

**BERND MARQUARDT (COORD.)**

DAVID ERNESTO LLINÁS ALFARO  
AURA HELENA PEÑAS FELIZZOLA  
JUAN FERNANDO ROMERO TOBÓN  
MARÍA MARTINA SÁNCHEZ TRIANA  
FRANCISCO JIMÉNEZ BAUTISTA  
MARÍA ROSALBA BUITRAGO GUZMÁN  
PAULA SILVA RODRÍGUEZ  
CAMILO RAMÍREZ GUTIÉRREZ  
PATRICIA BASTIDAS MORA  
NATALIA RUÍZ MORATO  
EDUARDO ROMERO RODRÍGUEZ  
MARCELA PATRICIA BORJA ALVARADO  
DAVID VALENCIA VILLAMIZAR  
IRENE COMINS MINGOL  
JAIRO ENRIQUE ORDÓÑEZ GARZÓN  
MARIELA INÉS SÁNCHEZ CARDONA  
ADRIANA RINCÓN  
AMY ROSS  
EDWARD FRANCISCO ÁLVAREZ TAFUR

# PAZ A TRAVÉS DEL DERECHO Y DE LA CONSTITUCIÓN

CONSTITUCIONALISMO CIENTÍFICO

ANUARIO VI  
DE CONSTITUCIONALISMO COMPARADO





# PAZ A TRAVÉS DEL DERECHO Y DE LA CONSTITUCIÓN

*Serie Constitucionalismo Científico*

ANUARIO VI

DEL GRUPO DE INVESTIGACIÓN

CC - CONSTITUCIONALISMO COMPARADO



BERND MARQUARDT (Ed.)

# PAZ A TRAVÉS DEL DERECHO Y DE LA CONSTITUCIÓN

*Serie Constitucionalismo Científico*

ANUARIO VI  
DEL GRUPO DE INVESTIGACIÓN  
CC - CONSTITUCIONALISMO COMPARADO



Bogotá - Colombia  
2016

Paz a través del derecho y de la constitución : anuario VI del grupo de investigación CC - Constitucionalismo comparado / Bernd Marquardt y otros. -- Bogotá ; : Grupo Editorial Ibáñez, 2016. 712 páginas ; 17 x 24 cm.  
ISBN 978-958-749-647-5  
Incluye bibliografías  
1. Derecho constitucional 2. Paz - Aspectos constitucionales  
3. Proceso de paz - Colombia 4. Justicia social I. Marquardt, Bernd, 1966- , autor.  
342 cd 21 ed.  
A1545344

CEP-Banco de la República-Biblioteca Luis Ángel Arango

## PAZ A TRAVÉS DEL DERECHO Y DE LA CONSTITUCIÓN, ANUARIO VI

© Bernd Marquardt, editor

© Autores varios

© Grupo Editorial Ibáñez

*Editorial:* Calle 18 Sur No. 29 C - 92

Teléfonos: 2026452 - 2030898

*Imprenta:* Carrera 69 Bis N° 36-20 Sur

Teléfonos: 2300731 - 2386035

*Librería:* Calle 12 B No. 7-12. L. 1

Tels: 2847524 - 2835194

Bogotá, D.C. - Colombia

<http://webmail.grupoeditorialibanez.com>

ISBN: 978-958-749-647-5

Diseño & diagramación: Bernd Marquardt

Prohibida la reproducción total o parcial por cualquier medio sin la autorización escrita del titular de los derechos patrimoniales

Impreso en Colombia / Printed en Colombia

Primera edición: septiembre de 2016

Impreso y hecho en Bogotá, D.C., Colombia

# CONTENIDO

## INTRODUCCIÓN

1. El Grupo de Investigación CC – Constitucionalismo Comparado.....1
2. Idea y contenido del Anuario 6.....11
3. Autores y autoras.....17

## PARTE PRIMERA

### PERSPECTIVAS HISTÓRICAS DE DERECHO Y PAZ

#### CAPÍTULO I

#### ESTADO CONSTITUCIONAL Y PAZ EN IBEROAMÉRICA: UN ACERCAMIENTO CONCEPTUAL E HISTÓRICO

BERND MARQUARDT

1. Introducción al problema de investigación y diseño teórico-metodológico.....27
2. Preludio: los orígenes del Estado de la paz interna.....31
3. La segunda invención del Estado de la paz interna en el “largo siglo XIX”  
(1776/1810-1916).....33
  - A) Panorama normativo: las disposiciones en las constituciones .....33
    - a) Argentina.....34
    - b) México.....36
    - c) Venezuela.....36
    - d) Nueva Granada y Colombia .....37
    - e) Observaciones comunes y adicionales .....39
  - B) El problema de la paz republicana en la era posrevolucionaria .....40
    - a) Panorama de la violencia política en Iberoamérica .....40
    - b) El bandolerismo rural .....44
    - c) La violencia republicana de tipo colonial y ‘civilizador’: la apropiación  
de los territorios pre-estatales .....46
    - d) Acercamiento a una explicación.....47
  - C) Castigar o perdonar: delitos políticos, amnistías e indultos .....50

D) La no adopción de la anarquía de la soberanía internacional: la paz republicana de las Américas .....	53
4. La paz constitucional en la tercera y cuarta fase del Estado constitucional iberoamericano (décadas de 1880 hasta 1940).....	54
A) La tranquilización del espacio interno.....	54
B) Los nueve pilares de la paz constitucional.....	56
5. La re-violentización en la quinta fase del Estado iberoamericano bajo signos del anti-constitucionalismo (1949-años 80).....	57
A) El balance de la violencia .....	58
a) Cuatro guerras civiles .....	58
b) 47 golpes de Estado, cuatro autogolpes y tres revoluciones .....	59
c) Cinco regímenes, un magnicidio y dos suicidios controvertidos .....	60
d) Las asesinocracias .....	61
B) Catalizadores aceleradores de una desconstrucción.....	63
a) Los efectos destructivos del sistema internacional de la Guerra Fría (1949-1989).....	63
b) El fracaso de las élites republicanas en el manejo de la transformación acelerada a la sociedad industrial.....	65
c) La disolución eruptiva del contrato social .....	66
C) La violentización de la esfera estatal.....	68
a) Estados de sitios y estatutos antiterroristas.....	68
b) Militares como guardianes de la constitución, dictadores y regímenes híbridos.....	70
D) Partisanos anti- y pro-sistémicos.....	72
E) Las zonas neo-estatales sin poder protector .....	76
F) La disminución de capacidad protectora del Estado frente a la criminalidad de la urbanización slumificadora.....	77
G) La implosión de la autoridad del Estado y del derecho.....	79
H) Motivo transversal: las fallas públicas en la prevención eficiente de los instintos destructivos .....	80
6. La sexta fase del Estado constitucional en América Latina (desde los años 80): la paz interna sin estado-de-sitismo .....	82
7. Algunas lecciones para el proceso de paz en Colombia.....	84
A) La re-pacificación propuesta por 15 años.....	84
B) Violencia directa y estructural.....	87
C) Violencia cultural.....	96
8. Conclusión: el Estado constitucional democrático, social y ambiental en pro de la virtud de la paz .....	100
Bibliografía .....	101



CONTENIDO

CAPÍTULO II

LA PAZ O LA GUERRA MEDIANTE EL DERECHO, O DE CÓMO EL  
DERECHO ES UNA HERRAMIENTA PARA CONSTRUIR PAZ

DAVID ERNESTO LLINÁS ALFARO

1. Una breve introducción.....	119
2. ¿La guerra mediante el derecho?.....	120
3. ¿Estado de la paz indiana?.....	126
A) La paz como presupuesto del Estado indiano.....	126
B) Manuel López de la Castilla, un Ciriaco de Urtecho constitucional.....	130
4. Conclusión.....	137
Bibliografía .....	138

CAPÍTULO III

ENSAYANDO LA LIBERTAD: REFORMAS CONSTITUCIONALES Y  
CONFLICTOS ARMADOS EN PERSPECTIVA COMPARADA, BRASIL Y  
COLOMBIA (1821-1990)

AURA HELENA PEÑAS FELIZZOLA

1. Introducción.....	141
2. Tres tipos de derecho: represivo, autónomo y responsivo.....	143
3. Propuesta de periodización para Brasil y Colombia .....	144
4. Derecho represivo en Brasil (1808-1889) y oscilaciones en Colombia (1810- 1909).....	145
A) Contexto de las reformas constitucionales en el siglo XIX.....	147
B) Ideologías que influenciaron el derecho constitucional en el siglo XIX .....	150
5. El nacimiento del derecho autónomo en Brasil (1891-1937) y su predominancia en Colombia (1910-1949) .....	156
A) Momentos y reformas constitucionales .....	158
B) Temáticas introducidas en el derecho constitucional por el positivismo .....	160
C) De las luchas de construcción del Estado nación a las luchas sobre la reforma social.....	160
6. Conclusiones .....	163
Bibliografía .....	165

## SEGUNDA PARTE

### ESTADO DE SITIO Y DELITO POLÍTICO

#### CAPÍTULO IV

#### DEL ESTADO DE SITIO A LA ANORMALIDAD PERMANENTE: LOS NUEVOS CAMINOS DE LA EXCEPCIONALIDAD

JUAN FERNANDO ROMERO TOBÓN

1. Nota preliminar - Penseroso .....	172
2. El entorno jurisprudencial de los estados de excepción - Allegro moderato .....	178
A) Frente a las vicisitudes humanas. Las declaratorias de conmoción interior.....	179
B) Cuando la naturaleza ‘ataca’: las declaratorias de emergencias económica, social y ambiental.....	181
3. Las contrarreformas a la constitución - lacrimoso.....	183
A) La extradición de nacionales revisited y la sutil eliminación del delito político.....	184
B) La eliminación de la expropiación sin indemnización .....	185
C) La reelección presidencial.....	186
D) El escenario de la sostenibilidad fiscal: sus variantes y tonalidades.....	188
E) La ‘justicia’ penal militar .....	190
4. El recrudescimiento del paramilitarismo - Trágico e infernale.....	192
A) La estrategia paramilitar.....	192
B) La normalización del paramilitarismo .....	195
5. La legislación penal y de policía - Molto represivo .....	198
6. La excepcionalidad a través de los compromisos internacionales y del Plan Colombia - l'impero legifera en do maggiore .....	202
A) El plan USA para Colombia .....	202
B) La fase de acuerdos comerciales .....	204
C) La Alianza del Pacífico y el ingreso a la OCDE.....	205
7. El escenario laboral - Réquiem.....	206
A) El derecho de asociación y sus restricciones formales .....	209
B) La limitación del derecho de huelga .....	212
C) Los contraplegos: breve historia de un conflicto colectivo .....	215
D) Temas excluidos de negociación.....	219
8. Coda.....	222
Bibliografía .....	223

## CONTENIDO

### CAPÍTULO V

#### TENSIONES ACTUALES ALREDEDOR DEL DELITO POLÍTICO EN EL MARCO DEL PROCESO DE PAZ

MARÍA MARTINA SÁNCHEZ TRIANA

1. La importancia de la conexidad como elemento de enlace para hacer efectivo el privilegio punitivo del delito político .....	237
2. El móvil de acción y la vulneración al bien jurídico: el combate como un punto intermedio en la configuración del delito político que va de la restricción a la amplitud.....	240
3. La conexidad: entre la exención de responsabilidad y la exclusión de pena .....	248
4. La exclusión de pena para el rebelde: un debate actual y problemático .....	251
5. Inventario Constitucional: lo que quedó del delito político en su doble privilegio político – jurídico y su debates actuales .....	253
6. La frontera divisoria de las conductas punibles a nivel constitucional: el límite difuso entre el delito político y el delito común como punto de debate en su abolición .....	257
7. El debate sobre el anacronismo de la figura del delito político: tema central de la política de seguridad democrática.....	260
8. El problema del altruismo motivacional frente a la protección del bien jurídico tutelado .....	264
9. Los acontecimientos del 11 de septiembre de 2001 en EE.UU. y su impacto en la categoría dogmática del delito político .....	273
10. Conclusión .....	276
Bibliografía .....	279

## TERCERA PARTE

### PAZ Y JUSTICIA SOCIAL

#### CAPÍTULO VI

#### LA PAZ EN COLOMBIA NO ES POSIBLE SIN EQUIDAD SOCIAL: UN ESTUDIO COMPARATIVO

FRANCISCO JIMÉNEZ BAUTISTA

1. Introducción.....	289
2. Pensar la paz comprendiendo cómo funciona la violencia.....	290
A) ¿Qué entendemos por violencia? .....	291
B) ¿Qué es la paz y su relación con la no-violencia? .....	296

3. Un camino sin puentes: el caso de Colombia .....	298
A) Delincuencia y desempleo.....	299
3. Diferencias de vulnerabilidad en América Latina: un estudio comparativo.....	302
A) Pobreza e indigencia en la región.....	303
B) Se puede crecer distribuyendo .....	305
4. A modo de conclusión.....	308
Bibliografía .....	310

## CAPÍTULO VII

### LA EXIGIBILIDAD DIRECTA Y AUTÓNOMA DE LOS DERECHOS SOCIALES: UN PRESUPUESTO DE LA PAZ MATERIAL

MARÍA ROSALBA BUITRAGO GUZMÁN

1. Introducción.....	313
2. El nacimiento de los derechos sociales: un aporte de la historia constitucional comparada.....	316
A) El nacimiento de los derechos sociales: una mirada comparada en la historia del derecho .....	319
a) La Gran Transformación alrededor de 1800: la sociedad moderna .....	319
b) El nacimiento del modelo del constitucionalismo social y los derechos sociales.....	322
c) Panorama comparado del nacimiento de los derechos sociales.....	325
B) El desarrollo de los derechos sociales en el derecho comparado .....	326
a) El desarrollo de los derechos sociales en América Latina.....	326
b) Una Europa en guerra.....	327
c) Panorama comparado .....	329
C) El debilitamiento de los derechos sociales .....	329
a) Las políticas europeas .....	329
b) Las aspiraciones en América Latina.....	331
c) Los desafíos actuales de los derechos sociales.....	332
3. Los derechos sociales como derechos humanos .....	333
A) La gran transformación del estado liberal de derecho al estado social de derecho.....	334
a) Pilares del Estado liberal de derecho.....	334
b) Pilares del Estado social de derecho.....	336
c) El rol del tribunal constitucional en el Estado social de derecho .....	338
B) Los fundamentos de los derechos fundamentales .....	340
a) ¿Qué son los derechos fundamentales? .....	340
b) Los soportes de los derechos fundamentales.....	342
c) Los derechos sociales como derechos subjetivos.....	343
C) Los derechos sociales como derechos humanos .....	345

## CONTENIDO

a) ¿Qué son los derechos humanos?.....	345
b) Los tratados internacionales y el bloque de constitucionalidad .....	346
c) El ejercicio de la ciudadanía y los derechos humanos sociales.....	350
4. Los derechos sociales como garantías autónomas y directas en la interpretación de los jueces.....	351
A) La interpretación constitucional de la exigibilidad de los derechos sociales por conexidad con los derechos civiles y políticos a la luz de la teoría hermenéutica y argumentativa.....	352
a) Las especificidades de la interpretación constitucional .....	352
b) Los argumentos de la tesis de exigibilidad de los derechos sociales por conexidad con los derechos civiles y políticos.....	355
c) La interpretación razonable y argumentada de la exigibilidad de los derechos sociales.....	358
B) El precedente judicial como una forma de garantizar la exigibilidad directa y autónoma de los derechos sociales.....	358
5. Conclusiones .....	363
Bibliografía .....	367

## CUARTA PARTE

### PAZ Y DERECHOS HUMANOS

#### CAPÍTULO VIII

#### FÓRMULAS PARA LA PAZ: EFICACIA DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LAS ZONAS DE VIOLENCIA Y LOS CAMPOS SOCIALES MINADOS POR EL CAPITALISMO GLOBAL

PAULA SILVA RODRÍGUEZ & CAMILO RAMÍREZ GUTIÉRREZ

1. Introducción.....	373
2. Las denominadas zonas de violencia.....	376
3. Eficacia simbólica y eficacia material de los derechos humanos en las zonas de violencia.....	379
4. Fórmulas para la paz.....	383
A) Juridización de los pueblos indígenas: ¿tránsito cultural a occidente? .....	385
B) Zonas humanitarias, de biodiversidad y comunidades afrocolombianas .....	386
5. Conclusión.....	389
Bibliografía .....	390

CAPÍTULO IX

EL DERECHO HUMANO A LA EDUCACIÓN Y EL CAMINO HACIA LA PAZ

PATRICIA BASTIDAS MORA

1. Introducción.....	393
2. Pensamiento republicano cívico.....	397
3. La educación en los Estados totalitarios.....	400
4. Agendas políticas internacionales y obligaciones jurídicas internacionales.....	402
5. La interrelación entre terrorismo, pobreza y educación.....	406
6. Universalidad de los derechos humanos.....	410
7. Conclusiones .....	412
Bibliografía .....	415

**QUINTA PARTE**

PAZ Y RELACIONES SOCIO-AMBIENTALES

CAPÍTULO X

DESARROLLO PARA LA PAZ: SUPERANDO LA VIOLENCIA  
MULTIDIMENSIONAL Y GENOCIDIO AMBIENTAL

NATALIA RUIZ MORATO

1. La meta-problemática de la minería aurífera en Colombia.....	419
2. La incapacidad institucional en Colombia como fuente de nuevas criminalidades y violencias .....	422
3. Violencias y nuevas criminalidades alrededor de la minería aurífera.....	428
4. La injusticia multidimensional que permea el modelo minero aurífero en Colombia.....	436
5. Reflexiones finales.....	442
Bibliografía .....	445

CAPÍTULO XI

PAZ AMBIENTAL Y POSCONFLICTO

EDUARDO ROMERO RODRÍGUEZ

1. Introducción.....	449
2. Antecedentes .....	450
A) Los participantes del conflicto armado en términos cuantitativos.....	450

## CONTENIDO

B) Violencia contra los recursos naturales y el ambiente en cifras .....	452
a) Deforestación.....	453
b) Cultivos ilícitos.....	453
c) Derrame de petróleo .....	453
d) Minería ilegal .....	453
e) Erosión.....	454
f) Costos ambientales acumulados.....	454
3. Presupuestos del ambiente y la paz .....	454
A) Aspectos internacionales del ambiente y la paz.....	454
B) Aspectos jurídicos y jurisprudenciales del ambiente y la paz.....	458
C) Actores en conflicto, ambiente y paz .....	466
a) Aspectos jurídicos de la negociación .....	466
b) Los pactos ambientales de la Habana.....	470
4. Hacia una deontología ambiental para el posconflicto.....	472
A) El reconocimiento de una paz ambiental .....	472
B) Hacia una constituyente verdaderamente ambiental (nuevos postulados).....	478
5. Conclusiones .....	483
Bibliografía .....	484

## SEXTA PARTE

### PAZ Y MEMORIA

#### CAPÍTULO XII

#### BOSQUEJO DE CONTENIDO DE LA MEMORIA PARA ENTENDERLA COMO PILAR Y REQUISITO DE PAZ EN LAS TRANSICIONES: REVISIÓN DEL MARCO LEGAL COLOMBIANO

MARCELA PATRICIA BORJA ALVARADO

1. Introducción.....	491
2. Hallazgos históricos generales .....	492
3. Memoria al interior de los derechos de las víctimas .....	495
4. La memoria en la justicia, sinónimo de transición .....	501
5. El rol de los jueces en la disyuntiva de memoria o verdad.....	506
6. Reclamo de las víctimas.....	511
7. Esbozo de la inclusión de la memoria a nivel legal colombiano.....	514
8. Reflexiones finales.....	525
Bibliografía .....	526

### CAPÍTULO XIII

#### ESPECTRO-GRAFÍAS: ESCRITURA DE LA HISTORIA, PAZ IMPOSIBLE Y TIEMPO DEL FANTASMA SILUETAS DESDE EL CINE DE HORROR

DAVID VALENCIA VILLAMIZAR

1. Introducción.....	531
2. ¿Porqué una paz imposible?.....	535
3. Solaris: el castigo deseante .....	538
4. Ubiq: semi-vida y realidades históricas paralelas .....	540
5. The ring: irrupción del ominoso glitch .....	543
6. Conclusiones y transparencias.....	547
Bibliografía .....	550

### SÉPTIMA PARTE

#### PAZ Y GÉNERO

### CAPÍTULO XIV

#### VULNERABILIDAD, INTERDEPENDENCIA Y CIUDADANÍA: UNA FILOSOFÍA POLÍTICA FEMINISTA

IRENE COMINS MINGOL

1. Introducción.....	555
2. La ética del cuidado: aportaciones a la praxis ciudadana.....	556
A) Revisión crítica del concepto de sujeto: ¿ciudadanía individualista o relacional?.....	557
B) Motor de participación social .....	560
3. Corresponsabilidad en los cuidados: deberes y derechos de ciudadanía .....	565
4. Conclusiones .....	570
Bibliografía .....	571

### CAPÍTULO XV

#### LA COMUNICACIÓN PARA LA PAZ EN ESCENARIOS TRANSICIONALES: VISIÓN DESDE UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO

JAIRO ENRIQUE ORDÓÑEZ GARZÓN

1. Introducción.....	573
2. Los medios de comunicación y la paz.....	574



## CONTENIDO

A) Concepto de comunicación para la paz .....	574
B) Los medios de comunicación y la cultura de paz .....	575
C) Periodismo para la paz.....	576
D) Periodismo comprometido (Attachment) .....	577
a) Complejidades en blanco y negro .....	578
b) Tomando partido por ‘lo bueno’.....	578
E) El periodismo ciudadano y el periodismo de paz .....	580
3. Ciudadanía y democracia .....	581
4. Los medios de comunicación y la violencia de género.....	583
A) Cubrimiento mediático y mujeres en el conflicto armado .....	584
B) Cubrimiento mediático y sectores LGBT en el conflicto armado.....	584
C) Aniquilación e invisibilización de líderes sociales.....	585
5. La telenovela como generadora de estereotipos y como validadora de la violencia .....	587
6. De espectadores a productores de medios y formas de comunicación .....	592
A) Comunicación e información .....	592
B) Experiencias creativas innovadoras .....	593
a) Banksy .....	593
b) Los Balde Boys.....	594
c) Ciberactivismo .....	595
7. Los medios de comunicación alternativos: una oportunidad para la comunicación pro-paz .....	596
8. Conclusiones .....	596
Bibliografía .....	597

## OCTAVA PARTE

### POSCONFLICTO Y JUSTICIA TRANSICIONAL

#### CAPÍTULO XVI

#### PARADIGMAS DE PAZ Y POSCONFLICTO EN COLOMBIA

MARIELA INÉS SÁNCHEZ CARDONA

1. Introducción.....	601
2. Falsos paradigmas de paz en Colombia: la fase del posconflicto .....	602
A) Primer mito sociopolítico: el soñado acuerdo de la Habana garantiza una paz duradera .....	603
B) Segundo mito: es normal que la paz está en manos de los actores violentos.....	606

c) Tercer mito: la meta-preferencia de la paz es suficiente para hacerla realidad .....	608
D) Cuarto mito: la construcción de paz cotidiana no tiene impacto a nivel social .....	612
3. Procesos humanos en la fase de posconflicto .....	615
4. La escuela sociocultural de la paz pedagógica en el posconflicto .....	617
5. Conclusiones .....	623
Bibliografía .....	624

## CAPÍTULO XVII

### JUSTICIA TRANSICIONAL Y LEY: EL CASO COLOMBIANO

ADRIANA RINCÓN & AMY ROSS

1. Introducción.....	627
2. Justicia transicional.....	629
3. El conflicto armado en Colombia.....	633
4. Justicia transicional en Colombia.....	639
Bibliografía .....	643

## CAPÍTULO XVIII

### DILEMAS DE LOS SEGUNDOS OCUPANTES EN LA RESTITUCIÓN TRANSICIONAL DE TIERRAS EN COLOMBIA

EDWARD FRANCISCO ÁLVAREZ TAFUR

1. Introducción.....	647
2. El fundamento de la restitución como medida de reparación a las víctimas y en el marco del desplazamiento forzado .....	649
3. La justicia transicional como marco para la atención a las violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos .....	658
4. La restitución transicional de tierras en el caso colombiano .....	663
A) El rol de los terceros u opositores en el proceso de restitución de tierras.....	667
B) Flexibilización de los estándares de la buena fe exenta de culpa .....	669
a) Las características de los segundos ocupantes .....	670
b) La buena fe exenta de culpa del conflicto armado.....	671
C) La restitución transicional de tierras como potencializador de la efectividad de los derechos humanos y sociales de los segundos ocupantes.....	674
D) Evaluación de las propuestas.....	679
5. Conclusiones .....	680
Bibliografía .....	682

# INTRODUCCIÓN

## 1. EL GRUPO DE INVESTIGACIÓN CC – CONSTITUCIONALISMO COMPARADO

El Grupo de Investigación *Constitucionalismo Comparado* (CC), fundado en 2006 y dirigido desde entonces por el Prof. Dr. BERND MARQUARDT, es un centro de estudios constitucionales históricos, contemporáneos, teóricos, dogmáticos y socio-jurídicos, cuya finalidad es analizar el *Estado constitucional moderno*; así, el principal objeto de investigación es la normatividad básica del Estado en cuanto al desarrollo de su organización institucional, sus valores, modelos de legitimación y limitación del poder.

Se examinan los fenómenos de formación y transformación del derecho constitucional, teniendo en cuenta los ciclos de difusión en el ámbito transnacional; se observa la institucionalidad estatal en el contexto de su sociedad concreta, evitando toda separación artificial entre norma y realidad, lo que ha conducido a que el trabajo del grupo integre aproximaciones interdisciplinarias. De otro lado, en términos geopolíticos, el grupo fija su atención particular en Hispanoamérica, buscando otorgarle a esta zona la importancia que merece en la historia universal del constitucionalismo que ha sido notoriamente subestimada. Para el desarrollo de los estudios se emplea como metodología clave, la elaborada y desarrollada por su director: la *Escuela socio-cultural y transnacional del Derecho y del Estado constitucional*<sup>1</sup>, la cual trabaja en su núcleo el método comparativo tanto en la dimensión del tiempo como en la del espacio.

En el sistema de *Colciencias*, el grupo *CC - Constitucionalismo Comparado* ha alcanzado tres veces en serie la categoría más alta, esto es la *A1*, así en el resultado de las convocatorias 640 de 2013, 693 de 2014 y 737 de 2015, lo que corresponde con el índice *ScientiCol* de 9,1 ya alcanzado en 2010 (siendo el máximo valor posible 10). El grupo se encuentra adscrito al *Instituto Unidad de Investigaciones jurídico-sociales Gerardo Molina – Unijus*– de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia en Bogotá.

Más allá de sus diez años de existencia, *CC - Constitucionalismo Comparado* cuenta con raíces más antiguas en el proyecto internacional *Historia constitucional de Latinoamérica en*

---

<sup>1</sup> Desarrollada p. ej. en: BERND MARQUARDT, *Historia constitucional comparada de Iberoamérica, Las seis fases desde la revolución de 1810 hasta la transnacionalización del siglo XXI*, Bogotá, Ed. Ibáñez, 2016, págs. 21 y ss; ÍD., *Historia mundial del Estado*, tomo 4, *El Estado de la doble revolución ilustrada e industrial (1776-2014)*, Bogotá, Ecoe Eds., 2014, págs. 17 y ss.

el siglo XIX en una perspectiva global comparada que fue impulsado, en 2004 y 2005, por el Fondo Nacional Suizo para la Investigación Científica y por el Fondo de Investigaciones del Cantón de Sankt Gallen, en cooperación con la Universidad de los Andes en Bogotá. En esta tradición, *Constitucionalismo Comparado* ha actuado en cooperación con varios socios internacionales, entre otros, con el proyecto *Constitutions of the world from the late 18<sup>th</sup> century to the middle of the 19<sup>th</sup> century* dirigido por el Prof. Dr. HORST DIPPEL de la Universidad alemana de Kassel<sup>2</sup>, con la red *El camino especial de Europa (Der Europäische Sonderweg)* coordinado por el Prof. Dr. ROLF PETER SIEFERLE de la Universidad suiza de Sankt Gallen<sup>3</sup> y con el *Instituto Max Planck para el Derecho Público Comparado y el Derecho Internacional Público* en Heidelberg dirigido por el Prof. Dr. ARMIN VON BOGDANDY<sup>4</sup>.

El historiador constitucional HORST DIPPEL ha subrayado: “La historia del constitucionalismo moderno es una historia que necesita ser escrita” (2005)<sup>5</sup>. El grupo comparte que los análisis universales y comparativos del constitucionalismo moderno se encuentran todavía desiertos, pues en casi todos los países occidentales –sea en Alemania o Colombia, en Suiza o en Chile– se ha tratado la historia constitucional como una sub-rama de la respectiva historia patria, de modo que existe una multitud de historiografías constitucionales aisladas que dejan escondidos los fenómenos de difusión y transculturación, sin aclarar nada sobre la *gran transformación* global de los regímenes políticos a largo plazo. Si la literatura contemporánea presenta elementos de una perspectiva comparada, la misma se encuentra casi siempre reducida a solo tres Estados de moda, es decir, a Inglaterra, EE.UU. y Francia, lo que resulta no solamente incompleto desde el punto de vista científico, sino que también demuestra una marcada tendencia hacia la sobre-idealización de estos países<sup>6</sup>. Un tercer problema de la

<sup>2</sup> Resultados: HORST DIPPEL *et al.*, *The rise of modern constitutionalism, Constitutions of the World from the late 18<sup>th</sup> Century to the Middle of the 19<sup>th</sup> Century Online*, <http://www.uni-kassel.de/~dippel/projekt/> (1.8.2016); BERND MARQUARDT (Ed.), *Constitutional Documents of Colombia and Panamá, 1793 - 1853*, tomo 3 de la colección *Constitutions of the World from the late 18<sup>th</sup> Century to the Middle of the 19<sup>th</sup> Century, The Americas* (ed. por HORST DIPPEL), Berlín & Nueva York, Ed. Walter de Gruyter, 2010.

<sup>3</sup> Al respecto: ROLF P. SIEFERLE, “El camino especial de Europa”, en ÍD. & BERND MARQUARDT, *La Revolución Industrial en Europa y América Latina, Interpretaciones ecobistóricas desde la perspectiva de la Teoría de los Sistemas de Energía y del Metabolismo Social*, Bogotá, Ed. Universidad Nacional de Colombia, 2009, págs. 1-92.

<sup>4</sup> Obra conceptual: ARMIN VON BOGDANDY *et al.* (Eds.), *Ius constitutionale commune en derechos humanos en América Latina*, México, Ed. Porrúa, 2013.

<sup>5</sup> HORST DIPPEL, “Constitucionalismo moderno, Introducción a una historia que necesita ser escrita”, en revista *Historia Constitucional*, núm. 6, Madrid & Oviedo, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales & Universidad de Oviedo, 2005, págs. 181-200, núm. 2 y 39. Resumen: ÍD., “El surgimiento del constitucionalismo moderno y las constituciones latinoamericanas tempranas”, en revista *Pensamiento Jurídico*, núm. 23, *Constitucionalismo y derecho internacional público*, Bogotá, Ed. Universidad Nacional de Colombia, 2008, págs. 13-32, 14 y ss.

<sup>6</sup> Esta tendencia no solamente es evidente en el Derecho constitucional, sino también en el Derecho administrativo, donde las investigaciones históricas se centran casi con exclusividad en Francia, desestimando y subestimando así otras tradiciones jurídicas también muy importantes. Ver sobre este tema, a DAVID ERNESTO LLINÁS ALFARO, *Estado indiano, Estado responsable*, Bogotá, Ed. Ibáñez, 2013.

literatura tradicional consiste en la división artificial del constitucionalismo en dos ciencias altamente encerradas, a saber, en recopilaciones jurídicas sin contextualización y en teorías políticas sin análisis de las fuentes primarias. En el modelo de trabajo al estilo de una *teoría de sistemas, sociología jurídica y ciencia cultural del Estado*, se consideran importantes las siguientes aproximaciones metodológicas: la *Teoría de (la gran) transformación*<sup>7</sup>; la *Escuela socio-cultural y transnacional de la Historia del Derecho*<sup>8</sup>; la *distinción fundamental entre el proto-constitucionalismo del antiguo régimen (hasta 1775) y el constitucionalismo moderno (desde 1776)*; y la dinámica de difusión de un nuevo modelo de Estado en el espacio global<sup>9</sup>.

El grupo *CC - Constitucionalismo Comparado* considera el constitucionalismo como un elemento clave del mundo moderno, con raíces en la *gran transformación* occidental que reemplazó, a partir de aproximadamente 1800, el cosmos agrario-preindustrial por el modelo político-jurídico y social de la *doble-revolución ilustrada e industrial* y, en particular, el antiguo modelo estándar de la monarquía dinástica por el nuevo modelo del *Estado constitucional republicano-democrático*, al fin precisamente por el *Estado constitucional democrático social-ambiental*. Se identifica el punto de partida en las tres grandes revoluciones ilustradas originarias del medio siglo entre 1776 y 1825 —la norteamericana, la francesa y la hispanoamericana— que iniciaron una dinámica compleja de por lo menos *siete olas* de difusión y transición que se transmitieron en complejos movimientos de expansión, sincronización, corrección y transculturación en el espacio global.

En particular, se considera el constitucionalismo moderno como un *sistema de valores*, para lo cual el grupo ha desarrollado 20 indicadores principales, que permiten localizar y evaluar el lugar concreto de un Estado en un cierto momento del bicentenario de la *gran transformación*. En esto, se distinguen entre el *largo siglo XIX (1776-1916)* y el *breve siglo XX (desde 1917)*. Para el primero, se proponen trece indicadores de transformación, mientras al segundo se suman siete criterios cualitativos adicionales<sup>10</sup>:

#### *A. Criterios cualitativos de transformación para el largo siglo XIX (1776 - 1916):*

- 1) El autovínculo normativo del poder estatal por una constitución formal al estilo de una codificación completa del derecho político.
- 2) El republicanismo en lugar de la monarquía dinástica del antiguo régimen.

<sup>7</sup> SIEFERLE, *El camino especial de Europa*, *op. cit.*, págs. 1-92.

<sup>8</sup> Véase p. ej. PIO CARONI, *La soledad del historiador del derecho, Apuntes sobre la conveniencia de una disciplina diferente*, 2ª ed., Madrid, Ed. Universidad Carlos III, 2014, págs. 94 y ss, 123 y ss; MICHAEL STOLLEIS, *La historia del derecho como obra de arte*, Granada, Comares, 2009.

<sup>9</sup> En detalle: MARQUARDT, *Historia constitucional comparada de Iberoamérica, Las seis fases desde la revolución de 1810 hasta la transnacionalización del siglo XXI*, *op. cit.*, págs. 3-65; ÍD., *Historia mundial del Estado*, tomo 4, *op. cit.*, págs. 1-22.

<sup>10</sup> MARQUARDT, *Historia constitucional comparada de Iberoamérica, Las seis fases desde la revolución de 1810 hasta la transnacionalización del siglo XXI*, *op. cit.*, págs. 43 y ss.

## PAZ A TRAVÉS DEL DERECHO Y DE LA CONSTITUCIÓN

- 3) El reconocimiento de los derechos humanos –con base en el derecho natural– como derechos fundamentales.
- 4) La especial garantía del derecho a la vida, es decir, la abolición de la pena de muerte.
- 5) La abolición de la esclavitud y el reconocimiento de la pertenencia a la nación y la ciudadanía para minorías étnicas y religiosas, por ejemplo para los indígenas americanos y judíos europeos.
- 6) La inclusión de grandes partes del pueblo en el proceso político por el sufragio universal masculino.
- 7) El desarrollo de un modelo de la separación horizontal de poderes con un balance equilibrado entre los dos poderes más políticos, el ejecutivo y el legislativo.
- 8) Un jefe de Estado refrenado tanto temporal e institucionalmente como obligado a asumir la responsabilidad por su conducta. Entre los subindicadores se encuentran especialmente:
  - Los cambios de gobierno en la forma establecida en la constitución.
  - En ciclos adecuados y cortos.
- 9) La realización de la supremacía de la constitución por la posibilidad de defenderla ante una corte suprema.
- 10) La separación vertical de poderes por el federalismo o regionalismo con sus opciones aumentadas de la participación y de la inclusión de la oposición en la responsabilidad política.
- 11) La emancipación del Estado del poder de organizaciones supranacionales religiosas como la Iglesia católica.
- 12) La calidad del Estado protector y su habilidad a garantizar la seguridad y paz interna.
- 13) La validez de la constitución por un periodo real, es decir, la misma no fracasó inmediatamente y no fue simplemente un texto teórico o utópico.

### *B. Criterios cualitativos adicionales del siglo XX y XXI (1917-2016):*

- 14) La realización de la igualdad entre los géneros, especialmente por medio del sufragio femenino.
- 15) La no elusión del núcleo constitucional por las nuevas estrategias del estado de sitio y de las facultades especiales; además, la renuncia a intervenciones anti-democráticas en forma de prohibiciones de partidos políticos indeseados.
- 16) El constitucionalismo económico con el fin de promover y acelerar la transformación industrial.

## INTRODUCCIÓN

- 17) El constitucionalismo social para garantizar la seguridad y justicia socioeconómica contra los riesgos del empobrecimiento y de la marginalización en la sociedad industrial.
- 18) Desde la década de 1970, el constitucionalismo ambiental, orientado a la sostenibilidad y la habilidad al futuro de la sociedad industrial, en reconocimiento de los límites ecosistémicos de las actividades humanas en un planeta limitado.
- 19) Desde los años 1980, la subordinación material bajo una *jurisdicción supranacional* en derechos humanos, como la Corte Interamericana. De modo complementario, se indica la inclusión eficaz al *sistema universal de derechos humanos* de las Naciones Unidas.
- 20) Desde los años 1990, la apertura hacia el *constitucionalismo étnico* con el reconocimiento de un cierto grado de autonomía de pueblos minoritarios inclusive indígenas.

Al fin del proceso indicado, se ha establecido el *modelo pluralista* de valores de tres generaciones, a saber, los liberales, sociales y ambientales, instituyendo de tal manera el tipo ideal del *Estado constitucional democrático social-ambiental*.

El Grupo de Investigación *CC - Constitucionalismo Comparado* tiene un perfil interdisciplinario e interuniversitario. Han participado 49 integrantes, de los cuales los *miembros señores* trabajan como profesores e investigadores en Universidades como la Nacional de Colombia, Santo Tomás, Libre, Rosario, Bosque, Militar, La Salle, Libertadores, Gran Colombia, Manuela Beltrán y Agraria. El grupo se encuentra abierto para todo científico con intereses constitucionales, capacidades analíticas elevadas, visiones ambiciosas de un mundo justo, con curiosidad para investigar, con la disciplina real para escribir, la tolerancia para la opinión del otro, la apertura hacia otras culturas y la solidaridad dentro de un conjunto organizado. Es cierto que el control interno de las ofertas de publicación es muy estricto, pero seguimos el ideal de educar en vez de rechazar, es decir, formamos activamente a nuestros investigadores jóvenes y trabajamos conjuntamente en hacer publicables los textos de talentos prometedores.

Los 28 miembros actuales se encuentran activos en un total de siete líneas de investigación:

- 1) *La ciencia del constitucionalismo comparado y su metodología*

La misma se dedica al derecho comparado en las dimensiones del tiempo y del espacio, a la teoría de la gran transformación, a los indicadores de transformación, a las características generales del constitucionalismo moderno, a la tensión estructural entre texto y contexto, norma superior y realidad (sociología jurídica histórica), mirando tanto a las diferencias entre Europa y América, así como entre Oriente y Occidente. Líder de la línea: Prof. Dr. Bernd Marquardt.

2) *El Estado moderno: teoría e historia*

Partiendo de la teoría socio-cultural y transnacional del Estado, se investiga el Estado proto-constitucional de la modernidad temprana, la *gran transformación* (1776-1825), el *Estado de la doble-revolución ilustrada e industrial*, los nuevos modelos políticos-jurídicos e inclusive el Estado constitucional republicano-democrático, la Monarquía constitucional, la Autocracia republicana, la Democracia popular y el Estado constitucional democrático-social-ambiental. Una sub-línea se enfoca en el Estado legislador y su evolución histórica (historia del derecho). Líder de la línea: Prof. Mg. David Ernesto Llinás Alfaro.

3) *Democracia y Estado de Derecho*

La tercera línea trabaja con el constitucionalismo liberal de la llamada primera generación, inclusive las teorías de la democracia, las estrategias de legitimación (soberanía popular), la democracia electoral, las teorías idealistas de la democracia, el parlamentarismo, el presidencialismo, el Estado de derecho formal (legalismo técnico), el Estado de Derecho material, la negación por parte del anti-constitucionalismo y, por supuesto, los derechos fundamentales de tipo liberal, inclusive los derechos de género. Líder de la línea: Prof. Mg. Patricia Bastidas Mora.

4) *Constitucionalismo social y ambiental*

La cuarta línea analiza el constitucionalismo social (desde 1917) y el derecho administrativo social, el constitucionalismo ambiental (desde 1971) y el respectivo derecho administrativo, de tal manera ingresan aquí los derechos fundamentales de la llamada segunda a tercera generación, además el derecho al desarrollo. Se incluyen los derechos de las minorías étnicas. Líderes de la línea: Prof. Mg. María Rosalba Buitrago Guzmán (social) y Eduardo Romero Rodríguez (ambiental).

5) *Constitucionalismo y paz*

Esta línea examina la teoría de la paz, el concepto de paz por derecho (teoría, historia y sociología), la pacificación fundamental en el *ius contra bellum* internacional, además las emanaciones de la justicia transicional. Líder de la línea: Prof. Dra. Mariela Inés Sánchez Cardona.

6) *Justicia constitucional*

Se tematizan el *judicial review*, el amparo constitucional y el ascenso de la justicia constitucional al rango de un verdadero tercer poder o incluso un supra-poder moderador. Líder de la línea: Mg. Juan Fernando Romero Tobón.



## INTRODUCCIÓN

### 7) *La constitucionalización del sistema internacional y de las culturas no occidentales*

Se observan las dimensiones inter-, trans- y supranacionales del Estado constitucional, por ejemplo en cuanto a las Naciones Unidas, su institucionalidad cuasi-estatal y su derecho constitucional, además la continentalización por fenómenos como la Unión de la India y la Unión Europea, de igual forma la adopción y variación del constitucionalismo occidental en Asia y África, así como los efectos de la globalización para la calidad real del Estado constitucional. Líder de la línea: Prof. Dra. Natalia Ruíz Morato.

El Grupo de Investigación *CC - Constitucionalismo Comparado* difunde sus perspectivas y resultados de investigación en varias formas: la organización de eventos científicos, la participación en congresos y seminarios nacionales e internacionales, el diseño y la oferta de asignaturas de posgrado, tanto en el marco nacional –especialmente en la Universidad Nacional de Colombia– como en la esfera internacional –así frecuentemente en las Universidades públicas de Sankt Gallen en Suiza y Linz en Austria–, además de la dirección de una variedad de tesis. En 2015, fueron sustentadas exitosamente tres tesis doctorales elaborados en el marco del grupo; actualmente, el grupo acompaña cuatro tesis doctorales.

No obstante, el camino principal de *CC - Constitucionalismo Comparado* consiste en la elaboración de publicaciones científicas de alta calidad. Según el *GrupLac* actual en *Colciencias*, el grupo cuenta con 348 productos (al 2 de julio de 2016). En particular, pueden señalarse varios libros científicos publicados en lugares como Bogotá, Berlín, Zürich, Viena y Nueva York. Como el caballo de desfile del grupo sirve la serie de investigación *Constitucionalismo Científico* con seis anuarios hasta la fecha; los últimos publicadas en la editorial Ibáñez. Según el *feedback* de los lectores, una de las publicaciones más llamativas es la edición de las constituciones históricas de Colombia en facsímile, realizada en 2011 en la editorial de GUSTAVO IBÁÑEZ. Entre los principales libros de investigación de *CC - Constitucionalismo Comparado*, se pretenden señalar los siguientes ejemplos:

Los seis anuarios de la serie *Constitucionalismo Científico* (2009-2016):



Anuario 1: UNAL, 2009



Anuario 2: Temis, 2012



Anuario 3: Temis, 2013



Anuario 4: UNAL, 2015

PAZ A TRAVÉS DEL DERECHO Y DE LA CONSTITUCIÓN

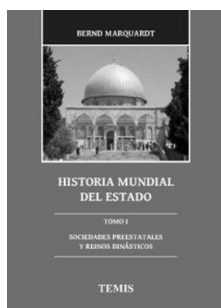


Anuario 5: Ibáñez, 2015

PAZ  
A TRAVÉS  
DEL DERECHO  
Y DE LA CONSTITUCIÓN

Anuario 6: Ibáñez, 2016

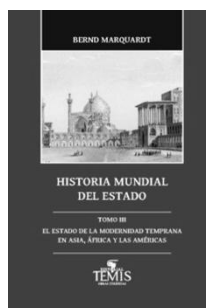
Los últimos libros de Bernd Marquardt (a partir de 2011):



HmdE 1, Temis, 2012



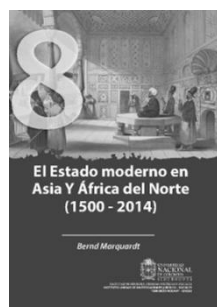
HmdE 2, Temis 2013



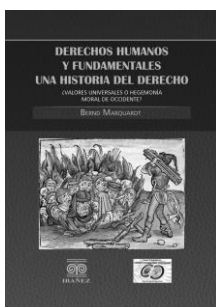
HmdE 3, Temis, 2014



HmdE 4, Ecoe, 2014



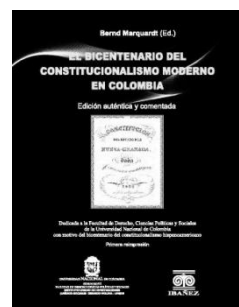
UNAL, 2014



Ibáñez, 2015



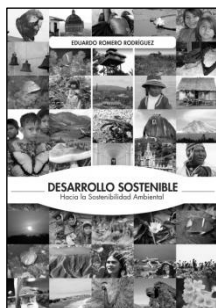
Ibáñez, 2016



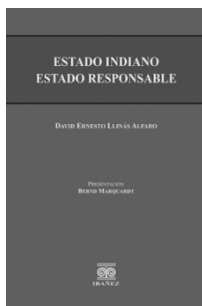
Ibáñez, 2011

## INTRODUCCIÓN

Los libros de los demás miembros (2012-2016):



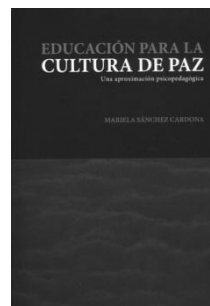
Eduardo Romero,  
Produmedios, 2012



David Llinás,  
Ibáñez, 2013



José Candamil,  
Ibáñez, 2014



Mariela Sánchez,  
USTA, 2015

LAS  
ACCIONES PÚBLICAS  
DE  
INCONSTITUCIONALIDAD  
EN COLOMBIA  
(1992-2013):  
8.030 DÍAS  
A BORDO DEL NAUTILUS

Juan Fernando Romero  
Tobón, Ibáñez, 2016

HISTORIA AGRARIA  
EN COLOMBIA 1930-1945:  
UN ESTUDIO  
CUALITATIVO Y  
CUANTITATIVO  
EN PERSPECTIVA DEL  
CONSTITUCIONALISMO  
SOCIAL Y AMBIENTAL

Eduardo Romero,  
Ibáñez, 2016

Como seminarios organizados por parte de *CC - Constitucionalismo Comparado*, se indican los siguientes nueve eventos de 2009 a 2016:

**INVITACIÓN A SEMINARIO**  
**¿LA PAZ ES POSIBLE?**  
**UNA PERSPECTIVA INTERDISCIPLINARIA**

**Día:** 26 de mayo  
**Lugar:** Auditorio, Camilo Torres, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá.  
**Horario:** 8:00 AM - 6:00 PM

**Objetivo general:**  
Dar a conocer elementos históricos, filosóficos, políticos, psicológicos y jurídicos, que contribuyan a integrar y comprender las posibles alternativas de una paz sostenible.

**Conferencistas nacionales e internacionales:**  
Prof. Dr. Oscar Mejía Universidad Nacional de Colombia  
Prof. Dr. Borja Pérez-Martí Universidad Nacional de Colombia, Suiza  
Mariela Sánchez Cardona Candidata a doctorado, Universidad Jaume I, Castellón, España  
Eduardo Romero Candidata a doctorado, Universidad de St. Gallen, Suiza  
Patricia Estrella Rivera Universidad Leoboriana  
Humberto Palacios Instituto Paz y Justicia, Bogotá  
"Constitucionalismo Comparado", Universidad Nacional de Colombia  
Grupo de Investigación

Cooperación & Organización: Mariela Sánchez. Mayor información: mariela@usta.net.co  
Entrada libre

26.5.2009

**Seminario**  
**DosSIGLOS del Estado Constitucional**  
**en América Latina**  
Grupo de Investigación  
**CONSTITUCIONALISMO COMPARADO**

*¡Estimados Profesores!*  
Cordialmente invitados...

**Lanzamiento de los libros**  
- Los Dos Siglos del Estado Constitucional en América Latina (1810-2010).  
- Historia Constitucional Comparada II TOMOS  
- El Bicentenario del Constitucionalismo Moderno en Colombia Edición Ibáñez 2011  
- Constitucionalismo comparado  
- Claustro de San Agustín Viernes 3.45pm "Copa de Vino"

**Mayo 5 y 6 de 2011**  
Claustro de San Agustín - Auditorio  
Carrera 8a # 7-21

**UN**  
NACIONAL

**UNIJUST**  
Grupo de Investigación y Promoción

**SISTEMA DE PATRIMONIO Y MUSEOS**

5./6.5.2011

PAZ A TRAVÉS DEL DERECHO Y DE LA CONSTITUCIÓN

**Seminario**  
**Constitutionalismo Científico**  
Dinámicas **Globales y Locales**

**Panelistas Invitados:**  
 Boris MARSHAKOFF (UCLA)  
 Nicolás BUIZ (UCLA)  
 Gonzalo CÁNDARA (UCLA)  
 Magdaleny WARGOCKI (UCLA)  
 Tomislav VUKOBRAĆ (UCLA)  
 David LITVIN (UCLA)

28 de Noviembre de 2012  
 Lugar: Universidad Nacional de Colombia  
 Edificio 201 - Facultad de Derecho,  
 Carrera 45 # 26 - 85  
 Auditorio Camilo Torres  
 Hora: de 8:00 a.m. a 5:00 p.m.

**Constitución**  
 La Ley Fundamental de Colombia

**Entrada Libre**  
 Inscripciones: [www.constitucionalismocomparado.org](http://www.constitucionalismocomparado.org)  
 Certificado de Asistencia

UNIJUNIOR

28.11.2012

**Seminario**  
**El Estado constitucional del siglo XXI:**  
 entre la estabilidad institucional de la democracia y la población anarco-liberal.

**8 Mayo 2014**  
 Entrada Libre: 80 Cupos

Auditorio del Claustro de San Agustín,  
 Sede del Sistema de Estudios Jurídicos - Facultad de  
 la Universidad Nacional de Colombia (Cra. 5 No. 7 - 21)

**Panel 1:** El Poder Judicial, el Poder Constitucional y la Justicia en Colombia  
**Panel 2:** El Poder Judicial y el Poder Constitucional en Colombia

Horario: 8:00 a.m. a 12:30 p.m. / 2:30 a 5:30 p.m.

8.5.2014

**Seminario**  
**El Estado moderno en Asia y África del Norte**

**16 Octubre 2014**

Entrada Libre: 80 cupos  
 Hora: 8:00 a.m. a 12:30 p.m.  
 1:30 p.m. a 5:45 p.m.

Auditorio del Claustro de San Agustín,  
 Sede de Estudios de Postgrado - Facultad de Ciencias  
 de la Universidad Nacional de Colombia (Cra. 5 No. 7 - 21)

16.10.2014

**Seminario**  
**EL ESTADO CONSTITUCIONAL EN EL TIEMPO Y EN EL ESPACIO**

**26 Marzo 2015**  
 Hora: 8:00 a.m. a 5:00 p.m.

Entrada Libre: 80 Cupos  
 Inscripciones en el día del evento

26.3.2015

26.3.2015

**Seminario**  
**DERECHOS HUMANOS Y FUNDAMENTALES**  
 RONALD D. OGDEN

**Panelistas:**  
 César Iván Hurtado Cárdenas, Piedad María Ramírez, María Inés Sánchez Carabina, Oscar Pineda Quiroz, Javier Francisco Álvarez Pardo, Andrés Ángel Rodríguez, Juan Pablo Ramírez, José María Ramírez, Juan Sebastián Rodríguez, Carlos Iván Rodríguez, Nicolás Ruiz Martínez, Rafael Torres, María Inés Sánchez Carabina, Oscar Pineda Quiroz, Javier Francisco Álvarez Pardo, Andrés Ángel Rodríguez, Juan Pablo Ramírez, José María Ramírez, Juan Sebastián Rodríguez, Carlos Iván Rodríguez, Nicolás Ruiz Martínez, Rafael Torres.

**28 Mayo 2015**  
 Hora: 7:00 a.m. a 9:30 p.m.

28.5.2015

28.5.2015

**Encuentro con la Vida, la Palabra y la Memoria**  
**¡Narrando... Paz-ando...!**  
 Experiencias Exitosas de Paz

Antioquia, Cundinamarca, Boyacá, Zacafores (México)  
 Comunalidad de Paz

**28 Mayo 2015**  
 Hora: 8:00 a.m. a 5:00 p.m.

1.10.2015

1.10.2015

**Seminario**  
**EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE LOS VALORES**

**20 de abril de 2016**  
 Hora: 8:00 a.m. a 5:00 p.m.  
 Entrada Libre: 80 cupos

**Panelistas:**  
 Prof. Dr. Boris Marshakoff, Universidad Nacional de Colombia  
 Prof. Dr. María Inés Sánchez Carabina, Universidad de la Salle & UPTC  
 Prof. Dr. María Inés Sánchez Carabina, Universidad Santo Tomás  
 Prof. Dr. David Rodríguez, Universidad Santo Tomás  
 Prof. David Litvin, Universidad Nacional de Colombia  
 Prof. David Litvin, Universidad Nacional de Colombia  
 Prof. David Litvin, Universidad Nacional de Colombia  
 Prof. David Litvin, Universidad Nacional de Colombia  
 Prof. David Litvin, Universidad Nacional de Colombia  
 Prof. David Litvin, Universidad Nacional de Colombia

28.4.2016

28.4.2016

Homepage de CC - *Constitutionalism Comparado*:  
<https://sites.google.com/site/constitucionalismocomparadocc/>

Presencia en Facebook:  
<https://www.facebook.com/constitucionalismocomparadocc/>

## 2. IDEA Y CONTENIDO DEL ANUARIO 6

El sexto anuario del Grupo de Investigación *CC-Constitucionalismo Comparado* fue elaborada por la quinta línea de investigación de dicho centro académico, denominada *Constitucionalismo y paz*, y pretende dedicarse al tema *Paz a través del derecho y de la constitución* bajo la perspectiva de reconstruir una relación tan íntima y evidente como subestimada y marginada en la teoría jurídica convencional. No hay dudas que, a lo largo de la historia, se encuentran múltiples ejemplos del uso y abuso del derecho para legitimar el poder y cometer las peores injusticias, pero esta observación no debe ocultar la mirada a la idea nuclear desde los orígenes hasta el presente. El filósofo del derecho GUSTAV RADBRUCH (1878-1949) formuló al respecto: “La justicia es la segunda gran tarea del derecho, pero la primera es la seguridad jurídica, la paz”<sup>11</sup>. Y el jurista y Presidente alemán RICHARD VON WEIZSÄCKER (1920-2015) enunció: “Al derecho pertenecen también los fines del derecho, a saber la justicia y la paz”<sup>12</sup>. Incluso RUDOLF VON JHERING (1818-1892) estipuló: “El fin del derecho es la paz”<sup>13</sup>. Con un enfoque internacional y en medio de la guerra más sangrienta del siglo XX, HANS KELSEN (1881-1973) publicó su concepción de *La paz por medio del derecho* (1944)<sup>14</sup>. Según la visión de *CC-Constitucionalismo Comparado*, la paz no es nada menos que el *fundamento* del derecho y la *meta-finalidad* del mismo en todos sus espectros. Al respecto, la pazóloga MARIELA INÉS SÁNCHEZ CARDONA citó, en 2015, una entrevista con BERND MARQUARDT de la siguiente manera:

“El *derecho internacional público* se dedica clásicamente a la paz entre los Estados; el *derecho constitucional* quiere realizar la paz interior mediante un contrato social acordado y legitimado, la promesa creíble de promover el bien común, las garantías sociales, la participación democrática eficiente y la legitimidad de procedimientos transparentes; el *derecho penal* busca la prevención general y especial de la violencia mortal, corporal, sexual, fraudulenta, insultante, dañina, *etc.*; el *derecho civil* pretende proteger el débil frente a la arbitrariedad del poderoso y prevenir de tal manera venganzas subsidiarias; el *derecho de familia* quiere posibilitar divorcios sin guerras intrafamiliares; el *derecho comercial* busca la paz mediante la comercialización de las relaciones humanas. De tal manera, la idea de la paz está omnipresente en todas las dimensiones del derecho. La idea fundadora de las cortes de justicia fue la promoción de la

<sup>11</sup> “Die Gerechtigkeit ist die zweite große Aufgabe des Rechts, die erste aber ist die Rechtssicherheit, der Friede”; GUSTAV RADBRUCH, *Aphorismen zur Rechtsweisheit*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1963, pág. 23.

<sup>12</sup> “Zum Recht gehört auch das Ziel des Rechts, nämlich Gerechtigkeit und Frieden”, cit. por GUTZTIERT, *Richard von Weizsäcker über Recht*, [http://www.gutztiert.de/zitat\\_autor\\_richard\\_freiherr\\_von\\_weizsaecker\\_thema\\_recht\\_zitat\\_23678.html](http://www.gutztiert.de/zitat_autor_richard_freiherr_von_weizsaecker_thema_recht_zitat_23678.html) (1.8.2016).

<sup>13</sup> “Das Ziel des Rechts ist der Friede”; RUDOLF VON JHERING, *Der Kampf ums Recht*, 11ª ed., Viena, Manz, 1894, pág. 1. Sin embargo, JHERING es uno de los padres de la *teoría del derecho como lucha*.

<sup>14</sup> HANS KELSEN, *La paz por medio del derecho*, 2ª ed., Madrid, Ed. Trotta, 2008. Título original en inglés: *Peace Through Law*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1944.

paz, nada más y nada menos. Sin embargo, la formación jurídica clásica no promueve reflexiones conscientes del fenómeno y tampoco incluye las teorías modernas de la paz”<sup>15</sup>.

En Colombia, la paz es considerada la gran temática del año 2016, pero los autores de este libro no adoptan simplemente una moda, sino pretenden analizar profunda e interdisciplinariamente las relaciones e interdependencias entre las categorías de derecho y paz. A la luz de estas evaluaciones, un equipo pluridisciplinario de 15 juristas – con capacidades socio-jurídicas– y cinco pazólogos de varios países analizarán de modo crítico el proceso actual de paz en Colombia y las perspectivas del posconflicto, inclusive el ideal de detectar y problematizar los puntos ciegos que se ignoran con frecuencia en los debates usuales.

El equipo de trabajo considera problemático que, en la actualidad colombiana, los analistas especializados en los actores violentos del pasado, buscan reposicionarse como expertos del proceso de paz, aunque tienden a reducir la paz a la mera no-violencia. En cambio, este libro considera importante reflejar cuales son las virtudes y los valores positivos de una cultura de paz profunda. En las palabras del ex Secretario General de las Naciones Unidas KOFI A. ANNAN (1997-2006), “la verdadera paz es más que la ausencia de la guerra. Es un fenómeno que abarca el desarrollo económico y la justicia social. Significa la salvaguardia del ambiente mundial [...] democracia, diversidad y dignidad, respeto de los derechos humanos y el Estado de derecho, y mucho más”<sup>16</sup>. En este sentido, se recomienda una especial atención en los artículos conceptuales de la pazóloga colombiana MARIELA INÉS SÁNCHEZ CARDONA y del pazólogo español FRANCISCO JIMÉNEZ BAUTISTA<sup>17</sup>.

El libro *Paz a través del derecho y de la constitución* se encontrará compuesto por ocho partes organizadas temáticamente: en primer lugar, se introducen varias *Perspectivas*

<sup>15</sup> MARIELA SÁNCHEZ CARDONA, “El papel de la Universidad en la deconstrucción de la violencia cultural, Aportes de las ciencias jurídicas”, en BERND MARQUARDT (Ed.), *El Estado constitucional en el tiempo y en el espacio (anuario IV de CC)*, Bogotá, Ed. Universidad Nacional de Colombia, 2015, págs. 525-545, 541.

<sup>16</sup> *Mensaje del Secretario General de las Naciones Unidas Kofi A. Annan, Pronunciamiento del Año Internacional de la Cultura de Paz*, París, 14.9.1999, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/39/pr/pr28.pdf> (1.8.2016).

<sup>17</sup> Véase en términos más amplios: MARIELA SÁNCHEZ CARDONA, *Educación para la cultura de paz, Una aproximación psicopedagógica*, Bogotá, Ed. Universidad Santo Tomás, 2015; FRANCISCO JIMÉNEZ BAUTISTA, *Racionalidad pacífica, Una introducción a los estudios para la paz*, Madrid, Ed. Dykinson, 2011; ÍD., “Paz neutra, Una ilustración del conflicto”, en *Revista de Paz y Conflictos*, vol. 7, Granada, Ed. Universidad de Granada, 2014, págs. 19-52. Comp. VICENÇ FISAS, *Cultura de paz y gestión de conflictos*, 5ª reimpr., Barcelona, Ed. Icaria, 2006; JOHAN GALTUNG, *Peace by Peaceful Means, Peace and Conflict, Development and Civilization*, Thousand Oaks, Sage, 1996; DAVID ADAMS, *Cultura de paz, Una utopía posible*, México, Ed. Herder, 2014; IRENE COMINS MINGOL, *La ética del cuidado y la construcción de la paz*, Barcelona, Ed. Icaria, 2008; FRANCISCO A. MUÑOZ & JORGE BOLANOS CARMONA (Eds.), *Los hábitos de la paz, Teorías y prácticas de la paz imperfecta*, Granada, Universidad de Granada, 2011.

## INTRODUCCIÓN

*históricas de derecho y paz*; segundo, se profundizan los elementos del *Estado de sitio y delito político*; tercero, se discute la interdependencia entre *Paz y justicia social*; cuarto, se analiza la retroalimentación entre *Paz y derechos humanos*; quinto, se investiga el subtema *Paz y relaciones socio-ambientales*; sexto, se refleja sobre *Paz y memoria*; séptimo, se expone ideas sobre *Paz y género*; y octavo, se entra en la materia del *Posconflicto y la justicia transicional*.

En el primer artículo dedicado al tema de *Estado constitucional y paz en Iberoamérica*, el director del grupo, BERND MARQUARDT desarrolla de modo comparativo *un acercamiento conceptual e histórico*. El autor busca reconstruir la segunda formación del Estado de la paz interna después de la revolución ilustrada y constitucional de 1810, haciendo visible la violencia estructural de la era de las revoluciones y pos-revoluciones, la paz constitucional desde finales del siglo XIX, la re-violentización después de la Segunda Guerra Mundial, la nueva búsqueda de la paz desde los años 80 y la problemática prolongada en Colombia, para terminar con un análisis del proceso de paz actual en dicho país inclusive una variedad de propuestas. El lema del artículo es que la *paz a través del constitucionalismo democrático* es posible y probable si se evitan defectos sustanciales del *Estado constitucional democrático, social y ambiental*.

El segundo texto de este apartado sobre las *Perspectivas históricas de derecho y paz*, se encuentra constituida por el artículo titulado *La paz o la guerra mediante el derecho, o de cómo el derecho es una herramienta para construir paz*, elaborado por DAVID ERNESTO LLINÁS ALFARO. Por una parte, el autor analiza las relaciones entre el derecho, la paz y la violencia. Por otra parte, evalúa la paz histórica del Estado indiano, mejor dicho de los virreinos españoles en la América del antiguo régimen pre-ilustrado (siglo XVI-1810), para concluir con un estudio de caso de la de era de transición hacia el republicanismo constitucional.

Subsiguientemente, AURA HELENA PEÑAS FELIZZOLA, bajo el título *Ensayando la libertad*, escribe sobre las *Reformas constitucionales y conflictos armados en perspectiva comparada en Brasil y Colombia (1821-1990)*. La autora se dedica a la fase republicana, diferenciando entre fases del derecho represivo y del derecho autónomo, relacionándolos con el tema de la paz interna.

Pasando a la segunda parte del libro dedicada a los Estados de sitio y delitos políticos, en el artículo del investigador JUAN FERNANDO ROMERO TOBÓN, titulado *Del estado de sitio a la anormalidad permanente: los nuevos caminos de la excepcionalidad*, se analiza el entorno de excepcionalidad construido a partir de la expedición de la *Constitución* de 1991, atendiendo a las exigencias contenidas en los artículos 212 a 215. Si bien, en principio, el control de constitucionalidad ejercido por la *Corte Constitucional* sobre los decretos que declaran los estados de excepción ha sido más estricto que el existente antes de 1991, se ha producido, por tres vías principales, un proceso de incorporación de normas excepcionales y que están asociadas a la visión global del terror y sus fórmulas de combate así como a las medidas de restricción fiscal. Tanto a nivel de

reformas constitucionales como en el marco de la legislación penal y laboral, de los paraejércitos, y de los acuerdos internacionales se pueden advertir disposiciones de ese carácter que han sido avaladas constitucionalmente y sobre las cuales el juicio ha sido menos estricto. Se entroniza así una especie de guerra interna sin declararla afectando esencialmente los derechos sociales, curiosamente dentro de un escenario de ‘paz’ y posconflicto.

El quinto capítulo de manos de la experta penal MARÍA MARTINA SÁNCHEZ TRIANA, analiza las *Tensiones actuales alrededor del delito político en el marco del proceso de paz*. La autora estudia los problemas actuales del concepto en mención, de gran relevancia para los actuales acuerdos de paz en la Habana; de este modo, se sugiere que el delito político tiene una frontera difusa con el delito común como consecuencia de la degradación del conflicto armado colombiano, aspecto que le permitió al gobierno anterior argumentar falazmente que no puede haber privilegios punitivos en la Carta política colombiana.

Sigue la tercera parte del libro sobre *Paz y justicia social*. En el artículo *La paz en Colombia no es posible sin equidad social: un estudio comparativo*, el pazólogo español FRANCISCO JIMÉNEZ BAUTISTA pretende extraer por medio de análisis estadístico, la relación que existe entre la violencia y la inequidad social en América Latina, encontrando que hoy la violencia es el escenario de los conflictos y que éstos pueden generar procesos de vulnerabilidad cuyo efecto se verá reflejado en las relaciones sociales de la población civil.

Subsiguientemente, el artículo *La exigibilidad directa y autónoma de los derechos sociales: un presupuesto de la paz material* de MARÍA ROSALBA BUTRAGO GUZMÁN se ocupa de la democracia social y de los derechos sociales como valores supremos y del mismo rango como los derechos liberales. Para ello, se resalta el rol jurídico y social de cada tipo de derechos de acuerdo al contexto, haciendo precisiones sobre el entorno europeo como del latinoamericano. En seguida, hace hincapié en los documentos internacionales y en las figuras jurídicas colombianas que permiten hacer un reconocimiento de los derechos sociales como derechos humanos, y explica cómo este rango iusfundamental otorga trascendencia a su promulgación. Finalmente, resalta el papel del juez en la garantía de estos derechos, arguyendo que el deber del juez es la justicia material como un fin necesario para la paz.

La cuarta parte del libro contiene dos artículos sobre la interdependencia entre *Paz y derechos humanos*. El primero de estos de autoría de PAULA SILVA RODRÍGUEZ y CAMILO RAMÍREZ GUTIÉRREZ, es titulado *Fórmulas para la paz: eficacia de los derechos humanos en las zonas de violencia y los campos sociales minados por el capitalismo global*. A partir del análisis del derecho como hecho social, los co-autores proponen como fórmula para la paz el establecimiento de mecanismos de defensa civil a los derechos humanos a partir de la apropiación de dichos derechos parte de las comunidades, como hechos



## INTRODUCCIÓN

sociales que sirvan en la defensa de sus intereses comunitarios y humanos, apropiación que tiene su génesis principalmente en las comunidades indígenas y afros, dos de las más afectadas por el conflicto armado interno en Colombia.

El segundo trabajo sobre *El derecho humano a la educación y el camino hacia la paz* es de PATRICIA BASTIDAS MORA, quien profundiza, a partir de la filosofía jurídica y política del republicanismo, la relación existente entre el derecho a la educación y los conceptos de democracia, política y Estado, con el fin de determinar las causas por las cuales el desarrollo del derecho humano a la educación, contribuirá con el fin de la guerra en repúblicas como la colombiana.

La quinta parte del libro, *Paz y relaciones socio-ambientales*, es introducida por NATALIA RUIZ MORATO. En el artículo denominado *Desarrollo para la paz: superando la violencia multidimensional y genocidio ambiental*, la autora intenta demostrar que la minería aurífera que se lleva a cabo en la periferia de Colombia, es un retroceso en el desarrollo humano, por lo cual se necesitan nuevas metodologías de análisis y mediciones que incluyan variables ecosistémicas y de conflictividad social. Además, este estudio intenta comprobar que el Estado no tiene la capacidad institucional para regular, controlar, y solucionar los problemas históricos y estructurales de los territorios mineros azotados por la pobreza, concluyendo que dicho modelo de desarrollo es insostenible.

El siguiente artículo de EDUARDO ROMERO RODRÍGUEZ analiza la *Paz ambiental y el posconflicto*. Para el autor, es evidente y preocupante el ‘ecoicidio’ ambiental generado durante el conflicto social, en gran medida por los actores armados del conflicto. Por eso, se cree necesario hacer justicia para ese enorme daño ambiental, en los pactos de paz y el posconflicto, a partir de la ‘paz ambiental’ como el instrumento idóneo que pueda cumplir con esa pretensión. Pero igualmente en la constituyente que se pueda generar en el posconflicto, se puede aprovechar como un escenario ideal para cambiar los paradigmas ambientales que están fracasando en la actualidad, como el principio del desarrollo sostenible, e introducir unos nuevos, como: una cosmovisión que parta de principios diferentes a los modelos económicos vigentes, el principio de sostenibilidad ambiental, el Estado constitucional ecológico, la jurisdicción ambiental y la justicia ambiental.

La sexta parte del libro, sobre *Paz y memoria*, es introducida por el artículo de MARCELA PATRICIA BORJA ALVARADO, *Bosquejo de contenido de la memoria para entenderla como pilar y requisito de paz en las transiciones: revisión del marco legal colombiano*. La autora indaga acerca de la existencia de la relación entre memoria y derecho, encontrado su expresión en los derechos de las víctimas a la verdad, justicia y reparación, y los escenarios de justicia transicional. A partir de estos dos puntos de sintaxis, la investigadora cuestiona la capacidad de los jueces y los documentos de los procesos judiciales como aportantes en la construcción de memoria, así como el reconocimiento de la memoria de las víctimas a través del privilegio que debe otorgársele.

A su turno, el jurista e historiador DAVID VALENCIA VILLAMIZAR, entra al triángulo entre derecho, historia y arte, elaborando *Espectro-grafías: escritura de la historia, paz imposible y tiempo del fantasma siluetas desde el cine de horror*. En este capítulo, y a partir del análisis de filmografía sobre el cine de horror, el autor se enfoca en el análisis de la paz, entendiendo que los debates en torno a ella deben tener en cuenta la experiencia traumática de las víctimas y las memorias sociales traumatizadas, pues es en éstas donde se puede encontrar la narración histórica, normalmente invisibilizada, de las propias víctimas.

En la séptima parte sobre *Paz y género*, la pazóloga española IRENE COMINS MINGOL va a discutir en cuanto a *Vulnerabilidad, interdependencia y ciudadanía: una filosofía política feminista*. La autora plantea la necesidad de un análisis profundo de los contextos de paz y post-acuerdo donde se incluya la perspectiva feminista como metodología de estudio. Se aborda el concepto de *ética del cuidado* como filosofía que permita un cambio en la cultura ciudadana, que apunte significativamente a la construcción de paz. En este sentido, se invita a través de sus postulados a actuar como colectividad, preocupación por el otro y la protección de los grupos más vulnerables, como un medio de garantía de una paz duradera.

En el capítulo XV, el experto en comunicaciones JAIRO ENRIQUE ORDÓÑEZ GARZÓN expone sobre *La comunicación para la paz en escenarios transicionales: visión desde una perspectiva de género*. El autor propone utilizar los beneficios de las nuevas tecnologías de la información con el fin de convertir esa potencialidad en comunicación propaz; además, sugiere un empoderamiento de dichas tecnologías para generar vías de comunicación alternas a los medios dominantes que, permitan obtener cambios para promover la transición de la violencia a la paz. La temática va a ser relacionada con perspectivas de género.

Finalmente, la octava parte del libro dedicada a visiones del *Posconflicto y de la justicia transicional*, es iniciada por el artículo *Paradigmas de paz y posconflicto en Colombia* de la pazóloga colombiana MARIELA INÉS SÁNCHEZ CARDONA. La autora pretende analizar algunos imaginarios de paz que se han desarrollado en las personas y las implicaciones que pueden tener los mismos en la construcción de una paz duradera en Colombia. Asimismo, se examinan posibles metodologías de paz que se puedan implementar para impulsar modelos de investigación para la paz, trascendentales en etapa de posconflicto. En este sentido se propone la importancia de desarrollar la *Escuela sociocultural de la paz pedagógica en el posconflicto*.

Sigue el escrito de ADRIANA RINCÓN y AMY ROSS que se pronuncian sobre *Justicia transicional y ley: el caso colombiano*. El escenario de justicia transicional que se presentará como consecuencia de la firma de los acuerdos de la Habana negociados entre el gobierno nacional y las FARC trae consigo un sinfín de debates. En el texto las autoras buscan hacer frente a uno de estos debates, relacionando la teoría jurídica que hace

## INTRODUCCIÓN

referencia a la justicia transicional con el desarrollo normativo que se ha venido dando en paralelo a estas negociaciones. El fin último de este capítulo es demostrar cómo las condiciones heterogéneas y desiguales en el conflicto llevan a que el proceso jurídico que lo afronte se caracterice de la misma manera y por tanto deba acomodarse a las diversas contradicciones de esta etapa histórica.

El libro terminará con el artículo de EDWARD FRANCISCO ÁLVAREZ TAFUR dedicado a *Dilemas de los segundos ocupantes en la restitución transicional de tierras en Colombia*. Este texto aborda desde el marco de la Justicia Transicional y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos la complejidad contextual y normativa de los ocupantes secundarios, esto es, las personas que se encuentran en los predios que deben ser restituidos a sus originales y legítimos titulares. La tesis del autor se remite entonces, a resaltar el papel integrador de la restitución transicional de tierras con el marco de vigencia y exigibilidad de los derechos sociales como garantía de dignidad humana para las personas que deben entregar los predios que no tuvieron relación con la pérdida del mismo y que se encuentran en condiciones particulares de vulnerabilidad.

Todos los 18 artículos fueron revisados por dos expertos científicos y recibieron la aprobación por el *comité científico de CC - Constitucionalismo Comparado*.

### 3. AUTORES Y AUTORAS

Prof. Mg. Edward Francisco Álvarez Tafur

Profesor de Derechos Humanos y Derecho Internacional Público de la Universidad Francisco de Paula Santander y Director Territorial para el Norte de Santander de la Unidad de Restitución de Tierras. Magíster en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia, sede Bogotá (2015). Máster en Derechos Humanos, Estado de Derecho y Democracia de la Universidad Alcalá de Henares, España (2015). Especialista en derecho constitucional (2010) y abogado (2008) de la Universidad Nacional de Colombia. Fue docente en Introducción al Derecho, Teoría e Historia Constitucional y Sistemas de Derecho en dicha institución. Autor del artículo: *Aproximación a una iustoria de la Paz de Westfalia de 1648* (2013). Miembro del Grupo de Investigación *CC - Constitucionalismo Comparado*.

Correo electrónico: [efalvarezt@unal.edu.co](mailto:efalvarezt@unal.edu.co)

Prof. Mg. Patricia Bastidas Mora

Profesora e investigadora de la Universidad Libre de Colombia en Bogotá. Candidata a doctora en la misma institución. Magíster en Derecho (2012), Especialista en Instituciones Jurídico-Procesales (2003) y Derecho Constitucional (2005) y abogada (1989), todo de la Universidad Nacional de Colombia. Es autora de los artículos: *La garantía de la no discriminación de la mujer en razón del género* (2015), *Influencia de una cultura*

*patriarcal en la conformación del ordenamiento jurídico en Latinoamérica* (2012), *El modelo de organización del Estado social y democrático de Derecho s sus desafíos* (2009) y *La constitucionalización del proceso* (2009), entre otros. Miembro del Grupo de Investigación CC - *Constitucionalismo Comparado* y líder de la línea de investigación número 3 *Democracia y Estado de Derecho*. Fue coordinadora administrativa del grupo entre 2006 y 2010.

Correo electrónico: lpbastidas@unilibre.edu.co

Prof. Mg. Marcela Patricia Borja Alvarado

Profesora e investigadora de la Universidad Manuela Beltrán, Bogotá. Magíster en derecho de la Universidad Nacional de Colombia (2015). Especialista en Instituciones Jurídico-Penales (2012) y Abogada de la misma Universidad (2011). Becaria Asistente Docente (2013-2014). Estuvo vinculada a la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá (2012) y a la ONG feminista *Corporación Sisma Mujer* (2011). Es autora del artículo *El avance de los estudios del derecho hacia la historia del tiempo presente* (2015) y coautora de *Re-Acción Popular, Activismo judicial y dinamismo ciudadano* (2012) y *Reforma a la justicia, Propuestas, críticas y perspectivas* (2009). Miembro del Grupo de Investigación CC - *Constitucionalismo Comparado* (desde 2013) y coordinadora administrativa del mismo en 2013 y 2014.

Correo electrónico: mpborjaa@unal.edu.co

Prof. Mg. María Rosalba Buitrago Guzmán

Profesora de la Universidad Nacional de Colombia, sede Bogotá, cátedras de Derecho de las Relaciones Laborales y Derecho Procesal Laboral Candidata a Doctor, Université Paris IX, École Doctorale de Dauphine, y Doctoranda en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia. Magíster en derecho de la Universidad Nacional de Colombia, sede Bogotá (2010). Especialista en derecho de la seguridad social de la Pontificia Universidad Javeriana (2007) y especialista en derecho del trabajo de la Universidad Nacional de Colombia (2008). Abogada de la misma universidad (2006). Magistrada auxiliar de la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia. Es autora de los artículos: *Entre lo bueno y lo justo* (2015), *El sistema interamericano de derechos humanos y el derecho social* (2015), *El nuevo derecho a la seguridad social del Acto Legislativo 01 de 2005 en Colombia* (2014), *Libération dans le travail versus libération du travail* (2013), *Análisis comparado de los inicios del constitucionalismo social* (2009), entre otros. Miembro del Grupo de Investigación CC - *Constitucionalismo Comparado* y co-líder de la línea de investigación número 4 *Constitucionalismo social y ambiental* (esfera social).

Correo electrónico: mrbuitragog@unal.edu.co

Prof. Dra. Irene Comins Mingol

Directora del *Instituto Interuniversitario de Desarrollo Social y Paz* de la Universidad Jaume I de Castellón (España) y profesora de filosofía en dicha *alma mater*. Doctorado

## INTRODUCCIÓN

*cum laude* (2003) y *Máster internacional en estudios para la paz y el desarrollo*, ambos de la misma Universidad (2001). Investiga y publica sobre filosofía para la paz, antropología filosófica, estudios de género, educación para la paz y epistemologías para la paz. Entre sus publicaciones destaca el libro *Filosofía del cuidar, Una propuesta coeducativa para la paz* (2009) y los artículos *De víctimas a sobrevivientes: la fuerza poética y resiliente del cuidar* (2015), *La ética del cuidado en sociedades globalizadas: hacia una ciudadanía cosmopolita* (2015) y *La Filosofía del Cuidado de la Tierra como Ecosofía* (2016).

Correo electrónico: cominsi@uji.es

### Prof. Dr. Francisco Jiménez Bautista

Profesor titular de antropología social e Investigador del Instituto de la Paz y los Conflictos de la Universidad de Granada, España. Doctorado en Humanidades de la Universidad española de Almería (2002). Experto de la escuela de Granada de la pazología española. Es autor de 14 libros, entre ellos *Colombia: un mosaico de conflictos y violencias para transformar* (2013), *Racionalidad pacífica, Una introducción a los estudios para la paz* (2011), *Saber pacífico: la paz neutra* (2009), además de 44 artículos y 78 capítulos de libro.

Correo electrónico: fjbautis@ugr.es

### Prof. Mg. David Ernesto Llinás Alfaro

Profesor de Teoría e Historia Constitucional, Derecho Constitucional Colombiano y Sistemas Jurídicos en la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia, sede Bogotá. Magister en Derecho (2012), especialista en Derecho Administrativo (2009) y Abogado de la misma Universidad (2007). Abogado litigante. Se ha desempeñado como consultor del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo en el Departamento Nacional de Planeación. Es autor del libro *Estado indiano, Estado responsable* (2013) y de artículos de investigación sobre *Recurso de agravios colonial en el Estado constitucional de Cundinamarca, 1814* (2016), *¿Derecho público multinacional y anti-constitucional?* (2015), *Anti-constitucionalismo y dictadura soberana* (2013), *Proto-constitucionalismo indiano* (2012) y coautor de *La transformación del concepto de ciudadanía dentro del paradigma bipolar weberiano* (2015). Miembro del Grupo de Investigación *CC - Constitucionalismo Comparado* y líder de la línea de investigación número 2 *El Estado moderno: teoría e historia*.

Correo electrónico: davidllinas@yahoo.es

### Prof. Dr. Bernd Marquardt

Profesor titular e investigador en la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia, sede Bogotá. Es fundador y director del Grupo de Investigación *CC - Constitucionalismo Comparado* e investigador señor en *Colciencias*. Doctorado *summa cum laude* en derecho (1999), postdoctorado (2000) y se-

gundo *Doctorado Superior* (la *Habilitation* centroeuropea, 2003) de la Universidad de Sankt Gallen en Suiza. Magister (*Staatsexamen*, 1995) y abogado de la Universidad de Göttingen en la República Federal Alemana. Ha enseñado, entre otros, en los programas de doctorado y maestría de las Universidades de Sankt Gallen en Suiza, Linz en Austria, Nacional de Colombia en Bogotá y Santo Tomás en Bogotá. Es experto en Derecho constitucional, Historia y teoría constitucional, Teoría del Estado, Historia del Derecho y Derecho ambiental. Tiene actualmente 165 publicaciones, con 21 libros completos, inclusive *Historia constitucional comparada de Iberoamérica* (2016), *Derechos humanos y fundamentales*, *Una historia del Derecho* (2015), los cuatro tomos de la *Historia mundial del Estado* (2012, 2013, 2014) y *La historia del Estado moderno en Asia y África del Norte* (2014).

Correo electrónico: b.marquardt@gmx.ch

Prof. Dr. Jairo Enrique Ordóñez Garzón

Profesor e investigador en periodismo y comunicaciones de la Universidad Santo Tomás en Bogotá. Doctorado en psicología social de la Universidad de Constanza, Alemania (2009) y postdoctorado en educación e interculturalidad de la Universidad de Santo Tomás (2014). Comunicador social (1999).

Correo electrónico: jairo\_e\_2000@yahoo.com

Prof. Dra. Aura Helena Peñas Felizzola

Profesora de derecho penal y criminología. Doctorado en sociología del Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro, Brasil (2010), maestría en sociología de la Universidad Nacional de Colombia (2006), especialización en derecho constitucional e instituciones políticas de la misma institución (2003), abogada (2000), con conocimientos en diseño y ejecución de políticas públicas (criminal, de género y enfoque diferencial); investigadora en temas de derecho penal especial, administración de justicia, discriminaciones y acciones afirmativas. Autora del libro *Génesis del sistema penal colombiano: utilitarismo y tradicionalismo en el código penal de 1837* (2006) y de los artículos *El delito político frente al derecho internacional humanitario* (2015) y *Utilitarismo y tradicionalismo en la legislación penal republicana: el código de 1837* (2006), entre otros. Miembro del Grupo de Investigación CC - *Constitucionalismo Comparado*.

Correo electrónico: aurahelena77@gmail.com

Camilo Ramírez Gutiérrez

Especialista en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la Universidad Nacional de Colombia, Abogado de la Universidad Jorge Tadeo Lozano de Bogotá. Con experiencia en el campo de los derechos humanos como abogado litigante en restitución de tierras con la Comisión Colombiana de Juristas, asesor del grupo de sistemas internacionales de protección de derechos humanos de la Unidad

## INTRODUCCIÓN

para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas del Conflicto Armado. Coordinador de investigación de crímenes internacionales ocasionados por actores armados en el marco del conflicto armado interno colombiano, para la Fiscalía General de la Nación. Miembro del Grupo de Investigación *CC - Constitucionalismo Comparado*.

Correo electrónico: [ancramirezgu@unal.edu.co](mailto:ancramirezgu@unal.edu.co)

### Mg. Adriana Rincón

Estudiante del doctorado *in Global Governance and Human Security*, Universidad de Massachusetts, Boston, EE.UU. *Master of Arts in Geography*, Universidad de Georgia, EE.UU. (2015). Abogada, becaria de la Universidad Jorge Tadeo Lozano, Bogotá (2009). Investigadora en temas de justicia transicional, geografía legal y conflicto armado colombiano. Investigadora en temas de justicia transicional, justicia de género, geografía legal y conflicto armado. Autora de los artículos *Del cese al fuego a la paz sostenible: desafíos contemporáneos de la Justicia Transicional* (2011), *Creating Reconciliation Scenarios: Challenges to the Law of Justice and Peace* (2009) y coautora de *Derechos Humanos y Facticidad: la implementación del estado de cosas inconstitucionales en Colombia* (2013).

Correo electrónico: [Adriana.RinconVil001@umb.edu](mailto:Adriana.RinconVil001@umb.edu)

### Prof. Mg. Eduardo Romero Rodríguez

Profesor de Derecho y Política Ambiental. Candidato a Doctor en Derecho de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia. Magister en Derecho (2014), Especialista en Derecho Público (1988) y Abogado (1987) de la misma institución. Terminó estudios de Maestría en Análisis de Problemas Políticos, Económicos e Internacionales Contemporáneos del Instituto de Altos Estudios para el Desarrollo (1992). Participó en la fundación del Ministerio del Ambiente en 1994 y fue asesor del mismo para el desarrollo de la Ley 99 de 1993. Es autor de los libros *Historia agraria en Colombia 1930-1945* (2016), *Desarrollo sostenible* (2012) y de los artículos *El principio del desarrollo sostenible en Colombia* (2015) y *Constitucionalización del principio de precaución en Colombia* (2014), entre otros. Miembro del Grupo de Investigación *CC - Constitucionalismo Comparado* y co-líder de la línea de investigación número 4 *Constitucionalismo social y ambiental* (esfera ambiental).

Correo electrónico: [eduardoromerorodriguez@gmail.com](mailto:eduardoromerorodriguez@gmail.com)

### Mg. Juan Fernando Romero Tobón

Magíster en derecho de la Universidad Nacional de Colombia (2013). Especialista en derecho económico de la Universidad Católica de Lovaina en Bélgica (1995). Abogado de la Universidad de los Andes (1990) y antropólogo de la Universidad Nacional de Colombia (1994). Trabaja para el Ministerio de Salud y Protección Social. Autor del libro *Huelga y Servicio Público en Colombia* (1992) y de varios libros de poesía. Ha publicado el libro *Las acciones públicas de inconstitucionalidad en Colombia* (2016) y varios artícu-

los de investigación sobre *La puerta alterna de las acciones de inconstitucionalidad* (2015), *Las constituciones de Bolivia y Colombia y las acciones de defensa* (2015) y *Constitucionalismo social en América Latina* (2013) así como en las revistas *Pensamiento Jurídico*, *Trabajo y Derecho*, *Espacio Crítico*, *Planeación y Desarrollo*, *Sindéresis*, entre otros. Miembro del Grupo de Investigación *CC - Constitucionalismo Comparado* y líder de la línea de investigación número 6 *Justicia constitucional*.

Correo electrónico: [jfromerot@hotmail.com](mailto:jfromerot@hotmail.com)

#### Prof. Dra. Amy Ross

Profesora asociada en el programa de geografía de la Universidad de Georgia, EE.UU. Investigadora del *Institute of Women's Studies* y al *Latin American and Caribbean Studies Institute* en la misma universidad. *PhD in Geography* de la Universidad de California, Berkeley, EE.UU. (1999). Experta en temas de justicia internacional, geografía de los derechos humanos y mecanismos de justicia transicional, con varias publicaciones en revistas como *The Professional Geographer*, *Political Geography*, *Peace Studies* y *The International Journal of Transitional Justice*.

Correo electrónico: [rossamy@uga.edu](mailto:rossamy@uga.edu)

#### Prof. Dra. Natalia Ruíz Morato

Profesora e investigadora de la Universidad de la Salle, sede Bogotá. Doctorado en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia (2015). *Master of Arts in International Development* de Korea University (2008), Especialista en Derecho Económico (2005) y Abogada de la Universidad Nacional de Colombia (2004). Se ha desempeñado como consultora de entidades públicas y privadas en temas de Desarrollo y Derecho. Catedrática en varias Universidades de Colombia. Es autora de los artículos *El derecho al desarrollo y su necesidad de incorporación en el sistema jurídico colombiano* (2015), *Encuentros y desencuentros de un pluralismo jurídico en Colombia* (2015), *El dilema internacional sobre los refugiados de Corea del Norte* (2013), *El modelo chino de la estatalidad de derecho* (2012), entre otros. Miembro del Grupo de Investigación *CC - Constitucionalismo Comparado* y líder de la línea de investigación número 7 *La constitucionalización del sistema internacional y de las culturas no occidentales*.

Correo electrónico: [ruiznatalia@gmail.com](mailto:ruiznatalia@gmail.com)

#### Prof. Dra. Mariela Sánchez Cardona

Profesora e investigadora de la Facultad de Derecho, Universidad Santo Tomás, sede Bogotá. *Doctorado en Estudios de Paz, Conflicto y Desarrollo* de la Universidad Jaume I, Castellón, España (2012). *International Master in Peace, Conflict and development Studies* de la misma universidad (2007). Psicóloga de la Universidad San Buenaventura, Medellín (1989). Es autora del libro *Educación para la cultura de paz, Una aproximación psicopedagógica* (2015) y de los artículos *Potencialidades de las generaciones jóvenes en el fortalecimiento del dere-*



## INTRODUCCIÓN

*cho humano a la paz* (2015), *El papel de la Universidad en la deconstrucción de la violencia cultural: Aportes de las ciencias jurídicas* (2015), *El valor de la Paz en la formación jurídica* (2013), *Problemáticas socioculturales en la realización de la paz en Colombia* (2012), *Empoderamiento y responsabilidad de la Cultura para la Paz a través de la educación* (2012), entre otros. Miembro del Grupo de Investigación CC - *Constitucionalismo Comparado* y líder de la línea de investigación número 5 *Constitucionalismo y paz*. Además, hace parte del *Grupo de investigación socio humanista del derecho* de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, donde dirige la línea de investigación *Derecho y Paz*.

Correo electrónico: marielasanchez@usantotomas.edu.co

**Dra. María Martina Sánchez Triana**

Doctorado en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia (2016). Magister en derecho de la Universidad Nacional de Colombia, especialista en Instituciones Jurídico-Penales de la misma universidad, especialista en derecho procesal de la Universidad del Rosario, abogada de la Universidad Libre en Bogotá. Es autora de los artículos *La vigencia del delito político en Colombia* (2015), *Delito Político, Elementos para una fundamentación ius-filosófica en Colombia* (2013) y *El Tratamiento del delito político en Colombia, Un legado de su tradición jurídica* (2010). Magistrada auxiliar de la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Miembro del Grupo de Investigación CC - *Constitucionalismo Comparado*.

Correo electrónico: smariamartinas@hotmail.com

**Paula Silva Rodríguez**

Especialista en Gestión Pública e Instituciones Administrativas de la Universidad de los Andes en Bogotá, Abogada de la Universidad Jorge Tadeo Lozano en la misma ciudad. Tiene experiencia práctica e investigativa en temas de derechos humanos y derecho constitucional, ha sido asesora del Grupo de sistemas internacionales de protección de derechos humanos en la Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas. Actualmente, es funcionaria de la Fiscalía General de la Nación en la Dirección de Estrategia en Asuntos Constitucionales.

Correo electrónico: pj.silva10@uniandes.edu.co

**Prof. Dr. David Valencia Villamizar**

Profesor e investigador de la Facultad de Derecho, Universidad Santo Tomás. Doctorado en historia de la Universidad Nacional de Colombia (2013) y maestría en historia de la misma universidad (2007). Abogado (2001). Es autor del libro *Tempus ex Machina* (2015) y de los artículos *Los imaginarios del Estado y la cultura de la paz* (2015) y *El cine es un virus que parasita el derecho* (2014), entre otros. Miembro del Grupo de Investigación CC - *Constitucionalismo Comparado*.

Correo electrónico: davidvalencia@usantotomas.edu.co

En cuanto al acompañamiento de la elaboración de este libro, el director de *CC - Constitucionalismo Comparado* y la directora de la línea de investigación *Constitucionalismo y Paz*, quieren expresar su agradecimiento a los asistentes del grupo y estudiantes CARLOS ANDRÉS PÉREZ GARZÓN y LAURA MARÍA POVEDA CHICUAZUQUE de la Universidad Nacional de Colombia, sede Bogotá. Aparte de ellos, el estudiante JUAN DANIEL FORERO MORA y los autores AURA HELENA PEÑAS FELIZZOLA y JUAN FERNANDO ROMERO TOBÓN han participado en la corrección de estilo. De igual forma, expresamos nuestro reconocimiento y aprecio para el apoyo institucional y material de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia y de su Vicedecanatura de Investigación como precondition de las respectivas investigaciones. En relación con el proceso editorial, dirigimos nuestro agradecimiento especial al editor GUSTAVO IBÁÑEZ por su excelente trabajo.

Bogotá, 2º semestre de 2016

Prof. Dr. BERND MARQUARDT  
Director del Grupo de Investigación  
*CC - Constitucionalismo Comparado*

Prof. Dra. MARIELA I. SANCHEZ CARDONA  
Directora de la línea de investigación  
*Constitucionalismo y Paz*

## CAPÍTULO II

# LA PAZ O LA GUERRA MEDIANTE EL DERECHO

## O DE CÓMO EL DERECHO ES UNA HERRAMIENTA PARA CONSTRUIR PAZ<sup>1</sup>

DAVID ERNESTO LLINÁS ALFARO

Afortunados los que se esfuerzan por conseguir la paz,  
porque ellos serán llamados hijos de Dios  
*Mateo 5,9, PDT*

### 1. UNA BREVE INTRODUCCIÓN

Este breve artículo tiene un simple propósito: tratar de ratificar, con alguna disquisición teórica e histórica sobre la naturaleza pacífica del Derecho en la modernidad, lo que dijera FRANCISCO CARNELUTTI en *Cómo nace el Derecho*: “lo que pone fin a la guerra es el *pactum*; y la raíz de pacto es *pax*. Otra palabra expresiva es la de contrato, que quiere decir en el fondo lo mismo: poniendo fin a la guerra, los hombres, en vez de estar el uno contra el otro, tratan de estar juntos”<sup>2</sup>.

Para tal propósito, el escrito se divide en dos cortas partes: en la primera, se aborda una de las teorías jurídicas que conciben al Derecho como un instrumento capaz de lograr emancipaciones sociales, pero que parten de la idea de que también surge como la institucionalización, si se quiere, civilización de la guerra: una guerra sin muertos o, al menos, sin violencia. Esta postura señala que el Derecho no simplemente reemplaza la guerra, sino que la guerra se torna en Derecho, a través de sus reglas y sus normas.

---

<sup>1</sup> A Colombia, ese proyecto que se imaginó MIRANDA y que intentó practicarlo BOLÍVAR, y que ahora es un proyecto de república que todavía no ha acabado, porque no se ha creído en la paz, porque no ha habido paz.

<sup>2</sup> FRANCESCO CARNELUTTI, *Cómo nace el Derecho*, Bogotá, Ed. Leyer, 2008 (título original en italiano: *Come nasce il Diritto*, Torino, ERF0', Radiotelevisione Italiana, 1954).

En la segunda parte, se planteará cómo el Derecho de la dominación hispana en América, que convencionalmente se ha denominado *Derecho Indiano*, es el producto de una concepción del Derecho con la cual se buscó restringir al máximo la posibilidad política de la guerra, en el que los súbditos de la Corona tenían el derecho de batallar, jurídicamente, contra cualquier abusador.

Se concluirá, finalmente, que el Derecho es un *espacio* dentro de cuyas fronteras sí se efectúan batallas, pero que esa cualidad de lo jurídico sirve, o tiene por propósito, de garantizar la paz social.

## 2. ¿LA GUERRA MEDIANTE EL DERECHO?

El Derecho es, ante todo, una estrategia social para vivir en paz; reemplaza la guerra, o la institucionaliza, pues en lugar de la beligerancia con las armas se instaura un proceso, sometido a reglas, términos, sentencias. El Derecho pasa a ser así un *campo de batalla*<sup>3</sup>, y las tácticas de la guerra, la estrategia en sí misma, se transforma en litigio, argumentación y, muchas veces, en retórica. El Derecho es, entonces, una “guerra reglamentada”. Esta es la tesis planteada por el jurista peruano FERNANDO DE TRAZEGNÍES GRANDA en *Ciriaco de Urtecho, Litigante por Amor*, un bonito libro que recoge un caso ordinario y, al mismo tiempo, extraordinario, sucedido en las postrimerías del Perú virreinal, en el año de 1782, apenas dos años después de la sublevación comandada por JOSÉ GABRIEL CONDORCANQUI, conocido por la historia como TÚPAC AMARU II.

Era un caso ordinario porque, como el mismo autor lo menciona en la introducción a su texto, en la época en que transcurre y hasta tres décadas después, era bastante común que los esclavos acudieran a la vía judicial para, si no conseguir la libertad, al menos mermar las condiciones de su cautiverio y su cosificación, solicitando a los jueces que fueran vendidos a otros dueños porque se veían duramente maltratados por sus actuales propietarios<sup>4</sup>. Pero extraordinario también, porque el objetivo del protagonista del libro —o mejor, de aquel caso—, un español pobre y venido a menos,

---

<sup>3</sup> Comp. también la teoría, postulada en 1872 por el jurista alemán y filósofo del derecho RUDOLF VON JHERING, *La lucha por el derecho*, ed. por BIBLIOTECA VIRTUAL ANTORCHA, [http://www.antorcha.net/biblioteca\\_virtual/derecho/lucha/indice.html](http://www.antorcha.net/biblioteca_virtual/derecho/lucha/indice.html) (1.8.2016): “La finalidad del derecho es la paz, el medio para ello es la lucha. [...] Todo derecho en el mundo ha sido logrado por la lucha”. Título original en alemán: *Der Kampf ums Recht*, Viena, Manz, 1872. Comentario en castellano: RODRIGO UPRIMNY, “La lucha por el derecho”, en periódico *El Espectador*, de 4 de enero de 2014, <http://www.elespectador.com/opinion/lucha-el-derecho-columna-466920> (1.8.2016).

<sup>4</sup> FERNANDO DE TRAZEGNÍES GRANDA, *Ciriaco de Urtecho, Litigante por Amor*, 3ª ed., Lima, Pontificia Universidad Católica, 1995, pág. 13. Es una verdadera lástima que, en aras de la lectura fácil, el autor haya actualizado la ortografía y sintaxis de las fuentes primarias.

era pedirle al juez la libertad de una esclava mulata, porque “se da el caso, Su Señoría, que ésta esclava es mi mujer”:

“Que con motivo de este Matrimonio me he hallado constituido en la obligación de vivir con mi Mujer sujetándome a la misma Esclavitud de ésta, pero conociendo yo lo gravoso de esto, mayormente a un hombre que por su naturaleza es libre y nació con ese privilegio, determiné separarme por algún tiempo y sujetarme a las miserias del Cerro Minero de Hualgayoc a fin de solicitar el Valor de dicha mi Mujer; así me he mantenido trabajando con las mayores indigencias que son decibles, sólo a fin de conseguir la libertad de mi Mujer y, por consiguiente, la mía”<sup>5</sup>.

El caso de *Ciriaco de Urtecho*, y su litigio para levantar el peso de la esclavitud que recae sobre su esposa, le va a servir al autor para postular que el Derecho no es un simple instrumento de opresión de una clase social sobre otra, sino un lugar, un “espacio” en el que suceden cosas, y como tal, no es el resultado del poder sino una de las etapas en las que se forma y se cuestiona el poder<sup>6</sup>. Y no es –por lo menos no únicamente– la mecánica de manutención del *status quo* de las relaciones sociales de producción por la simple y llana razón de que si el Derecho fuera solo eso, no habría sido posible siquiera solicitar la supresión de la esclavitud de una persona –y menos ganar la demanda<sup>7</sup>–, siendo la esclavitud una parte esencial dentro del andamiaje productivo y dentro de la división social del trabajo en aquella época, en la cual, además, no existía la misma noción que existe ahora sobre la propiedad privada de un medio de producción (aunque un esclavo es precisamente eso, un eslabón importante dentro de la cadena productiva)<sup>8</sup>.

El hecho de que el caso que desarrolla el libro sea ordinario es lo más interesante desde un punto de vista histórico, porque esa batalla jurídica para desprenderse de la peor alienación humana no es un evento aislado en un mundo caracterizado por considerar necesaria (no normal, ni buena) la esclavitud para sostener la economía del Estado. Y si los esclavos, apenas reconocidos como seres humanos, son capaces de hacer valer algún mínimo derecho ante las autoridades judiciales, qué no podrán hacer

---

<sup>5</sup> TRAZEGNÍES GRANDA, *Ciriaco de Urtecho*, *op. cit.*, pág. 28.

<sup>6</sup> TRAZEGNÍES GRANDA, *Ciriaco de Urtecho*, *op. cit.*, pág. 81.

<sup>7</sup> Incluso, en la sentencia se va más allá de la solicitud original de *Ciriaco*, porque no se ordena simplemente la venta de la esclava a su marido, sino que se ordena su liberación.

<sup>8</sup> El autor reconoce, de todas formas, que la esclavitud del mundo hispánico en América no era tan agobiante como la esclavitud del mundo antiguo, porque la cosificación, entendida como la transformación del ser humano en una cosa, no implicó la pérdida de la noción de humanidad sobre los esclavos. Sobre este tema concreto, se recomienda ver una reciente presentación que hace el autor sobre su libro, disponible en [https://www.youtube.com/watch?v=oxQrsd\\_M6k0](https://www.youtube.com/watch?v=oxQrsd_M6k0) (1.8.2016).

los hombres libres que, aunque pobres, tienen garantías reconocidas por el Derecho que se produce y procura desde el otro lado del océano<sup>9</sup>.

El libro de FERNANDO DE TRAZEGNÍES es publicado originalmente en 1981, y la tesis allí contenida es utilizada, con posterioridad, por el jurista colombiano HERNANDO VALENCIA VILLA para desarrollar su particular visión de la historia constitucional colombiana, en la cual las constituciones políticas son, o fueron, *Cartas de Batalla* (1987 fue el año de su primera edición)<sup>10</sup>. Algunas lecturas sobre la obra de VALENCIA VILLA suelen detenerse en el hecho de que, aparentemente y según el autor, las Cartas constitucionales son meras constataciones de la voluntad política del vencedor de una guerra, más que documentos jurídicos y políticos con un poder normativo concreto; y esa perspectiva del Derecho, sobre todo del Derecho constitucional, choca frontalmente con la idea del Derecho como discurso de paz<sup>11</sup>.

Y la crítica es bastante acertada: no es posible concebir al Derecho constitucional como el producto de la imposición política de quien gana una guerra (y la capitulación de quien la pierde), y al mismo tiempo pretender que el constitucional es un discurso esencialmente pacífico y tolerante. Pensar aquello conllevaría una visión anticonstitucional del mejor aspecto político y jurídico que nos legó la ilustración, pues supone pensar que la Constitución es más un orden concreto, una imposición soberana de quien puede definir qué es la paz y la guerra, el amigo y el enemigo y, en fin, que es el designio de quien es capaz de definir un estado de excepción<sup>12</sup>. Lo que pasa, al pare-

---

<sup>9</sup> Esa fue la idea que se trató de transmitir con un texto que el autor de este artículo publicó en el seno del Grupo de Investigación *CC - Constitucionalismo Comparado* hace un par de años, a saber: DAVID E. LLINÁS ALFARO, “Proto-constitucionalismo indiano, La responsabilidad de la Corona y el poder de los súbditos de batallar contra el Estado”, en BERND MARQUARDT (Ed.), *Constitucionalismo científico, Dinámicas globales y locales*, Bogotá, Ed. Temis, 2012, págs. 285-332.

<sup>10</sup> HERNANDO VALENCIA VILLA, *Cartas de batalla, Una crítica del constitucionalismo colombiano*, 3ª ed., Bogotá, Panamericana Ed., 2010, pág. 49.

<sup>11</sup> Ver, por ejemplo, a BERND MARQUARDT, *Historia constitucional comparada de Iberoamérica, Las seis fases desde la revolución de 1810 hasta la transnacionalización del siglo XXI*, Bogotá, Ed. Ibáñez, 2016, pág. 47; JOSÉ MANUEL SUÁREZ DELGADO, “El Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, Derechos sociales y agenda ideológica crítica, Algunas implicaciones”, en BERND MARQUARDT (Ed.), *El Estado constitucional de los valores, Anuario V de Constitucionalismo Comparado*, Bogotá, Ed. Ibáñez, 2015, págs. 265-323, 316; ALFREDO VÁZQUEZ CARRIZOSA, “Reseña de H. Valencia Villa, Cartas de batalla, 1987”, en revista *Análisis Político*, núm. 3, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 1988, págs. 181-184; MELBA LUZ CALLE MEZA, *Constitución y guerra en Colombia*, Bogotá, Ed. Ibáñez, 2014, págs. 96 y ss.

<sup>12</sup> Obviamente, se hace referencia acá al brillante, pero siempre oportunista y anticonstitucional, CARL SCHMITT, “El concepto de lo político” (1932), en ID., *Teólogo de la política*, México, Fondo de Cultura Económica, 2004 (título original en alemán: *Der Begriff des Politischen*, Múnich, Duncker & Humblot, 1932, primera versión de 1927); del mismo autor, ver también ID., “Teología política” (1934), en ID., *Teólogo de la Política, op. cit.* (título original en alemán: *Politische Theologie, Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, 2ª ed., Berlín, Duncker & Humblot, 1934, 1ª ed. de 1922).

cer, es que las dos partes<sup>13</sup> que componen el libro de VALENCIA VILLA están disociadas entre sí.

En la primera parte del libro se encuentra todo el marco teórico y conceptual que le sirve al autor, inspirándose en su propia forma de entender la *microfísica del poder* de MICHEL FOUCAULT (1926-1984)<sup>14</sup>, así como en la cautivadora historia de *Ciriaco de Urtecho*<sup>15</sup>, para llegar a la idea de que el Derecho, y sobre todo el constitucional, es un *espacio* en el que se desarrollan batallas cuyos participantes provienen de las diferentes capas y estamentos en que está dividida la sociedad; y que si tal imaginario sobre lo jurídico es correcto, de la mayor importancia resulta el estudio de la jurisprudencia, de las decisiones judiciales, porque allí es donde se encuentra quiénes ganan y quiénes pierden esas batallas, si se quiere, virtuales<sup>16</sup> y al mismo tiempo reales. Es por eso que el autor habla del Derecho como *guerra ritual*<sup>17</sup>. En esta primera parte, VALENCIA VILLA parece replicar el raciocinio de FERNANDO DE TRAZEGNÍES, quien afirma que el Derecho:

“[n]o puede ser concebido como el festín de los vencedores, como el acta de capitulación que se redacta dentro del clima de paz que sucede a la victoria; por el contrario, el Derecho es la batalla misma, una batalla que no termina nunca. Es verdad que en tal batalla hay unos ejércitos más poderosos que otros; pero todos desaparecen, en todos los bandos hay victorias tácticas, muertos y heridos, los proyectiles cruzan en todas las direcciones”<sup>18</sup>.

<sup>13</sup> La última edición del libro, de 2010, cuenta con cuatro partes. No obstante, en este artículo se considera que el libro tiene realmente dos partes: un marco teórico (que se compone, a su vez, de “la gramática de la guerra” y de “la formación del Estado nacional”), y el intento de aplicación de tal marco (compuesta por “las guerras constitucionales” y las consideraciones sobre “la constitución de 1991”).

<sup>14</sup> Comp. MICHEL FOUCAULT, *Vigilar y castigar, Nacimiento de la prisión*, 2ª ed., 2ª reimpr., México, Siglo XXI Eds., 2013 (título original en francés: *Surveiller et punir, Naissance de la prison*, París, Gallimard, 1975).

<sup>15</sup> El marco teórico de ambos autores es el mismo: una relectura de la *microfísica del poder* de MICHEL FOUCAULT, en la que el Derecho deja de ser una herramienta de dominación, para pasar a ser, incluso, una herramienta de emancipación. Véase TRAZEGNÍES GRANDA, *Ciriaco de Urtecho*, *op. cit.*, págs. 81 y s.

<sup>16</sup> Ninguno de los dos autores aludidos acude a la expresión guerra virtual, pero, como se ha dicho, VALENCIA VILLA acude más a la *Guerra Ritual* para desarrollar completamente su tesis. Ver especialmente el capítulo II de la obra, a partir de la pág. 43. Comp. también, HERNANDO VALENCIA VILLA, “De las guerras constitucionales en Colombia, Capítulo LXVIII, Un informe sobre la reforma Barco”, en revista *Análisis Político*, núm. 6, Bogotá, Ed. Universidad Nacional de Colombia, 1989, págs. 96-119.

<sup>17</sup> VALENCIA VILLA, *De las guerras constitucionales en Colombia*, *op. cit.*

<sup>18</sup> TRAZEGNÍES GRANDA, *Ciriaco de Urtecho*, *op. cit.*, pág. 81. Ver también, en similar sentido, a VALENCIA VILLA, *Cartas de batalla*, *op. cit.*, pág. 49.

No es completamente acertado, por tanto, acusar a VALENCIA VILLA de dislocar el propósito de paz que históricamente tiene el Derecho. Más bien, lo que puede entenderse de su obra es que, paralelamente a la naturaleza conflictual del ser humano, el Derecho en sí tiene el efecto social de tender al reemplazo de los muertos por los alejados; que es mejor, e infinitamente mucho más útil socialmente hablando, *hacer la guerra* acudiendo al ingenio y a la argumentación, que destrozarnos la vida con balas y morteros; acudir a la civilidad del Derecho en lugar de solucionar los conflictos con uso de la barbarie. Es decir, que el juicio según el cual textos como *Cartas de Batalla* parten de una concepción guerrerista del Derecho es incompleto. Habría que decir, más bien que, para estos autores, el Derecho es, cuando menos, otra forma más de hacer la guerra, pero que se trata de una ‘guerra reglamentada’, que no excluye el belicismo humano, pero sí se expande hasta sobreponérsele.

Así, cuando VALENCIA VILLA dice que “en este orden de ideas, debe decirse que no es propósito del Derecho hacer la paz o cosa parecida”<sup>19</sup>, no está jugando a decir que la guerra decide el sentido del Derecho; está, en realidad, afirmando que “su finalidad [la del Derecho] es canalizar la energía agresiva y competitiva de la especie [humana] para extraer de su ejercicio controlado ciertos efectos de poder y de saber”<sup>20</sup>.

Por eso el Derecho –según TRAZEGNÍES y VALENCIA VILLA– es un espacio, un lugar en donde sucede una cosa concreta llamada *litigio*, como ámbito en el que compiten por ganar, siguiendo las reglas del proceso, los múltiples niveles del poder –con intereses económicos, jurídicos y sociales contrapuestos– difuminado en la comunidad política, a través del cual, finalmente, se pueden transformar las estructuras económicas, lograr conquistas sociales, y alterar la intemporalidad del poder hegemónico. Dice FERNANDO DE TRAZEGNÍES, al respecto, que:

“El Derecho no puede entonces ser concebido como un juego de espejos que reproducen hasta el infinito la Gran Dominación: no se trata de que, detrás de las «formas terminales del poder» (contratos, juicios, *etc.*), exista un enfrentamiento primigenio definitivamente resuelto entre bastidores (al menos para una época histórica), cuyos resultados son repetidos minuciosamente en cascada a través de todas las relaciones sociales. Esto supondría que tal enfrentamiento da lugar a un Gran Ganador que impone vertical y mecánicamente sus dictados y cuyo brazo armado es el Derecho. Por el contrario, desde la perspectiva que hemos adoptado en este trabajo, el Derecho se presenta como un conjunto de campos de batalla a diferentes niveles, como una multiplicidad de relaciones de fuerzas, cada una de las cuales tiene pedestales móviles, locales e inestables. El poder está siempre presente en el Derecho; pero no el Poder con mayúscula, no el Poder bajo la forma de una unidad primigenia de dominación, sino como algo que se está produciendo a cada instante, en todos los

<sup>19</sup> VALENCIA VILLA, *Cartas de batalla*, *op. cit.*, pág. 49.

<sup>20</sup> VALENCIA VILLA, *Cartas de batalla*, *op. cit.*, pág. 49.



puntos del medio social: el Derecho entendido de esta manera está siempre en ebullición, es un campo burbujeante donde continuamente nacen y desaparecen esferas del poder”<sup>21</sup>.

Y, traduciendo tal concepción ‘dinámica’ del Derecho al mundo constitucional colombiano, VALENCIA VILLA arguye que:

“el litigio cotidiano ha de tramitarse y decidirse según ciertas reglas, formalidades y tradiciones que no aseguran un resultado único, ni reproducen simplemente la dominación de clase, sino que ofrecen terrenos de despliegue y repliegue y armas de ataque y defensa a los diversos actores sociales por manera que los desplazamientos y replanteamientos en las jerarquías políticas vigentes siempre forman parte del plan de batalla de cada día. Tales estrategias y tácticas configuran una gramática de la guerra, la gramática de la guerra que es la sociedad”<sup>22</sup>.

El gran problema con la obra de VALENCIA VILLA está, entonces, en la segunda parte de su libro, que es además la más leída y citada. El asunto concreto es que la lectura de esa segunda parte expone explícitamente una tesis parecida, pero no igual, a la de la primera parte, en el sentido de que ya al final, queda claro que las diferentes constituciones colombianas, así como sus reformas, son para él apenas el reflejo jurídico de los intereses políticos de quienes ganaron las batallas reales, como si olvidara que en el Derecho las batallas se surten a través de la argumentación y del ejercicio interpretativo. Pero sobre todo porque su historia constitucional se margina al protagonismo de la clase política dirigente, de cómo Fulano y Sutano acudieron a las lagunas normativas para imponer su propia interpretación de la Constitución y la Ley, o de cómo los textos constitucionales eran (o son) el programa de gobierno de uno u otro partido político, o de facciones y frondas ideológicas; pero margina por completo la posibilidad de desentrañar cuál fue la historia constitucional de las diversas capas de la sociedad, en ese solaz foucaulteano del poder difuso que se encuentra por doquier, que es parte esencial del ya expuesto marco teórico.

A continuación, acudiendo al mismo tipo de percepción del Derecho que la plasmada por FERNANDO DE TRAZEGNÍES, pero considerando que aquel no es solo un campo donde se realizan batallas, sino que su finalidad es que *todas* las batallas se libren dentro de sus límites y fronteras, y que su objeto es proscribir de la Tierra el ejercicio de la guerra, se presenta una visión *natural*, previa a la Ilustración, de un Derecho religioso fundado en la idea de controlar a la autoridad política, en la que gente común puede poner cercos y amedrentar a quien ejerce el poder (no solo institucional, sino cualquier tipo de poder), y que facilitó en última instancia a *Ciriaco de Urtecho*, y a per-

<sup>21</sup> TRAZEGNÍES GRANDA, *Ciriaco de Urtecho*, *op. cit.*, pág. 162. Nótese lo parecido que se lee esto con lo que ahora se denomina “litigio estructural”.

<sup>22</sup> VALENCIA VILLA, *Cartas de batalla*, *op. cit.*, pág. 50.

sonas como él, litigar contra un sistema económico estamental fundado en la explotación del hombre por el hombre.

### 3. ¿ESTADO DE LA PAZ INDIANA?

#### A) LA PAZ COMO PRESUPUESTO DEL ESTADO INDIANO

En la Europa medieval, la organización del poder público se sustentaba alrededor de la fortaleza militar de los segmentos políticos, y por tal razón cada uno de ellos tenía un alto nivel de autonomía respecto del poder monárquico. Cada señorío feudal tenía el derecho a hacer la guerra, precisamente como instrumento jurídico para defender tal o cual privilegio de sus vecinos o del mismo monarca<sup>23</sup>. Para el siglo XVI, no obstante, la reorganización del *ius ad bellum* supuso que el Estado en sí mismo se reinventara, de manera que, si bien las autonomías territoriales de los segmentos siguieron existiendo hasta la irrupción de la ilustración y del constitucionalismo, la guerra como instrumento jurídico fue reemplazada por tribunales y cortes de justicia. Los campos de batallas fueron sustituidos por las demandas, las pruebas, los alegatos y las sentencias, o en una palabra, por *el proceso*; y a cada segmento se le dio alguna participación política en las asambleas estamentales<sup>24</sup>. A esta reorganización esencial del Estado, el profesor BERND MARQUARDT la ha denominado *Estado judicial de la paz interna*<sup>25</sup>.

En la América española la situación fue bien diferente: no hubo segmentos políticos (aunque sí autonomías rurales), y por tanto no se recrearon las asambleas estamentales que ya existían en Europa. Pero como los virreinos y provincias fueron creados sobre reinos y proto-Estados que ya existían, que tenían una entidad política definida, y que estaban situadas al otro lado del mundo, era apenas lógico que cada autoridad colonial puesta por los reyes para gobernarlas tuviera un alto nivel de autonomía respecto de la metrópoli; autonomía que de no vigilarse podría derivar en episodios como la insurrección de LOPE DE AGUIRRE (1511/1515-1561)<sup>26</sup> o la rebelión de GONZALO PIZARRO (1510-1548).

<sup>23</sup> BERND MARQUARDT, *Historia mundial del Estado*, tomo 1, *Sociedades preestatales y Reinos dinásticos*, Bogotá, Ed. Temis, 2012, págs. 173 y ss.

<sup>24</sup> Esta historia, en detalle, es reconstruida por BERND MARQUARDT, *Historia mundial del Estado*, tomo 2, *El Estado judicial de la paz interna en Europa (siglos XVI-XVIII)*, Bogotá, Ed. Temis, 2013, págs. 29-112.

<sup>25</sup> MARQUARDT, *Historia mundial del Estado*, tomo 2, *El Estado judicial de la paz interna en Europa (siglos XVI-XVIII)*, *op. cit.*, título.

<sup>26</sup> Comp. INGRID GALSTER, *Aguirre o La posterioridad arbitraria*, Bogotá, Universidades del Rosario & Javeriana, 2011 (título original en alemán: *Aguirre oder die Willkür der Nachwelt*, Fráncfort del Meno, Vervuert, 1996).

El *Derecho Indiano*, y muy concretamente las instituciones procesales como la suplicación, los juicios de residencia, las visitas, el recurso de amparo, y el recurso de agravios o de apelación, tenía entonces un doble objeto: poner límites a la autonomía de las autoridades impuestas por la Corona y evitar los abusos que en virtud de tal autonomía pudiesen cometer tales autoridades contra los súbditos del rey, sean españoles o indígenas. En otros términos: el Derecho fue utilizado como un medio de control de las autoridades por parte de la Corona, y consecuencia de esto, como instrumento de garantía de derechos, fueros y privilegios. Todo con la idea de mantener la paz: una paz diseñada e implementada desde las altas esferas del poder, pero instrumentalizada por los litigantes usuales en el Nuevo Mundo, que eran, generalmente, los desposeídos y subordinados<sup>27</sup>.

Así pues, el objetivo último de los diversos medios de control<sup>28</sup> sobre las actividades del Estado hispano en América no era solamente evitar las crueldades hechas por los virreyes, gobernadores y demás autoridades sobre la población, sino garantizar la paz mediante la posibilidad de que una autoridad esencialmente jurisdiccional (las *Reales Audiencias*) controlara a otra eminentemente gubernativa. Se comprobó que permitirles a los súbditos la defensa de sus intereses a través de recursos jurisdiccionales, era especialmente eficaz para mantener un equilibrio entre las distintas autoridades. La garantía de los derechos, fueros y privilegios de los destinatarios del poder político era una bonita consecuencia de esta forma bipolar de organizar al Estado. Por eso, aunque *sui generis*, el Estado que se llegó a realizar en América fue también un *Estado judicial de la paz interna*, creado con el propósito de consolidar el poder español y, al tiempo, evitar cualquier posibilidad de guerra civil.

Sin embargo, esa consecuencia humanista de la tentativa monárquica de mantener sujetas a sus autoridades en otro continente, sirvió también para soportar la validez de las instituciones jurídicas españolas, y para legitimar políticamente a la Corona entre la población. En este sentido, no es de sorprender que cuando se anunciaba la creación de las *Reales Audiencias* en América se hiciera mención a la necesidad de proscribir todo tipo de crueldades y despotismos por parte de virreyes, gobernadores y capitanes generales. Es por esta razón que la creación de algunas de aquellas audiencias involucraba la intención de garantizar a los vecinos de las provincias la posibilidad de enta-

---

<sup>27</sup> Esta idea se publicó en DAVID E. LLINÁS ALFARO, *Estado indiano, Estado responsable*, Bogotá, Ed. Ibáñez, 2013.

<sup>28</sup> Sobre este asunto hay ya una bibliografía consolidada. Ver, por ejemplo, a BERND MARQUARDT, *Historia mundial del Estado*, tomo 3, *El Estado de la modernidad temprana en Asia, África y las Américas*, Bogotá, Ed. Temis, 2014, págs. 175-196; MIGUEL MALAGÓN PINZÓN, *Vivir en policía, Una contralectura de los orígenes del derecho administrativo colombiano*, Bogotá, Ed. Universidad Externado de Colombia, págs. 177 y ss; ÍD, *Los modelos de control administrativo en Colombia (1811-2011)*, Bogotá, Ed. Universidad de los Andes, 2012, todo el libro.

blar pleitos contra sus autoridades<sup>29</sup>. GARCÍA GALLO menciona que este control judicial de los actos de los gobernantes es el que había dado lugar a la creación de las Audiencias de Panamá y de Chile en 1636 y 1565, respectivamente, con la idea de evitar “las crueldades que hay y han hecho los gobernadores”<sup>30</sup>.

Ahora bien, y precisamente por lo anterior, la llamada Legislación de Indias también puede ser entendida como el intento de implementar, a nivel judicial y administrativo, una suerte de utopía nunca realizada en Europa. La gente en América sirvió pues, para la experimentación social desde el centro de poder, relativa a la creación de un sistema estatal que, dada su concepción, habría sido inviable en el viejo continente<sup>31</sup>, ya que prescindía del elemento segmentario y se alejaba de la idea de la guerra como el motor principal de la máquina llamada Derecho. Con todo, tampoco puede entenderse al *Derecho Indiano*, ni al Estado que le correspondió, como un ejemplo de organización social carente de explotación humana. Todo lo contrario, porque la utopía nunca llegaría a realizarse por dos razones: la primera, que el expedicionario europeo, en busca de riquezas y poder, podía explotar al aborigen en provecho propio casi indistintamente de la forma jurídica que revistiese su dominio sobre él (esclavo, naboría, encomendado). La libertad indígena, y luego la libertad de los esclavos que venían de África, pugnó con los intereses económicos y sociales del europeo, conquistador o encomendero<sup>32</sup>; y la segunda, que deriva de la anterior, es que los intereses sociales y económicos de los exploradores europeos no siempre coincidieron con los intereses políticos de la Corona española, pues mientras unos actuaban en términos de poder y riquezas, el Estado castellano actuaba en función del control jurídico y político sobre los primeros, para así mantener un control de facto sobre el territorio y todo lo que en él existe, desde la población hasta las riquezas<sup>33</sup>.

Es así como podría leerse, entenderse, el fragmento con el que inicia *el atroz redentor Lazarus Morell*, de JORGE LUIS BORGES, que me permito citar a fin de darle consisten-

<sup>29</sup> Así se explica, p. ej., la creación de la Audiencia de Buenos Aires. Ver a EDUARDO MARTIRÉ, “El recurso de apelación contra las decisiones del virrey o presidente de las Audiencias de Indias a fines de la época hispánica (1806)”, en VI CONGRESO DEL INSTITUTO INTERNACIONAL DE HISTORIA DEL DERECHO INDIANO (Ed.), *Estructuras, gobierno y agentes de la administración en la América española (siglos XVI, XVII y XVIII)*, Valladolid, Seminario Americanista de la Universidad de Valladolid, 1986, pág. 242.

<sup>30</sup> ALFONSO GARCÍA GALLO, “Los principios rectores de la organización territorial de las Indias en el siglo XVI”, en ID., *Estudios de Historia del Derecho Indiano*, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1972, pág. 689, pie de pág. 76.

<sup>31</sup> MARQUARDT, *Historia mundial del Estado*, tomo 3, *El Estado de la modernidad temprana en Asia, África y las Américas*, op. cit., pág. 179.

<sup>32</sup> JUAN FRIEDE, “Descubrimiento y conquista del Nuevo Reino de Granada”, en ACADEMIA COLOMBIANA DE HISTORIA (Ed.), *Historia extensa de Colombia*, vol. 2, Bogotá, Eds. Lerner, 1965, pág. 183.

<sup>33</sup> FRIEDE, *Descubrimiento y conquista del Nuevo Reino de Granada*, op. cit., págs. 183 y ss.

cia a este pequeño trabajo, porque demuestra la doble moral que desde entonces hubo sobre la esencia humana y sobre esa consecuencia social y política llamada paz:

“En 1517 el F. BARTOLOMÉ DE LAS CASAS tuvo mucha lástima de los indios que se extenuaban en los laboriosos infiernos de las minas de oro antillanas, y propuso al emperador CARLOS V la importación de negros, que se extenuaran en los laboriosos infiernos de las minas de oro antillanas. A esa curiosa variación de un filántropo debemos infinitos hechos: los *blues* de Handy, el éxito logrado en París por el pintor doctor oriental don PEDRO FIGARI, la buena prosa cimarrona del también oriental don VICENTE ROSSI, el tamaño mitológico de ABRAHAM LINCOLN, los quinientos mil muertos de la Guerra de Secesión, los tres mil trescientos millones gastados en pensiones militares, la estatua del imaginario Falucho, la admisión del verbo *linchar* en la decimotercera edición del *Diccionario de la Academia*, el impetuoso film *Aleluya*, la fornida carga a la bayoneta llevada por Soler al frente de sus *Pardos y Morenos* en el Cerrito, la gracia de la señorita de Tal, el moreno que asesinó a MARTÍN FIERRO, la deplorable rumba *El Manisero*, el napoleonismo arrestado y encalabozado de TOUSSAINT LOUVERTURE, la cruz y la serpiente en Haití, la sangre de las cabras degolladas por el machete del *papaboi*, la habanera madre del tango, el candombe”<sup>34/35</sup>.

En fin, y esta es la conclusión preliminar en la que quiere insistirse, el humanismo intrínseco a la Legislación de Indias, y la organización del mismo Estado Indiano, que pareciera haberse estructurado alrededor de la idea de proteger a los naturales americanos de la inquina de los europeos —e incluso, posteriormente, a los esclavos, como lo demuestra TRAZEGNÍES con *Ciriaco de Urtecho*—, puede ser más bien la consecuencia lógica del permanente intento de los monarcas castellanos de mantener sujetos a su autoridad a todo el elemento español radicado en América. Es decir, que la naturaleza flexible, dúctil si se quiere, del Derecho en esta época era la consecuencia de las tensiones de poder entre los mismos europeos, pero se alimentó de toda la filosofía humanista que surgió alrededor de la que se quiso llamar *segunda escolástica*, que tuvo su

---

<sup>34</sup> JORGE LUÍS BORGES, *Historia universal de la infamia*, Barcelona, Alianza Ed., 1998.

<sup>35</sup> En honor a la verdad, BARTOLOMÉ DE LAS CASAS (1484-1566) fue de los primeros en sugerir la importación de esclavos africanos a América, pero también fue de los primeros en defenderlos de la crueldad que se cebó sobre sus vidas, y por eso en la *Historia de las Indias*, pareciera responderle a Borges (y al resto del mundo) su perspicacia siglos antes de que la formulara: “Este aviso de que se diese licencia para traer negros esclavos a estas tierras dio primero el clérigo Las Casas no advirtiendo la injusticia con que los portugueses les toman y hacen esclavos; el cual, después de que cayó en ello, no lo diera (el aviso) por cuanto había en el mundo, porque siempre los tuvo por injusta y tiránicamente hechos esclavos, porque la misma razón es de ellos que de los indios”. Ver BARTOLOMÉ DE LAS CASAS, *Historia de las Indias* (1ª ed. impresa, de 1875), Caracas, Biblioteca Ayacucho, 1986, pág. 371.

origen en las universidades de Salamanca y Coímbra, y en los debates doctrinales surgidos entre los dominicos y los jesuitas, respectivamente<sup>36</sup>.

B) MANUEL LÓPEZ DE LA CASTILLA, UN CIRIACO DE URTECHO  
CONSTITUCIONAL

La historia que se va a contar a continuación ya se ha relatado en otra parte<sup>37</sup>. Acá, por cuestiones de espacio, simplemente se va a resumir. Su importancia radica en que permite vislumbrar la maleabilidad del Derecho español anterior a la independencia, que sobrevive pese a ella, y con su aval. Es un remoto caso de control ciudadano a las autoridades públicas por la vía jurisdiccional que, como el de *Ciriaco de Urtecho*, es ordinario y al mismo tiempo extraordinario. Ordinario porque desde que el Estado Indiano se instauró en América durante el siglo XVI como un Estado que propugna por la paz interna, era común que los súbditos del rey español se levantaran, jurídicamente, contra los abusos de la Corona (es que la misma Corona así lo autorizaba: permitía la contradicción jurídica de sus decisiones<sup>38</sup>), y esa característica de irrupción contra la arbitrariedad no se perderá con la llegada del constitucionalismo ilustrado a Hispanoamérica a partir de 1810<sup>39</sup>. Pero es también extraordinario, porque resulta ser un buen ejemplo de cómo la gente del común acude a las ideas ilustradas del constitucionalismo y los derechos del hombre, para obtener, a través de los mecanismos judiciales del antiguo régimen, una reparación jurídica por las arbitrariedades (inconstitucionalidades, mejor) explícitas en un auto de buen gobierno. En última instancia, puede decirse que ejemplifica bien el funcionamiento del Derecho como *espacio* en el que suceden cosas, en el que se libran batallas intelectuales capaces de remover el ejercicio del poder, sin acudir a la rebelión o a la guerra física.

Todo esto significa que, el que se va a rememorar es a un mismo tiempo un ejemplo del Derecho público del antiguo régimen español en América, con su característica ductilidad; y un ejemplo del Derecho constitucional que apenas está surgiendo en el mundo.

---

<sup>36</sup> Sobre la segunda escolástica española ver, p. ej., a JOSÉ LUIS SOBERANES FERNÁNDEZ, *Sobre el origen de las declaraciones de derechos humanos*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2009, págs. 43-78.

<sup>37</sup> DAVID E. LLINÁS ALFARO, “Recurso de agravios colonial en el Estado constitucional de Cundinamarca, 1814, Un fósil de la acción de nulidad por inconstitucionalidad”, en revista *Pensamiento Jurídico*, núm. 43, Bogotá, Ed. Universidad Nacional de Colombia, 2016.

<sup>38</sup> Ver, p. ej., LLINÁS ALFARO, *Estado indiano, Estado responsable*, *op. cit.*, págs. 103 a 105.

<sup>39</sup> LLINÁS ALFARO, *Recurso de agravios colonial en el Estado constitucional de Cundinamarca, 1814*, *op. cit.*; ver también a ANDRÉS BOTERO BERNAL, *Modelo de lectura del constitucionalismo provincial hispanoamericano. Origen del constitucionalismo antioqueño*, Medellín, Ed. Universidad de Medellín, 2010, págs. 118 y s, pie de pág. 395.

El caso sucede en vigencia de la segunda Constitución del Estado de Cundinamarca de 1812<sup>40</sup>, y resulta de la demanda que interpone el ciudadano MANUEL LÓPEZ DE LA CASTILLA contra un bando de buen gobierno promulgado por los alcaldes ordinarios, o jueces de primera instancia con funciones gubernativas, de la parroquia del Chaparral:

“En la Parroquia del Chaparral de la Provincia de Mariquita, en nueve días del mes de Abril de mil ochocientos y catorce, los ciudadanos ANTONIO DE OVIEDO y FRANCISCO RUIZ, alcaldes ordinarios de esta dicha Parroquia y su jurisdicción, por el superior gobierno del Estado, libre é independiente de la Capital de Cundinamarca, desimos. Que para el mejor asierto en el gobierno político de esta república es preciso prevenir a todos los vecinos estantes y asistentes algunas de las cosas más esenciales, que deveran observar y guardar, y que cada uno en la parte que le toque cumpla con los preceptos de los capítulos siguientes”<sup>41</sup>.

Así empieza el bando de buen gobierno que los alcaldes del Chaparral, los “ciudadanos” ANTONIO DE OVIEDO y FRANCISCO RUIZ, expiden para “un mejor” acierto en el gobierno de la comunidad. Como puede verse, está dirigido a todos los vecinos de la villa, quienes deben observar y cumplir sus disposiciones, que tenían que ver con los asuntos que durante el antiguo régimen eran considerados gobierno ordinario, es decir, con los aspectos más singulares de la vida cotidiana que debían regularse para vivir en tranquila armonía, en temas que incluso tocaban lo religioso, y que se dejaban al buen criterio de los gobernadores provinciales.

La generalidad característica de las órdenes policivas que emiten estos dos jueces se nota, también, en el tipo de lenguaje impersonal y prescriptivo que usa el bando de buen gobierno: “que siempre que se toque la campana para administracion [se refiere a la misa], deveran concurrir todo los varones a acompañar a la Divina Magestad”<sup>42</sup>, so pena de la imposición de una multa. Otro ejemplo de esa generalidad tiene que ver con la orden, dirigida a los padres de familia, de que si reciben foráneos en sus casas, deben notificar tal situación a los alcaldes, pues de lo contrario “se les declarara responsables por los perjuicios que se causen a los vecinos”<sup>43</sup>. Otra orden, que atacaba directamente la digna libertad campesina de emborracharse tranquilamente, decía que “la persona que se vea dando escandalo en el lugar, con el desordenado vicio de la

<sup>40</sup> *Constitución de la República de Cundinamarca de 1812*, ed. por BERND MARQUARDT (Ed.), *El bicentenario del constitucionalismo moderno en Colombia, Edición auténtica y comentada*, 2ª ed., Bogotá, Ed. Ibáñez, 2011, págs. 481-540.

<sup>41</sup> *Caso por vía de agravio, violencia e infracción de la constitución, o por el recurso que haya lugar en derecho, impetrado por el ciudadano Manuel López de la Castilla contra el bando de buen gobierno del 9 de abril de 1814*, en Archivo General de la Nación, Bogotá, Sección Archivo, Anexo I, Fondo Quejas, tomo 2, folio 40.

<sup>42</sup> *Caso por vía de agravio contra el bando de buen gobierno de 1814*, *op. cit.*

<sup>43</sup> *Caso por vía de agravio contra el bando de buen gobierno de 1814*, *op. cit.*, folio 40 (reverso).

embriagues, sera arrestado y castigado”<sup>44</sup>. Otra más, prohibía el porte de toda clase de armas y ordenaba terminantemente que a la hora del “toque de la queda” todos debían “recogerse” en sus casas; mandato cuyo incumplimiento acarrearía el arresto<sup>45</sup>.

En fin, se trató de un acto general en el que constan veintidós órdenes que iban desde la prohibición de que los gariteros recibieran en sus negocios a hijos de familia y a esclavos, hasta la prohibición de los juegos de dados y de naipes por ser contrarios a la moral cristiana (bajo la pena de pagar una multa de cinco pesos)<sup>46</sup>, pasando por la permisión del intercambio comercial con monedas de plata, siempre y cuando en estas se noten claramente la cruz o el valor que representan<sup>47</sup>. Todo un régimen policial en una provincia sometida a una constitución ciertamente prolija en derechos y libertades.

Pero de entre aquellas disposiciones, quizás la que más interesa por su impacto en términos de afectación de los derechos particulares era la número 16, relativa a los platanales que bordeaban la villa, pues según los alcaldes ordinarios, además de ser incómodas, estorbaban la construcción de casas en las que también podrían habitar los vecinos. La orden, en ese sentido, consistió en arrancar de raíz todas las plantas de plátano que se encuentran en el Chaparral dentro del término perentorio de quince días, bajo la multa de diez pesos que se exigirían a quienes omitan su cumplimiento, cuyo importe sería utilizado para financiar las “necesidades del Estado”:

“Que atendidos del perjuicio que causan los platanales de que esta poblado el lugar, a más de tener impedidos los terrenos en que pueden poblar casas los vecinos que no las tengan, tenemos a bien mandar que arrancen [arranquen] de raíz todos los platanales que se hallan en el terreno de la Parroquia, dentro del término de quince días, lo que cumplieran bajo la multa de diez pesos que se le exigiran a los que fueren omiso, y que aplicaran a las necesidades del Estado, adonde se remitiran con el correspondiente informe de que quedara advertido todo vecino, para que desocupados los terrenos que cubren los platanales, fomenten la construccion sus casas”<sup>48</sup>.

Como ya no había Real Audiencia en Santafé<sup>49</sup> porque el nuevo gobierno la suprimió, y sus actividades en materia jurisdiccional fueron reemplazadas por los cinco

<sup>44</sup> *Caso por vía de agravio contra el bando de buen gobierno* de 1814, *op. cit.*

<sup>45</sup> *Caso por vía de agravio contra el bando de buen gobierno* de 1814, *op. cit.*, folio 40 (reverso)

<sup>46</sup> *Caso por vía de agravio contra el bando de buen gobierno* de 1814, *op. cit.*, folio 41 (reverso).

<sup>47</sup> *Caso por vía de agravio contra el bando de buen gobierno* de 1814, *op. cit.*, folio 41 y 41 (reverso).

<sup>48</sup> *Caso por vía de agravio contra el bando de buen gobierno* de 1814, *op. cit.*, folio 42.

<sup>49</sup> Quizás la Constitución de la época que mejor supo expresar que los Tribunales de Justicia reemplazaban a la Real Audiencia, fue la tunjana de 1811. El Capítulo IV de la Sección Tercera, sobre el Poder Judicial, señalaba que “las demás apelaciones de las sentencias que pronunciaren los alcaldes ordinarios se llevarán al alto Tribunal de Justicia que residirá en la capital de la provincia, en los térmi-



Tribunales de la Constitución de 1812 que pertenecían a la Representación Nacional, lo lógico para el ciudadano litigante era acudir ante el Tribunal que más se pareciera a la antigua Audiencia, y este era la Sala de Apelaciones. Y así, escondidos entre cientos de folios viejos y arrugados, se pueden encontrar algunas “quejas”, interpuestas por los ciudadanos de Cundinamarca en contra de sus alcaldes ordinarios, que habitaron en villas o ciudades que a veces estaban lejos del centro de poder en Santafé. Tal lejanía es un factor muy importante, porque entre más lejos se encontraba una comunidad del centro de poder, más facilidades tenía para autogobernarse, lo cual incidía en que los jueces ordinarios, que eran elegidos por el mismo pueblo (los alcaldes) y que presidían los cabildos, tuvieran mayores facultades en asuntos de gobierno, y que fueran más proclives al exceso y a la comisión de abusos. Ese era el caso del Chaparral, hoy en el departamento del Tolima, en Colombia; y en aquellos años, parroquia de la provincia de Mariquita, que estaba a su vez, sometida al gobierno de Cundinamarca.

Pues bien, ya sea porque los alcaldes ordinarios<sup>50</sup> encontraron a dos vecinos jugando dados; o porque se enteraron de que otros dos vecinos habían tenido una riña a puños; porque habían escuchado el sonido de la música proveniente de una casa de familia honrada, donde encontraron a dos peones y a dos esclavas tocando la guitarra<sup>51</sup>; o porque alguien se había quedado parado en el camino empedrado que estaba frente a la iglesia, los jueces del Chaparral tomaron la decisión de encarcelar y torturar a unos y de perseguir a otros con saña, todo porque tales o cuales actividades habían quedado prohibidas por el bando de buen gobierno. También le quitaron el sustento económico a la gente más pobre de la villa, sobre todo mujeres, al erradicar forzosamente las plantas de plátano, que según ellos debían desaparecer para poder construir en su lugar las casas en las que debían habitar los mismos pobres que ya no tenían qué comer.

A JOSÉ MOLINA, un jornalero de excelente conducta, se lo llevaron preso por haber estado jugando dados y, ya encerrado, lo sujetaron con un cepo sin considerar las llagas que el hombre tenía en algunas partes de su cuerpo debido a sus labores diarias. Lo soltaron solamente por las súplicas de un buen amigo preocupado por su futuro<sup>52</sup>. A YPOLITO OSPINA lo metieron preso y le pusieron un par de grillos para inmovilizarlo por haber tenido una pelea con un indígena llamado LORENZO CASTRO.

---

nos que antes se hacía para la Real Audiencia del Reino”; *Constitución de la República de Tunja* de 1811, ed. por MARQUARDT, *El bicentenario del constitucionalismo moderno en Colombia*, op. cit., págs. 391-422.

<sup>50</sup> La fuente primaria enfatiza el papel protagónico, o mejor de villano, del alcalde OVIEDO.

<sup>51</sup> *Caso por vía de agravio contra el bando de buen gobierno* de 1814, op. cit., folio 52.

<sup>52</sup> *Caso por vía de agravio contra el bando de buen gobierno* de 1814, op. cit., folio 51 y 51 (reverso).

Uno de los alcaldes le dio “un planazo con el sable”<sup>53</sup> para inmovilizarlo y luego negarle la libertad.

Los dos alcaldes ordinarios también entraron a la fuerza en la casa de un renombrado ciudadano del Chaparral —de nombre MIGUEL GALINDO— mientras este no estaba allí, para luego llevarse presas a dos esclavas, una de ellas nombrada LUISA, porque según ellos estaban bailando en horas prohibidas, cuando lo único que hacían era tocar la guitarra<sup>54</sup>.

Entonces, otro ciudadano de la villa que se había visto damnificado con las disposiciones de los dos alcaldes ordinarios, llamado MANUEL LÓPEZ DE LA CASTILLA, interpone un recurso “por vía de agravio, violencia e infracción de la constitución, o por el recurso que haya lugar en derecho” —es decir, un recurso de apelación— en contra del bando de buen gobierno ante la Sala de Apelaciones del Estado de Cundinamarca<sup>55</sup>.

El señor LÓPEZ era dueño de un garito, una casa donde se jugaban dados, y ocasionalmente era empleador de JOSÉ MOLINA, el jugador a quien los alcaldes pusieron en el cepo. Un domingo, cuando en compañía de su familia se dirigía hacia la Iglesia parroquial, tuvo el enorme atrevimiento de quedarse parado en la esquina empedrada de la Iglesia unos “cortos minutos”, mientras esperaban el llamado a misa. La exaltación del alcalde OVIEDO, cuando notó la gigantesca violación a su disposición policiva<sup>56</sup>, fue de tal magnitud que al reclamarle su falta a LÓPEZ le dijo que era tan criminal su pecado, que seguramente tenía guardados en su casa a “treinta hombres preparados para resistirle en caso que me recombiniese sobre el hecho de haberme parado en aquel citio”<sup>57</sup>.

Como conocía los violentos antecedentes de los dos alcaldes cuando se desobedecían sus órdenes, y antes de verse reducido a los grillos en prisión, o sometido a la tortura del cepo, tomó la sabia decisión de poner pies en polvorosa, dirigiéndose a Bogotá con la esperanza de que allí la justicia del Estado constitucional estatuida en 1812 solucionara el problema, no solamente suyo, sino de toda la comunidad caparraluna. Llama la atención que en la parte final de su demanda el ciudadano LÓPEZ pide al Tribunal que, para comprobar la verdad de sus afirmaciones, se envíe en comisión al lugar de los hechos a los alcaldes ordinarios de la Villa de la Purificación, y no a

---

<sup>53</sup> *Caso por vía de agravio contra el bando de buen gobierno* de 1814, *op. cit.*, folio 58, donde se encuentra el concepto del fiscal de la Sala de Apelaciones sobre el caso.

<sup>54</sup> *Caso por vía de agravio contra el bando de buen gobierno* de 1814, *op. cit.*, folio 52.

<sup>55</sup> *Caso por vía de agravio contra el bando de buen gobierno* de 1814, *op. cit.*, folio 40 y ss.

<sup>56</sup> Es que también, la disposición núm. 21 del bando, prohibía quedarse parado en el camino empedrado que rodeaba la iglesia del pueblo.

<sup>57</sup> *Caso por vía de agravio contra el bando de buen gobierno* de 1814, *op. cit.*, folio 29 (reverso).

los de Ibagué, por dos razones: primero, porque la Villa de la Purificación está más cerca, y segundo, porque los alcaldes de Ibagué son igual o más arbitrarios que los del Chaparral, y podrían estar parcializados a su favor<sup>58</sup>.

Es poco probable que el señor LÓPEZ haya sido quien redactara y escribiera esta demanda de nulidad, pero indistintamente de ello, el lenguaje que utiliza el documento es simplemente bello, no solo en términos de lo que busca –la justicia– sino, sobre todo, en cuanto a lo que demuestra desde el punto de vista de la historia constitucional de América Latina: que las personas tenían absolutamente claro, aunque vivieran en los espacios más alejados de los círculos de poder, que tenían unos derechos, que esos derechos eran universales, que eran imprescriptibles e inalienables; o más sencillamente, demuestra que tenían en la cabeza la idea de la ilustración, y que la Constitución tenía vigor normativo. Lo más curioso, a la luz del paradigma (que es, precisamente, ilustrado) con el que se explica el origen del constitucionalismo en esa época que va desde 1776 hasta 1821, es que al menos en este remoto Estado, nunca reconocido por el *ius publicum europeum*, los medios jurídico-procesales que se usaron para defender los derechos de la ilustración eran los previstos en el Derecho propio del antiguo régimen.

Así pues, el memorial de MANUEL LÓPEZ expone dos clases de argumentos para justificar la inconstitucionalidad del acto impugnado<sup>59</sup>: el primero es que los alcaldes se extralimitaron en sus funciones, incurriendo en una iniquidad contra toda la comunidad del Chaparral; y el segundo, que vulneraron directamente las disposiciones de la Constitución con la afectación directa del derecho de propiedad, así como del derecho de libertad y la prohibición de la tortura, de varios de los habitantes del pueblo, no sólo por limitar la capacidad de locomoción de los vecinos, sino también por encarcelar y torturar a las personas que no cumplieran sus disposiciones. También quiere hacerse ver cómo la demanda pregunta “que utilidad trae a la sociedad este decreto, o que motivos imperiosos han concurrido para dictarle”, como buscando en la falta de conexión del bando de buen gobierno con el bienestar general, y en motivaciones ocultas e ilegales de los alcaldes, una infracción de la constitución que debe tener consecuencias jurídicas adversas, tanto para dicho bando como para sus autores. Esto es importante, porque posteriormente el Fiscal de la Sala de Apelaciones (que hace parte de ese Tribunal) va a preguntarse lo mismo para luego concluir con la inconstitucionalidad del bando.

<sup>58</sup> *Caso por vía de agravio contra el bando de buen gobierno* de 1814, *op. cit.*, folio 30.

<sup>59</sup> Cuando el autor del documento menciona el capítulo del auto de buen gobierno que ordena la destrucción de las huertas y matas de plátano, se pregunta sobre los motivos de la expedición del mismo: “¿Qué motivos imperiosos han concurrido para dictarle?”, a lo que responde que ningún motivo más allá de la arbitrariedad; *Caso por vía de agravio contra el bando de buen gobierno* de 1814, *op. cit.*, folio 30.

En el auto de admisión del recurso de agravios<sup>60</sup>, del 27 de mayo de 1814, la Sala de Apelaciones, actuando con la precaución que solicita el demandante frente a los jueces de Ibagué (pues según el demandante los del Chaparral están hechos a su imagen y semejanza) ordena que se libre un despacho comisorio dirigido a las justicias ordinarias de la Villa de la Purificación, que es mucho más cercana geográficamente – ya que está a un día de distancia, con apenas un río entre el camino, que es navegable en canoa–, para que con la posible brevedad practiquen todas las diligencias que la parte solicita, decretando al mismo tiempo una medida cautelar consistente en el recogimiento de los poderes de los alcaldes ordinarios del Chaparral<sup>61</sup>, es decir que, a prevención, se les suspenden tanto sus facultades en materia de gobierno como los efectos del bando de buen gobierno<sup>62</sup>. También ordena traer al Tribunal los antecedentes documentales de todos los hechos denunciados en la apelación<sup>63</sup>.

El Fiscal de la Sala de Apelaciones, NICOLÁS LLANOS, que tenía la función de emitir su concepto sobre toda la actuación procesal, recomendando a los jueces la adopción de la decisión en un sentido u otro, no solamente se muestra indignado con el tipo de injusticias que se evidencian de las actuaciones de los alcaldes ordinarios del Chaparral, de cuyas buenas motivaciones duda, sino que solicita a los tres magistrados del Tribunal que declaren nulo el bando de buen gobierno. Por ello, después de censurar el comportamiento arbitrario de los alcaldes ordinarios, analiza jurídicamente cada una de las disposiciones del bando, y afirma:

“Es claro que ninguna criminalidad embuelve el hecho de que un individuo se pase en el Altozano! Ningun delito abriga el no tener un almud de platanal de sembradura; que puede acontecer por no tener comodidad para plantarlo: y por último la omisión de arrancar de raíz los platanales lejos de ser una acción culpable lo es solamente de conservar aquellos arboles que sembraron con trabajo cultivaron con tesoro y después de tantas fatigas iban a lograr de este fruto acaso para sostener una crecida y pobre familia: si después de esto se adiriese la innecesidad que hay de prohibir al vecino se pase en el Altizano porque a nadie se ofende; o la ninguna utilidad que resulta de arrancar los platanales porque sin pribar al miserable de este caro renglon de su subsistencia hay en la Parroquia del Chaparral mucho terreno en que edificar. [...]

Bien es que ni los alcaldes tenían facultad para hacer leyes nuevas o sanciones en puntos inusitados, ni el suficiente para hacerlas ejecutar porque la una facultad es del poder legislativo y la otra del poder ejecutivo. Así aparece que estos nuevos es-

<sup>60</sup> Esa providencia reproduce la totalidad del recurso de agravios, lo cual facilitó su comprensión, porque el documento original de la demanda está muy deteriorado.

<sup>61</sup> *Caso por vía de agravio contra el bando de buen gobierno* de 1814, *op. cit.*, folio 36.

<sup>62</sup> *Caso por vía de agravio contra el bando de buen gobierno* de 1814, *op. cit.*, folios 44 a 46 (reverso).

<sup>63</sup> El auto es suscrito por los tres jueces institucionales de la Sala de Apelaciones: FRANCISCO GONZÁLEZ MANRIQUE, FELIPE ÁLVAREZ y MANUEL SAAVEDRA.

tablecimientos derivados por la ninguna facultad de quien los formo y mando executar; como también por ser ofencibos y perjudiciales”<sup>64</sup>

Como se ve, la argumentación del fiscal es lo suficientemente moderna como para acusar a los alcaldes del Chaparral de que se extralimitaron en sus funciones, en la medida que las disposiciones del bando de buen gobierno crean Derecho de forma ilegítima, y que la función normativa radica exclusivamente en el poder legislativo. Es decir, que los alcaldes usurparon las facultades del legislador de Cundinamarca. Pero a más de lo anterior, la nocividad del bando radica en que su ejecución por parte de los mismos jueces que los crearon fue arbitraria, pues las disposiciones legislativas solo pueden ser aplicadas por el poder ejecutivo. En una sola frase: el fiscal consideró que el bando era inconstitucional porque los alcaldes del Chaparral no tenían la facultad para expedirlo. Por eso termina solicitando a la Sala de Apelaciones que “se ha de servir V.E. prevenir que se les suspende del empleo que han abuzado, declarando nulo el auto de buen gobierno que con arbitrariedad formaron”<sup>65</sup>.

#### 4. CONCLUSIÓN

En el caso de MANUEL LÓPEZ DE LA CASTILLA, la batalla jurídica no se da contra un esclavista o contra un encomendero, ni se buscó tampoco la libertad de un esclavo; se trató de un caso en el que un ciudadano, consciente de sus derechos, y de los derechos de sus vecinos, entabló una batalla jurídica para proteger la libertad de toda una comunidad de la arbitrariedad de las autoridades locales. Aunque no se encuentra la sentencia de la Sala de Apelaciones, las breves intervenciones de ese mismo Tribunal, así como del fiscal del caso, NICOLÁS LLANOS, permiten suponer que la demanda la iba a ganar el ciudadano LÓPEZ. La posibilidad que existía en el antiguo régimen, relativa a contradecir jurídicamente las disposiciones de la Corona en aras de la paz social, va a quedar impregnada en la mentalidad de la gente que, ya viviendo bajo el influjo del constitucionalismo ilustrado, buscó por la vía judicial atajar el arbitrio de un par de abusadores.

El Derecho, visto como un espacio o un lugar en el que sucede el litigio, y como el mejor mecanismo que tiene la civilización para evitar la guerra (o para reemplazarla), es usado en este caso, como en el que relató FERNANDO DE TRAZEGNÍES GRANDA, para no acudir a la rebelión o a las armas, y sí transformar, aunque sea en parte, las estructuras previamente definidas del poder. Aunque el recurso a la resistencia es legítimo dentro de la concepción que se tiene del Derecho en el antiguo régimen, y fue esa idea la que conllevó a la independencia y a las demás revoluciones ilustradas, el

---

<sup>64</sup> *Caso por vía de agravio contra el bando de buen gobierno de 1814, op. cit.*, folio 59 (inclusive reverso).

<sup>65</sup> *Caso por vía de agravio contra el bando de buen gobierno de 1814, op. cit.*, folio 59 (reverso).

Derecho siempre servirá como medio para hacer la paz, sustituyendo las armas por las ideas.

Al fin y al cabo, si se acepta que el Derecho es un lugar en el que transcurren y compiten entre sí los más diversos intereses, que es una de las etapas de la construcción del poder, y que por otro lado el discurso constitucional se sustenta sobre la idea de la tolerancia y del control (como lo fue, también, la noción de fortalecer al Estado para garantizar la paz social en el siglo XVI), no sería descabellado afirmar lo que sigue: la Constitución es un sitio en el que la competencia de intereses está signada, sometida, a la noción del control; y el control supone, al mismo tiempo, que los interlocutores al interior del Derecho, que persiguen legítimamente sus objetivos económicos, políticos y jurídicos, deben estar dispuestos a aceptar por igual tanto la pérdida como la ganancia. La Constitución es, por tanto, el aspecto más ético de ese sitio denominado Derecho, y si se educa a la sociedad en esa ética, es posible eliminar, o al menos reducir a su mínima expresión, la guerra como etapa para definir el poder. Bonita idea que, de un modo u otro, debería considerarse en el largo camino hacia la paz que Colombia todavía debe recorrer.

## BIBLIOGRAFÍA

### A) FUENTES PRIMARIAS

- (1811) *Constitución de la República de Tunja*, ed. por MARQUARDT, BERND (Ed.): *El bicentenario del constitucionalismo moderno en Colombia, Ed. auténtica y comentada*, Bogotá, 2ª ed., Ed. Ibáñez, 2011, págs. 391-422.
- (1812) *Constitución de la República de Cundinamarca*, ed. por MARQUARDT, BERND (Ed.): *El bicentenario del constitucionalismo moderno en Colombia, Ed. auténtica y comentada*, 2ª ed., Bogotá, Ed. Ibáñez, 2011, págs. 481-540.
- (1814) *Caso por vía de agravio, violencia e infracción de la constitución, o por el recurso que haya lugar en derecho, impetrado por el ciudadano Manuel López de la Castilla contra el bando de buen gobierno del 9 de abril de 1814*, en Archivo General de la Nación, Bogotá, Sección Archivo Anexo I, Fondo Quejas, tomo 2, folios 29-59.

### B) BIBLIOGRAFÍA SECUNDARIA

- BORGES, JORGE LUÍS: *Historia universal de la infamia*, Barcelona, Ed. Alianza, 1998.
- BOTERO BERNAL, ANDRÉS: *Modelo de lectura del constitucionalismo provincial hispanoamericano, Origen del constitucionalismo antioqueño*, Medellín, Ed. Universidad de Medellín, 2010.
- CALLE MEZA, MELBA LUZ: *Constitución y guerra en Colombia*, Bogotá, Ed. Ibáñez, 2014.
- CARNELUTTI, FRANCESCO: *Cómo nace el Derecho*, Bogotá, Ed. Leyer, 2008. Título original en italiano: *Come nasce il Diritto*, Torino, ERI Radiotelevisione Italiana, 1954.

- CASAS, BARTOLOMÉ DE LAS: *Historia de las Indias* (1ª ed. impresa, de 1875), Caracas, Biblioteca Ayacucho, 1986.
- FOUCAULT, MICHEL: *Vigilar y castigar, Nacimiento de la prisión*, 2ª ed., 2ª reimpr., México, Siglo XXI Eds., 2013. Título original en francés: *Surveiller et punir, Naissance de la prison*, París, Gallimard, 1975.
- FRIEDE, JUAN: “Descubrimiento y Conquista del Nuevo Reino de Granada”, en ACADEMIA COLOMBIANA DE HISTORIA (Ed.): *Historia extensa de Colombia*, vol. 2, Bogotá, Eds. Lerner, 1965.
- GALSTER, INGRID: *Aguirre o La posterioridad arbitraria*, Bogotá, Eds. Universidades del Rosario & Javeriana, 2011. Título original en alemán: *Aguirre oder die Willkür der Nachwelt*, Fráncfort del Meno, Vervuert, 1996.
- GARCÍA GALLO, ALFONSO: “Los principios rectores de la organización territorial de las Indias en el siglo XVI”, en ID.: *Estudios de historia del derecho indiano*, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1972.
- JHERING, RUDOLF VON: *La lucha por el derecho*, ed. por BIBLIOTECA VIRTUAL ANTORCHA, [http://www.antorcha.net/biblioteca\\_virtual/derecho/lucha/indice.html](http://www.antorcha.net/biblioteca_virtual/derecho/lucha/indice.html) (1.8.2016). Título original en alemán: *Der Kampf ums Recht*, Viena, Manz, 1872.
- LLINÁS ALFARO, DAVID E.: *Estado indiano, Estado responsable*, Bogotá, Ed. Ibáñez, 2013.
- “Proto-constitucionalismo indiano, La responsabilidad de la Corona y el poder de los súbditos de batallar contra el Estado”, en MARQUARDT, BERND (Ed.): *Constitucionalismo científico, Dinámicas globales y locales*, Bogotá, Ed. Temis, 2012, págs. 285-332.
- “Recurso de agravios colonial en el Estado constitucional de Cundinamarca, 1814, Un fósil de la acción de nulidad por inconstitucionalidad”, en revista *Pensamiento Jurídico*, núm. 43, *Historia del Derecho*, Bogotá, Ed. Universidad Nacional de Colombia, 2016.
- MALAGÓN PINZÓN, MIGUEL: *Los modelos de control administrativo en Colombia (1811-2011)*, Bogotá, Ed. Universidad de los Andes, 2012.
- *Vivir en policía, Una contralectura de los orígenes del derecho administrativo colombiano*, Bogotá, Ed. Universidad Externado de Colombia, 2007.
- MARQUARDT, BERND: *Historia constitucional comparada de Iberoamérica, Las seis fases desde la revolución de 1810 hasta la transnacionalización del siglo XXI*, Bogotá, Ed. Ibáñez, 2016.
- *Historia mundial del Estado*, tomo 1, *Sociedades preestatales y Reinos dinásticos*, Bogotá, Ed. Temis, 2012.
- *Historia mundial del Estado*, tomo 2, *El Estado judicial de la paz interna en Europa (siglos XVI-XVIII)*, Bogotá, Ed. Temis, 2013.
- *Historia mundial del Estado*, tomo 3, *El Estado de la modernidad temprana en Asia, África y las Américas*, Bogotá, Ed. Temis, 2014.
- MARTIRÉ, EDUARDO: “El recurso de apelación contra las decisiones del virrey o presidente de las Audiencias de Indias a fines de la época hispánica (1806)”, en VI CONGRESO DEL INSTITUTO INTERNACIONAL DE HISTORIA DEL DERECHO INDIANO (Ed.): *Estructuras, gobierno y agentes de la administración en la América española (siglos XVI, XVII y XVIII)*, Valladolid, Seminario Americanista de la Universidad de Valladolid, 1986.

- SCHMITT, CARL: “El concepto de lo político” (1932), en ID.: *Teólogo de la política*, México, Fondo de Cultura Económica, 2004. Título original en alemán: *Der Begriff des Politischen*, Múnich, Duncker & Humblot, 1932 (primera versión de 1927).
- “Teología política” (1934), en ID.: *Teólogo de la Política*, México, Fondo de Cultura Económica, 2004. Título original en alemán: *Politische Theologie, Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, 2ª ed., Berlín, Duncker & Humblot, 1934 (1ª ed. de 1922).
- SOBERANES FERNÁNDEZ, JOSÉ LUIS: *Sobre el origen de las declaraciones de derechos humanos*, México, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, 2009.
- SUÁREZ DELGADO, JOSÉ MANUEL: “El Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, Derechos sociales y agenda ideológica crítica, Algunas implicaciones”, en MARQUARDT, BERND (Ed.): *El Estado constitucional de los valores, Anuario V de Constitucionalismo Comparado*, Bogotá, Ed. Ibáñez, 2015, págs. 265-323.
- TRAZEGNÍES GRANDA, FERNANDO DE: *Ciriaco de Urtecho, Litigante por Amor*, 3ª ed., Lima, Ed. Pontificia Universidad Católica, 1995.
- UPRIMNY YEPES, RODRIGO: “La lucha por el derecho”, en periódico *El Espectador*, de 4 de enero de 2014, <http://www.elspectador.com/opinion/lucha-el-derecho-columna-466920> (1.8.2016).
- VALENCIA VILLA, HERNANDO: *Cartas de batalla, Una crítica del constitucionalismo colombiano*, 3ª ed., Bogotá, Panamericana Ed., 2010.
- “De las guerras constitucionales en Colombia, Capítulo LXVIII, Un informe sobre la reforma Barco”, en revista *Análisis Político*, núm. 6, Bogotá, Ed. Universidad Nacional de Colombia, 1989, págs. 96-119.
- VÁZQUEZ CARRIZOSA, ALFREDO: “Reseña de H. Valencia Villa, Cartas de batalla, 1987”, en revista *Análisis Político*, núm. 3, Bogotá, Ed. Universidad Nacional de Colombia, 1988, págs. 181-184.