de las desviaciones**, que tienen como efecto que los elementos marginales o marginados del sistema se hagan evidentes. Así ocurre con la aparición de movimientos alternativos o, el auge de la economía subterránea, sin que esto confronte directamente al sistema; (d) **la emergencia de los desórdenes**, que es en sí la exteriorización de la crisis. En este punto, lo complementario se vuelve antagonista y los elementos suprimidos o reprimidos del sistema se ponen en evidencia para desafiar al orden establecido. En las enfermedades, coincide con la aparición de los síntomas, y en lo político, con las protestas, asonadas y la sedición abierta; (e) **los desbloqueos perversos**, que son en su mayor parte retroalimentaciones (*feed-back*)

¹¹ MORIN, Edgar. Pour une Crisologie en *Communications* (25) Centre d'Etudes Transdisciplinaires, París, 1976.

positivas, caracterizadas porque las tendencias son reforzadas en lugar de ser atenuadas. Así, la violencia genera más violencia, el temor trae más temor, el acaparamiento conduce a mayores niveles de concentración de bienes, el desierto llama al desierto, entre otras tendencias que se afirman a sí mismas.

En ese momento se alcanza un segundo umbral que denominaremos el **umbral crítico** o **catastrófico**, que una vez cruzado lleva a un proceso irreversible de deterioro del sistema. En esta coyuntura los desbloques perversos pueden dar lugar a reacciones en cadena (*runaway reactions*), las que en lo fisiológico pueden asociarse al fallo sucesivo de los subsistemas vitales del enfermo, y en lo político se manifiestan como procesos revolucionarios, tal como lo ocurrido en Rusia en 1917 o en Irán en 1979. Esta fase puede terminar con la desaparición del sistema de que se trate, o su supervivencia en un estado disminuido, inclusive con ablación de algunos de sus elementos.

Desencadenada la fase paroxística de la crisis, el sistema está abocado a las siguientes alternativas:

- (a) Sofocar los desórdenes, detener los desbloques perversos, disipar las incertidumbres, reinstalar las regulaciones y terminar con el estado de crisis. Esta eventualidad exige que elemento conductor y aglutinante del sistema tenga la voluntad y los recursos que la hora exige. La solución puede conllevar sacrificios por parte del sistema, tales como un cambio de regulaciones, o si la crisis es más profunda, el sacrificio de uno o varios elementos del mismo y en casos extremos, la transformación del sistema. La Regeneración de Núñez fue un caso típico de crisis superada donde un sistema se reformó a sí mismo y modificó sus parámetros vitales para sobrevivir como república unitaria.
- (b) En otro escenario la crisis no se resuelve pero se detienen los efectos perversos del proceso. La crisis se vuelve el estado de cosas "normal" del sistema, que sobrevive de modo precario.

Es la hipótesis de la "regularidad de la anormalidad" o, en otras palabras, de la "anormalidad crónica", que ha caracterizado la vida política y social colombiana.

- (c) También es posible que la crisis no sea resuelta y que las fuerzas del desorden se generalicen a todo el sistema como resultado de la interconexión inherente a los ordenamientos complejos. En este caso se está en presencia de la muerte del sistema, como ocurrió con el colapso del Imperio Romano o con la involución extrema de la sociedad primitiva que existía en la Isla de Pascua, que desapareció como resultado de la guerra civil entre facciones y de la devastación del entorno.¹²

La respuesta del sistema jurídico ante la crisis.

Los ordenamientos jurídicos enfrentados a crisis de diversos órdenes ponen en movimiento sus peculiares mecanismos de respuesta extraordinaria, que en términos generales conllevan: (a) la decisión de entregar al Gobierno facultades ampliadas; (b) en los casos más graves, el recurso a la ley marcial para enfrentar el peligro exterior o los desórdenes internos; (c) la suspensión de algunas garantías individuales; (d) en lo posible, la continuidad de los Poderes Legislativo y Judicial; (e) la expedición de normas de rango legal y carácter temporal por el Ejecutivo; (f) todo lo anterior, mediante ritualidades (declaratorias, bandos y ultimátums); (g) en un horizonte de tiempo limitado; (h) dentro de un rango de posibilidades que va desde la respuesta a un conflicto bélico exterior (estado de guerra) a las medidas tendientes a controlar situaciones de calamidad (estado de alarma, estado de emergencia).¹³

¹² Para una reconstrucción del colapso de la sociedad primitiva en la Isla de Pascua, véase a DIAMOND, Jared. Easter's End en *Discover*, vol 16 (8): 63 -69 agosto de 1995.

¹³ Para una clasificación de los diferentes mecanismos de respuesta extraordinaria, ver NEGRETTO, Gabriel, *El Problema de la Emergencia en el Sistema Constitucional*. Editorial Abaco, Buenos Aires, 1994, pp. 204.

Palau, con apoyo en la obra de Cruz Villalón, distingue los mecanismos de respuesta a las crisis mayores en dos vertientes: aquella del **estado de necesidad**, que es materia del presente ensayo y la familia de los **estados de excepción**, que presentan dos variantes, (a) la dictadura constitucional, de la cual fue ejemplo el artículo 121 de la Constitución de 1886 y (b) los estados de excepción propiamente dichos, que inspiraron los artículos 212 a 215 de la Constitución Política vigente.¹⁴

Este no es el lugar para hacer una disertación sobre los tipos de medidas extraordinarias a disposición del Ejecutivo para enfrentar las situaciones de grande y grave anormalidad. Haría falta un trabajo considerablemente más extenso y riguroso para alcanzar ese cometido. Los propósitos son más modestos: señalar las diferencias que hay entre los estados de excepción y el estado de necesidad y una vez hecho esto, referir tales estados a la perspectiva de crisis sistémica que se esbozó atrás.

4. ELEMENTOS DEFINITORIOS DE LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN.

Los estados de excepción integran una familia de medidas constitucionales y legales para tiempos de perturbación grave, en las que se altera temporalmente la separación de los poderes públicos para concentrar todas las fuerzas del Estado en el Poder Ejecutivo, de modo tal que el Gobierno pueda enfrentar un trance peligroso del sistema, que no necesariamente se limita al sistema jurídico sino que comúnmente se inicia en el sistema político. Sus elementos definitorios son los siguientes.

Temporalidad. - No se conciben estados de excepción permanente, pues de existir, se operaría la transfiguración del Estado de Derecho en un estado de anormalidad como realidad única, en la cual el miedo y la coacción serían los únicos aglutinantes de la sociedad. A manera de ilustración, véase el carácter temporal de los estados de guerra y de conmoción interior que contempla la Constitución de 1991.

¹⁴ Juan Carlos Palau Trías. El estado de conmoción: nuevo ropaje para el viejo Príncipe en *Revista de Derecho Público*. Universidad de los Andes (4): 47 -72, noviembre 1993, p. 51.

Objetivos limitados. - Los estados de excepción necesariamente están confinados al manejo de la anormalidad colectiva y grave que constituye su razón de ser. Así, el artículo 212 de la C.P. establece que el estado de guerra exterior tiene como finalidad "el restablecimiento de la normalidad". A su turno, el artículo 213, que gobierna la conmoción interior, nos indica que la declaratoria y sus medidas están encaminadas a "conjurar las causas de la perturbación e impedir la extensión de sus efectos". Finalmente, el artículo 214 de la misma Codificación establece como objetivo último del estado de emergencia, "conjurar la crisis" e "impedir la extensión de sus efectos."

Interrupción de la normalidad. Los estados de excepción y las disposiciones que se desprenden de ellos tienen la impronta de lo precario. Su vocación es la de constituir un paréntesis entre períodos de normalidad. Esta es la razón de su ritualismo, que exige la declaración formal del comienzo del estado excepcional y posteriormente su levantamiento expreso (artículo 214 – 4 C.P.). Estas características se predicen también de la legislación permanente de desastres, concebida para enfrentar situaciones de anormalidad grave que, sin embargo, no se consideran como peligros para las instituciones. Para el caso colombiano, ver la Ley 46 de 1988 y el Decreto Ley 919 de 1989.

Suspensión de libertades. En sus expresiones más severas, a saber, el **estado de guerra**, el **estado de sitio** y el **estado de conmoción interior**, los estados de excepción interrumpen la vigencia de algunas garantías individuales que se juzgan incompatibles con los poderes ampliados y que se asocian a los desórdenes que comporta la crisis. En España se trata de los derechos/libertades de asociación, expresión literaria, artística, científica y técnica, cátedra y acceso a los medios de comunicación, y para el caso de los estados de guerra y de sitio, se suspenderán los derechos de ser informado de los motivos de detención, la garantía de no declarar contra sí mismo y el derecho a un abogado.¹⁵

¹⁵ CRUZ VILLALÓN, Pedro. La Protección Extraordinaria del Estado en *La Constitución Española de 1978*. Editorial Civitas S.A, Madrid, 1988, pp. 697, 703.

En Colombia, el estado de sitio conllevó la suspensión de los derechos de libertad individual (artículo 28 C.N.), de garantías a la propiedad en casos de expropiación (artículo 33 C.N.), de la inviolabilidad de la propiedad privada ante la necesidad de ocupar inmuebles (artículo 33 CN), de expresión en general (artículo 42 C.N.), de expresión escrita (artículo 43 C.N.), de reunión (artículo 44 C.N.), de asociación (artículo 46 C.N.), y de separación de los poderes civil y militar (artículo 61 C.N.).

La Constitución de 1991 es considerablemente más celosa de las garantías individuales, como resultado del énfasis en los derechos fundamentales, que son impronta de la nueva Carta fundamental y justificación primordial del Estado Social de Derecho. La Constitución vigente es enfática al determinar que en los estados de guerra y de conmoción "No podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales". (artículo 214 – 2 C. P.). Para el caso de los estados de emergencia, el Gobierno deberá cuidarse de "no desmejorar los derechos sociales de los trabajadores" (artículo 215 C.P último inciso).

Se evidencia un rasgo de los estados de excepción que no necesariamente está presente en el estado de necesidad: la voluntad de preservar las garantías individuales, incluso cuando se las suspende temporalmente. Se trata de mantener la intangibilidad del Estado de Derecho, es decir, el sistema jurídico. Bajo la lógica de los estados de excepción, las medidas extraordinarias de salvamento no pueden propiciar la perversión del sistema, que se estima tiene su fundamento en la preservación de los derechos y libertades de los asociados.

Los hechos generadores. Las crisis en el rango constitucional están en alguna medida estereotipadas. Se generan (i) por, estados de guerra exterior, que es considerada la eventualidad más grave; (ii) la gama de desórdenes interiores, que van desde la guerra civil declarada hasta las simples asonadas, pasando por los pronunciamientos militares, la insurrección armada de civiles y los paros armados y (iii) la ocurrencia

de eventos catastróficos, como desastres naturales y tecnológicos, epidemias, parálisis de servicios esenciales o desabastecimiento de productos de primera necesidad. Esta última categoría es manejada en España bajo el estado de alarma¹⁶, y en Colombia como estado de emergencia económica, social o ecológica. En ambos casos se las trata como las variantes débiles del arsenal de medidas de excepción, lo cual no necesariamente es correcto, como se verá adelante al examinar las eventualidades que pueden calificarse de Evento Mayor.

Controles. Finalmente debe hacerse referencia a los controles jurídicos y políticos sobre la declaratoria y respecto de los actos legislativos que ponga en vigor el Ejecutivo para defender la legalidad y recuperar la normalidad. El caso colombiano es dicente: en la Constitución Nacional de 1886 (incluidas sus reformas), existía un control jurídico meramente formal a cargo de la Corte Suprema de Justicia, que se limitaba a verificar el cumplimiento de requisitos de forma, tales como la consulta al Consejo de Estado y la convocatoria del Congreso. En la Constitución de 1991, la Corte Constitucional quedó investida de competencia para pronunciarse sobre los motivos de la declaratoria. Así, el Presidente de la República está severamente limitado en su albedrío al momento de declarar la emergencia. Se duplica entonces el control sobre la conveniencia de la medida, que tradicionalmente era ejercido por el Senado.

En Colombia, la aplicación del estado de sitio a las tareas rutinarias de gobierno condujo a la "canalización" de esa herramienta poderosa, que debió reservarse para situaciones de verdadera crisis política y militar. Entre los efectos perversos de esa tendencia se destacaban (i) la pérdida del poder disuasivo del estado de sitio, (ii) la pérdida de flexibilidad del sistema jurídico y político que se concentraba en un punto, en una persona y (iii) la pérdida de credibilidad del Ejecutivo en materia de su rigor al momento de utilizar el estado de sitio. Por estas razones nace el control jurídico de la Corte Constitucional, que responde justamente a las deficiencias del pasado, pero que puede

¹⁶ CRUZ VILLALÓN, La protección extraordinaria del Estado, op. cit, pp. 692, 693.

no estar acorde con situaciones catastróficas, en las cuales el derecho es arrollado por los acontecimientos.

5. *EL ESTADO DE NECESIDAD*

Concepto del estado de necesidad.

El estado de necesidad no es simplemente una variante extrema de los estados de excepción. Ante todo, constituye una afirmación de realidades y de valores pragmáticos, entre los cuales se destacan: (a) la preeminencia de lo fáctico; (b) la existencia de límites y limitaciones del sistema jurídico; (c) la posibilidad del Evento Mayor; (d) la necesidad suprema de preservar el sistema, y (e) el concepto de soberanía como capacidad de tomar las decisiones para responder a esa necesidad.

En lo que hace a la supremacía de los hechos respecto del Derecho, es pertinente la concepción del derecho alemán conocida como "situación límite" o *Grenzfall*, que en lo político se manifiesta como *Ernstfall* esto es, "situación de transición". En su estudio sobre la obra de Carl Schmitt, Gómez¹⁷ se refiere a la situación límite en los siguientes términos:

"Rüdiger Altmann ha escrito que el caso límite se caracteriza por ser algo que no coincide con el curso normal de los acontecimientos, siendo su contrapunto la normalidad ... Se aplica tanto a circunstancias de la existencia de un individuo o grupo social como de ciudades, Estados o pueblos."¹⁸

Existe una conexión indudable entre el concepto de situación límite tal como lo entiende la doctrina alemana y la noción de umbral que utiliza Morin, como se vio atrás. Altmann considera que la crisis es el estado del sistema previo al *Ernstfall*, lo cual parece indicarnos que con ese

¹⁷ GÓMEZ, Germán. *Excepción y Normalidad en el Pensamiento de Carl Schmitt*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986.

¹⁸ GÓMEZ, *Excepción y Normalidad*, op. cit, p. 67. Negrilla es nuestra.

término se refiere al "umbral crítico" o "umbral de catástrofe" en los términos de Morin. Al respecto explica Gómez:

"La crisis en sí no es todavía el *Ernstfall*; es como describe metafóricamente Altmann, **la corriente que se acerca a la catarata de la Revolución**, que puede acabar siendo el desenlace de la crisis, que marca el fin del tiempo de las expectativas y el comienzo del tiempo de la realización de las mismas ..."¹⁹

Fin del tiempo de las expectativas y fin de la incertidumbre, pero, en cualquier caso, fin del sistema que las abrigaba, donde algunos esperaban el regreso a la normalidad y a la seguridad tal como las conocían, en tanto que otros aguardan el paso a una nueva realidad, donde se materialicen los deseos, los miedos, las revanchas y sobre todo los cambios. Como lo describe vívidamente Altmann, en el umbral crítico el sistema se encuentra al filo de la catarata. En este momento crucial la lógica del Derecho le cede las riendas a la lógica cruda de la necesidad, como lo explica Gómez al decir,

"Josef Isensee considera al *Ernstfall* como una categoría ajurídica, y señala que no se trata de ninguna característica de Derecho Constitucional, siendo, además, inapropiada para encontrar acogida en el marco de una Constitución de Estado de Derecho, ya que el Estado de Derecho domina por medio de la ley y se basa en la normalidad, que es la condición determinante de las normas. **El *Ernstfall* por el contrario, es lo anormal y se burla del cálculo del legislador conectado a situaciones típicas, repetibles, conceptualizadas con generalidad. El *Ernstfall* es irregular e incalculable, genera tensiones intensas** y, lo que es más importante, provoca la adopción de *medidas*, en tanto que reacciones del Estado, únicas, determinadas por la situación y superadoras de las normas."²⁰

¹⁹ GÓMEZ, *Excepción y Normalidad*, supra, p. 68.

²⁰ GÓMEZ, *Excepción y Normalidad*, op. cit, p. 68. Negrilla fuera de texto. Nótese la referencia a lo típico, lo repetible como esencia del sistema jurídico y en particular de la ley, por oposición al reino de la incertidumbre que se manifiesta en las situaciones – límite. En coincidencia con el discurso de Robert Rabin, *supra*.

Schmitt, Altmann e Isensee, coinciden en describir una categoría de eventos que superan la normalidad, sitúan a la sociedad y sus representantes en un marco donde las reglas del Estado de Derecho no operan completamente o han dejado de operar; eventos extraordinarios que exigen del gobernante respuestas únicas, que van más allá de las normas. Ahí radica una diferencia sustantiva entre el estado de necesidad y los estados de excepción; en el primero, la situación –límite es la que determina las exigencias de la acción, en tanto que en los estados de excepción todavía se está dentro del límite del sistema jurídico y las normas mismas prescriben hasta dónde irá la acción extraordinaria del Estado.

Al respecto dice Gómez: "Para Isensee, el *Ernstfall* (la situación límite), a diferencia del *Ausnahmestand* (estado de excepción), no es ningún supuesto normativo, sino una circunstancia vital, un suceso existencial y no un acto jurídico. Es un concepto ajurídico e incluso acientífico, que obliga a los juristas a contemplar el Derecho Constitucional desde una perspectiva desacostumbrada..."²¹

Para la escuela de Schmitt, lo excepcional encarna cuando el sistema alcanza la situación –límite, que se trataría de lo contrario a lo normal.²² Esta situación extrema, al hacer imposible la efectiva realización del ordenamiento jurídico incluso en sus aristas de estados de excepción, exige la intervención de la voluntad superior y única del gobernante, desatada de trabas normativas, para defender el sistema del cual se aparta conscientemente²³. En este punto debe retomarse la teoría sistémica de la crisis expuesta por Morin, para destacar que la situación límite puede ubicarse en uno de los dos umbrales ya mencionados: (a) el umbral de la normalidad o (b) el umbral crítico.

En el primer caso, la situación –límite estaría dentro de un rango "admisible" para el sistema, pues no se habrían desencadenado los

²¹ GÓMEZ, *Excepción y Normalidad*, op.cit, p. 69.

²² GÓMEZ, *Excepción y Normalidad*, op.cit. p. 66.

²³ NEGRETTO, *El problema de la emergencia*, op.cit, pp. 30. 31.

desórdenes ni los desbloques perversos que caracterizan una situación fuera de todo control (*runaway*). El sistema no se encontraría a las puertas de esa fase "paroxística" de la crisis. Es probable que para esta clase de situaciones sean suficientes los estados de excepción tradicionales, anclados en el Derecho y en la Constitución. Se pueden considerar dentro de esta hipótesis los desastres naturales confinados a un área geográfica y a una población determinada, por graves que sean, como el caso de Armero en 1985 o el de Armenia en 1999. También cabrían en tal categoría, la subversión crónica, como la sufrida por Colombia, el bandolerismo, y otros grados de conmoción interior. Todo lleva a pensar que la noción de situación –límite no coincide con aquella de umbral de la normalidad.

En el segundo tipo de eventos, la situación –límite aparece cuando el sistema ya se encuentra en crisis y está a punto de rebasar la línea divisoria entre la crisis que es superable y aquella que no se sabe si lo sea. En esta categoría se encuentran las situaciones catastróficas o cataclísmicas²⁴ A ella pertenecen convulsiones tan brutales como el genocidio de la etnia *Tutsi* en Ruanda a manos de los grupos armados de la minoría *Hutu*, que dejó 800.000 muertos en menos de un mes, la Guerra del Chaco que devastó a la población masculina de Paraguay, o la Guerra Civil Española que enfrentó a muerte las dos mitades de esa Nación entre 1936 y 1939. En esos casos, lo que estaba en juego no era simplemente el Derecho, o la Constitución o incluso el Estado; estaban en peligro naciones enteras, con sus respectivas concepciones del mundo y, lo que es más grave, con sus poblaciones como víctimas propiciatorias.

²⁴ El cataclismo tiene una connotación de gravedad aún mayor que la catástrofe. Para el Diccionario de la Lengua Española, cataclismo es el "Trastorno grande del globo terráqueo, producido por el agua, como el diluvio universal, el hundimiento de la Atlántida, etc" y también, en sentido figurado, un "Gran trastorno en el orden social o político". Sin lugar a dudas el *tsunami* que asoló las costas del Océano Índico el 26 de diciembre de 2004 con un saldo de más de 250.000 muertos, fue un verdadero cataclismo, como lo fue también la Primera Guerra Mundial, que señaló el fin de los imperios, de la hegemonía europea y fue la causa primera de todos los males del Siglo XX.

El estado de necesidad se perfila entonces como la respuesta del soberano a la situación límite que alcanza o sobrepasa el **umbral crítico** de un sistema. Los poderes de necesidad no se activarían ante estados de mera necesidad, como sería el caso de una recesión prolongada, ni frente a situaciones de urgente necesidad o urgencia, tal como acontece con un desastre natural circunscrito a una región, ni siquiera ante los casos de grave necesidad, como aquellos que dan lugar a la declaratoria de conmoción interior o, peor aún, de guerra exterior, que bien podría calificarse como una "extraordinaria necesidad". Las patologías colectivas alcanzan su grado máximo en la "extraordinaria y urgente necesidad" y es ahí donde se encuentran las condiciones para contemplar la puesta en marcha del estado de necesidad.²⁵

Extraordinaria y urgente necesidad como aquella de responder un desafío excepcional en el plano militar a la manera en que debieron hacerlo el Presidente Roosevelt en 1941 frente al ataque japonés a la flota de Pearl Harbour, y cincuenta años más tarde el Presidente Bush ante el ataque terrorista contra las Torres Gemelas, el Pentágono y la Casa Blanca. En ambos casos la nación agredida se despertó a contemplar cómo sus iconos (acorazados, rascacielos) caían bajo los golpes certeros y alevés de un enemigo jurado.

Extraordinaria y urgente necesidad como la que debió afrontar el Gobierno de Gorbachev en la madrugada del 26 de abril de 1986, al producirse la catástrofe de Chernobyl y su nube letal, que amenazaba con extenderse en los días siguientes sobre toda Europa si no se apagaba el reactor y se ponía término a la contaminación radiactiva. El mismo Gorbachev, presidente de la Unión Soviética en esa coyuntura extrema, confesó que la explosión del cuarto reactor en Chernobyl fue el hito que marcó el comienzo del declive de la URSS.²⁶

²⁵ ÁLVAREZ GARCÍA, Vicente. *El concepto de necesidad en el Derecho público*. Editorial Civitas S.A. Madrid, 1996, p. 43.

²⁶ GORBACHEV, Mikhail. Chernobyl partió la historia. *El Tiempo*, 1 -31, domingo 23 de abril de 2006.

Colombia, fértil en situaciones traumáticas, ha tenido pocas conyunturas de necesidad extraordinaria y urgente que ameritaran la aplicación de la teoría del estado de necesidad. Viene a la mente el asesinato de Gaitán, el posterior Bogotazo el 9 de abril de 1948, y el período de "La Violencia" que se desató a partir de ese momento. *Mutatis mutandis*, cabría preguntarse si la actual situación de conflicto armado constituye la justificación para declarar la existencia de una situación de extraordinaria necesidad. No se comparte tal hipótesis, pues las perturbaciones pueden ser enfrentadas con los mecanismos que la Constitución ofrece. En el pasado remoto, sin embargo, existieron circunstancias de naturaleza bélica que tomadas en conjunto constituían una situación límite, como se verá.

En nuestro medio, Vélez García se ha preocupado de exponer la hipótesis del estado de necesidad, al contrastar el sistema continental de derecho administrativo con el sistema angloamericano.²⁷

Nos enseña que el sistema legal anglosajón creó los "reglamentos de necesidad" para defender la *salus populi*. Estos reglamentos se caracterizan por otorgar al Ejecutivo una discrecionalidad "amplísima"²⁸ para la defensa de la sociedad y del Estado, ante "lo emergente" que es de "inmensa y notoria peligrosidad" para esa sociedad y Estado²⁹. El gobernante no debe estar sujeto a control judicial, sino únicamente a la restricción que él mismo se imponga al momento de hacer la valoración subjetiva de la amenaza o del peligro, que es un fenómeno meta jurídico por excelencia, sometido únicamente al "arbitrio psíquico" del gobernante y, posteriormente, al juicio histórico o, en el mejor de los casos, político.³⁰

²⁸ VÉLEZ GARCÍA, *Los Dos Sistemas*, op.cit, p. 81.

²⁹ VÉLEZ GARCÍA, *Los Dos Sistemas*, op. cit, p. 83.

³⁰ VÉLEZ GARCÍA, *Los Dos Sistemas*, op.cit. p. 85.

Ante la situación límite, el Gobierno hace a un lado al Derecho para defender el suprasistema social y por esta vía, el ordenamiento jurídico. Actúa más allá de lo legal para hacer efectivo ese deber de preservación que es primero entre los derechos y deberes de un Estado y de una Constitución. El Gobernante debe mantener la coherencia del sistema político que se le ha confiado, así como la definición de sus límites con el entorno, so pena de entrar en la fase paroxística de la crisis. Las sociedades humanas, como todo ser viviente, tienen el mandato elemental y poderoso de la conservación de sí mismas. Cuando esta realidad está en entredicho por la emergencia de unas circunstancias tan graves, tan desestabilizantes, que colocan al sistema al borde de la catarata, parafraseando a Altmann, es el momento de considerar si se pasa de los estados de excepción al estado de necesidad.

Estado de necesidad en tres Constituciones comparadas.

Constitución de Weimar.-El primer referente moderno de los poderes de necesidad es el artículo 48 de la Constitución de Weimar (1919), que decía textualmente:

"(...) Si la seguridad pública y el orden del Reich alemán fuera seriamente perturbado o puesto en peligro, el Presidente del Reich **puede adoptar las medidas necesarias** para la restauración de la seguridad pública y el orden y puede, de ser necesario, intervenir con las fuerzas armadas. Con este fin puede suspender en todo o en parte los derechos fundamentales en los arts. 114 (inviolabilidad de la persona), 115 (privacidad de la correspondencia); 118 (libertad de opinión y de expresión), 123 (libertad de reunión), 124 (libertad de asociación) y 153 (inviolabilidad de la propiedad...) "³¹

La norma llama la atención por su amplitud y su dureza, que contrastan con el tenor libertario de la Constitución que la albergaba.

³¹ Citado en NEGRETTO, *El problema de la emergencia en el sistema constitucional*, supra, pp. 31, 32.

Probablemente era inevitable en una nación que acababa de atravesar una prueba suprema de fuerza y que se hallaba al borde del caos, alimentado por los combates callejeros entre los espartaquistas de izquierda y las brigadas especiales del Ejército (*Frei korps*), al tiempo que sufría una situación de penuria económica desconocida por la joven nación alemana. En cualquier caso no era un "reglamento de necesidad" ideal. El mismo artículo 48 le ordenaba al Presidente informar al Reichstag, es decir, al Parlamento, de las medidas adoptadas, las cuales podía revocar ese cuerpo representativo.

Probablemente el artículo 48 ayudó a sortear los años turbulentos de la primera postguerra hasta 1933. Ese año, como resultado de la debilidad del Presidente Hindenburg y de las maquinaciones del señor Von Papen, un hombre maligno se abrió paso al cargo de Canciller del Reich y con la ayuda del artículo 48 de la Constitución liberal persiguió a sus opositores, hizo a un lado la democracia y estableció la dictadura. Se trataba de Hitler, que procedió luego a demoler el sistema legal y a empujar a su país a la catástrofe más profunda que haya conocido una nación europea. Este antecedente aporta una nota de precaución sobre la utilización de los estados de necesidad.

Constitución Española de 1978. - La Constitución Española de 1978, heredera ideológica de la Constitución de Weimar, se apartó en general de la fórmula del estado de necesidad y escogió los estados de excepción como los mecanismos idóneos para sortear las contingencias extraordinarias. Se trata de los estados de alarma, de excepción y de sitio previstos en el artículo 116-1 de la C.E., que integran un arsenal para crisis. El estado de alarma está referido a las emergencias no bélicas, como catástrofes naturales, epidemias, parálisis de servicios públicos esenciales, interdicción del abastecimiento de productos esenciales y calamidades públicas similares.³²

³² CRUZ VILLALÓN, La protección extraordinaria del Estado op.cit, p. 693.

El estado de excepción es una herramienta de naturaleza civil, creada para enfrentar perturbaciones internas y por ende para reprimir la acción de personal no militar. A diferencia del estado de alarma, el estado de excepción tiene como uno de sus efectos más significativos la suspensión de garantías esenciales tales como la libertad individual, el domicilio, la libertad de utilizar medios impresos, las garantías de circulación y de expresión. No son susceptibles de interdicción las libertades de asociación, expresión literaria, artística, científica y técnica, la libertad de cátedra y el acceso a los medios de comunicación.³³

Finalmente, el estado de sitio, heredero del anterior estado de guerra, es el mecanismo que pone en efecto la ley marcial y opera la sustitución de las autoridades civiles por las militares en materias de orden público, para abrirle la puerta a la aplicación de la jurisdicción militar a situaciones específicas de ese orden. Se trata de un procedimiento ritual, que se inicia con el bando que conmina a los enemigos del Estado a la rendición. Como ocurre con el estado de excepción, el estado de sitio permite al gobernante suspender los derechos fundamentales, incluso con mayor rigor, pues afecta los derechos de defensa de los detenidos³⁴

Los estados excepcionales incorporados en la nueva Constitución Española no se prestan para dictaduras constitucionales ni para un esquema de estado de necesidad como el que existía en la Constitución Española de 1931.³⁵ Estos mecanismos están severamente limitados. La misma Constitución dispone que (a) el Gobierno no puede actuar sin la intervención de la Cámara Baja del Órgano Legislativo, que será convocada inmediatamente si no está reunida (artículo 116 ordinales 1,2,3 C.E.); (b) la declaratoria de estados de excepción no podrá utilizarse para disolver el Congreso de los Diputados (equivalente a nuestra Cámara de Representantes), y de manera general, (c) no podrá alterarse o suspenderse el funcionamiento ordinario de los demás

³³ CRUZ VILLALÓN, La protección extraordinaria del Estado, op.cit, pp. 694 – 697.

³⁴ CRUZ VILLALÓN, La protección extraordinaria del Estado, op. cit. P. 704.

³⁵ CRUZ VILLALÓN. La protección extraordinaria del Estado op. cit. P. 716.

poderes del Estado (artículo 116 – 5 C.E.)³⁶; (d) tampoco podrán utilizarse estos hiatos de normalidad para iniciar reformas constitucionales y (e) está prohibido al Gobierno "afectar" los derechos fundamentales consagrados en el Título I de la Constitución (artículo 86 - 1 C.E.).

Como puede apreciarse, los estados excepcionales de la Constitución Española guardan una estrecha semejanza con los estados de excepción de la Constitución Colombiana de 1991, lo cual no debe sorprender a nadie. En ambos casos, los mecanismos de excepción se caracterizan por evitar: (a) la disrupción del funcionamiento ordinario de los Poderes Públicos; (b) la vulneración de los derechos fundamentales de las personas; (c) la creación de espacios de poder sin freno; (d) la suspensión de los mecanismos de equilibrio entre la Rama Ejecutiva y la Rama Legislativa del Poder Público; (e) la opacidad de las decisiones, que deben ser informadas y explicadas al Congreso de los Diputados. Son poderes de excepción "domesticados", que asumen la persistencia del sistema durante su vigencia.

Sólo en una instancia la Constitución Española abandona la precaución que la caracteriza al momento de tratar lo excepcional. Este momento llega hipotéticamente, cuando las Comunidades Autónomas o bien se aparten de las obligaciones que les imponen la Constitución y las leyes o bien actúen de manera atentatoria contra el "interés general de España". Estos supuestos están contemplados en el artículo 155 C.E. que le permite al Gobierno "adoptar las medidas necesarias" para llevar a la Comunidad o Comunidades Autónomas por cauce de la normalidad.

Autores tan esclarecidos como Cruz Villalón se han pronunciado con alarma sobre estos poderes plenos conferidos por la Constitución al Gobierno, con respecto no a sus súbditos sino a los elementos constitutivos de la Nación Española. Para ese autor, el texto del artículo

³⁶ Tal como lo prescribe el ordinal 3º del artículo 214 de la Constitución Colombiana de 1991.

155 permite al Gobierno central invocar los poderes más radicales que se confieren en la Constitución de 1978, no con ocasión de una crisis o de una infracción, sino por "razones de índole política libremente apreciables por el Gobierno y por el Senado."³⁷

Cruz Villalón señala el artículo 155 C. E. como la nota discordante en el contexto garantista de las disposiciones de excepción. Refiriéndose a la norma en comento, dice:

"...cláusula cuya gravedad estriba no sólo en la absoluta indeterminación de las medidas adoptables sino, sobre todo, en la absoluta discrecionalidad otorgada a los órganos del Estado a la hora de aplicar la oportunidad de su aplicación. El artículo 155 es seguramente, el exponente más expresivo, y desafortunado, de esa concepción de la unidad del Estado, latente en la formulación del artículo 2º, como algo anterior, previo, y, por tanto superior a la misma Constitución y al ordenamiento jurídico en su conjunto. En definitiva, cabría afirmar que, por lo que hace a nuestra Constitución, 'soberano es quien decide acerca del artículo 155'; pero estas manifestaciones de soberanía son más un síntoma de ruina que no un instrumento de salvación del Estado".³⁸

Es preciso disentir de la posición asumida por Cruz Villalón en los párrafos citados. El artículo 155 de la Constitución ibérica cobra sentido al contrastarlo con el texto del artículo 2º inserto en la misma obra, que textualmente reza:

"La Constitución se fundamenta en la **indisoluble unidad** de la Nación española, patria **común e indivisible** de todos los españoles, y reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas." (Acento fuera de texto).

³⁷ CRUZ VILLALÓN, La protección extraordinaria del Estado, op. cit. p. 714.

³⁸ CRUZ VILLALÓN, La protección extraordinaria del Estado, op. cit. p.717.

Es evidente que el artículo 155 de la Carta Política Española opera como freno de última instancia contra la secesión y la disgregación del conjunto nacional. El primer deber de un sistema es mantener la cohesión del conjunto, so pena de desaparecer como resultado de las fuerzas centrífugas que alientan la independencia de los subsistemas que lo habitan. Esto no es retórica abstracta. España recuerda bien los intentos separatistas vascos y catalanes del siglo XIX y principios del XX. Hoy incluso, existe un grupo separatista vasco que recurre a la violencia para expresar su voluntad de apartarse de la corriente general del pueblo español. Bajo esta luz cobra sentido la existencia del artículo 155 en la C.E.

Constitución Colombiana de 1886. - En la génesis del Estado unitario colombiano apareció fugazmente la noción del "estado de necesidad" presentado por don Miguel Antonio Caro al Consejo Nacional Constituyente de 1885 para el artículo 121 de la Constitución. El proyecto original de Caro decía:

"En caso de invasión extranjera o de conmoción interior y siempre que la paz y la seguridad pública peligraren, podrá el presidente, con la firma de todos los ministros, declarar turbado el orden público y en estado de sitio toda la República o parte de ella.

"Mediante tal declaración **quedará el presidente investido de las facultades que crea necesarias** para contener la agresión o reprimir el alzamiento, con arreglo al derecho de gentes..." (Negrilla añadida)³⁹.

Nótese que la propuesta de Caro era una versión "pura" del estado de necesidad, toda vez que ungía al presidente de los poderes y facultades que el Primer Mandatario juzgara necesarias. Esta redacción plasmaba la idea del soberano como único funcionario responsable de la decisión suprema consistente en hacer lo necesario para afrontar los peligros extremos. Como dice Vélez García, en el estado de necesidad la

³⁹ Artículo 119 del proyecto de Constitución, presentado en sesión del 27 de mayo de 1886 por el señor Caro.

decisión queda al "arbitrio psíquico" de quien la adopta, al hacer una valoración subjetiva de las causas y riesgos de la crisis⁴⁰.

Caro perdió el debate. Sus pares, con Ospina Camacho a la cabeza, censuraron el aparte resaltado argumentando que eliminaba la responsabilidad del Presidente porque todo quedaba a su albedrío, a lo que creyera en ese momento, al "hecho meramente psicológico que sólo puede apreciar el ser en quien se efectúa."⁴¹ En palabras de Ospina Camacho, "... la necesidad no se mide por meros juicios, sino por la necesidad misma."⁴² Dejar los poderes de excepción a la discreción del Presidente, a su arbitrio psíquico y moral les pareció excesivo a los Constituyentes de 1885, para quienes la necesidad no se mide sobre juicios "sino por la necesidad misma"⁴³, que supuestamente aportaría los linderos al actuar presidencial.

Don Miguel Antonio Caro se transó por la expresión "las facultades necesarias" y desapareció así la formulación "pura" del estado de necesidad. Obsérvese que, en esta fase, el artículo 121 de la Carta de 1886 era el equivalente en latitud al artículo 155 de la Constitución Española actual. Sin embargo, los constituyentes, y en especial Ospina Camacho y José María Samper, insistieron en limitar aún más los alcances del estado de sitio para llegar al texto definitivo que decía:

"Artículo 121. En los casos de guerra exterior, o de conmoción interior, podrá el presidente, **previa audiencia del Consejo de Estado** y con la firma de todos los ministro, declarar turbado el orden publico y en estado de sitio toda la República o parte de ella.

"Mediante tal declaración quedará el presidente investido de **las facultades que le confieran las leyes**, y en su defecto de las que le da el derecho de gentes para defender los derechos de la Nación o para reprimir el alzamiento. (...)" (Negrilla fuera de texto).

⁴⁰ VÉLEZ GARCÍA, *Los Dos Sistemas*, supra, p. 85.

⁴¹ Texto original, p. 282.

⁴² Sesión del 27 de mayo de 1886.

Caro argumentó sin éxito que por una parte, el Consejo de Estado era una institución para tiempos de paz y por ende su juicio no era apropiado para tiempos de guerra y conmoción. Se trataba de una formalidad que no se avenía con el tiempo de la emergencia. Además, arguyó que el derecho de gentes era desconocido por las personas a quienes se les aplicaría en caso de guerra o levantamiento interno y por ende se le estaba dando al Presidente un amplio margen de arbitrariedad.⁴⁴

Los argumentos del señor Caro cayeron en el vacío y empezó una tendencia constitucional que todavía no termina sino que por el contrario se acentúa, a blindar los derechos fundamentales en tiempo de crisis, a garantizar la vigencia de las instituciones de normalidad en momentos de anormalidad y a imponerle controles al Presidente en situaciones de grave crisis política, social, militar o económica. Esta tendencia, bueno es recordarlo, camina paralelamente a una tendencia general al agravamiento de las crisis, los desastres y las guerras. Se presenta entonces un debilitamiento de los poderes de excepción al tiempo que se agravan las circunstancias que los invocan.

Es cierto que durante el siglo XX se abusó en nuestro país del estado de sitio, probablemente porque es más fácil gobernar con él, porque en la práctica el Ejecutivo es el único poder efectivo cuando existen condiciones de anormalidad grave, como lo explicó con lucidez José Joaquín Guerra, al señalar que en casos de guerra, alzamiento u otra calamidad colectiva, "la única autoridad que quedaba en pie, defendiéndose permanentemente era la autoridad ejecutiva."⁴⁵

Guerra añadió que si la única autoridad era el Ejecutivo, dictar medidas de carácter permanente sobre asuntos con vocación de permanencia era auto – defensa del Estado y de la sociedad. Agregó que los poderes extraordinarios del Gobernante se justifican en el hecho mismo y son anteriores – y superiores se puede agregar – a la Constitución.⁴⁶

⁴⁴ Sesión del 27 de mayo de 1886.

⁴⁵ Citado en CHARRIA ANGULO, Alfonso. *Legalidad para Tiempos de Crisis*. Ediciones Pedro Valencia Goekel y Jorge Alberto Gil. Bogotá, 1984, p. 34.

⁴⁶ CHARRIA ANGULO, *Legalidad para Tiempos de Crisis*, op. cit. p. 35.

Compartimos la apreciación de Guerra sobre el Poder Ejecutivo como último baluarte de la sociedad en tiempos de crisis, pero agregamos, de *gravísima* crisis, pues un estado de cosas en el cual sólo se mantenga la autoridad del Ejecutivo, del Presidente, del Gobernante y Jefe del Ejército y la Administración, es un escenario en el cual se han derrumbado las columnas del Estado de Derecho, para ceder el puesto a la fuerza organizada. En términos de Hobbes, la concentración de poderes que visualizó Guerra, acota el desorden, que se mantiene a raya mediante **el miedo**, pero ha desaparecido **el mito**, integrado por las creencias, los valores, la legitimidad que confieren la ley, la representatividad parlamentaria y el funcionamiento de la Justicia.⁴⁷

No es de recibo en cambio su opinión, según la cual si el Ejecutivo es el pilar más sólido del Estado y si las turbulencias que lo rodean hacen de ese Estado la única entidad viable (temporalmente), entonces debe aplicar sus poderes de excepción a legislar sobre los asuntos cotidianos, sobre procesos y estructuras de la normalidad. Esto equivaldría a aceptar la "normalidad de la anormalidad" como ha sido reconocido ampliamente por sectores críticos del ejercicio del estado de sitio en Colombia.⁴⁸

Pero, ¿cuál era entonces ese estado de gravísima necesidad, de crisis profunda que inspiró a Don Miguel Antonio Caro para proponer su fórmula de "estado de necesidad" en los eventos de guerra exterior y alzamiento interno? Acaso el ideólogo conservador estaba simplemente expresando su horror por el desorden como corolario de su pensamiento político?

La historia del Siglo XIX en Colombia parece darle la razón a Caro. En 1885 el conglomerado social estaba al borde del caos, de esa disolución social de la que habla Aníbal Romero, de ese "estado de naturaleza" que

⁴⁷ Para un acercamiento al pensamiento hobbesiano sobre el desorden, ver Aníbal Romero, Teoría de la Disolución Social. En *Ciencia Política* (46): 37 – 73, II Trimestre de 1997, pp 64 a 66.

⁴⁸ ZAFRA, Gustavo. *El Derecho a la Constitución*. Ediciones Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1998, pp. 245, 271.

preocupaba a Hobbes y que reduce la interacción humana a la guerra de todos contra todos, que es el mal definitivo.⁴⁹

Las guerras y alzamientos que se sucedieron entre 1839 (Guerra de los Supremos) y 1885 (levantamientos Radicales contra Núñez) erosionaron hasta el hueso la civilidad y la tranquilidad de la incipiente República, al punto que sólo quedaba una sensación de anarquía, de prevención y miedo al próximo levantamiento, a la siguiente insurrección. Esa situación intolerable de hostilidades internas permanentes tuvo su origen en algunos elementos o características de la sociedad muy marcadas, a saber, (i) **la cuestión religiosa**, que oponía a los conservadores católicos contra los liberales, draconianos o "democráticos"; (ii) **la cuestión racial**, que enfrentaba a vastas capas de esclavos libertos negros y mulatos, captados por los draconianos, contra los sectores conservadores con intereses en las grandes haciendas; (iii) **la cuestión indígena**, que oponía a los indígenas del Cauca, y en particular de Pasto, a los terratenientes, vinculados al poder central. En esta lucha Obando lideró aquellos intereses locales ligados al tema de los ejidos, de los resguardos y en general de la tierra ancestral y (iv) **las cuestiones políticas**, puramente partidistas, donde el adversario era siempre el enemigo y donde el fraude electoral era el comportamiento esperado, y el alzamiento la respuesta usual.⁵⁰

El señor Caro no tenía dudas sobre el resultado de medio siglo de guerras e insurrecciones. En sus términos, "Acaso no ha habido una nación más sistemáticamente anarquizada que Colombia bajo el régimen de la Constitución de Rionegro, que ... pulverizó la soberanía nacional creando tres soberanos absolutos, la nación, la provincia, el individuo"⁵¹.

⁴⁹ Aníbal Romero, *Teoría de la Disolución Social*, op.cit. p. 38.

⁵⁰ *Las guerras civiles desde 1830 y su proyección en el Siglo XX*. Memorias de la II Cátedra Anual de Historia "Ernesto Restrepo Tirado. Ediciones Museo Nacional de Colombia, 2ª edición, Bogotá, 2001.

⁵¹ BANCO DE LA REPÚBLICA. Biblioteca Luis Ángel Arango. *Antología del Pensamiento Político Colombiano*. Tomo I Selección de Jaime Jaramillo Uribe. Talleres Gráficos del Banco de la República, Bogotá, 1970, p. 156.

Caro, ante esa situación calamitosa, decidió restablecer esa soberanía perdida y con ella el principio de autoridad. Para ello era necesario entregarle al Presidente la decisión política soberana, a saber, aquella del estado de necesidad, de la actuación con todos los poderes a mano del Gobierno para enfrentarse a la hidra de los desórdenes.

6. A MANERA DE CONCLUSIÓN.

Los comentarios precedentes tienen como núcleo temático la existencia de retos sin precedente, que se levantan para subvertir el orden que nos ampara y que constituye la premisa de nuestras existencias individuales. Orden que debemos proteger, así se trate de un orden imperfecto, precario e incluso injusto en algunos de sus rincones, pero en último término, orden.

Estos retos se asocian con el segundo umbral de las crisis sistémicas, más allá del cual se desencadenan procesos fuera de control, procesos de desestructuración y desestabilización auto - sostenidos. Se trata de la dinámica del caos, que tiene la potencialidad de acabar con el sistema o de sumirlo en una regresión prolongada.

El umbral que señala el advenimiento de estos retos, llámese umbral crítico o para ser más gráficos, "umbral de catástrofe", a partir del cual "el infortunio (aun improbable) se experimenta como catástrofe",⁵² es el límite más allá del cual el sistema y su entorno no vuelven a ser los mismos. En el plano nacional, los hechos del 9 de abril de 1948 sirven de ejemplo clásico, como lo es con mayor razón el atentado de Sarajevo del 28 de junio de 1914, que desencadenó la hecatombe de la Gran Guerra y con ella todos los padecimientos colectivos del Siglo XX. En ambos casos, los efectos se prolongaron por décadas y modularon de manera infortunada el futuro.

⁵² BAUMAN, Zigmunt. Modernidad y Ambivalencia, en *Las Consecuencias Perversas de la Modernidad*. Editorial Ántropos, Barcelona, 1996, p. 125.

En nuestra época, Chernobyl se destaca como un caso típico de la situación que cruza el umbral de catástrofe. En palabras de Gorbachev, se trató de un "punto de inflexión histórico, que marcó una era anterior y posterior al desastre."⁵³ El atentado terrorista del 11 de septiembre comparte con Chernobyl la triste distinción de ser un Evento Mayor con capacidad para sacudir el mundo. Este último insuceso desencadenó la primera conflagración internacional del Siglo XXI, la cual se extiende inexorablemente y amenaza la paz global. El ataque, enderezado contra el símbolo del capital financiero, de la modernidad, de Occidente y específicamente de la Superpotencia solitaria, constituyó un golpe certero al centro neurálgico del sistema en palabras de Baudrillard.⁵⁴

El gobernante, que debe contemplar cara a cara situaciones extremas como las descritas, que amenazan con deformar el futuro como lo hicieron los disparos de 1914 y 1948, puede estar tentado de resucitar la fórmula de Caro, si las circunstancias lo exigen y si tiene la visión de lo que puede desencadenarse. Es por lo menos inquietante reconocer que con el paso del tiempo es más probable que emerjan situaciones límite, considerablemente más graves y peligrosas que las insurrecciones endémicas del Siglo XIX a las que se enfrentaron Núñez y Caro. No se trata de hacer una apología de lo a-jurídico, de la fuga a zonas vacías de Derecho. Pero es necesario tomar conciencia de los riesgos mayores que merodean en las sombras y en los rincones de nuestros sistemas sociales y tecnológicos de gran complejidad.

Bogotá, 18 de abril de 2007.

⁵³ GORBACHEV, supra, p. 31.

⁵⁴ BAUDRILLARD, Jean. La violencia de lo mundial en *La Violencia del Mundo*. Ediciones del Zorzal, Buenos Aires, 2003, p. 13.

ACCIONES AFIRMATIVAS Y EL PROCESO DE REESTRUCTURACIÓN DEL ESTADO COLOMBIANO.

Jorge Luis Barone González

SUMARIO: 1. *Liminar.* 2. *Mujer y Madre Cabeza de Familia.* 3. *Padre Cabeza de Familia.* 4. *Personas Discapacitadas.* 5. *Personas Próximas a Pensionarse.* 6. *El Estado: Derecho a Reestructurarse.* 7. *El Retén Social.* 8. *El Límite Temporal al Retén Social y la Prohibición de Retroceso en Materia de Derechos Fundamentales.* 9. *De los Efectos de las Sentencias.* 10. *Antes de la Sentencia C- 991/04.* 11. *Después de la Sentencia C-991/04.*

1. LIMINAR

A diferencia de lo que ocurre con la desigualdad formal o ante la ley, la cual se origina en un marco normativo que ciertamente establece unas prerrogativas a favor de unos grupos y en detrimento de otros, la desigualdad material principia en la real y evidente tendencia social generalizada a marginar y discriminar a los grupos minoritarios o débiles, apartándolos, de hecho, del esquema societario como si no pertenecieran a él.

A lo largo de la historia muchos han sido los grupos víctimas de discriminación y marginamiento. Negros, indígenas, mujeres y judíos, por ejemplo, en distintos momentos y lugares, fueron excluidos de la posibilidad de integrarse de manera homogénea con los demás sectores sociales, para beneficiarse junto con ellos de los progresos y adelantos que el tiempo y la ciencia otorgan al hombre.

Conforme la evolución del pensamiento humano respecto de sus semejantes permitió vislumbrar que el verdadero progreso se obtiene

a partir de la integración, las distintas legislaciones, y de ello no se abstuvo la colombiana, iniciaron la producción de normas que hicieran efectiva la igualdad que tiempo atrás sólo se concebía como un concepto netamente formalista. Sin embargo en Colombia, la igualdad fue reconocida como derecho a partir de la Constitución de 1991. Lo que constituyó uno de los pilares fundamentales de la Revolución Francesa de 1789, tardó algo más de 200 años en ser incorporado a la legislación colombiana.

En reconocimiento a la desigualdad material y a la necesidad de integración del derecho de los iguales con el de los desiguales se originan las acciones afirmativas, como se las conoce comúnmente¹, que son, de manera genérica, políticas gubernamentales que tienen la función de corregir los desequilibrios sociales, a través de medidas encaminadas a proteger y beneficiar a los grupos tradicionalmente excluidos. Con la expresión acciones afirmativas, ha dicho la Corte Constitucional, "*se designan políticas o medidas dirigidas a favorecer a determinadas personas o grupos, ya sea con el fin de eliminar o reducir las desigualdades de tipo social, cultural o económico que los afectan, bien de lograr que los miembros de un grupo subrepresentado, usualmente un grupo que ha sido discriminado, tengan una mayor representación*"².

Las acciones afirmativas "*nacen en el derecho norteamericano con la Ley Nacional de Relaciones Laborales de 1935, según la cual, si un empresario discriminaba a un sindicato o miembro de aquel, debía suspender su actuación y adoptar "acciones afirmativas" para ubicar a las víctimas en el lugar que estarían si no hubieran sido discriminadas. No obstante, el desarrollo posterior vendría dado para superar los históricos problemas de segregación racial en la sociedad norteamericana.*"³

¹ Los detractores de la acción afirmativa prefieren denominarla medida de discriminación inversa o positiva.

² Cfr. Sentencia C-371 de 2000, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

³ Cfr. Sentencia SU-388 de 2005, M. P. Dra. Clara Inés Vargas Hernández. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

El artículo 13⁴ de nuestra Constitución Política abre las puertas al aparato estatal, para adoptar medidas en favor de grupos marginados y discriminados, lo que no es otra cosa más que la autorización constitucional para la adopción de medidas de acción afirmativa, lo cual resulta una consecuencia lógica de la concepción de Colombia, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1 de la Carta, como un Estado Social de Derecho.

En el presente estudio se analizarán las acciones afirmativas desde la perspectiva del proceso de reestructuración del Estado. Un número considerable de entidades, empresas industriales y comerciales del Estado fueron reestructuradas o disueltas y liquidadas a partir del año 2002⁵, lo que supuso el choque de la necesidad de la Administración de modernizar y reordenar la estructura estatal, que sin duda conlleva la eliminación de puestos de trabajo, con el deber constitucional que tiene el Estado de proteger a los grupos especialmente vulnerables.

El Retén Social creado por la Ley 790 de 2002, por el cual se determinó la estabilidad laboral reforzada para las madres cabeza de familia, discapacitados y personas próximas a pensionarse, que laboraran en entidades y empresas estatales, concilió el deber con la necesidad, pero más tarde volvieron a entrar en pugna al imponérsele un límite temporal a la medida.

⁴ **Artículo 13:** Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

⁵ El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, el Instituto de Fomento Industrial (IFI), la Dirección Nacional de Estupefacientes, Ecopetrol S. A., el Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior (ICFES), Caja Nacional de Previsión Social (Cajanal), Instituto Colombiano de la Reforma Agraria (Incora), la Caja de Previsión Social de Comunicaciones (Caprecom), Telecom, Instituto Nacional de Adecuación de Tierras (Inat), el Fondo de Cofinanciación para la Inversión Rural, por nombrar algunas.

En consecuencia, antes de abordar lo concerniente al Retén Social, resulta pertinente analizar cada uno de los grupos amparados por esta medida de acción afirmativa.

2. MUJER Y MADRE CABEZA DE FAMILIA

Hasta mediados del siglo XX, la mujer fue objeto de discriminación y marginamiento social. Frágil, irracional, pasional, como se acostumbraba calificarla, se le impedía participar de la vida política, académica y laboral, en las mismas condiciones que los hombres⁶, sin consideración del status socioeconómico que pudiera ostentar, tesis que provenía de un enfoque ontológico consistente en identificar el sexo femenino con "*lo incapaz*".

El artículo 13 de la C. P prohíbe la discriminación por razones de sexo y, de manera más específica, el artículo 43 señala que hombre y mujer gozan de igualdad de derechos y oportunidades, prohíbe cualquier clase de discriminación en contra de aquélla y establece que durante el embarazo y después del parto gozará de protección especial por parte del Estado. Así mismo, consagra la protección constitucional a la madre cabeza de familia, término que será objeto de algunas precisiones, como se verá *infra*.

Toda esta normativa no es más que un recordatorio de la evidente discriminación que ha existido por razón del género, así como el aval constitucional al Estado, a través de todos sus órganos, para implementar las medidas eficaces para corregir la referida desigualdad, porque resalta a la vista que la sola consagración de una norma que establezca la igualdad entre los sexos resulta incompleta, si no permite a las ramas del poder público tomar medidas que corrijan efectivamente el comportamiento discriminatorio en contra de la mujer.

⁶ Hasta la Ley 28 de 1932, por mencionar un ejemplo, la mujer carecía de capacidad para la administración y disposición de sus bienes durante el matrimonio.

Es lógico afirmar que la discriminación constituye un mal que se acentúa con el tiempo, al punto que llegado cierto momento se observa como se ha convertido en una conducta históricamente presente, y generalmente aceptada por los miembros del grupo discriminante, como ocurrió con la población afroamericana en los Estados Unidos y, por lo tanto, resulta utópico pretender eliminarla simplemente con una disposición. *"Así las cosas, las medidas que tengan por objeto compensar previas desventajas soportadas por determinados grupos sociales y en particular las que buscan paliar o remediar la tradicional inferioridad de la mujer en el ámbito social y en el mercado de trabajo, no pueden reputarse, en principio, contrarias a la igualdad; empero, su validez depende de la real operancia de circunstancias discriminatorias."*⁷

A pesar de que en Colombia existe un *corpus iuris* relativo a la igualdad de género, la igualdad material entre hombres y mujeres sigue siendo un objetivo por cumplir.

Ahora bien, en relación con la protección a la "madre cabeza de familia", de que habla el inciso segundo del artículo 43, es menester realizar algunas aclaraciones, no sin antes definir esta condición, a partir de los presupuestos establecidos por la ley y decantados por la jurisprudencia:

Se considera madre cabeza de familia⁸ la mujer que reúne las condiciones siguientes:

1. Que tenga a su cargo la responsabilidad de hijos menores o de otras personas incapacitadas para trabajar.
2. Que esa responsabilidad sea de carácter permanente.

⁷ Cfr. Sentencia C- 410 de 1994, M. P. Dr. Carlos Gaviria Díaz. En esta sentencia, además de los argumentos que apoyan la toma de medidas de acción afirmativa a favor de la mujer, se encuentran algunos datos estadísticos en relación con su participación laboral, para la época en que se dictó la providencia.

⁸ Véase Sentencia T- 641 de 2005, M. P. Dr. Jaime Córdoba Triviño.

3. Que haya ausencia permanente o abandono del hogar por parte de la pareja, y que se sustraiga de sus obligaciones como padre.
4. O que la pareja no asuma la responsabilidad que le corresponde y ello obedezca a un motivo verdaderamente poderoso como la incapacidad física, sensorial, síquica o mental, o la muerte.
5. Que haya deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia, lo cual significa la responsabilidad solitaria de la madre para sostener el hogar.

A menudo, tienden a confundirse las acciones afirmativas en favor de la mujer con las acciones afirmativas en favor de las madres cabeza de familia. Las primeras recaen directamente sobre aquélla y obedecen a una discriminación de género que, como se mencionó *supra*, se somete a la idea de considerar al sexo femenino como irracional, pasional e incapaz de realizar cualquier actividad a la par del hombre, fuerte, racional, emprendedor, quien a lo largo de la historia ha sido considerado el modelo de "lo humano"; las segundas recaen indirectamente en la madre, como medio para amparar a la familia. Sin lugar a dudas, las medidas de protección a favor de la madre cabeza de familia, en el fondo buscan garantizar la tutela de los derechos de los niños y de las personas de la tercera edad, cuando de manera exclusiva dependen de ella. De tal suerte, que la forma por la cual el Estado puede evitar la efectiva vulneración de estos derechos, es precisamente mediante el apoyo especial a la única persona que responde permanentemente por las necesidades familiares.

No obstante, puede suceder que los presupuestos ya referenciados sean satisfechos plenamente no por una mujer, sino por un hombre, lo que conduciría a la evidente vulneración del Art. 13 de la C. P., en caso de que el Estado se rehusase a brindar apoyo a esta persona, en los mismos términos que a la mujer cabeza de familia, porque simplemente el análisis no puede diseñarse a partir del género, sino a partir de la situación de la familia, institución básica de la sociedad, como lo señala la C. P., cuyo sostenimiento se haya en cabeza de una sola persona.

3. PADRE CABEZA DE FAMILIA

Como ya se anotó, las medidas de acción afirmativa en favor de la madre cabeza de familia, se valen de esta figura para garantizar los derechos de los miembros más vulnerables del núcleo familiar, es decir, los niños y las personas de la tercera edad y, por lo tanto, para hacer efectiva esta tutela resulta imperativo extender los beneficios al padre que, de hecho, se encuentra en las mismas condiciones que una madre cabeza de familia. Habiéndolo entendido así, la Corte Constitucional ha venido produciendo una serie de fallos de constitucionalidad condicional sobre el término "*madre cabeza de familia*" en los que ha señalado que con él no se vulnera ningún precepto constitucional siempre que se entienda que también cobija a los padres que reúnen los requisitos señalados anteriormente.

Para finalizar con el presente acápite, veamos unos ejemplos al respecto:

En relación con la Ley 861 de 2003, "*Por la cual se dictan disposiciones relativas al único inmueble urbano o rural perteneciente a la madre cabeza de familia*", al cual se le dio el carácter de patrimonio familiar inembargable, señaló que la medida prevista "*busca proteger el patrimonio mínimo del grupo familiar, representado en el inmueble que destinan para vivienda, como medida de protección, no sólo de la mujer cabeza de familia, sino, primordialmente, de los menores que dependen de manera exclusiva de ella. En atención a esa específica finalidad de la norma, no existe razón que justifique limitar ese amparo especial a los menores que dependan de su madre, y no aplicarlo a aquellos que, en las mismas circunstancias, dependen exclusivamente del padre.*"⁹

Respecto de la Ley 750 de 2002, que creó el derecho de la madre cabeza de familia a cumplir la pena a la que fuere condenada, en su lugar de residencia, La Corporación manifestó que "*también*

⁹ Cfr. Sentencia C- 722 de 2004, M. P. Dr. Rodrigo Escobar Gil.

reconocerá el derecho de prisión domiciliaria... a aquellos hombres que se encuentren en la misma situación, de hecho, que una mujer cabeza de familia que esté encargada del cuidado de niños, y cuya presencia en el seno familiar sea necesaria, puesto que efectivamente los menores dependen, no económicamente, sino en cuanto a su salud y su cuidado, de él. De esta manera la Corte asegura la posibilidad de que se cumpla el deber que tienen los padres en las labores de crianza de sus hijos alejándose así del estereotipo según el cual, el cumplimiento de este deber sólo es tarea de mujeres y tan sólo a ellas se les pueden reconocer derechos o beneficios para que cumplan con dichas labores. Con esta decisión se asegura a la vez, que los titulares del derecho realmente se lo merezcan, en razón a que es lo mejor en el interés superior del niño, no una medida manipulada estratégicamente en provecho del padre condenado que prefiere cumplir la pena en su residencia. Compete a los jueces penales en cada caso velar porque (sic) así sea."¹⁰

La Ley 82 de 1993¹¹, que de manera genérica autorizó al Estado a tomar medidas especiales para apoyar a la mujer cabeza de familia, cuya expresión "mujer" fue declarada constitucional, bajo el entendido de que las prerrogativas a favor de las personas dependientes de la mujer cabeza de familia se hicieran extensivas a los hijos menores e hijos impedidos del hombre que, de hecho, se encontrara en la misma situación que una madre cabeza de familia, porque "en uno y otro caso se trata de personas respecto de los cuales el Estado tiene

¹⁰ Cfr. Sentencia C-184 de 2005, M. P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

¹¹ **ARTICULO 2:** Para los efectos de la presente Ley, entienda se por "Mujer Cabeza de Familia", quien siendo soltera o casada, tenga bajo su cargo, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar.

PARAGRAFO:

Esta condición y la cesación de la misma, desde el momento en que ocurra el respectivo evento, deberá ser declarada por la mujer cabeza de familia de bajos ingresos ante notario, expresando las circunstancias básicas de su caso y sin que por este concepto se causen emolumentos notariales a su cargo.

una obligación de protección especialísima. (Arts. 13 y 44 C. P.) y a los cuales no puede discriminar en función del sexo de la persona de la cual dependen."¹²

Finalmente, frente al Retén Social, figura creada por la Ley 790 de 2002, del cual se hablará *in extenso* más adelante, ese Cuerpo Colegiado sostuvo que *"la idea de ampliar la estabilidad laboral a los padres que tengan únicamente bajo su cargo la responsabilidad de los hijos incapaces para trabajar, se concreta en proteger los derechos de la familia, en especial a los niños, pues éstos son totalmente ajenos a la situación de si es el padre o la madre quien está en cabeza del hogar.*

Lo anterior significa que, en concordancia con la Constitución, las normas deben ir encaminadas a proteger a la familia cuya cabeza esté radicada únicamente en una persona, sin consideración a que esta sea el padre o la madre."¹³

4. PERSONAS DISCAPACITADAS

El artículo 47 de la Constitución impone al Estado el deber de adelantar políticas de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos. A su turno, el artículo 54 consagra expresamente la obligación que éste tiene de garantizar a los minusválidos el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud, y el artículo 68, señala que la erradicación del analfabetismo y la educación de personas con limitaciones físicas o mentales, o con capacidades excepcionales, son compromisos especiales del Estado.

La discriminación de los discapacitados no es activa, es decir, no degenera en actos violentos en contra de ellos; no es impulsada por el

¹² Cfr. Sentencia C-964 de 2003, M. P. Dr. Álvaro Tafur Galvis.

¹³ Cfr. Sentencia C-1039 de 2005. M. P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra. En igual sentido véase la Sentencia C-044 de 2004, M. P. Dr. Jaime Araújo Rentería.

odio ni el miedo en su contra, como ocurre con aquélla que surge por motivos raciales y religiosos. Por el contrario, se trata de una discriminación pasiva, construida a partir de la lástima, la ignorancia y, en ocasiones, en la incomodidad de compartir con personas que sufren de alguna limitación¹⁴. Por supuesto, el nivel de rechazo será una medida subjetiva, que dependerá en buena parte, del impacto y las sensaciones que despierte la naturaleza de la incapacidad en el sujeto discriminador.

En el área laboral, por otra parte, la eficiencia es un tema a ser considerado, amén de la incomodidad que produzca entre los trabajadores el hecho de compartir permanentemente con una persona limitada. La posibilidad de realizar las labores dentro de una empresa con el mayor grado de eficiencia posible, resulta ser un aspecto fundamental, a ser observado por los encargados de realizar las contrataciones laborales, y del que evidentemente no pueden sacar ventaja las personas que sufren alguna discapacidad. Claro que en la práctica, la diferencia dependerá de la relación "*labor- discapacidad*", pudiéndose encontrar en algunos eventos, discapacidades que no afectan en nada la actividad que ha de desarrollar la persona afectada. Sin embargo, en términos generales, no resulta un secreto para nadie que los discapacitados no son el tipo de personas con mayor demanda en el mercado, porque son símbolo de "*insuficiencia*", y muy pocas compañías están dispuestas a "poner en riesgo sus negocios" con la contratación de personas que padecen alguna limitación.

Claro que la importancia de la eficiencia no es absoluta, sino relativa, y en el evento en que entre en conflicto con valores de superior jerarquía, debe ceder, aun en el ámbito laboral.

En consecuencia, encuentran plena validez las normas señaladas *supra*, porque si bien las compañías tienen derecho a procurar la gestión eficiente de sus negocios, el Estado -la otra cara de la moneda- ha asumido una serie de deberes sociales de origen constitucional, que

¹⁴ Véase Sentencia T-207 de 1999.

entre otras cosas, comporta la obligación de velar por la incorporación de las personas discapacitadas a todas las áreas sociales¹⁵.

"Los discapacitados tienen los mismos derechos que las demás personas, y pueden también realizar aportes importantes a la sociedad. En los textos se recalca que los efectos de la discapacidad sobre una persona dependen de manera fundamental del entorno social, es decir, que la discapacidad no es únicamente un problema individual. Esto significa que un medio social negativo y poco auspiciador puede convertir la discapacidad en invalidez, y que, por el contrario, un ambiente social positivo e integrador puede contribuir de manera decisiva a facilitar y aliviar la vida de las personas afectadas con una discapacidad.

*Lo anterior ha conducido a la convicción acerca de la necesidad de que los Estados y las mismas sociedades tomen medidas para favorecer la integración y participación de los discapacitados en la vida social, de manera tal que, al igual que las demás personas, se conviertan en sujetos portadores de derechos y obligaciones y puedan llevar una vida digna. Por eso, se señala que es necesario favorecer el acceso de los discapacitados a la rehabilitación, la educación, la salud, la seguridad social, el empleo, la recreación y el deporte, y a las obras de infraestructura física y los bienes de uso público, tales como las calles, los edificios, los parques, el servicio de transporte, etc."*¹⁶

Sin embargo, lo anterior no habilita a los discapacitados para incumplir con los deberes y obligaciones que les han sido impuestos. Los mismos se hallan limitados, disminuidos, en atención a su condición y en esa medida, se hacen exigibles como ocurre con aquéllos que se encuentran en cabeza de una persona totalmente capaz¹⁷.

¹⁵ Véase Sentencia C-983 de 2002, M. P. Dr. Jaime Córdoba Triviño

¹⁶ Cfr. Sentencia T-207 de 1999.

¹⁷ Véase Sentencia C-174 de 2004, M. P. Dr. Álvaro Tafur Galvis.

5. PERSONAS PRÓXIMAS A PENSIONARSE

La condición de persona próxima a pensionarse no constituye un motivo discriminatorio. La protección a este grupo simplemente consiste en reforzar la estabilidad laboral con miras a la consolidación de los requisitos pensionales y, en ningún caso, obedece a un tratamiento social, generalizado y reprochable hacia los individuos que ostentan esa calidad. Así las cosas, no podemos hablar de una protección constitucional para estas personas a la luz del artículo 13 de la Constitución.

En cuanto a la asociación pensión- tercera edad que suele hacerse para justificar la tutela del Estado, la misma no resulta determinante, porque si el razonamiento se hace a partir de la edad, debe concluir necesariamente en ella, es decir, no hay necesidad, si lo que se quiere es proteger a las personas de la tercera edad, de agregar adjetivos a esa condición, porque la misma constituye *per se* una garantía constitucional de amparo, a través del artículo 46 de la Carta que impone al Estado y a la sociedad en general, la obligación de proteger y asistir a las personas de la tercera edad. Además, la posición se cae por sí sola al afirmar que no todas las personas de la tercera edad están próximas a pensionarse. Si bien existe la pensión de vejez, para su obtención se requiere no sólo tener determinada edad (55 años la mujer y 60 el hombre), sino, además, actualmente, se requiere haber cotizado en cualquier tiempo al menos 1100 semanas¹⁸.

¹⁸ **Artículo 33 L-100/93. Requisitos para obtener la Pensión de Vejez:** Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.

A partir del 1° de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.

2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.

A partir del 1° de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1° de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.

Tampoco resulta sostenible que la protección se origina a partir de la vulneración del derecho a la seguridad social, porque en sentido estricto éste sólo está en cabeza de las personas que ya se encuentran pensionadas.

Descartadas estas hipótesis, y no habiendo otras que puedan ser objeto de análisis para el caso, podemos afirmar que lo que realmente se protege es la "legítima expectativa" a obtener la pensión. La expectativa es un estado de la mente, una situación psicológica, subjetiva y, en consecuencia, distinto en cada persona. En relación con nuestro objeto de estudio (Acciones afirmativas y entidades en reestructuración), es absolutamente válido señalar que la expectativa de obtener una pensión varía de persona en persona, lo cual se opone a los presupuestos objetivos que deben cumplirse para hacer acreedor al individuo de la protección de su derecho. Por ello, en torno a las "expectativas legítimas" se establece un límite temporal claro e invariable¹⁹, dentro del cual debe hallarse la persona para ser considerada "próxima a pensionarse" y beneficiarse así de la estabilidad laboral reforzada.

6. EL ESTADO: DERECHO A REESTRUCTURARSE

Para cumplir a cabalidad con las funciones que se le han asignado, resulta imperioso que el Estado adecue su estructura con el propósito de hacer frente a las necesidades actuales. La reestructuración estatal no obedece a un capricho del Legislador, sino a necesidades objetivas, por una parte, aumentar el nivel de eficiencia en las actividades asignadas a las entidades públicas y, por otra, reducir el gasto público. En consideración a ello, existe la atribución constitucional para reformar el órgano estatal a través de medidas como: crear, fusionar o suprimir ministerios, departamentos administrativos, superintendencias²⁰, y en igual forma, entidades u órganos administrativos nacionales, modificar

¹⁹ Para ser incluida en el Retén Social, la persona deberá estar en condiciones de adquirir el derecho a pensionarse dentro de los 3 años siguientes a la promulgación de la Ley 790 de 2002.

²⁰ Constitución Política de Colombia, Art. 150- 7.

la estructura de los ministerios, departamentos administrativos y establecimientos públicos.²¹

Sin embargo, cuando se procede a suprimir una entidad o a fusionarla con otra, se presenta ineludiblemente la colisión de la necesidad de renovar el aparato estatal, con los derechos de los trabajadores, sobre todo con los que constitucionalmente están protegidos de manera especial.

Como inexorablemente las relaciones laborales se verán afectadas con los programas reformativos que adelante la Administración Pública, y no es posible impedirlos, habiendo autorización constitucional clara, la Corte Constitucional ha señalado unos derroteros por los que debe ser guiado todo proceso de reforma del aparato estatal, para garantizar los derechos de los trabajadores y, primeramente, los de aquéllos que gozan del amparo especial, al que ya nos hemos referido:

*"La reforma de las entidades y organismos sólo será procedente si, conforme a los mandatos constitucionales, se ajusta a las funciones asignadas a los poderes públicos y no vulnera los derechos fundamentales de los ciudadanos, en especial, los derechos laborales de los servidores públicos."*²²

*"El proceso de reestructuración que adopte el Legislador en una entidad dentro de los principios enunciados para su cabal funcionamiento, es conducente si en él se protegen los derechos de los trabajadores y si las actuaciones no exceden los límites legalmente establecidos para realizarlo; esto significa, que el retiro de su personal debe ir acompañado de las garantías necesarias para que el trabajador no quede desprotegido en sus derechos y el proceso en sí no se convierta en un elemento generador de injusticia social."*²³

²¹ Constitución Política de Colombia, Art. 189 -15 y 160-7

²² Cfr. Sentencia C-209 de 1997, M. P. Dr. Hernando Herrera Vergara.

²³ Cfr. Sentencia C-209 de 1997.

7. El Retén Social

El "Reten Social" es la figura que materializa la protección especial consagrada en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002²⁴, por la cual se dio inicio al programa de renovación de la administración pública, y que tiene como propósito garantizar el empleo a los funcionarios públicos de las empresas en reestructuración o liquidación, que se hallan en situación de debilidad manifiesta. Se trata de una verdadera medida de "acción afirmativa", a favor de grupos vulnerables de la sociedad, tradicionalmente marginados y discriminados, con la salvedad hecha anteriormente en relación con las personas próximas a pensionarse, quienes no son objeto de discriminación y marginamiento, pero que igualmente se encuentran protegidas por el Retén.

"El Retén Social es la protección que el Gobierno Nacional, dentro de la Política Social de Estado ha determinado para amparar a los servidores públicos que cesan su actividad como consecuencia del Plan de Reforma del Estado²⁵". "La protección de la estabilidad laboral consiste, en esta medida, en el diseño de mecanismos institucionales que hagan efectiva la garantía a favor del grupo al cual la Constitución reconoce especial protección..."²⁶".

Esta medida tiene efectos similares a aquellos que cobijan a los trabajadores aforados, de tal suerte que la estabilidad laboral reforzada sea el objetivo primordial y el despido con indemnización la última alternativa. La Corte Constitucional ha señalado que dicha posición se

²⁴ **Artículo 12. L. 790/2002. Protección Especial:** De conformidad con la reglamentación que establezca el Gobierno Nacional, no podrán ser retirados del servicio en el desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública las madres cabeza de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y los servidores que cumplan con la totalidad de los requisitos, edad y tiempo de servicio, para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez en el término de tres (3) años contados a partir de la promulgación de la presente ley.

²⁵ Véase http://www.mincomunicaciones.gov.co/mincom/src/user_docs/Noticias/PreguntasFrecuentes.pdf, Pregunta 13.

²⁶ Cfr. Sentencia C- 641 de 2005.

justifica, pues "*esta clase de trabajadores pertenece a los grupos sociales más vulnerables, razón por la cual requieren en algunas circunstancias, de una protección especial privilegiada a través del diseño e implementación de acciones afirmativas en su favor, de conformidad con el artículo 13 de la Constitución Política.*"²⁷"

Es importante aclarar que la estabilidad reforzada creada a través del Retén Social no es absoluta, pues finaliza con la liquidación definitiva de la entidad, pero impone al Estado la carga de reubicar a la persona tutelada, siempre que sea posible. En palabras de la Corte "*la protección constitucional a los grupos tradicionalmente marginados y discriminados no puede constituirse en un obstáculo insuperable para llevar a cabo el ejercicio de la competencia constitucional de la administración pública de reformar la administración pública.*"²⁸"

8. EL LÍMITE TEMPORAL AL RETÉN SOCIAL Y LA PROHIBICIÓN DE RETROCESO EN MATERIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES.

El literal D del artículo 8 de la Ley 812 de 2003²⁹ y el artículo 16 del Decreto 190 de 2003³⁰, establecieron que el Retén Social de que habla

²⁷ Cfr. Sentencia T- 773 de 2005, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

²⁸ Cfr. Sentencia T- 773 de 2005.

²⁹ **Artículo 8. Descripción de los Principales Programas de Inversión:**

La descripción de los principales programas de inversión que el Gobierno Nacional espera ejecutar durante la vigencia del Plan Nacional de Desarrollo 2002-2006, es la siguiente:... D. LA RENOVACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA conforme con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional, el reconocimiento económico previsto en el artículo 8o de la Ley 790 de 2002, se pagará durante un plazo no mayor de 12 meses; los programas de mejoramiento de competencias laborales de que trata el artículo 12 de la ley, así como la protección especial establecida en el artículo 12 de la misma, aplicarán hasta el 31 de enero de 2004, salvo en lo relacionado con los servidores próximos a pensionarse, cuya garantía deberá respetarse hasta el reconocimiento de la pensión de jubilación o de vejez.

³⁰ **Artículo 16. Aplicación en el Tiempo:** Salvo lo dispuesto en el artículo anterior sobre la supresión de cargos vacantes y en el capítulo II sobre el reconocimiento económico para la rehabilitación profesional y técnica, las disposiciones contenidas en el presente decreto se aplican a partir del 1o de septiembre de 2002, dentro del Programa de Renovación de la Administración Pública del orden nacional, y hasta su culminación, la cual no podrá exceder, en todo caso, el 31 de enero de 2004.

la Ley 790 de 2002, tendría vigencia hasta el 31 de enero de 2004, lo que condujo, una vez expirado dicho término, a que las entidades en reestructuración iniciaran la supresión de los cargos en que se encontraban prestando servicios las personas protegidas por el Retén.

Sin embargo, estas disposiciones fueron declaradas inexecutable por la Corte Constitucional en Sentencia C-991 de 2004, con el argumento de que constituían un retroceso en materia de protección de los derechos fundamentales, específicamente en lo concerniente a acciones afirmativas, lo que llevó a las personas afectadas, a demandar por vía de Tutela la reincorporación al cargo.

"...es absolutamente claro que el límite temporal previsto en el literal D del artículo 8 de la Ley 812 de 2003 y en el artículo 16 del Decreto 190 de 2003 vulnera mandatos constitucionales de superior jerarquía³¹".

"El artículo 13 constitucional contiene un mandato de trato diferenciado que se caracteriza por el deber en cabeza del Estado de promover y proteger a los más desfavorecidos... La modificación del artículo 12 de la Ley 790 de 2003 introducida por el legislador se (sic) presentó un retroceso en la protección del derecho al trabajo de los empleados de las entidades reestructuradas que presentaban alguna discapacidad o eran padres o madres cabeza de familia. Tal retroceso en la protección de los derechos sociales se suma al desconocimiento del mandato dirigido al Estado de "proteger especialmente a las personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta."(Art. 13 C. P.). Si en términos generales los retrocesos en materia de protección de los derechos sociales están prohibidos, tal prohibición prima facie se presenta con mayor intensidad cuando se desarrollan derechos sociales de los cuales son titulares personas con especial protección constitucional...³²".

³¹ Cfr. Sentencia T- 641 de 2005.

³² Cfr. Sentencia C-991 de 2004.

9. DE LOS EFECTOS DE LAS SENTENCIAS

Los efectos de las sentencias son un punto de especial interés, por cuanto la Corte ha dado un alcance especial a sus providencias, cuando el tema de las mismas versa sobre la protección de grupos vulnerables.

Como sabemos, los efectos de las providencias judiciales de esa Corporación frente a las personas son básicamente "*erga omnes*" como aquéllas que proceden frente al control de normas en abstracto (control de constitucionalidad) e "*inter partes*", que en materia constitucional es propio de la que decide la tutela.

Sin embargo, lo anterior no impide a la Corte otorgar efectos diferentes a ciertas sentencias³³, cuando exista imperiosa necesidad de salvaguardar los derechos de la sociedad o de un sector de ella, y para ello es necesario considerar los siguientes aspectos³⁴:

1. Día a día se presentan numerosas tutelas que giran en torno a unos mismos hechos y que demandan la protección del mismo derecho.
2. Frente a un gran número de ellas no se concede el amparo solicitado.
3. Unas pocas son seleccionadas para su revisión por la Corte.
4. La Corte Constitucional no puede eludir su deber de hacer efectivos los mandatos constitucionales, y sólo otorgar la protección demandada a las personas cuyos procesos, por

³³ Aquí hago referencia específica a la tutela, la cual generalmente produce efectos únicamente entre quienes son parte en el proceso y, por lo tanto, son susceptibles de modulación en sus efectos frente a las personas, por cuanto resulta impensable que un juicio abstracto de normas conlleve a una declaratoria de inconstitucionalidad frente a determinados individuos.

³⁴ Véase Sentencia SU-388 de 2005, M. P. y SU- 389 de 2005 M. P. Dr. Jaime Araújo Rentería.

azar, fueron seleccionados para revisión. Esto sin realizar un mayor análisis, constituiría una violación del artículo 13.1 de la Constitución (*igualdad ante la ley*).

5. En otros casos, debido a la importancia de los derechos vulnerados, la Corte de acuerdo con lo expresado en el numeral anterior, deberá amparar, incluso, a aquéllos que ni siquiera presentaron acción de tutela.

Como podemos observar, en relación con el proceso de reestructuración del Estado, los efectos de las sentencias son de suma importancia cuando se trata de la protección de los derechos individuales que se violan a un colectivo constitucionalmente protegido, por los mismos hechos y en las mismas circunstancias. Mal se haría al proponer un ejemplo que sólo siguiera llenando de teoría la mente del lector, sin dar a conocer como fue el tratamiento práctico adoptado a través de la jurisprudencia.

Ahora, entonces, resulta acertado explicar las medidas jurisprudenciales, efectivamente aplicadas por la Corte, para dar garantía de cumplimiento a la acción afirmativa "*Retén Social*".

10. ANTES DE LA SENTENCIA C- 991/0

Como se señaló, la Corte profiere fallos con efectos *erga omnes* cuando se trata del juicio abstracto de normas, en los que declara la compatibilidad o no de una norma con el Texto Superior.

Pero, en tratándose de leyes ordinarias y decretos, este procedimiento debe iniciar con una acción de constitucionalidad, razón por la cual, hasta tanto la misma no se produzca, la Corporación se encuentra impedida para proceder a realizar exámenes sobre constitucionalidad de las normas.

El artículo 8 de la Ley 812 de 2003 y el artículo 16 del Decreto 190 de 2003, que fijaron el límite temporal del Reten Social hasta el 31 de enero de 2004, fueron declarados inexecutable en octubre de ese año.

Durante el tiempo en que estuvieron vigentes estas normas, se produjo una cantidad considerable de despidos en las empresas en reestructuración. Sin embargo, y a pesar de la vigencia de esta norma, un número abultado de afectados demandaron por vía de tutela el reintegro a sus cargos.

Si bien existe la prohibición de retroceso en materia de derechos fundamentales, como se señaló *supra*, La Corte no podía otorgarle efectos *erga omnes* a una tutela en la que se fallara a favor del accionante, porque sería lo mismo que declarar la inconstitucionalidad de los artículos mencionados por vía de tutela, lo cual no sólo es improcedente, sino absolutamente descabellado, porque atentaría de manera incuestionable contra los procedimientos establecidos para ese fin.

La Corte resolvió optar por la modulación de estas sentencias y otorgarles efectos *inter pares*, es decir, extender el fallo a todas las personas que, reuniendo los requisitos para ser incluidos en el Retén, hayan interpuesto acción de tutela a la fecha de la sentencia y, habiendo obtenido un resultado desfavorable, sus procesos no hubiesen sido seleccionados para revisión por la Corte. Esta posición fue solidificada mediante la SU- 388 de 2005, pero únicamente respecto de las madres cabeza de familia, motivo por el cual fue necesario que en fallos subsiguientes se extendiera la medida a los discapacitados.³⁵

Ahora bien, la Corte pudo haber concedido el amparo con efectos *inter communes*, esto es, hacer extensible la decisión a todas las personas retiradas de sus cargos y que pertenecieran al Retén hubieran o no demandado, pero adujo que algunas de ellas pudieron haber quedado conformes con la indemnización obtenida y que, por lo tanto, no resultaba pertinente afectarlas con el fallo.³⁶

³⁵ Véase Sentencia T-726/05 M. P. Dr. Manuel José Cepeda Espinoza. Para las personas próximas a pensionarse no aplicó el límite temporal impuesto al Reten Social.

³⁶ Para conocer un caso donde se module con efectos *Inter Communes* véase la sentencia SU- 1023 de 2001 M. P. Dr. Jaime Córdova Triviño.

II. DESPUÉS DE LA SENTENCIA C-991/04

Las entidades en reestructuración señalaron, al conocer de las tutelas, que la decisión de suprimir cargos en los que se ubicaban personas amparadas por el Retén, fue realizada con anterioridad a la declaratoria de inexecutable de las normas que imponían un límite temporal a la medida y que, por tanto, ordenar el reintegro constituiría una aplicación retroactiva de las decisiones judiciales, a lo que la Corte respondió:

"El amparo de los derechos constitucionales de la actora no significa una aplicación retroactiva de lo dispuesto por esta Corporación de la sentencia C-991/04, pues la vigencia de la estabilidad laboral reforzada de la que es titular es una garantía constitucional autónoma que impone, en virtud de la eficacia normativa del Texto Superior, deberes ciertos para la entidad demandada, consistente en medidas que armonicen sus planes de reforma institucional con las acciones afirmativas de las que son titulares las madres cabeza de familia³⁷"

He aquí un punto interesante. El argumento de la Corte es válido, en el sentido de que el texto de la norma de inferior jerarquía no debe contravenir el ordenamiento constitucional y que la estabilidad laboral reforzada para el caso de los grupos vulnerables, constituye una garantía constitucional autónoma, pero asimismo lo son el debido proceso, el habeas corpus, y el derecho de asociación, y no por ello se puede predicar que el tratamiento legal de estas figuras sea innecesario, e incluso, no se puede afirmar que las disposiciones legales están vetadas para imponer límites a estas garantías. Por ello, los argumentos de la Corte no resuelven el tema de la retroactividad.

Como sabemos, la Corte realiza en algunos casos controles previos y de oficio sobre las normas, como para el caso de las leyes estatutarias,

³⁷ Cfr. Sentencia T- 641/05. En igual sentido véanse T-773 de 2005; T-726 de 2005; T-846 de 2005 M. P. Dr. Rodrigo Escobar Gil.

y en otros el control es posterior y requiere demanda, como ocurre con las leyes ordinarias.

Las normas, una vez sancionadas y promulgadas, están llamadas a producir efectos en la esfera jurídica, hasta tanto no sean derogadas o declaradas inexecutable. Por esta razón, atendiendo a la importancia del contenido normativo, la Corte estará obligada a revisar la norma antes de su promulgación o deberá esperar a que sea demandada para poder hacerlo. Esto ocurre así, porque el ordenamiento jurídico, no puede darse el lujo, por así decirlo, de que ciertas normas produzcan efectos si van contra vía en relación con el orden constitucional, razón por la cual la Corte deberá iniciar de oficio el estudio de la norma antes de su promulgación. Pero puede ocurrir que la norma sea de aquéllas que siendo inconstitucionales no generen grandes desequilibrios jurídicos, y en este evento, se permite que sean promulgadas sin que exista revisión, hasta tanto no sean demandadas. Así las cosas, las normas que efectivamente nacen a la vida jurídica, producen efectos hasta que sean retiradas del ordenamiento, y la declaratoria de inexecutable es similar a una nulidad con efectos, es decir, en cuanto al caso que nos ocupa, las personas que fueron retiradas de su cargo durante el tiempo en que la norma estuvo vigente, lo fueron conforme a la ley y no habría lugar a reintegro independientemente de que con posterioridad, la misma haya sido declarada inexecutable.

Pero estas normas entonces, a saber, el literal D del artículo 8 de la Ley 812 de 2003 y el artículo 16 del Decreto 190 de 2003, a pesar de ser de aquellas que no requieren control previo, crearon grandes desequilibrios jurídicos, como la misma Corte señaló, originaron un grave retroceso en materia de protección de derechos. Por lo tanto, ¿no es acaso justificado que la decisión judicial tenga efectos retroactivos?, o ¿en nombre de la seguridad jurídica resulta correcto permitir que se consolide una situación que lesiona derechos de elevadísimo talante?, y máxime cuando ha sido evidente, cuando la legislación resulta ser absolutamente equivocada, notoriamente errada, y manifiestamente incompatible con el texto constitucional.

Imaginemos que durante el tiempo en que estas normas estuvieron vigentes, hubiesen sido desvinculadas todas las personas que estaban amparadas por el Retén. Una vez declaradas inexecutable por la Corte, sin poder dar aplicación retroactiva a la decisión, por sustracción de materia, el artículo 12 de la Ley 790 quedaría derogado.

Por los motivos ya expuestos, resulta completamente válido curar con retroactividad, las lesiones evidentes y flagrantes que el legislador ocasiona al Orden Constitucional.

Independientemente de cuál sea la tesis correcta, a saber, la garantía constitucional autónoma, o la aplicación retroactiva de la decisión judicial por violación flagrante y evidente del orden Constitucional, que además no resulta ajena a la doctrina y jurisprudencia constitucional,³⁸ lo cierto es que en todos los casos a que hacen referencia las sentencias estudiadas, la Corte ordenó el reintegro de las personas afectadas, cuando realmente llenaban los requisitos del artículo 12 de la ley 790 de 2002, independientemente de que la desvinculación se hubiese efectuado bajo la vigencia de una norma que así lo autorizaba, con lo cual se dio prevalencia a la acción afirmativa "Retén Social", sin que ello supusiera para el Estado la imposibilidad de reestructurarse.

³⁸ Véase MARTÍNEZ CABALLERO, Alejandro. **Tipos de Sentencias en el Control Constitucional de la Leyes**. Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia. Número 316.

