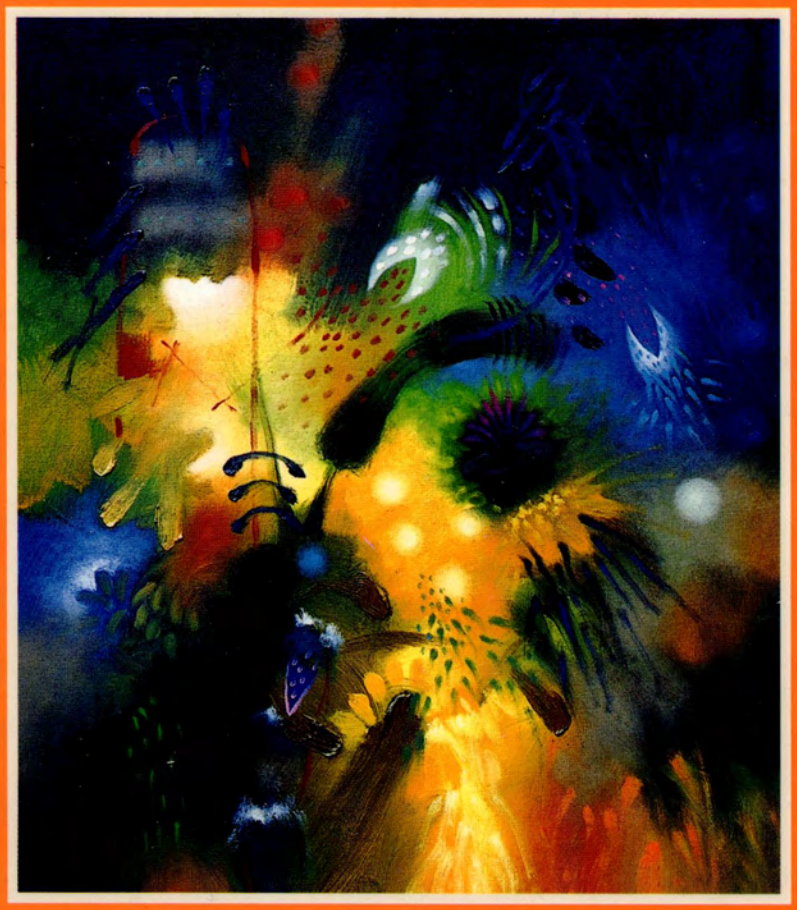
CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA

COMENTADA POR LA
COMISION COLOMBIANA DE JURISTAS



Título III

De los habitantes y el territorio

Manuel Cifuentes

Constitución Política de Colombia
comentada por la
Comisión Colombiana de Juristas

Título III
De los habitantes y el territorio

CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA
COMENTADA POR LA
COMISION COLOMBIANA DE JURISTAS

TITULO III
DE LOS HABITANTES Y EL TERRITORIO

MANUEL CIFUENTES MUÑOZ

COMISION COLOMBIANA DE JURISTAS

© COMISION COLOMBIANA DE JURISTAS
(Antes Comisión Andina de Juristas Seccional Colombiana)
Carrera 10 N° 24 -76 Oficina 1101
Bogotá, Colombia
1998

® **Constitución Política de Colombia comentada por la Comisión Colombiana de Juristas**

Obra completa **ISBN: 958-9348-10-6**

De los habitantes y el territorio
Manuel Cifuentes Muñoz

Este volumen **ISBN: 958-9348-19-X**

Director
Gustavo Gallón

Editor
Carlos Marín

Coordinador
Manuel Barreto

Diseño y Preparación Editorial: **Ricardo Alonso**
Concepto de portada: **Tinte**
Impresión: **Impreandes-Presencia**

En la portada:
"VUELOS HACIA EL HALLAZGO". Oleo sobre lienzo
Carlos Jacanamijoy

Este proyecto editorial fue posible gracias al auspicio de las entidades financiadoras
Swissaid, Programa por la Paz de la Compañía de Jesús y Catholic Relief Services.
La impresión y edición de este volumen se realizó con fondos donados por la Embajada de los Países Bajos.

Tabla de contenido

Presentación 7

Guía de lectura 9

Introducción 15

- Constitución y mito 15
- Sangre, azar y voluntad 19
- El poder domesticador de lo abstracto 21
- Ciudadanía y poder 25
- La ciudadanía cosmopolita 34
- La ciudad de Dios y otros intentos 35
- La nacionalidad y el territorio 38

Capítulo 1: De la nacionalidad 41

- Artículo 96 41
- Artículo 97 55

Capítulo 2: De la ciudadanía 59

- Artículo 98 59
- Artículo 99 65

Capítulo 3: De los extranjeros 71

- Artículo 100 71
- Artículo 54 (transitorio) 89

Capítulo 4: Del territorio 93

- Artículo 101 93
- Artículo 102 113

Presentación

La Comisión Colombiana de Juristas (antes Comisión Andina de Juristas Seccional Colombiana) ha estudiado la Constitución de 1991 desde la perspectiva de los derechos humanos, con especial referencia a los tratados internacionales de derechos humanos y de derecho humanitario. La interpretación de la Constitución orientada por el interés de hacer real la vigencia de los derechos humanos no es simplemente otra entre las varias posibilidades de lectura de la Constitución, sino que es la que más se adecúa a su letra. Así se desprende de sus artículos 1 y 2 que fundan al Estado colombiano en el respeto de la dignidad humana y definen la garantía de los derechos humanos como el fin esencial del Estado. En este sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional en reiteradas oportunidades: "El sujeto, razón y fin de la Constitución de 1991 es la persona humana" (Sentencia T-02/92)

No obstante, esta tendencia de interpretación no parece todavía mayoritaria en el ámbito de la doctrina. Algunos de los manuales de derecho constitucional siguen siendo escritos por autores formados bajo el espíritu de la derogada Constitución de 1886 y del cual no se han desprendido. Con esta obra la Comisión Colombiana de Juristas busca fortalecer una corriente de interpretación de la nueva Constitución, derivada de su texto y por ello fundada en los derechos humanos.

La Constitución de 1991 encierra en una síntesis afortunada diversos elementos de un proyecto de democratización de la vida política en Colombia, el cual enfrenta hoy no pocos obstáculos. Una vez promulgada la Carta, se inició el debate político entre quienes abogan por una Constitución viva y los que prefieren que permanezca tan solo como una Constitución de papel, o que simplemente buscan su reforma regresiva. La tendencia a la contrareforma tomó fuerza considerable en los primeros meses de 1995 debilitándose luego. Pero renació en 1996 con el proyecto de la reforma a la Carta presentada por el gobierno, el cual fue aprobado en primer debate para luego hundirse de manera definitiva. Los presentes comentarios de la Constitución de 1991 buscan contribuir a asegurar su eficacia, a debilitar y deslegitimar las tentativas de modificación reaccionaria de sus contenidos, y con ello, a que la Carta se realice como camino civilizado de superación de la crisis de violencia y como iniciativa de paz, apertura democrática y justicia social.

Para llevar a buen término esta obra fue convocado un grupo de académicos y profesionales con amplia experiencia en el tema de los derechos humanos, a los cuales se encargó la redacción de un comentario, artículo por artículo, de la Constitución de 1991. A partir de la intención que todos comparten por lograr un mejoramiento de la grave situación de derechos humanos en Colombia, los autores han elaborado sus textos con plena independencia. Antes de su publicación, los comentarios han sido sometidos a un seminario de discusión entre el grupo por espacio de cerca de tres años, mecanismo que produjo observaciones, respecto a las cuales los autores tuvieron plena libertad para introducirlas en sus escritos o abstenerse de hacerlo. Por ello puede encontrarse en algunos casos que los comentadores sostienen posiciones distintas a las de sus colegas en esta obra, o que difieren de las que ha asumido públicamente la Comisión Colombiana de Juristas. Sin embargo, tal eventualidad es en realidad excepcional, por lo cual esta obra debe considerarse como un trabajo colectivo inspirado en el propósito común del respeto de la dignidad humana en Colombia.

La obra se publica en tomos que en general corresponden a los títulos en que está dividido el articulado de la Constitución. Encargados de los temas de su especialidad, los comentaristas son los siguientes:

Título I: De los principios fundamentales, Mario Madrid-Malo (En circulación)
Título II: De los derechos, las garantías y los deberes, Libardo Sarmiento y Manuel Barreto (En circulación)

Título III: De los habitantes y el territorio, Manuel Cifuentes
Título IV: De la participación democrática y de los partidos políticos, Mauricio García (En circulación)
Título V: De la organización del Estado, Tulio Chinchilla (En circulación).
Título VI: De la rama legislativa, Tulio Chinchilla (En circulación)
Título VII: De la rama ejecutiva, Gustavo Gallón
Título VIII: De la rama judicial, Danilo Rojas, Oswaldo Sepúlveda y Uriel Amaya
Título IX: De las elecciones y la organización electoral, Juan Fernando Jaramillo
Título X: De los organismos de control, Uriel Amaya y Danilo Rojas
Título XI: De la organización territorial, Néstor Raúl Correa (En circulación).
Título XII: Del régimen económico y de la hacienda pública, Rodrigo Uprimny
Título XIII: De la reforma de la Constitución, Mario Madrid-Malo (En circulación)

Queremos agradecer a todas las personas que han contribuido a llevar a buen término este proyecto, en especial a Hernando Valencia Villa, quien dio impulso a la obra siendo su primer coordinador; a Luis Javier Caicedo, inicialmente asistente editorial y a Luz Miryam Leguizamón y Alberto García, de la Sala Constitucional de la Biblioteca Luis Angel Arango, por su generosa colaboración en la consulta de los archivos a su cargo. Finalmente, al pintor Carlos Jacanamijoy, por la autorización para la reproducción de la obra que aparece en la portada de este tomo.

Guía de lectura

La Constitución Política de Colombia comentada por la Comisión Colombiana de Juristas se publica por tomos que coinciden, en la mayoría de los casos, con los títulos en los cuales se divide la Carta. Considerada en su conjunto la obra ofrece un análisis de la totalidad de la Constitución. Visto en su particularidad, cada tomo es también una obra completa pues aborda en profundidad y de manera exhaustiva el contenido del título correspondiente, sin perjuicio de hacer referencia a normas que pertenecen a otros títulos, pero que guardan una estrecha relación con los artículos que le competen.

Cada uno de los tomos se compone de dos partes: una introducción al título al cual se refiere y un comentario individual a los artículos que de él hacen parte.

En el comentario a cada uno de los artículos se realiza un análisis de su contenido y se tienen en cuenta su contexto histórico, sus antecedentes en la normatividad preconstitucional y en los debates de la Asamblea Nacional Constituyente, y sus desarrollos legislativos y jurisprudenciales, en la medida en que los comentaristas consideran que estas perspectivas de reflexión contribuyen a la aclaración del significado de la norma constitucional.

El comentario de cada artículo está acompañado de un anexo que permite al lector avanzar en el estudio y la aplicación de la norma. Este agregado cuenta con los siguientes elementos:

- Las concordancias con las demás normas constitucionales.*

- Los antecedentes en la Constitución de 1886.**

- Un índice de la evolución del texto del artículo** y de los debates en la Asamblea Nacional Constituyente.***

- Un índice de la legislación pertinente.

- Un índice de la jurisprudencia de la Corte Constitucional desarrollada en ejercicio del control de constitucionalidad y de la revisión de la acción de tutela.

- Un índice de las normas internacionales de derechos humanos aplicables.*

* Elaborados por el abogado Manuel Barreto

** Elaborados por el abogado Luis Javier Caicedo.

*** Los derechos de este índice –elaborado por la Consejería para el Desarrollo de la Constitución de la Presidencia de la República– fueron cedidos para esta obra por la Biblioteca Luis Angel Arango de Bogotá. En ausencia de su publicación puede ser consultado en la Sala Constitucional de esa entidad, junto con la Gaceta Constitucional, las propuestas de reforma constitucional presentadas por el pueblo colombiano y por los constituyentes, las ponencias presentadas por los constituyentes en comisiones y en plenaria, la transcripción de las sesiones de la Asamblea Nacional Constituyente y grabaciones en casete y video.

Abreviaturas

art.	artículo
ANC.	Asamblea Nacional Constituyente
col.	columna
CP.	Constitución Política (Cuando aparezca citada alguna norma sin mención específica al cuerpo normativo del cual hace parte se entenderá que se hace referencia a un artículo de la Constitución Política de Colombia de 1991).
GC.	Gaceta Constitucional
MP.	Magistrado Ponente
No.	número
n./ns.	numeral, numerales
pág./págs.	página, páginas
párr./párrs.	párrafo, párrafos

Título III

De los habitantes y el territorio

«...Y se inició el reparto.
Fue el origen de los nombres.
Las tribus no tenían,
ahora se nombran una a una.

- ¡Que dónde estabas tú
cuando pasó la boa!

-Yo estaba junto a la ortiga.

-Tu tribu será entonces
la Gente-de-la-ortiga.

-¡Que dónde estabas tú
cuando pasó la boa!

-Yo estaba en el pedregal.

-Tu tribu será entonces
la Gente-del-pedregal.

Así, así
se terminó de nombrar
todos los ríos,
todas las quebradas,
todos los lugares,
todos los pueblos...»

Historia de Dijoma, narrada por José García, indio muinane, citado por Fernando Urbina en Politeia, Vol.1, Nº 4, Facultad de Derecho, Universidad Nacional, 1988.

El autor del comentario a este título lo dedica a la memoria de CIRO ANGARITA BARÓN, quien ante todo fue un maestro de humanidad.

Introducción[1]

CONSTITUCIÓN Y MITO

A los niños Ika, habitantes vernáculos de una franja del territorio colombiano, al momento de nacer se los somete al siguiente rito:

> "El cordón umbilical (*mánne*/lombriz; *mánee*/inguina) se corta con un cuchillo de caña; [...] La madre coloca la placenta y el cordón umbilical en una pequeña totuma (*crescentia cujete*) y la tapa muy bien, para entregársela luego al mámë. Este entierra la totuma en la orilla de un riachuelo cercano y pone encima un pequeño mojón formado por algunas piedras. De ahí en adelante el niño queda mágicamente conectado con este lugar para toda su vida; si se enfermase y consultase a un mámë, la primera pregunta que éste le haría se referiría al lugar preciso y a la forma como fue enterrada la placenta..."[2].

Este tipo de vinculación mágica hombre-espacio, hombre-tierra, es una constante en el imaginario humano, de la cual no ha escapado la modernidad en la estructuración de sus mitos seculares.

---

[1] *Advertencia al lector.* Los comentarios que siguen están estructurados, al menos, en dos niveles distintos de dificultad y utilidad, que son, en todo caso, complementarios: (i) La introducción, el comienzo del aparte dedicado a los extranjeros (artículo 100), el principio del acápite sobre el territorio (artículo 101) y el final de la obra, están concebidos en un estilo ensayístico que busca sentar las bases de un marco teórico para la materia, que comprenda los artículos pertinentes desde un horizonte de sentido distinto a aquel desde el cual se han entendido tradicionalmente, por cuanto el nuevo contexto constitucional impone necesariamente la tarea de emprender una resemantización de dichos temas. (ii) Los apartes restantes, que constituyen el grueso de la obra, se encuentran redactados a la manera de un libro de consulta. Su finalidad primordial es divulgativa.

Son muchas las materias por las que se discurre, muy variados los niveles y matices que se emplean y se pueden emplear, muy diversos los anudamientos que pueden unir un tema con otro. Los sistematismos ponen algo de orden pero muy a menudo con la misma espada con que intentan domeñar el caos, matan. La «Rayuela» de Cortázar, como alternativa, es inspiradora en un ambiente de tanta vitalidad y dispersión como el que caracteriza los campos propios del derecho. Una obra de tal tipo está lejos de ser escrita. El presente libro, no pretende llenar tal vacío, pero sí intenta tímidamente otra manera de narrar el derecho. No es una rayuela jurídica, pero algo de ella hay en sus páginas.

[2] Gerardo Reichel-Dolmatoff, *Los Ika de la Sierra Nevada de Santa Marta. Notas Etnográficas 1946-1966*, Bogotá, Centro Editorial Universidad Nacional de Colombia, 1991, pág. 66.

En el título «De los Habitantes y el Territorio» el constituyente colombiano del 91[3], a lo mejor de manera inconsciente –al reiterar formas jurídicas que en su configuración actual se remontan a la Revolución Francesa– se ha entregado a una labor mitificadora que, con todo, y por la vía de otro mito fundacional, el del contrato social, se ha intentado presentar como una tarea propia del dominio de la razón.

No se alude aquí al mito en un sentido necesariamente peyorativo, y mucho menos, se le define como algo vacuo. El mito cumple funciones de la mayor monta que no se ponen en duda y soporta hechos auténticos y palpables[4]. La nacionalidad es así una especie de hilo invisible que anuda realidades, que se mueve ágilmente como motor «sentidodante» o justificante de las más diversas instituciones, acciones y emociones humanas[5].

Qué tan afortunado o qué tan desafortunado sea este mito de la nacionalidad, o aun, qué tan necesario, son preguntas que no tienen respuestas claras y distintas, esto es, fácilmente discernibles, sin matices, del tipo todo o nada.

En la actualidad la mayor parte de nuestra institucionalidad democrática pende de este concepto. Pero es justo ahora cuando el principio democrático domina el discurso político, cuando la nacionalidad enfrenta una situación crítica de la que se deriva su mayor reto y posibilidad. El Estado-nación se encuentra confrontado por dos fuerzas de sentido contrario: la fragmentación que presiona desde su interior, y la globalización y transnacionalización que presionan desde su exterior.

Lo primero le obliga a afinar o perfeccionar sus estructuras de control social, siempre en el contexto de una sociedad democrática, de manera tal

---

[3] De manera muy similar al Constituyente de 1886.

[4] Existe abundante literatura sobre las funciones y la pervivencia del mito en la racionalidad occidental. Mircea Eliade, Jean-Paul Vernant, Gilbert Durand, entre otros autores, han efectuado valiosos aportes al respecto. En esta línea se cita el libro de G.S. Kirk, *El Mito. Su significado y funciones en la antigüedad y otras culturas*, Barcelona, Paidós, 1985. En el plano jurídico, ya en 1927 Axel Hägerström efectuó una exposición sobre los orígenes mágicos de las concepciones jurídicas romanas. Max Weber y Alf Ross han trabajado el tema. Desde la filosofía política y el derecho constitucional el español Manuel García Pelayo efectuó iluminantes análisis. No pueden dejarse tampoco en el olvido los trabajos de Ernst Cassirer y los de Roland Barthes.

[5] En el artículo «16 Tesis Sobre la Arbitrariedad del Ser Colectivo Nacional», en *Revista de Occidente*, No. 161, Madrid, Octubre de 1994, Alfonso Pérez Agote, al negar cientificidad al concepto de nación, le concede cierto estatuto de verdad bajo la rúbrica de definición social: «...el éxito de las definiciones sociales de una realidad colectiva puede provenir de que en realidad generen lo que definen. Hablamos del proceso realizativo, performativo (Austin) porque la difusión de la creencia en la definición equivale a la formación de un agregado social con conciencia de pertenencia...» (pág. 30). Para el caso latinoamericano, donde no hay un sustrato étnico y cultural uniforme previo a la formación nacional, es tanto más cierta esta apreciación, que le da un carácter heurístico al término.

que sea posible la gobernabilidad en condiciones de mayor heterogeneidad, y muchas veces de agresividad o violencia por parte de los diferentes actores sociales.

Lo segundo, le obliga a ser más funcional en el mantenimiento de lo nacional, lo que resulta particularmente difícil. En efecto, no se puede negar que las estructuras desiguales del comercio internacional, el predominio de una racionalidad económica y el movimiento globalizador de la economía, constituyen algunas de las principales contrafuerzas con las cuales el Estado-nación puede perder todo su vigor deviniendo en un instrumento intermedio de control y de legitimación; degenerar en un nacionalismo anacrónico; o ganar, en un nuevo balance de poder, una posición propia como actor público con la suficiente capacidad para servir de dique o filtro que proteja del desarraigo valores y expresiones culturales y sociales que en otro contexto serían fácilmente disueltas por la lógica del capital.

Las dos funciones concretas del Estado-nación derivadas de sus actuales retos valé decir, la de servir como soporte democrático en una sociedad crecientemente heterogénea y la de extender una protección razonable a la identidad nacional, son vistas de manera positiva por buena parte de las personas.

Se alude a la expresión «protección razonable» con el propósito de subrayar que en cualquier caso la idea de nacionalidad no debería propender a deparar una protección a ultranza a unos valores e instituciones calificados como nacionales que, a la postre, termine por detener el dinamismo propio de los procesos culturales y sociales.

Hoy por hoy, cuando la confrontación en marcos más abiertos al de la nación está al orden del día, no se puede jugar a la estrategia de las murallas chinas. Por ello la pregunta obligada es: ¿Cómo replantear la nacionalidad como espacio de producción de sentido en el marco de una creciente internacionalización?

Respecto a un punto clave de la penetración económica de lo transnacional en lo nacional como es el espacio audiovisual[6], Nestor García Canclini sostiene una tesis que palabras más, palabras menos, resulta aplicable a otros ámbitos donde se discuten las posibilidades del Estado-nación en el marco de la transnacionalidad:

> «...Se trata de repensar el Estado como lugar del interés público, como árbitro y garante de que las necesidades colectivas de información, recreación e innovación no sean subordinadas siempre a la rentabilidad comercial. En tal caso necesitamos que espacios

[6] No debería olvidarse que la anterior Constitución, aunque con énfasis en lo político, estableció restricciones a la penetración del capital extranjero en la prensa («Artículo 42...Ninguna empresa editorial de periódicos podrá sin permiso del gobierno, recibir subvención de otros gobiernos ni de compañías extranjeras») que el constituyente del noventa y uno no ha reiterado.

como la educación pública, las bibliotecas y los museos, pero también las radios y televisoras regionales y nacionales, así como la programación experimental o de interés cultural no lucrativo sigan siendo subvencionados por la sociedad a través del Estado, o mediante sistemas mixtos donde la colaboración del gobierno, fundaciones privadas y asociaciones independientes haga posible que los intereses públicos no queden sumergidos en las competencias de los mercaderes. [...] Las naciones y las etnias siguen existiendo. El problema clave no parece ser el riesgo de que las arrase la globalización, sino entender cómo se reconstituyen las identidades étnicas, regionales y nacionales en procesos de hibridación intercultural. Si concebimos las naciones como escenarios multideterminados donde diversos sistemas simbólicos se intersecan e interpenetran, la pregunta es qué tipo de cine o de televisión puede narrar la heterogeneidad y la coexistencia de varios códigos en un mismo grupo y hasta en un mismo sujeto» [7].

Al lado de estas manifestaciones o nuevas potencialidades de la nacionalidad y en estrecha conexión con las mismas, en la actual coyuntura también encontramos las renacientes xenofobias y los millones de muertos en nombre de la patria. En la medida en que a la base de estos movimientos se encuentra una idea de nación, no podríamos hallar un mismo nivel de consenso acerca de la bondad de tal idea y de los nuevos impulsos que la encarnan históricamente.

Otra arista que también guarda relación con lo dicho y desde la cual es posible evaluar los efectos reales del mito, es el sentido cosmopolita de la existencia que puede estrecharse o ampliarse en función de una u otra idea de nacionalidad.

El sentido cosmopolita al que se alude es un ideal que ha sobrevivido hasta nuestro tiempo y compite palmo a palmo con la nacionalidad. La idea romana de humanidad, la *fraternitas* cristiana recuperada por la Revolución Francesa, el país de las letras de la ilustración, el sentido internacionalista del socialismo y últimamente el empeño por ampliar la ciudadanía al interior de los bloques económicos, son ejemplos de este movimiento. Algunas de estas tendencias cosmopolitas parten de una idea de hombre; otras parten de una idea de mundo, como es el caso de la idea cosmológica del dinero como ordenador universal o como universalizador de un orden[8].

---

[7] Néstor García Canclini, «La Cultura Visual en la Epoca del Postnacionalismo», en *Nueva Sociedad*, No. 127, Caracas, Septiembre-Octubre, 1993. El citado autor ha efectuado importantes estudios en relación con los impactos de la modernización y globalización en América Latina que resultan muy provechosos. En particular se recomiendan las obras: *Culturas híbridas*, (1989) y *Consumidores y Ciudadanos*, (1995).

[8] Sobre las interrelaciones de lo económico y lo moral, Jane Jacobs ha efectuado un interesante ensayo en forma de diálogo, en el cual anota algo útil en relación al presente punto: «...Esto fue posible solamente porque la honestidad pudo ser presumida y la vida comercial pudo funcionar sobre la premisa de que es tan reprochable defraudar a extraños y extranjeros como poner una trampa a un amigo [...] Tal premisa es el fundamento de la cualidad que nosotros llamamos cosmopolita, que deriva de las palabras griegas cosmos y polis, que significan 'ciudad universal'. Los principales lugares en que los comerciantes hacen negocios entre sí son las grandes

No se puede desconocer que el sentido cosmopolita es tributario desde sus mismos orígenes del intercambio mercantil, de manera tal que la lógica y la fuerza de lo económico le han mantenido dentro de ciertos parámetros a lo largo de la historia. Pero tampoco puede ignorado que ha cobrado autonomía propia desde otros ámbitos de la existencia y a partir de ellos ha adquirido algún potencial de refracción al sentido y alcances que le ha querido y quiere imprimir la matriz económica en que tuvo su comienzo.

El título de la Constitución que se comenta, en concordancia con otras disposiciones de la misma (*V.gr.* los artículos 2, 7, 49, 63, 67 y 72), reitera y desarrolla en nuestro constitucionalismo, con una que otra novedad, la idea de nación, expresión jurídico-política de la unidad de destino que se plantea entre el pueblo y el territorio, mito que nos marca y nos atraviesa con un realismo insoslayable.

SANGRE, AZAR Y VOLUNTAD

La nacionalidad colombiana se predica en primer lugar, *ipso-jure* o de pleno derecho, de las personas en que concurren ciertas circunstancias –nacimiento en el país ligado al domicilio de alguno de los padres o vínculos de sangre– que conllevan en el sentir del constituyente una vinculación con el Estado de tal profundidad, que implica relaciones permanentes para las partes de esa especie de relación y que suponen obligaciones o cargas de lealtad.

El Estado no podrá privar de su nacionalidad al colombiano. Para él tal condición se torna intangible. El colombiano, por su parte, aun después de haber renunciado a la nacionalidad, vale decir, con posterioridad a haber dejado de ser colombiano, deberá conservar su lealtad para con el país, debiendo ser juzgado y penado como traidor en caso de actuar contra los intereses colombianos en una guerra exterior.

La renuncia a la nacionalidad no tiene vocación de ser definitiva y siempre puede ser recobrada. Más aun, en lo que constituye una diferencia con la Constitución de 1886, hay una especial consideración tendiente a evitar la ruptura del vínculo, en tanto se establece la posibilidad de conservar la nacionalidad colombiana en el evento en que se opte por adquirir otra nacionalidad.

---

ciudades comerciales. El sentido cosmopolita de estas ciudades no es accidental. Es un ejemplo de la necesidad funcional que deviene en trato cultural. El hacer rutinarias las transacciones diarias con extraños y extranjeros, sin consideración a otra razón diferente que a su condición de consumidores o proveedores, demanda tolerancia hacia la gente que está afuera del propio 'background' y preferencias personales, lo que es suficiente, en forma frecuente, respecto de ellos también. El sentido cosmopolita se vierte en otros campos, como las artes, pero su raíz es comercial» Jane Jacobs, *Systems of Survival. A Dialogue on the Moral Foundations of Commerce and Politics*, New York, Vintage Books, 1994. pág. 35.

En segundo lugar, se consagra la categoría de los nacionales por adopción, constituida por aquellas personas que siendo extranjeras con antelación optan por la nacionalidad colombiana. En este ámbito se otorgan especiales facilidades a grupos humanos ligados por la raza o la tradición cultural. Sin embargo, ninguno de sus miembros está en igual grado de paridad con aquellos que están ligados de nacimiento por un hecho geográfico o sanguíneo, en tanto no pueden alcanzar ciertas dignidades como la de Presidente de la República (art. 191 CP).

El Constituyente entiende que el vínculo de los nacionales adoptivos con sus respectivos países no se puede romper del todo, y por ello se contempla que no se les puede obligar a tomar las armas contra su antigua patria.

La ligazón al espacio geopolítico en razón de la sangre o por el hecho accidental del nacimiento, no deja de ser caprichosa y estrecha, pese a que en la vida práctica el destino de los hombres y los pueblos queda marcado mayormente por ese albur.

El *ius sanguinis* que destaca el vínculo de una persona con la nación por razones de sangre, es en el fondo una sacralización mítica que se encuentra anclada en la tradición más antigua.

El pensamiento mítico–religioso, sabemos, enalteció el vínculo sanguíneo como factor de unidad, por lo que no es de extrañar que se haya opuesto con vehemencia a la mezcla de sangre. Se trata de una forma cultural de preservación de la identidad propia. La tragedia griega, por ejemplo, se caracteriza por su riqueza en la generación de este tipo de tabúes. En igual sentido no deben olvidarse dentro de nuestra tradición occidental la idea católica del pecado original como hereditario o las prohibiciones veterotestamentarias a los matrimonios exogámicos. En la traspolación de esta estrategia de identidad cultural al ámbito del derecho debe destacarse el papel cumplido por el derecho romano.

El nacimiento en el lugar, así como la exigencia colateral del domicilio de alguno de los padres, que es el otro factor para derivar consecuencias, como ciudadanía privilegiada constituye una reificación mágica del azar cuando no una apelación críptica a la voluntad divina.

Al clausurar en este punto la zona de los máximos privilegios de la nacionalidad se está echando de menos acaso la única fuente no mítica que puede ligar a un hombre a un espacio geopolítico: el valor de su propia voluntad. Con esto se está entrando a fondo en una contradicción performativa con la afirmación del contrato social como producto del libre consenso, en cuanto un dato anterior a la voluntad está determinando en últimas la asociación política.

EL PODER DOMESTICADOR DE LO ABSTRACTO

Tomemos en consideración la distinción aceptada por Anthony Smith entre nacionalidad civil, nacionalidad étnica y nacionalidad plural[9]. La intención del paradigma la de nacionalidad civil consiste en trascender la etnicidad como factor definitorio de la comunidad política, a través de la apelación a una ciudadanía de naturaleza política, concepto que se pretende ubicar a un nivel de mayor generalidad[10]. La nacionalidad étnica, por el contrario, pretende impedir un deslinde como el propuesto, revalorizando al máximo los factores étnico-culturales de una etnia dominante[11]. La nacionalidad plural persigue la protección de la diversidad étnica y cultural frente a los antagonismos que provienen de una clase o de una etnia dominante.

Si bien existen naciones que se ubican más claramente en uno o en otro paradigma, se considera a la nacionalidad civil como preponderante en occidente; pero, tal como lo demuestran las renacientes xenofobias, no se trata de una posición estable. Es un hecho que la nacionalidad civil no ha logrado catalizar por completo las confrontaciones étnicas y sociales. Pero a su vez, pese a la crudeza de estas confrontaciones, se debe aceptar que gracias a este modelo se ha logrado un mínimo espacio de convivencia y que ello en buena medida es fruto tanto de su apelación a un mayor grado de abstracción en las relaciones sociales, como a la crítica a que se someten estas generalizaciones, con el objeto de que no se limiten a mimetizar intereses fragmentarios.

---

[9] Anthony Smith, «Tres Conceptos de Nación», en *Revista de Occidente*, No. 161, Madrid, Octubre de 1994. Otras visiones contemporáneas sobre el tema también pueden encontrase en: *Revista Internacional de Filosofía Política*, No. 3, Madrid, UAM-UNED, Mayo de 1994.

[10] Michael Walzer destaca que este tipo de modelo es propio del liberalismo, en el cual se intenta promover un divorcio entre Estado y etnicidad (Multiculturalism and the Politics of Recognition, Princenton University Press, 1992). Frente a la supuesta neutralidad del Estado, Kymlicka destaca cómo en realidad éste pretende impulsar una cultura propia. A tal tipo de proyecto denomina «cultura societaria», la cual define como una «cultura territorialmente concentrada con base en una lengua común usada en una amplia gama de instituciones sociales, tanto en la vida pública como en la privada. La participación en este tipo de cultura proporciona el acceso a formas de vida significativas a través de toda una serie de actividades humanas, incluyendo la vida social, educativa, religiosa, económica y el tiempo del ocio». Will Kymlicka, «Derechos individuales y derechos de grupo en la democracia liberal» en *ISEGORIA*, Revista de Filosofía Moral y Política, No. 14, octubre de 1996, pág. 8 y ss. Este número dedica una serie de artículos de fondo al tema del multiculturalismo.

[11] La nacionalidad étnica se puede definir por oposición a la nacionalidad civil. En esta línea Anthony Smith señala: «Al contrario de los nacionalismos civiles, los nacionalismos étnicos se proponen crear naciones a partir de etnias pre-existentes. En la práctica, la noción de ciudadano pudo haberse basado en el núcleo de una etnia pre-existente, pero el fin que proclamaba era trascender la etnicidad y los vínculos étnicos en una comunidad política dotada de las mismas leyes y una sola cultura pública. Por el contrario la nación étnica fue concebida como la extensión política, 'el despertar' a través de la lucha de la etnia pre-existente (que se suponía no había 'muerto' nunca), y su objetivo era el regreso a la edad de oro de dicha etnia como condición necesaria del renacimiento nacional». *Idem*, pág. 18.

Con todo, la nacionalidad civil y, sobre todo, su función homogenizadora, ha venido perdiendo terreno frente a la conciencia de la diferencia y su revalorización en el interior de las naciones. La Constitución de 1991 enfatiza como valores esenciales el pluralismo y la diversidad étnica, con lo que se intenta acercar el paradigma dominante a la idea pluralista de nación. Al respecto Anthony Smith señala:

> «En el concepto 'pluralista' de nación, el Estado nacional está compuesto de comunidades culturales diversas que se mantienen unidas gracias a la acción de una cultura pública, pero conservando un grado considerable de autonomía institucional en aspectos tales como la educación, la vida ciudadana, las actividades para el tiempo libre, la seguridad social y la prensa y la cultura en lengua vernácula. Las élites del Estado y los representantes de la cultura étnica dominante otorgan un marcado reconocimiento a las culturas de las etnias minoritarias, a sus estructuras institucionales y a su contribución a la construcción de la vida nacional»[12].

La nacionalidad plural hacia la que se intenta avanzar es hasta el momento un ideal que en la práctica choca con un sinnúmero de oposiciones que hacen muy difícil su implantación histórica.

> «Sería un error pensar que una concepción 'plural' de nación, por muy deseable que nos parezca, pueda verosímilmente reemplazar a los paradigmas cívicos y étnicos dominantes»[13].

Queda claro cómo la demarcación no racional[14] del espacio y sus partícipes, responde a la aceptación consciente o no de otra nacionalidad o realidad diferente que subyace a la pretensión de construir una nacionalidad por entero civil. En efecto, preexiste al Estado-nación y con él también coexiste una nacionalidad de carácter étnico y unas contradicciones sociales que se mantienen paralelamente como lugar de confrontación y resistencia.

Se alude a una realidad preexistente que no es necesariamente de origen étnico pero que implica un grado de conflicto y heterogeneidad que se busca superar acudiendo a un mayor nivel de abstracción en las relaciones sociales. Por esta vía se intenta abordar el caso latinoamericano, que por su multiplicidad étnica y cultural no cuenta con una nacionalidad previamente definida, pero sí con un conjunto de representaciones y relaciones sociales diversas, que mantendrán una correlación dialéctica con el modelo e intento de construcción de una nacionalidad civil[15]. Esta, en consecuencia, no surgirá

---

[12] *Ibid.*

[13] *Idem*, pág. 20.

[14] Se está aludiendo a la pretensión positivista de racionalidad (*praecisio mundi*).

[15] Algunos siguen la distinción del antropólogo brasilero Darcy Ribeiro, quien diferencia entre pueblos testimonio, resultantes del choque europeo con altas civilizaciones; pueblos nuevos, surgidos del mestizaje y que se encuentran en búsqueda de su identidad nacional; pueblos trasplantados, correspondientes al modelo de la primera colonización de los Estados Unidos por ejemplo, y pueblos emergentes, correspondientes a la recuperación por parte de poblaciones indígenas de su autonomía e integridad cultural. Según Darío Betancourt, Colombia se

orgánicamente pero tampoco será simplemente arar en la mar. Con su implantación se intentará cumplir una función homogenizadora y articuladora de una sociedad dispersa producto de hibridaciones étnicas y culturales. Así, desde antes del Estado-nación, en América Latina existe una realidad de unidades sociales y políticas con un dinamismo propio, que puso en jaque la construcción de la nacionalidad y que ha perpetuado su influjo contradictor. Al respecto, al referirse a la formación del Estado nacional en la América Latina señala Marcos Kaplan:

> «... El conjunto de la vida colectiva tarda en organizarse. Bajo el manto de la unidad nacional o del feudalismo formal y laxo subsisten las tendencias centrífugas, los derechos particulares, los peligros de ruptura y de secesión. En el proceso de constitución y de imposición de la unidad nacional y de la centralización y supremacía propias, el Estado debe dar considerable lugar al empirismo. Se crea y desarrolla a partir de unidades sociales y políticas preexistentes, que no puede abolir, y sobre las cuales va estableciendo sus propias estructuras. [...] De manera general, el desajuste entre las realidades socioeconómicas y culturales, por una parte, y la organización político-institucional, por otra, generan tendencias casi permanentes a la inestabilidad, la violencia, la anarquía, el caudillismo y el autocratismo» [16].

La concepción de una sociedad civil, no obstante la legitimidad que le da su estratégica apelación a lo abstracto –*v.gr.* a la igualdad formal de todos los ciudadanos–, es en realidad en sus orígenes una idea de carácter elitista, que convive con innumerables contradicciones propias de la vida concreta de un país. Se podría afirmar incluso que en esa apelación a un mayor grado de abstracción en el manejo de las relaciones sociales está su objetivo, su potencial transformador en el mejor de los sentidos y su potencial dominador en el peor de ellos. El Estado-nación, como lo pudieron constatar en su época los revolucionarios franceses, es un lugar de privilegio para controlar y dar la anuencia a una ampliación o reestricción del espacio político hacia dentro o hacia afuera:

> «Poco nos importa, piensa Voltaire, que nuestros labradores, los zapateros y las sirvientas, nuestro sastre y nuestro talabartero sean esclarecidos. 'El propósito es – escribe Voltaire a Damilaville– que el pueblo sea guiado y no que sea instruido; no es digno de serlo. Cuarenta mil sabios es, más o menos, lo que se necesita' [Carta de Voltaire a Damalaville, 19, III, 1766] [...] 'En cuanto a los 'artesanos' más relevantes, que se ven forzados por su profesión misma a reflexionar mucho, a perfeccionar su buen gusto, a extender sus luces, éstos ya comienzan a leer en toda Europa'. [Carta de Voltaire a Demilaville, 13, IV, 1766] Deben darse cuenta que tienen una inteligencia, y deben ser ilustrados. Y cuando los principales ciudadanos sean ilustrados, las clases inferiores

---

encuentra mayoritariamente en la categoría de los pueblos nuevos. El factor geográfico permite distinguir a su vez nueve regiones étnico-culturales: llanero-amazónica, pacífica, costeña, nariño-putumayo, caucana, tolimense-huilense, cundi-boyacense, santadereana y antioqueña. Cfr. Darío Betancourt, «Comunidad, región y cultura en los procesos históricos de la nación Colombiana» en *Organización y Promoción de la Comunidad*, Bogotá, El Buho, 1988, pág. 43 y ss.

[16] Marcos Kaplan, *Formación del Estado nacional en América Latina*, Buenos Aires, Amorrortu Editores, 1983, pág. 206.

también mejorarán. 'Se requiere que la luz descienda por grados; la del bajo pueblo será siempre confusa ... les basta el ejemplo de sus superiores'. [Carta de Voltaire a M. Longuet]».

«[...] Tal es el punto de vista que domina durante los comienzos de la revolución francesa... [...] La opinión pública esclarecida debe regular la legislación de los Estados. ¿Pero cómo concebir una opinión pública transmutada en legislativo? ¿Se puede pensar en crear un derecho de sufragio del cual quedarían excluidas las clases inferiores, dividir al pueblo en ciudadanos 'activos' y 'pasivos'? Eso fue lo que hizo la Asamblea Constituyente»[17].

En el caso colombiano existieron tradicionalmente las mismas restricciones al sufragio, con el agravante que lejos de avanzarse hacia una progresiva liberalización y apertura política a través del proyecto educativo emprendido por los radicales, la ruptura que introdujo el ideario regenerador de la Constitución de 1886 fue extremadamente regresionista:

«Pensar que los que saben leer y escribir son mejores ciudadanos, sería según Caro, incurrir en una 'superstición'. Además sostenía Caro que la escritura no había entrado en el plan primitivo de la Providencia respecto a la especie humana. La base esencial de una República bien ordenada, estaba constituida por las buenas costumbres y éstas no se propagaban con la lectura sino 'por la tradición oral y los buenos ejemplos'.

[...] Sin embargo, la Constitución de 1886 estableció el criterio de la calificación del sufragio fundado en el conocimiento de la lectura y la escritura a pesar de no haber declarado obligatoria la instrucción primaria...»[18].

José María Esguerra Samper justificaría en su época este hecho en los siguientes términos:

«[N]o acontece lo mismo respecto de los ciudadanos. Esta es ya una categoría política, un orden particular de colombianos distinto de la masa general de individuos nacionales; son los elementos necesarios de la acción política del Estado, y de su grupo están excluidos los hijos varones menores de una edad determinada, las mujeres, los mendigos, los criminales penados, y otros individuos que, sin embargo de ser personas civiles, no son personas políticas. [...] ¿por qué esta distinción? Porque el legislador constituyente ha creído (art. 179) que el sufragio no es un derecho natural o individual, sino una función pública, que sólo puede ser y debe ser encomendada a quienes ofrecen motivo para presumir que la ejercerán con dignidad, independencia y acierto; porque la obra suprema del Estado es el gobierno, y el gobernar es cosa que requiere ciencia y arte...» [19].

---

[17] Bernard Groethuysen, *Filosofía de la Revolución Francesa,* México, Fondo de Cultura Económica, 1989, págs. 121-123.

[18] Isabel Clemente, «Regeneración y Educación» en *Texto y Contexto,* No. 10, Bogotá, Universidad de los Andes, Enero-Abril 1987, pág. 93.

[19] José María Samper, *Derecho público interno,* Bogotá, Temis, 1982, pág. 309.

La distinción entre nacionalidad y ciudadanía y los alcances reales de la democracia representativa, muestran de este modo su lado oscuro. En consecuencia, si se quiere dotar de legitimidad a los conceptos aludidos, sobre todo en Latinoamérica, hay que empezar por suprimir las nacionalidades o las ciudadanías de segunda. Superar, en otras palabras, el estado de logro meramente abstracto del que nos habla Miró Quesada:

> «Al hablar de libertad, igualdad y de fraternidad, los revolucionarios creen con toda su alma que hablan de la libertad, de la igualdad y de la fraternidad de todos los criollos, mestizos, indios y negros. Pero en realidad las palabras sólo tienen sentido para quien impulsa el movimiento [...] Se realiza así una revolución abstracta, se crea así un país abstracto, un gobierno abstracto, una ley abstracta, todo en función de un hombre abstracto»[20].

CIUDADANÍA Y PODER

La construcción del concepto de ciudadanía, vale decir, el señalamiento de lo que contiene, de lo que excluye, de la determinación de los sujetos con o sin derecho a ella, y en mayor medida, su concreción, han sido y siguen siendo producto de un juego de poder que tiene como escenario a la historia y como protagonistas a los hombres, a muchos de los cuales, incluso, se les ha pretendido negar tal condición.

La extensión de la ciudadanía, si bien debe ser aplaudida, no siempre corresponde a saltos cualitativos de la conciencia humana. Por ejemplo, la concesión temprana de la ciudadanía a los indígenas se hizo desde un sentido de reducción cultural. Así, el Decreto de la Junta Suprema de 1810 disponía:

> «Quitar desde hoy esta divisa odiosa del tributo, y que en adelante gocen los referidos indios de todos los privilegios, prerrogativas y exenciones que correspondan a los demás ciudadanos; que como tales puedan ser elevados a los primeros empleos de la república y condecorados con los honores y premios a que se hagan acreedores por su mérito, conducta y procederes quedando sólo sujetos a las condiciones generales que se imponen a todo ciudadano para concurrir a las urgencias del estado, no habiendo en adelante sino una ley, un gobierno y una patria, y unos mismos magistrados para todos los habitantes libres del reino [...] 2. Consiguiente a la referida igualación y ciudadanato concedido a los indios, con restitución plena de sus derechos en cuyo goce van a entrar, se les repartirán en propiedad las tierras de sus resguardos distribuyéndoles en cada pueblo según su justo valor y en suertes separadas con proporción a sus familias para que las disfruten aprovechándose de todas sus producciones naturales e industriales»[21].

---

[20] Francisco Miró Quesada, «El Perú como doctrina», en *Antología de la filosofía contemporánea*, México, 1968, citado por Leopoldo Zea, *El pensamiento latinoamericano*, Barcelona, Ariel.

[21] Cita tomada de Hans-Joachim Köning, *En el camino hacia la nación. Nacionalismo en el proceso de formación del Estado y de la nación de la Nueva Granada, 1750-1856*, Bogotá, Banco de la República, 1994.

Como se observa a simple vista, la ciudadanía indígena así concebida significaba una asimilación de los indígenas a la cultura dominante, desde lo económico y lo político. Algunos sostienen que se trataba de una estratagema para el apoderamiento de sus tierras (Liévano Aguirre, Tirado Mejía, Friede); otros subrayan de manera poco crítica los aspectos humanitarios de este tipo de legislación (Gómez Hoyos); Köning, de manera más realista, ubica estas iniciativas en la coyuntura del afianzamiento del proceso de independencia. Destaca además cómo a partir de estos ensayos tempranos de construcción de la nacionalidad se intenta plantear la identidad entre ciudadano y patriota[22].

Conviene en este orden de ideas detenerse brevemente en los sinsabores y logros del proceso de reconocimiento de los principales grupos humanos históricamente marginados del poder político y social.

A partir de la Constitución de 1991 se identifica una nutrida producción jurisprudencial en torno al tema indígena por parte de la Corte Constitucional, cuyo análisis rebasa las posibilidades del presente escrito. Si bien el balance general favorece a la Corte, su discurso sobre el tema ha tenido altos y bajos. En algunos casos, una evaluación semejante en términos de aciertos y desaciertos, no resulta fácil pues los elementos axiológicos y normativos que brindan alguna base objetiva a un juicio de esta naturaleza se encuentran en franco conflicto.

Es el caso de la sentencia en la cual la Corte tuvo que afrontar el difícil problema de la universalidad de los derechos fundamentales y, en general, del grado de penetración admisible del derecho de estirpe occidental en comunidades de una tradición por entero diversa.

La aplicación sin mayores fórmulas de juicio de un castigo de ostracismo al padre indígena y a toda su familia, impuesta por las autoridades de la comunidad por causa de un supuesto delito del padre, más allá del caso concreto puso en jaque los mitos y principios fundantes del Estado moderno, como lo son las ideas de nación, de soberanía, de imperio de la Constitución y de ley, y las bases estructurales mismas sobre las cuales se sienta el ideal humanizador de occidente. Tales nociones dependen dramáticamente, sobre todo a partir de la Segunda Guerra, de un aval en cierta medida metafísico de los derechos humanos, a partir del cual se pueda predicar irrestrictamente su universalidad. La Corte, en una sentencia que por naturaleza no podía ser menos que controvertida, sobre una base de mínimos preservó una supremacía más fuerte o más débil de los derechos y del ordenamiento en general sobre el nivel de inculturización, pero colocando el respeto a los derechos humanos como referente indisponible y necesario[23].

---

[22] *Idem*, pág. 280 y ss.

[23] Corte Constitucional, Sentencia T-254/94, M.P. Eduardo Cifuentes. Obviamente que la Corte Constitucional entiende que la significación en concreto de un derecho fundamental en una etnia determinada está mediada por su cosmovisión. No se trata de un tema fácil. El proyecto de

Un aspecto que ha dado lugar a fallos contradictorios ha sido el de la interpretación del interés general en los eventos en que entran en conflicto un valor cultural indígena con un interés occidental. Así, la Corte se opuso a la construcción de una carretera cafetera que atravesaba un resguardo indígena[24], pero permitió la instalación de un radar sobre un monte considerado como sagrado[25]. En esta misma línea puede citarse el caso de los U'wa que se tratará más adelante.

Sin pretender agotar el amplio universo de sentencias sobre el tema, se destacan algunas decisiones vitales para la proyección política de los indígenas. En primer lugar hay que resaltar cómo les ha sido reconocida una subjetividad orgánica o comunitaria, de tal manera que poseen la posibilidad de defender sus intereses como cuerpo[26]. Así mismo, no se ha dudado en defen-

---

la extinta Consejería para el Desarrollo de la Constitución de verter el texto de la Constitución a las lenguas indígenas, es indicativo de las dificultades de esta traducción cultural. En relación con los alcances de la jurisdicción indígena merece la pena citar la sentencia T-496/96, M.P. Carlos Gaviria en donde se ratificó la doctrina anterior, a tiempo que se avanzó en delimitar la facultad de juzgamiento atribuido a tales pueblos: «Ahora bien, del reconocimiento constitucional de las jurisdicciones especiales se deriva el derecho de los miembros de las comunidades indígenas a un fuero [...] Sin embargo, esto no significa que siempre que esté involucrado un aborigen en una conducta reprochable, la jurisdicción indígena es competente para conocer el hecho. El fuero indígena tiene límites, que se concretarán dependiendo de las circunstancias de cada caso. [...] se conjugan dos elementos ... uno de carácter personal, ...y uno de carácter geográfico... la coordinación entre este tipo de fueros corresponde a las circunstancias particulares de cada caso.» Siguiendo para el efecto, el documento de Isabel Cristina Jaramillo «El liberalismo frente a la diversidad cultural», la sentencia distingue varias situaciones: «Cuando la conducta del indígena sólo es sancionada por el ordenamiento nacional, en principio, los jueces de la República son los competentes para conocer del caso; pero como se encuentran ante un individuo de otra comunidad cultural, tienen el deber de determinar si el sujeto agresor entendía, al momento de cometer el ilícito, que su conducta era realmente negativa, para efectos de reconocerle, o no, el derecho al fuero ... En caso de que la conducta sea sancionada en ambos ordenamientos, es claro que la diferencia de racionalidades no influye en la comprensión de tal actuar como perjudicial. Sin embargo, el intérprete deberá tomar en cuenta la conciencia étnica del sujeto y el grado de aislamiento de la cultura a la que pertenece para determinar si es conveniente que el indígena sea juzgado y sancionado de acuerdo con el sistema jurídico nacional, o si debe ser devuelto a su comunidad para que sea juzgado por sus propias autoridades, de acuerdo a sus normas y procedimientos. [...] No es cierto, entonces, ... que la actividad de las jurisdicciones indígenas esté condicionada a que 'hayan ocurrido los hechos dentro de su ámbito territorial'». Un análisis teórico profundo acerca de los riesgos y límites del reconocimiento a las minorías y de la coexistencia de sus derechos con los derechos humanos, se encuentra en el comunitarista liberal canadiense Kymlicka. Cfr. Will Kymlicka, *Ciudadanía Cultural,* Barcelona, Paidós, 1996. Un lugar cimero de la reflexión teórica en la materia lo ocupa sin duda Charles Taylor. De él puede verse *Multiculturalism,* New Jersey, Princenton University Press, 1994.

[24] Corte Constitucional, Sentencia T-428/92, M.P. Ciro Angarita.

[25] Corte Constitucional, Sentencia T-405/93, M.P. Hernando Herrera.

[26] *V.gr.* Corte Constitucional, Sentencia T-567/92, M.P. José Gregorio Hernández y Sentencia T-380/93, M.P. Eduardo Cifuentes. En ésta última sentencia se alude a la base comunitarista que está en el reconocimiento de tal subjetividad colectiva: «El reconocimiento de la diversidad étnica y cultural en la Constitución supone la aceptación de la alteridad ligada a la aceptación de

der su supervivencia e integridad física y cultural[27]. Finalmente, sin menoscabo de la protección de la propiedad colectiva, se ha echado por tierra la oprobiosa asimilación de los indígenas a menores de edad contenida en la Ley 89 de 1890[28].

La incorporación política del negro ha sido mucho más intrincada. No en vano Franz Fanon describe con dramatismo la situación del negro transplantado a estas regiones. Según él, cuando afirma su color al decir «soy negro, soy negro, soy negro» no lo hace con un sentimiento de inferioridad; lo hace con un sentimiento de inexistencia[29]. Coincide esta apreciación con la del poeta Cesaire, quien nos recordará el estatuto de inhumanidad que hasta el presente se le ha dado a la negritud en estas tierras, la cual conlleva como es obvio la negación objetiva de su valor político: «El único indiscutible récord que hemos batido es el de soportar el látigo. Y este país gritó durante siglos que somos unos brutos; que las pulsaciones de la humanidad se detienen ante las puertas de la negrería» [30].

Aparte de la prohibición de la esclavitud en el siglo pasado[31], tan solo con el artículo 55 de la Constitución de 1991 se ha dado un paso notable en favor de las negritudes. La protección ordenada por la Constitución a la pro-

---

multiplicidad de formas de vida y sistemas de comprensión del mundo diferentes de los de la cultura occidental. Algunos grupos indígenas que conservan su lengua, tradiciones y creencias no conciben una existencia separada de su comunidad. El reconocimiento exclusivo de derechos fundamentales al individuo, con prescindencia de concepciones diferentes como aquéllas que no admiten una perspectiva individualista de la persona humana, es contrario a los principios constitucionales de democracia, pluralismos, respeto a la diversidad étnica y cultural y protección de la riqueza cultural».

[27] *V.gr.* Corte Constitucional, Sentencia T-188/93, M.P. Eduardo Cifuentes donde además se desarrolla el derecho de acceso a la propiedad colectiva, Sentencia T-342/94, M.P. Antonio Barrera y Sentencia C-137/96, M.P. Eduardo Cifuentes.

[28] Corte Constitucional, Sentencia C-139/96, M.P. Carlos Gaviria. En esta misma lógica, es importante resaltar la sentencia T-496/96 del mismo magistrado, en la cual se manifiesta: «... es claro que abordar el juzgamiento de un indígena desde la perspectiva de la inimputabilidad no sólo es inadecuado, si no que es incompatible con la filosofía de la Carta Política de 1991, que reconoce la existencia de rasgos diferenciales y particulares de las personas, no de manera despectiva o discriminatoria, sino dentro del marco de una sociedad multiétnica y multicultural, donde el reconocimiento de las diferencias contribuye al desarrollo de los principios de dignidad humana y protección de minorías. Tampoco sería admisible pretender equiparar al indígena con los demás miembros de la sociedad, como podría derivarse de la actitud paternalista que el Estado estaría obligado a brindar a los inimputables, pues en una Nación que reconoce la diversidad cultural, ninguna visión del mundo puede primar sobre otra y menos tratar de imponerse».

[29] Frantz Fanon, *¡Escucha Blanco!,* Barcelona, Nova Terra, 1986, citado por Leopoldo Zea, *op.cit.*

[30] Aimé Cesaire, *Cuaderno de un retorno al país natal,* México, ERA, 1969, citado por Leopoldo Zea, *op. cit.*

[31] Una reseña sobre el tema se puede encontrar en Manuel José Cepeda, *Los derechos fundamentales en la Constitución de 1991,* Bogotá, Temis, 1992, págs. 155-156.

piedad colectiva e identidad cultural de la raza negra ha empezado a tomar cierto cuerpo con la Ley 70 de 1993 (agosto 27)[32] y el Decreto 1745 de 1995 (octubre 12), que desarrollan el precepto constitucional[33].

El más importante pronunciamiento de la Corte Constitucional en materia de negritudes está contenido en la sentencia T-422 de 1996. El movimiento Cimarrón inquirió al alcalde de Santa Marta por el lleno de la vacante que correspondía al representante de las comunidades negras en la Junta Distrital de Educación. La Secretaría del Distrito respondió que en atención a que en Santa Marta no existían comunidades negras o raizales, tal vacante se había reservado a las comunidades indígenas:

> «... esta representación depende de las características raciales o étnicas y de las comunidades que identifican cada sector o entidad territorial. Que se sepa, en la ciudad de Santa Marta no existen grupos raciales con las características negras, de tal manera que se hace injusta la ley, cuando en la Junta Distrital de Educación no tiene asiento un representante de las comunidades indígenas o campesinas ... « [34].

---

[32] El artículo 66 de dicha ley creaba una circunscripción especial para elegir dos representantes a la Cámara por las negritudes: «De conformidad con el artículo 176 de la Constitución Nacional, establécese la circunscripción especial para elegir dos (2) miembros de las comunidades negras del país asegurando así su participación en la Cámara de Representantes ... El Consejo Nacional Electoral reglamentará todo lo relacionado con esta elección». Este artículo fue declarado inexequible por la Corte Constitucional, por no haberse tramitado como ley estatutaria. No obstante, en atención al principio de buena fe y de efectividad del voto, los efectos de la sentencia no alcanzaron a los miembros ya electos por dicha circunscripción. Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-484/96, M.P. Eduardo Cifuentes.

[33] Quizás el libro más profundo y penetrante que se haya escrito sobre la problemática del negro en Colombia ha sido el estudio de Peter Wade, en donde se opone a su caracterización como clase y al olvido de su potencial étnico cultural en la estructuración de una nación pluriétnica. Esta asimilación a clase marginal se encuentra reflejada en el dicho reprochable, que señala «el dinero emblanquece». Cfr. Peter Wade, *Gente negra, nación mestiza: dinámica de las identidades raciales en Colombia*, Bogotá, Edit. Universidad de Antioquia - Instituto Colombiano de Antropología - Siglo del Hombre Editores - Ediciones Uniandes, 1997.

[34] Este es un vívido ejemplo de la asimilación del negro de las ciudades a clase, con el desconocimiento más rotundo de sus raíces étnico-culturales: «Las poblaciones indígenas son vistas frecuentemente desde la corriente principal de la sociedad como una categoría cultural y legal específica, un estigma que puede tanto perjudicarlos como favorecerlos. En contraste, los negros tienden a ser vistos precisamente como muchos otros ciudadanos, lingüística y culturalmente menos distintivos ... La discriminación está dirigida contra los negros pero no de modo sistemático; como causa y efecto de ésto se presenta la incertidumbre de los límites de categorías tales como 'negro' y 'cultura negra' ...» Peter Wade, *op.cit.*, pág. 393. Este contraste entre lo indígena y lo negro fue explotado literariamente con sarcasmo por Borges, al inicio de «El atroz redentor Lazarus Morell»: «En 1517 el P. Bartolomé de las Casas tuvo mucha lástima de los indios que se extenuaban en los laboriosos infiernos de las minas de oro de las antillanas, y propuso al emperador Carlos V la importación de negros, que se extenuaran en los laboriosos infiernos de las minas de oro antillanas. A esta variación del filántropo debemos infinitos hechos: los *blues* de Handy, el éxito logrado en París por el pintor doctor oriental D. Pedro Figari, la buena prosa cimarrona del también oriental D. Vicente Rossi, el tamaño mitológico de Abraham Lincoln, los quinientos mil muertos en la Guerra de Secesión ...».

La Corte Constitucional comienza por negar la pretensión de exigir la pureza de la raza como factor determinante para deparar la protección constitucional. Para ello se basa en la distinción entre dos tipos de comunidades negras que implican dos tipos distintos de reconocimiento: uno basado en el artículo 55 transitorio de la Constitución, otro en basado en el artículo 13 CP. Se alude así, en primer lugar, a la comunidad negra en sentido estricto o raizal, y en segundo lugar a la comunidad negra en sentido extenso, esto es, a los grupos humanos de raza negra integrados diferencialmente con el resto de la sociedad.

Respecto al primer grupo la Corte Constitucional señaló:

«... Tratándose de una ley que se expida en desarrollo del artículo 55 transitorio C.P., se impone definir de manera estricta el concepto de 'comunidad negra', ya que ella se constituye el sujeto que ha de ser especialmente favorecido por la ley cuyo propósito es el de reconocer el derecho a la propiedad colectiva sobre las tierras baldías que históricamente ha ocupado. De hecho, la Ley 70 de 1993 define tanto el concepto de 'comunidad negra' como el de 'ocupación colectiva'. La primera corresponde al 'conjunto de familias de ascendencia afrocolombiana que poseen una cultura propia, comparten una historia y tienen sus propias tradiciones dentro de la relación campo-poblado y conservan conciencia de identidad que las distingue de otros grupos étnicos' (art. 2-5). La segunda 'es el asentamiento histórico y ancestral de comunidades negras en tierras para uso colectivo, que constituyen su hábitat, y sobre las cuales desarrollan en la actualidad sus prácticas tradicionales de producción' (art., 2-6)»[35].

Pero para la Corte Constitucional tal tipo de comunidad negra no es el único que hay, y su protección constitucional no agota las medidas en favor de aquellas comunidades negras que se han reducido en mayor grado a la cultura dominante:

«No obstante que en relación con la población negra la Constitución contemple una ley de igualdad promocional específica, esto no quiere decir que el resto de la población de ese origen no pueda ser objeto de protección general que pueda adoptar la forma de acciones afirmativas fundamentadas directamente en el artículo 13 de la C.P. En este caso, el concepto de 'comunidad negra' no podría tener el mismo sentido circunscrito que despliega en relación con el artículo 55 transitorio de la Carta. La igualdad promocional de orden general que eventualmente beneficiaría a la población negra del país, no estaría ligada al reconocimiento de una especie de propiedad colectiva, justificada en la ocupación ancestral de partes del territorio nacional. En realidad, en este caso, la diferenciación positiva correspondería al reconocimiento de la situación de marginación social de la que ha sido víctima la población negra y que ha repercutido negativamente en el acceso a las oportunidades de desarrollo económico, social y cultural»[36].

Ahora bien, la Corte Constitucional se apresura a aclarar que esta ayuda promocional para la incorporación a la sociedad sobre bases no discriminatorias

[35] Corte Constitucional, Sentencia T-422/96, M.P. Eduardo Cifuentes.

[36] *Ibid.*

esto es, superando la asimetría histórica que ha caracterizado su proyección, ha de entenderse sin desmedro de su potencial e integridad cultural:

> «... En este sentido, la ley se propone integrar dicho grupo humano a la sociedad de una manera más plena. De allí que la función de la norma sea la de suprimir barreras que se opongan a la igualdad material y enfrentar las causas que la generan, sin eliminar –desde luego– los rasgos culturales típicos de una determinada comunidad»[37].

En esta misma circunstancia de la negación histórica, está la mujer. Quizás la única excepción de envergadura, aparte de los cambios recientes, fue la iniciativa de los constituyentes de la provincia de Vélez que en el año de 1853, de manera temprana en relación con el contexto mundial, consagraron el voto «sin distinción de sexo»[38]. Las constituciones subsiguientes eliminaron este avance y sólo un siglo después, con el Acto Legislativo No. 3 de 1954, se otorgó a la mujer colombiana el derecho a elegir y ser elegida. No obstante, fue en 1957 cuando de manera efectiva la mujer inició el ejercicio del sufragio con ocasión del plebiscito de ese año.

La distancia entre las fechas aludidas y el presente comprende una lucha difícil y lenta que sólo recientemente se empieza a tematizar y reivindicar de manera más profusa. En esta toma de conciencia o apropiación de nuestra historia, aparte de algunas publicaciones variadas, vale la pena destacar la jurisprudencia de la Corte Constitucional[39]. No es éste el escenario para elaborar una reconstrucción de la lucha política de la mujer; baste señalar que pese a las fuerzas que se opusieron a otorgarle su justo valor como ciudadana, ella siempre estuvo presente en la constitución de nuestro ser político, en

---

[37] *Ibid.* La sentencia citada gira en la dirección de la igualdad material, apostando a la integración sobre bases equitativas de lo negro y de los negros en la vida política, cultural y social del país. La distinción entre el sentido de la acción promocional en uno y otro tipo de comunidad debe prevenir al Estado contra las soluciones facilistas en esta línea. Kymlicka, quien efectúa algunas observaciones sobre la situación de los afroamericanos en los Estados Unidos, señala que «una de las razones por las que las relaciones raciales en los Estados Unidos se han mostrado tan difíciles es precisamente por la tendencia a tratar a los afroamericanos como si fuesen un grupo inmigrante o una minoría nacional, cuando ninguna de estas categorías da debida cuenta de su particular situación histórica». Will Kymlicka, *op.cit.*, págs. 43-45.

[38] La Constitución Política de 1821 definió la ciudadanía sin aludir al sexo, pero lejos de ser un ejemplo de una mayor apertura, es por el contrario el paradigma de la más absoluta negación de la mujer. Detrás de la aparente neutralidad del texto, se escondía una praxis que no concebía ni de manera remota la posibilidad de que una mujer votase. Así pues, paradójicamente, la negación explícita de las constituciones posteriores implican un avance, en el sentido de que por lo menos el género en el voto se afronta como un problema.

[39] Es muy numerosa la producción jurisprudencial sobre la materia. Se destacan la sentencia T-094/92, M.P. Ciro Angarita, en la cual la Corte Constitucional reivindica el denominado «trabajo invisible» de la mujer, y la Sentencia T-098/94, M.P. Eduardo Cifuentes, en la cual se proscriben las prevenciones machistas contra la «mujer cabeza de familia». Si bien este par de sentencias parecen no referirse directamente al tema que nos ocupa -el de la proyección política de la mujer- se puede destacar su componente eminentemente político, por cuanto tocan las raíces mismas de las distinciones de género que han impedido históricamente una mayor proyección de la mujer en todos los ámbitos, incluido el político en su acepción más tradicional.

la fundación de la ciudad tal como lo sintetizó María Cano: «...la vida ofrecí mil veces y la plena responsabilidad como 'ciudadana' de Colombia. Ciudadana, sí, aunque la ley no haya otorgado a la mujer la igualdad de derechos con el hombre»[40].

Los indígenas, los negros y las mujeres no constituyen la totalidad del conjunto de quienes han sido excluidos históricamente de una proyección política plena, pero escrutar en el fondo de estos tres grupos humanos permite obtener un retrato vívido y a todo color de las estructuras segregacionistas que han dominado nuestro espacio público.

Los avances de estos grupos humanos hacia la ciudadanía han puesto en evidencia la lógica de poder que se escondía tras las clasificaciones excluyentes. Quizás lo más importante, al fin de cuentas, no haya sido su acceso al voto, la capacidad de elegir y ser elegidos, sino el develamiento de los mecanismos simbólicos de control de poder que las exclusiones de la ciudadanía conllevaban.

La Constitución de 1991 refleja el sentido de estas luchas, pero paradójicamente el Constituyente no ha tenido plena conciencia de sus implicaciones sistémicas. Así como se adoptó el modelo de democracia participativa y se puso el mayor énfasis en la carta de derechos, el contenido explícito de la ciudadanía quedó prácticamente intacto, a no ser por la ampliación de las posibilidades del voto. Parecería a primera vista que la ciudadanía se hubiera ampliado simplemente a los mecanismos de participación popular. La realidad es otra y la falta de sistematicidad del Constituyente ha de ser enmendada por la jurisprudencia, como en algunos casos se ha venido haciendo.

En efecto, la distinción entre nacionales y ciudadanos que permitía discriminaciones enojosas ha entrado en crisis, al igual que la pretensión de reducir el universo de lo político al sufragio. El Constituyente del 91 ha dado pasos significativos al dotar de mayor fuerza y judicialidad los derechos de grupos sociales usualmente marginados –mujeres, ancianos, disminuidos psíquicos y físicos, etc.– y etnias, en particular indígenas y negritudes, lo que significa la introducción de un nuevo balance de poder. No se trata simplemente de alcanzar una ciudadanía social, reflejo de un Estado social de derecho.

Lo que se quiere destacar es que a nivel normativo se ha abierto además un espacio para superar, en parte, la división artificiosa que elaboró el constituyente francés entre la ciudadanía y la nacionalidad o, lo que en el fondo viene a ser lo mismo, entre los derechos políticos y los derechos civiles. La ciudadanía se vinculaba a una proyección política institucionalizada y era el título para ejercer unos derechos denominados políticos; los derechos civiles tenían una accesibilidad más universal y se definían como ámbitos despolitizados

---

[40] Palabras de María Cano, citadas por Magdala Velázquez Toro, «La condición jurídica y social de la mujer», en Varios, *Nueva historia de Colombia*, Bogotá, Planeta, 1989, pág. 43.

de la vida en el interior de un Estado. Lo cierto es que estas distinciones han ocultado un cúmulo de injusticias y permitido un control casi absoluto de la subjetividad, la cultura y cualquier ámbito de la vida con potencial emancipatorio. Si bien la Constitución de 1991 repite en su letra esta dicotomía, lo hace dentro de un contexto distinto en el cual se define a Colombia como una democracia participativa. La ciudadanía no puede significar entonces lo mismo y tampoco puede desconocerse el potencial político de los derechos y de las garantías en su totalidad, ya no concebidos en un sentido residual.

En esta línea Boaventura de Sousa Santos ha puesto en perspectiva para el caso de Latinoamérica la crítica a las formas contemporáneas de dominación advertidas, entre otros por Marcuse y Foucault, y en tono más optimista que éstos propone un nuevo concepto de ciudadanía y de democracia en los siguientes términos:

> «La renovación de la teoría democrática se basa, antes que todo, en la formulación de criterios democráticos de participación política que no la confinen al acto de votar. Implica, pues, una articulación entre democracia representativa y democracia participativa. Para que tal articulación sea posible es necesario que el campo de lo político sea redefinido y ampliado. La teoría política liberal transformó lo político en una dimensión sectorial y especializada de la práctica social –el espacio de la ciudadanía– y lo confinó al Estado. De la misma manera, todas las otras dimensiones de la práctica social fueron despolitizadas y, con eso, mantenidas inmunes al ejercicio de la ciudadanía. El autoritarismo y el mismo despotismo de las relaciones sociales «no-políticas» (económicas, sociales, familiares, profesionales, culturales, religiosas) pueden así vivir sin contradicción con la democratización de las relaciones sociales «políticas» y sin ninguna pérdida de legitimidad para estas últimas. [...] La nueva teoría democrática deberá proceder a la repolitización global de la práctica social y el campo político inmenso que de ahí resultará permitirá develar nuevas formas de opresión y de dominación, al mismo tiempo que creará nuevas oportunidades para el ejercicio de nuevas formas de democracia y de ciudadanía»[41].

La repolitización del espacio social y las transformaciones que desde la persona y desde la sociedad civil se pueden agenciar en procura de una mayor simetría en las relaciones entre los miembros de la comunidad política, pueden encontrar un enorme apoyo en las nuevas tecnologías en materia de redes, si se las aplica a la construcción de tejidos humanos[42].

---

[41] Boaventura de Sousa Santos «Subjetividad, ciudadanía y enmancipación», en *El Otro Derecho*, Vol. 5, No. 3, Bogotá, ILSA, 1994.

[42] En Colombia se ha empezado a tomar conciencia del asunto y comienzan a surgir redes que potencializan la participación de las diferentes ONG. Una buena introducción al tema se puede encontrar en Elina Dabas, Denise Najmanovich, (Comps.), *Redes: El lenguaje de los vínculos. Hacia la reconstrucción y fortalecimiento de la sociedad civil*, Buenos Aires, Paidós, 1995.

LA CIUDADANÍA COSMOPOLITA

La apertura de las fronteras fue vista durante el siglo pasado por muchos pensadores y políticos latinoamericanos como la gran solución a nuestro atraso. Curiosamente esta apertura no era considerada antagónica a la nacionalidad; en esta perspectiva se trataba por el contrario de construir «una nación avanzada» mediante la negación o desvalorización de lo propio. Este pensamiento, que también tuvo su eco en Colombia[43], se asocia principalmente en Latinoamérica con la figura de Alberdi, el cual proponía:

> «implantar una sociedad industrial basada en una organización política de rasgos democrático-liberales al estilo norteamericano.
>
> [...] Para este efecto, Alberdi creía necesario eliminar el bagaje cultural legado por España y el componente racial argentino. Al igual que Domingo Faustino Sarmiento y José Victorio Lastarria, Alberdi veía en estas instituciones culturales la razón del atraso económico del continente en relación con Europa y los Estados Unidos. Para eliminarlas, Alberdi proponía la industrialización del área, la importación del capital europeo y norteamericano, y el transplante masivo de la población anglosajona, en la cual veía ciertas virtudes de trabajo ausentes en la población nativa»[44].

Hoy en día, resulta poco realista sostener que este tipo de decisiones puedan depender de un Alberdi, de un Sarmiento o de sus fervientes opositores. Si bien se conserva alguna capacidad de maniobra para controlar los flujos humanos con normas como las que se comentan, en la práctica cada vez se torna menor dicha capacidad y en otros ámbitos ha desaparecido casi por completo; es el caso de los flujos de capital que han quebrado el monopolio del Estado-nación.

Es en este contexto, el de la globalización, en el que se discuten los términos de una ciudadanía más amplia, la cual podría ser un mecanismo tanto para superar los nacionalismos interesados que impiden enfrentar problemas transnacionales, como para contrarrestar los efectos de una internacionalización que, construida a costa de la «despolitización» y por tanto sobre una racionalidad económica sin contrapeso político, puede caer fácilmente en una forma de totalitarismo.

---

[43] En el caso colombiano, se trata de una versión temprana, simultánea con el mismo proceso de independencia: «El Acta de Federación de 1811 de las Provincias Unidas, con fecha 27 de noviembre de 1811, demandaba del nuevo gobierno el fomento económico de la agricultura y del comercio así como la construcción de una red de comunicaciones, establecía como directriz general la libertad de comercio y abría el país a los inmigrantes, de quienes esperaba impulsos tanto en la tecnología como en la economía en general...». Hans-Joachin Köning, *op. cit.*, pág. 288.

[44] Jorge Gracia e Iván Jaksic, *Filosofía e identidad cultural en América Latina*, Caracas, Monte Avila, 1988, págs. 29 y 30. En este mismo sentido, el libro de Leopoldo Zea anteriormente citado.

LA CIUDAD DE DIOS Y OTROS INTENTOS

La Constitución de 1991 puede ser vista como espacio simbólico para el surgimiento de otra nación. Esto supone que existieron otras Colombias con anterioridad.

En efecto, a lo largo de nuestra historia se han utilizado distintos referentes para constituir la nacionalidad, entre ellos la apelación al sentido patriótico, el culto al idioma castellano, la articulación de los intereses sociales por parte de los dos partidos políticos con mayor acendro histórico y la centralización del poder como mecanismo de quiebre de los regionalismos.

Dentro de las múltiples estrategias para la construcción de la nacionalidad vale la pena destacar la contenida en el Preámbulo de la Constitución de 1886:

> «En nombre de Dios, fuente suprema de toda autoridad, y con el fin de afianzar la unidad nacional, una de cuyas bases es el reconocimiento hecho por los partidos políticos de que la religión católica, apostólica y romana es la de la nación, y que como tal los poderes públicos la protegerán y harán que sea respetada como esencial elemento del orden social y para asegurar los bienes de la justicia, la libertad y la paz, el pueblo colombiano en plebiscito nacional, Decreta...»[45].

Aunque existen notables divergencias entre los estudiosos de la historia política colombina en la valoración de los intentos de formación del ser nacional antes mencionados, muy pocos ponen en duda la insuficiencia de estos modelos. Fabio López de la Roche, siguiendo de cerca a Gonzalo Sánchez y Daniel Pecaut, llega aun más lejos y sostiene que en realidad ha sido la violencia la que ha llenado «el vacío de un mito fundador»:

> «Al cesar la violencia, en los treinta años siguientes al inicio del Frente Nacional, hemos tenido que convivir con múltiples violencias que se imbrican y alimentan recordándonos cada día nuestra pertenencia al mundo de la destrucción y de la muerte. [...] La proliferación de masacres desde comienzos de 1988 –masacres que nos recuerdan los tiempos de la violencia– los asesinatos políticos y la impunidad generalizada, la peligrosidad de nuestras urbes y la facilidad con que se puede perder la vida en nuestro país, convierten en cruda realidad algo que decía Gonzalo Sánchez en una reciente entrevista: que 'a los colombianos nos identifica algo que nos destruye: la violencia' [...] Es la paradoja de la pertenencia al mundo del absurdo como rasgo definitorio de nuestra identidad. [...] Mucho se ha cambiado desde 1958 hasta nuestros días, gracias a la relativa modernización y secularización de nuestra vida social. De forma más espontánea que consciente han venido apareciendo en estos años ciertos gérmenes de identidad. [...] Paralelamente a estos nacimientos subsisten actualmente grandes obstáculos en el camino hacia la afirmación de nuestra identidad, como la privatización y precariedad del Estado colombiano, la ausencia de un proyecto hegemónico cultural, la marcada

[45] Preámbulo de la «Constitución Política de 1886», tal como se aprobó en el Plebiscito No. 1 de 1957.

estratificación de la educación, el desconocimiento o mal conocimiento de la historia por nuestra población, la inercia y el anacronismo de nuestro simbolismo nacional[46], así como la falta de cohesión social y de unas reglas de juego que regulen las interacciones personales y contribuyan al fortalecimiento de nuestra autoestima nacional»[47].

La Constitución de 1991 posee una vocación inaugural en el camino hacia la construcción de una nueva nación, vocación que se adivina tanto en sus apuestas en la dirección de un nuevo Estado, como en sus rupturas con los anteriores intentos de construcción de la nacionalidad. Si bien se insiste en un preámbulo teísta, se abandona el intento de configuración de un estado confesional[48]. Se parte en este punto de la soberanía popular y del pluralismo religioso. La apelación al castellano como idioma oficial se encuentra matiza-

---

[46] Mediante Sentencia C-459/97 la Corte Constitucional tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre la constitucionalidad del himno nacional. Los cargos contra su letra fueron desechados mediante la aclaración de los elementos de estilo propios de una obra épica de estirpe romántica. La sentencia efectúa una vigorosa defensa de los símbolos patrios, admite su tangibilidad histórica y los considera parte del patrimonio cultural de la nación. El magistrado Alejandro Martínez Caballero aclaró su voto, en cuanto los términos en que la sentencia plantea la protección a los símbolos, según él, lejos de ser proporcionales a su función de contribuir a desarrollar un sentimiento de identidad nacional, constituyen en realidad una forma de sacralización de tales símbolos. Así, frente al caso hipotético de ultraje a la bandera señala que un acto de esta naturaleza puede deberse más que a la intención de afrentar la nacionalidad, a una expresión simbólica que eventualmente podría ser justificable. Vale la pena anotar que el punto de rendir honor a la bandera ya ha sido objeto de debate constitucional en el país (Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-075/95). Sobre este tema en general, valdría la pena hacer tres comentarios breves: a) en realidad existe un déficit en la simbología, semiótica, emblemática e iconografía nacionales. Otros países como los Estados Unidos han tenido gran éxito al utilizar esta estrategia de construcción de la nacionalidad. La recuperación y exaltación de las figuras señeras de la historia en todos los campos, de los héroes de la actualidad, de los recursos faunicos y vegetales, etcétera, debería constituirse en una tarea prioritaria durante los próximos años; b) los deberes de lealtad que comportan algunos de estos símbolos, tendrían ciertamente que interpretarse en el contexto constitucional, como lo sugiere la aclaración de voto, pues en una interpretación integral de la Carta es factible encontrar algunas excepciones; podrían en este sentido excusarse a los miembros de una determinada religión de rendir honores a la bandera; c) pero contrario a lo afirmado en la aclaración, es difícil borrar la evidencia de una connotación pseudoreligiosa de estos símbolos civiles, aspecto que ha sido objeto de muy variados estudios, y es precisamente tal raíz religiosa la que justifica la objeción de conciencia.

[47] Fabio López De La Roche, «Colombia o el camino tortuoso de la identidad», en Revista *Análisis* No. 53, Bogotá, CINEP, 1989, págs. 23-24.

[48] La Corte Constitucional mediante Sentencia C-350/94, M.P. Alejandro Martínez, declaró la inexequibilidad de las normas que establecían la consagración del país al Sagrado Corazón de Jesús. Señala la Corte que el Estado colombiano se define en la nueva Constitución como laico y pluralista, de modo que son vulnerados tales elementos de la nacionalidad cuando se establece una consagración oficial que denota una preferencia en materia religiosa, en contra además de la igualdad religiosa. Recalca que la violación es más contundente cuando según la ley es el Presidente de la República, quien de acuerdo con el artículo 188 de la Carta representa la unidad nacional, participa de tal acto, en el que se confunden Iglesia y Estado. No obstante, se considera que no vulnera la Constitución la celebración religiosa que de consagración al país realice la iglesia Católica *motu propio*, como las que a su turno puedan efectuar otras religiones. Esta

da por el valor que la Constitución también reconoce a las otras lenguas y dialectos hablados en el país (Art. 10 CP). La centralización política y administrativa encuentra un contrapeso en la descentralización y autonomía territorial (Art. 1 CP). Por lo demás, se reconoce como fundamento ontológico el pluralismo y la diversidad étnica y cultural (Arts. 1 y 7 CP). No sobra recordar finalmente que la Constitución de 1991 surge coetáneamente con el quiebre del monopolio político del bipartidismo.

Lo anterior lleva a un cambio obligado de referentes. Del seguimiento del texto de la Constitución, resulta que la riqueza humana y la diversidad natural son las nuevas bases a partir de las cuales se pretende reconstituir la nacionalidad:

> Artículo 7. El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana.
>
> Artículo 8. Es obligación del Estado y de las personas proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación[49].
>
> Artículo 70. El Estado tiene el deber de promover y fomentar el acceso a la cultura de todos los colombianos en igualdad de oportunidades, por medio de la educación permanente y la enseñanza científica, técnica, artística y profesional en todas las etapas del proceso de creación de la identidad nacional.
>
> La cultura en sus diversas manifestaciones es fundamento de la nacionalidad. El Estado reconoce la igualdad y dignidad de todas las que convi-

---

sentencia cuenta con el salvamento de voto de los magistrados Vladimiro Naranjo, Hernando Herrera y José Gregorio Hernández, quienes señalan que la Corte ha partido de una concepción errada de la neutralidad del Estado y que la ley acusada no vulnera en sí misma la igualdad religiosa. La sentencia ha impedido en su sentir que el pueblo exprese una creencia que hace parte del patrimonio espiritual de la nación. Esta sentencia, junto con la relativa al Concordato, han de comprenderse como parte de la coyuntura histórica de tránsito constitucional, en la que la Corte Constitucional ha intentado subrayar el cambio de paradigma de un Estado confesional a uno no confesional, a través del impacto simbólico y real sobre ciertas relaciones de mucho peso histórico entre la Iglesia y el Estado. Ahora bien, seguir ahondando en esta tendencia implicaría a la larga desconocer las implicaciones de Colombia como Estado social de derecho, en el que persona, sociedad y Estado no constituyen elementos enteramente divorciados o separados. La separación entre Iglesia y Estado promovida por el Constituyente de 1991 no se debe entender como una segregación absoluta. Más acorde con la estructura global de la Constitución es entender dicha separación sin desmedro de la posibilidad de subsistencia de varios puntos de contacto y de unas relaciones de naturaleza colaborativa. En esta última línea podría tener perfectamente cabida un día de carácter cívico-religioso en el que las diversas religiones, dentro de sus diferentes cosmovisiones, celebraran el papel de la religión en la construcción del ser nacional.

[49] Conviene analizar desde esta perspectiva que integra la noción de recursos naturales a la idea de nación, las doctrinas de la Corte Constitucional en torno a la biodiversidad, consignadas en la sentencia C-137/96, M.P. Eduardo Cifuentes.

ven en el país. El Estado promoverá la investigación, la ciencia, el desarrollo y la difusión de los valores culturales de la Nación.

El Título III de la Constitución objeto del presente comentario, si bien es semejante al de la Constitución de 1886 contiene pues los dos nuevos meridianos semáticos a partir de los cuales se reconstituye la nacionalidad: a) la referencia a los habitantes que es menester mirar a la luz del concepto de riqueza cultural y; b) la referencia al territorio que es necesario mirar a la luz del concepto de riqueza natural. Por tanto, y pese a la similaridad del texto, éste ya no podrá significar lo mismo. Estos nuevos referentes permiten afirmar que el Constituyente ha sentado las bases para hablar de una ecociudadanía.

LA NACIONALIDAD Y EL TERRITORIO

Señala Fernán González:

«Para un habitante de la gran ciudad colombiana, en pleno siglo XX, resulta difícil pensar en una sociedad sin Estado o en vastas zonas del territorio nacional donde la presencia estatal sea precaria o casi inexistente. La expresión de un Estado nacional en construcción suena un tanto extraña al hombre de hoy, que da fácilmente por supuesto que no puede existir un ser humano sin referencia a un Estado Nacional... no debería sonar extraño que se diga que el proceso de formación nacional no ha concluido en Colombia. De suyo, no parece haber concluido ni siquiera en la vieja Europa donde surgen los primeros Estados nacionales de la historia, aunque allá posean mayor solidez institucional...»[50].

La anterior afirmación responde a una serie de investigaciones adelantadas por el autor citado y otros investigadores, en las cuales se ha encontrado una correlación importante para efectos de explicar la violencia colombiana, entre las dinámicas de poblamiento del territorio y las dinámicas de formación de la nacionalidad:

«... El origen más lejano de esta investigación se remonta a conversaciones tenidas años atrás con Fabio Zambrano, cuando observábamos cierta coincidencia de las regiones particularmente violentas en los años cincuenta y en algunas guerras civiles del siglo XIX, particularmente de la guerra de los Mil Días, con lo que llamábamos 'espacios vacíos' de la época colonial. Estos espacios vacíos se caracterizaban por ser zonas de frontera donde la población española era escasa, había mucho mestizaje, poco control de las autoridades españolas y precaria presencia del clero católico. Además, encontrábamos también algunas coincidencias con las zonas de colonización reciente, donde también se da una tendencia a la inserción de grupos armados de diversa índole y a la poca presencia de instituciones estatales. Esto nos llevó a plantearnos un proyecto de investigación que intentaba comparar lo que ya sabíamos sobre los procesos de

[50] Fernán González, «Un Estado en Construcción», en Revista *Análisis*, No. 53, Bogotá, CINEP, 1989, pág. 5.

colonización de los siglos XVIII y XIX con lo que pasaba en las zonas donde se había desarrollado la violencia de los años cincuenta y la reciente de los años ochenta y noventa...»[51].

La integración de las diversas regiones y grupos sociales al Estado nacional ha sido lenta y accidentada. Las fuerzas modernizantes del Estado han tenido que depender dramáticamente de la mediación de poderes locales de corte feudal, lo que conllevó una verdadera privatización del poder en la cual, como dice Fernán González, se llega a plantear una «identificación entre algunos funcionarios públicos y los gamonales locales o regionales, representantes de las élites sociales y económicas de cada área»[52]. Esta ha sido una alianza que durante un buen período de tiempo, permitió sobrellevar la debilidad del Estado y proyectar su influjo sobre el territorio. Pero tan pronto la capacidad integradora de los partidos políticos entró en crisis, sobre todo a partir de los cambios que experimentó la sociedad colombiana en los años setenta, en las áreas marginales del campo y la ciudad han irrumpido nuevos actores sociales. La mafia del narcotráfico, la guerrilla, los paramilitares y –en la vertiente positiva del fenómeno– los movimientos cívicos, todos ellos han germinado en los espacios vacíos dejados por la ausencia del Estado y la pérdida de capacidad mediadora de los partidos[53].

Todo lo anterior nos demuestra las importantes relaciones entre el territorio y la nacionalidad. El territorio, como elemento definitorio de la nacionalidad hacia afuera, y por tanto como expresión de la soberanía del Estado en el concierto de las naciones, pierde importancia frente a su papel configurador de la nacionalidad hacia adentro. La soberanía del Estado como parece desprenderse de varios fallos sobre conmoción interior de la Corte Constitucional, se encuentra en jaque desde el interior del mismo Estado. No basta pues con adscribir formalmente porciones de territorio a la nación. El territorio se hace nación en el tiempo y este tiempo, en cuanto socio-cultural, no puede ser uniforme. En efecto, en el caso colombiano la factura de un espacio nacional supone una serie de tránsitos diversos: «... El Estado colombiano sin haber concluido plenamente el proceso de consolidación, debe afrontar al mismo tiempo los problemas de la ilustración del siglo XVIII y de la formación del Estado nacional del siglo XIX, junto con las tensiones sociales del mundo moderno y postmoderno de los siglos XX y XXI. Todo esto dentro del contexto de las economías del Tercer Mundo»[54].

---

[51] Fernán González, «Poblamiento y conflicto social en la historia colombiana», en Renán Silva (Ed.), *Territorios, Regiones y Sociedades*, Bogotá, Universidad del Valle - CEREC, 1994, pág. 13.

[52] Fernán González, «¿Hacia un «nuevo colapso social del Estado»? Precariedad del Estado y violencia en Colombia», en Revista *Análisis*, No. 50, Bogotá, CINEP, 1988, pág. 7.

[53] *Ibid.*

[54] Fernán González, *op.cit.*, pág. 12.

Artículo 96

Son nacionales colombianos:

1. Por nacimiento:

a) Los naturales de Colombia, con una de dos condiciones: que el padre o la madre hayan sido naturales o nacionales colombianos o que, siendo hijos de extranjeros, alguno de sus padres estuviere domiciliado en la república en el momento del nacimiento.
b) Los hijos de padre o madre colombianos que hubieren nacido en tierra extranjera y luego se domiciliaren en la república.

2. Por adopción:

a) Los extranjeros que soliciten y obtengan carta de naturalización, de acuerdo con la ley, la cual establecerá los casos en los cuales se pierde la nacionalidad colombiana por adopción.
b) Los latinoamericanos y del Caribe por nacimiento domiciliados en Colombia, que con autorización del gobierno y de acuerdo con la ley y el principio de reciprocidad, pidan ser inscritos como colombianos ante la municipalidad donde se establecieren.
c) Los miembros de pueblos indígenas que comparten territorios fronterizos, con aplicación del principio de reciprocidad según tratados públicos.

Ningún colombiano por nacimiento podrá ser privado de su nacionalidad. La calidad de nacional colombiano no se pierde por el hecho de adquirir otra nacionalidad. Los nacionales por adopción no estarán obligados a renunciar a su nacionalidad de origen o adopción.

Quienes hayan renunciado a la nacionalidad colombiana podrán recobrarla con arreglo a la ley.

LA NACIONALIDAD Y LOS HOMBRES SIN PATRIA

La Corte Constitucional, siguiendo una tradición casi generalizada en el derecho constitucional, ha definido la nacionalidad como el «vínculo jurídico-político entre una persona y un Estado»[55].

Con el objeto de que dicho vínculo cubra a todos los hombres por igual, vale decir, para proscribir la situación de los apátridas, la Convención Americana de Derechos Humanos ha reafirmado en el artículo 20 el derecho de toda persona a tener una nacionalidad. En este mismo sentido la Convención de Nueva York de 1961 ha señalado la obligación de los países de conceder la nacionalidad a todo individuo que nazca en su territorio[56].

Una hipótesis usual de esta situación es la de los apátridas originarios por conflicto negativo de leyes[57].

En el caso colombiano la norma facilita en buena medida el que no haya lugar a apátridas originarios, en tanto el artículo que se comenta ha involucrado de manera indistinta la sangre y el lugar de nacimiento como factores para determinar la nacionalidad. No obstante, la exigencia del domicilio del padre o la madre en el país para los hijos de padres extranjeros conlleva, en la hipótesis de los turistas de países que sólo reconocen el nacimiento en el lugar como factor de nacionalidad, la existencia de un apátrida nacido en Colombia. En tal caso, a la luz de las cláusulas constitucionales de interpretación e incorporación del derecho internacional de los derechos humanos, tales personas deberían detentar la nacionalidad colombiana si lo solicitaren. Ello con efectos plenos de nacional por nacimiento, pues al ser el dato del lugar de nacimiento la opción preferente de nacionalidad a la luz de dicho derecho, y al ser los derechos políticos inherentes a la persona humana, nada justifica que a tal individuo se le aminoren sus derechos asimilándolo, por ejemplo, a la condición de nacional por adopción.

El *ius soli*, como ya se había anotado en la introducción, destaca el vínculo de una persona con el territorio en razón de su nacimiento en el lugar. En el caso colombiano este factor se liga al domicilio de uno de los padres. El *ius sanguini* utiliza en cambio como criterio de nacionalidad el hecho de ser hijo de un nacional. En la antigüedad dominó el *ius sanguini*, el cual se relativizó durante la edad media, y cobró nuevo auge con el surgimiento de los estados nacionales. Lo cierto es que al aceptar el Estado colombiano indistintamente cualquiera de estas alternativas, ha prevenido en gran medida la posibilidad de existencia de apátridas originarios.

[55] Corte Constitucional, Sentencia C-003/93, M.P. Alejandro Martínez.

[56] Los principales instrumentos internacionales al respecto son: «La Convención para reducir los casos de apatridia», adoptada el 30 de agosto de 1961 y entrada en vigor el 13 de diciembre de 1975 y la «Convención sobre el estatuto de los apátridas», adoptada el 28 de septiembre de 1954 y entrada en vigor el 6 de junio de 1960.

[57] El caso típico es el de los padres que pertenecen a un país que sólo reconoce el lugar de nacimiento como elemento para determinar la nacionalidad y que por azar tienen su hijo en un país distinto que sólo reconoce el vínculo de sangre.

CONCORDANCIAS

Para el numeral 1:
Arts. 35, 40 n. 7, 44, 95, 172, 179 n. 7, 191, 204, 216, 232, 249, 255, 264, 266, 267, 272.
Para el numeral 2:
Preámbulo, arts 9, 35, 40 n. 7, 44, 95, 97, 100, 189 n. 28, 227.

ANTECEDENTES

CONSTITUCIÓN DE 1886

Arts. 8 y 9

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE:

DEL TEXTO DEL ARTÍCULO

Comisión I, arts. 1 y 2 (G.C., N° 83, pág. 2, col. 3)
Comisión III, art. 127 (G.C., N° 83, pág. 27)
Primer Debate, art. 57 (G.C., N° 109, pág. 8, col. 2)
Comisión Codificadora, art. 98 (G.C., N° 113, pág. 7)

DE LOS DEBATES

Comisión I: marzo 21, abril 18
Comisión III: mayo 11
Plenaria: mayo 24 y 28, junio 5, 11 y 29
Comisión Codificadora: junio 4 y 6

LEGISLACIÓN

Ley 22 Bis de 1936
Ley 43 de 1943, Decreto 286 de 1993
Ley 76 de 1993
Ley 145 de 1994
Ley 148 de 1994
Decreto Ley 2150 de 1995

JURISPRUDENCIA

1992:
C-541

1993:
C-003, C-027, T-380

1994:
T-580

1995:
C-264, T-411

1996:
T-249, T-320, C-331, T-410, T-416
1997: C-087

La otra hipótesis de apatridia surge de la sanción de pérdida de la nacionalidad impuesta por un país, la cual se aplica por lo general a las personas que sin ser originarias de un Estado, obtienen su naturalización en él a través de un acto que supone la manifestación de voluntades tanto del Estado como del nuevo nacional. Así, la posibilidad de obtener una nacionalidad diferente a la de origen es una manifestación del *ius domicili*, que responde al aforismo «*Ubu patrie ubi filius*», tengo la patria donde están mis hijos y la posibilidad de retirar al naturalizado la nueva nacionalidad responde a la concepción imperante de la nacionalización como concesión graciosa del Estado.

Como quiera que en ciertas legislaciones (no es el caso colombiano) la adquisición de una nueva nacionalidad se sanciona por el país de origen con la pérdida de la condición de nacional, se puede presentar la situación hipotética de que quien en virtud de dicho acto haya perdido su primera nacionalidad, sea en el transcurso del ejercicio de su nueva nacionalidad privado de esta última también.

Lo razonable para sortear la situación del apátrida sería que tal persona recobre su nacionalidad original, como parece respaldarlo alguna jurisprudencia.

En el caso colombiano la Constitución dispone que: a) los nacionales por nacimiento no pueden ser privados de su nacionalidad en ningún caso; b) los nacionales por adopción pueden ser privados de la nacionalidad adoptiva; y, c) un nacional por nacimiento puede renunciar a su condición de colombiano.

Se observa en consecuencia en los dos últimos eventos un vacío que necesariamente ha de ser llenado con los instrumentos internacionales citados, para evitar la posibilidad de la aparición de apátridas.

En efecto, de un lado tenemos el caso del colombiano que renuncia a la nacionalidad de origen y adquiere una nacionalidad diferente. Como en la nueva preceptiva constitucional lo uno no es causa de lo otro, se trata de dos acontecimientos independientes. La readquisición de la nacionalidad colombiana, entonces, no será automática en estricto sentido, menos aun cuando ha desaparecido la fijación de otro domicilio como causa condicionante de la pérdida de nacionalidad[58]. De esta

[58] La anterior Constitución señalaba: «La calidad de nacional colombiano se pierde por adquirir carta de naturalización en país extranjero, fijando domicilio en el exterior, y podrá recobrarse con arreglo a las leyes». El artículo 23 de la Ley 43 de 1993 regula la renuncia a la nacionalidad colombiana en los siguientes términos: «Los nacionales colombianos tendrán derecho a renunciar a su nacionalidad, la cual se producirá mediante manifestación escrita presentada ante el Ministerio de Relaciones Exteriores o los consulados de Colombia, la cual constará en un acta, cuya copia se enviará a la Registraduría Nacional del Estado Civil, al Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) y al Ministerio de Relaciones Exteriores». El artículo 25 de esta misma ley regula la recuperación de la nacionalidad así: «Los nacionales por nacimiento o por adopción que hayan perdido la nacionalidad colombiana como consecuencia de la aplicación del artículo 9o. de la Constitución anterior y quienes renuncien a ella de conformidad con lo dispuesto en la presente ley, podrán recuperarla, formulando una solicitud en tal sentido ante el Ministerio de Relaciones Exteriores, los consulados de Colombia o ante las gobernaciones, manifestando su voluntad de respetar y acatar la Constitución Política y las leyes de la República. Lo anterior se hace constar en un acta que

manera ya no existen las circunstancias en las que se fundaba la automaticidad en la recuperación de la nacionalidad[59]. En este nuevo escenario, puede suceder que el país de adopción cancele la carta de naturalización al antiguo nacional. Con todo, el principio sentado por la Convención de Nueva York y las facilidades para readquirir la nacionalidad colombiana, hacen de este evento poco probable una situación meramente temporal, como se colige de las disposiciones citadas de la Ley 43 de 1993.

Del otro lado tenemos el caso del extranjero que para adquirir la nacionalidad colombiana o por otra razón diversa ha renunciado a su nacionalidad de origen, y por alguna circunstancia se le impone como pena la pérdida de nacionalidad[60].

LA NACIONALIDAD POR ADOPCIÓN: ¿UNA NACIONALIDAD DE SEGUNDA?

Desafortunadamente no existen bajo la vigencia de la Constitución de 1991 antecedentes jurisprudenciales que ilustren la situación de la cancelación de las cartas de naturaleza a nacionales por adopción que nos indiquen, por vía negativa, qué tan fuerte es en la práctica este vínculo, no sólo de cara a la eventualidad de los apátridas, sino en general, frente a la

NORMAS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

Declaración Universal, arts. 2, 13.2, 15 y 16.1
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, arts. 2.1, 12.1, 12.4, 24.1, 24.3 y 26
Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 2.2
Declaración Americana, arts. II, VIII, XIX, XXXII y XXXIV
Convención Americana, arts. 20, 22.2 y 22.5
Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio, art. II
Declaración de los derechos del niño, arts. 1 y 3.
Convención sobre los derechos del niño, arts. 2.1, 7.1 y 8
Convención sobre el estatuto de los refugiados, arts. 33 y 34
Convención para reducir los casos de apatridia
Convención sobre el estatuto de los apátridas.

---

será enviada al Ministerio de Relaciones Exteriores, la Registraduría del Estado Civil y el Departamento Administrativo de Seguridad, DAS. Parágrafo 1o. Quienes hayan perdido la nacionalidad colombiana como consecuencia de la aplicación del artículo 9o. de la Constitución anterior, al formular su solicitud de recuperación, podrán hacerla extensiva a sus hijos menores nacidos en tierra extranjera (...) Parágrafo 2o. Quienes hubieren sido nacionales por adopción deberán haber fijado su domicilio en Colombia un año antes de proceder a solicitar la recuperación de la nacionalidad colombiana y presentar un certificado de buena conducta y antecedentes judiciales».

[59] Bajo la anterior Constitución se dieron varios casos que determinaron la doctrina sobre recuperación automática de la nacionalidad: (i), Caso Schwartau: Un hombre nacido en Colombia de padres extranjeros abandonó el país; un ciudadano colombiano inició por esta causa una acción de pérdida de la ciudadanía contra él. La Corte señaló en ese entonces que no bastaba que Schwartau hubiese fijado su domicilio en el exterior para perder la calidad de colombiano, pues era indispensable que adicionalmente obtuviera la carta de naturalización en el extranjero. En dicha oportunidad acogió la definición de nacionalidad de Heilborn, según la cual «la nacionalidad es una constante relación de dependencia o de pertenencia de una persona a determinado Estado». (Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, Marzo 9 de 1946, M.P. Víctor Cock). Lo curioso de este caso es que el mismo señor Schwartau había sido expulsado del territorio colombiano años atrás, y su expulsión fue convalidada por el Consejo de Estado, para quien Schwartau era extranjero. (ii) Caso de Guillermo Sudheim: La Corte estudió el caso de un nacional colombiano nacido en Barcelona que por razones de estudio había accedido a obtener la nacionalidad española a la que tenía igualmente derecho, pero que deseaba recuperar la calidad de colombiano. La Corte Suprema de Justicia sostuvo que el colombiano que haya renunciado a su calidad de nacional la recobra de manera automática tan pronto vuelve a fijar su domicilio en el país, tal como, señala, ocurrió con el mismo padre de Sundheim (Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, Septiembre de 1937, M.P. Pedro Gómez).

[60] El artículo 24 de la Ley 43 de 1993 señala al respecto: «La nacionalidad colombiana por adopción se perderá por renuncia, por delitos contra la existencia y seguridad del Estado y el régimen constitucional». Al margen del punto que se comenta, parece excesivo incluir aquí los delitos contra el régimen constitucional (rebelión, sedición y asonada) que tienen un sentido netamente político.

medición de la real situación de quienes han optado por ser colombianos de manera conciente y voluntaria. Resulta en estas circunstancias pertinente traer a colación, entre tanto, dos pronunciamientos ocurridos bajo la anterior Constitución.

El primero de los precedentes se remonta a la época de la Segunda Guerra Mundial y tiene que ver con la situación de los nacionales por adopción frente a las razones de seguridad nacional.

El Decreto 181 de 1942 establecía la posibilidad de aplicar sanciones especiales a los nacionales por adopción o de suspenderles de manera extraordinaria su nacionalidad, según el caso, por hallarse comprometidos en actividades contrarias al orden público.

La Corte de entonces perfiló una aproximación ius-naturalista a la nacionalidad y exteriorizó, acaso por la guerra, su desconfianza y temor hacia los nacionales por adopción, de suerte tal que avaló la medida, salvo en lo que atañía a la suspensión, sanción que en su sentir dejaría al individuo en una situación *sui generis*:

> «El colombiano por nacimiento tiene, como parece claro, un derecho propio, algo así como un derecho natural que nadie le concede de manera expresa, fuera de la circunstancia de haber nacido en el territorio colombiano. En cambio, el nacionalizado debe antes haber solicitado ese mismo derecho mediante el cumplimiento de ciertos requisitos. [...] Y sea oportuno pensar en la no imposible ocurrencia de que nacionales por adopción, o parte de ellos, hubieran entrado en el territorio colombiano con un propósito no bien definido; cumplieran las exigencias –nada extremistas– de la ley colombiana al respecto; y luego, abusando de la hospitalidad y violando la promesa que habían hecho, ejecutaran actos hostiles a los intereses del país por adopción, como quien dice contra la Patria que los alojó y recibió en calidad de hijos propios. [...] Esta consideración justifica y explica aquellas desigualdades, porque no es racional poner en el nacionalizado la misma firmeza de los vínculos adquiridos con el país adoptante, apenas rotos los del país de origen y comparar sus relaciones respecto del nuevo Estado con quienes están ligados al país con más fuertes lazos. Y ello está diciendo muy claramente que sí podía el legislador – o el ejecutivo en su caso– adoptar medidas indispensables para prevenir situaciones que comprometan el orden público y la seguridad del Estado»[61].

El segundo precedente, más afortunado que el primero, se dio en el contexto de la guerra fría, la revolución cubana y el auge consiguiente de los movimientos revolucionarios latinoamericanos.

El Gobierno expidió el Decreto 2686 de 1966, considerando entre otras razones: «Que las actividades subversivas de esas bandas también se adelantan, como es de público conocimiento , con el estímulo y bajo la inspiración de Gobiernos extranjeros...».

La Corte Suprema de Justicia de la época determinó que cuando una carta de naturaleza es válidamente expedida no existe autoridad que la pueda revocar.

---

[61] Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Mayo 23 de 1945, M.P. Ricardo Jordán.

Bajo la Constitución de 1991 esta misma situación, como se ha observado, no es tan clara; por su parte la Ley 43 de 1993 no se ha limitado a reglamentar la nulidad de las cartas de naturalización (Art. 20), sino que además ha regulado la pérdida de la nacionalidad (Art. 24, antes transcrito). No obstante, esta sentencia de la Corte Suprema de Justicia conserva su vigencia en tanto señaló la posibilidad de acudir a medios alternativos menos gravosos para los derechos:

> «El problema de la seguridad pública puede resolverse, pues, sin incidir en el desconocimiento de la naturalización concedida, sancionando con las penas que se estimen indispensables a los colombianos por adopción que se comprometan en actividades contrarias al orden público y a la seguridad nacional» [62].

No resulta pues admisible, como ya se insinuó, la extensión de las hipótesis de pérdida de la nacionalidad a delitos de raigambre político como los cobijados bajo la rúbrica de delitos contra el régimen constitucional (arts. 125 a 132 del Código Penal), más aun cuando el artículo 24 de la Ley 43 de 1993 está redactado en un tono imperativo que anula la discrecionalidad e independencia judicial.

La Constitución no efectuó más diferenciaciones entre los nacionales por adopción y los nacionales por nacimiento distintas a la prerrogativa de la no extradición (Art. 35 C.P. modificado) y la exigencia de la nacionalidad *ipso de iure*, para el desempeño de ciertas funciones públicas: Presidente de la República (Art. 191 CP); Vicepresidente (Art. 204); Senador (Art. 173 CP); Representante a la Cámara, cuando el nacional por adopción no haya renunciado a su nacionalidad de origen (Art. 179-7); magistrados (Art. 232 CP); Fiscal General de la Nación (Art. 249 CP); Miembro del Consejo Superior de la Judicatura (Art. 255 CP); Contralor (Art. 267 CP) y contralor departamental, distrital y municipal (Art. 272 CP).

No obstante lo anterior, ha existido la tentación por parte del legislador y de la jurisprudencia de cohonestar ciertas restricciones que van más allá de esta tarifa constitucional. En algunos casos estas aspiraciones han prosperado, en otros no. Vale advertir que se trata de una tendencia que viene desde la anterior Constitución.

Así por ejemplo cuando se demandó la inexequibilidad del artículo 23 del Decreto-Ley 1968 de 1964 que extendía al personal subalterno de la rama jurisdiccional la exigencia de ser nacional por nacimiento, la Corte Suprema de Justicia declaró su inexequibilidad en los siguientes términos:

> «[E]s cierto que la ley puede exigir calidades y antecedentes necesarios para el desempeño de ciertos empleos en los casos no previstos en la Constitución... [Pero] Si la ley pudiera exigir la nacionalidad por nacimiento a empleados o funcionarios a quienes la Constitución no se las exige, esta asumiría el papel de igualar en este sentido a quienes la Suprema Norma no quiso igualar con quienes han de desempeñar los cargos ya enumerados. Vale decir, rebasaría el ámbito de sus capacidades, preceptuando sobre

[62] Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, 11 de abril de 1967, M.P. Gustavo Fajardo.

materia reservada al Estatuto Fundamental»[63].

No obstante, en otro caso en el que se encontraba en juego otro tipo de restricciones en un ámbito de igualdad, la Corte Suprema de Justicia las menospreció. En efecto, durante el año de 1973 la Corte Suprema de Justicia conoció de una demanda contra el Decreto 1415 de 1940 que reservaba hacia el futuro la adjudicación de baldíos ubicados en costas colombianas o en regiones limítrofes a nacionales por nacimiento. La Corte basó su sentencia en la capacidad del Estado de restringir los derechos de los extranjeros, olvidando que la norma incluía por igual a nacionales por adopción y a extranjeros. Adicionalmente fundamentó la medida en una amplia capacidad de disposición del Estado en relación con los bienes nacionales, en el caso concreto de la defensa económica y política de la nación. El actor había citado el artículo equivalente al 96 de la Constitución actual, que define la nacionalidad por adopción y que llevaría a una necesaria aplicación del derecho a la igualdad con los nacionales por nacimiento como principio, aspecto que la Corte evadió de manera pueril:

> «El artículo 5o. del Decreto 1415 no desconoce ni entorpece en modo alguno la calificación constitucional... [...] La restricción que de él resulta para la libertad de disposición de la propiedad inmueble en las condiciones ya vistas, es lícita y fundada»[64].

La Ley 43 de 1993, que ha implementado en buena medida los artículos de la Constitución que se comentan, no ha escapado a la tentación antes descrita de hacer más gravosa la situación de los nacionales por adopción. Así, en el artículo 28 que fue objeto de un decreto de correcciones[65] en razón a una equivocada remisión a los artículos constitucionales, dispone que los colombianos por adopción no puedan acceder al desempeño de algunos cargos públicos no vedados a ellos por el Constituyente de forma expresa –lo que debe ser la regla tratándose de una restricción– e incluso llega al absurdo de desconstitucionalizar de manera general la materia:

> «Artículo 28.- *Restricciones para ocupar ciertos cargos.* Los colombianos por adopción no podrán acceder al desempeño de los siguientes cargos públicos:
> [...]
> 8. Ministro de Relaciones Exteriores y Ministro de Defensa Nacional.
> 9. Miembro de las fuerzas armadas en calidad de oficiales y suboficiales.
> 10. Directores de los organismos de inteligencia y de seguridad.
> 11. Los que determine la ley.»

LOS LINDEROS JUSTOS DE LA NO EXTRADICIÓN

La posibilidad de extraditar o no a nacionales colombianos ha sido un tema de mucho debate en el país, pero tal discusión no se ha podido mantener dentro de un marco de diálogo y confrontación civilizada, por la enorme carga de muerte y de emotividad

[63] Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, 16 de diciembre de 1967, M.P. Eduardo Fernández.

[64] Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Agosto 9 de 1973, M.P. Guillermo González.

[65] Decreto 286 de 1993, por medio del cual se corrigen unos yerros en la Ley 43 del 1o. de febrero de 1993.

que evoca el tema. Ello ha conducido a la polarización de la opinión pública, fenómeno que se explica en buena medida por el papel del terrorismo, el manejo político y los medios. Aunque existen argumentos plausibles para defender una u otra posición, en la realidad el clima se ha enrarecido de tal forma que los discursos se suceden de manera destemplada. La apelación a un sentimiento nacionalista y anti-imperialista caduco, se alterna con la estigmatización a que se somete a quien defienda en el foro la no extradición. La pérdida de control del gobierno sobre la agenda internacional y la penetración comprobada de dineros del narcotráfico en la política, retroalimenta la caricaturización del problema y el diálogo de oídos sordos de los contendientes.

La Constitución de 1991 en su versión original suprimió la extradición de colombianos por nacimiento. Esta norma ha sido modificada por el Acto Legislativo Nº 1 de 1997, que autoriza la extradición de nacionales de acuerdo con los tratados públicos o la ley, para delitos cometidos en el exterior que sean considerados como tales en la legislación colombiana. Se prohibe la extradición por razones políticas y se consagra la no retroactividad de la medida[66].

Durante la vigencia de la no extradición de nacionales, la Corte Constitucional señaló que la garantía aludida no suponía la inaplicabilidad en el país de las sentencias condenatorias proferidas en el exterior por delitos contemplados en la legislación penal colombiana. Según esa alta corporación no se afecta con esto el núcleo esencial de la garantía constitucional, la cual no puede interpretarse como una inmunidad absoluta del delincuente colombiano para ser juzgado fuera del país.

Así pues, la Corte Constitucional al declarar la inexequibilidad parcial del artículo 533 del Decreto 2700 de 1991, que limitaba la ejecución de sentencias proferidas en el exterior al caso de los extranjeros y nacionales por adopción, ha determinado que el derecho de los nacionales a no ser extraditados no incluye el derecho a restar validez a las determinaciones que autoridades judiciales extranjeras tomen contra ellos.

La no extradición que adopta la Constitución de 1991, más allá de la controversia que sobre ella pueda existir, no puede convertirse, mediante la ampliación extraordinaria de su alcance, en sinónimo de impunidad y, menos aun, puede interpretarse como la negación de la colaboración judicial y del carácter trasnacional de ciertos delitos como el del narcotráfico[67].

Bajo la vigencia del artículo original, con ocasión de la demanda a

[66] El presente libro se ha mandado a prensas cuando aún está pendiente el pronunciamiento de la Corte Constitucional sobre el último inciso de la norma, referente a la no retroactividad, el cual ha sido demandado por razones de forma. También se tiene a la fecha noticia de que en sentencia dividida, la Corte ha declarado la inconstitucionalidad de una disposición que no incluyó la garantía de no extradición como beneficio por colaboración con la justicia, fallo que puede implicar un límite para la extradición de algunos delincuentes que negociaron su condena bajo el marco de dicha disposición.

[67] Corte Constitucional, Sentencia C-264/95, M.P. Fabio Morón. En la misma sentencia se ratifica una tesis de similar alcance en relación con el artículo 537 del C.P.P., contenida en la Sentencia C-541 de 1992 de la misma Corte Constitucional.

varios artículos del Decreto 100 de 1980 se planteó el tema de los efectos de la norma sobre los tratados públicos de extradición celebrados con anterioridad a la misma. El fallo mayoritario declaró la exequibilidad de una de las disposiciones demandadas condicionada a la no extradición de colombianos por nacimiento y extranjeros por delitos políticos[68]. Lo anterior llevó a tres magistrados a salvar el voto, por considerar con plena fuerza vinculante tales tratados[69]. El nuevo contexto normativo conlleva, sin duda alguna, el decaimiento o pérdida de eficacia del condicionamiento que se ha hecho con la fuerza de la cosa juzgada, pero que resulta ahora fundado en una norma derogada.

La Corte desestimó las pretensiones de un sindicado que sostenía ser colombiano y como tal pretendía evitar su extradición. Este exhibió al momento de su captura documentos que lo identificaban como natural venezolano, pero posteriormente alegó ser colombiano. La Corporación consideró que no había una vía de hecho, pues es legítimo suponer su nacionalidad venezolana por la actitud desplegada al momento de su captura, y puntualizó que el accionante contaba con otro medio de defensa judicial para hacer valer su nacionalidad colombiana, si en realidad la tenía[70].

Dejada de lado la discusión general sobre la conveniencia o no de la no extradición de nacionales, parece existir un caso en el que se presenta consenso en favor de la posibilidad de extradición y es el que alude a los delitos denominados de lesa humanidad.

Ahora bien, admitida como está actualmente la extradición, el mayor interés en materia de derechos humanos se concentra en impulsar el perfeccionamiento de tratados que otorguen un procedimiento justo al reo, eviten determinadas penas e impongan unas condiciones carcelarias dignas.

HOMBRES DE DOS PATRIAS

Otro elemento normativo de importancia que se encuentra en la nueva preceptiva constitucional es el caso de la doble nacionalidad. No se niega que la figura se presta a abusos, pero se observa que más allá del manto de la sospecha una persona puede detentar dos nacionalidades de manera correcta y enriquecedora. El beneficiado con ésto no sólo es el titular agraciado sino el círculo más amplio que es alcanzado por el flujo de relaciones generado por la adopción positiva de la binacionalidad. El Constituyente en suma acertó pues, en lugar de negar una posibilidad legítima y provechosa, la consagró. El abuso por su parte puede ser atacado de múltiples maneras; por ejemplo, puede ser proscrito en la ley y en su defecto sancionado por la jurisprudencia.

Nuestro ordenamiento anterior no conoció la figura de la doble nacionalidad. Sin embargo, debe destacar-

---

[68] Corte Constitucional, Sentencia C-087/97, M.P. Fabio Morón.

[69] Fueron los magistrados José Gregorio Hernández, Hernando Herrera y Vladimiro Naranjo.

[70] Corte Constitucional, Sentencia T-320/96, M.P. Carlos Gaviria.

se que la doctrina nacional contribuyó de manera genérica al desarrollo de la proscripción a los abusos de la nacionalidad. En el caso Sudheim, antes citado, la Corte reiteró la doctrina de Marco Fidel Suárez, a que se hace alusión, en los siguientes términos:

> «En el año 1893 se redujo a prisión en Honda al doctor Pérez Triana, por orden de las autoridades del departamento de Antioquía. El Ministro americano, señor Luther F. Mac Kinney, se dirigió al Gobierno de Colombia para intervenir en favor del doctor Pérez Triana, por considerarlo ciudadano de los Estados Unidos, reconocido por el Departamento de Relaciones Exteriores de Washington. El Ministro de Relaciones Exteriores de Colombia, señor don Marco Fidel Suárez, rechazó la intervención del Ministro americano en notas de fechas 2 de noviembre y 1 de diciembre de 1893 (Diario Oficial No. 9,352, de 28 de diciembre de 1893), y sostuvo que por estar de nuevo domiciliado en el país el doctor Pérez Triana, el Gobierno de la República tenía imperio sobre él, considerándolo como ciudadano de Colombia. [...] Entre las consideraciones que tuvo en cuenta el Ministerio para su determinación, merecen copiarse por su importancia las siguientes: [...] es equitativo también que si la patria adoptiva se abandona y se establecen las ordinarias relaciones entre el hombre y la nación que es su patria natural, el vínculo artificial de la naturalización debe suponerse disuelto, y restablecidos los que se fundan en la naturaleza del individuo y de la sociedad...»[71].

En el nuevo contexto constitucional donde no hay que renunciar a la nacionalidad colombiana para adquirir otra nacionalidad, la importancia inmediata de este precedente pierde mucha vigencia, máxime cuando desconoce las hipótesis de una binacionalidad plena. De otro lado ha desaparecido el elemento domiciliar que permitía en caso de renuncia de la nacionalidad su recuperación automática. No obstante se mantiene vivo el interés en proscribir el abuso de la nacionalidad.

Así las cosas, y en desarrollo del principio de igualdad, el detentador de dos nacionalidades no las podría esgrimir simultáneamente y a su arbitrio en los respectivos territorios. Por principio deberían aplicársele a él los mismos privilegios y cargas que correspondan al país de estadía. Esta es en términos generales la solución adoptada por la Ley 43 de 1993, que en el Parágrafo 4 del artículo 22 señala:

> «El nacional colombiano que posea doble nacionalidad, en el territorio nacional se someterá a la Constitución Política y a las leyes de la República. En consecuencia, su ingreso y permanencia en el país, así como su salida, deberán hacerse siempre en calidad de colombianos, debiéndose identificarse como tales en todos sus actos civiles y políticos».

Ahora bien, se discrepa en parte de la anterior redacción en cuanto cubre, al menos en principio, ámbitos de la persona en la cual podría hacer efectivo en suelo colombiano su condición de natural de otro país, sin que se pueda colegir necesariamente una situación de abuso. Es el caso del ejercicio de los derechos políticos que admiten su ejercicio desde

---

[71] Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, Septiembre de 1937, M.P. Pedro A. Gómez.

Colombia, o el acceso a la asistencia pública del otro país.

La dualidad de identificaciones es uno de los muchísimos problemas prácticos que existen para la persona que, poseyendo dos nacionalidades, cursa una carrera que desea acreditar en su otra patria. La Corte Constitucional tuvo la oportunidad de señalar cómo la doble nacionalidad no autoriza la alteración de los actos realizados bajo una nacionalidad. Lo hizo al negarse a conceder el amparo solicitado por un señor que se había recibido como veterinario, obteniendo un diploma de grado en el que se registra su cédula de ciudadanía colombiana y que, en atención a sus intereses laborales, había promovido infructuosamente la expedición de una copia del diploma bajo su identidad venezolana[72].

En cambio, la Corte Constitucional amparó los derechos de un joven con dos nacionalidades que estudiaba en Colombia pero tenía papeles de identidad venezolanos[73]. En una actualización de documentación, un colegio situado en zona de frontera, exigió al joven estudiante de secundaria que aportara copia de su visa de estudiante o un documento de identidad. Finalmente, le negó su matrícula para cursar último año e incluso le impidió el acceso físico a las aulas. La Corte Constitucional, por su parte, recuerda que el derecho a la educación en tanto derecho fundamental no depende de la ciudadanía ni de la nacionalidad. Admitió sin embargo que el legislador, en desarrollo de los artículos 100 y 150 n.19 literal f CP., podía condicionar el ejercicio del derecho a la educación de los extranjeros. Pero como en las circunstancias fácticas del caso era claro que, pese a no tener el documento de identificación exigido el joven era además de nacional venezolano, nacional colombiano por nacimiento, consideró procedente la tutela solicitada.

[72] Corte Constitucional, Sentencia T-249/96, M.P. Jorge Arango.

[73] Corte Constitucional, Sentencia T-416/96, M.P. Carlos Gaviria.

NACIONALIDAD E INTEGRACIÓN

Otro elemento importante del artículo que se comenta es el de las facilidades otorgadas a ciertos grupos humanos para adquirir la nacionalidad colombiana, el cual coincide con los postulados de integración desarrollados en la Carta.

La anterior Constitución daba ventajas para la obtención de la nacionalidad colombiana a los «hispanoamericanos» por nacimiento y a los brasileros. En la actual redacción se cambió el término hispanoamericanos por latinoamericanos y del caribe. De otro lado, se incluyó dentro de los grupos humanos con ventajas en la inmigración a los miembros de los pueblos indígenas de territorios fronterizos. Se trata de dos modificaciones importantes desde la perspectiva de la identidad cultural.

El Constituyente de 1991 si bien acertó en cambiar el término hispanoamericano –que no hace total justicia a nuestra síntesis cultural– y en extender la familiaridad a los pueblos del Caribe, equivocó su sentido cosmopolita al dejar de lado la propuesta gubernamental consistente en con-

ceder facilidades a los nacionales españoles[74]. Debió ir incluso más lejos e incluir a los inmigrantes «hispanos» del resto del mundo –*V.gr.* de los Estados Unidos– y a los pueblos africanos que poseen un nexo apenas explorado con nuestra propia identidad.

Habría que señalar que si bien representa un avance el otorgamiento de las facilidades a los miembros de las comunidades indígenas de frontera, la consagración fue muy tímida al diferir su efectividad a la existencia de un tratado.

Las prescripciones sobre facilidades y preferencias en la adquisición de la nacionalidad parecen ser hasta el momento letra muerta, lo que en el mejor de los casos puede interpretarse como una escasa penetración de las normas constitucionales en las instancias burocráticas con capacidad de decisión. En estas circunstancias, una posibilidad que salta a la imaginación es la eventual existencia de las denominadas «políticas secretas», que en un caso similar al de las visas –el cual se analizará más adelante– no resultan tan secretas. En estos ámbitos la misma reglamentación ha incorporado abiertamente criterios plutocráticos de aceptación y consideraciones de exclusión constitucionalmente sospechosas.

---

[74] Presidencia de la República, Proyecto de acto reformatorio de la Constitución Política de Colombia, Imprenta Nacional, 1991, pág. 156.

Artículo 97

El colombiano, aunque haya renunciado a la calidad de nacional, que actúe contra los intereses del país en guerra exterior contra Colombia, será juzgado y penado como traidor.

Los colombianos por adopción y los extranjeros domiciliados en Colombia, no podrán ser obligados a tomar las armas contra su país de origen; tampoco lo serán los colombianos nacionalizados en país extranjero, contra el país de su nueva nacionalidad.

EL DEBER DE LEALTAD

El Constituyente, como ya se ha advertido, entiende que los vínculos que se desarrollan entre quienes por nacimiento tienen el carácter de nacionales colombianos son de tal profundidad que, aun después de renunciar a la nacionalidad colombiana, existe un deber de lealtad con Colombia. De igual manera asume que este mismo deber subsiste en los nacionales por adopción y en los extranjeros frente a sus países de origen. Pero el Constituyente ha ido más lejos del texto de la anterior Constitución y ha tenido una especial consideración frente a los nacionales colombianos que hayan adoptado otra nacionalidad, pues no se encuentran obligados a tomar sus armas contra el país que los ha aceptado como nacionales.

De otro lado, no es necesario que el traidor «sea cogido con las armas en la mano» como lo prescribía la anterior Constitución. El texto de la nueva norma es más comprensivo, pues se refiere de manera genérica a las actuaciones en contra de los intereses de Colombia.

DOS PÉRDIDAS OLVIDADAS

No obstante lo señalado, el artículo mantuvo la alusión a la guerra exterior. Con ello la disposición penal de carácter constitucional –al menos a este nivel constitucional– no cubre hechos recientes de nuestra historia ocurridos en desmedro de los intereses nacionales en un contexto distinto al de la guerra exterior propiamente dicha, como es el caso de la pérdida de Panamá y la supuesta cesión de los Monjes.

Vale la pena recordar al respecto que cuando Panamá aún pertenecía a Colombia, el movimiento secesionista liderado entre otros por L. Gabriel Duque y Amador Guerrero, fraguó secretamente una estratagema para la separación de Panamá. Al resultar exitosa dicha conspiración, es comprensible que sus actores tengan el carácter de héroes en sus respectivas naciones, pero desde la perspectiva colombiana y en los términos de la ideología nacional, esto implicó no menos que una traición. No obstante, a la luz de la anterior y la nueva Constitución, los líderes citados no serían traidores[75].

Otro controvertido incidente en esta misma línea fue la supuesta pérdida de los Monjes a mediados del siglo:

> «...el día 22 de noviembre del año 1952, el entonces canciller, Juan Uribe Holguín, dirigió al embajador de Venezuela en Bogotá, doctor Luis Jerónimo Prieto, una nota en la cual expresaba categóricamente, en nombre del gobierno de Colombia que 'con base en los antecedentes mencionados, el Gobierno de Colombia declara que no objeta la soberanía de los Estados Unidos de Venezuela sobre el archipiélago de los Monjes y que, en consecuencia, no se opone ni tiene reclamación alguna que formular respecto al ejercicio de la misma o

[75] Sobre la pérdida de Panamá existe abundante literatura. Una versión suscinta se puede encontrar en Enrique Gaviria Liévano, «Historia de Panamá y su separación de Colombia», en *Historia de Colombia*, Bogotá, Salvat, 1988, pág. 1485 y ss.

cualquier acto de dominio por parte de ese país sobre el archipiélago de la referencia»[76].

Las anteriores son tan solo dos de las pérdidas de territorio, que por tanto son muchas más, como lo ilustran con inusitado dramatismo las conocidas secuencias de mapas contenidas en los manuales elementales de historia patria. Más que las traiciones bélicas y las guerras, parece claro en buena parte de estos casos que han sido las conspiraciones y los errores diplomáticos de nuestros dignos representantes los que han afectado más gravemente los intereses colombianos. Pero el Constituyente, en su afán de prevenir con la mayor exactitud el caso límite, ha dejado a un lado espacios de deslealtad de una mayor ocurrencia práctica.

DE LOS DELITOS Y DE LAS PENAS

El Código Penal Colombiano contiene varios tipos penales en los que se encuentran contempladas conductas que persiguen la traición a la patria, y que pueden releerse[77] como un desarrollo y complemento de la Constitución: menoscabo de la integridad territorial, hostilidad militar, traición diplomática, instigación a la guerra, atentados a hitos fronterizos y actos contrarios a la defensa de la nación, entre otros.

La dosificación de la pena de algunos de estos tipos, comparada con la sanción deparada a conductas de menor gravedad –como una estafa en el marco de las relaciones privadas– es un indicativo de la estimación que el legislador penal tiene para la lealtad a la patria.

LA LÓGICA DEL CONSTITUYENTE

No obstante el poco aprecio que se pueda profesar a la filosofía analítica y a sus excesos, hay situaciones en las que lo menos que se puede hacer es extrañar su presencia. El primer inciso del artículo 97 evoca el famoso problema de Ernest Nagel de la ordenanza sobre los perros, en el que se ponen de presente los absurdos que surgen del uso descuidado del lenguaje natural por parte de quienes pretenden legislar[78].

En el artículo 97 ya citado se advierten dos errores graves que merecen ser bautizados:

a) El dilema de Hamlet: El sujeto pasivo de la norma es «el colombiano». Pero tan pronto se indica dicho sujeto se agrega «aunque haya renunciado a la calidad de nacional». Como en el último evento no se trata ya de un colombiano, es evidente que el Constituyente ha incurrido en una contradicción, la que heredó de la Constitución de 1886.

[76] Enrique Gaviria Liévano, «El diferendo Colombo-Venezolano», en *Historia de Colombia*, Bogotá, Salvat, 1988, pág. 1841.

[77] El Decreto 100 de 1980, como es obvio, es anterior a la actual Constitución. No obstante, el artículo 97 en cuestión es muy semejante a la norma respectiva de la Constitución anterior.

[78] Ernest, Nagel, «La notación simbólica, los ojos de Haddock y la ordenanza sobre los perros», en James Newman, *El mundo de las matemáticas*, Barcelona, Grijalbo, 1979.

CONCORDANCIAS

Arts. 29, 40 n. 7, 95, 96, 100, 212, 216

ANTECEDENTES

CONSTITUCIÓN DE 1886

Art. 13

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE:

DEL TEXTO DEL ARTÍCULO

Comisión I, art. 3 (G.C., N° 83, pág. 2, col. 3)
Comisión III, art. 131 (G.C., N° 83, pág. 27)
Primer Debate, art. 61 (G.C., N° 109, pág. 8, col. 3)
Comisión Codificadora, art. 99 (G.C., N° 113, pág. 7)

DE LOS DEBATES

Comisión III: mayo 13
Comisión IV: marzo 12
Plenaria: mayo 24 y 28, junio 29
Comisión Codificadora: junio 7

LEGISLACIÓN

Código Penal, art. 114
Ley 43 de 1993
Ley 137 de 1994

JURISPRUDENCIA

1994
C-179

1996
C-683

NORMAS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

b) La coma de los traidores: Si se lee con atención el artículo contiene una paradoja, pues para no ser penados como traidores a la patria hay que mantener la más absoluta neutralidad –no apoyar a Colombia o al país en guerra con Colombia– o en su defecto, hay que jugar del lado del adversario de Colombia, pues la traición se configura en el texto constitucional cuando uno actúa «contra los intereses del país en guerra exterior contra Colombia».

Sin que se tome como un elogio a los adoradores del inciso, de las íes, las oes, y las comas, se debe reconocer aquí la importancia de una coma que por inexistente en el caso –después del vocablo «país» no hay coma–, en el componente literal ha diezmado el sentido del artículo pero sin alcanzar su eficacia, el cual se puede restablecer, en todo caso, por otras vías hermenéuticas.

Artículo 98

La ciudadanía se pierde de hecho cuando se ha renunciado a la nacionalidad, y su ejercicio se puede suspender en virtud de decisión judicial en los casos que determine la ley.

Quienes hayan sido suspendidos en el ejercicio de la ciudadanía, podrán solicitar su rehabilitación.

Parágrafo. Mientras la ley no decida otra edad, la ciudadanía se ejercerá a partir de los dieciocho años.

PÉRDIDA Y SUSPENSIÓN DE LA CIUDADANÍA

El artículo regula dos situaciones diferentes: La pérdida de la ciudadanía y la suspensión de la misma. La pérdida, que como tal tiene una vocación definitiva, se produce por renuncia a la nacionalidad. La suspensión que tiene un carácter temporal, tiene como garantía dos tipos de reserva, una legal y otra judicial. Esto quiere decir sólo la ley puede determinar las hipótesis de suspensión de la ciudadanía y solamente un juez puede decretar dicha suspensión. Por regla, la suspensión opera frente a la comisión de delitos que conlleven como consecuencia la inhabilitación en las funciones públicas.

¿Qué tipo de ley es la requerida para prever dichas hipótesis? Dado el carácter necesario de la ciudadanía para el ejercicio de los derechos políticos –que implica una conexidad estrecha condición-derecho– y tratándose de una restricción gravosa que puede conllevar a la nugatoriedad del derecho fundamental, debería ser una ley estatutaria la que fije las hipótesis penales de suspensión de la ciudadanía.

LOS LABERINTOS DE LA REHABILITACIÓN

En la práctica, tal como lo denota la jurisprudencia –que tiene la virtud de ser como la punta de un *iceberg*– existen dos grandes «cuellos de botella» que comprometen la efectividad de este artículo constitucional. Los mismos son producto de la poca coordinación interinstitucional y del excesivo legalismo. El primero de ellos ha sido la gravosa situación en que se ven comprometidos quienes no obstante estar al margen de las hipótesis legales resultan afectados por una decisión judicial, en casos de homonimia o suplantación fraudulenta de sus identidades[79]. El segundo evento problemático ocurre cuando una persona debidamente procesada y condenada por la justicia penal, desea recobrar la ciudadanía una vez cumplida su pena. Tres casos ilustran suficientemente esta situación[80]:

a) Job, el ciudadano: Un señor extravió su cédula. Seis años después al intentar votar se percató que ésta había sido dada de baja. Al pretender averiguar el motivo fue detenido por unas horas. No obstante su comprobada inocencia, se le exigió una certificación del juez para poder levantar su cédula. Se dirigió al juzgado pertinente pero «el mencionado juzgado se declaró imposibilitado para efectuar la aclaración solicitada por el señor..., debido a que, para agravar su infortunio, los expedientes, radicadores, y en general el archivo del juzgado, fueron incinerados casi en su totalidad por un grupo subversivo, durante el asalto perpetrado el 8 de abril de 1992.»

La Corte Constitucional recordó, a raíz de este incidente, que no podía darse un trato de delincuente al que no lo era, tal como había quedado sentado desde el principio con la reseña, y recalcó:

---

[79] Es una práctica absurda pero recurrente en algunos administradores de justicia, la de procesar a un reo con todos sus motes y alias, con lo que se encarta a más de una persona inocente.

[80] Se ha optado por colocarles un nombre identificativo.

«[D]esde el punto de vista constitucional, hay que concluir que el juez no puede imponerle al ciudadano que reclama la efectividad de sus derechos fundamentales, la carga de tramitar para lograrla un proceso destinado a probarle al Estado que es inocente de un delito...»[81].

El caso pone en evidencia limitaciones institucionales al sistema democrático, derivadas del fallo y el anacronismo de los métodos de identificación y registro de ciudadanos. El único beneficiado por el desgreño administrativo es el delincuente que fácilmente acude al expediente de la suplantación personal. Pero lo que resulta inconcebible en todo esto es la persistente actitud de la administración de trasladar al ciudadano los efectos de la ineficiencia y torpeza del propio Estado.

b) El juzgado inexistente: Un expresidiario quería ser rehabilitado en sus derechos políticos. Para el efecto se dirigió al juzgado que lo había condenado, pero para la época el despacho ya no existía. Se le informó que los expedientes habían pasado a otra ciudad. Sin embargo, entre las montañas de procesos arrumados no fue hallado expediente alguno a su nombre. En vano trató de obtener una prueba sobre la pena cumplida en el tribunal de instancia. La Registraduría por su parte reiteró la exigencia de allegar una certificación de pena cumplida, la cual conforme a la ley sólo podía expedir el juzgado inexistente. En estas condiciones interpuso una acción de tutela y la perdió. Al final del camino y para su fortuna, la Corte Constitucional revisó el caso y revirtió el fallo de instancia:

«Luego de la aplicación al delincuente del régimen jurídico personal fijado en la sentencia, por tanto tiempo como se defina en cada caso pero sin sobrepasar los máximos señalados en la Constitución y la ley, se supone que la persona ha sido reeducada para la vida en comunidad o, al menos, se puede decir que cumplió con las cargas que legítimamente tasó y le impuso el juez competente y, sea que su resocialización se haya logrado o no, el poder punitivo del Estado se agotó para con esa persona y por los hechos que sirvieron de sustento a la condena. Así la persona tiene, entonces, el derecho a reincorporarse a la vida comunitaria en igualdad de derechos con los demás. [...]Si el Juzgado Único Especializado de Pasto no hubiera desaparecido, sería posible aportar la certificación de pena cumplida, porque en el libro radicador que allí se llevaba aparece la anotación del expediente; pero ese despacho ya no existe. Si se supiera adonde se llevó el expediente del proceso en el cual se condenó al actor, éste se podría recuperar, repartir el asunto a un juzgado regional de Cali y obtener la certificación, pero tampoco se conoce el paradero del expediente. Si el proceso en que se condenó al actor hubiese sido repartido a algún despacho judicial, se podría intentar reconstruir el expediente y obtener la certificación; pero no fue repartido a nadie, porque nunca se recibió para reparto, así que es imposible determinar quién es competente para dirigir la reconstrucción del expediente. [...] Así la prueba que se requiere para que la Registraduría Nacional del Estado Civil proceda a rehabilitar al actor, es de imposible consecución, debido a una falla en la administración del servicio de la administración de justicia que no es imputable al interesado, ni éste está en

[81] Corte Constitucional, Sentencia T-584/94, M.P. Carlos Gaviria.

CONCORDANCIAS

Arts. 29, 40, 96, 97, 99, 103, 258, 260

ANTECEDENTES

CONSTITUCIÓN DE 1886

Art. 14

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE:

DEL TEXTO DEL ARTÍCULO

Comisión I, arts. 3, 4 y 5 (G.C., N°83, pág. 3, col. 1)
Primer Debate, art. 2 (G.C., N° 109, pág. 8, col. 3)
Comisión Codificadora, art. 100 (G.C., N° 113, pág. 7)

DE LOS DEBATES

Comisión I: abril 18
Comisión IV: marzo 12
Plenaria: junio 12, 18, 25, 29 y 30, julio 3

LEGISLACIÓN

Ley 43 de 1993
Ley 148 de 1994

JURISPRUDENCIA

1992:
T-006

1993:
C-003, T-029

1994:
T-142, T-218, T-466, C-555, T-584

1996:
T-321

capacidad de remediar. [...]Añádase a lo anterior que, según lo dispone el artículo 228 de la Carta: «...en las actuaciones de la Administración de Justicia prevalecerá el derecho sustancial»[82].

c) Una fila de seis meses: Los hechos del caso, que son de fácil suposición por el título, corresponden a los de un ex-presidiario que debe soportar una carrera de obstáculos para obtener la restitución de su ciudadanía. La sentencia de tutela de la Corte Constitucional que puso fin a esta interminable romería señaló enfáticamente que «la respuesta de la administración a la solicitud de rehabilitación ha de ser inmediata» y agregó:

> «El condenado que ha cumplido con la pena que le ha sido impuesta tiene un derecho a recuperar el ejercicio pleno de la ciudadanía y las autoridades públicas deben hacer lo necesario para que tal derecho se haga efectivo. Las circunstancias propias del caso hacen aun más perentoria y exigente la actuación del Estado. En efecto, el hecho de que el petente haya sido condenado hace treinta años y que su petición estuviese encaminada a lograr un objetivo próximo y directo como era poder votar en las elecciones de finales de mayo de 1994, debía convertirse en una razón adicional para que los funcionarios públicos hubiesen agilizado un trámite, por lo demás sencillo y célere, que permitía la reincorporación de una persona a la vida activa»[83].

CIUDADANÍA Y ESQUIZOFRENIA

Merece finalmente resaltarse otro aspecto del artículo que se comenta, sobre el cual la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente:

> «La ciudadanía es el nexo que une a un Estado con un nacional para efectos de concederle derechos y obligaciones políticas, siempre que la persona reúna los requisitos exigidos al efecto por la ley. [...] Pues bien, sólo los ciudadanos pueden ejercer derechos políticos. [...] Así lo establece el artículo 40 de la Constitución [...] ¿Cuál es la razón jurídica de ello? Las personas naturales colombianas que no son ciudadanas son de dos clases: los menores de 18 años y aquellos a quienes se les ha sancionado con la interdicción de los derechos políticos como pena accesoria de una sanción penal principal. En el primer caso la norma tiene como fundamento la inmadurez sicológica de la persona y en el segundo la idoneidad moral. Por exclusión se concibe en consecuencia al ciudadano como una persona con calidades de madurez y moralidad adecuadas para poder sufragar y ejercer los demás derechos políticos»[84].

Las razones que a juicio de la Corte impiden el voto a menores de edad –inmadurez sicológica– responden a las razones que usualmente se alegan en favor de esta prohibición y que seguramente animaron al Constituyente.

Surge, sin embargo, el interrogante sobre la suerte de los disminuidos síquicos. El Constituyente no los ha excluido expresamente de la ciudada-

[82] Corte Constitucional, Sentencia T-218/94, M.P. Carlos Gaviria.

[83] Corte Constitucional, Sentencia T-466/94, M.P. Eduardo Cifuentes.

[84] Corte Constitucional, Sentencia C-003/93, M.P. Alejandro Martínez.

nía. ¿Podría hacerlo el legislador al fijar las causales de suspensión de la ciudadanía? Frente a las situaciones permanentes que este tipo de disfunciones entrañan ¿No se rompería en tal caso el sentido de temporalidad de la suspensión, más ligado por ello al ámbito de lo penal? ¿No entrañaría esto una persecución penal de la locura?

El esquizofrénico que quiera votar debe tener tanta capacidad de sufragar como el más cuerdo de los ciudadanos. En parte porque no podemos reduplicar en lo político el régimen de incapacidades de lo civil, donde las consideraciones en torno a la voluntad estigmatizada por la enfermedad busca la protección del ámbito patrimonial.

Cabe recordar al respecto que la Corte Constitucional en una sentencia histórica por la decisión tomada defendió el derecho a la mendicidad de un pordiosero demente[85]. De esta manera se respetó un ámbito extrapatrimonial de la libertad –decisión de no ser internado a la fuerza en un establecimiento de asistencia pública–. Este sustrato de libre desarrollo de la personalidad que se protege sin ambages y que trasciende el ámbito de las relaciones económicas, hace problemática la imposición de limitaciones a algunos tipos de decisiones como las políticas.

La locura que tiene tantos grises, que no ha sido demarcada en forma pacífica a lo largo de la historia y que por el contrario ha sido objeto de un control político, no puede hoy legítimamente ser materia de una decisión genérica del legislador. Una ley con un lenguaje pretendidamente científico y neutral que traducida a términos prosaicos contenga una proposición del tipo «los locos o los muy locos no pueden votar» no debería pasar un control de constitucionalidad, no sólo por dejar, ya no en manos de los jueces sino de los médicos, el problema de la ciudadanía, sino y fundamentalmente porque impone una racionalidad sobre otra, en un país que se autoconcibe como pluralista y democrático.

Es preferible pues, mantener esta incoherencia de dar el voto a los disminuidos síquicos y negárselo a los menores de edad, que superar la antinomia mediante la negación del voto a los dos. Al mantener esta contradicción, lo que se hace es admitir que la ciudadanía ha sido objeto a la vez de continuidades y discontinuidades, que desde la posición monopólica del *pater familias* a la extensión del poder político a sus hijos varones, y luego de manera sucesiva a las mujeres, a los indígenas, a los negros y a los mendigos, ha habido contrafuerzas nostálgicas de la tradición patriarcal que han mantenido en uno y otro cambio su sello. Lo anterior por una sencilla razón: porque el camino de la historia no es el mismo camino de la coherencia y de la lógica. La antigua adversión a abrir la política a los jóvenes y a los niños[86] ha perdurado quizás como signo del ab-

[85] Corte Constitucional, Sentencia T-029/93, M.P. Simón Rodríguez. A sabiendas de las condiciones mentales del indigente, advirtiendo que no revestía peligrosidad para la comunidad, señaló la Corte: «El Estado en estos casos no puede actuar por la fuerza para obligar a Mariaca a recibir su ayuda, ya que de esta manera invadiría la esfera de otros derechos constitucionales fundamentales y para citar unos, el consistente en el libre desarrollo de la personalidad inherente al ser humano y el derecho a la libertad personal».

[86] Aristóteles, por ejemplo en la *Etica Nicomaquea*(1095a) excluye del estudio de la ciencia política a los jóvenes a quienes considera «poco aptos» para ello.

surdo que privilegia una racionalidad sobre otra.

Por fortuna el carácter participativo del modelo democrático ha venido abriendo espacios de proyección política a los niños y a los jóvenes. La iniciativa de los niños por la paz es un vívido ejemplo del interés y la apropiación de los niños de la esfera pública. No debe olvidarse que la introducción de valores democráticos en los microcosmos vitales de niños[87] y jóvenes[88] son una condición para la superación de los esquemas autoritarios que detienen la construcción de una democracia real. La educación en y para la democracia es una preocupación de raigambre constitucional que se enmarca dentro de los mecanismos de defensa de la Constitución.

---

[87] Sobre el tema de la formación en valores democráticos, puede consultarse. Crisóstomo Pizarro, Eduardo Palma, (Ed.), *Niñez y democracia*, Bogotá, Unicef, 1997. Un estudio mucho más temprano pero clásico en la materia es el de Jean Piaget contenido en *El criterio moral en el niño*, Barcelona, Martínez Roca, 1984, trabajo que ha sido proseguido y extendido a otros grupos de edad por investigadores como Kohlberg, aplaudido por Habermas. Una propedéutica del niño en el respeto a la dignidad del otro, en la solidaridad y en el valor de su propia libertad es quizás el único camino cierto que nos queda para construir un mejor país y la única fuerza que puede equilibrar la inducción del niño, esa sí más eficaz, en el mundo del consumo (Cfr. Joël Bree, *Los niños, el consumo y el marketing*, Barcelona, Paidós, 1995). La Corte Constitucional ha producido un enorme caudal de sentencias que podrían afrontarse desde la perspectiva de la formación del ser político del niño.

[88] En el caso de los jóvenes, el artículo 45 CP. impone su participación activa en temas que les conciernan. A este respecto es relevante la sentencia C-555/94, M.P. Eduardo Cifuentes.

Artículo 99

La calidad de ciudadano en ejercicio es condición previa e indispensable para ejercer el derecho de sufragio, para ser elegido y para desempeñar cargos públicos que lleven anexa autoridad o jurisdicción.

LAS DOS CARAS DEL PODER

El artículo 99 desarrolla las dos caras de la ciudadanía: ciudadanía activa y ciudadanía pasiva. La primera se concreta en el derecho a elegir. La segunda en el derecho a ser elegido o designado, según el caso, para ejercer una función pública.

En cuanto a la primera forma de ciudadanía, la Constitución ha desarrollado una serie de estrategias para efectos de comprometer más directamente a los ciudadanos en las decisiones que los afectan. La denominada democracia participativa pretende superar el marginamiento y la subrepresentación de extensos sectores sociales.

Con el objeto de superar la apatía, de manera mucho más reciente se ha pretendido estimular el voto, y para el efecto se han creado mecanismos como el denominado certificado electoral.

En lo que se refiere a la ciudadanía pasiva hay dos grandes líneas de apertura: a) La nueva reglamentación de los partidos y mecanismos de participación tiende a ampliar el espacio político y a abrir posibilidades a nuevos movimientos y organizaciones, y por esta vía facilita el acceso al poder a nuevos ciudadanos que no se sienten a gusto dentro del actual espectro político; b) La consagración de la carrera administrativa como derecho político y su implementación en la práctica, permite que el acceso a la función pública sea mucho más equitativo y transparente.

Como quiera que estos aspectos se encuentran suficientemente desarrollados en los comentarios al Título IV de la Constitución publicados en otro tomo de esta obra colectiva, se omite una reflexión especial en esta misma línea.

LOS CONTORNOS DEL LIMBO

Con todo resultan importantes algunos antecedentes jurisprudenciales que destacan la importancia de estos derechos en la práctica y que tienen que ver con casos límite, en los cuales es posible medir la actitud de los jueces constitucionales frente al tema.

Un primer caso interesante toca con el derecho al sufragio de personas en condiciones especiales, tales como los sindicados. Como se sabe, en tanto no han sido declarados culpables se presumen inocentes, y por tanto aptos para el ejercicio político. Así las cosas, aun estando en prisión no se encuentran inhabilitados para ejercer el derecho al sufragio.

Por razones de eficiencia, la organización electoral estableció un número de reclusos mínimo para disponer la colocación de mesas de votación en centros de detención. Ante esta situación tres reclusos de una pequeña cárcel, por intermedio de la personera municipal, interpusieron acción de tutela. La Corte Constitucional al fallar en favor de los mismos, señaló:

> «[E]l núcleo esencial del derecho al sufragio comprende tres elementos. El primero de ellos hace alusión a la libertad política de escoger un candidato. El segundo se refiere al

derecho que tienen los ciudadanos de obtener del Estado los medios logísticos e informativos para que la elección pueda llevarse a término de manera adecuada y libre. Finalmente, el tercer elemento hace relación al aspecto deontológico del derecho, esto es, al deber del ciudadano de contribuir con su voto a la configuración democrática y pluralista de las instituciones estatales. [...] Es importante dejar en claro que el derecho al sufragio es un derecho fundamental de aplicación inmediata; en consecuencia su componente prestacional no lo convierte en un derecho de carácter programático cuya efectividad se encuentre librada a contingencias económicas o a decisiones políticas futuras. [...] [E]l concepto de eficacia no puede ser comprendido sin una consideración sobre el fin del sistema electoral, vale decir, sobre el derecho político a la participación política por medio del voto. Bajo este punto de vista, se excluye toda lógica cuantitativa o eficientista y resulta preponderante la protección efectiva del derecho de cada uno de los ciudadanos. Los sobrecostos o el agotamiento del sistema, no son en principio, argumentos válidos para anular la posibilidad de que un ciudadano ejerza efectivamente el derecho...»[89].

La sentencia efectúa algunas consideraciones adicionales de igualdad que disminuyen en el caso concreto aun más la razón de eficiencia, máxime en un contexto donde el Estado contaba con medios alternativos.

En una sentencia anterior, en la que la Corte conoció una tutela impetrada en favor de un grupo de indígenas con problemas de distancia para efectos de la cedulación, la doctrina de la Corte adquirió en parte un sentido inverso:

> «No obstante el interés de la Registraduría del Estado Civil en mantener las comisiones de cedulación en sectores distantes de las cabeceras municipales, en la actualidad existen limitaciones de orden presupuestal que le impiden cumplir ese objetivo, hasta tanto no se apropien los recursos necesarios, lo cual es significativo poner de presente, pues no es posible que a través de la acción de tutela se ordene a la administración que amplíe la cobertura de un servicio hasta el extremo de aproximarlo a nivel veredal, al seno mismo de la comunidad, cuando no hay disponibilidades de servicios económicos y dicho servicio se presta eficazmente en la cabecera municipal, aunque ello demande de los usuarios un esfuerzo, como es el desplazamiento a ésta, que no se juzga irrazonable, para disfrutar de las correspondientes prestaciones»[90].

Con todo, no se trata de fallos contradictorios, pues el recluso se encuentra en un estado de dificultad insalvable, lo que no sucede en el presente caso con los indígenas, al menos a un nivel formal. Es así como la sentencia resalta la posibilidad del interesado de acceder al medio para ejercer el derecho político. Por lo demás, se impone como correlato necesario de la carga que debe asumir el administrado la eficiencia del Estado. No obstante, la Corte habría podido efectuar ulteriores diferenciaciones que a la postre, para el caso de indígenas, negritudes y grupos marginados históricamente del queha-

[89] Corte Constitucional, Sentencia T-324/94, M.P. Eduardo Cifuentes.

[90] Corte Constitucional, Sentencia T-305/94, M.P. Antonio Barrera.

CONCORDANCIAS

Arts. 1, 2, 3, 40, 98, 100, 103, 172, 179n.7, 191, 219, 232, 242n.1, 249, 255, 258, 260, 264, 266, 267, 272, 293, 303, 307, 316, 375 a 378

ANTECEDENTES

CONSTITUCIÓN DE 1886

Art. 15

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE:

DEL TEXTO DEL ARTÍCULO

Comisión I, art. 6 (G.C., N° 83, pág. 3, col. 1)
Primer Debate, art. 3 (G.C., N° 109, pág. 8, col. 3)
Comisión Codificadora, art. 101 (G.C., N° 113, pág. 7)

DE LOS DEBATES

Comisión I: abril 18
Comisión IV: marzo 12
Plenaria: junio 12, 18 y 29

LEGISLACIÓN

Ley 43 de 1993
Ley 130 de 1994
Ley 131 de 1994
Ley 134 de 1994
Ley 136 de 1994
Ley 163 de 1994
Ley 220 de 1995

JURISPRUDENCIA

1992:
T-469

1993:
C-027, C-454

1994:
T-305, T-324, C-406, T-446, C-558, C-559

1996:
C-599

cer político, implicaran un acceso efectivo al ejercicio de los derechos políticos.

La Sentencia T-324/94 antes citada, podría ser relevante frente a otras situaciones extremas como la de los enfermos postrados, ancianos y grupos humanos con dificultades físicas de acceso a los puestos de votación. En algunos países se han venido abriendo mayores facilidades al voto, como el denominado voto por correo que, no obstante los reparos que su generalización pueda tener entre nosotros, puede resultar una solución plausible de cara a situaciones excepcionales como las aquí planteadas.

Ahora bien, la ley debería prever diferentes alternativas al alcance de quienes se encuentran en situaciones de disminución física, pues dentro de una misma disfunción existen distancias entre una persona y otra que no sólo dependen de la alteración orgánica. Vale decir, algunos ciudadanos en estas circunstancias, a diferencia de otros, han alcanzado una enorme autosuficiencia, por lo cual les molesta con toda razón algunas medidas que resultan para su caso paternalistas. Así, la institución del tarjetón de votación, que supondría la ayuda de un lazarillo para algunos ciegos, de no adecuarse al lenguaje Brayle implicaría una intromisión indebida en el ámbito secreto del voto en otros eventos[91].

Frente a manifestaciones pasivas de los derechos políticos la Corte Constitucional ha mantenido una actitud distinta. Esto resultó claro cuando se demandó la constitucionalidad de una disposición que impedía a quienes se encuentren en detención preventiva –así gocen del beneficio de excarcelación– desempeñar un empleo en la Fiscalía General de la Nación mientras no se haya definido su situación. Después de subrayar la seriedad de los motivos que llevan a una detención preventiva señaló:

> «Si se acepta que en órganos como la Fiscalía presten sus servicios personas contra las cuales existen indicios graves de responsabilidad en la comisión de delitos dolosos, es tanto como admitir que se destruya el Estado de Derecho, pues la administración de justicia queda en manos de personas cuyas virtudes o condiciones personales están en entredicho y, por tanto, no serían garantía suficiente de un correcto ejercicio de la función pública asignada, ni son garantía para los procesados»[92].

LA MITAD DE UN SIGLO

La sentencia más problemática sobre los alcances de la inhabilitación ha sido la sentencia C-406 de 1994,

[91] En la sentencia de la Corte Constitucional T-446/94, M.P. Alejandro Martínez, se planteó el tema del acceso al voto de personas con dificultades visuales. Un jurado de votación se había rehusado a señalar el candidato por el cual un votante con dificultades de visión quería sufragar. La Corte señaló que el principio del voto secreto no era absoluto y, precisamente, éste era un caso en el cual la compañía de otra persona para facilitar el ejercicio del derecho político era posible. Se trata sin duda de un avance. Pero sin desmedro de tal previsión, debería tenerse más en cuenta la situación de personas con dificultades que no buscan una ayuda tan directa, pero reclaman, eso sí, sistemas de voto acordes con su situación.

[92] Corte Constitucional, Sentencia C-558/94, M.P. Carlos Gaviria y Sentencia C-559/94, M.P. Hernando Herrera.

que afecta las posibilidades de acceder a la función pública (Art. 40 CP) a quienes permanezcan en situación de remisos frente al servicio militar. Esta sentencia reitera un núcleo sólido y desafortunadamente retardatario de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, opuesta en todos los sentidos a la objeción de conciencia referida al servicio militar. Se trataba en esta oportunidad de estudiar la constitucionalidad de algunos artículos de la Ley 48 de 1993, que exigen la presentación de la tarjeta militar hasta los cincuenta años para una gran cantidad de actuaciones públicas y privadas que, por su extensión e impacto sobre la proyección económica y política del remiso, implican una clarísima vulneración del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica[93].

La Corte Constitucional ha definido en varios fallos el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica como el derecho a no ser degradado de la condición de sujeto, y con el fin de diferenciar el derecho constitucional de los atributos de la personalidad propios del derecho civil ha planteado una serie de demarcaciones que han mantenido en el plano de la legalidad las definiciones del Código Civil. Ahora bien, al remitirse a estos precedentes jurisprudenciales, la Corte se ha mantenido fiel a la letra de sus fallos, pero no así a su espíritu, pues la situación que se le planteaba superaba las manifestaciones netamente particulares y concretas de los atributos de la personalidad, por comprometer derechos políticos y por tener una profundidad cualitativa tal que implicaban en la práctica la pérdida de la subjetividad jurídica y política.

[93] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-406/94, M.P. Jorge Arango.

La disposición fue declarada constitucional con la única condición de excluirse las hipótesis relacionadas con el estado civil de las personas. La mayoría de la Corte[94] se pronunció a favor de la norma ignorando que exigir este requisito hasta los cincuenta años para poder efectuar actos legítimos que no tienen una relación lógica con la prestación del servicio militar, resulta además una sanción extraordinaria mucho más gravosa que la deparada al remiso aprehendido.

SOTANAS EN EL PODER

El artículo 54 de la anterior Constitución señalaba:

> «El ministerio sacerdotal es incompatible con el desempeño de los cargos públicos. Podrán sin embargo, los sacerdotes católicos ser empleados de la instrucción o beneficencia públicas.»

[94] Salvó el voto el Magistrado Carlos Gaviria y no suscribió la sentencia por ausencia justificada el Magistrado Eduardo Cifuentes. Este último se ha opuesto en varias oportunidades también a la posición mayoritaria de la Corte en relación con el servicio militar. El salvamento del Magistrado Gaviria señala: «Creo que no anda muy lejos de la verdad el demandante, cuando asimila los graves efectos jurídicos que la ley imputa al hecho de no tener tarjeta de reservista o tarjeta provisional militar, a la muerte civil, aunque la Corte haya morigerado un tanto el desmesurado rigor, impidiendo, *v. gr.* que el estado civil sufra mengua por hechos que no le son imputables. [...] Condicionar al cumplimiento de una obligación, así se la sacralice, la facultad 'de otorgar instrumentos públicos y privados ante notario', 'registrar títulos profesionales y ejercer la profesión', salir del país, conducir vehículos o cursar estudios superiores, no consulta el más elemental criterio de justicia redistributiva...»

NORMAS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

Declaración Universal, art. 21
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 25
Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 2.2
Declaración Americana, arts. XX, XXXII y XXXIV
Convención Americana, art. 23

La Constitución del 91 ha roto con esta escisión de la ciudadanía en razón a la profesión religiosa. Concordante con lo anterior, al declarar la Corte Constitucional ajustado a la Constitución un artículo del Concordato relacionado con el tema, dejó claro que lo hacía sobre la base de una interpretación en la cual un sacerdote o monja nacionales pueden acceder a la función pública[95].

En efecto, la sentencia citada declaró exequible el artículo XVIII del Concordato, por cuanto en su redacción no era prohibitivo del desempeño de funciones públicas. En otras palabras, la disposición vigente no autoriza ni a la Iglesia ni al Estado impedir el acceso a la función pública a los ministros de la iglesia, fenómeno este último que ha sido común en los años recientes, donde pastores y sacerdotes han incursionado en la actividad política. Cosa distinta es la competencia que en lo religioso conservan las diversas confesiones para estimular o desestimular tal actividad. La Iglesia Católica, por ejemplo, mantiene una serie de restricciones canónicas que pueden implicar la suspensión en sus funciones ministeriales al religioso que aspire a un cargo de elección pública.

MACRO Y MICROCIUDADANÍAS

El centralismo se ha morigerado con la nueva Constitución. En virtud de lo anterior se ha reafirmado la importancia de lo local. En esta línea, el sufragio relativo a asuntos locales se ha ligado a la residencia del ciudadano en el mencionado sitio. Así, en la práctica se ha creado una macrociudadanía y una microciudadanía en función de lo nacional y de lo local.

A este respecto, la Corte Constitucional conoció de una demanda de tutela interpuesta por un conjunto de ciudadanos que se sentían perjudicados por una decisión que dejó sin efecto su inscripción electoral para votar en Castilla la Nueva, a causa de un supuesto «trasteo de votos». Aunque la Corte no se pronunció de fondo por considerar que los tutelantes disponían de otro medio de defensa judicial, señaló la insuficiencia de la decisión tomada, conforme a la cual los votantes inscritos podían votar en el lugar donde tenían derecho a votar según el censo electoral vigente con anterioridad a la resolución tomada.

> «...el acto administrativo objeto de la acción de tutela está obligando a los ciudadanos a ejercer el derecho al voto en el municipio en el cual les fue expedida la cédula de ciudadanía pero en el que no residen y, de conformidad con la Constitución y la ley, les está claramente prohibido ejercer el derecho al voto en ese otro lugar.
>
> Por lo tanto, si se hubieren detectado casos de inscripción de personas no residentes, el Consejo Electoral ha debido aumentar las medias de vigilancia en los municipios en que se presentaron problemas y utilizar los medios probatorios del caso, a partir del principio de buena fe, establecido en el artículo 83 de la Constitución, a fin de lograr el desarrollo de unos comicios dentro de un marco de imparcialidad»[96].

[95] Corte Constitucional, Sentencia C-027/93, M.P. Simón Rodríguez.

[96] Corte Constitucional, Sentencia T-469/92, M.P. Alejandro Martínez.

Artículo 100

Los extranjeros disfrutarán en Colombia de los mismos derechos civiles que se conceden a los colombianos. No obstante, la ley podrá, por razones de orden público, subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinados derechos civiles a los extranjeros.

Así mismo, los extranjeros gozarán, en el territorio de la República, de las garantías concedidas a los nacionales, salvo las limitaciones que establezcan la Constitución o la ley.

Los derechos políticos se reservan a los nacionales, pero la ley podrá conceder a los extranjeros residentes en Colombia el derecho al voto en las elecciones y consultas populares de carácter municipal o distrital.

LA MIGRACIÓN COMO PROBLEMA

Se dice que son tres las actitudes culturales dominantes hacia el extranjero[97]: a) la hospitalidad por la cual se lo hace un igual y a veces más que un igual al ser tratado con especial deferencia; b) la cautela o prudencia que lleva a tratar en un segundo momento con mejor dedicación a los propios que a los foráneos; y c) el rechazo que lleva a cerrar las puertas.

Platón, más amigo de esta última alternativa, propone el paradigma del perro en la relación con el extranjero que por estas épocas vuelve a hacer sus estragos:

> «...Habrás visto, observando los perros de raza, que por disposición natural son animales de gran mansedumbre con la gente que conocen y, en cambio, aparecen como todo lo contrario con los desconocidos. [...] Quiero decir que si ven un desconocido se enfurecen, aunque no les haya hecho daño alguno; en cambio, se muestran solícitos con el que conocen, aunque no hayan recibido de él ningún bien. ¿Nunca te has admirado de esto?»[98].

Si bien la situación del extranjero jamás ha sido la mejor, la anterior no fue la actitud dominante ni entre los griegos ni entre las otras culturas cercanas. Es más, la virtud de la hospitalidad con todos sus límites, tuvo un fuerte cariz religioso del que da cuenta «La Odisea», entre otros textos de la tradición antigua. En este sentido es muy conocida también la admonición de la Carta a los Hebreos donde se invita a tratar con especial deferencia a los extranjeros coloreando de luminosidad su presencia: «...pues de esta manera sin saberlo, algunos hospedaron ángeles»[99].

El hecho es que, desafortunadamente, las normas de hospitalidad y de prudencia legadas por la tradición más antigua que de alguna manera permitieron por siglos un manejo de la migración, quizás se encuentren en jaque, como se verá en seguida.

El pensador alemán Hans Magnus Enzensberger en su libro «La gran migración» de forma amena recoge las más variopintas posiciones en torno a los procesos migratorios, el racismo, la actitud hacia el extranjero, los nacionalismos y la xenofobia de hoy. El citado autor inicia su ensayo con una remisión impactante a la meteorología:

> «Un mapamundi. Enjambres de flechas azules y rojas que convergen en remolinos y vuelven a dispersarse en direcciones opuestas. Todo ello complementado con unas curvas que delimitan zonas de depresiones atmosféricas diferenciadas por tonalidades distintas. Isobaras y vientos. Un mapa del tiempo de estas características resulta atractivo; pero resulta difícil interpretarlo correctamente si no se poseen los conocimientos adecuados. Nos hallamos ante una abstracción que trata de reflejar un proceso dinámico por medios estáticos. Sólo una película sería capaz de plasmar lo que está ocurriendo, ya que el estado normal de la atmósfera es la turbulencia. Lo

---

[97] Ver Jacinto Choza, «El problema de la aceptación del extranjero», en *Revista de Estudios Políticos*, Nueva Epoca, No. 83, Madrid, CEC, Enero-Marzo de 1994, pág. 191 y ss.

[98] Platón, *La República*, 375b/376c.

[99] Hebreos, 13,3.

mismo, por cierto, cabe decir acerca del poblamiento de nuestro planeta por parte del hombre»[100].

La utilización de un símil meteorológico no resulta rebuscada ni absurda para describir los movimientos de la población en el tiempo y el espacio. De hecho, el filósofo Michel Serres va mucho más allá de la metáfora y siguiendo el hilo de la ciencia contemporánea considera a la población humana de hoy, en otro contexto –el ecológico– como factor climático[101]. Ahora bien, la introducción de Enzensberger aludiendo a las fuerzas más extendidas e indómitas de la naturaleza, tiene la virtud de mostrar, al menos, cuatro elementos básicos de los movimientos de población en el mundo en la línea de análisis propuesta: a) Sus dimensiones universales; b) Su complejidad teórica; c) La dificultad práctica de su control o la imposibilidad de su manejo en sus dimensiones actuales; y d) La inevitabilidad del fenómeno.

Las cifras sobre el patrón de crecimiento y la inmigración –factores correlacionados– son lo suficientemente dicientes para confirmar lo dicho. El Informe sobre Desarrollo Humano de las Naciones Unidas para el año de 1992 señala:

> «... Se calcula que el crecimiento demográfico anual en los años noventa será del 0.2% en la Comunidad Europea y en los países nórdicos y de 0.7% en Norteamérica. Por lo tanto, estas regiones serán menos propensas a convertirse en fuentes de migraciones. En el Sur, empero, la situación es muy distinta. Cerca de 38 millones de personas adicionales ingresan a la fuerza laboral todos los años. Unidos a los más de 700 millones de personas ya desempleadas o subempleadas, esto significa que para fines de la década deberán crearse o mejorarse mil millones de empleos, cifra que equivale a la población total del Norte»[102].

En esta misma perspectiva Norte-Sur que busca superar una visión estrecha y dominante frente a la migración –que ve en la misma un fenómeno que atañe principalmente a la política interna de los estados afectados y que puede aun tratarse por los mecanismos tradicionales– Stephen Castles señala:

> «Durante los años 90 la población mundial aumentará en 90 a 100 millones de personas por año. Para el año 2025, la población mundial casi se habrá duplicado, alcanzando 8.500 millones de personas. Casi todo el crecimiento demográfico tendrá lugar en los países en desarrollo... Para emplear el aumento previsto de la fuerza de trabajo en las sociedades en desarrollo hay que crear 36 millones de puestos al año, lo que en vista del estancamiento económico de muchos países no parece muy realista. [...] Mientras en 1970 había sólo 20 ciudades con más de cinco millones de habitantes, para el dos mil se espera que asciendan a 44, la mayoría de ellas en los países pobres... Ciudades de tales proporciones serían bastante inhóspitas, debido a las malas condiciones habitacionales, la falta de infraestructura social y las elevadas tasas de desempleo. [...] Tales condiciones de vida evidentemente generan un gran impulso migratorio.

[100] Hans Magnus Enzensberger, *La gran migración*, Barcelona, Anagrama, 1992, pág. 9.

[101] Michel Serres, *Le contrat naturel*, París, Flammarion, 1992.

[102] PNUD, *Desarrollo Humano: Informe 1992*, Bogotá, Tercer Mundo Editores, 1992, pág. 128.

CONCORDANCIAS

Arts. 40, 103, 172, 179 n. 7, 191, 212 a 215, 232, 255, 267, 272, 293, 312, 316, 327

ANTECEDENTES

CONSTITUCIÓN DE 1886

Art. 11

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE:

DEL TEXTO DEL ARTÍCULO

Comisión I, art. 1 (G.C., N° 83, pág. 3, col. 1)
Comisión III, art. 129 (G.C., N° 83, pág. 27)
Primer Debate, art. 59 (G.C., N° 109, pág. 8, col. 3)
Comisión Codificadora, art. 103 (G.C., N° 113, pág. 7)

DE LOS DEBATES

Comisión III: mayo 13
Plenaria: mayo 24 y 28, junio 29
Comisión Codificadora: junio 7

LEGISLACIÓN

Ley 43 de 1993
Ley 130 de 1994
Ley 131 de 1994
Ley 134 de 1994
Ley 136 de 1994
Ley 163 de 1994

JURISPRUDENCIA

1992:
T-463

1993:
C-094, T-178, T-142

1994:
C-179

1995:
C-106, C-130, C-178, C-280

1996:
T-215, T-321, T-358, T-416, C-710

1997:
C-049, C-050

> Como hemos mencionado, las migraciones de los años 50 y 60 tuvieron lugar principalmente por el reclutamiento y demanda de mano de obra en los países industrializados, respectivamente; hoy en día hay que contar con que estos movimientos migratorios continuarán aunque no exista demanda alguna, e incluso a pesar de las prohibiciones oficiales. A esto se suma la debacle del modelo soviético, que acarreó nuevos movimientos migratorios. Por un lado, se perdió el modelo alternativo para el desarrollo social de los países pobres. Al no existir un Segundo, el concepto de Tercer Mundo, perdió contenido. Por otro lado, también aumentó la migración Este-Oeste, que los países europeos consideraron como una alternativa preferible a la Sur-Norte»[103].

En consecuencia, como fenómeno global que es, la migración requiere de un trato distinto al que se depara a los fenómenos en estricto sentido locales, trato que implica de manera necesaria remedios de fondo, que por su gravedad, es posible que, los responsables de aplicarlos, si es que los hay, no estén dispuestos a hacerlo, como quiera que se demanda una modificación drástica de las relaciones de intercambio y de localización de los flujos de capital, en un tiempo donde la responsabilidad se disipa de manera creciente en lo que los economistas clásicos denotaron como mano invisible.

Todo parece indicar que el racismo y la resistencia al extranjero responden en buena medida a este tipo de condiciones económicas. Por eso dirá Enzensberger con ironía:

> «Cuando más cualificado sea un inmigrante menos trabas encontrará. El astrofísico indio, el arquitecto chino o el Premio Nobel del Africa negra son recibidos con los brazos abiertos en cualquier país del mundo... Una respetable cuenta corriente acaba como por arte de magia con la xenofobia»[104].

Un cambio de mentalidad que prepare a la población para abrirse a la integración y a una mejora sustancial en las condiciones de vida del Tercer Mundo, las cuales lleven la migración a dimensiones manejables, no parecen ser soluciones fáciles. Enzensberger se muestra absolutamente escéptico:

> «...Para ello sería preciso eliminar, o por lo menos reducir drásticamente, el desnivel existente entre países ricos y pobres. Pero el potencial económico de los países industrializados no está preparado para ello, sin contar ya con las limitaciones ecológicas de crecimiento. Por otro lado, no se vislumbra el menor indicio de voluntad política tendiente a una redistribución global. Medio siglo de existencia de la llamada política para el desarrollo permite vaticinar que todas las esperanzas puestas en un giro de este tipo resultan utópicas»[105].

Hasta el momento Colombia ha sido un país de emigrantes y jamás ha sido un país de inmigración, por lo que a primera vista las anteriores consideraciones no parecerían tener relación mayor con el artículo que se

[103] Stephen Castles, «La era inmigratoria. Cultura, incertidumbre y racismo», en *Nueva Sociedad*, No. 127, Caracas, Septiembre-Octubre, 1993, págs. 53-54.

[104] Enzensberger, *op. cit.*, pág. 42.

[105] Enzensberger, *op. cit.*, pág. 72.

comenta. El patrón de inmigración hacia Colombia responde a los niveles tradicionales, lo cual permite por ahora manejar una política migratoria de tipo clásico. Comparativamente con otros países del área el ritmo de inmigración ha sido bajo. Es cierto que se ha tenido uno que otro pico a lo largo del tiempo, pero nunca estos incrementos han cobrado una dimensión que se pueda denominar masiva.

No obstante lo anterior, las crecientes restricciones a la migración en el mundo industrializado y los factores demográficos y económicos antes reseñados, hacen factible en el mediano plazo un cambio de patrón, y por tanto, podría presentarse un incremento dramático de la migración dentro del contexto latinoamericano. No hay que olvidar que respecto de Africa, ya alcanzada por esta crisis, señala el informe PNUD antes citado: «La desesperación lleva a las personas de un país pobre a otro igual»[106].

Colombia, hay que subrayarlo, no se encuentra preparada para un cambio en el patrón migratorio. La especial apertura hacia el extranjero venido del norte, que tiende a universalizarse muy fácilmente como actitud de acogida, no se da en la práctica con el mismo nivel de cara al inmigrante latinoamericano, frente al cual subsisten recelos compartidos, a costa de los cuales se han afincado en parte nuestras nacionalidades. No existe suficiente base para afirmar, por ejemplo, que estamos exentos de los mismos sentimientos xenofóbicos venezolanos que de cuando en cuando brotan y que se alimentaron por el deterioro económico que sucedió a una época de bonanza petrolera, sustentada en buena medida con mano de obra facilitada en forma masiva por Colombia[107].

Un tanto de todo esto se ha visto frente a la migración cubana. Las dificultades que se han impuesto a los inmigrantes latinoamericanos en contra del espíritu mismo de la Carta Política, ha llevado a muchos de ellos a acudir a recursos tan conocidos en otras regiones como el matrimonio fraudulento. Tal parece ser el siguiente caso que enfrentó la Corte Constitucional: Un hombre de nacionalidad cubana promovió una acción de tutela, como mecanismo transitorio, contra la División de Visas del Ministerio de Relaciones Exteriores, debido a que tal dependencia le negó la solicitud de visa de residencia por su matrimonio con una nacional colombiana debido a un informe secreto del DAS cuyo texto nunca le fue revelado. El inmigrante alegó la violación de los derechos al debido proceso, a la defensa, a acceder a los documentos públicos y a formar una familia[108].

La Corte Constitucional reconoce que las funciones discrecionales no pueden confundirse con la arbitrariedad, por lo que en el caso de una cancelación de visa, la discrecionalidad es menor que cuando se trata de su otorgamiento: «la motivación debe tener una íntima relación con las razones de orden público exigidas por el artículo 100».

NORMAS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

Declaración Universal, art. 14
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 1.3.a, 2.1, 12, 13, 26 y 27
Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, arts. 2.2 y 2.3
Declaración Americana, arts. II, XXVII, XXXIII y XXXVIII
Convención Americana, art. 22
Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio, art. II
Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, arts. 3 y 6.3.
Declaración de los derechos del niño, art. 1
Convención sobre los derechos del niño, arts. 2.1, 8, 9, 10, 22, 30 y 40.2.b.vi
Convención sobre el estatuto de los refugiados

[106] PNUD, *op. cit.*, pág. 128.

[107] Sobre la migración de colombianos a Venezuela y otras situaciones de tensión entre los dos países puede consultarse el artículo de Cristina Barrera, «Flujos decisionales en escenarios de tensión especial», en Varios, *Crisis y Fronteras*, Bogotá, Cerec-Ediciones Uniandes-Cider, 1989, pág. 139 y ss.

[108] Sentencia T-321/96, M.P. Hernando Herrera.

No obstante lo anterior, la Corte defendió la reserva de los documentos del DAS y no accedió a conceder el amparo al extranjero, al encontrar en el expediente la aparente confesión del actor y varios indicios, como la no convivencia con su cónyuge, que apuntarían en el criterio de la Corte a mostrar cómo el matrimonio se efectuó con el propósito exclusivo de conseguir la visa.

DEL PODER MÁGICO DEL CAPITAL Y DE LAS MURALLAS CHINAS

Parece ser una costumbre del Ministerio de Relaciones Exteriores expedir anualmente un decreto de visas en el que reitera año tras año, con muy pocas variaciones, las reglas de juego de la inmigración. En tal normativa, si bien se abre espacio para los refugiados y asilados, se denota la misma orientación plutocrática que anima las regulaciones más severas del mundo industrializado. Un texto que ha sido reiterado continuamente y que es indicativo de tal realidad es el siguiente:

> «El Gobierno Nacional fomentará la inmigración dirigida específicamente al incremento de la inversión de capitales extranjeros, el desarrollo económico, científico, tecnológico y profesional y el fortalecimiento de la industria del turismo».

Se extraña en estas normas un espíritu de solidaridad bolivariana que tenga consideraciones más allá de lo económico. Pero incluso, en tal esfera, las evidencias muestran cómo el inmigrante, con su espíritu aventurero y luchador, es una fuerza poderosa de desarrollo pese a inmigrar en condiciones de extrema pobreza.

Dicha regulación está compuesta, en consecuencia, por elementos que apuntan a una inmigración selectiva, con base en criterios tan amplios como «...las necesidades políticas, demográficas, científicas y culturales del país, que sean de interés para el Estado colombiano».

No sorprende entonces que se siga calcando una política propia de los tiempos de la peste frente a la pobreza y la enfermedad. Las disposiciones nacionales en la materia se muestran adversas al ingreso de personas con enfermedades infectocontagiosas, mentales, carenciados económicos, delincuentes o sindicados. La sola taxonomía que revisten tales normas, que incluyen a los pobres en el mismo plano de los delincuentes, da para más de una disquisición.

Basta en adición ahondar en la ambigüedad de tales normas en los dos primeros casos, vale decir, el de las restricciones a la visa por enfermedad física y mental.

En su amplitud tales normas permiten restringir el ingreso al país de un extranjero por cualquier enfermedad infectocontagiosa o cualquier trastorno mental, lo que resulta desproporcionado.

No es lo mismo, por ejemplo, el potencial infectocontagioso del SIDA, que implica un contacto consciente y profundo, que el potencial infeccioso de otras enfermedades que tienen un patrón menos exigente de transmisión. Ni afecta el orden público el ingreso de alguien con una enfermedad mental que no implique riesgos para la comunidad.

Tal tipo de prevenciones, de un carácter inusualmente discriminatorio, afectan el principio de dignidad humana en un sentido universal. Inclusive desde la perspectiva simbólica y de formación de la mentalidad social, ponen en riesgo la debida protección de los propios nacionales, en cuanto promueven institucionalmente una estigmatización de la pobreza y la enfermedad.

DERECHOS DE LOS EXTRANJEROS EN TIEMPOS DE CRISIS

Conviene iniciar la recapitulación de la jurisprudencia, que al fin y al cabo describe la Constitución viva que no está ya en el papel, con dos conocidas sentencias de la Corte Suprema de Justicia que ilustran un aspecto de la situación de los extranjeros provenientes de naciones beligerantes durante la Segunda Guerra Mundial.

La primera corresponde a la demanda que en el año 47 fue instaurada contra el Decreto 1668 de agosto de 1943, el cual contenía algunas disposiciones sobre el régimen de administración fiduciaria a que se sometieron los bienes de los extranjeros aludidos. En particular se demandó un par de artículos que facultaban al gobierno para sujetar a dicha reglamentación bienes sobre los que tuviera sospecha de su titularidad real, y que sancionaban el traspaso que pudiese tener como causa la elusión del régimen. En consecuencia, la demanda se basaba en la indebida extensión de dicho régimen a personas que no eran extranjeros.

La Corte avaló la posibilidad de limitar el ejercicio de derechos civiles a los extranjeros, pese a que con ello se pudiera afectar a nacionales. Sin embargo declaró la inconstitucionalidad del decreto porque el ejecutivo fungía de juez, cuando «resolver las controversias sobre la propiedad entre ciudadanos y entre éstos y el Estado, es función privativa de la administración de justicia». Con todo, afirmó respecto a los extranjeros que «el libre acceso a los tribunales constituye una garantía social que se brinda en los países civilizados tanto a los nacionales como a los extranjeros»[109].

El segundo evento se refiere al estudio emprendido por la Corte Suprema sobre la Ley 39 de 1945, que alimentó un fondo para las reclamaciones ante el Reich alemán, entre otras fuentes con los bienes de naturales alemanes sujetos al mencionado régimen de administración fiduciaria. La Corte Suprema de Justicia señaló:

> «El concepto 'indemnización' o 'reparación' supone necesariamente el de responsabilidad. [...] Es ésta una proposición que, por evidente en sí misma, hay que aceptarla en todas sus consecuencias. Cuando falta la responsabilidad, la indemnización carece de base jurídica. [...] Los particulares [...] no son responsables ante las autoridades sino por infracción de la Constitución y las leyes. [...] La expresión 'particulares' incluye, desde luego a los nacionales como a los extranjeros. Estos últimos responden por actos SUYOS que de algún modo hieran la Carta Fundamental y las leyes. [...] Así las cosas se pregunta: ¿Están acaso obligados los extranjeros residentes en Colombia a responder civil, comercial o penalmente por actos

[109] Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, 10 de abril de 1947, M.P. Agustín Gómez.

que no fueron suyos sino de los gobiernos totalitarios? [...] Atendiendo la Ley de leyes y las instituciones de Colombia, hay que contestar a esta pregunta en forma negativa. [...] A la generalidad de los Estados iberoamericanos sólo les fue posible prestar una especie de respaldo moral a la causa de las Naciones Unidas en la última guerra, como lo hizo Colombia mediante la declaración de beligerancia con Alemania. La defensa de esta causa y la del hemisferio contra los gobiernos del Eje, por suponerse de necesidad y justicia, no podía jurídicamente invocarse para cohonestar la violación radical del derecho de propiedad de los alemanes, japoneses e italianos. Cobrar a los pueblos lo que hicieron sus gobiernos es actitud contraria a los más elementales principios de justicia».

Finaliza la Corte de manera enfática:

«...considera la Corte necesario restaurar el imperio de la Constitución, que es la más auténtica e importante entre las conveniencias nacionales, y dejar testimonio escrito de que el criterio de los jueces colombianos es enfáticamente adverso a cualquier acto que lesione legítimos derechos de los particulares, sean nacionales o extranjeros, y aunque se realice con la más sana aspiración patriótica, pues los intereses comunes jamás pueden defenderse sobre las ruinas del orden jurídico y moral»[110].

La Corte Constitucional también ha tenido pronunciamientos sobre el punto. Con ocasión de la revisión automática de la Ley estatutaria de estados de excepción tuvo que pronunciarse en relación con el régimen de confinamiento voluntario de extranjeros y sobre las facultades de limitación de los derechos de los mismos durante los estados de excepción. Respecto a lo primero afirmó:

«El derecho a la libre circulación y residencia puede ser restringido por el legislador, pues conforme a la Carta, éste opera «con las limitaciones que establezca la ley». En consecuencia, bien puede el legislador de excepción afectarlos, por graves motivos de orden público, como sería el caso de guerra exterior.

En el caso bajo estudio, se autoriza al Gobierno para establecer restricciones a la libre circulación y residencia de las personas, en cualquier área del territorio nacional, cuando el estado de guerra exterior así lo aconseje y con la única finalidad de proteger la vida de los habitantes y facilitar las operaciones de dicho período excepcional. Cumple así la autoridad el deber que tiene de proteger a todas las personas en su vida, honra y bienes, tal como lo ordena el artículo 2o. de la Carta.

Obsérvese cómo el legislador permite el establecimiento de zonas especiales de circulación y residencia, exclusivamente para asegurar la protección de la población que pueda resultar afectada por las acciones propias de la guerra, decisión que sin embargo no podrá imponerse a persona alguna, pues queda a su propia voluntad y responsabilidad permanecer en ellas.

Igualmente esta disposición ordena al Gobierno, como es apenas natural, proveer los recursos necesarios para garantizar las condiciones de alojamiento, transporte y manutención de las personas afectadas con la medida»[111].

[110] Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, 12 de diciembre de 1958, M.P. Pedro Pacheco.

[111] Corte Constitucional, Sentencia C-179/94, M.P. Carlos Gaviria.

El segundo pronunciamiento de la sentencia aludida corresponde a una acusación ciudadana promovida contra el literal j) del artículo 38 del mismo conjunto normativo, en cuanto vulneraba la reserva de ley estatutaria para las limitaciones admisibles a los derechos civiles de los extranjeros.

La sentencia enfrenta los cargos señalando en primer lugar que las razones establecidas en el artículo 100 para limitar los derechos civiles de los extranjeros son motivos de «orden público», expresión que coincide precisamente con la definición de un estado excepcional como el de conmoción interior.

Pero la verdad sea dicha, esta coincidencia no implica de manera necesaria la titularidad en cabeza del ejecutivo de facultades tendientes a restringir el radio de los derechos. El restablecimiento del orden público no conlleva facultades implícitas que permitan al Presidente suplir al legislador en todos los campos.

La segunda manera en que la Corte Constitucional abordó el cargo consistió en reparar en que la noción de derechos civiles es diferente a la noción de derechos fundamentales, cuya restricción ciertamente requiere de ley estatutaria.

Si bien, hay una corriente de nuestra doctrina que atribuye un carácter marcadamente patrimonialista a los derechos civiles, conviene señalar que en sentido estricto es una categoría que se opone a la de los derechos políticos, y que históricamente abarcó y abarca buena parte de los derechos fundamentales, alcanzados por lo que se ha denominado primera generación de derechos.

Se acepta, eso sí, con el ponente, que no existe un total grado de sinonimia, en cuanto la definición comprende también derechos no necesariamente fundamentales. Pero es indudable que hay un espacio de intersección muy grande con los derechos fundamentales, sobre el cual debió declararse la inexequibilidad.

Por lo demás, al no definirse con exactitud en qué se diferencian unos de otros en esta novedosa concepción, ni cuál es el catálogo de los derechos civiles, se ha abierto un espacio muy amplio a la discrecionalidad. Hasta qué punto no se ha mantenido la coherencia en esta definición jurisprudencial lo demuestra el que la Corte Constitucional en fallos posteriores haya apuntalado en el artículo 100 la restricción a derechos fundamentales a los extranjeros, entre ellos el derecho al trabajo.

No sobra anotar que el hecho de que algunos derechos fundamentales quepan también en otras definiciones y clasificaciones más o menos cercanas –derechos humanos, derechos civiles, etc.– no borra su carácter fundamental al derecho respectivo. Resulta en síntesis insuficiente este segundo recurso argumentativo de la Corte.

Pasa la sentencia en tercer lugar a encontrar cumplido el requisito de ley por la naturaleza de los decretos en cuestión, los cuales son leyes en sentido material. El argumento es débil. Sin pretender que toda regulación de un derecho requiere de ley estatutaria, hay que señalar que una restricción directa y grave a un derecho fundamental sí requiere necesariamente de una ley estatutaria. Y este requisito no se puede surtir con una ley en

sentido material y de origen ejecutivo, pues lo que está en juego en una ley estatutaria es el refuerzo del principio democrático como garantía. En la ley estatutaria se amplía la base de la decisión para huir de la tiranía de las circunstancias y minimizar la de las simples mayorías. Esta garantía que se debe mantener incólume en las épocas de crisis, es necesariamente antagónica con la característica concentración del poder de decisión del Presidente durante los mismos períodos.

Pasa finalmente la Corte Constitucional a justificar la atribución presidencial de expulsión de extranjeros que contravengan las disposiciones de orden público, la que declara ajustada a la Constitución[112].

LOS EXTRANJEROS DEL ARTÍCULO 100

Resulta interesante recordar que durante la Constitución de 1886 hubo una amplia discusión jurisprudencial acerca de si los extranjeros a los que se refería la cláusula de equiparación en derechos cubría a las personas jurídicas o no[113]. En la sentencia sobre la denominada «colombianización de la banca»[114], donde la Corte profirió un fallo divido en pro de la exequibilidad de esta medida nacionalista, sostuvo que los extranjeros personas naturales eran quienes gozaban de igualdad de derechos, en tanto la persona jurídica era una ficción legal regulada por otra normativa. No obstante, como se observará más adelante, ésta no fue una posición uniforme en el tiempo.

La Corte Constitucional, por su parte, al definir la legitimación activa de las personas jurídicas extranjeras, las incluyó inequívocamente dentro de la cláusula de equiparación de derechos contenida en el artículo 100:

> «... a las personas jurídicas extranjeras, se aplica igualmente la regla general que rige sobre la titularidad de los derechos fundamentales y la legitimación para interponer la acción de tutela enunciada respecto de las personas jurídicas en general. Adicionalmente, en este caso, se aplican las normas constitucionales que, por razones de orden público, facultan al legislador para subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinados derechos civiles a los extranjeros (CP. art. 100)»[115].

---

[112] Otros fallos que abarcan la situación de los extranjeros durante épocas de perturbación ya han sido analizados con ocasión del comentario al artículo 96, por cuanto se referían también a la situación de los nacionales por adopción.

[113] De reconocerse la influencia del derecho internacional sobre el derecho público interno, se podrían encontrar en aquel las bases originales de esta discusión, que en últimas se refieren a la extensibilidad de derechos a personas jurídicas. Durante el siglo pasado, a causa de una serie de errores jurídicos y diplomáticos, el país tuvo que sufragar una cuantiosa indemnización por una confiscación que comprendió a una sociedad en la cual Ernesto Cerruti era socio. Se trata de uno de los primeros antecedentes de protección de derechos que involucra a una sociedad. Una versión de este caso puede verse en Alberto Zalamea, *Momentos estelares de la historia y arte colombianos*, Bogotá, Banco de Colombia, 1988, pág. 59 y ss.

[114] Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, 16 de junio de 1976, M.P. Eustorgio Sarria.

[115] Corte Constitucional, Sentencia T-463/92, M.P. Eduardo Cifuentes.

Dentro de este mismo contexto de la legitimación activa en materia de acción de tutela, la Corte Constitucional ha reiterado respecto a los extranjeros en general:

> «Según dispone el artículo 86 de la Carta Política, la titularidad de la acción de tutela corresponde a 'toda persona', sin establecer diferencia alguna por razones de nacionalidad ni de ciudadanía. [...] Ello armoniza con el principio general consagrado en el artículo 100 de la Constitución, a cuyo tenor los extranjeros disfrutarán en Colombia de los mismos derechos civiles que se conceden a los nacionales, al paso que 'los derechos políticos se reservan a los nacionales'. [...] Los sujetos de la protección no lo son por virtud del vínculo político que exista con el Estado colombiano sino por ser personas, ya naturales, ora jurídicas...»[116].

LO MÁS Y LO MENOS

En un punto en que parece estar de acuerdo la jurisprudencia es en la posibilidad de establecer, por razones de orden público, limitaciones a los derechos de los extranjeros, que los sitúen en una posición de desigualdad frente a los nacionales, aunque en este punto hay una gran variedad de matices. A su vez, existen espacios de la interpretación del ahora artículo 100 en los que se respira más bien división. Es el caso de las ventajas que se puedan acordar en favor de los extranjeros en razón de su calidad de tales.

Respecto al primer punto propuesto, es decir, el de las desventajas, ya en vigencia de la Constitución de 1991 la Corte Suprema de Justicia, al declarar inexequible una disposición tributaria, señaló:

> «... las potestades reconocidas al legislador en materia tributaria y con relación a los sujetos pasivos de la obligación que puede decretar, quieren indicar que bien puede establecer impuestos tanto sobre nacionales como sobre extranjeros residentes, tanto sobre personas jurídicas como sobre personas naturales. Empero, el artículo 11 de la Carta de 1886 y el artículo 100 del nuevo Ordenamiento Supremo, no le permite que haga la distinción advertida sin que medien dichas razones de orden público y sin que éstas sean expresas, pues la doctrina constitucional que inspira las democracias occidentales y a la que adhiere nuestro régimen, según se desprende del análisis de las disposiciones señaladas, ha fundado las distinciones en materia de derechos civiles y de contenido económico en las citadas razones, ya que éstas y únicamente éstas, sean de contenido político como económico, son las únicas que justifican y hacen menos odiosa la discriminación contra la que han luchado las sociedades que se erigen sobre los principios del Estado de Derecho (arts. 1, 2, 4, entre otros, de la C. N. de 1991). [...] La Corte advierte que dichas razones hacen relación a la vigencia, estabilidad y conservación del orden público, a la seguridad nacional, las instituciones políticas y al poder público, o el orden social; además, contemporáneamente se advierte que con el desarrollo de las competencias de intervención del Estado en la economía con fines sociales y por los compromisos que asume, dichas razones comprenden también la

[116] Corte Constitucional, Tutela T-142/93, M.P. José Gregorio Hernández.

defensa de la soberanía monetaria y la estabilidad de la moneda, y a los niveles de producción, distribución y consumo de bienes, siempre que de ellas dependa el orden económico o social del país o que con ellas se genere calamidad pública. [...] Además, el principio de la igualdad tributaria no puede desvirtuarse con base en razones de nacionalidad del sujeto gravable (art. 13 y 100 de la C. N. de 1991), aunque eventualmente sí es posible hacerlo cuando medien aquellas razones, incluso las de orden público económico, como ocurre en otras hipótesis jurídicas»[117].

Con esta sentencia que dividió a la Corte Suprema de Justicia, se marca una ruptura en la laxitud habitual que había mostrado la revisión constitucional de las restricciones impuestas a los extranjeros. Se plantea una especie de *test* de constitucionalidad del que se coligen los siguientes elementos a) la exigencia de «razones de orden público»; b) la exigencia del carácter «expreso» de las mismas»; y c) La conexidad estrecha de la medida con el orden público o la calamidad material.

Existe otra sentencia en esta misma línea que puede dar alguna pauta acerca del desarrollo constitucional de esta materia. En ella la Corte estudió varias disposiciones de la Ley 6 de 1991 que reglamentó la especialidad en anestesiología. En primer lugar declaró inexequible la prohibición implícita a los extranjeros de ejercer la especialidad en el país. Al respecto y en concordancia con el precedente anterior señaló:

«...No existe razón para que sólo los «extranjeros nacionalizados» puedan ejercer tal especialidad. Cualquier extranjero puede hacerlo si tiene un título reconocido en Colombia. La norma viola el artículo 13, porque consagra una discriminación inaceptable, por causa de la nacionalidad. Y, además, [desconoce] el artículo 100, pues no hay motivos de orden público que justifiquen este recorte de los derechos de los extranjeros. Y no existe una razón para que la ley restrinja así el derecho al trabajo del extranjero, y en especial el que éste tiene al servicio de la especialidad mencionada.

Todo lo anterior cobra mayor fuerza si se tiene en cuenta que el ejercicio de la medicina y de sus especialidades, es un servicio humanitario, que va más allá de rígidos conceptos excluyentes»[118].

Ahora bien, la sentencia entra a matizar la posición al momento de referirse a la provisión de cargos de dirección y manejo en hospitales oficiales. La disposición acusada reservaba de manera indefinida dichos cargos a los nacionales. La Corte declaró la constitucionalidad condicionada de la ley a que en el país de origen del extranjero no tengan acceso al mismo cargo los nacionales colombianos y agregó:

«... el legislador, por razones de orden público, como lo prevé el artículo 100

[117] Corte Suprema de Justicia, Sentencia 99 de 1991, Ms. Ps. Fabio Morón Díaz y Jaime Sanín.

[118] Corte Constitucional, Sentencia C-280/95, M.P. Jorge Arango. Mediante la Sentencia C-050/97, M.P. Jorge Arango, en relación con el tema del reconocimiento de estudios cursados en el exterior, la Corte Constitucional declaró la inexequibilidad de una norma de descogestión de trámites que suprimió el procedimiento de homologación o convalidación de títulos. El magistrado Eduardo Cifuentes salvó el voto.

de la Constitución, y particularmente por motivos sociales y económicos vinculados al mantenimiento del orden público económico, puede establecer en casos especiales, restricciones al trabajo de los extranjeros, en determinados trabajos y ocupaciones. Piénsese, por ejemplo, en las leyes que se dicten para asegurar el pleno empleo de los colombianos»[119].

No podría dejar pasarse por alto un interesante precedente constitucional del año 85 en el cual el Consejo de Estado abordó el estudio de la carga impuesta a los artistas extranjeros de efectuar presentaciones gratuitas como condición previa para obtener el permiso de actuar en el territorio capitalino. El Consejo, además de observar que tal tipo de limitaciones era reserva de ley, observó que en todo caso no habría razón legal alguna para imponer tal obligación, la que constituía en estas condiciones una discriminación[120].

La Corte Constitucional, por su parte, consideró inexequible la exigencia hecha por el legislador mercantil en la Ley 222 de 1995 de obligar a establecer un domicilio permanente en el país a las personas extranjeras que pretendieran celebrar contratos de representación o agencia a ejecutarse en el país, por establecer una clara discriminación en razón del origen[121].

Un aspecto importante por determinar es si la igual protección a los extranjeros se predica necesariamente en el territorio nacional, en cuanto una acción u omisión de una autoridad colombiana puede causar un daño que se origina en el país, pero que se materializa en el exterior. ¿Tiene en tales circunstancias el extranjero afectado un derecho de acceso a la justicia?

El Consejo de Estado tuvo que enfrentar dicho dilema. Unos ciudadanos venezolanos presentaron una acción contencioso administrativa contra el Estado, por cuanto las omisiones en la vigilancia de hitos fronterizos permitieron la penetración de guerrilla colombiana en territorio venezolano con consecuencias dañosas para los demandantes.

Mediante auto el Consejo de Estado rechazó la demanda basado en dos argumentos fundamentalmente: a) que de acuerdo con el artículo 2 de la Carta las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas «residentes»; y b) que la función pública de administrar justicia, como emanación de la soberanía, tiene un ámbito de validez circunscrito al territorio, y los hechos dañosos ocurrieron en el exterior[122].

Sin demeritar que el rechazo de la demanda podría justificarse argumentativamente y, por tanto, podría eventualmente convertirse en una solución sólida y ajustada a derecho, las razones dadas por el Consejo de Estado no parecen muy contundentes, pues la interpretación literal del artículo 2 de la Constitución que subraya la vocación del Estado frente a los residentes, no pue-

---

[119] *Ibid.*

[120] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, 3 de mayo de 1985, Consejero Ponente Miguel Betancourt.

[121] Corte Constitucional, Sentencia C-049/97, M.P. Jorge Arango.

[122] Consejo de Estado, Auto de Sala Unitaria, 29 de julio de 1997, Consejero Ponente Juan de Dios Montes.

de ser utilizada en contra de los derechos de los no residentes, dentro de los cuales se encuentran buena parte de los extranjeros de paso por el país o en vecindad con él.

En cuanto al segundo argumento, se desconoce que lo que se pretendía someter al escrutinio de la jurisdicción no era el acto cometido en territorio venezolano por unos guerrilleros, sino la omisión del Estado colombiano en territorio colombiano que se convirtió en causa eficiente de dicho daño.

Admitir la demanda en estas circunstancias no hubiese implicado de manera necesaria una condena al Estado colombiano, pues en igual sentido cabe una responsabilidad de vigilancia de las fronteras al Estado venezolano, que habría que determinar si debe resultar equivalente o menos exigente que la que corresponde a las autoridades colombianas respecto de la salida de su territorio de fuerzas irregulares nacionales.

Desde la perspectiva de la conveniencia se puede advertir que aun en caso de producirse una condena, muy seguramente sería menor que la proferida por un tribunal internacional, pero ésto no sea quizás lo más importante que pueda aducirse en favor de una decisión diferente a la asumida por el Consejo de Estado.

Crear un espacio para indemnizar los daños causados a un extranjero en territorio vecino por una omisión en territorio patrio, cuando efectivamente existe una responsabilidad del Estado, resulta sano no sólo en cuanto implica un freno al desgreño de las autoridades, sino en cuanto implica una cuestión de elemental justicia.

El otro lado de la moneda es el de las ventajas que se pueden dar a los extranjeros. Una interpretación estrecha del artículo 100 llevaría a negar dicha posibilidad, elevando la excepción a principio orientador de todo trato diferente.

El único interés expreso del Constituyente ha sido la facultad de aminorar por ciertas razones de peso el radio de los derechos propios de los extranjeros, no el de excluir las diferentes posibilidades de trato que se derivan de la regla que sigue siendo la igualdad, la que a veces supone diferenciaciones para su realización. Nada impediría que, por su condición, el extranjero sea beneficiario en ciertos casos de una diferenciación legítima que lo coloque en ventaja frente a los nacionales.

La jurisdicción constitucional no ha sido uniforme en la materia. Frente a la concesión de estímulos fiscales para atraer la inversión extranjera, la Corte Suprema de Justicia se mostró adversa a cualquier privilegio de esta índole:

> «[...] los extranjeros, comprenden tanto a las personas naturales como a las jurídicas. [...] o sea que ante el mandato de este precepto el tratamiento de nacionales y extranjeros es igual, y sólo puede ser discriminativo para beneficiar a los nacionales, pero nunca se puede sostener que frente a él pueda ser desigual en favor de los extranjeros...»[123].

---

[123] Corte Suprema de Justicia, 6 de diciembre de 1984, M.P. Ricardo Medina.

Más acertado fue un fallo de 1961 que avaló la eliminación de la doble tributación para extranjeros:

> «el principio de igualdad ante la ley no se realiza en ocasiones sino a través de la desigualdad misma» [...]: La regla de la reciprocidad, en el caso concreto de las disposiciones demandadas, en verdad sólo tiene por objeto asegurar esa igualdad entre nacionales y extranjeros que predica el artículo 11 de la Carta, lo que por tanto quiere decir que no son violatorias de ella sino que, en cambio, se ciñen de manera estricta a su espíritu»[124].

La Corte Constitucional en un fallo similar avaló la exoneración fiscal de los servicios prestados en el exterior. Además de advertir las razones de territorialidad señaló que lo importante era determinar para el caso si en idénticas circunstancias de hecho se da un trato distinto[125].

No sobra señalar que la aplicación del derecho de igualdad en los tratados públicos debería efectuarse en el marco de la reciprocidad, que es el principio que los gobierna. Este supone para un privilegio extendido, no que el extranjero sea tratado igual que el nacional dentro del país, sino que si es tratado mejor que un nacional o un extranjero de otra procedencia, igual trato preferente se dé a un nacional colombiano en el país con el que se ha firmado el acuerdo. No basta así la comparación plana entre un nacional colombiano y un extranjero en Colombia; se requiere más bien enfrentar la situación del colombiano en el exterior con la ventaja concedida al extranjero dentro del país. De otra manera sería incomprensible la internacionalización que conlleva muchas veces un desarrollo inarmónico, como quiera que las relaciones y las prestaciones acordadas varían en grado e intensidad dependiendo del país con el que Colombia entabla una relación. Desafortunadamente éste no fue el criterio que la Corte Constitucional siguió al estudiar la constitucionalidad del tratado con el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, que establecía la garantía de no expropiación sin indemnización[126].

La Corte desliga el análisis de igualdad de la reciprocidad y lo hace, además, analizando de manera aislada el artículo del que deriva fácilmente, como es de suponer, un trato diferente en contra de los nacionales colombianos en el país y de las «personas y empresas de otros países». Este es un error craso, pues al perder de vista la reciprocidad y la economía global del tratado –que puede justificar una decisión como la de no expropiar– se está afectando en forma notoria la capacidad de negociación del Gobierno hacia el futuro, pues una característica que acompaña a este tipo de relaciones bilaterales es la de suponer dádivas y privilegios no universales. Las dádivas y concesiones de los tratados no suponen ni deben suponer en todos los casos universalidad, y lo que aisladamente puede

---

[124] Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, 3 de Julio de 1961, M.P. Simón Montero.

[125] Corte Constitucional, Sentencia C-094/93, M.P. José Gregorio Hernández.

[126] Corte Constitucional, Sentencia C-358/96, Ms.Ps. Carlos Gaviria y José Gregorio Hernández. La sentencia cuenta con más de una falacia lógica que no viene al caso tratar. De la decisión mayoritaria se apartaron los magistrados Eduardo Cifuentes y Antonio Barrera, quienes salvaron su voto.

resultar desproporcionado en ellas, en una visión de conjunto del tratado puede resultar justo.

El tratado tenía además a su favor el que la garantía se refería a una facultad del legislador que aprobó el tratado, la cual, en cuanto facultad, no se podía entender como obligación de expropiar sin indemnización por razones de equidad y podía comprenderse más fácilmente como ejercicio negativo de la atribución constitucional.

Por los demás, los beneficios de un tratado de esta naturaleza bien pueden justificar la renuncia del legislador, dejando intacta la facultad constitucional para un sinnúmero de casos. En cambio, la postura maximalista de la Corte Constitucional ha puesto en la práctica en peligro la misma norma en cuya defensa se ha empeñado. En efecto, la presión de los grupos de interés ha venido abonando el terreno para suprimir el inciso constitucional en cuestión[127].

PRISIÓN Y DESTIERRO

La Corte Suprema de Justicia respaldó en su tiempo la expulsión de los extranjeros incursos en la práctica ilegal de la farmacia, por encontrar que se trataba de un claro desarrollo de las disposiciones de orden público que permiten restringir los derechos de los mismos[128].

Por su parte, la Corte Constitucional ha abandonado esta visión simplista de la pena de expulsión que de modo genérico le da una catalogación de protección del orden público, y ha invitado más bien a tener en consideración las circunstancias específicas de cada caso concreto.

Con ocasión del caso de una mujer extranjera que había desarrollado vínculos de familia en el país, la Corte concedió de manera temporal una acción de tutela, por observar la existencia de otra vía judicial. No obstante, sentó jurisprudencia en los siguientes términos:

> «Bajo los supuestos de la nueva Constitución resulta contrario al núcleo esencial de los derechos fundamentales de los menores, por un lado, la imposición y, por otro, la ejecución de una sentencia en la que se ordene la expulsión del territorio nacional a una persona extranjera que sea, y a la vez acredite, que es padre o madre de menores residenciados legítimamente en nuestro país, y que mantengan entre ellos el vínculo natural o jurídico de la familia. La distancia física que se conforma por virtud de la expulsión del padre o de la madre extranjeros del menor legítimamente radicado en nuestro territorio, es, en principio, una barrera innecesaria e inhumana que se opone al disfrute de los derechos fundamentales de éstos y que, por tanto, no puede ser patrocinada

[127] Un análisis comparativo de la denominada función social de la propiedad que incluye el caso colombiano y que puede ser útil en un replanteamiento del artículo constitucional puede encontrarse en Andreas Timmermann, *Soziale Funktion und Umeltfunktion des Eigentums in der spanischen und in der kolumbianischen Verfassung*, Hamburg, Institut für Internationale Angelegenheiten der Universität Hamburg, 1996.

[128] Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, 2 de septiembre de 1964, M.P. Enrique Coral.

indiscriminadamente por los jueces, al aplicar la pena accesoria de expulsión del territorio nacional»[129].

LOS CIUDADANOS DE MÁS ALLÁ

Los derechos políticos han sido negados a los extranjeros en el artículo 100 aunque no de manera absoluta por cuanto, en tanto la Constitución de 1991 introdujo una apertura a la participación política de los extranjeros en elecciones y consultas populares locales, señalando tal facultad como reserva de la ley[130].

En la Sentencia C-003 de 1993, ya citada, la Corte Constitucional declaró inexequible la extensión a las personas jurídicas del derecho de acción pública de inconstitucionalidad que hacía el Decreto 2067 de 1991, en razón del monopolio de los derechos políticos en la persona natural. En esta ocasión se refirió lateralmente al derecho de voto de los extranjeros así:

> «En cuanto a la regla general, que es el caso pertinente para el negocio que nos ocupa, su razón consiste en el hecho de que por razones de soberanía es necesario limitar el ejercicio de derechos políticos a los nacionales. Ello en virtud del artículo 9o. de la Carta que dice: [...] «Las relaciones exteriores del Estado se fundamentan en la soberanía nacional, en el respeto a la autodeterminación de los pueblos y en el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia.» [...] Y en cuanto a la excepción, su *ratio iuris* estriba en que las elecciones municipales y distritales sólo conciernen al destino político local. Las circunscripciones departamentales y nacionales les están vedadas a los extranjeros. En una localidad lo que está en juego no es el destino político de una Nación sino la posibilidad de influir en los asuntos de orden local. Tales asuntos son, de conformidad con los artículos 311, 313 y 315 de la Carta, de naturaleza administrativa, de planificación, de participación y en general de desarrollo estrictamente local, para lo cual resulta legítimo que un extranjero vecino de un municipio, a quien le afectan tal suerte de decisiones, pueda influir en las mismas».

¿En qué medida la soberanía está en juego por la intervención aislada de unos cuantos extranjeros residenciados en el país cuyo poder real de influencia disminuye en decisiones de carácter más amplio? ¿En qué medida los asuntos locales materia de la excepción, pensemos en las regiones de frontera, no poseen relación alguna con el concepto de soberanía nacional? O ¿hasta qué punto al extranjero

---

[129] Corte Constitucional, Sentencia T-178/93, M.P. Fabio Morón.

[130] La dación de derechos políticos para elecciones de carácter local a los extranjeros se ha venido extendiendo en el mundo y particularmente en Europa. Dinamarca, Suecia, Noruega, Finlandia, Islandia, Irlanda y los Países Bajos, iniciaron este movimiento. Incluso naciones con dificultades a nivel de la Constitución para emprender esta alternativa como Alemania, han venido haciendo avances en este sentido. Sólamente han quedado totalmente al margen de este proceso, por limitaciones constitucionales, Italia, Luxemburgo, Grecia y Francia. En ésta se intentó una experiencia en este sentido, la cual fue anulada por el Tribunal Administrativo de Versalles. Sobre el tema puede consultarse Enrique Arnaldo Arcubilla, «El Derecho de Sufragio de los Extranjeros», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 34, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

no le afectan las decisiones de carácter más global, como sí lo hacen las de carácter más local en las que puede influir? Estos son algunos de los tantos interrogantes que surgen del intento de la Corte de justificar la actuación del Constituyente, voluntad que tiene claridad a nivel normativo, pero cuya coherencia no es posible sostener, en tanto la distancia que separa el microcosmos del macrocosmos político en este punto no tiene una demarcación conceptual clara y precisa.

No deja de sorprender negativamente la actitud del legislador postconstituyente, que ha tenido un sinnúmero de oportunidades para reglamentar y apoyar así el voto de los extranjeros, sin que lo haya hecho.

Artículo 54 Transitorio

Adóptanse, para todos los efectos constitucionales y legales, los resultados del censo nacional de población y vivienda realizado el 15 de octubre de 1985.

LA IMPORTANCIA DEL NÚMERO

El censo, con todo y ser una práctica antiquísima, responde a los intereses más centrales de la modernidad, caracterizada en buena medida por el papel central de la noción de proyecto, plan, programa, prospecto, etc. Los estados modernos dependen dramáticamente de la medición de la población, la cual se realiza desde diversos ángulos.

Se señala frecuentemente que los países más desarrollados poseen bases estadísticas mucho más depuradas y creíbles que no sólo facilitan la gestión del Estado, sino que explican su mayor éxito en cuanto determinan una mayor racionalidad en la acción, el gasto y la inversión pública. En sentido contrario, países como el nuestro, si bien presentan mejoras en esta línea, aún se enfrentan a una carencia de información en diversos campos, a una increíble dispersión de la misma y a la desazón que produce el tener que contar con reservas más o menos justificadas en torno al grado de credibilidad de la información disponible.

El hecho mismo de haber otorgado validez mediante una norma de rango constitucional a un censo específico, puede ser interpretado con desprevención como la intención del Constituyente de fijar un punto de partida claro o, con alguna sospecha, a partir de las habituales críticas sobre suficiencia científica que han sucedido a la realización de los censos en Colombia.

TRANSITORIEDAD O FIJEZA

Los términos en que el Constituyente ha adoptado el censo de población de 1985 podrían llevar al equívoco de pensar que se ha tomado esta decisión de una vez y para siempre. Entre otros elementos hermenéuticos, la naturaleza transitoria del artículo impide llegar a la anterior conclusión.

Pero el argumento fundamental se deriva de constatar que cuando la Constitución se refiere a la población, dentro del ideario de la función de un Estado social de derecho, no se puede presuponer que lo hace desde el artificio de un país o una región que se ha quedado estancada en un número determinado de habitantes; lo hace, por el contrario, desde la perspectiva de un Estado que debe llegar de manera efectiva y racional a una población real. Por lo anterior, el artículo transitorio 54 no puede ser entendido como una norma pétrea.

USOS Y ABUSOS

Desde la perspectiva constitucional el conteo de la población resulta pertinente en distintos ámbitos y fundamental en dos:

a) El régimen territorial, por cuanto puede ser considerado factor relevante en la creación –o supresión– de nuevos departamentos o municipios (arts. 297, 302 y 300 n. 6 CP.); y, por cuanto es uno de los factores que permite jerarquizar a los municipios (art. 320 CP).

b) La hacienda pública, por cuanto es un factor que interviene en los distintos cálculos que llevan a concretar la distribución de los recursos presupuestales (art. 356 y ss. CP), como en el caso del segundo inciso del artículo 357 de la Constitución que dispone que la participación de los municipios en los ingresos corrientes de la nación se distribuirá así: «... sesenta por ciento (60%) en proporción directa al número de habitantes con necesidades básicas insatisfechas y al nivel relativo de pobreza de la población del respectivo municipio; el resto en función de la población, la eficiencia fiscal y administrativa y el progreso demostrado en calidad de vida, asignando en forma exclusiva un porcentaje de esta parte a los municipios menores de 50.000 habitantes.»

Desde la perspectiva legal el censo puede tener múltiples aplicaciones que es difícil prever de manera pormenorizada. El legislador, por ejemplo, con base en el artículo citado que da relevancia constitucional a los datos producto de un censo y con base en los artículos 24, 79 y 82 CP., en determinadas situaciones de densidad poblacional podría llegar a plantear soluciones incluso semejantes a la permitida directamente por el Constituyente en el caso de San Andrés, Providencia y Santa Catalina (art. 310 CP.).

Lo que no puede el legislador es permitir formas de utilización indiscriminada de los datos de un censo. En efecto, la inusitada capacidad de penetración en el ámbito íntimo de la familia que posee el Estado con ocasión de la realización de un censo, permite allegar información de tal volumen y calidad que no puede escapar de las exigencias propias del artículo 15 de la Constitución. Se impone así la inmunidad informática del individuo incluso frente a otras autoridades estatales, en la forma de un anonimato que obliga a fijarse únicamente en el dato estadístico, esto es, confundido en virtud de la suma y a «borrar» para cualquier efecto práctico la utilización del dato personal capturado[131].

---

[131] Sobre la problemática constitucional alrededor del censo se puede consultar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán, en especial, la sentencia 65 B Verf GE I (1984) o Caso de la ley del censo, y la 64 B Verf GE 67 (1983) o Caso del amparo frente al censo. Desafortunadamente la Sentencia T-073/96 de la Corte Constitucional de Colombia, la cual no se refiere al censo, podría llevar a una solución contraria a la defendida por el Tribunal Constitucional Alemán, el cual ha sido consciente de que el éxito de un censo depende de la más absoluta confidencialidad de la información, incluso frente al Estado.

Artículo 101

Los límites de Colombia son los establecidos en los tratados internacionales aprobados por el Congreso, debidamente ratificados por el Presidente de la República, y los definidos por los laudos arbitrales en que sea parte la Nación.

Los límites señalados en la forma prevista por esta Constitución, sólo podrán modificarse en virtud de tratados aprobados por el Congreso, debidamente ratificados por el Presidente de la República.

Forman parte de Colombia, además del territorio continental, el archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, la isla de Malpelo, y demás islas, islotes, cayos, morros y bancos que le pertenecen.

También son parte de Colombia, el subsuelo, el mar territorial, la zona contigua, la plataforma continental, la zona económica exclusiva, el espacio aéreo, el segmento de la órbita geoestacionaria, el espectro electromagnético y el espacio donde actúa, de conformidad con el derecho internacional o con las leyes colombianas a falta de normas internacionales.

TERRITORIALIDAD Y DERECHO

Los manuales jurídicos que abordan los territorios, los límites y las fronteras, usualmente empiezan por señalar los puntos que divorcian su estudio desde el derecho, del estudio de su espectro desde la cartografía, la sociología o cualquier otra mirada.

Este afán por colorear con tono propio una parcela del saber corresponde, según parece, a una racionalidad cartesiana que nos ha acostumbrado a dividir el propio mundo en pequeñas cuadrículas, en paralelos y meridianos, a demarcar los linderos de un modo rectilíneo y artificial. Para el jurista ortodoxo los grafos que conforman el San Andrés del artículo 101 de la Constitución, no deberían evocar en modo alguno la luna verde que se asienta sobre su mar, ni siquiera la tangibilidad de su arena. Se insiste por los tratadistas en que no se habla del espacio en un sentido vital que pueda despertar los sentimientos éticos o estéticos, y ni siquiera en un sentido físico, pues esto corresponde en la repartición del mundo a los geógrafos y a los agrimensores. Se nos dice que los morros, bancos y demás territorios que se reivindican en la Constitución se asemejan más a un tablero de ajedrez que a su propia manifestación fenoménica. El gobernante, se dice de manera categórica, tiene límites a su acción, uno de ellos es el territorio.

Así, el jurista que intente reconocer el espacio que describen los manuales se debe ubicar sobre un globo terráqueo imaginario y pensar que justo en los accidentes naturales o en los puntos artificios que describen las líneas pintadas en los mapas, se inicia un abismo que baja hacia el centro de la tierra, y luego de clarificar los planos que denotan la superficie cónica bajo sus pies, podrá fijar su mirada apropiativa en el aire y descubrir escaleras ideales sobre su cabeza, no llamadas a facilitar el descenso de los ángeles sino la postura de satélites. Se habla entonces de un tablero de ajedrez muy especial, con linderos abstractos y tridimensionales.

Pero antes de perfilar de modo más claro la necesidad de replantear la territorialidad en el derecho, se considera importante retener algunas notas fundamentales de la materia objeto de estudio, de acuerdo con las aproximaciones más tradicionales al tema, destacando si es del caso sus potencialidades.

Señala Jellineck[132] en su «Teoría general del Estado» que la necesidad de territorio para la configuración de un Estado es una idea moderna, en tanto la concepción antigua de Estado se encontraba más ligada a la noción de una comunidad de ciudadanos. De esta manera es posible afirmar que si bien el territorio fue factor de múltiples confrontaciones bélicas, no había una conciencia clara en la antigüedad sobre el dato territorial como elemento constitutivo del Estado. Ahora bien, aunque la doctrina dominante se pliega a esta tendencia de considerar al territorio como elemento esencial del Estado, –entre ella Jellineck, Kriele y otros– subsisten quienes, sin desconocer la sedentariedad y el territorio como elemento impor-

[132] Jellineck, *Teoría general del Estado*, Buenos Aires, Albatros, 1943, pág. 296.

tante para su irrupción, le restan un carácter de indispensable. Para Kelsen[133], por ejemplo, los pueblos nómadas han surgido bajo una organización estatal y pueden crear órganos e instituciones con suficiente coactividad sin estar la validez de su derecho ligada a un dominio territorial. Lo que está por fuera de toda discusión es la importancia del territorio en la constitución del Estado moderno.

La idea de territorio desde la perspectiva jurídica tradicional que se quiere destacar, ha sido objeto de diversas concepciones, no todas ellas estrechas, ni necesariamente antagónicas entre sí.

No es de extrañar entonces que la primera pregunta pertinente ¿qué es el territorio? sea susceptible de ser respondida de múltiples maneras. Para algunos será un elemento de la identidad o personalidad misma del Estado. Para utilizar una figura empleada por Pinto Ferreira[134], será lo que es el cuerpo para el individuo. A esta concepción subjetivista se enfrenta una de carácter patrimonialista, para la cual el territorio será un objeto para la apropiación y dominio del Estado. Una tercera vía lo emparenta con la idea de límite, no en el sentido material de la geografía como lo hemos ya advertido, sino en el sentido jurídico-político de demarcación del poder del Estado.

De alguna manera, el anterior acercamiento a las ideas tradicionales de territorio –que no pretende ser exhaustivo– permite atisbar las distintas respuestas que se pueden dar a una segunda pregunta pertinente, la del para qué, la cual se enfrenta en un orden diverso.

La respuesta que quizás tiene una mayor aceptación entre los teóricos del derecho proviene de Kelsen, quien identifica el territorio con un ámbito para la validez del ordenamiento, vale decir, como un límite espacial para la competencia del orden jurídico, o de manera más precisa, como el ámbito espacial dentro del cual el Estado está legitimado para imponer coercitivamente su voluntad.

No obstante, las otras dos ideas esbozadas –identidad y patrimonio– cumplen en la práctica una función importante dentro de los ordenamientos constitucionales como el nuestro.

El territorio como activo de la nación que conserva su dominio eminente, es base de poderes sustanciales que permiten articular, regular y controlar su uso, dentro del proceso de desarrollo económico. Quizás resulta deleznable una concepción que entienda el territorio como una despensa o fuente de recursos; pero tal visión dominante es posible matizarla positivamente. Algunos proponen reemplazar la noción patrimonialista de dominio eminente por la política de «imperio».

Existe con todo una tercera perspectiva más pragmática, ecológicamente orientada, en la cual no se abandona el sentido veladamente privatista del dominio, sino que se aprovecha. En esta línea se ha promovido un paulatino cambio dentro de la con-

[133] Hans Kelsen, *Teoría general del Estado*, México, Porrúa, págs. 193-194.

[134] Pinto Ferreira, *Teoría geral do Estado*, San Pablo, Saraiva, 1975.

CONCORDANCIAS

Arts. 1, 9, 75, 82, 102, 150 n.16, 189 n. 2, 196, 217, 224, 225, 289, 310, 332, 337 y transitorio 42.

ANTECEDENTES

CONSTITUCIÓN DE 1886

Art. 3 y 202.

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE:

DEL TEXTO DEL ARTÍCULO

Comisión I, art. 9 (G.C., N° 83, pág. 5, col.3)
Comisión II, art. 1 (G.C., N° 83, pág. 9)
Comisión III, art. 126 (G.C., N° 83, pág. 27)
Primer Debate, art. 56 (G.C., N° 109, pág. 9, col. 1)
Comisión Codificadora, arts. 104 y 105 (G.C., N° 113, pág. 7)

DE LOS DEBATES

Comisión II: abril 3 y 24, mayo 14
Comisión III: mayo 11
Plenaria: mayo 24 y 28, junio 11, 22 y 29
Comisión Codificadora: junio 6

LEGISLACIÓN

Ley 28 de 1992
Ley 37 de 1993
Ley 47 de 1993
Ley 68 de 1993
Ley 90 de 1993
Convención sobre el derecho del mar

JURISPRUDENCIA

1993:
C-027, C-045, T-080, T-081

1994:
T-141, C-189, C-318, T-484

1995:
T-059, C-423, C-497, C-595

1996:
C-093, T-141

1997:
SU-039

cepción patrimonialista del territorio, en la cual se privilegia ya no su carácter de disponibilidad, como ocurrió en su tiempo con la venta de Nueva Orleans o de Alaska y como sigue ocurriendo con la explotación irracional de recursos. Bajo esta transformación interpretativa se enaltece su valor comunitario y en especial su función social y ecológica, y se hace prevalecer dicho valor sobre concepciones desarrollistas. Dentro de este contexto adquiere sentido, por ejemplo, que dentro de las funciones del Contralor se encuentre la de rendir un informe al Congreso sobre el estado de los recursos naturales y del ambiente.

Una cuarta percepción del territorio lo ve como asiento de una población determinada, lo que desdibuja más su carácter abstracto y meramente formal, para ahondar en su proyección orgánica o constitutiva de la nacionalidad misma. Si desde las unidades más elementales que denotamos como región, hasta la organización más amplia que conocemos como nación, no se diera la simbiosis entre territorio y población con sus precipitados de identidad y diferencia, muy seguramente la idea de nación no pasaría de ser una metáfora escrita en el papel. En estas condiciones carece de sentido limitar la función del territorio en esta cuarta línea clásica, a la de dar asiento a la población, cuando en realidad lo esencial no es la función pasiva de servir de piso, sino su papel activo en la configuración de la nacionalidad –factor ontogenético–.

LOS RASGOS JURÍDICOS DEL TERRITORIO

Usualmente se señalan por la doctrina como características del territorio: su unidad, su indivisibilidad, su inalienabilidad y su impenetrabilidad. La vigencia plena de estas características en la práctica parece muy dudosa.

La unidad, por ejemplo, pese a ser un elemento que tiene una clara connotación constitucional –Colombia se define como estado unitario– se ha relativizado en la misma Constitución. Resulta en este sentido importante anotar, entre otros eventos, que por mandato de la Carta, la misma ley ha tenido que verse obligada a segregar porciones del territorio, las cuales se encuentran sometidas a regímenes especiales muy severos y diferenciadores, como en el caso del archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina[135].

Esto no quiere significar en modo alguno que las características mencionadas hayan dejado de ser relevantes en el análisis constitucional, pero sí que no revisten un carácter absoluto.

Es quizás en el fallo sobre el Concordato donde se observa ésto de mejor manera, pues la unidad, indivisibilidad e inalienabilidad del territorio adquieren o pierden fuerza en uno u otro escenario por los que discurre la Corte.

En efecto, la Sentencia C-027/93, ya citada, contiene cuando menos tres pronunciamientos distintos sobre territorialidad. La jurisdicción canónica que el Estado reconoce a la Iglesia fue vista por los demandantes como una especie de yuxtaposición en nues-

[135] La Corte Constitucional declaró la exequibilidad de las disposiciones en cuestión en la Sentencia C-530/93, M.P. Alejandro Martínez.

tro territorio de otro poder al que de algún modo se le cedía soberanía. La Corte no lo vio así y frente al punto concluyó:

> «Valga relatar que tratándose de actividades exclusiva y esencialmente dedicadas al ejercicio espiritual y culto de la religión, goza ésta de todas las prerrogativas sin que el Estado pueda entrometerse en ello. Es éste el campo reservado a su dominio sagrado en que puede desenvolverse con toda amplitud y libertad».

De esta manera no todo dominio territorial distinto al propio del Estado es vislumbrado como mengua de los atributos antes señalados.

Otra ruptura del binomio territorio-poder en favor de un tercero distinto al Estado fue abordado por la Corte en la misma sentencia, pero en esta ocasión encontró que no era posible efectuar el mismo ejercicio de diferenciación que caracterizó la decisión anteriormente esbozada. El Concordato, vale la pena recordar, delegaba en la Iglesia la promoción de los indígenas en zonas marginadas susceptibles de «un régimen canónico especial». La Corte encontró una confusión del ámbito canónico con el civil, al cual declaró inexequible incluso en sus alcances religiosos y por tanto dejó sin fuerza esta delegación de poder territorial:

> «Mas sucede que la Constitución de 1991 ofrece nuevas concepciones sociopolíticas de la etnia colombiana que llevan a nuevos planteamientos que sobre ella han de darse, sustrayendo a los indígenas de su marginalidad legal y constitucional en que se encontraban, para reconocerles su identidad étnica, política, social, cultural y religiosa [...] no se ajusta a esos postulados el artículo VI *sub examine*, el cual además, cuando prescribe que la misma sea susceptible de un régimen canónico especial, no se aviene al derecho a la libertad de cultos, que le permite a toda persona la profesión libre de su religión y coloca a todas las confesiones religiosas en pie de igualdad ante la ley (art. 19)».

Finalmente, en un ámbito que se asumió como privativo del Estado se declaró inexequible el traslado de competencia a la jurisdicción eclesiástica de las causas de disolución del vínculo matrimonial. Observa la Corte que sin desmedro de las consecuencias sacramentales que la Iglesia quiera derivar y hacer valer frente a sus fieles, la Carta ha consagrado en lo que atañe a los efectos civiles la figura del divorcio para todo tipo de matrimonios.

La percepción típica moderna de la separación entre la Iglesia y el Estado incide seguramente en que los dos últimos pronunciamientos aludidos sean aceptados sin beneficio de inventario. Pero la cuestión no es tan sencilla como parece. El traslado de poderes estatales a terceros es una técnica muy recurrida en la práctica. Poderes de regulación, administración e incluso de jurisdicción se traspasan con frecuencia. En buena parte de estos eventos hay una necesaria confusión de la órbita privada con la pública. Es el caso mismo del traslado de poder a las autoridades indígenas para que realicen varias funciones de acuerdo a sus usos y costumbres, usos y costumbres que no es posible enmarcar en un cartabón estrictamente jurídico, ya que poseen, entre otros, rasgos religiosos y culturales en el más amplio sentido.

Ha sido, sin embargo, la impenetrabilidad del territorio la que ha suscitado entre nosotros, sin duda alguna, mayor discusión.

Durante el siglo pasado frente a los escasos desarrollos del derecho internacional en lo referente al tránsito de tropas y buques, algunos países como el nuestro ofrecían la ventaja estratégica de ser posibles corredores terrestres o marítimos para arribar a las posiciones enemigas. Esta situación ponía a estados como el nuestro, por entonces empeñado en la posible construcción del Canal de Panamá, en permanente peligro de verse inmiscuidos en confrontaciones bélicas. Por esta razón no es de extrañar que la facultad de autorizar dichos tránsitos se radicó siempre de manera primaria en el órgano colegiado con el poder de declarar la guerra. El derecho internacional de la guerra avanzó y a comienzos del presente siglo se adoptaron las normas que consagraron las condiciones dentro de las cuales permitir dichos tránsitos, por tierra, aire o mar, no implicaba ruptura de la neutralidad. No obstante lo anterior, las normas sobre tránsito, se han mantenido en la Constitución y se han prestado para diferentes confrontaciones interpretativas[136] a veces alimentadas por sentimientos nacionalistas. Lo cierto es que incluso ya por fuera del contexto de la guerra fría, los estados han morigerado en la práctica la idea de impenetrabilidad del territorio, sobre todo cuando no está en juego la soberanía o la disputa por una porción de espacio, sino el desarrollo de relaciones o de instrumentos internacionales de cooperación militar y policial, como en el caso de la lucha contra el narcotráfico y demás fenómenos delincuenciales de carácter transnacional.

No debe menospreciarse tampoco en relación con el concepto de impenetrabilidad, el impacto devastador que ha tenido sobre el mismo el desarrollo tecnológico. No se alude únicamente a la variable de la estrategia militar derivada de la inevitable penetración visual en virtud de la capacidad de mirar desde arriba que brindan los satélites, sino también a la formidable transnacionalización del espacio audiovisual que posee contornos de colonización, los cuales llevan a una relativización más aguda de la soberanía por medios no militares.

EL TERRITORIO Y SUS TÍTULOS

Una constante en el derecho son los intentos por legitimar una determinada situación. Son quizás muy pocos los pueblos que están en un territorio con la conciencia clara de ser parte del mismo, de haber surgido de su propio lecho. Predomina la conciencia de separación del territorio, de extrañamiento, que es en últimas, la conciencia del invasor que debe dar razón de su presencia. Por eso los estados, entendidos en un sentido amplio, se esfuerzan permanentemente por legitimar su vinculación al terruño y por lo mismo, poco sorprende su intento de borrar la mancha de Caín

[136] Con ocasión de la construcción de unas obras en Juanchaco tuve oportunidad de participar en la redacción de un libro, en el cual se sostiene la tesis de una errónea interpretación por parte del Consejo de Estado de los artículos constitucionales aludidos. Cfr. Héctor Riveros, Manuel Cifuentes, Sylvia Fajardo, *Marco fáctico, jurídico y constitucional de la cooperación militar internacional*, Bogotá, Consejería para el Desarrollo de la Constitución, 1994.

que demarca sus fronteras. Es en este punto donde el papel cobra más importancia que el sable, aunque sin el sable no podríamos hablar del papel. Esta pretensión de legitimar las posesiones la encontramos muy claramente en la conquista, la colonia, la independencia y aún persiste en la actualidad.

El artículo 101 en sus dos primeros incisos tiene esta impronta y pese a la evolución del derecho internacional público que registra, es posible descubrir en él una huella de los enfrentamientos y la aguda producción intelectual de un Ginés de Sepúlveda o un Francisco de Vitoria[137], y de tantos otros académicos que se preocuparon por estudiar la legitimidad de las diferentes apropiaciones del territorio por la corona española; de las tres bulas papales[138] casi simultáneas que se expidieron para disipar una posible disputa entre don Juan de Portugal y los Reyes Católicos, bajo la idea de que al ser Dios dueño de la tierra, su representante el Papa era un vehículo idóneo para fijar con justicia la pertenencia de la heredad; del Tratado de Tordecillas; de la preocupación de los estados nacientes en la independencia por un reconocimiento de su autonomía que se tradujo en la búsqueda de unos títulos que marcasen una continuidad jurídica, y del llamado *uti possedetis* de 1810.

La segunda bula, en su ortografía original señalaba en la parte pertinente:

> «...os damos a Vos los Reyes de Castilla y León, y a vuestros Herederos, y sucesores para siempre, por el tenor de las presentes, todas la Islas y Tierras firmes, que hubieres descubierto, y en adelante descubrieres hacia el occidente, y el medio día tirando, o asignando una línea desde el Polo Artico, que es el Septentrión, al polo Antártico, o Medio día: Bien estén las Tierras firmes o islas halladas, y que en adelante hallareis hacia la India, o otra parte, la cual dicha línea diste de cualquiera de las Islas llamadas Azores, y el Cabo Verde, cien leguas hacia el occidente, y el Medio Día, no se estén poseyendo actualmente por algún otro Rey, o Príncipe Christiano; ni lo hayan estado antes que ahora hasta el día próximo pasado de la Natividad de Nuestro Señor Jesucristo, desde el cual comienza a correr el año presente de mil cuatrocientos noventa y tres, cuando alguna de las dichas Islas fueren descubiertas y halladas por vuestros

---

[137] En la obra *Democrates Alter* Ginés de Sepúlveda justifica el dominio sobre los indios y por ende el despojo de sus tierras, en los siguientes términos: «...con perfecto derecho los españoles imperan sobre estos bárbaros del Nuevo Mundo e islas adyacentes, los cuales en prudencia, ingenio, virtud y humanidad son tan inferiores como los niños a los adultos y las mujeres a los varones, habiendo entre ellos tanta diferencia como la que va de gentes fieras y crueles a gentes clementísimas, de los progiosamente intemperantes a los continentes y templados, y estoy por decir que de monos a hombres.» De las Casas que sigue la tradición de Fray Luis de Montesinos en la defensa de los indios, se apoya en Francisco de Vitoria, uno de los principales precursores del derecho internacional. Dos de sus conferencias dadas en 1539 (*De Indiis*), correspondientes a sus disertaciones sobre los indios, son asequibles en edición de la Editorial El Buho, bajo el título *Relecciones sobre los Indios*.

[138] Entre el 3 y el 4 de Mayo de 1493 el papa Alejandro VI expedió tres bulas para definir la propiedad sobre las tierras recién descubiertas. La primera de ellas se conoce como *Itercaetera*, las otras dos fueron expedidas el 4 de mayo una por la mañana, *Itercaetera* segunda, la otra por la tarde, *Hodie siquidem*.

> Capitanes y Soldados y os las asignamos con todos su señoríos, ciudades, fortalezas, lugares, villas, derechos, jurisdicciones y pertenencias: os hacemos, constituimos y diputamos a vos, Vuestros Herederos, y sucesores por verdaderos señores de dichas Islas, y Tierras firmes, con plena, libre y omnímoda potestad, autoridad y jurisdicción».

Este texto determinó, sin duda alguna, nuestra propia suerte y aunque nos parezca extraño, no son nada lejanas sus voces a las voces propias del artículo 101 de nuestra Constitución, insiste en las solemnidades a partir de las cuales el territorio adquiere una fijeza jurídica. Debe anotarse que las repúblicas latinoamericanas no sólo buscaron una continuidad jurídica que justificara su posición, sino que además adoptaron inicialmente la misma distribución político administrativa de la Corona.

Ahora bien, la amplitud y continuidad de estos títulos ha sido un tema poco pacífico. Sin pretender cuestionar la unidad del territorio, el Consejo de Estado defendió los títulos históricos de los indígenas de la siguiente manera:

> «... El dominio otorgado por ALEJANDRO VI a los Reyes Católicos y a sus sucesores no puede entenderse como un dominio particular sobre la tierra, entre otras razones porque no siendo el Papa dueño de ellas mal podía disponer de algo que no tenía. Se trata por tanto de un dominio político cuyo fin principal era facilitar la propagación de la religión católica en las tierras americanas recién descubiertas. [...] Así pues, el verdadero origen del título inicial de la propiedad territorial de ESPAÑA en AMÉRICA, se concretó en aquellas tierras que los indios –sus primeros ocupantes– abandonaron en la fuga o quedaron desiertas por la extinción de su raza»[139].

La preocupación legitimadora de la que se ha dado cuenta pretende distinguir entre una posesión de facto, a la cual se le resta validez moral, y una posesión de derecho, que implica un título más limpio. En el esfuerzo de justificar la titularidad del territorio se han rescatado algunas palabras con tinte mágico, presentes en la fórmula pretoriana «*uti possedetis, ita possediatis*», que traduce «así como posees, así poseerás...».

Dentro de este imaginario la Constitución señala que los límites sólo podrán ser fijados en virtud de tratado o laudo arbitral y modificados necesariamente mediante tratado.

En el laudo arbitral, a diferencia de lo que ocurre en un tratado, partes distintas a las que poseen las diferencias limítrofes son las que deciden la configuración del límite en cuestión. Ha sido frecuente dentro de los países de iberoamerica recabar el papel de árbitro a la Corona española o al Papa, lo que confirma aun más la continuidad buscada que se ha advertido.

Como quiera que las formas de obligarse en el derecho internacional revisten gran variedad y de manera creciente se reconocen poderes autónomos en cabeza del ejecutivo, se ha insistido en la solemnidad de los instrumentos y por ello los tratados respectivos necesariamente deben pasar

---

[139] Consejo de Estado, 6 de julio de 1972, Consejero Ponente: Carlos Portocarrero.

el filtro del Congreso, lo cual resulta oportuno si se tienen presentes casos como el de los Monjes.

Las reivindicaciones de territorio que directamente efectúa la Constitución, aparte de los efectos internos que poseen, hacia el exterior tienen ante todo un sentido simbólico, toda vez que se trata de materias propias del derecho internacional público y no del derecho constitucional.

LOS PRONOMBRES PROPIOS DEL TERRITORIO

El artículo 101, a diferencia de la Constitución anterior que indicaba los diversos tratados a partir de los cuales se ha configurado nuestro territorio, ha adoptado una técnica distinta. De un lado, y tal como se acaba de anotar, delega en los tratados la determinación en concreto de los límites; del otro, nombra las partes integrantes del territorio, ya sea acudiendo a pronombres propios cuando es menester subrayar la soberanía, o a pronombres de género, cuando pretende establecer una categoría propia del mismo.

Se evocan con nombre propio al archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, así como la isla de Malpelo, aunque en este punto de manera genérica también se hace referencia a la soberanía sobre las islas, islotes, cayos, morros y bancos que pertenecen a la nación.

Si bien los derechos de Colombia sobre las islas en cuestión son nítidos a la luz del derecho internacional público, el Constituyente ha acudido a esta mención simbólica no sólo en el artículo en cuestión sino en varios apartes de la Constitución, en los que se nota además un ejercicio efectivo de la soberanía (arts. 101, 309, 310, T. 42).

Conviene en este punto traer a colación la Ley 98 de 1928, (noviembre 17) por medio de la cual se incorporó el tratado suscrito por los plenipotenciarios José Bárcenas Meneses y Manuel Esguerra, y la Ley 52 de 1973, por medio de la cual se incorpora el tratado con los Estados Unidos de Norte América mediante el cual se resuelve el *status quo* mantenido mediante canje de notas entre las dos naciones desde el 10 de abril de 1928, y en virtud del cual se reconoce la soberanía de Colombia sobre Quitasueño, Roncador y Serrana.

VALLES, MONTES Y LLANURAS

En cuanto a los nombres genéricos la Constitución plantea varios tipos de territorialidad. Curiosamente, en su afán de vincular las clasificaciones propias del derecho internacional, la Constitución no nombra de manera específica el suelo que determina el paisaje que primeramente retenemos con nuestra mirada.

No obstante, el suelo, junto con los ríos y accidentes acuáticos de tierra firme, se debe entender comprendido dentro del territorio continental e insular que menciona el artículo 101. Se entiende usualmente por suelo la porción de superficie terrestre sobre la cual un Estado ejerce plenamente su soberanía.

REGIONES DE TOPOS Y ASTRONAUTAS

La primera idea de propiedad sobre el subsuelo y la masa de aire que se levanta sobre el mismo se encuentra en el aforismo latino: «A quien le pertenece el suelo le pertenece hasta el cielo y las estrellas y hasta las profundidades del hades y hasta el infinito», («*Cuius est solum eius est usque ad coelum et sidera et usque ad inferos aut usque ad infinitum*»).

Nuestro derecho público, a diferencia del derecho romano, no considera al subsuelo un accesorio del territorio. El subsuelo se entiende generalmente como la porción de superficie que se encuentra por debajo del suelo y que forma un cono, donde el centro de la tierra hace las veces de vértice.

El interés por el mismo ha sido en la práctica de carácter económico, aunque existen múltiples aspectos que deberían preocupar desde otras ópticas, como es el de la regulación de las aguas subterráneas.

La reglamentación de la explotación y la apropiación de los recursos mineros que se encuentran bajo el lecho terráqueo es pues la preocupación central que hasta el momento ha predominado. En general se encuentran dos tipos de conflicto: las pretensiones de los particulares frente al Estado, en las cuales éstos alegan en su favor derechos adquiridos sobre ciertas porciones del subsuelo, y las pretensiones de las entidades territoriales donde se encuentran situados dichos recursos contra la administración central.

Vale la pena anotar que el territorio, de acuerdo al artículo 102 CP., pertenece a la Nación y en desarrollo de esta norma el artículo 332 CP. radica la propiedad del subsuelo en su aparato, el Estado, el cual en virtud del artículo 8 de la Carta se encuentra obligado a proteger los recursos naturales de la Nación.

Las pretensiones de los particulares sobre el subsuelo buscan asiento, dentro del nuevo orden constitucional, en el mismo artículo 332 que reconoce la titularidad al Estado "sin perjuicio de los derechos adquiridos y perfeccionados con arreglo a las leyes preexistentes."

En la actualidad la materia ha cobrado importancia a raíz de recientes hallazgos petroleros en Santiago de las Atalayas –Pueblo Viejo de Cusiana–. Como se sabe, algunas familias –apodadas por los periodistas como los "Beverly Ricos"– pretendían derechos adquiridos que se hubiesen traducido, de existir, en derechos sobre las regalías. Los diversos pronunciamientos jurisdiccionales han reconocido la plena titularidad en cabeza del Estado[140].

---

[140] El periodista John Gutiérrez resume de la siguiente manera la situación en un recuadro aparecido en el diario El Tiempo el 31 de julio de 1995: «La historia conocida de Cusiana se remonta a 1779, cuando el gobierno español entregó una Cédula Real a un grupo de personas encabezadas por Domingo Ortiz, con base en la cual les reconocía propiedad sobre 780 hectáreas de lo que hoy es Casanare, sobre una comprensión conocida como Santiago de las Atalayas. [...] Los colonos bautizaron la zona como Pueblo Viejo de Cusiana e iniciaron ocupaciones de hecho. Al amparo de las normas que premiaban los esfuerzos de denunciantes de terrenos sin dueño y de interés para la Nación, en 1920 el general Jorge Martínez Landínez

El segundo punto de controversias es el relativo a los pretendidos derechos de las entidades territoriales. La Corte Constitucional ha despejado en buena medida las dudas que caben al respecto, al señalar cómo la titularidad se radica claramente a nivel normativo en el Estado. Ello se comprende en la medida en que el azar geológico debe beneficiar a toda la comunidad que, por lo demás, participa en igualdad de condiciones a través de la tributación en el esfuerzo o la empresa minera.

El hecho de encontrarse la entidad territorial aposentada sobre el recurso minero o de servir de medio para su transporte, ciertamente le hace acreedora de derechos especiales que la misma Constitución discierne, y que tienen por razón de ser el impacto y los riesgos ecológicos que deben soportar dichas entidades. Pero los mismos no se traducen en una propiedad o copropiedad sobre el subsuelo, sino en un derecho a participar en las respectivas regalías. En efecto señaló la Corte:

> «La norma en cuestión [art 332 CP] determina que es el Estado el único propietario del subsuelo, razón por la cual, la Sala considera importante aclarar que las entidades político-administrativas que lo conforman –como es el caso de los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas, entre otros– no pueden considerarse como titulares de los recursos que por un evidente azar geológico o geográfico se encuentran en su territorio, así como de los derechos que se deben pagar por la extracción de los mismos...[...] Cabe anotar que la exploración, explotación y comercialización de tales recursos, la logran las respectivas entidades estatales mediante el esfuerzo fiscal de todos los contribuyentes. [...] De igual forma la extracción de un recurso natural no renovable ocasiona una serie de inconvenientes –principalmente de orden ambiental y social– en los

---

obtuvo como prueba la Cédula y denunció el sector ocupado ilegalmente. [...] Después de una negociación con emisarios suyos, el Gobierno llegó a un acuerdo con el denunciante: el 55 por ciento del terreno sería propiedad de la Nación y el 45 por ciento restante para él. [...] En 1937, el juez de Orocué entregó a la Nación el predio: el 55 por ciento del suelo y la totalidad del subsuelo. [...] El general impulsó un pleito ante la Corte. El tribunal reconoció sus derechos, pero produjo una decisión salomónica: el denunciante quedaba en la calidad de copropietario con la Nación, con el compromiso de que el terreno era proindiviso, esto es, no se podía dividir. [...] En 1949 la Corte produjo un fallo, según el cual el 45 por ciento del general solo podía ser efectivamente reconocido cuando éste, o quienes se sintieran con derechos heredados, aclararan la propiedad sobre el terreno, que para entonces ya se encontraba fragmentado y sometido a pleitos relativos a su tenencia. [...] En 1969, el Congreso aprobó la Ley 20, según la cual todas las minas pertenecen a la Nación, sin perjuicio de quienes tuviesen título y yacimientos descubiertos. [...] Con fundamento en esa situación jurídica, el Gobierno de Misael Pastrana integró en 1970 una comisión para estudiar el caso, la cual concluyó que, por efectos de heredad los títulos eran justos. [...] En 1971, el Ministerio de Hacienda produjo la Resolución 113, con la cual dio lugar a la expedición de escrituras y oficializó en la práctica el acuerdo en virtud del cual el Estado y el denunciante se distribuían el terreno en proporciones 55 y 45 por ciento, respectivamente. [...] Sobre las bases de ese acto administrativo, los cesionarios del general Martínez Landínez han venido cobrando regalías sobre la explotación de petróleo en el sector Santiago de las Atalayas. Por ese concepto, en 1990, por ejemplo, Ecopetrol debió desembolsar 234 millones...». Los pronunciamientos que se han seguido en favor de los intereses del Estado, pueden consultarse en Humberto Mora Osejo, «El régimen jurídico de los hidrocarburos», en *Constitución, gobernabilidad y poder*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia -Universidad Industrial de Santander, 1996, pág. 205 y ss.

territorios donde se despliega la labor extractiva, los cuales deben ser «compensados» por los particulares que obtienen la autorización estatal para ejercer dicha tarea –mediante el pago de regalías e impuestos– y por el Estado, una vez haya recibido los beneficios económicos a los que se ha hecho referencia...»[141].

Ahora bien, existe otro tipo de conflicto que se presenta entre la titularidad del Estado sobre el subsuelo y las entidades territoriales que no es de fácil resolución. Es el relativo a la posibilidad de los entes territoriales de oponerse, dentro de su capacidad autonómica de fijar su destino, a ciertas obras que pueden tener un impacto social o ecológico muy profundo.

Un ejemplo de lo anterior es el caso del conflicto que tiene la administración central y la Oxy con los *U'Wa*, "Hombres de Pensamiento" en Chibcha. Con ocasión de un hallazgo de hidrocarburos se implementó el proyecto Bloque Samoré, el cual en un 30% abarca territorio indígena. Dicho proyecto se encuentra incluido en el contrato de asociación entre Ecopetrol –empresa del Estado– y la Oxy suscrito en febrero de 1992. Al parecer se dieron varias reuniones con los U'Wa y una supuesta consulta en enero, a la que los mismos le restan validez y a la que el propio Ministerio del Interior, a través de la Dirección de Asuntos Indígenas no considera como definitiva. No obstante, el Ministerio del Medio Ambiente, con celeridad, al mes siguiente de efectuarse dicha consulta, extendió la respectiva licencia ambiental. Ante esta situación, la Defensoría del Pueblo, en procura de los intereses de los indígenas, interpuso una acción de tutela que fue fallada en su favor por el Tribunal Superior de Bogotá[142] y que la Corte Suprema de Justicia revocó. La Corte Constitucional concedió finalmente la acción de tutela[143], si bien el Consejo de Estado, desafortunadamente, tomó con posterioridad una decisión en contrario en el marco de un proceso contencioso administrativo.

Aun dejando de lado el debate judicial, el presente caso constituye una radiografía de los mecanismos de ataque y defensa entre visiones encontradas del desarrollo. Como es usual frente a protestas que poseen contenido social, se ha intentado descalificar la acción de los indígenas mediante el rumor de una inspiración guerrillera, cuando precisamente evitar el transplante de la violencia de este tipo constituye una de las razones más importantes para oponerse al proyecto –la guerrilla se concentra en zonas de alta perspectiva e impacto económico–. El gobernador de Boyacá se opuso a la explotación alegando los derechos de la comunidad. Señaló el alto funcionario que en el año de 1977, cuando se quiso construir una carretera, pereció el 12.5% de la población indígena a causa de una fibre tifoidea, y concluye: «Debemos entender que este resguardo es lo último que nos queda en nuestro territorio»[144].

---

[141] Corte Constitucional, Sentencia T-141/94, M.P. Vladimiro Naranjo.

[142] Cfr. Yaneth Pinilla, «Tiembla en la tierra de los U'Wa», *El Espectador*, 15 de Octubre de 1997, pág. 1C.

[143] Corte Constitucional, Sentencia SU-039/97, M.P. Antonio Barrera. Salvaron su voto Hernando Herrera, Vladimiro Naranjo y Jaime Vidal Perdomo.

[144] Palabras de José Benigno Perilla, por entonces Gobernador de Boyacá, citado por Yaneth Pinilla, *op.cit.*

En varios artículos la Constitución se ocupa de los criterios y políticas que inspiran el manejo de los territorios indígenas. Frente al tema en cuestión, el artículo 330 es enfático en afirmar en su parágrafo que la «explotación de los recursos naturales en territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas...» Sorprenden pues, negativamente, las declaraciones de la entonces ministra del Medio Ambiente Cecilia López Montaño: «Los U'Wa deben entender que el país debe desarrollarse»[145].

No sobra advertir que aunque los diversos análisis hechos parten de la titularidad del Estado, un punto que merece dilucidarse más a fondo es la eventual propiedad de los indígenas sobre el subsuelo, basada en un derecho histórico sobre el mismo[146].

Tal como lo afirmó la Corte Constitucional, la consulta ha debido hacerse dando pleno cumplimiento a los instrumentos internacionales sobre la materia, como el Convenio de Derechos Humanos de los pueblos Indígenas y Tribales –contenido en la Ley 21 de 1991– y en todo caso teniendo presente una ética discursiva consciente de los problemas comunicativos entre dos culturas distintas[147]. Pese al último pronunciamiento del Consejo de Estado el desarrollo del proyecto se ha suspendido.

En el lado opuesto al subsuelo se encuentran los eventuales derechos sobre el espacio que se levanta desde el suelo "hasta el cielo y las estrellas" en el aforismo citado. Pero aquí las pretensiones de apropiación no son tan pacíficas por factores de tipo práctico.

La regulación de esta porción de espacio moviliza una serie de intereses relativos a la aeronavegación, la defensa, la estrategia militar, las telecomunicaciones, la protección ambiental e incluso la explotación de recursos en el espacio ultraterrestre. No es de extrañar entonces que en lo que atañe al espacio ultraaéreo, al aforismo latino se pretenda oponer, el principio «primer llegado, primer servido» (*first come, first served*») o su carácter de *res comunes*.

El espacio aéreo constituye en esta materia, por lo que parece, el ámbito más pacífico de la controversia en cuanto concentra una mayor unidad conceptual. Sin embargo, su extensión real no ha sido determinada con claridad.

En el año de 1919 la Convención Aérea Internacional de París señaló que

---

[145] Ibid.

[146] Sobre el punto se puede consultar la sentencia del Consejo de Estado del 6 de julio de 1972, Sección Tercera, M.P. Carlos Portocarrero. Existe abundante material jurisprudencial en la Corte Suprema de Justicia. Vide. Sentencias del 13 de Abril de 1921, 5 de Diciembre de 1921, 31 de Octubre de 1933 y 10 de Octubre de 1942. También merecen destacarse las sentencias del 17 de febrero de 1950 y del 3 de noviembre de 1955 del Tribunal Superior del Cauca. Extractos de la jurisprudencia citada son asequibles en el libro: Roque Roldan Ortega, *Fuero indígena colombiano*, Bogotá, Presidencia de la República, 1990.

[147] Los aspectos que deben comprender una ética discursiva han sido desarrollados en forma muy prolija por la filosofía política alemana, en especial, por Habermas y Apel. Al respecto se puede constatar una versión de las condiciones ideales del diálogo en Karl Otto Apel, *Teoría de la verdad y ética del discurso*, Barcelona, Paidós, 1987.

las «altas partes contratantes reconocen que cada Estado ejerce plena soberanía sobre el espacio atmosférico situado sobre su territorio, el de sus colonias y aguas territoriales...». Por su parte, en 1944 la Convención de Aviación Civil Internacional de Chicago reconoció en forma categórica que los «Estados contratantes reconocen que cada Estado tiene soberanía exclusiva sobre la zona aérea que abarca su territorio».

Una tesis, día a día más insular, predica que la extensión del espacio aéreo es tan amplia como amplio sea el ejercicio efectivo de la soberanía. Sin embargo, hay un límite natural y jurídico al espacio aéreo, el espacio ultraterrestre, por lo que hay que advertir que dicha pretensión choca en la práctica con la Declaración 1962 (XXVIII) de la Asamblea General de la Naciones Unidas (1963) en la cual se señala: «El espacio ultraterrestre y los cuerpos celestes podrán ser libremente explorados y utilizados por los Estados, en condiciones de igualdad y de conformidad con el DIP.»

En general, la tesis predominante, que combina los dos instrumentos internacionales citados, extiende la soberanía hasta donde se encuentra la atmósfera y entiende lo que está más allá como espacio ultraterrestre. Pero la determinación de la dimensión precisa de lo que se entiende comprendido por la atmósfera es un punto mucho más problemático.

¿Cómo definir los límites del espacio aéreo con el espacio ultraterrestre? El criterio científico aplicado a la delimitación de la atmósfera se encuentra con el problema de su variabilidad y conformación en capas. La altura a la que puede ascender una aeronave en la atmósfera no es un criterio sólido dada la evolución tecnológica. El desvanecimiento de la gravedad territorial por el predominio de otros cuerpos celestes implica una consecuencia inaceptable para muchos: la extensión de este espacio hasta 260.000 kilómetros. Ante esta situación hay quienes abogan por establecer una altura fija que resulte razonable, la que señalan entre 90 y 100 kilómetros.

Ahora bien, por oposición y de acuerdo a los desarrollos del derecho internacional en relación con el espacio ultraterrestre, hay una opinión que se inclina a considerar el límite en la altura más baja a partir de la cual sea factible colocar un satélite en órbita alrededor de la tierra.

El régimen del espacio aéreo encuentra su principal campo de proyección, como se podrá advertir con facilidad, en las libertades y controles de la aeronavegación que rigen a los estados respectivos. Los diversos instrumentos internacionales y normas de derecho interno operan con mayor o menor rigor o permisividad dependiendo de si se trata de navegación comercial o de si se trata de aeronaves de Estado, dentro de las cuales una subespecie la constituyen las naves de guerra. En estas últimas situaciones hay una mayor soberanía o capacidad de reserva en cabeza de los Estados, que en todo caso están obligados a permitir el paso inocente o el aterrizaje en varios eventos, y a observar normas de cortesía internacional frente a naves de Estado distintas a las de guerra. Por lo demás, hay variaciones en razón de las circunstancias, en cuanto es distinta la

codificación internacional que rige para los tiempos de paz de aquella que rige para los tiempos de guerra.

La Constitución de 1991 habla, como se habrá podido advertir, de otros ámbitos espaciales distintos al aéreo. Conviene entonces adelantar alguna idea acerca de su concepto y conformación.

La órbita geoestacionaria, descubierta por Arthur C. Clarke y ubicada por la Convención para la Exploración, Explotación y Utilización del Espacio Ultraterrestre de 1966, puede definirse como un anillo que rodea la línea ecuatorial a una altura de 35.786,557 Kmts., el cual es apto para la colocación de satélites dadas las características propias de su gravedad. Conviene anotar que a esta definición física se opone una no tan neutral contenida en el Reglamento Internacional de Radiocomunicaciones, el cual la define a partir de la trayectoria circular de un satélite artificial situado sobre el plano ecuatorial, lo que parece sugerir que sin artefacto no hay órbita.

Pese a que la Constitución Nacional ha consagrado la órbita geoestacionaria como parte integrante del territorio, hay que anotar que lo hace de conformidad con el derecho internacional de manera primaria. En este campo hay que constatar que las Convenciones de Ginebra de 1979 y de Nairobi de 1982 reconocen la situación de los países ecuatoriales y limitan la exploración y explotación de la órbita a fines pacíficos. No obstante, resulta ilusorio pretender que se abra paso en el concierto internacional la tesis de la plena soberanía de los países ecuatoriales sobre dicha órbita. Por lo anterior, en tono más realista, sugiere Rafael Nieto Navia que en lugar de alegarse una pretendida soberanía plena que no tiene mayores posibilidades de ser reconocida, se promocione una analogía con el derecho del mar, la cual lleva ganado ya un amplio consenso frente a franjas donde los poderes anejos a la territorialidad se debilitan. Esta consistiría en que sobre este segmento ideal, más allá del espacio aéreo que conforma la órbita, se extienda no la soberanía en sentido lato, sino un derecho de la nación subyacente para utilizar y explotar la órbita de forma preferencial y exclusiva, dada su condición de recurso natural[148].

A diferencia de la Constitución de 1886 en la de 1991 hay otros intereses frente al espacio, similares a los de apropiación de la órbita geoestacionaria, que derivan igualmente del desarrollo tecnológico. La Constitución habla del espectro electromagnético y del espacio donde éste actúa.

El artículo 75 de la Constitución define el espectro electromagnético como un bien público, inajenable, imprescriptible, sujeto a la gestión y control del Estado, y sobre el cual hay garantías de acceso a su uso en los términos que fije la ley.

El espectro electromagnético y la razón de ser de su control los ha definido la Corte Constitucional de la siguiente manera:

> «Técnicamente, el espectro electromagnético es una franja de espacio alrededor de la tierra a través de la cual se desplazan

---

[148] Al respecto se puede consultar Rafael Nieto Navia, *Estudios sobre derecho internacional público*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Colección Profesores, No. 11, pág. 283 y ss.

las ondas radioeléctricas que portan diversos mensajes sonoros o visuales. Su importancia reside en ser un bien con aptitud para transportar información e imágenes de corta o larga distancia. Las restricciones a su uso obedecen a limitaciones normativas, técnicas y físicas que deben ser respetadas para evitar abusos del derecho, interferencias o prácticas monopolistas. [...] Las limitaciones normativas al uso del espectro electromagnético por los particulares obedecen a que es parte del territorio colombiano (C.N., art. 101) y pertenece por tanto a la Nación (C.N. art. 102). Razones de soberanía y de seguridad, así como los principios de pluralismo informativo, democracia participativa e igualdad, justifican la intervención estatal en las actividades que hacen uso de este bien público en ejercicio de sus derechos fundamentales»[149].

En buena medida, como se observa, la importancia de regular y controlar el espectro se deriva de su relativa agotabilidad. De esta manera, para garantizar los fines propios de una sociedad democrática el Estado posee una amplia facultad interventora. Con todo, se ha señalado que dicha potestad del Estado contenida en los artículos constitucionales mencionados no es ilimitada y se encuentra sujeta además a lo dispuesto en los tratados internacionales[150].

En otro pronunciamiento la Corte Constitucional señala que el espectro no se identifica con el espacio a través del cual se desplazan las ondas en mención, sino con un rango que comprende emisiones de onda de determinadas frecuencias; pero debe advertirse más allá de la discrepancia técnica, que la Constitución habla claramente tanto del espectro electromagnético como del espacio donde éste actúa:

«El espectro es el conjunto de todas las frecuencias de emisión de los cuerpos de la naturaleza. Comprende un amplio rango que va desde ondas cortas (rayos gamma, rayos x), ondas medias o intermedias (luz visible), hasta ondas largas (las radiocomunicaciones actuales). [...] Dentro de este rango de frecuencias hay una escala privilegiada que con la tecnología actual, corresponde al espectro de las comunicaciones. Obviamente es a esta frecuencia a la que se refiere la Constitución, especialmente en el artículo 76, al establecer la intervención estatal en el espectro electromagnético utilizado para los servicios de radio y televisión. [...] Por consiguiente, el espectro electromagnético no es una franja por donde pasan datos, ni tiene que ver con el espacio alrededor de la tierra. [...] El Estado no puede intervenir el espectro electromagnético en su totalidad. Sólo puede intervenir o controlar el rango de frecuencias que se utilizan para las comunicaciones, control que corresponde a la tecnología actual. [...] Es decir, la Constitución en los artículos que tratan sobre el espectro electromagnético (artículos 75, 76 y 101), se refiere a una parte del espectro, a las frecuencias que se utilizan en las comunicaciones...»[151].

La importancia del espectro ha llevado a que su distribución sea objeto

---

[149] Corte Constitucional, Sentencia T-081/93, M.P. Eduardo Cifuentes.

[150] Cfr. Corte Constitucional, Sentencias T-080/93, M.P. Eduardo Cifuentes y C-189/94, M.P. Carlos Gaviria.

[151] Corte Constitucional, T-484/94, M.P. Jorge Arango.

de más de una controversia. Merece destacarse la demanda que se promovió contra la Ley 37 de 1993 que regula la prestación de la telefonía móvil celular, en la cual se cuestionó la relativa liberalización del sector y su apertura a la inversión extranjera. Respecto a lo primero señaló la Corte:

> «En estricto rigor la prestación indirecta del servicio de telefonía móvil celular, a través del sistema de concesiones, como lo dispone la ley, más allá de contemplar una modalidad específica de gestión de un servicio público permitida por la Constitución, no entraña modificación alguna a la titularidad del servicio que se mantiene en cabeza del Estado y que éste administra mediante dichas concesiones –que corroboran la titularidad originaria– y las facultades irrenunciables de regulación y control. La circunstancia de que la ley, en punto a la gestión del servicio de telefonía móvil celular, le dé cabida a los particulares y a la iniciativa privada dentro de un marco bien preciso, no desvirtúa la titularidad pública ni significa, como lo postula el demandante que «las telecomunicaciones se han privatizado»[152].

Y respecto a la inversión extranjera en el sector, señaló:

> El artículo 5 de la Ley 37 de 1993 autoriza la inversión extranjera en el servicio de telefonía móvil celular, en el servicio e infraestructura satelital, en los servicios telemáticos que se asimilan a los de valor agregado y en estos últimos. A juicio del autor, la inversión extranjera atenta contra las empresas estatales de telecomunicaciones y la soberanía del país. [...] El legislador en su libertad ha considerado positivamente la posibilidad de contar en este campo con los aportes de capitales extranjeros. Sin duda la necesidad de disponer de cuantiosos recursos económicos para desarrollar el sector y del aporte tecnológico que es vital para su adecuada prestación, se encuentra en el trasfondo de la ley. Dado el perfil altamente tecnológico y cuantitativamente intenso en la utilización de capital, la alternativa del aislacionismo, habría dejado de consultar el interés nacional (CP. art. 226) [...] ...la inversión extranjera, por sí misma, no atenta contra la soberanía nacional, pues no desconoce la titularidad pública en el sector ni impide la regulación y el control del Estado en la materia. De otra parte, bajo ciertos aspectos, la inversión extranjera, puede ser conveniente para las empresas públicas receptoras de la misma»[153].

Dos pronunciamientos adicionales de la Corte Constitucional han determinado una línea estable en la jurisprudencia que apunta a que el espacio comunicativo de los *mass media* no se encuentre supeditado a monopolios de tipo político o económico. En el primero, la Corte salió al paso de la politización de la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión[154]; en el segundo avaló la exequibilidad de las disposiciones de la Ley 182 de 1995, condicionada a que los operadores del servicio de televisión que actúen como personas con ánimo de lucro sean de capital abierto[155]. No obstante, es preciso subrayar que esta última posición

---

[152] Corte Constitucional, Sentencia C-318/94, M.P. Eduardo Cifuentes.

[153] *Ibid.*

[154] Corte Constitucional, Sentencia C-497/95, M.P. Eduardo Cifuentes.

[155] Corte Constitucional, Sentencia C-093/96, M.P. Hernando Herrera.

experimentó un retroceso con la sentencia C- 350 de 1997, que tuvo varios salvamentos de voto, la cual avaló la Ley 335 de 1996 fraguada, según opinión muy generalizada, como una medida para ajustar cuentas con algunos noticieros críticos de la clase política.

En la medida en que avanza la tecnología hay una mayor posibilidad de aprovechar los espacios telemáticos. Con todo, los avances en un ámbito del todo distinto como el de la fibra óptica, pueden ser tomados como un presagio de lo que sucedería en un futuro cercano con la explotabilidad del espectro electromagnético. Señalan los técnicos que mientras un cable convencional de tres pulgadas con capacidad para 1.200 cables de cobre puede canalizar tan solo 14.400 conversaciones telefónicas, un cable de fibra óptica de tan solo media pulgada de grosor puede incluir 72 pares de fibras que transmiten 3,5 millones de conversaciones sin lugar a interferencias[156]. Lo anterior lleva a intuir que en el futuro, a un nivel constitucional, los fundamentos de la soberanía estatal sobre otros ámbitos como el espectro electromagnético, no se encuentren tanto en la razón de la escasez como tal. Ello hará menos problemáticos los procesos de distribución, en la medida en que las instancias de decisión no se verán compelidas a desarrollar criterios de inclusión o exclusión[157]. Sin embargo, este mayor sosiego en la exigencia de legitimación cuando desaparece la hipótesis física de exclusiones necesarias, no anulará para el Estado su rol distributivo ni el sentido político de sus decisiones, pero éste operará sobre otra base. Ya no la escasez sino el efectivo acceso y la utilización del poder comunicativo en el contexto de una sociedad pluralista y democrática animarán con seguridad el papel del Estado, por lo que la gestión podría adquirir un cariz más prestacional que arbitral.

No obstante, si se mira el papel del Estado desde una óptica un tanto distinta a la igualdad, la tecnología trae problemas sustanciales que exigirán enorme esfuerzo a la teoría constitucional. La legitimidad del control y la regulación por los estados de los espacios cibernéticos –ciberespacio– trasnacionales que dependen en algunos casos de la comunicación satelital; los derechos a la intimidad y libre desarrollo de la personalidad frente a comunicaciones que fluyen por las mencionadas «superautopistas», son unos cuantos ejemplos de tales problemas. Precisamente uno de los temas que empiezan a debatirse con mayor ahínco es el de la pornografía infantil en el cyberespacio[158].

---

[156] *El Tiempo*, 25 de Septiembre de 1997, pág. 1C.

[157] Son muchos los pensadores que han subrayado la problematicidad de los juicios de igualdad cuando se refieren a la distribución de la escasez: Jon Elster (*Justicia local* y *Juicios salomónicos*), Waltzer (*Esferas de justicia*), Calabresi y Bobbit (*Tragic choices*), entre otros. El problema es muchísimo mayor cuando la decisión entre el César o Dios se vislumbra, como en este caso, a la luz de la función de carácter estructural que las telecomunicaciones cumplen en una sociedad democrática. De uno u otro modo, los juicios de distribución no se constriñen aquí a la igualdad más inmediata. Implican, fundamentalmente, una distribución del poder comunicativo que atañe a la misma legitimidad del sistema.

[158] La Corte Constitucional en Sentencia T-321/93, M.P. Carlos Gaviria, se ocupó del tema denominado «sexo y violencia por televisión». Si bien en términos generales la negativa de tutela es acertada, la sentencia evadió adelantar

UN PAÍS DE AGUA

La Constitución reivindica otros espacios: los marítimos. En otro punto se advirtió que dentro del territorio deberían también entenderse incluidos los ríos, lagunas, humedales y demás recursos acuáticos que hacen del país una potencia en agua, en vías de disolución por la irracionalidad de sus habitantes.

No obstante, en el presente punto no se harán nuevas referencias al desafortunado Río Bogotá, al Río Magdalena, a los ríos ennegrecidos por la voladura de oleoductos, a los humedales urbanizados o a la mano humana que estranguló amplias zonas de manglares. Se hablará del mar, que de acuerdo con un mapa reciente del país, ocupa más del 45.5% del territorio nacional.

El interés defensivo o bélico impulsó y caracterizó el derecho consuetudinario en la materia. Hoy en día su lugar ha sido remplazado por los intereses económicos y en alguna medida por el interés de tutela ambiental.

Si se repara en el potencial económico del mar resulta entendible que la formación de un derecho positivo en la materia haya sido una ardua labor. En el año de 1958 se convocó una primera conferencia internacional de las Naciones Unidas en relación con el derecho del mar en la cual se produjo una primera regulación sobre el mar territorial, la plataforma continental, la alta mar, y la pesca y conservación de los recursos en la alta mar (Convención de Ginebra). En el año de 1960 se convocó una segunda conferencia para definir la extensión del mar territorial. Ante la obsolescencia del régimen alcanzado hasta entonces, en el año de 1973 se inauguró la III Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. La firma de la anterior convención tuvo lugar en Montego Bay, Jamaica, en 1982.

El artículo 8 de la convención define las aguas interiores así: «Las aguas situadas en el interior de la línea de base del mar territorial forman parte de las aguas interiores de un Estado...». La línea de base normal a la que se refiere el artículo es la fijada por la bajamar; sin embargo, en ciertos eventos, como cuando la costa presenta profundas aberturas o escotaduras –piénsese en la desembocadura de un río– se traza una línea especial.

Lo definición citada es importante para los efectos del artículo constitucional en la medida en que marca el punto de partida para la medición del mar territorial y las zonas señaladas en la Constitución.

El mar territorial comprende el área que se extiende más allá de las aguas interiores hasta un límite máximo de 12 millas marinas. La soberanía que se ejerce sobre el mar territorial incluye al espacio aéreo, suelo y

---

consideraciones de grado que permitiesen, en determinados casos, una mayor intervención del Estado más allá de la distribución de las franjas y sin caer en una especie de censura. Los hechos del caso concreto llevaron a que fácilmente la sentencia ambientara una solución aparentemente irrebatible por su sustento científico y democrático, pero detrás de tales argumentaciones, desafortunadamente, se han ocultado la complejidad y las verdaderas dimensiones del tema.

subsuelo marino y se encuentra restringida por el derecho al paso inocente[159].

Junto al mar territorial se encuentra la denominada zona contigua, cuyo límite a partir de las líneas de base va hasta 24 millas marinas. En esta zona el Estado posee facultades de control en materia migratoria, sanitaria, fiscal, aduanera y detenta en consecuencia un poder sancionatorio.

La zona económica exclusiva es el área marina que se extiende más allá del mar territorial y hasta doscientas millas marinas a partir de la línea de base. Sobre esta zona el Estado ribereño ejerce derechos de soberanía en relación con los recursos naturales vivos y no vivos. Los demás estados tienen derechos de navegación, sobrevuelo y tendido de cables.

Se debe destacar la importancia de los artículos 62, 69 y 70 de la Convención, pues facultan al Estado ribereño para regular la explotación racional y la captura permisible de los recursos vivos de la zona.

La plataforma continental es fruto de los hallazgos oceanográficos que además constataron su riqueza en materia petrolera. La pretensión de su apropiación por parte de los estados ribereños con fines de explotación tiene origen en el año de 1945, cuando el presidente Truman reivindicó la porción correspondiente al territorio norteamericano.

A un nivel geológico la plataforma corresponde a una prolongación natural de la masa territorial, constituida por una especie de meseta sumergida que se extiende más allá de las aguas territoriales, hasta el alta mar, bajando suavemente hasta un punto a partir del cual desciende súbitamente y de forma abrupta hasta las zonas de mayor profundidad.

La definición que trae la Convención sobre el derecho del mar es del siguiente tenor:

> «1. La plataforma continental de un estado ribereño comprende el lecho y el subsuelo de las zonas submarinas que se extienden más allá de su mar territorial y a todo lo largo de la prolongación natural de su territorio hasta el borde exterior de su margen continental, o bien hasta una distancia de 200 millas marinas desde la línea de base, a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial en los casos en que el borde exterior del margen continental no llegue a esa distancia[160].

Frente a la delimitación de áreas marinas vale la pena destacar por lo novedoso en nuestro país el tratado celebrado entre la República de Colombia y Jamaica, suscrito en Kingston el 12 de noviembre de 1993 y aprobado por la Ley 90 del mismo año. En dicho tratado se consagra una zona de administración conjunta o área de régimen común y a su vez se consagra un acuerdo para la explotación de los recursos de hidrocarburos y gas natural que se encuentren en la frontera. La Corte Constitucional, por fortuna, partió de un concepto de soberanía no tan restringido, y por ello, en desarrollo del control previo, consideró plenamente ajustado a la Carta dicho régimen y por consiguiente declaró la exequibilidad de la norma[161].

---

[159] Cfr. Arts. 2, 19, 27 y 28 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del mar.

[160] Cfr. Art. 76 n. 1.

[161] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-045/93, M.P. Hernando Herrera.

Artículo 102

El territorio,
con los bienes públicos
que de él forman parte,
pertenecen
a la Nación.

LAS HUELLAS DEL PRETOR

Señala Renato Alessi:

«Como es sabido, el Derecho romano conocía la categoría de las *res publicae* (al lado de la categoría, más filosófica que jurídica, de las *res communes* – aire, agua corriente, mar, playas: bienes no susceptibles de apropiación y de tráfico económico, correspondiendo su disfrute a todos y por lo tanto tutelado mediante la *actio iniuriarum*– y las *res universitatis*– cosas destinadas al uso de la comunidad, como son las calles, mataderos, cementerios, teatros), que comprendía bienes susceptibles de apropiación individual, pero reservados por el Derecho positivo al uso general y gratuito en vista de la utilidad general representada por el uso de dichas cosas: ríos, puertos, carreteras. Para tales bienes existía una desviación del régimen normal de la relación de pertenencia, integrada por la posición *extra commercium*, de tales bienes, al igual que lo que sucedía con las *res communes* y *res universitatis*, comprendidas todas ellas en la categoría de las llamadas *res extra commercium humani iuris* [Contrapuesta a las *extra commercium divini iuris: res sacrae* (templos), *res religiosae* (sepulcros), *res santctae* (puertas y murallas de las ciudades)]. Además existía una verdadera y propia reglamentación administrativa, aunque embrionaria, constituida por el uso público en vista de una determinada utilidad general, destino tutelado por vía de *interdictos*»[162].

[162] Renato Alessi, *Instituciones de derecho administrativo*, Barcelona, Bosch, 1970, Tomo II, págs. 395-396.

Durante la Edad Media se oscurece la distinción entre derecho público y privado, influjo que termina cuando el Estado adquiere personalidad independiente de la del príncipe y se separa el patrimonio del príncipe del dominio del Estado, distinguiendo a su vez en razón de las cualidades del bien, entre dominio público y dominio privado. Esta distinción fue recogida por los códigos de inspiración napoleónica. La gran diferencia frente al derecho romano es que en éste no había una pertenencia propiamente dicha en cabeza del Estado, lo único esencial era su afectación al uso público[163].

La doctrina ha acuñado la expresión dominio eminente del Estado para denotar la relación del Estado con el territorio, la que justifica algunas manifestaciones extraordinarias del poder del Estado frente a sus asociados como la expropiación. Con todo se trata de una noción que no posee una aceptación generalizada por cuanto algunos la tachan de excesivamente patrimonialista, prefiriendo en su lugar la noción de imperio.

Se puede concluir que aunque hay un rastro que viene del derecho romano, el énfasis en la pertenencia propio de la noción actual de dominio eminente del Estado resulta ajeno a dicha tradición. Lo anterior nos muestra hasta qué punto una visión patrimonialista de los bienes se ha abierto paso.

La Constitución, de un modo que puede resultar algo oscuro a la hora de dar aplicación al artículo, se refiere al territorio y a los bienes públicos que de él forman parte. Aparentemente su texto no intenta consagrar el dominio

[163] Cfr. Renato Alessi, *op.cit.*, págs. 396-397.

sobre los bienes públicos en general, sino subrayar el enfoque patrimonialista frente al territorio, incluyendo las minas y demás bienes individualizables comprendidos dentro del mismo.

Se suele distinguir entre tres tipos de propiedades: privada, estatal y pública. La propiedad pública se define por las finalidades a las cuales está afecto un determinado bien, las cuales pueden o deben ser cumplidas por el Estado o los particulares.

Conviene destacar finalmente que se han producido importantes providencias en la materia, las cuales tienen además un interés ecológico ineludible. Así, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado destacó la naturaleza de bienes de uso público de los humedales y la posibilidad de imponer limitaciones a los que formen parte de predios privados[164]. La Corte Constitucional abordó a fondo el tema de la biotecnología y sentó las bases para la protección de los conocimientos ancestrales y los recursos biotecnológicos desarrollados por los indígenas y las comunidades raizales[165]. Por su parte el Consejo de Estado ha aclarado el estatus jurídico de los recursos genéticos como bienes de dominio público[166]. La Corte Constitucional estableció la protección diferencial que se depara a parques naturales y reservas forestales. En primer lugar destaca la especificidad de los parques naturales y los otros bienes denotados en el artículo 63 CP, frente a los bienes de uso público que encabezan dicha enumeración. Para la Corte una cosa son los bienes de uso público desarrollados por el artículo 674 del Código Civil y otra un parque natural. En segundo lugar, destaca el carácter inalienable, imprescriptible e inembargable de los parques naturales y su vocación de permanencia, lo que torna intangible el sistema de parques y en cambio destaca el carácter legal de las afectaciones propias de la declaración de una zona como reserva forestal[167].

El gran reto para nuestras 114'174.800 hectáreas de extensión continental es pues, aparte de lograr una paz duradera, el de proteger nuestra posesión del 10% de la biodiversidad del mundo, que se traduce, por ejemplo, en aproximadamente 55.000 especies de plantas, en el 19% de todas las aves del mundo, en las 2.890 especies de vertebrados y en nuestro potencial hídrico. Los más recientes pronunciamientos jurisprudenciales sobre los tipos de propiedad aplicados a la vida y riqueza natural antes citados son el mejor testimonio de la importancia de tal propósito.

A MANERA DE EPÍLOGO

Una lectura formal del artículo 102 y de los demás artículos integrantes del título dedicado a los habitantes y el territorio nos llevaría nuevamente a una implantación acrítica del derecho occidental. Esto tiene el agravante de que, no obstante los artículos en cues-

[164] Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, 28 de octubre de 1994, Consejero Ponente: Javier Henao.

[165] Corte Constitucional, Sentencia C-137/96, M.P. Eduardo Cifuentes.

[166] Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, 8 de agosto de 1997, Consejero Ponente, César Hoyos.

[167] Corte Constitucional, Sentencia C-649/97, M.P. Antonio Barrera.

CONCORDANCIAS

Arts. 63, 101, 217, 267, 268 n. 7, 289, 332, 360, 361

ANTECEDENTES

CONSTITUCIÓN DE 1886

Art. 4

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE:

DEL TEXTO DEL ARTÍCULO

Comisión I, art. 8 (G.C., N° 83, pág. 5, col. 3)
Primer Debate, art. 4 (G.C., N° 109, pág. 27, col. 3)
Comisión Codificadora, art. 350 (G.C., N° 113, pág. 24)

DE LOS DEBATES

Plenaria: julio 2

LEGISLACIÓN

Ley 37 de 1993

JURISPRUDENCIA

1995:
T-059, T-150, C-423, C-595

1996:
1997: C-649

NORMAS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

tión integren en gran medida el derecho positivo de factura reciente, tienden a ser producto de reiterar normas tradicionales del constitucionalismo moderno que han sido superadas.

En efecto, como ya se ha señalado, sus fundamentos filosóficos son en lo esencial tributarios de concepciones propias de la Revolución Francesa, lo cual no es criticable *per se*, y por el contrario pone de presente algunos logros históricos de la filosofía política. Pero desde entonces se han operado en la sociedad otros cambios, aparte de los tecnológicos que superficialmente se incorporan. De esta manera nos enfrentamos a nuevos retos y necesidades que hacen de una interpretación formalista o en clave original algo estrecho, por no decir reaccionario.

Señala Heidegger en «La pregunta por la técnica» que la amenaza no viene al hombre de las máquinas o la técnica: «La más peculiar amenaza se ha introducido ya en la esencia del hombre. El dominio de lo dispuesto amenaza con la posibilidad de que el hombre pueda rehusarse a retrotraerse a un desocultar más originario y así negarse a experimentar el aliento [Zupruch = llamada] de una verdad más inicial». Se ha intentado develar una serie de amenazas que provienen de esa mentalidad que pretende dividir al mundo y a sus habitantes.

De la distinción entre habitante y ciudadano, y la consiguiente reducción del ámbito político, se ha señalado que oculta la dimensión integralmente política del habitar de todo hombre sobre la tierra. De la distinción entre nacional y extranjero se ha sostenido su utilidad práctica y en cierto sentido su inevitabilidad histórica, dadas las actuales circunstancias, pero se ha considerado más atinado el sentido cosmopolita sobre la base de que la superación de lo nacional no se haga exclusivamente desde lo económico y no derive en una homogenización insoportable de la especie humana.

Por último, se ha abordado el campo donde esta mentalidad de «lo dispuesto» ha penetrado con mayor agudeza. El riesgo de mirar el territorio como una enorme despensa y la belleza del territorio simplemente como un patrimonio turístico, está implícito en la concepción que promueven los artículos analizados, que ocultan en su lectura tradicional otras formas de integrar el territorio y de relacionarse con él.

Se ha destacado a lo largo de los presentes comentarios la estructura mítica que subyace a las normas objeto de estudio. Se ha hecho no con el fin de abogar por una especie de catarsis cientificista de las mismas, sino para que a partir de una conciencia sobre su pérdida de fundamentos –es decir a la luz de nuestra racionalidad occidental, o lo que es lo mismo, desde su afirmación mítica que equivale a la miseria de nuestra pretensión racionalmente dogmática– no insistamos con tanta vehemencia en una lectura rígida de su texto.

Aceptar la condición metafórica de los artículos en cuestión puede abrir paso a nuevos desarrollos y nos puede develar nuevas dimensiones de la norma. Debe destacarse de paso que en las anteriores críticas no hay un rechazo obtuso de la técnica, pero sí de las dimensiones que hemos dado a su poder configurador.

Se ha comenzado con un mito indígena que a nuestra conciencia de

separación enfrenta una conciencia de unidad cósmica y esencial con la tierra. En contraste, el mito de nuestra Constitución, absolutamente secularizado, tiene como principal manifestación para el habitante común la posibilidad de poseer una cédula u obtener un sello para su pasaporte.

No se pretende que se prescinda de las normas constitucionales citadas, ni que en su lugar se implanten los mitos indígenas. Se propone que dichos artículos, en lugar de limitarse a legitimar la explotación de los recursos naturales, describir el ámbito geográfico de los poderes del Estado, determinar las hipótesis de nacionalidad, ciudadanía o extranjería, sean más bien leídos como registros de dos pactos.

Uno, de carácter político, sería el pacto original entre los habitantes, que como se vio es necesario extender a partir de una conciencia cosmopolita y una conciencia plenamente política. Otro, de carácter natural, tal como lo propone Michel Serres[168], en virtud de nuestra condición de factor climático y de seres simbiontes de la tierra.

La pertenencia del territorio a la nación, de la que habla el artículo 102 no es un obstáculo. Puede leerse, no desde la exterioridad en la que la nación se distingue de la tierra, sino desde la esencialidad, donde la tierra es parte integrante de la nación, como lo señala el propio artículo 101.

Desde esta lectura, en parte estética, en parte religiosa, pero no por eso menos jurídica, podríamos hablar de dos mitos originarios; uno, el de la Constitución Política propiamente dicha; otro, el de la Constitución ecológica. Estos dos pactos se podrían sintetizar en un concepto novedoso y por construir: el de ecociudadanía.

Este espíritu que se puede desocultar en la Constitución de 1991 se encuentra paradójicamente compendiado en las palabras de un homónimo del padre de la Constitución de 1886, el cual recrea una parte de la cosmología y de las gestas indígenas con las siguientes palabras, con las que pretendo finalizar y a la vez invitar a abrir fisuras a la gélida conciencia jurídica imperante:

«Entonces, [el] Sol
subiendo desde la bocana del Gran Río
fue trazando los signos...

Y fijó los límites
estampando en las rocas
los emblemas de las innúmeras naciones.
Estableció las jornadas,
los descansos
y dejó las señas de los embarcaderos
y de los pasos
y de los cruces,
para que nadie se opusiera
a las largas marchas,
para decir ¡no! a las guerras
y así cada pueblo tuviera espacio suficiente
para medrar y madurar los días fecundos
y crecer en la noche como crecen los árboles»[169].

---

[168] Michel Serres, *Le Contrat Naturel*, París, Flammarion, 1992.

[169] Fragmentos basados en enseñanzas del Abuelo Don Rafael Núñez Enókai, Gente-de-Mafafa Roja, residente en Monochoa, en el río Caqueta. Citado por Fernando Urbina, «Algunas consideraciones sobre el mito, petroglifo y territorio, seguidas de otras acerca de las hojas del poder», en Politeia, Vol 1, No. 4, Bogotá, Facultad de Derecho, Universidad Nacional, 1988, pág. 38.

Este libro se terminó de imprimir en los talleres
de IMPREANDES PRESENCIA, S.A.
Santafé de Bogotá, D.C.- Colombia.