

CONSENSO Y OPINIÓN PÚBLICA O REGLA DE MAYORÍA EL PROCEDIMIENTO DE DECISIÓN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL¹

JOSÉ ANTONIO RIVAS CAMPO
OSCAR MEJÍA QUINTANA²

1. Introducción

Nueve de octubre de 1990, la Corte Suprema de Justicia examina la constitucionalidad del Decreto 1926 de 1990, que tiene por objeto "el restablecimiento del orden público". El mecanismo para alcanzar la finalidad planteada es "el fortalecimiento de las instituciones políticas fundamentales" que se llevará a cabo en la Asamblea Nacional Constituyente en 1991. Venciendo los esquemas exegéticos más férreos, la Asamblea Nacional Constituyente no se

realizó conforme al artículo 218 de la Constitución de 1886 que exigía un arduo proceso de reforma mediante un acto legislativo. El Decreto 1926 de 1990 fue declarado constitucional, debido a que el foro de 1991 se concibió como un fenómeno jurídico legitimado por la voluntad popular del movimiento participativo que impulsó la reforma.

Así, la providencia de la Corte Suprema de Justicia estableció los pilares para concluir no solamente que la voluntad popular expresada por un movimiento participativo justificaba la constitucionalidad del decreto mencionado y que la Asamblea Nacional Constituyente era legítima, sino que un sistema legal legítimo se erigía luego de "integrar diversos grupos sociales, conciliar intereses opuestos, buscar y llegar a un consenso constitucional".

La Asamblea Nacional Constituyente trajo consigo diversas y nuevas instituciones. Entre ellas, se introdujeron la Corte Constitucional y la Acción de Tutela, con el fin de salvaguardar la integridad de la Carta Política y de proteger los derechos fundamentales, derechos que bajo el antiguo

1. El presente artículo fue enriquecido con los sugestivos comentarios del Dr. Ciro Angarita Barón, la Dra. Beate Delgado y el Dr. Yannick Galland. A ellos, agradecimientos.

2. José Antonio Rivas es abogado egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. Profesor de Derecho Internacional e instructor de Teoría Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes.

Oscar Mejía Quintana es M.A. y Ph.D. en Filosofía Política y Teoría del Derecho. Director y profesor del área de Teoría Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. Catedrático de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional.

régimen constitucional carecían de mecanismos de protección efectiva e inmediata por parte del Estado.

En 1992, en ejercicio de la atribución que le confiere el artículo 241, numeral 11 de la Constitución Política, la Corte Constitucional se da su propio reglamento³, mediante el Acuerdo número 01 la Corte Constitucional. Este conjunto de normas es de meridiania importancia puesto que en él se establecen las reglas procedimentales que determinan el *modus operandi* de la corporación para adoptar decisiones frente a los distintos problemas jurídicos que surgen en el mundo de la vida, en el ámbito sociocultural, político y económico de Colombia.

La sucesión de hechos primigenios alrededor de las actividades de la Corte Constitucional, fue interrumpida y cuestionada por un voto negativo, y fue explicada, tal vez premonitoriamente, en la "Aclaración de un voto" que el magistrado Ciro Angarita Barón anexó al Acuerdo 2 del 17 de febrero de 1992, mediante el cual se buscaba, entre otros objetivos, la aprobación formal del reglamento interno de la Corte.

El compás de duda y escepticismo alrededor del reglamento interno de la Corte Constitucional y en relación con su procedimiento de decisión, elementos que se estudian y analizan en el presente escrito, es abierto por las siguientes palabras:

"Los principios de justicia no solo constituyen el fundamento dialógico-moral, extra-sistémico, de todo el ordenamiento jurídico positivo sino que, simultáneamente, son un criterio de interpretación y legitimación de todas las medidas que el estado tome en torno a la sociedad"

"ACLARACIÓN DE UN VOTO (...)"

2. Reitero mi honda convicción de que la importancia de dichos actos demandaba un previo y concienzudo estudio que clarificara de una vez por todas los aspectos alinentes a su validez y de ser necesario, acudir oportunamente a las autoridades competentes para ello a fin de que desde el primer momento los actos de la Corte se construyeran sobre el más firme piso jurídico.

(...)

4. En materia de reglamento interno, su apremiante necesidad no justifica en manera alguna omisiones evidentes no sólo de carácter procedimental sino, lo

que es más grave, de carácter axiológico y filosófico que menguan su aptitud para interpretar eficazmente el espíritu de la Carta de 1991.

(...)

6. De otra parte, en las precisas circunstancias históricas derivadas de la expedición de un código fundamental que crea por vez primera una Corte encargada expresamente de la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución (art. 241), ***su reglamento no es un simple conjunto de normas destinado a regular mecánicamente el ejercicio de una función pública. Muy por el contrario, desde el instante mismo en que inicia sus labores, él está llamado a convertirse en la expresión fiel de la forma como la Corte entiende que debe hacerse una integración, aplicación y desarrollo paradigmáticos de los principios y valores fundamentales de la nueva Carta, al igual que en la encarnación de una operante y activa pedagogía constitucional.***

3. Posteriormente mediante el Acuerdo número 5 del 15 de octubre de 1992, la Sala Plena de la Corte Constitucional unifica el reglamento, integrando los acuerdos 01, 03 y 04 de 1992 en un solo texto.

7. Es por eso que debo expresar mi justa preocupación porque en el texto del mencionado reglamento no aparezcan procedimientos adecuados para la toma de decisiones que garanticen eficazmente el carácter participativo y pluralista propio de una República unitaria (art. 1), la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana (art. 7), y el pleno respeto a los derechos de las minorías (arts. 176 y 265).

8. Tampoco se estimuló decididamente el discurso racional colectivo hacia el consenso como intento fructífero de auscultar la complejidad de nuestro ser nacional. Se le sustituyó por la avasallante y seca decisión numérica de la mayoría absoluta. De este modo, una vez más, lo instrumental terminó por prevalecer en desmedro de lo axiológico.

9. Ciertamente, para un país como Colombia, que se ha ido habituando a la solución violenta de sus conflictos, hubiera sido aleccionador dar una muestra de práctica sincera de la diversidad por los encargados de velar, desde las más altas cimas, por la integridad y eficacia de su ordenamiento". (Subrayado y negrilla fuera del original).

Después de 5 años de vigencia de la Corte Constitucional, este escrito estudia su procedimiento de decisión con el fin de determinar el tipo de reglas o principios que lo rigen. Exactamente, pretende examinar si las decisiones se basan en simples procesos de votación donde impera un bloque mayoritario o sobre reglas que permitan un proceso constructivo y dialógico entre los magistrados, de tal forma que se genere consenso alrededor de unos principios.

También intenta examinar la legitimidad de las decisiones en relación con el procedimiento utilizado para producirlas y la argumentación que se esgrime en determinadas decisiones judiciales.

De no existir un conjunto de principios que guíen el procedimiento argumentativo y la toma de decisiones judiciales, y ante la presencia de una simple regla de mayoría se correría el peligro de que las decisiones conformaran un conjunto jurisprudencial fragmentado con criterios opuestos que dejaran entrever la ausencia de un mínimo de coherencia interna.

Tal posibilidad tendría graves repercusiones para el orden jurídico como el colombiano, desgarrado por visiones de legitimidad en conflicto y en una situación no declarada de guerra civil en la cual las sentencias máximas del tribunal jurisdiccional no servirían para conciliar sino, por el contrario, para exacerbar y polarizar a los diversos sujetos colectivos en conflicto que no verían en el derecho un instrumento de conciliación sino de antagonismo.

Sería preocupante que en nuestro medio las decisiones de la Corte Constitucional terminaran siendo unas decisiones derivadas de la tendencia particular del magistrado que aborde determinada cuestión. Por lo tanto, la idea es establecer si en el seno de este tipo de corporaciones —como en todos los cuerpos colegiados y en especial en el Congreso— existe, en palabras de MacIntyre, un "conflicto de concepciones de justicia"⁴ que hace que las determinaciones corporativas sean fruto de acuerdos y no de consensos, por la inexistencia de procedimientos de consensualización y criterios homogéneos de interpretación al interior de tales instancias⁵.

En caso de que los acuerdos y no el consenso fueran la base de las decisiones judiciales de la alta corporación el eclecticismo jurídico colombiano resultante, haría evidente un problema adicional, la expresión de una sociedad fragmentada en clases, subculturas y fracciones, muchas veces violentamente antagónicas. Tal retrato exigiría que se logaran concertar tanto procedimientos de consensualización como principios extrajurídicos para que insuflen espíritu a la letra constitucional de tal forma que sea leída como propia por los sectores en conflicto. Así el derecho pasaría a ser un medio de integración social y no de dominación elitista.

El presente estudio asume una "estrategia de sospecha" sobre las decisiones de la Corte Constitucional.

4. Ver D.D. Raphael, *Problems of Political Philosophy*, "Competing conceptions of justice", Londres: MacMillan Education Ltd, 1990, pp. 145-152.

5. Para los escépticos sobre la existencia de diversas concepciones de justicia en conflicto consultar, además de los anteriores, Ralf Dreier, en *Derecho y justicia*, "Estructuras y problemas del concepto de justicia", Bogotá: Temis, 1994.

especialmente, tomando como referencia de estudio e histórica el reglamento de la Corte Constitucional y las dudas críticas, con un valor presagioso sorprendente, contenidas en la "Aclaración de un voto" mencionado. Esta estrategia adopta la postura de "sospechar" de las decisiones analizando los procedimientos utilizados por la Corte y la concordancia sustancial de los argumentos esgrimidos en torno a un espectro específico de sentencias. Las críticas o sugerencias que de este estudio se infieran deben ser tomadas, adicionalmente, desde una perspectiva progresista y no retardataria. Es decir, no se trata de ataques a la legitimidad y plena autonomía de la Corte, que defendemos por principio y en los términos aprobados por la Constitución de 1991, sino, precisamente, de ampliar la legitimidad y validez moral, social y jurídica de sus decisiones. Se pretende que surja de esta discusión una propuesta que responde, no a una inquietud académica", sino a una necesidad política de pacificar y reconstruir una sociedad que se está desmoronando.

Es menester enfatizar que el presente escrito pretende poner sobre las esferas académica, jurídica y social una propuesta con un marco teórico que constituye una alternativa concreta, para elaborar un procedimiento de decisión al interior de la Corte que lleve al consenso y que desarrolle el principio participativo que el mandato constitucional contiene.

El estudio, apenas preliminar y de carácter sugerente para un futuro trabajo sistemático sobre el tema, observa en qué medida la presencia de diversos principios en el conjunto jurisprudencial de la Corte Constitucional colombiana implica la presencia de principios que en forma sistemática y obligatoria conduzcan su procedimiento de decisión. La anterior situación se analiza en la siguiente sección donde se detalla el reglamento

***"El tribunal
constitucional interpreta
la Constitución
a la luz de lo que
la opinión pública
discute y decanta
sobre los diversos temas
que la afectan
en torno al desarrollo
de la estructura
básica
de la sociedad"***

procedimental de la Corte reflejado en el Acuerdo 05 de 1992. Posteriormente, se plantea un marco normativo para un modelo de procedimiento consensual-discursivo que se divide en dos partes inspiradas en la teoría de la justicia de John Rawls y en la teoría discursiva del derecho de Jürgen Habermas. En la siguiente sección se incorpora a manera de ejemplo ilustrativo y no exhaustivo, un espectro de sentencias que se analizan a partir del criterio asumido de "sospechar" de los procedimientos de decisión utilizados.

El análisis jurisprudencial y la elección de las providencias que se estudian, se realizan en consonancia con la preocupación del ex magistrado Angarita Barón, relativa a que "en el texto del mencionado reglamento no aparezcan procedimientos adecuados para la toma de decisiones que garanticen eficazmente el carácter participativo y pluralista propio de una República Unitaria (art.1), la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana (art. 7), y el pleno respeto a los derechos de las minorías (arts.176 y 265)". Este se refiere a los procedimientos de decisión al interior de la Corte en relación con la discusión sobre los contenidos de los principios que han conducido sus decisiones en temas como la libertad religiosa, el multiculturalismo y la autonomía e integridad cultural. La selección de las sentencias responde a dos criterios básicos: por una parte, se observan providencias con problemas de índole moral que exigen una definición de principios por parte del juez, de tal forma que es posible evaluar la congruencia de la Corte con los principios que señala y con aquellos del sistema constitucional. Por otra parte y en relación con la teoría expuesta por Habermas, se incluyen algunas providencias que revelan la percepción de la Corte sobre la opinión pública en relación con las minorías étnicas.

El marco teórico que se utiliza para analizar los dos grupos de sentencias sobre los temas mencionados, es el

consensual-discursivo que se infiere de las teorías de Rawls y Habermas de cuyos planteamientos se desprenden dos órdenes de elementos críticos. De la teoría de Rawls se toma el modelo de consensualización que se manifiesta en la *posición original* y sus respectivas restricciones argumentativas con el objeto de garantizar una efectiva consideración del interés público. En dicho marco se articulan las reglas de argumentación jurídica planteadas por Robert Alexy. En este caso se tiene en cuenta que la Corte Constitucional, además de un procedimiento meramente formal consignado como instrumento de su mecánica deliberativa en el Reglamento Interno, no parece acogerse a reglas discursivo-argumentativas, ni normativas, ni procedimentales que permitan clarificar o concebir principios fundacionales que guíen su discusión y decisiones internas.

De los planteamientos de Habermas se toma el modelo de la teoría discursiva del derecho y la democracia, exaltando el concepto de opinión pública como criterio fundamental de legitimidad de las normas jurídicas y de las providencias judiciales. La opinión pública⁶ y los elementos y procesos que rodean su formación y expresiones no pueden ser obviados cuando se efectúa el estudio constitucional ya que la idea de voluntad popular soberana justificó el proceso de gestación de la Carta Política vigente. Además, el concepto

6. En relación con el concepto de opinión pública se hace alusión a una autoridad crítica y legítima sobre el ejercicio del poder político, jurídico y social. La fuente de dicha autoridad es un mandato normativo. Ver Jürgen Habermas, *The Structural Transformation of the Public Sphere*, Cambridge: MIT, 1991, pp. 236-250.

“El equilibrio reflexivo es la polea que permite articular la dimensión política con la individual, dándoles al ciudadano o al sujeto colectivo (incluyendo al participante o magistrado en los procesos de argumentación institucional) la posibilidad de replantear las decisiones mayoritarias cuando sus convicciones así se lo sugieran”

de opinión pública ha de ser respetado por cuanto es esencial en relación con principios que por mandato constitucional no pueden ser desconocidos, sino que deben estar presentes. Es decir, ideas como democracia, pluralismo, multiculturalismo y participación han de imprimirle sentido a la interpretación constitucional.

Frente a la anterior exposición y ante la determinación de utilizar los marcos teóricos expuestos por Rawls y Habermas, no falta aquella pregunta conspicua, ¿Por qué Rawls y Habermas? Evidentemente, la propuesta que se hace al tomar como referencia de análisis el marco teórico en cuestión, no encarna un argumento de autoridad, sino que asume la responsabilidad propositiva que genera el acto crítico. Se trata de una propuesta que bien puede ser acogida o no, y que se basa en Rawls y Habermas pues estos autores exponen teorías que le otorgan una cohe-

rencia interna al procedimiento de decisión de una corporación judicial al sustentarse sobre el consenso y también garantizan un procedimiento de decisión que legitima el orden jurídico constantemente, en tanto hacen de la opinión pública un partícipe necesario. Es vital que se entienda que la proposición no es una defensa de uno u otro autor de teoría jurídica, sino de aquellas ideas que expresan con coherencia y que sin lugar a dudas, se entrelazan y confunden con mandatos y aspiraciones del orden constitucional colombiano: “El principio de participación” y “el consenso constitucional”⁷.

7. Véase la Constitución Política de Colombia y la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 9 de octubre de 1990, donde se concluyó que

El reglamento procedimental de la Corte

El Reglamento de la Corte Constitucional se rige por el Acuerdo 05 de 1992, "Por el cual se reordena el Reglamento de la Corporación". Los artículos 2° y 3° definen el quórum y la mayoría de las reuniones de la Corporación:

Artículo 2°: "Constituye quórum para deliberar y para decidir la mayoría absoluta de los miembros de la Corporación".

Artículo 3°: "Las decisiones de la Corte, salvo lo dispuesto en la ley para determinados casos, se adoptarán por mayoría absoluta. Se entiende por mayoría absoluta cualquier número entero de votos superiores a la mitad del número de magistrados que integran la Corte. Con todo, cuando uno o más magistrados estimen fundadamente que un asunto se decida por consenso y así lo propongan, la Sala Plena de la Corte hará lo conducente para lograrlo y dispondrá que la decisión de tal asunto no se produzca antes de la siguiente sesión ordinaria, cuando los términos constitucionales y legales así lo permitan. Si no se obtuviere el consenso, se aplicará la regla general sobre mayorías".

Como es claro en estos artículos, las decisiones de la Corte Constitucional se definen por regla de mayoría. La opción del consenso no está en lo más mínimo especificada, ni en sus aspectos procedimentales ni en los normativos, como podría encontrarse en el modelo hipotético rawlsiano donde ambos órdenes están señalados de manera expresa.

"El contrato social o la decisión consensual tienen que tener la posibilidad de ser legitimados permanentemente, no solo desde el impulso del consenso mayoritario sino, también, desde el disenso"

Esto se ve corroborado por el artículo 34, donde se especifican las reglas para las deliberaciones de la Corporación:

"El estudio en Sala de las ponencias de fallo se sujetará a las siguientes reglas:

1ª. El autor del proyecto por discutirse lo leerá y, si lo desea, hará además explicación oral de su contenido.

2ª. Si hubiere varios estudios o informes, se dará luego lectura a los demás, en orden alfabético de apellidos de sus autores.

3ª. Los comentadores expondrán oralmente o leerán las razones de su opinión.

4ª. El presidente concederá la palabra por turno riguroso a quienes deseen presentar sus observaciones.

5ª. Antes del cierre del debate y en cuanto los términos lo permitan, cualquier magistrado podrá solicitar en rotación el proceso en estudio, por un lapso no mayor de ocho días, durante los cuales, se suspenderá la discusión. Se entenderá agotado el debate cuando, oídos los que quisieron intervenir y, anunciado por el presidente que va a cerrarse la discusión, ningún magistrado pida la palabra para continuarla. Entonces el presidente la declarará cerrada.

6ª. Terminado el debate, se hará la votación, primero sobre la parte resolutive y después sobre la motiva o sobre las conclusiones del informe. La parte resolutive requerirá para su aprobación la mayoría absoluta de los votos de los magistrados. La parte motiva se podrá aprobar por mayoría relativa. Para aprobar los informes de comisión y demás documentos se requerirá mayoría absoluta".

Como queda expuesto, en especial en el inciso 6°, las únicas fórmulas que la Corte incluye en su reglamento hacen referencia a dos criterios básicos de mayoría: absoluta y relativa, sin especificar ningún criterio, ni

la voluntad popular expresada por un movimiento participativo justificaba la constitucionalidad del Decreto 1926 de 1990, al sostener que un sistema legal legítimo se erigía luego de "integrar diversos grupos sociales, conciliar intereses opuestos, buscar y llegar a un consenso constitucional".

procedimental ni normativo, para la toma de tales decisiones.

El artículo 33 sobre votaciones no añade ningún criterio aclarativo sobre el particular, fortaleciendo esta concepción procedimentalista de la Corte:

"Las votaciones serán ordinarias, nominales y secretas.

Las votaciones ordinarias se efectúan con cualquier manifestación externa inequívoca que indique asentimiento o negación por parte de los magistrados, a la proposición interrogativa presentada por el presidente.

Esta indicará en cada caso la forma de dicha manifestación.

En las votaciones nominales el secretario llamará a lista y cada magistrado, al ser nombrado, expresará su voto diciendo únicamente sí o no, según sea su voluntad. El resultado se publicará en el acta. Estas votaciones sólo se llevarán a cabo cuando lo solicite algún magistrado.

Las votaciones secretas se harán mediante papeleta. Tendrán lugar únicamente en caso de elecciones.

Abierta la votación de cualquier clase, le está prohibido a los magistrados abandonar el salón de sesiones, salvo autorización de la Sala.

Solamente podrán depositar su voto los magistrados que estén presentes al momento de realizarse dicho acto".

La consideración estructural de la opinión pública sólo estaría contemplada, si así puede denominarse, por el artículo 60 donde se establece la convocatoria a audiencias. Este reza:

"La Sala Plena de la Corte, a solicitud de cualquier magistrado, por mayoría de los asistentes y teniendo en cuenta los antecedentes del acto objeto de juzgamiento constitucional y la importancia y complejidad de los temas, convocará a audiencia pública a las personas que deban intervenir en ellas de acuerdo con la ley y fijará su fecha, hora y lugar. Las citaciones a las personas y la organización de la audiencia corresponderá al magistrado sustanciador".

La figura de la audiencia pública es el único espacio que contempla la participación de la "ciudadanía", obviamente desde una concepción estrecha de la misma y sólo en un sentido complementario y accidental a las interpretaciones del magistrado ponente y las decisiones posteriores de la Corporación en pleno.

Definitivamente, como se infiere de estos artículos que son los que regulan el desarrollo "normativo-procedimental" de la Corte, ésta se encuentra lejos de un esquema consensual-discursivo como el que se expone más adelante, obviamente en tanto potencial constructo-regulativo a partir del cual emanen los procedimientos concretos de racionalidad práctica que conduzcan el discurso jurídico. La Corte Constitucional colombiana también se distancia de determinados modelos de corporaciones judiciales de América Latina que contemplan sistemas de principios que rigen la argumentación y que poseen mínimos normativo-procedimentales para la discusión y decisión internas⁸.

Los procedimientos de decisión de la Corte, tal como se encuentran plasmados en ese reglamento, incluso estarían por debajo de mínimos de argumentación como los sugeridos por Alexy, con sus principios de argumentación jurídica. Es decir, las pretensiones de universalidad y autonomía de sus decisiones quedan, peligrosa y delicadamente, en entredicho por la carencia absoluta de constricciones (en sentido kantiano) normativas y normativo-procedimentales para orientar la discusión a su interior.

8. Es interesante detallar la forma procedimental-argumentativa del ordenamiento que regula el procedimiento de decisión de las Cortes de otros estados del continente que deberían sernos familiares, como el de Panamá o el de Argentina. Sus principios o reglas de interpretación constitucional determinan procedimientos normativos que orientan la argumentación al interior de las cortes correspondientes. La existencia y publicidad del procedimiento orientador permiten que la ciudadanía, como constituyente primario, conozca los criterios objetivos sobre los que ha de basarse la deliberación de los magistrados. Así, se reduce la injerencia de factores externos e intereses individuales en el tratamiento de determinadas temáticas, susceptibles de influencia indebida por parte de sectores del poder económico, político o, simplemente, personal. Ver Arturo Hoyos, *La Interpretación constitucional*, Bogotá: Temis, 1993.

El estudio estadístico del Centro de Investigaciones Sociológicas de la Universidad de los Andes, CIJUS⁹ ilustra plenamente este punto. De las 426 sentencias de tutela revisadas por la Corte en 1996 sólo hubo dos salvamentos, lo que haría pensar en la fortaleza consensual de sus procedimientos argumentativos. Sin embargo, de las seis (6) sentencias de unificación que es donde realmente ello se pone a prueba, ya que son decisiones tomadas por la totalidad de los magistrados de la corporación y ya no por los tres (3) miembros de una sala, sólo se decidió una (1) por consenso y en las cinco (5) restantes hubo salvamento de voto. De esta forma se evidencia la debilidad procedimental-discursiva del código de argumentación de la Corte y la inexistencia casi absoluta (en términos estadísticos de un 85% aproximadamente) de consensos integradores en el tratamiento de este tipo de sentencias.

Igualmente significativa es la cuantificación de los "bloques de mayorías" donde queda claro que no hay ni siquiera criterios ideológicos, iusfilosóficos o doctrinarios ni para aprobar, ni para salvar, ni para aclarar el voto. Al ser calculados "los bloques de mayorías" se observa cómo las más disímiles posiciones terminan identificadas en una nebulosa dimensión donde sólo parecen vislumbrarse intereses particulares de orígenes diversos que aunque no comprometen su integridad sí lo hacen con la de la dinámica deliberativa de la Corte.

El procedimiento de decisión consensual en la teoría de la justicia de John Rawls

La posición original

En la *Teoría de la Justicia*¹⁰ Rawls concibe un procedimiento de argumentación consensual para garantizar que los principios de justicia social o cualquier

tipo de principios normativo-procedimentales que deban orientar la concepción, discusión y ejecución de procedimientos, contenidos y productos jurídicos, sean escogidos dialógicamente, rodeando el proceso de las condiciones necesarias para que no sea contaminado por intereses particulares y se garantice la universalidad de los mismos¹¹. El constructo metodológico que utiliza para ello es el de la *posición original*, con el cual se pretende describir un estado hipotético inicial que asegure la neutralidad de los principios y la simetría discursiva e imparcialidad a su interior¹². Esta imparcialidad está garantizada por varios elementos que constriñen la deliberación de las partes, siendo los más sustanciales los siguientes¹³:

- Primero, cinco condiciones formales que deben enmarcar la discusión de los participantes, a saber:

- generalidad,
- universalidad¹⁴,
- carácter público,
- jerarquía,
- definitividad.

- Segundo, el objeto de las deliberaciones: estructura básica de la sociedad.

- Tercero, la información de las partes:

-un velo de ignorancia asegura el mínimo de información que deben contemplar los participantes en la discusión de los principios.

- Cuarto, la motivación de los agentes: el desinterés mutuo.

- Quinto, el carácter de la racionalidad de la deliberación:

11. *Ibid.*, pp. 35-40.

12. *Ibid.*, p. 36.

13. *Ibid.*, pp. 173-174.

14. Mientras que la generalidad se refiere a un valor compartido por una comunidad o grupo de sujetos, la universalidad se relaciona con un mundo o la totalidad de comunidades que comparten un valor.

9. Ver Catalina Blasco, en *Observatorio de Constitucionalidad*, "Estadísticas de la Corte Constitucional 1996", Bogotá: Facultad de Derecho, Universidad de Los Andes, 1997.

10. John Rawls, *Teoría de la Justicia*, México: F.C.E., 1978.

-racionalidad instrumental-
estratégica con el objeto de
maximizar beneficios a partir de
un mínimo dado.

- Sexto, condiciones y cum-
plimiento del acuerdo:

- exigencia de consenso
sobre las decisiones y obligato-
riedad en el cumplimiento de las
mismas.

- Séptimo, único punto don-
de no hay acuerdo:

- el egoísmo general de las
partes, con lo cual Rawls desco-
noce cualquier visión antropo-
lógica onmicomprensiva que
pretenda justificar la naturaleza
humana en tales términos.

El propósito del velo de
ignorancia, principal mecanismo
metodológico, es representar la
libertad e igualdad argumen-
tativas de los seres humanos y
grupos sociales y asegurar que los
principios no estarán viciados por
intereses particulares¹⁵. Las partes no pueden conocer
determinada información específica sobre sí mismas, que
viciaría los contenidos de las deliberaciones, pero sí tienen
acceso a cierta información general que pueda contribuir
a su dinámica argumentativa¹⁶. La posición original y el
velo de ignorancia crean el marco para buscar un *consenso*
racional unánime (no un mero acuerdo) sobre los
principios que, de otra manera, sería difícil concertar con
garantías procedimentales suficientes para asegurar el
contenido universal, autónomo y consensual de los
mismos¹⁷.

**“Un procedimiento
de decisión es tanto
más democrático
no sólo por su capacidad
de lograr consensos
de consensos entre
los diferentes sujetos
colectivos
que lo componen
sino, también
y ante todo,
por la posibilidad
de respetar el disenso
y saber integrar
su fuerza crítica
—e incluso, disociadora—
a la dinámica
discursiva”**

Todas estas restricciones
buscan mantener las condiciones
procedimentales para que las
decisiones sustantivas de cuerpos
colegiados o foros públicos sea el
fruto de un procedimiento con-
sensual simétrico y autónomo no
contaminado por concepciones y
perspectivas premeditadas que
no permitan reflejar el interés
público y la voluntad general que
dicen representar.

Los principios de justicia

Del procedimiento de discu-
sión dialógico-moral, Rawls deriva
sus *principios de justicia*, los cua-
les habrán de regular la *estructura*
básica de la sociedad tanto polí-
tica como social y económica. El
primer principio define el ordena-
miento constitucional de la socie-
dad y el segundo la distribución
específica del ingreso, riqueza y
opción de posición de los
asociados.

En el marco de ellos, Rawls introduce un nuevo
subconstructo, de especial importancia, que denomina
orden lexicográfico consecutivo, un «orden serial» por el
cual ninguna disposición sustantiva interviene mientras no
hayan sido satisfechas las primeras. El orden lexicográfico
garantiza no sólo el orden de aplicación de los principios
sino el criterio permanente para solucionar los eventuales
conflictos de interpretación y aplicación que puedan
presentarse¹⁸.

De esta forma, el principio de igual libertad será
situado en una jerarquía anterior y con un carácter inalie-
nable, quedando el principio regulador de las desigual-

15. *Ibid.*, p. 37.

16. *Ibid.*, p. 196.

17. *Ibid.*, p. 167.

18. *Ibid.*, p. 83.

dades económicas y sociales supeditado a él. En otras palabras, el sistema general de libertades tendrá siempre prioridad sobre las disposiciones económicas, por lo cual la regulación de estas últimas no podrá concebirse a costa del recorte de las primeras. En ambos casos, toda disposición política y económica debe garantizar tanto las libertades y derechos como una mejor situación de las minorías y los menos aventajados.

Los principios de justicia no sólo constituyen el fundamento dialógico-moral, extra-sistémico, de todo el ordenamiento jurídico positivo sino que, simultáneamente, son un *criterio de interpretación y legitimación* de todas las medidas que el Estado tome en torno a la sociedad. De ellos se derivan, pues, tanto las interpretaciones constitucionales como las interpretaciones ciudadanas sobre cualesquiera leyes y medidas que afectan el orden social. El procedimiento se ve así complementado por una orientación normativa sobre los criterios que deberían seguirse en la elaboración de las leyes, sin caer en un *procedimentalismo* de principio carente de toda pauta sustancial.

Conceptos complementarios

Tres conceptos adicionales complementan esta concepción consensual de los procedimientos jurídico-políticos:

Primero, el del consenso entrecruzado (*overlapping consensus*) o *consenso de consensos*, que sobre la base de los principios de justicia, permite llegar a acuerdos políticos entre diferentes concepciones de vida buena o visiones omnicomprensivas, como Rawls las denomina¹⁹.

**“El paradigma
tendría que mantener
la perspectiva
deontológica
pero a través
de un procedimiento
dialógico
consensualizador,
no entre las mismas
visiones del bien,
sino entre visiones
diferentes
y opuestas”**

Segundo, un concepto de *razón pública* que reconoce en la opinión pública de la ciudadanía la fuente principal de la interpretación constitucional: el tribunal constitucional interpreta la Constitución a la luz de lo que la opinión pública discute y decanta sobre los diversos temas que la afectan en torno al desarrollo de la estructura básica de la sociedad, como veremos posteriormente en la teoría del derecho de Habermas.

Tercero, el del *equilibrio reflexivo*, a través del cual la racionalidad dialógico-moral de los momentos anteriores (procedimiento de consensualización y consenso entrecruzado) se

convierte en *racionalidad deliberativa*²⁰, ético-contextual. Esta figura se constituye en un *control subjetivo* desde el cual el individuo o sujeto colectivo asume los principios o decisiones concertados como propios pero con la posibilidad permanente de cuestionarlos y replantearlos de acuerdo a nuevas circunstancias. Ello se convierte en un recurso individual o colectivo que garantiza que la ciudadanía, en tanto persona moral o sujeto colectivo, pueda tomar distancia frente a las decisiones mayoritarias que considere arbitrarias e inconvenientes. De esta manera, la “exigencia de unanimidad... deja de ser una coacción”²¹.

El equilibrio reflexivo es la polea que permite articular la dimensión política con la individual, dándole al ciudadano o al sujeto colectivo (incluyendo al participante o magistrado en los procesos de argumentación

19. Ver, en general, John Rawls, *Political Liberalism*, Nueva York: Columbia University Press, 1993.

20. *Ibid.*, pp. 460-469.

21. *Ibid.*, p. 623.

institucional) la posibilidad de replantear las decisiones mayoritarias cuando sus convicciones así se lo sugieran. La voluntad general no puede ser impuesta con el argumento de ser moralmente legítima por ser mayoritaria: tiene que ser subsumida libremente por el individuo o el sujeto colectivo minoritario en todo tiempo y lugar.

El contrato social o la decisión consensual tienen que tener la posibilidad de ser legitimados permanentemente, no sólo desde el impulso del consenso mayoritario sino, también, desde el disenso, desde la conciencia individual del ciudadano y la visión omnicomprensiva del sujeto colectivo, que quiera cuestionar y replantear el orden jurídico existente o la decisión tomada. Un procedimiento de decisión es tanto y más democrático no sólo por su capacidad de lograr consensos de consensos entre los diferentes sujetos colectivos que lo componen sino, también y ante todo, por la posibilidad de respetar el disenso y saber integrar su fuerza crítica –e incluso, disociadora– a la dinámica discursiva²².

Principios de argumentación jurídica

En la línea de la tradición kantiana y en el marco específico de la teoría del discurso de Habermas, Robert Alexy desarrolla una significativa propuesta procedimental que complementa de manera muy adecuada el procedimiento de consensualización rawlsiano²³.

“Sólo una interpretación dialógica del derecho, como la que ésta supone, permite sobrepasar el ‘solipsismo’ del superjuez Hércules dworkiniano y fundamentar argumentativamente ‘las presuposiciones y procedimientos’ del discurso legal”

La teoría de la argumentación jurídica se ve justificada, según Alexy, a partir de tres niveles de conexión del sistema jurídico: un nivel filosófico, en el cual la teoría del derecho se muestra como la teoría básica del Estado constitucional democrático. Un nivel jurídico, que expresa la necesidad de enlazar lo institucional con lo discursivo. Y, finalmente, un nivel político, donde se manifiesta la necesidad de que, más allá de los procedimientos legales, el Estado de derecho requiere siempre una fundamentación argumentativa²⁴.

Para Alexy, el derecho debe contener, como eje estructural, una teoría normativa del discurso que le permita determinar la

racionalidad de las diferentes argumentaciones jurídicas, bajo la *pretensión de rectitud* que toda consideración pospositivista del derecho debe reconocer para evitar el laberinto sin salida del procedimentalismo legal. Ello conduce a la necesidad de definir una *teoría procesal de la corrección práctica* que le permita al derecho, desde su interior mismo, corregir las deficiencias y subsanar los errores de los procedimientos legales sin necesidad de romper la estructura del andamiaje jurídico. Para garantizarlo, es decir, para introducir un elemento de corrección práctica que satisfaga la pretensión de rectitud de un sistema jurídico maduro, es necesario especificar, en el marco de los principios de la ética del discurso de Habermas, las condiciones procedimentales que aseguren la racionalidad, la universalidad y la imparcialidad del discurso práctico-jurídico. Para ello, el discurso debe cumplir dos grupos de reglas, unas a nivel de la estructura de los argumentos (reglas fundamentales) y otras a nivel

22. Ver, en general, Oscar Mejía, *El Derecho de los pueblos*, “El paradigma consensual del derecho en la teoría de la justicia de John Rawls” (Estudio Preliminar), en John Rawls, Bogotá: Facultad de Derecho (Universidad de Los Andes), 1996.

23. Ver Robert Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989; y *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona: Editorial Gedisa, 1994.

24. Ver Robert Alexy *Teoría del discurso y derechos humanos*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995, pp. 52-55.

específico del discurso (reglas de razón).

Entre las primeras, Alexy enumera la de no contradicción, universalidad, claridad lingüístico-conceptual, verdad en las premisas, argumento deductivo completo, consideración de consecuencias, ponderación y análisis de convicciones morales²⁵. Entre las segundas, cuyo objeto es garantizar la imparcialidad del discurso práctico, Alexy especifica las que ya había determinado en su primera obra:

Reglas fundamentales:

(1.1) Ningún hablante puede contradecirse.

(1.2) Todo hablante sólo puede afirmar aquello que él mismo cree.

(1.3) Todo hablante que aplique un predicado F a un objeto a debe estar dispuesto a aplicar F también a cualquier otro objeto igual a a en todos los aspectos relevantes.

(1.3') Todo hablante sólo puede utilizar aquellos juicios de valor y deber que afirmaría así mismo en todas las situaciones en las que afirmare que son iguales en todos los aspectos relevantes.

(1.4) Distintos hablantes no pueden usar la misma expresión con distintos significados²⁶.

Reglas de razón:

(2) Todo hablante debe, cuando se le pide, fundamentar lo que afirma, a no ser que pueda dar razones que justifiquen el rechazar una fundamentación.

“El Principio de Democracia es, pues, supeditado a la unanimidad, es decir, al consenso mínimo normativo, antes que a la mayoría. El consenso unánime es una condición para la concepción o interpretación de la ley”

(2.1) Quien pueda hablar puede tomar parte en el discurso.

(2.2) (a) Todos pueden problematizar cualquier aserción.

(b) Todos pueden introducir cualquier aserción en el discurso.

(c) Todos pueden expresar sus opiniones, deseos y necesidades²⁷.

En la medida en que la dinámica discursiva de los procesos jurídicos respete estos principios éticos y aplique a su interior las reglas de argumentación jurídica que se derivan de ellos, el procedimentalismo sistémico sería superado. Esto se lograría

mediante la adopción de un procedimentalismo discursivo desde donde podrían relegitimarse los procedimientos legales impersonales y enajenados de la sociedad.

Jurisprudencia ejemplificante

Con el objeto de ilustrar el proceso de decisión de la Corte Constitucional y de compararlo con el marco teórico presentado, se escogieron las sentencias C-088 de 1994 en la que se revisa el Proyecto de Ley Estatutaria sobre Libertad Religiosa, “Por la cual se desarrolla el Derecho de Libertad Religiosa y de Cultos, reconocido en el artículo 19 de la Constitución Política”; la sentencia T-405, relacionada con los derechos de los indígenas; y la sentencia C-013 de 1997 en la que se revisa la constitucionalidad del Decreto número 100 de 1980, “Por el cual se expide el nuevo Código Penal” en el que se tipifica como hecho punible el aborto de la mujer embarazada como resultado de acceso carnal violento, abusivo o de inseminación artificial. La decisión de la Corte Constitucional sobre libertad religiosa y de cultos se tuvo en cuenta porque

²⁵ *Ibid.*, pp. 49-50.

²⁶ Robert Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p. 283 y ss.

²⁷ *Ibid.*

el tema ameritaba una discusión sobre principios generales que cumplieran con la finalidad de justicia social.

Los problemas que atañen al análisis se pueden percibir desde dos perspectivas: una teórica y otra relacionada con el caso. Desde la primera, las preguntas giran alrededor de si hubo un mínimo acercamiento al modelo de consensualización planteado por la posición original en la discusión sobre los principios y normas generales que regulan la libertad religiosa y si existe un proceso de decisión de normas que respete los principios que se predicán en la Carta, tales como el pluralismo y la libertad religiosa y de cultos. Desde la segunda, se cuestiona si el proyecto de ley revisado refleja el respeto a la libertad religiosa y el pluralismo, ante la existencia de normas como la siguiente:

"ARTICULO 5o. No se incluyen dentro del ámbito de aplicación de la presente Ley las actividades relacionadas con el estudio y experimentación de los fenómenos psíquicos o parapsicológicos; el satanismo, las prácticas mágicas o supersticiosas o espiritistas u otras análogas ajenas a la religión".

En la sentencia T-405 de 1993 las comunidades indígenas del medio amazónico interpusieron la acción de tutela contra el Ministerio de Defensa y la Misión Aérea de Estados Unidos, por violación de los derechos a la integridad cultural y a la autodeterminación, al medio ambiente y a la Ley 21 de 1991 que aprobó el Convenio 169 de la OIT, en particular los artículos 6 y 7 relativos al derecho de escoger el modelo de desarrollo propio de las comunidades indígenas. Las demandantes manifestaron que las labores de ubicación de bases militares estadounidenses y colombianas al interior de predios del Resguardo de Monochoa, propiedad colectiva de los grupos étnicos Huitoto y Muinane, se efectuó sin su consulta y participación. Expresaron que se instaló un radar en un lugar sagrado que es "principio y fin de las culturas que conforman el nido amazónico y que las consecuencias se han notado en el desequilibrio del medio ambiente que se refleja en las epidemias que padecen los miembros de la comunidad".

La Corte visualizó el problema como un conflicto de intereses entre los del Estado colombiano y la seguridad

de sus habitantes, frente a los intereses culturales y de propiedad "particulares" de las comunidades indígenas del Medio Amazonas. La corporación consideró que la generalidad de los primeros justifica su preponderancia frente a la particularidad de los segundos. A pesar de esta argumentación, concedió la acción de tutela debido a que la instalación del radar causó contaminación y efectos nocivos sobre el medio ambiente que generaron enfermedades a los niños indígenas afectando claramente su salud y poniendo en peligro su vida²⁸.

Frente a esta decisión, la pregunta que se impone es si en atención a los principios de respeto por la identidad cultural, libertad religiosa y de cultos, no era mejor justificarla por las consecuencias que la instalación de un radar en tierra sagrada podía tener sobre el sistema de valores culturales y espirituales de la comunidad.

Lo anterior desemboca en un cuestionamiento ineludible desde la perspectiva rawlsiana, en el sentido de saber si la trascendencia de los principios que predica la Corte en virtud de la Carta Política, en este caso la libertad religiosa, sólo llega hasta la enunciación formal o si aún existe la abismal distancia entre la retórica progresista en el plano abstracto y la inobservancia de los mismos principios en las normas que influyen sobre la vida de la ciudadanía.

La sentencia C-013 de 1997 que resuelve la demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 328, 345, 347 y 348 del Decreto 100 de 1980, "Por el cual se expide el nuevo Código Penal", profundiza sobre diversos temas entre ellos, el infanticidio por acceso carnal violento abusivo o inseminación artificial no consentida, el abandono del hijo por acceso carnal violento abusivo o inseminación artificial no consentida, el derecho a la vida y el abandono seguido por lesión o muerte".

El análisis se centra en la declaración de constitucionalidad del artículo 345 de la normatividad mencionada:

28. En lo concerniente al conflicto entre intereses general y colectivo, y general e individual, se hace referencia posteriormente en el texto, específicamente con relación a la sentencia T-428 de 1992. Magistrado ponente, Ciro Angarita Barón, de la misma corporación.

ARTÍCULO 345. Circunstancias específicas. La mujer embarazada como resultado de acceso carnal violento, abusivo o de inseminación artificial no consentida que causare su aborto o permíttere que otro se lo cause, incurrirá en arresto de cuatro meses a un año.

En la misma pena incurrirá el que causare el aborto por estas circunstancias".

En el caso enunciado, el tema religioso no es introducido por la normatividad que se revisa, ni siquiera por las diferentes hipótesis que la lógica puede derivar de la misma. Al respecto el cuestionamiento es bastante claro. ¿Los principios sobre libre desarrollo de la personalidad y vida digna son aplicados en términos materiales, o se estancan en la mera enunciación formal y son transgredidos por la invasión de una doctrina específica, la del derecho confesional? Una invasión al ámbito de decisión de la mismísima sala plena de la Corte Constitucional.

Crítica desde las categorías consensuales

A lo largo de la sentencia C-088 de 1994 y de la ley en materia de libertad religiosa y de cultos no existe un mínimo acercamiento a una posición original desapegada de las concepciones concretas sobre doctrinas religiosas tradicionales y, en consecuencia, de los intereses que éstas representan. La construcción de un equilibrio en términos de principios abstractos es inalcanzable en tanto el concepto de religión es definido "desde lo que la experiencia destaca como religión" que no precisamente se refiere a un concepto de experiencia abierta que permita el aporte de la vivencia de las comunidades étnicas y culturales no tradicionales²⁹. De ser así no se haría abstracción del marco normativo sobre la libertad religiosa, ni de manifestaciones como la magia que pudieran provenir de sistemas religiosos diferentes.

"El consenso mínimo normativo a tener en cuenta se inflere del poder comunicativo de la opinión pública de los diversos sujetos colectivos que conforman la ciudadanía"

Tampoco se puede hablar de consenso entrecruzado puesto que no existió en la decisión incidencia alguna de los diferentes grupos, desde su particular visión omnicomprehensiva del mundo. Los ejemplos concretos están en el artículo 5 de la ley sobre libertad religiosa y la sentencia C-013 de 1997. En primer lugar, es cierto que existen determinadas expresiones que no son en sí mismas una religión, como es el caso de las diferentes posibilidades que enumera el artículo mencionado. Sin embargo, de ninguna manera

es descartable que las manifestaciones en cuestión emanen de un conjunto de "creencias o dogmas acerca de la divinidad, de sentimientos de veneración y temor hacia ella, de normas morales para la conducta individual y social y de prácticas rituales"³⁰. Al excluir del campo de aplicación de la ley a las expresiones enunciadas se deduce una subapreciación de las religiones étnicas e indígenas, y de aquellas que sincretizan las subculturas rurales y urbanas, mientras no se enmarquen dentro de la ley estudiada ceremonias que involucren rituales y magia que son compartidos y concebidos como parte de una ética comunitaria.

En contraposición a la percepción constitucional, las expresiones en cuestión pueden ser manifestaciones de la libertad religiosa y de cultos que entraña el derecho a practicar los actos que se derivan de la religión, pero también la obligación de respetar los actos y elementos prácticos esenciales para la religión específica. Conse-

29. Sentencia C-088 de 1994. "En verdad se afirma que no obstante ser permitidas dichas expresiones del comportamiento humano, ellas no alcanzan a constituir lo que la experiencia destaca como religión, ni como confesión religiosa, y que ellas no pueden gozar de los beneficios especiales que les concede el Estado".

30. Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, vigésima primera edición.

cuentemente, cuando no se posibilita la inclusión de las distintas visiones de mundo de actores que indefectiblemente serán afectados, en la construcción de lineamientos generales sobre la libertad religiosa, no es posible hacer referencia a un consenso entrecruzado. En segundo lugar y haciendo referencia a la sentencia C-013 de 1997, la Corte no entabla un proceso de comunicación abierto con los diferentes sujetos colectivos interesados en el género mujer. Es decir, más que una justificación, una respuesta a los argumentos esgrimidos en el Salvamento y la idea de "explicar"

las razones de un fallo a unos interlocutores racionales, los postulados del fallo son la enunciación de una tesis insuficiente para las mujeres afectadas y para aquellos individuos que no tienen como referente religioso común a la doctrina confesional³¹.

Si bien la intención del presente escrito no es por menorizar los detalles más específicos de la providencia de la Corte, sí es preciso ejemplificar puntualmente la tesis de que existen una serie de aportes de las cosmologías de diversos sujetos ciudadanos que han sido menospreciados durante la construcción del concepto de libertad religiosa. Al señalar que los componentes de la libertad religiosa y de cultos son su relevancia social y su organización jurídica, la Corte está reduciendo esencialmente este derecho. La función del derecho con base en una teoría discursiva jugaría un papel integrador en la medida en que visionara

***"El derecho
discursivamente
comprendido
es el medium
que posibilita
al poder comunicativo
convertirse
en poder político
y transformarse
en poder
administrativo"***

que la exigencia de regulación sobre ciertos conjuntos de principios espirituales separaría aún más a sujetos colectivos que provengan de diferentes tradiciones ideológicas, culturales y étnicas en la medida en que la institucionalización planteada pudiera no jugar papel alguno dentro de su sistema de valores específico. Así, ante la imposibilidad de institucionalizar los sistemas de creencias y de sus consecuentes prácticas se termina por no aceptarlas como religiones y por no apreciar su carácter legítimo.

No hay duda de que las exigencias formales sobre acreditación no son un adorno inocuo para determinadas religiones³². Sin embargo, existen conjuntos de preceptos religiosos dentro del pluralismo étnico y cultural que no conciben este tipo de exigencias formales, cuyos líderes y guías espirituales son caracterizados por visiones provenientes de realidades que ni siquiera se pueden catalogar como diferentes, sino que se encuentran en ámbitos no concebibles desde una lógica racional-occidental. Al no darle cabida a dichos sistemas espirituales, al hacer tan evidente en artículos como los que se han mencionado, que la concepción de libertad religiosa está hecha a la medida de las religiones tradicionales, es claro que se menosprecian diferentes culturas de comunidades y sujetos colectivos que tienen todo el derecho de enri-

31. Ver el salvamento de voto de la Sentencia C-013 de 1997: "La ironía desafortunada o el estrabismo peligroso que se trasluce en la imposición final de la medalla de la dignidad a la mujer violada, como trágico premio de consolación por continuar atada a un destino criminalmente impuesto desde afuera de su ser y cohonestado por el Estado, traduce un prejuicio que, lamentablemente, definió el sentido de la sentencia".

32. Ver Sentencia C-088 de 1994 en la que se revisa el Proyecto de Ley Estatutaria sobre libertad religiosa. La acreditación hace referencia al reconocimiento de la calidad de ministro o líder espiritual que se realiza en el marco de las religiones tradicionales, una vez se cumplen unos requisitos. El dilema en términos prácticos realmente no reviste inconveniente alguno puesto que los chamanes y taitas, en el mundo de la vida no dejarán de serlo por la ausencia de reconocimiento formal. Sin embargo sí se evidencia que la concepción de religión que expone la Corte, sólo abarca unos fenómenos particulares y occidentales, sin reconocer un ámbito fenomenológico y espiritual.

quecer los principios que orientan la interpretación en casos concretos. En tal sentido, no existe correspondencia alguna entre el modelo de consensualización y diálogo propuesto por la posición original y el consenso entrecruzado y las dilucidaciones de la Corte.

Al interrelacionar los discursos de las providencias estudiadas, analizando si su razonamiento respeta de alguna forma un orden lexicográfico, se encuentra que la idea de igual libertad que proyecta Rawls es violada cuando, desde la concepción de libertad religiosa, se excluyen a las concepciones espirituales no occidentales. También se da una ausencia de coherencia entre principios como la libertad religiosa y las decisiones concretas que tendrían que considerarla y respetarla. El discurso de la Corte no sigue ningún orden lexicográfico al evidenciarse que el desprecio por una de las libertades se enfatiza en el caso concreto de la sentencia T-405 de 1993, donde la entidad judicial no estudia la trascendencia del argumento sobre inviolabilidad de la tierra sagrada antes de aplicar tajantemente la primacía del interés general sobre el particular³³.

Cuando se evalúa la constitucionalidad sobre la penalización de la decisión de la mujer de abortar cuando ha sido violada y se aprecia que su línea de argumentación se sustenta en dos encíclicas papales, es muy claro que, con base en la moral católica, la Corte impone las convicciones confesionales y patriarcales de cuatro magistrados e irrespeto la opinión pública de la ciudadanía. Ante los devastadores efectos de una violación y la

***“Gracias
a la comunicación
descentrada
sin sujeto que se crea
discursivamente,
el poder comunicativo
de la ciudadanía
dispersa en la esfera
pública, penetra
los procesos
institucionales
de gestión y razón
pública”***

excesiva carga onerosa que se le impone a la mujer al no poder abortar, bastaría con preguntarle a las mujeres, es decir a los individuos y sujetos colectivos cuyos argumentos no son respondidos en la sentencia, su posición desde su única y especial condición. La alta corporación no soluciona los problemas que giran alrededor de la vida digna, el libre desarrollo de la personalidad de la mujer y la autonomía a decidir sobre su cuerpo, cuando sigue fielmente la línea de un derecho confesional y bajo un halo de comprensión benevolente dilucida problemas de imagen y proyección ante la sociedad:

“Nadie podrá decir que la mujer violada es indigna”.

Es preciso subrayar que es el propio concepto de razón pública el que se está violando con esta aseveración. Concepto que enriqueció el constituyente primario para legitimar la elaboración de la Constitución que hoy se interpreta. A pesar de cuestionamientos nuevos, de aportes de diferentes sectores de la sociedad civil develando la posición de la mujer³⁴, las consecuencias psíquicas y de diversa índole sobre su proyecto de vida, la dilucidación de la Corte no se enriqueció ni apreció los discursos esgrimidos desde el mundo de la vida. En cambio, afianzó la doctrina de la sentencia C-133 de 1994, fruto, simplemente, de una regla de mayorías que en este caso reflejó cuatro posiciones morales íntimas.

Parece que la sociedad estuviera condenada a no poder legitimar de manera constante la normatividad que la permea ya que durante la construcción de normas

33. El tema sobre el conflicto entre interés general y colectivo, y entre interés general y particular, se trata posteriormente en el texto, con referencia a la sentencia T-428 de 1992.

34. Ver salvamento de voto a la Sentencia C-013 de 1997. Ver los conceptos aportados por el Centro de Recursos Integrales para la Familia -Cerfamí- y la Casa de la Mujer.

jurídicas concretas se rechaza la contribución de los diferentes actores sociales desde su dinámica y vivencia -todo un género en el caso de la providencia sobre la penalización del aborto-, y a partir de una sola visión omnicomprendensiva del mundo -las diferentes culturas indígenas en las sentencias C-088 de 1994 y T-405 de 1993. No menos importante resulta preguntar si el Papa y la autoridad que lo enviste ante feligreses y no feligreses, son una fuente auxiliar de derecho constitucional, y si bajo la novísima interpretación constitucional de 1997, ya no es la opinión pública y el constituyente primario los que legitiman el sistema jurídico sino la autoridad moral del sumo pontífice católico.

La opinión pública como principio constitucional

En su último libro, *Facticidad y validez: apuntes para una teoría discursiva del derecho y del Estado de derecho democrático*³⁵, Habermas desarrolla un paradigma procedimental-discursivo del derecho como alternativa a los dos paradigmas jurídicos dominantes: el *paradigma burgués-liberal* que reduce la ley a formalidad legal y la justicia a igual distribución de derechos, y el *paradigma de bienestar social* que reduce la ley a políticas burocráticas y la justicia a justicia distributiva³⁶.

Ambos paradigmas se expresan al interior de diferentes escuelas iusfilosóficas contemporáneas y pretenden dar una solución postiusnaturalista a la tensión entre el principio de validez legal y la demanda de legitimación discursiva de la ley. Resultan inadecuados para una sociedad pluralista con multiplicidad de concepciones del bien, en la medida en que no permiten la mediación del poder comunicativo de la opinión pública.

Entre estas escuelas, la *hermenéutica legal* es objetable porque deja la decisión exclusivamente en manos del juez, no posibilita un consenso real, y el marco de tradiciones del que parte, vicia la decisión judicial de un razonamiento acrítico e incuestionable, pese a la contingencia del mismo³⁷. Si bien el *realismo legal* desnuda las inconsistencias de la postura hermenéutica, señalando la relatividad que genera el adoptar un marco cultural particular, su perspectiva tampoco es la apropiada en la medida en que erradica la separación estructural entre derecho y política y no muestra cómo la ley puede estabilizar expectativas particulares, perdiendo así su capacidad de integración social³⁸. Contra esta postura, el *positivismo legal* trata de estabilizar expectativas particulares a través de la ley pero al costo de hacerla impermeable a todo tipo de principios extrajurídicos³⁹.

Tales posiciones son reflejadas por dos perspectivas opuestas de *aproximación a la Constitución*: la deontológica y la teleológica. La teoría del derecho de *Ronald Dworkin*⁴⁰ es un ejemplo fehaciente que representa a la primera, y *Michael Perry*⁴¹ a la segunda en la jurisprudencia norteamericana. La perspectiva *deontológica* establece lo que es justo mientras que la *teleológica* determina objetivos sociales según una concepción del bien prevaleciente. Habermas rechaza la segunda y adhiere a la primera como la única legítima en una sociedad pluralista, si bien la metáfora del superjuez Hércules de Dworkin se revela como una figura monológica antes que dialógica. El paradigma tendría que mantener la perspectiva deontológica pero a través de un procedimiento dialógico: un diálogo consensualizador, no entre las mismas visiones del bien, sino entre visiones diferentes y opuestas⁴².

La perspectiva monológica de Dworkin sólo puede superarse a través de una teoría discursiva del derecho.

35. Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des Demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt: Suhrkamp Verlag, 1992; traducción al inglés de William Rehg, *Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, Cambridge: MIT Press, 1996.

36. *Ibid.*, pp. 196-197.

37. *Ibid.*, p. 200.

38. *Ibid.*, pp. 200-201.

39. *Ibid.*, pp. 201-202.

40. *Ibid.*, pp. 211-222.

41. *Ibid.*, pp. 257-258.

42. *Ibid.*, p. 222.

Habermas retoma críticamente la teoría de la argumentación de Robert Alexy⁴³ para mostrar que sólo una interpretación dialógica del derecho, como la que ésta supone, permite sobrepasar el "solipsismo"⁴⁴ del superjuez Hércules dworkiniano y fundamentar argumentativamente "las presuposiciones y procedimientos" del discurso legal⁴⁵. Pero la teoría del discurso legal, tanto de Alexy como de otros autores, parece adolecer de una debilidad tangencial: su énfasis en el dominio del derecho y su discusión y toma de distancia frente al discurso moral le hace olvidar el papel que la política deliberativa juega en todo el proceso y de qué manera es a través de ella, es decir, de la expresión del poder comunicativo de la sociedad civil, que es posible inferir discursivamente los contenidos normativos –no sólo legal-argumentativos– de los procedimientos y productos jurídicos⁴⁶.

La reconstrucción discursiva del derecho, estrategia principal de su propuesta⁴⁷, debe partir de una reinterpretación de la relación entre moral y derecho. La teoría del discurso, a través del Principio Discursivo, provee en todos los casos un *procedimiento argumentativo imparcial* que puede ofrecer soluciones legítimas para el conjunto de participantes en un discurso práctico. Las diferencias residen en los tipos de argumentos que se requieren en cada dominio: los argumentos morales se resuelven por consenso; los argumentos legales por compromiso y negociación y los argumentos políticos por la regla de mayoría⁴⁸.

Sin embargo, Habermas amarra, junto con Rawls, el criterio de unanimidad a la determinación del principio participativo, concibiendo la regla de mayoría como una derivación del primero. El *Principio de Democracia* es, pues, supeditado a la unanimidad, es decir, al consenso

mínimo normativo, antes que a la mayoría. El consenso unánime es una condición para la concepción o interpretación de la ley⁴⁹. El derecho, pese a su relativo grado de concreción, debe definir tres niveles de discurso: argumentación y decisión argumentativas, tanto a nivel legislativo como judicial: primero, donde se estudien los aspectos pragmáticos, técnicos, específicos e instrumentales, de los diferentes sujetos colectivos sociales; segundo, donde se consideren las diversas perspectivas ético-políticas alternativas de estos actores; y tercero, donde se contrasten las diferentes opciones con un hipotético marco normativo universal. Lo anterior definiría un proceso de decisión legislativa o judicial regulado por dos tipos de compromisos argumentativos: el regateo, en los dos primeros niveles y el consenso, en el tercero. El regateo se hace necesario para balancear intereses en conflicto, aunque Habermas es claro en condicionar el mismo al marco normativo del consenso moral, regulado por el principio discursivo⁵⁰.

Este procedimiento posconvencional lleva a que la génesis de la ley deba ser concebida en el poder comunicativo de los múltiples sujetos colectivos que conforman el mundo de la vida⁵¹. El consenso mínimo normativo a tener en cuenta se infiere del poder comunicativo de la opinión pública de los diversos sujetos colectivos que conforman la ciudadanía.

Para explicar esto, Habermas redefine la *relación interna entre el derecho y la política*⁵². La relación posconvencional entre ambas viene establecida por el hecho de que el derecho no recibe su sentido legitimatorio ni a través de la forma legal, en sí misma, ni por un contenido moral previamente determinado, sino por un *procedimiento legislativo* (o de deliberación jurisprudencial) que engendra legitimidad en la medida en que garantiza discursivamente las perspectivas públicas de la sociedad en general⁵³. El derecho tiene que permitir que el sistema

43. Ver "The theory of legal discourse", en *Ibid.*, pp. 222-237.

44. *Ibid.*, p. 225.

45. *Ibid.*, p. 229.

46. *Ibid.*, p. 232.

47. Ver, específicamente, "A reconstructive approach to law I: the system of rights" y "A reconstructive approach to law II: the principles of the constitutional state", en *Ibid.*, pp. 82-131 y 132-193.

48. *Ibid.*, p. 105.

49. *Ibid.*, p. 108.

50. *Ibid.*, pp. 166-167.

51. *Ibid.*, pp. 130-131.

52. *Ibid.*, pp. 133-134.

53. *Ibid.*, pp. 135-136.

administrativo sea atravesado por el poder comunicativo de la sociedad convirtiéndose en un instrumento de integración social.

En este punto hay que diferenciar entre poder comunicativo, poder político y poder administrativo. El primero es la expresión de la dinámica discursiva de formación de la opinión pública a nivel de las diferentes formas y sujetos colectivos que conforman el mundo de la vida. El segundo, es la manifestación institucional de ese poder comunicativo por medio de procedimientos democráticos legislativos que garantizan su autonomía discursiva. Gracias a esto la voluntad pública se convierte, a través de leyes y políticas públicas, en poder administrativo de regulación sistémica.

El derecho discursivamente comprendido es el *medium* que posibilita al poder comunicativo convertirse en poder político y transformarse en poder administrativo. Así, el Estado de derecho es legitimado tanto por los procesos discursivos de conformación de la opinión pública del primero, como por los procedimientos de creación de leyes del segundo. El poder comunicativo se funda en el sistema de derechos que garantiza jurídica y extrajurídicamente la deliberación autónoma y la simetría discursiva, individual y colectiva, de la ciudadanía.

Gracias a la *comunicación descentrada sin sujeto*⁵⁴ que se crea discursivamente, el poder comunicativo de la ciudadanía dispersa en la esfera pública, penetra los

“La democracia se funda y se legitima en la participación ciudadana en la toma de decisiones. La deliberación basada en la participación ciudadana debe garantizarse en todos los niveles de decisión administrativa, contenciosa o jurisprudencial, so pena de acudir, de manera plenamente justificada, a la desobediencia civil”

procesos institucionales de gestión y razón pública. Ello remite, una vez más, al rol del derecho interpretado democráticamente, tanto por el complejo legislativo como por las cortes judiciales, en cuanto sea capaz de traducir el poder comunicativo de la sociedad a leyes, políticas públicas o decisiones jurisprudenciales. La democracia se funda y se legitima en la *participación ciudadana* en la toma de decisiones. La *deliberación basada en la participación ciudadana* debe garantizarse en todos los niveles de decisión administrativa, contenciosa o jurisprudencial, so pena de acudir, de manera plenamente justificada, a la *desobediencia civil*⁵⁵.

Jurisprudencia ejemplificante

Con el objeto de estudiar el procedimiento de decisión de la Corte Constitucional se hace aquí énfasis sobre la conceptualización de una visión común de justicia mediante un procedi-

miento dialógico que ponga de manifiesto la fuerza del poder comunicativo de la sociedad civil. Esto, con el objeto de que la legalidad adquiera un contenido amplio de justicia social y asuma efectivamente los principios de participación y democracia. Todas estas categorías se contrastan con un caso paradigmático, la sentencia SU-039 de 1997, enriquecida en su ámbito doctrinal por las jurisprudencias T-428 de 1992, T-405 de 1993, C-139 de 1996, T-349 y T-496 todas de 1996⁵⁶.

54. Sobre este concepto (subjectless communication), ver *Ibíd.*, pp. 184, 200-201, 408-409.

55. *Ibíd.*, p. 383.

56. El aspecto a analizar es si se respeta la diversidad e integridad étnica y cultural y la autodeterminación de las distintas culturas que conforman

Previo al análisis del caso en concreto es preciso realizar ciertas aclaraciones con el fin de dar una visión acerca del papel de la Corte Constitucional en el desarrollo del respeto a la diversidad étnica y cultural. Este principio carece de antecedentes jurídicos pues la concepción de Estado-Nación imperante en las constituciones anteriores, no contemplaba la posibilidad de una sociedad multicultural. Debido a la ausencia de guías y mapas tanto en el ámbito ejecutivo como en el legislativo, en relación al multiculturalismo, las providencias de la Corte Constitucional se han convertido en la fuente que determina las reglas que se deben seguir en relaciones interculturales. A pesar del papel de la alta corporación, no es posible referirse a una tendencia jurisprudencial clara y coherente, ya que si bien todas las sentencias reconocen la diversidad como principio fundante del Estado social de derecho, difieren al momento de tomar una determinación en el caso práctico. Es decir, prácticamente cada sentencia da una extensión diferente al concepto de respeto a la diversidad.

la diversidad plural del Estado colombiano. Las materias y providencias mencionadas se escogieron por diversas razones. Primero, es importante establecer el aporte de la etnia involucrada en el caso concreto y su contribución en la determinación del contenido de los principios que la Constitución Política contiene y que guían el criterio de decisión en los casos concretos. Se trata de observar si durante el proceso de decisión constitucional se respeta la entidad legitimante de los actores de la sociedad civil y la opinión pública. En segundo lugar, porque en uno de los casos concretos que se estudia se toma la sentencia de unificación sobre diversidad e integridad étnica y cultural que, como tal, es una decisión que recoge elementos de la doctrina constitucional y expone la visión ejemplar y unificada de la entidad. En tercer lugar, porque es fundamental establecer claramente que la teoría discursiva no aporta unos contenidos preconcebidos, sino que requiere de las partes, en

“La idea de opinión pública no existe y más que una sociedad civil participativa que legitime el derecho, se acude a las preconcepciones de la entidad que al no trascender la necesaria esfera de la generalidad, pone en evidencia la ausencia de comprensión de la particularidad y diversidad de las culturas”

interés general en su artículo primero, pero también establece la protección de numerosos valores relacionados con intereses particulares, como es el caso de los derechos

este caso de las comunidades, para construir las pautas que las rijan, lo cual relativiza la preeminencia de la lógica occidental y posibilita un respeto procedimental a la diversidad étnica cultural, a la autodeterminación y, en últimas, a la dignidad humana de las comunidades que no comparten los parámetros de racionalidad de Occidente.

57. Los hechos que dieron origen a esta sentencia fueron los siguientes. La comunidad indígena de Cristianía, perteneciente a la etnia Embera-Chamí, se vio afectada por la ampliación de la vía que comunicaba al municipio de los Alpes con la carretera central. Al parecer cuando se diseñó el proyecto no se tuvieron en cuenta las características del terreno, el cual era supremamente inestable. Mientras la obra se ejecutaba, se produjeron varios deslizamientos de tierra que destruyeron viviendas e instalaciones básicas para las actividades económicas de

Específicamente el tema de la primacía del interés general sobre el interés de una comunidad indígena particular ha sido abordado por dos sentencias en las cuales la respuesta dada a una solicitud relativamente similar, ha sido contradictoria.

En la sentencia T-428 de 1992, la Corte consideró que el enfrentamiento entre el interés de una comunidad indígena y aquel de un municipio, no podía ser analizado como el clásico conflicto entre individuo y colectividad⁵⁷.

En esta ocasión la Corte reelaboró el concepto de interés general, relativizando su primacía:

“Ante todo es necesario aclarar que el concepto de interés general, como todas las normas constitucionales que consagran valores generales y abstractos, no puede ser aplicado de manera directa a los hechos. La Constitución establece la prevalencia del

de la mujer, del niño, de los débiles, etc. El Estado social de derecho y la democracia participativa se han ido construyendo bajo la idea de que el reino de la generalidad no sólo no puede ser llevado a la práctica en todas las circunstancias, sino que, además, ello no siempre es deseable: la idea del respeto a la diversidad, al reconocimiento de las necesidades específicas de grupos sociales diferenciados por razones de cultura, localización, edad, sexo, trabajo, etc., ha sido un elemento esencial para la determinación de los derechos sociales, económicos y culturales, y en términos generales para el logro de la justicia".

Además, la alta corporación señaló que el interés a ser protegido no se determina a través de una regla mecánica, verbi gratia, interés general prima sobre interés individual o colectivo, sino que es preciso identificar la importancia de los contenidos de los intereses en cuestión, en materia de derechos fundamentales:

"Según esto, si bien se trata de dos intereses colectivos, es evidente que desde el punto de vista del derecho en el que se funda cada interés, las pretensiones de comunidad indígena poseen un mayor peso. Mientras que su interés se funda en el derecho a la propiedad, al trabajo y al mantenimiento de su integridad étnica y cultural, el interés del resto de la comunidad está respaldado en el derecho a la terminación de una obra concebida para el beneficio económico de la región.

En síntesis, el interés de la comunidad indígena posee una legitimación mayor, en la medida en que está sustentado en derechos fundamentales ampliamente protegidos por la Constitución".

En menos de un año la anterior posición fue revisada. En la sentencia T-405 de 1993 la Corte retornó al concepto clásico de primacía del interés general sin permitir que la

las cuales depende la subsistencia del grupo indígena. La petición elevada por los indígenas consistía en detener la obra e indemnizar los perjuicios causados. Solicitud que el juez de primera instancia negó considerando que el interés general, representado en la culminación de la vía, primaba sobre cualquier interés particular de la comunidad afectada.

lógica de su racionamiento fuera permeada por criterios cualitativos. En su lugar decidió que el interés de las comunidades indígenas involucradas debía ceder ante el interés nacional. La Corte consideró que, en tanto los indígenas hacen parte de la nación colombiana, la protección del interés de ésta los cobija. Así estableció:

"No puede dejarse de lado que Colombia es una República unitaria, en la que el Estado debe cumplir toda una serie de obligaciones y atender unos fines impuestos por la misma Constitución, lo que le impone la tarea de adoptar medidas tendientes a la conservación de la vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y a la defensa de la independencia nacional, al mantenimiento de la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Medidas que tienden al beneficio de la colectividad, la cual debe prestar su colaboración en la realización de tales fines. Por lo tanto, si se piensa en el caso concreto de la instalación de un radar para el control de aeronaves del narcotráfico, elemento por demás perturbador del orden público y grave amenaza de la integridad nacional, como medida de protección de la seguridad de los colombianos, ella debe respaldarse por la comunidad pues está dirigida al beneficio de todos. Por lo tanto, no obstante el lugar de su ubicación representa para la comunidad indígena territorio sagrado, no puede pensarse dado que su ubicación estratégica es esencial para el control que a través de él se ejerce, que vulnere derechos fundamentales que deban ser amparados a través de la acción de tutela. Nos rige, como así lo establece el artículo 1o. de la Constitución, un Estado que está organizado "en forma de República unitaria, descentralizada y con autonomía de sus entidades territoriales". (Negrillas fuera del texto original)

A simple vista es observable que frente a un mismo problema la Corte, no solo dio dos respuestas distintas, sino que empleó criterios incompatibles. Tal conclusión deja entrever la ausencia de reglas y principios cuyos contenidos hayan sido elaborados a través de una metodología argumentativa tal, que genere sucesión de providencias coherentes entre sí.

Las anteriores sentencias provinieron de Salas de Revisión y ante la inminencia de una sentencia de unificación, se esperaba un pronunciamiento que señalara los criterios conductores. Esta providencia se produjo en 1997 cuando la Corte, un año después de haber elegido el expediente para su revisión, se pronunció sobre la exploración petrolera en el territorio tradicional de los U'wa.

Antes de enunciar el problema de interés se requiere contextualizar el caso de que trata la sentencia SU-039 de 1997 señalando los hechos relevantes. La acción de tutela que dio origen al posterior pronunciamiento constitucional fue interpuesta por el Defensor del Pueblo en representación del grupo étnico indígena U'wa. La Sociedad Occidental de Colombia inició los trámites para obtener la licencia ambiental que autorizara la ejecución del Proyecto "Explotaciones Sísmicas bloque Samoré" a partir del cual se realizarían exploraciones sísmicas con el fin de constatar la presencia de yacimientos de petróleo en la zona en que se encuentran. El Ministerio del Medio Ambiente, entidad competente para expedir la licencia mencionada, consideró que la reunión sostenida el 10 y 11 de enero de 1995 entre los miembros de la comunidad U'wa, representantes de los ministerios de Minas y de Medio Ambiente, la Dirección General de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior, Ecopetrol y Occidental de Colombia había sido una consulta de acuerdo a las exigencias del artículo 330 de la

"Cuando se hace alusión a una justicia consensual que va desde el desarrollo de la concepción de principios extrajurídicos hasta la formulación de regulaciones sobre materias específicas es preciso repetir que la justicia procedimental no conduce a un contenido atemporal y absoluto, es decir, los actos sociales interesados y afectados influyen y construyen el concepto de opinión pública según sus fuentes vivenciales y sus concepciones de mundo de vida"

Constitución Política y del artículo 76 de la Ley 99 de 1993 sobre consulta y participación comunitaria. En conclusión, el Ministerio del Medio Ambiente expidió la resolución No. 110 de febrero 3 de 1995.

En la acción elevada se afirma que debido al incumplimiento de la consulta y de la exigencia de participación se vulneraron los derechos a las minorías étnicas, al territorio, a la autodeterminación, a la lengua, a la cultura étnica, a la vida y a la participación social y comunitaria. Se sostiene que la reunión aludida no ha de considerarse válida ni satisfactoria para efectos de participación de la comunidad en los términos que exigen las normas ambientales y la legislación indígena, por cuanto el carácter de la reunión mencionada sólo fue informativo, no se tuvo en cuenta la voluntad de la comunidad y ésta no influyó la decisión sobre la expedición de la licencia ambiental. Es más, se argumenta que en el caso no hubo comunicación ni consulta pues se presentaron a los indígenas unos hechos cumplidos.

Con base en los hechos relacionados, el problema jurídico de interés para el presente estudio gira en torno a la manera adecuada, dentro del marco constitucional, de resolver el conflicto que se suscita con motivo de la explotación de recursos naturales en los territorios indígenas correspondientes y la protección especial que el Estado debe dispensar a la comunidad indígena U'wa a efecto de que

conservar su identidad e integridad étnica, cultural, social y económica⁵⁸.

Tanto la sentencia de unificación sobre diversidad e integridad étnica y cultural de 1997 como la jurisprudencia constitucional, especialmente de 1996, con relación al mismo tema, sientan las bases generales y las directrices en la interpretación judicial relacionada con las temáticas aludidas. Por lo tanto, es relevante reconocer los aportes de las diferentes providencias sobre el tema mencionado.

En 1994, mediante la providencia T-342, la Corte Constitucional concluyó que el Estado está obligado a proteger a la población indígena y su entorno, tanto por el respeto de la diversidad étnica y cultural como por el deber de conservación de los valores ecológicos, al considerar a las comunidades como un recurso natural humano, es decir, como parte integral del medio ambiente.

Poco después, mediante la sentencia T-380 de 1994 la Corte postuló la igualdad en el tratamiento de los sistemas económicos, es decir se constató la existencia de un sistema basado en una idea de desarrollo de economía de mercado y por otra parte la presencia de otro sistema, aquel de la comunidad indígena particular. Al respecto la Corte expuso la idea de un respeto necesario entre los dos sistemas.

58. No obstante, el caso en estudio tiene otro problema jurídico que no se analiza en el presente artículo: "¿Procede la acción de tutela en contra de actos administrativos, que pueden ser impugnados por vía de la acción de nulidad y para los cuales se ha solicitado la suspensión provisional ante el juez contencioso administrativo competente?"

"La legitimidad de la actividad jurisdiccional del mas alto tribunal del Estado no ha de basarse en una explosión de sentencias obedientes a la inmaculada doctrina de cada uno, sino a un procedimiento que preste atención a los aportes que hagan los participantes del universo fragmentado"

La influencia del medio ambiente sobre la integridad cultural de una etnia específica, en el caso concreto, es una relación que aparece reincidentemente en los diferentes casos tratados por la alta corporación. En el pronunciamiento T-007 de 1995⁵⁹ se establece que la cultura es una forma de vida condensada en un particular modo de actuar basado en valores, creencias, actitudes y conocimientos que pueden ser susceptibles de desaparición si su medio ambiente es deteriorado severamente. La entidad judicial concluye en la misma providencia:

"La explotación de los recursos naturales debe hacerse compatible con la protección que el Estado debe dispensar a la integridad social, cultural y económica de las comunidades indígenas".

Luego, mediante la decisión C-139 de 1996 se exaltó la integridad cultural de las diversas etnias y la libertad de decidir sobre su vida y desarrollo:

"Los grupos étnicos, calificados hace un siglo como salvajes, son hoy considerados bajo la concepción del Estado social de derecho como comunidades culturales diferentes y las personas que las constituyen en consecuencia, tratadas como portadores de otros valores, con otras metas y otras ilusiones que las tradicionalmente sacralizadas con el sello de Occidente. No son ya candidatos a sufrir el proceso benévolo de reducción a la cultura y a la civilización, sino sujetos culturales plenos, en función de la humanidad que encarnan, con derecho

59. Magistrado ponente, Dr. Antonio Barrera.

a vivir a tono con sus creencias y a perseguir las metas que juzgan plausibles, dentro del marco ético mínimo que la propia Constitución señala⁶⁰.

Por otra parte, en la sentencia T-469 de 1996 se expuso de nuevo la importancia de la diversidad étnica y cultural en un mundo plural en el que confluyen un extenso número de fragmentos socioculturales⁶¹. Es así como se concibe que permitir que el individuo defina su identidad con base en valores étnicos y culturales concretos, y la diferencia en sí misma son categorías esenciales para el bienestar de los miembros de las comunidades tradicionales diversas. Ya en el pronunciamiento de unificación de 1997, la Corte expresa que la idea de participación va más allá que un proceso de información o una intervención administrativa. El concepto se relaciona con "la definición del destino y la seguridad de la subsistencia de las referidas comunidades"⁶².

Crítica desde las categorías discursivas

La óptica del presente estudio en relación con la doctrina constitucional y frente al problema de la comunidad étnica U'wa argumenta que la Corte ha enriquecido el contenido de los principios de multiculturalismo, participación y diversidad étnica y cultural, reuniendo los elementos relevantes de forma general, es decir, para las diversas etnias y culturas del Estado pluralista. Sin embargo, omite estudiar elementos esenciales del caso concreto, tales como la trascendencia de uno de los derechos conculcados, la integridad étnica y cultural de la comunidad U'wa.

No es falso que la entidad judicial haya concluido que:

"al ejecutarse la resolución que autorizó la licencia ambiental, ejecución que se extiende hasta cuando culminen las labores de exploración y se evalúen sus resultados, se violaría en forma permanente el derecho

fundamental de participación de la comunidad, a través de la consulta, e indudablemente, se estaría transgrediendo, o por lo menos amenazando el derecho igualmente fundamental, que tiene la referida comunidad a su identidad étnica, cultural, social y económica, pues es evidente, que la vulneración de los referidos derechos no se entenderá superada mientras no se lleve a cabo dicha consulta"⁶³.

También se debe exaltar que la institución judicial consagró el derecho a la participación como un derecho fundamental de las comunidades indígenas, estableciendo las condiciones básicas de la consulta. No obstante, el raciocinio de la Corte, coherente hasta el punto en que la corporación lo desarrolla, se torna absurdo si se lleva un poco más adelante.

En el caso objeto de estudio, la comunidad U'wa se opone a la realización del proyecto de exploración petrolera porque dentro de su cosmovisión la tierra es sagrada. El universo U'wa está concebido como un juego de esferas concéntricas de colores, cada una de las cuales cumple una función y alberga los elementos indispensables para la existencia de la vida. El perforar uno de estos mundos, conlleva mezclar sustancias que deben permanecer separadas, provocando un cataclismo de proporciones colosales.

Sira, el dios padre de esta cultura, creó a los U'wa para que mantuvieran separadas las esferas y protegieran el equilibrio, conservando la vida en el universo. Esta es, para los miembros de esta comunidad, su razón de ser⁶⁴. En consecuencia, es impensable que un U'wa autorice la perforación de la tierra dentro de su territorio tradicional.

63. *Ibid.*

64. Es preciso entender que al interior de la comunidad U'wa hay distintos sectores o grupos que poseen diferentes niveles de relación con la sociedad occidental. Dependiendo del clan hay mayor identidad con la cosmovisión tradicional. Entre los miembros de la comunidad hay campesinos que guardan una cercana relación con la sociedad occidental y también están los ancianos quienes conforman aquel sector de la colectividad que vela por el mantenimiento de los valores tradicionales. La autoridad de los ancianos en sus clanes depende de la fuerza de los valores tradicionales en su agrupación.

60. Magistrado ponente, Dr. Carlos Gaviria.

61. Magistrado ponente, Dr. Carlos Gaviria.

62. Sentencia SI-039 de 1997. Magistrado ponente, Dr. Antonio Barrera Carbonell.

El conflicto central en este caso, entonces, no era la violación del derecho a la participación, aunque sí era uno de los problemas importantes del caso. Para el pueblo indígena afectado la consulta podía celebrarse con todas las garantías del caso, pero su respuesta sería siempre negativa. El acceder a las pretensiones de la petrolera implica renunciar a la misión que les han señalado sus dioses, iniciar un proceso que sólo puede culminar con la destrucción del universo.

En la sentencia C-139 de 1996 la Corte estableció la existencia de un núcleo esencial en todas las culturas. Un ámbito que no puede ser objeto de transacción, ni de injerencia de la cultura predominante, pues ello implica la destrucción de la cosmovisión más débil. Este núcleo debe ser protegido por encima de cualquier consideración, pues lo contrario significa romper con el principio de la diversidad.

En el caso U'wa las evidencias apuntaban a que la perforación de la tierra encajaba dentro del núcleo básico de la cultura de este pueblo. Sin embargo, la Corte optó por no entrar a analizar este aspecto. Dentro de su legítima discrecionalidad dejó pasar el problema.

La protección al derecho fundamental a la participación, paradójicamente, no conllevó un derecho a la subsistencia del pueblo indígena. A pesar de ser una pregunta absurda, vale la pena cuestionar si la Corte considera que la comunidad U'wa es una etnia con la misma cultura y concepción de vida que las otras y muy diversas etnias indígenas. Entonces, basta con señalar la violación evidente de la integridad étnica y cultural de los U'wa, una comunidad indígena así como las demás, o si es preciso apreciar qué es lo que se viola. ¿Será importante indagar sobre aquello que se transgrede, en otras palabras, de qué manera el conjunto de creencias, valores y percepciones del mundo de los U'wa sería afectado?⁶⁵

Volviendo a la decisión de la Corte Constitucional, ésta presenta una solución ante la ausencia de acuerdo entre la Sociedad Occidental de Colombia y la comunidad U'wa, hipótesis que terminó convirtiéndose en realidad:

“Cuando no sea posible el acuerdo o la concertación, la decisión de la autoridad debe estar desprovista de arbitrariedad y de autoritarismo; en consecuencia debe ser objetiva, razonable y proporcionada a la finalidad constitucional que le exige al Estado la protección de la identidad social, cultural y económica de la comunidad indígena”.

Después de apreciar la hipotética solución que acoge la Corte y resaltando que en ningún momento hay una aproximación ni estudio del objeto en concreto que está en peligro, el contenido de los valores y creencias U'wa, la consecuente pregunta es cómo no ser arbitrario en relación a una integridad étnica y cultural que no se conoce y que tampoco se intenta conocer. ¿Qué es lo que habría de respetar la autoridad pública al decidir sobre el conflicto? ¿Acaso no se ve el peligro de señalar una decisión ponderada en abstracto considerando la subsistencia de una cultura que se ignora frente a los estudios en busca de petróleo?

No se percibe en la sentencia que la protección del subsuelo sea esencial para la cultura U'wa y que, por ende, la más cuidadosa perforación en los resguardos de su comunidad pueda vulnerar la integridad de la cultura.

enfermedad y otro Blanco que es el más externo y puro. Los diferentes mundos son mezclas de diferentes colores, son concéntricos y rodean el Azul. Entre las mezclas de los distintos mundos existe un equilibrio necesario para el bienestar del universo, de la vida y de los U'wa. Es entonces primordial el cuidado del Azul para que se mantenga el equilibrio de los diferentes ámbitos. Por otra parte, el subsuelo es concebido como un espacio subterráneo que se comunica entre niveles. Por él transitan el sol y las deidades y en él los animales se transforman. Se concibe que si el petróleo mana de la tierra al ser perforada, se desangra a la diosa-tierra y se genera un desequilibrio integral, es decir, no son segmentables las consecuencias ecológicas y espirituales. El medio ambiente de la comunidad U'wa encierra una concepción de vida y de desarrollo espiritual tal que su responsabilidad por protegerlo y mantener su equilibrio es un elemento connatural a su cultura y a su papel en el mundo.

65. Fabricio Cabrera, en *Prolegómenos para las posibilidades de un diálogo intercultural*, “Territorio y Territorialidad entre los U'wa”, p.2. Al efectuar un acercamiento a uno de sus modelos más generales sobre el universo, se observa que los U'wa conciben cuatro mundos, uno Azul en que viven los U'wa, otro Rojo donde regresa la materia y la sangre de los seres vivos, otro Amarillo en el que se encuentra la

Parecería a todas luces que el concepto de justicia que se aplicaría a la posibilidad extrema de ausencia de acuerdo, sería dada por un juez tipo Hércules que absorbe la generalidad de las visiones de mundo y máxime involucra la concepción de desarrollo y protección étnica y cultural de Occidente, aquella del juez mismo. Es decir, monológicamente, lo que quien represente a la autoridad pública considere como la integridad étnica y cultural de los U'wa y no aquello que ellos mismos delineen y transmitan durante un proceso dialógico discursivo, ni los principios que ellos mismos señalen como esenciales para su cultura.

Si la instancia constitucional incursionara en la dimensión cosmológica de la comunidades indígenas y, en general, en las cosmovisiones de la multiplicidad de sujetos colectivos que componen nuestra sociedad tradicional en proceso de desintegración y fragmentación, como en el caso de los U'wa, descubriría los núcleos irreductibles e infranqueables de la culturas, el respeto mínimo que se le debe a su patrones de espiritualidad, religión y creencias. Si el esfuerzo intelectual y sensitivo se realizara en el caso práctico, la Corte establecería en términos puntuales, no abstractos ni retóricos, el sentido de la posibilidad inminente de comunicación entre las multinacionales (como Occidental de Colombia) y la comunidad.

En la conceptualización de los principios a defender y a aplicar por parte de la Corte Constitucional, la visión de los involucrados y más afectados no se incorporó. En este caso, la idea de *opinión pública* no existe y más que una *sociedad civil participativa* que legitime el derecho, se acude a las preconcepciones de la entidad que al no trascender la necesaria esfera de la generalidad, pone en evidencia la ausencia de comprensión de la particularidad y diversidad de las culturas.

Esta debilidad se subsanaría si se incluyera un momento comunicativo, en este caso intercultural, con los sujetos colectivos afectados, que recurra y admita elementos, herramientas y símbolos no compartidos tradicionalmente por la mentalidad racional occidental. Sólo superando experiencias tales como la de la consulta del 10 y 11 de enero de 1995, donde los miembros de la

comunidad no entendieron y no fueron entendidos⁶⁶, será posible hacer referencia a una genuina participación desde el multiculturalismo y la opinión pública que construya normas legítimamente vinculantes.

Cuando se hace alusión a una justicia consensual que va desde el desarrollo de la concepción de principios extrajurídicos hasta la formulación de regulaciones sobre materias específicas es preciso repetir que la justicia procedimental no conduce a un contenido atemporal y absoluto, es decir, los actores sociales interesados y afectados influyen y construyen el concepto de opinión pública según sus fuentes vivenciales y sus concepciones de mundo de vida. Su aporte sólo está limitado por unos derechos fundamentales que permiten la comunicación y el proceso participativo, cuya cobertura es más básica que la concepción de los derechos fundamentales de la Constitución Política y que la concepción de derechos humanos presentada en el mundo contemporáneo.

La anterior precisión es necesaria no sólo para señalar con claridad que el marco teórico atiende con respeto principios tales como *participación* y *pluralismo* sino que exalta que su aporte sea vital. En no pocas ocasiones se han señalado las bondades de que un cuerpo colegiado como lo es la Corte Constitucional esté compuesto por magistrados que provienen de diferentes tendencias jurídicas, ideológicas y partidistas. En últimas, se percibe el ingrediente de diversidad como un componente que guarda una sana lealtad con las exigencias pluralistas constitucionales.

Es cierto que la característica mencionada es un atributo ante el peor de los escenarios, en otras palabras, que todos los magistrados pertenecieran a un grupo de interés sesgado. Sin embargo, es simplemente falaz querer exaltar las distinciones personales –en términos de criterios, formación y tendencias ideológicas– como si en

66. Ver el análisis realizado por el etnolingüista de la Universidad de los Andes, Jon Landaburu, "Elementos para una alegato ante la Corte Constitucional", que fue aportado al proceso ante la Corte Constitucional que condujo a la Sentencia SU-039 de 1997, aunque no fue mencionado en la sentencia, ni tenido en cuenta de manera especial.

ellas estuviera el universo del multiculturalismo y de las reconditas subculturas de Colombia. La legitimidad de la actividad jurisdiccional del más alto tribunal del Estado no ha de basarse en una explosión de sentencias obedientes a la inmaculada doctrina de cada uno, sino a un procedimiento que preste atención a los aportes que hagan los participantes del universo fragmentado. Paradójicamente los mismos que legitimaron la existencia y fuerza vinculante de la Carta que hoy se interpreta⁶⁷.

Ahora bien, si se pretende que la Corte cumpla el objetivo de constitucionalizar no sólo los diferentes ámbitos del derecho sino de llegar a los diferentes espacios del mundo de la vida, y si intenta construir el contenido de conceptos como el multiculturalismo con la aspiración de que su palabra sea acogida por los sujetos colectivos e individuales de las distintas esferas y disciplinas (indígenas, negritudes, antropólogos, economistas, agrónomos, filósofos, médicos, etc.) será preciso que se conciba como una parte que abre la posibilidad a un diálogo, en este caso intercultural, y en su defecto, que reconozca la imposibilidad de que sus decisiones trasciendan el ámbito simbólico para alcanzar el ámbito material.

Reflexiones finales

El modelo teórico que se fundamenta en los planteamientos de Rawls y Habermas, constituye una propuesta en relación con los procedimientos de decisión de la Corte Constitucional colombiana por las razones que se develan a lo largo del texto. En esencia, refleja dos ideas:

Por una parte, el procedimiento de decisión consensual, consistente con la teoría de Rawls, permitiría a los

intérpretes constitucionales discurrir acerca de los principios y precisar el contenido de los mismos, de tal forma que la corporación fortaleciera la coherencia interna de sus decisiones y, lo más importante, que el acceso de los miembros de la sociedad civil a la jurisdicción se transformaría en una relación donde los criterios de justicia serían claros y dejarían atrás la idea de contingencia que se presenta en la actualidad. Es decir, que las decisiones dependerían de un consenso constitucional y ya no de la doctrina particular del ponente.

Por otra parte, la exaltación de la opinión pública como una directriz en la interpretación constitucional, idea que concuerda con el planteamiento de Habermas, considera y respeta el origen del orden constitucional actual y la concepción dinámica de legitimidad, que conlleva a que constantemente el desarrollo constitucional esté abierto al influjo participativo de la sociedad civil⁶⁸.

El planteamiento que propugna por realizar un análisis crítico acerca de procedimientos de decisión, sugiriendo como base de la estructura de análisis criterios tales como el *consenso* y la *opinión pública*, no pretende hacer un salto lógico exagerado entre la información jurídica analizada y los índices alarmantes de violencia y descomposición social en Colombia, sino, señalar como lo hace Atienza, que "la racionalidad jurídica está evidentemente conectada con la búsqueda, el desarrollo y la mejora de procedimientos destinados a la resolución pacífica de los conflictos sociales, de manera que la reflexión con algún afán de articulación y profundidad sobre esa racionalidad tiene que construir un verdadero interés de conocimiento"⁶⁹.

67. Ver Sentencia del 9 de octubre de 1990 de la Corte Suprema de Justicia, en relación a la constitucionalidad del Decreto 1926 de 1990.

68. Ver *ibíd.*, en donde se concluyó que la voluntad popular expresada por un movimiento participativo justificaba la constitucionalidad del Decreto 1926 de 1990, al sostener que un sistema legal legítimo se erigía luego de "integrar diversos grupos sociales, conciliar intereses opuestos, buscar y llegar a un consenso constitucional".

69. Manuel Atienza. Derecho y argumentación, Universidad Externado de Colombia. Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, No. 6, Santafé de Bogotá, 1997.