

¿DEL ESTADO DE DERECHO AL ESTADO DE LOS JUECES? TRANSFORMACIONES DEL DERECHO EN LOS ESTADOS PLURALES*

*FROM THE STATE OF RIGHT TO THE STATE OF JUDGES?
TRANSFORMATIONS OF LAW IN PLUR STATES*

Luisa Fernanda García Lozano¹

RESUMEN

Las transformaciones de los Estados que han reconocido el pluralismo jurídico desde su accionar han traído consigo diversos cambios en los paradigmas del derecho, es por esta razón que el presente texto busca responder el siguiente interrogante: ¿Se cambió de un Estado de Derecho al Estado de los Jueces en los estados plurales?, para solucionar esta se acudió principalmente al análisis de documentos a partir de una forma analítica deductiva, la creación de marcos analíticos, y se realizó un estudio de caso sobre la jurisprudencia de los pueblos indígenas. Los resultados obtenidos reflejan cómo, sí bien, no ha cambiado el paradigma del Estado los jueces se convirtieron en unos actores estratégicos para materializar estos nuevos derechos, lo que impacta de forma directa el derecho y sus actores produciendo una necesidad de comprender, aplicar y enseñar, elementos diferentes a los tradicionales.

PALABRAS CLAVE

Paradigma político-jurídico, jueces, decisiones jurisprudenciales.

ABSTRACT

The transformations of States that have recognized legal pluralism since their actions have brought with them various changes in the paradigms of law, it is for this reason that the present text seeks to answer the following question: Was it changed from a State of Right to State of The Judges in the plural states, to solve this was mainly to analyze documents from a deductive analytical form, the creation of analytical frameworks, and a case study was conducted on the jurisprudence of indigenous peoples. The results obtained reflect how, although the state paradigm has not changed, judges became strategic actors to materialize these new rights, which directly impacts the law and its actors producing a need to understand, apply and teach, Different from traditional elements.

KEYWORDS

Political-legal paradigm, judges, jurisprudential decisions

Fecha de recepción: 2 de febrero de 2016.

Fecha de evaluación: 9 de marzo de 2016.

Fecha de aceptación: 19 de abril de 2016.

* Este artículo es un producto de investigación derivado del proyecto Der 1891, titulado “Las corrientes de protección del derecho en Colombia: El garantismo constitucional”, financiado por la vicerrectoría de investigaciones de la Universidad Militar Nueva Granada en el periodo 2015. Una primera versión del presente artículo fue presentada en el IX congreso de la Red Latinoamericana de antropología jurídica relaju, celebrado en Pirinópolis, Brasil, los días 29 de septiembre al 2 de octubre de 2015.

¹ Abogada de la Universidad Santo Tomás de Colombia. Máster Oficial de la Universidad del País Vasco y de la Università degli Studi di Milano: Master in arts of the Sociology of Law ofrecido por el Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati. Actualmente está cursando el Doctorado en derecho en la Universidad de Buenos Aires y en la Universidad Nacional de Colombia. Docente e Investigadora de distintas Universidades Colombianas, como Universidad Nacional de Colombia y la Universidad Militar Nueva Granada. Correo electrónico: trevannian@gmail.com.

INTRODUCCIÓN

Las transformaciones de los Estados en la posmodernidad ha producido una serie de cambios en la forma de entender el Derecho, las sociedades contemporáneas trajeron consigo mayores complejidades que no eran posibles ser subsanadas por un derecho lineal y estático. Por tal motivo, los Estados democráticos buscaron la creación de un mecanismo que permitiera garantizar los intereses políticos al igual que las necesidades de las personas, la Constitución política.

Dichas Constituciones contienen una serie de derechos y principios que buscan ser materializados, pero principalmente tienen la obligación de buscar eliminar las brechas económicas, históricas y sociales. En este sentido, las Constituciones se constituyeron no solo de derechos, sino establecieron principios en los cuales se enmarcaran las acciones del Estado, de esta forma, se buscaba garantizar unos parámetros de funcionamiento.

La definición clásica del Estado de Derecho establece en términos generales que el Estado tiene como base de organización, gestión y administración el Derecho, además de ser éste su principio fundamental. Así, este se rige por la norma y la norma rige la totalidad de la población, por tal motivo, se habla de mayorías, el interés general se aplica sobre el particular de tal forma que existen unos marcos jurídicos generales que confieren el Derecho. La validez y la legitimidad son productos principalmente de la Rama legislativa, la Rama Judicial tan solo debe actuar las disposiciones, esta es considerada la doctrina clásica.

Con el Estado Social de Derecho se transforma completamente el paradigma, el principio fundamental que ampara el sistema es el “social”, con un contenido donde se enmarca en la dignidad humana del sujeto, por lo que la norma va dirigida al individuo y para ser aplicada se concede y se garantiza de acuerdo a ciertas particulares, por lo que el único que puede hacer efectiva esa particularidad es el Juez, de esta forma el poder judicial adquiere una preponderancia e inicia a ser el eje del Estado.

Dichas transformaciones han producido múltiples problemáticas, entre ellas la pregunta que titula el presente trabajo ¿Se cambió de un Estado de derecho a un estado de los jueces? El marco teórico que permite desarrollar el trabajo es la teoría del garantismo, dado que, desde una estructura normativa el garantismo explica los argumentos de un contenido político en la aplicación del derecho, es decir en la función de los jueces, además de explicar de forma clara la transformación que se expuso con anterioridad.

Para desarrollar el trabajo se utilizarán principalmente el análisis de documentos a partir de una forma analítica deductiva. Igualmente, se buscará realizar la creación de marcos analíticos que permita una aplicación de la teoría al caso concreto. Asimismo se realizará un estudio de caso, para tal fin se utilizará principalmente análisis jurisprudencial a través de matrices categóricas.

El presente texto se desarrolla principalmente en cuatro partes, en la primera se desarrollará la teoría del garantismo, sus características e implicaciones, en la segunda sección se analiza el desarrollo de la teoría en Colombia y se presentan algunas de las principales investigaciones en el tema, en la tercera parte se analiza el estudio de caso, la jurisdicción indígena donde se estudia el desarrollo de dicha jurisdicción a nivel jurisprudencial y finalmente se presentarán algunas conclusiones.

1. EL GARANTISMO COMO FUENTE DE TRANSFORMACIÓN DEL DERECHO

Después de las posguerras se inicia la transformación del derecho y su concepción. Las teorías del Estado y el derecho necesitaban replantear algunos de sus elementos fundamentales de tal forma que se protegieran los derechos políticos, sociales al igual que los culturales, de forma integral. Dentro del mundo jurídico existió una necesidad de replantear la teoría del Estado y el Derecho en donde se estudiarán las características del derecho y su aplicación, dado que, en la crisis de la modernidad, periodo comprendido aproximadamente entre 1930 -1945 (García Lozano, enero- junio 2013), las disposiciones jurídicas impactaron directamente a la sociedad

civil de forma restrictiva y en el caso de Alemania en la época del holocausto, la muerte de forma legal de 7.000.000 de judíos.

Por lo cual, el planteamiento de una nueva teoría del derecho y el Estado inició en razón de tres ideas: “Primera idea: insuficiencia del Estado liberal para satisfacer las desigualdades sociales y económicas. Segunda idea (íntimamente relacionada con la primera): necesidad de revisar los alcances de la legalidad. Tercera idea: proyección del modelo garantista a nivel global en virtud de la decadencia del concepto de soberanía” (Moreno Cruz, 2007, pág. 828). En una primera medida la hiperlegalidad racional había dado sustento a las disposiciones del poder enmarcadas en un depotismo que perdía los fundamentos de la transición a los Estados democráticos, al Estado social y al discurso constitucional.

Bajo dicho panorama nace la teoría del Garantismo, la cual

“surgió en el ámbito de los derechos fundamentales, pero ofrece claves para su expansión al dominio político. Los derechos individuales y colectivos no se agotan en las relaciones con los órganos del poder o con otros particulares. Los derechos que derivan de las libertades públicas y de la representación política tienen como correlato las obligaciones de los gobernantes conocidas como responsabilidades políticas. En un sistema en que sólo se contemplan libertades para los gobernados, pero no responsabilidades para los gobernantes, se carece de garantías jurídicas que confieran validez al régimen político” (Valadés, 2011, pág. 1268).

Esta connotación permite replantear la validez, la eficacia y la legitimidad, de tal forma que adquiere nuevas dimensiones cada concepto, el contenido político permitirá permear la estructura clásica y por supuesto realizar nuevas discusiones en el ámbito, filosófico, sociológico y por ende del derecho constitucional, por lo cual debe entenderse estas nuevas dimensiones,

“la validez o plausibilidad de la teoría en su conjunto (y de cada uno de los conceptos y asertos) depende de la capacidad de explicar su propio objeto: esto es, de su idoneidad para ser justificada, y por ello adecuadamente interpretada, por los diferentes tipos de discurso empíricos – de carácter jurídico en los diversos niveles normativos del ordenamiento, de carácter sociológico y filosófico político – acerca de su universo” (Ferrajoli, Garantismo Una discusión sobre derecho y democracia, 2006, pág. 19).

Bajo la necesidad de crear este paradigma, Ferrajoli, plantea como alternativa la concepción de los Estados Constitucionales modernos bajo la premisa del garantismo, un reformulación de las garantías como base del modelo jurídico.

“Esta función de garantía del derecho resulta actualmente posible por la específica complejidad de sus estructura formal, que, en los ordenamientos de constitución rígida se caracteriza por una doble artificialidad; es decir, ya no sólo por el carácter positivo de las normas producidas, que es el rasgo específico del positivismo jurídico, sino también por su sujeción del derecho, en que el rasgo específico del estado constitucional del derecho, en el que la misma producción jurídica se encuentra disciplinada por normas, tanto formales como sustanciales, de derecho positivo.

El estado constitucional del derecho, como derecho sobre derecho, en forma de vínculos y límites jurídicos a la producción jurídica. De aquí se desprende una innovación en la propia estructura de legalidad que es quizás la conquista más importante del derecho contemporáneo: la regulación jurídica del derecho positivo mismo, no sólo en cuanto a las formas de producción sino también por lo que se refiere a los contenidos producidos” (Ferrajoli, Derecho y garantías la ley del más débil, 2009, pág. 19).

De esta forma, Ferrajoli va a replantear las características del derecho de la siguiente manera:

1. “Se refunda la legalidad en el estado social, desarrollado en el siglo pasado a través de la progresiva expansión de la mediación burocrática, el crecimiento de sus espacios de discrecionalidad y la acumulación inorgánica de leyes especiales, medidas sectoriales, prácticas administrativas e intervenciones clientelares responsables tanto de la ineficacia de las prestaciones públicas como de sus degeneraciones ilegales” (Ferrajoli, 2003, pág. 19).

La legalidad debe ser entendida desde la discrecionalidad y la funcionalidad del juez elemento que debe estar soportado en el marco jurídico que sea eficaz en el sistema.

2. La validez ya no sólo es una característica objetiva y procesal, la validez debe adquirir un alcance sustancial, son validas las normas que tengan contenidos políticos,

“De acuerdo con esta posición, la dimensión formal o política constituye normas formales sobre la producción; en tanto que la dimensión sustancial son las normas sustanciales sobre la producción. Las normas formales sobre la producción son el campo que tiene la democracia política para decidir cómo cambiar y quién debe cambiar pero nunca para determinar qué cambiar y qué no cambiar, pues estas corresponden a las normas sustanciales sobre la producción. Las normas formales tiene como límite a la democracia sustancial, y la democracia sustancial descansa en los derechos fundamentales que al ser de “todos” ninguna mayoría puede cambiar” (Moreno Cruz, 2007, pág. 838)

3. La legitimación es ahora un elemento intrínseco de la validez y la eficacia en ella reposa los fundamentos de la decisión jurídica.

Así, Ferrajoli plantea:

“Consecuencia del modelo de legitimación del garantismo este es un modelo normativo de Derecho que concibe a éste como un sistema de garantías. El concepto garantista de derecho es pues, de nuevo coincidente con la ideología jurídica del Estado de Derecho: el Derecho es un sistema de límites y vinculos al poder político para la protección de los bienes e intereses que deban ser perseguidos. Cuál sea el concreto modelo garantista de legalidad es algo que dependerá de cada sector del ordenamiento a la vista de los bienes e intereses que deban ser tutelados. En suma, el garantismo, en cuanto “teoría general”, no impone aún un sistema de legalidad concreto, pero sí un modelo general: el propio del Estado de derecho que concibe a éste como una red de garantías de bienes y derechos; es decir, de un Estado que “positiviza” los derechos vitales del individuo convirtiendo su respeto y realización efectiva en un “vinculo” al poder político”. (Gascon Abellan, 2001, págs. 198-199)

Igualmente la teoría del garantismo nace dentro de una necesidad de transformación de un sistema jurídico, por lo cual bajo los principios de teorías que se podrían considerar “positivistas”, dicha acción inicia por un cambio de Constitución, estos desarrollos se dieron principalmente en Italia bajo su primera face que fue el “Uso alternativo del Derecho” (Sousa, 2001), por tal motivo, el eje de la teoría se centra en la Constitución (Guastini, 2003) y los desarrollos que se realicen conforme a la misma (Comanducci, 2003)

Estas consideraciones han producido a una nueva caracterización de la materialización del derecho, el juez adquiere un nuevo papel, él es aquel que va a cumplir con el objetivo de la nueva teoría del estado y el derecho, legitimar en un consenso social la forma de control.

“Para que el derecho lleve a cabo su función de control social –en cualquiera de sus modalidades–, es imprescindible que o bien los destinatarios de las normas ajusten su comportamiento a lo estab-

lecido en la norma, o bien el juez la aplique, frente al incumplimiento acaecido. Esto otorga un protagonismo a la figura del juez en la teoría de la aplicación del derecho, si bien es cierto que la teoría de la aplicación judicial del derecho no es la única teoría de la aplicación jurídica posible. En definitiva, desde el momento en que los sujetos no somos seres angelicales movidos siempre por una indefectible voluntad de respeto al derecho, no podemos prescindir del juez” (Ansuátegui Roig, 2012, pág. 16)

No obstante la tensión que se encuentra entre los postulados de la modernidad, la separación de poderes para crear una armonía y la concentración de dos poderes en uno: el judicial y el legislativo como forma de garantía transforma la esencia y los fundamentos de los Estados constitucionales que nacen en el siglo XVII. El garantismo

“se aleja del fantasma de “Constitución = separación de poderes”, y se reinterpretan los postulados del artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, donde la noción de Constitución obedece a un precepto: el de garantía de derechos. La libertad política de los ciudadanos no obedece a una reflexión sobre la organización de los poderes públicos, sino a la elaboración de una carta de libertades en la que el ciudadano puede imponer el respeto a los gobernantes, refuerza la democracia, se centra en los gobernados y da menor relevancia a los gobernantes. Se evidencia entonces un proceso que va de “Constitución = separación de poderes” a “Constitución = garantía de derechos”, el cual inevitablemente pasa por una actividad jurisprudencial liderada por la justicia constitucional (García Lope, 2014, pág. 93).

Así, la constitución se consagra como el principal marco de acción de los jueces con el fin de buscar las garantías necesarias para hacer cumplir los derechos (Castillo-Sánchez & Castellanos Morales, 2009, págs. 13-38), principalmente aquellos que se encuentran en zonas

opacas de garantías. La interpretación y argumentación va a proyectarse como la base de la nueva dimensión del derecho y por tanto Estado tiene una fuente principal en los jueces.

Es entonces cuando es posible preguntarse, ¿sin el equilibrio de poderes como colocar límites a estos jueces?, el principal problema que se presenta en el desarrollo de esta teoría es precisamente los criterios de discrecionalidad que la fundamenta, la interpretación y la argumentación elementos completamente subjetivos. Algunos autores como Natalia Bernal presenta una posibilidad la “*autonomía judicial bajo los límites del ordenamiento jurídico escrito*” a la libre aplicación judicial de cualquier medida preventiva conforme con la Constitución para la protección de los derechos fundamentales (Bernal Cano, El poder creador del juez en la combinación o mezcla de los procedimientos constitucionales, 2010, págs. 11-34), además, “En este sentido, una decisión judicial, en la medida en que esté fundamentada jurídicamente, será más aceptable que si sólo lo está moralmente. De esta manera, la concepción de la Constitución como un ideal jurídico, como un modelo de principios jurídicos, hace posible que el propio Tribunal Constitucional tenga que dar cuenta, jurídicamente, de sus decisiones y que, por tanto, esté sujeto también al control público” (Cruz L. M., 2009, pág. 27) (García Lozano, 2013).

Esta teoría reconocerá para la aplicación de un caso diversas posibilidades para ser resuelto, las múltiples opciones requieren tener una perspectiva definida y una capacitación excepcional, puesto que “esa posibilidad de encontrar más de una respuesta en buena medida está ligada a que la Constitución se ha reconocido como fuente del Derecho, y en ella hay básicamente principios, valores o derechos humanos que tienen esa capacidad potencial de generar respuestas en manos de juristas preparados para ello” (Vigo, 2012, pág. 193).

De esta forma, en los Estados neoconstitucionales y Estados Sociales, los jueces son “los agentes avocados para hacer efectivos los alcances de los principios constitucionales a través de sus valoraciones y mediciones, resultado de sus

razonamientos y argumentaciones. Las constituciones, al detentar los valores y principios fundamentales, requieren de prevenciones *ad norma* para que sean contenidos de eficacia directa y evitar a su vez posibles conflictos entre estos al momento de su materialización” (Del Rosario Rodríguez, 2011, pág. 113) Además, el juez es el único que puede reconocer las características específicas de los hechos, por lo cual, darle la aplicación que se busca reivindicar.

1.1 LA APLICACIÓN DEL GARANTISMO EN COLOMBIA

La constitución de 1991 trajo consigo un cambio de paradigma en la forma de ver así como aplicar el derecho, la consagración de Colombia como un Estado Social de derecho, la consagración de los derechos fundamentales de forma integral, así como la formulación de principios y derechos que se proyectan a lo largo del derecho. Estos dispositivos produce la posibilidad de que los jueces vayan más allá del derecho, se concienticen de la necesidad de los derechos humanos, el pluralismo, al igual que el constitucionalismo (Molinares Hassan, 2013, págs. 189-221) (Piana, 2010, págs. 20-64).

Fue necesaria una transformación sustancial de las concepciones del derecho, para lograr los fines que se plantearon los constituyentes o al menos propusieron, la Constitución fue considerada como una herramienta de transformación social a través del de Derecho, es decir, se consideró una Constitución aspiracional (Saffon & García Villegas, 2011, págs. 78-79) donde se integran derechos y mecanismos de materialización.

La eficacia del derecho se consideró un gran preocupación y para dicho fin se establecieron diversos mecanismos, como: “El Control material de la Corte como defensa de las aspiraciones del poder constituyente, esto produce que los distintos poderes se vean obligados a darle más eficacia a derechos que se concretan; la generación de un modelo integral que una de forma completa las distintas generaciones para conectar una función técnico-constitucional con la realidad social” (Noguera Fernández & Criado de Diego, 2011, págs. 15-49).

Al igual se expidió el decreto 2067 de 1991, en su artículo 21, que dispuso que las sentencias que profiere la Corte Constitucional de Colombia tienen un valor de cosa juzgada constitucional y vincula a todas las autoridades responsables en la aplicación de la ley (Sarmiento, 2012, pág. 61). Y se potencializó el control de constitucionalidad difuso, “la supremacía de la Constitución se define en el artículo 5 de la ley 57 de 1887, que establece al efecto: “cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, se preferirá aquella”; De otra parte; el artículo 4 de la Constitución Política dice: “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales” (Rey Clavijo, 2008, pág. 65).

De esta forma establecieron varios elementos que buscaban reforzar la materialización del derecho, sin embargo, los principales dispositivos de protección se realizaron mediante las acciones judiciales y los fallos de los jueces. Así, La Corte Constitucional Colombiana se convirtió en un Corte con fallos progresista que protegía los derechos humanos, la pluralidad y la diferencia (Fajardo Sánchez & García Lozano, 2010), los jueces tomaron protagonismo en la actualidad política y partiendo de varias corrientes como el garantismo procuraron proteger y garantizar los derechos sociales entre otros (Lascarro Castellar & Lascarro Castellar, 2012, págs. 65-85).

El concepto de Constitucionalismo moderno empezó a tener énfasis en “la interpretación constitucional está en el núcleo del Derecho constitucional toda vez que de ella depende en alta medida la garantía de los derechos” (Pulido Ortiz, 2012, pág. 124). De esta forma, el núcleo esencial del constitucionalismo son los jueces, el activismo judicial se estudió dentro de dos perspectivas: 1) protección de los derechos y 2) desarrollo de los mismos.

La primera de ella ha sido estudiada por varios de los principales teóricos colombianos del derecho, por ejemplo, Cesar Rodríguez Garavito, Rodolfo Arango, entre otros. Estos autores han realizado investigaciones principalmente

bajo un modelo sociojurídico y ius filosófico que analiza Casos en varios niveles y a través de varios marcos teóricos que estudian el fenómeno.

Por ejemplo, Cesar Rodríguez Garavito en una investigación que realiza en compañía de Diana Rodríguez Franco, titulada: Corte y cambio social: Cómo la Corte Constitucional Transformó el desplazamiento forzado en Colombia (Rodríguez Garavito & Rodríguez Franco, 2010), bajo un marco de activismo judicial que definieron, así:

“El nuevo activismo judicial, por tanto, parte de la constatación de situaciones recurrentes de bloqueo institucional o político que impiden la realización de los derechos. En estos casos, frecuentes en las democracias contemporáneas, la judicatura, aunque no sea la instancia ideal o esté dotada de todas las herramientas para cumplir la tarea, aparece como el único órgano del Estado con la independencia y el poder para sacudir semejante estancamiento. En suma, si el activismo judicial opera en las circunstancias y mediante los mecanismos adecuados, sus efectos, en lugar de ser antidemocráticos, son dinamizadores y promotores de la democracia” (Rodríguez Garavito & Rodríguez Franco, 2010, pág. 39).

En esta se analizó las implicaciones de la sentencia T-025 de 2004 (Colombia, Corte Constitucional, 2004), el caso del desplazamiento forzado. Las problemáticas y las violaciones sistemáticas de derechos humanos en estos hechos, produjeron una crisis humanitaria de gran envergadura que no han sido posible remediar, por lo cual, la Corte constitucional declaró un Estado de cosas inconstitucionales.

A través de la investigación se demostró como la Corte creó situaciones jurídicas y políticas que buscaban brindar las condiciones necesarias para solventar dicha crisis, y así dio ordenes a cada una de las instituciones ordenando seguimiento a través de autos de seguimiento y audiencias públicas, teniendo éxito en algunos puntos (Rodríguez Garavito & Rodríguez Franco, 2010).

Asimismo el profesor Rodolfo Arango a trabajado la garantía de los derechos a través de los derechos sociales, estos derechos que no tenían carácter de fundamental pero que se relacionaban principalmente con uno de los indicadores más preocupantes en Colombia, la pobreza, lo que generaba que fuera casi imposible su materialización.

Por lo tanto, para lograr en un Estado la materialización de

“los derechos sociales fundamentales no basta ni su positivización en el orden interno, ni su reconocimiento constitucional o convencional; se requiere además de su reconocimiento como derechos fundamentales y el establecimiento de acciones y procedimientos constitucionales para hacer exigible estos derechos por parte de sus titulares. Los derechos sociales fundamentales, en consecuencia, no son normas de rango constitucional que sólo establecen obligaciones objetivas a los poderes públicos, en particular al legislador para que los desarrolle progresivamente, sino verdaderos derechos públicos subjetivos en cabeza de sus individuos quienes pueden exigirlos en forma inmediata ante los jueces constitucionales” (Arango, Justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales en Colombia Aporte a la construcción de un Ius constitutionale en Latinoamérica, 2005, pág. 22).

A través de el desarrollo de una compleja teoría sobre los derechos subjetivos en este campo y su potencialización explica por qué el papel definitorio de los jueces, empero, establece

En un Estado constitucional y democrático de derecho la justicia constitucional no puede pretender reemplazar los órganos de expresión política. Ella debe velar por corregir los excesos y omisiones contrarios a una preceptiva superior que, en su contenido, guía las actuaciones de todas las autoridades. Esta orientación también vale en materia de la realización de los derechos sociales en general. Por su

parte, la justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales parte de una tesis en teoría de la justicia que aquí sólo puede ser esbozada, ya que su desarrollo ameritaría un tratamiento propio. Me refiero a la tesis según la cual los derechos sociales fundamentales corresponden más al ámbito de la justicia compensatoria que al ámbito de la justicia distributiva. Esto es compatible con la función correctora del control constitucional (Arango, Promoción de los derechos constitucionales por vía de protección judicial, 2002, págs. 117-118).

Es decir, el marco constitucional es aquel que garantiza la protección de derechos, por tanto el juez no crea, al contrario, defiende la constitución y el marco jurídico.

La línea o la tendencia, de los profesores Mauricio García Villegas y Rodrigo Uprimny se encuentra más relacionada con la teoría de la emancipación social a través del derecho, no obstante es importante rescatar algunas líneas de sus trabajos que se han dedicado a mirar la relación de los jueces y el derecho, en torno a un elemento esencial para el garantismo, la legitimidad vía eficacia. Los autores explican las razones del comportamiento de las Cortes de la siguiente forma:

“Los diseños de la justicia constitucional colombiana y la cultura jurídica hacen posible institucionalmente un importante activismo de la Corte. La crisis de la representación y la debilidad de los movimientos sociales favorecen el recurso a los mecanismos jurídicos por parte de ciertos actores sociales. El texto aprobado en 1991 estimula también una visión progresista por la Corte, la cual, debido al vacío generado por el debilitamiento de las fuerzas constituyentes, tiende a verse como el poder a quien corresponde ejecutar los valores contenidos en la constitución. (Uprimny & García Villegas, 2004, págs. 264-265)”

Es así que en virtud de los vacíos de legitimidad, eficacia y del derecho mismo, era nece-

sario a través de la misma Constitución. Este argumento da origen a la segunda forma de garantismo: el desarrollo del derecho a través de los jueces.

Esta tendencia es la más problemática frente al tema de la tensión que se gesta al responder el interrogante que aboca este artículo, puesto que la transición de la teoría clásica del derecho se preguntará fundamento y competencia tienen los jueces para desarrollar las normas constitucionales? Uno de los casos más emblemáticos que se ha presentado en este campo es la jurisdicción indígena.

2. ESTUDIO DE CASO: LA JURISDICCIÓN INDÍGENA, UN DESARROLLO DESDE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

El reconocimiento de las comunidades étnicas se produjo gracias a la Constitución de 1991, la Constitución Política contempla en múltiples artículos el reconocimiento de un país étnico y multicultural, de esta forma, en su preámbulo, el artículo 7, 13, 96, 171, 286, 321, 329, 330, 356, entre otros es posible incluir un desarrollo y reconocimiento a las comunidades indígenas; igualmente, se encontró como instrumentos jurídicos el convenio 169 de de 1989, que se presenta como actualización del convenio 107 de 1957, el cual fue ratificado por la ley 21 de 1991 y el último considerado instrumento legal considerado por los movimientos indígenas como una reivindicación social: el decreto 1953 de 2014.

Para el caso que compete en el presente texto, la jurisdicción indígena fue consagrada en el artículo 246, que reza “Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional”. No obstante, a la fecha no se han promulgado dichas normas y el desarrollo de la comprensión del fuero indígena se enmarca en el desarrollo jurisprudencial.

Es así como desde 1991 se da la posibilidad que los pueblos apliquen su propias formas de justicia, sin embargo, cuando se elaboró dicho texto no se tuvo en cuenta que en Colombia, existen alrededor de 102 pueblos indígenas reconocidos por las organizaciones, de los cuales 87 han sido avalados por parte del Ministerio del Interior (Organización Nacional de Indígenas de Colombia, 2014) y que todos ellos tienen diferentes criterios para aplicar su propia forma de administración de justicia, por lo cual, al momento de iniciar la actividad jurisdiccional se comenzaron a presentar los problemas de interpretación.

En este sentido, para la Corte Constitucional era necesario crear criterios que fueran aplicables en general y propiciaran por garantizar el derecho a una jurisdicción especial indígena. Igualmente, la creación de estas reglas con base en la doctrina constitucional (López Medina, 2006) se esperaban fueran aplicables al momento de conocer de este tipo de casos.

Así, la Corte creó cuatro (4) reglas de interpretación para solucionar las diferencias conceptuales y los conflictos valorativos:

A mayor conservación de sus usos y costumbres, mayor autonomía; **(ii)** los derechos fundamentales constitucionales son el mínimo obligatorio de convivencia para todos los particulares; **(iii)** las normas legales imperativas (de orden público) de la República priman sobre los usos y costumbres de las comunidades indígenas, siempre y cuando protejan directamente un valor constitucional superior al principio de diversidad étnica y cultural y; **(iv)** los usos y costumbres de una comunidad indígena priman sobre las normas legales dispositivas (Colombia, Corte Constitucional, 2007) (Colombia, Corte Constitucional, 1994).

Estas valoraciones por parte de la Corte fueron desarrolladas, de la siguiente forma:

“A mayor conservación de sus usos y costumbres, mayor autonomía. La realidad colombiana muestra que las numero-

sas comunidades indígenas existentes en el territorio nacional han sufrido una mayor o menor destrucción de su cultura por efecto del sometimiento al orden colonial y posterior integración a la “vida civilizada” (Ley 89 de 1890), debilitándose la capacidad de coerción social de las autoridades de algunos pueblos indígenas sobre sus miembros. La necesidad de un marco normativo objetivo que garantice seguridad jurídica y estabilidad social dentro de estas colectividades, hace indispensable distinguir entre los grupos que conservan sus usos y costumbres - los que deben ser, en principio, respetados -, de aquellos que no los conservan, y deben, por lo tanto, regirse en mayor grado por las leyes de la República, ya que repugna al orden constitucional y legal el que una persona pueda quedar relegada a los extramuros del derecho por efecto de una imprecisa o inexistente delimitación de la normatividad llamada a regular sus derechos y obligaciones” (Colombia, Corte Constitucional, 1994).

Este criterio es eminentemente garantista al buscar garantizar los desarrollos de la diversidad étnica y cultural, al legitimar las características propias de las comunidades y enfatizar las desigualdades a las que habían sido sometidos estos pueblos a lo largo de la historia, el derecho se utiliza como una forma de reivindicación política.

“Los derechos fundamentales constitucionales constituyen el mínimo obligatorio de convivencia para todos los particulares. Pese a que la sujeción a la Constitución y a la ley es un deber de todos los nacionales en general (CP arts. 4, 6 y 95), dentro de los que se incluyen los indígenas, no sobra subrayar que el sistema axiológico contenido en la Carta de derechos y deberes, particularmente los derechos fundamentales, constituyen un límite material al principio de diversidad étnica y cultural y a los códigos de valores propios de las diversas comunidades indígenas que habitan el territorio nacional, las que, dicho sea de paso, estu-

vieron representadas en la Asamblea Nacional Constituyente”. (Colombia, Corte Cosntitucional, 1994).

Éste ítem retoma los criterios utilizados por las nuevas tendencias del constitucionalismo, el límite debe ser la misma Constitución, no obstante, surge el interrogante ¿cómo ponderar construcciones sociales tan subjetivas como son los valores y los principios sociales?. La falta de diálogo de los sistemas jurídicos es uno de los principales inconvenientes para fundamentar el multiculturalismo, ya que en la práctica estas valoraciones se vuelven complejas al intentar respetar las diferencias.

“Las normas legales imperativas (de orden público) de la República priman sobre los usos y costumbres de las comunidades indígenas, siempre y cuando protejan directamente un valor constitucional superior al principio de diversidad étnica y cultural. La interpretación de la ley como límite al reconocimiento de los usos y costumbres no puede llegar hasta el extremo de hacer nugatorio el contenido de éstas por la simple existencia de la norma legal. El carácter normativo de la Constitución impone la necesidad de sopesar la importancia relativa de los valores protegidos por la norma constitucional - diversidad, pluralismo - y aquellos tutelados por las normas legales imperativas. Hay un ámbito intangible del pluralismo y de la diversidad étnica y cultural de los pueblos indígenas que no puede ser objeto de disposición por parte de la ley, pues se pondría en peligro su preservación y se socavaría su riqueza, la que justamente reside en el mantenimiento de la diferencia cultural. La jurisdicción especial (CP art. 246) y las funciones de autogobierno encomendadas a los consejos indígenas (CP art. 330) deben ejercerse, en consecuencia, según sus usos y costumbres, pero respetando las leyes imperativas sobre la materia que protejan valores constitucionales superiores (Colombia, Corte Cosntitucional, 1994).

Este criterio produce el reconocimiento automático de formas de gobierno propio, lo cual en los Estados modernos es una condición elemental para su existencia, empero, ¿que sucede cuando existen comunidades que no tengan dicha lógica de organización? ¿Como se aplican dichos límites? ¿Y quien determina el orden publico en un país en conflicto? Estos son tan solo algunos interrogantes que nacen de este parametro, y es posible que en la práctica se puede conviertan en contraproducentes incluso para las mismas comunidades.

“Los usos y costumbres de una comunidad indígena priman sobre las normas legales dispositivas. Esta regla es consecuente con los principios de pluralismo y de diversidad, y no significa la aceptación de la costumbre *contra legem* por tratarse de normas dispositivas. La naturaleza de las leyes civiles, por ejemplo, otorga un amplio margen a la autonomía de la voluntad privada, lo que, *mutatis mutandis*, fundamenta la prevalencia de los usos y costumbres en la materia sobre normas que sólo deben tener aplicación en ausencia de una autoregulación por parte de las comunidades indígenas” (Colombia, Corte Cosntitucional, 1994).

Este criterio de interpretación se vuelve problemático al momento de que los jueces de menor jerarquía conozcan de dichos casos, dado que no siempre se aplicó una teoría constitucionalista y en la facultades de derecho aún se aplican criterios tradicionalistas, el derecho como imperio, ejercicio de poder etc, por lo cual, su aplicación garantista depende de la formación del juez.

Por otro lado, se encuentran reglas generales que dirimen el conflicto entre diversidad y unidad, en estos casos se estableció que el procedimiento de solución de dichos conflictos debe atender las circunstancias del caso concreto especialmente relacionadas con: “(i) la cultura involucrada; (ii) el grado de aislamiento o integración de ésta respecto de la cultura mayoritaria; (iii) la afectación de intereses o derechos individuales de miembros de la comunidad, entre otros” (Colombia, Corte Constitucional, 1996)

Igualmente, reafirmando los criterios mencionados cuando se presenten diferencias conceptuales y conflictos valorativos en la aplicación de órdenes jurídicos diversos, la Corte identifica los siguientes criterios:

(i) a mayor conservación de sus usos y costumbres, mayor autonomía; (ii) los derechos fundamentales constitucionales constituyen el mínimo obligatorio de convivencia para todos los particulares; (iii) las normas legales imperativas (de orden público) de la República priman sobre los usos y costumbres de las comunidades indígenas, siempre y cuando protejan directamente un valor constitucional superior al principio de diversidad étnica y cultural y; (iv) los usos y costumbres de una comunidad indígena priman sobre las normas legales dispositivas (Colombia, Corte Constitucional., 2004).

Amismo tiempo la Corte ha ido creando principios que son más culturales y políticos que jurídicos, lo que produce que dependan principalmente de los jueces para su aplicación y por supuesto para los criterios de implementación de los mismos:

1. “En primer lugar, la Corte ha señalado que los conflictos deben resolverse **a favor del principio de maximización de la autonomía**, es decir, los jueces y las demás autoridades deben favorecer el derecho de las comunidades a la autonomía, salvo cuando **(i)** esté de por medio un derecho fundamental de uno de sus miembros u otro principio constitucional que adquiera mayor peso en la ponderación que se lleva a cabo en el caso concreto (Colombia, Corte Constitucional, 1996) (Colombia, Corte Constitucional, 1996) (Colombia Corte Constitucional, 1998) o **(ii)** la restricción de la autonomía constituya la medida menos gravosa posible.

2. “*la jurisprudencia constitucional ha defendido el principio de mayor autonomía para la decisión de conflictos in-*

ternos, según el cual el respeto por la autonomía debe ser mayor cuando el problema estudiado por el juez constitucional involucra solo a miembros de una comunidad, que cuando el conflicto involucra dos culturas diferentes. En esta última hipótesis deben armonizarse principios esenciales de cada una de las culturas en tensión, es decir, la jurisprudencia ha invitado a establecer un diálogo intercultural”.

3. “*la Corte ha defendido el principio a mayor conservación de la identidad cultural, mayor autonomía. Según este principio, en el caso concreto debe sopesarse el grado de aislamiento o integración de la comunidad indígena involucrada respecto de la cultura mayoritaria. (Colombia, Corte Constitucional, 1996) Al respecto, en la sentencia T-349 de 1996 (Colombia, Corte Constitucional, 1996), la Corte sugirió que en cada caso el juez debe examinar las características específicas de la comunidad de la que se trata, puesto que no todas le otorgan la misma importancia a las posibilidades de determinar cada uno de sus asuntos. Posteriormente, en la sentencia T-496 de 1996 (Colombia, Corte Constitucional, 1996), la Corporación agregó que “el procedimiento de solución de conflictos entre unidad y autonomía debe atender a las circunstancias del caso concreto: la cultura involucrada, el grado de aislamiento o integración de ésta respecto de la cultura mayoritaria (...)”.* Más recientemente, en la sentencia T-514 de 2009 (Colombia, Corte Constitucional, 2009), la Corte precisó que la idea de que las comunidades indígenas que se han asimilado en mayor medida a la cultura mayoritaria, deben también regirse en mayor medida por las leyes de la República en virtud del principio de unidad, debe tomarse como “una constatación descriptiva y no como un precepto normativo” (Colombia, Corte Constitucional, 1996) (Colombia Corte Constitucional, 1998) (Colombia, Corte Constitucional, 2012) (Colombia, Corte Constitucional, 2012).

Los anteriores criterios se establecieron en virtud de la aplicación e interpretación, empero, era necesario establecer, reglas de competencia que permitiera identificar cuando las autoridades indígenas debían fallar y cuando debía conocer la jurisdicción ordinaria para que no hubiera problemas de colisión de competencias. Estas reglas también fueron desarrolladas a nivel jurisprudencial.

La Corte ha señalado principalmente (3) factores para establecer la jurisdicción indígena: “(i) el personal “con el que se pretende señalar que el individuo debe ser juzgado de acuerdo con las normas y las autoridades de su propia comunidad” y; (ii) el territorial “que permite que cada comunidad pueda juzgar las conductas que tengan ocurrencia dentro de su territorio, de acuerdo con sus propias normas” (Colombia, Corte Constitucional, 1996) (Colombia Corte Constitucional, 1998) (Colombia, Corte Constitucional, 2012) (Colombia, Corte Constitucional, 2012). y (iii) el objetivo, “referido a la calidad del sujeto o del objeto sobre los que recae la conducta delictiva” (Colombia, Corte Constitucional, 2003).

Así mismo, esta la sentencia T-552 de 03, M.P. Rodrigo Escobar Gil, reconoció que para que proceda la jurisdicción indígena sería necesario acreditar que “(i) Estar frente a una comunidad indígena (ii) que cuente con autoridades tradicionales, (iii) que ejercen su autoridad en un ámbito territorial determinado; (iv) y tienen la existencia de usos y prácticas tradicionales, tanto en lo sustantivo como en lo procedimental y, (v) los usos y prácticas no resulten contrarias a la Constitución o a la Ley” (Colombia, Corte Constitucional, 2003).

No obstante, la Corte en múltiples sentencias (Colombia, Corte Constitucional, 1996) (Colombia, Corte Constitucional, 2013) (Colombia, Corte Constitucional, 2011), establece criterios subjetivos para la aplicación de la misma: “(i) en casos de conductas realizadas en el territorio de una comunidad, pero que causan daños a terceros ajenos, es posible que el asunto deba ser juzgado por la jurisdicción ordinaria. (ii) De igual forma, como en el caso analizado en la sentencia T-496 de 1996 (Colombia,

Corte Constitucional, 1996), es posible que pese a que una conducta reprochada por una comunidad haya sido cometida por uno de sus miembros dentro de su territorio, el caso deba ser remitido a la jurisdicción nacional debido a la no pertenencia de la víctima a la comunidad y al grado de integración del infractor a la cultura mayoritaria. (iii) También es posible, como en el caso examinado en la sentencia T-1238 de 2004, que una falta que tuvo lugar fuera del territorio, deba ser sometida a la jurisdicción de la comunidad por haberse realizado contra un miembro de la misma”.

De acuerdo a lo anterior, puede considerarse que la aplicación del fuero penal indígena exige el análisis de cuatro (4) criterios:

1. El elemento personal que exige que el acusado de un hecho punible o socialmente nocivo pertenezca a una comunidad indígena y frente al cual se establecen 2 supuestos de hecho: “(i) si el indígena incurre en una conducta sancionada solamente por el ordenamiento nacional “en principio, los jueces de la República son competentes para conocer del caso. Sin embargo, por encontrarse frente a un individuo culturalmente distinto, el reconocimiento de su derecho al fuero depende en gran medida de determinar si el sujeto entendía la ilicitud de su conducta”; (ii) si el indígena incurre en una conducta sancionada tanto en la jurisdicción ordinaria como en la jurisdicción indígena, el intérprete deberá tomar en cuenta “(i) la conciencia étnica del sujeto y (ii) el grado de aislamiento de la cultura a la que pertenece. Ello en aras de determinar la conveniencia de que el indígena sea procesado y sancionado por el sistema jurídico nacional, o si corresponde a su comunidad juzgarlo y sancionarlo según sus normas y procedimientos”.

En este sentido concluyó que se perfilan como criterios orientadores útiles en la tarea de definir la competencia: “(i) las culturas involucradas, (ii) el grado de aislamiento o integración del sujeto frente a la cultura mayoritaria y (iii)

la afectación del individuo frente a la sanción. Estos parámetros deberán ser evaluados dentro de los límites de la equidad, la razonabilidad y la sana crítica” (Colombia, Corte Constitucional, 2012).

La Corte desarrolló estos criterios sistematizando un poco los fallos en el tema, por tal motivo se realizará una cita en extenso, sentencia T-002 de 2012, M.P. Juan Carlos Henao Pérez (Colombia, Corte Constitucional, 2012) Corte Constitucional:

(ii) El elemento territorial establece que la comunidad podrá aplicar sus usos y costumbres *dentro de su ámbito territorial*, frente a lo cual existen 2 criterios de interpretación: “(i) *La noción de territorio no se agota en la acepción geográfica del término, sino que debe entenderse también como el ámbito donde la comunidad indígena despliega su cultura;* (ii) *El territorio abarca incluso el aspecto cultural, lo cual le otorga un efecto expansivo: “Esto quiere decir que el espacio vital de las comunidades no coincide necesariamente con los límites geográficos de su territorio, de modo que un hecho ocurrido por fuera de esos límites puede ser remitido a las autoridades indígenas por razones culturales”*.”

(iii) El elemento institucional u orgánico indaga por la existencia de una institucionalidad al interior de la comunidad indígena, la cual debe estructurarse a partir de un sistema de derecho propio conformado por los usos y costumbres tradicionales y los procedimientos conocidos y aceptados en la comunidad; es decir, sobre: **(i)** cierto poder de coerción social por parte de las autoridades tradicionales; y **(ii)** un concepto *genérico* de nocividad social. Este elemento además estaría compuesto por 3 criterios de interpretación relevantes: “*La Institucionalidad es presupuesto esencial para la eficacia del debido proceso en beneficio del acusado* (Colombia, Corte Constitucional, 2012); *La conservación de las costumbres e instrumentos ancestrales en materia de resolución de conflictos* (Colombia, Corte Constitucional, 2012) y *La satisfacción de los derechos de las víctimas”*.”

(iv) El elemento objetivo se refiere a la naturaleza del bien jurídico tutelado. Concretamente, si se trata de un interés de la comunidad indígena, o de la sociedad mayoritaria.

De esta forma, la Corte aparentemente logro brindar los criterios básicos para poder darle funcionamiento a la jurisdicción especial indígena, no obstante, es de resaltar como estos criterios eran necesarios desde el sistema jurídico de occidente puesto que muy seguramente existen comunidades que no tienen en cuenta ninguno de esos elementos ya sea por desconocimiento o por cuestiones políticas (El Espectador, Edinson Arley, 2014) (El Tiempo, 2014) y pueden tornarse conflictivos en los casos en donde comuneros o miembros de las fuerzas armadas tengan problemas jurídicos con los miembros de las comunidades indígenas (García Lozano, 2016, págs. 147-162).

CONCLUSIÓN

A través del presente texto se buscó dar respuesta a la pregunta eje nuclear del artículo: ¿Del Estado de derecho al Estado de los jueces en los Estados multiculturales?, la respuesta que a simple vista y de acuerdo al marco teórico elegido sería negativa, no obstante, es importante resaltar algunos elementos que producen relatividad al momento de cerrar las conclusiones.

Teniendo los fundamentos de la teoría garantista, el juez acorde a la Constitución crea las condiciones necesarias para que se puedan proteger los derechos, con el objetivo que estos gocen de eficacia al igual que de legitimidad en la sociedad. Es decir, el juez tiene la potestad para orientar o crear las reglas que permitan la materialización o desarrollo de los contenidos políticos de la Constitución, en este sentido se establece que el juez no puede ir más allá de los principios que se propusieron en la Carta, principalmente al ser una teoría que tiene como base la democracia, se busca el respeto por la voluntad general, dentro de los criterios del reconocimiento de los derechos de acuerdo a cada hecho. Igualmente, la teoría neoconstitucionalista trabaja bajo este supuesto, por lo cual al momento de realizar la sistematización de la doctrina estos trabajos fueron tenidos en cuenta.

En el caso Colombiano se encontraron varias dicotomías, de manera aparente la Corte estaba creando derecho, bajo estos supuestos la respuesta podría ser positiva, no obstante, al analizar las investigaciones, los supuestos con los cuales se realizaba dicha afirmación, se hizo evidente que más allá de crear, los jueces buscaron alternativas para cumplir con los mandatos constitucionales al igual que acercar el derecho y la sociedad. Las dificultades de decidir un caso en concreto produce que el derecho sea comprendido en diferentes niveles, por ejemplo, en algunos casos es necesario generar conexidad de derechos fundamentales, en otros es necesario la aplicación de principios, al igual que, la combinación de técnicas de interpretación producira la garantía de derechos.

Empero, de acuerdo a la información registrada la garantía de derechos debe en algunos casos crear algunos elementos y en otros casos

regular. Este fue el estudio de caso que se presento en el texto, ya que para que se pudiera dar funcionamiento a la jurisdicción especial era necesario crear criterios y reglas para establecer algunos limites, alcances y por supuesto una armonización, dado que, al no haber una claridad por parte de las comunidades o los funcionarios estos criterios pueden ser obviados y generar inestabilidad e inseguridad, por cuanto se convierte en criterios de carácter subjetivos.

El Estado no se transformo a un Estado de los jueces pero si adquirieron un papel muy importante en la actualidad, aspecto que se vuelve inquietante cuando no se conoce el perfil de los jueces y la calidad de los mismos. Esta teoría parte de un reconocimiento de honorabilidad de juez, de brindarle legitimidad al derecho, lo que sólo es posible desde unos criterios garantistas.

REFERENCIAS

- Ansuátegui Roig, F. J. (2012). Jueces constitucionales (garantía de la constitución y responsabilidad). *Revista estudios sociojurídicos*, 14(2), 12-33.
- Arango, R. (julio de 2002). Promoción de los derechos constitucionales por vía de protección judicial. *El otro derecho*(28), 102-122.
- Arango, R. (2005). Justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales en Colombia Aporte a la construcción de un *Ius constitutionale* en Latinoamérica. *Biblioteca Virtual del instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM*, 17-35.
- Bernal Cano, N. (Enero- junio de 2010). El poder creador del juez en la combinación o mezcla de los procedimientos constitucionales. *Revista estudios sociojurídicos*, 12(1), 11-34.
- Bernal Cano, N. (2010). El poder creador del juez en la combinación o mezcla de los procedimientos constitucionales. *Estudios sociojurídicos*, 12(1), 11-30.
- Castaño zualuaga, L. (enero- junio de 2009). La hermenéutica y el operador jurídico en el nuevo esquema constitucional. Pautas a considerar para el logro de una adecuada interpretación jurídica. *Opinión jurídica*, 8(8), 77-96.
- Castillo-Sánchez, E. & Castellanos Morales, N. (Enero-junio de 2009). El disfraz Constitucional: el Constitucionalismo relativo. *Papel Político*, 14(1), 13-38.
- Céspedes-Baez, L. M. & Sarmiento Forero, J. (enero- junio de 2011). ¿Como mira el Estado? Constitución de 1991 y compromisos de género del Estado Colombiano. *Revista Estudios sociojurídicos*, 13(1), 389-417.
- Chauz Donado, F. J. (2013). Ingeniería constitucional. La evolución de los checks and balances en el estado Social de derecho. *Vniversitas*, 89-121.
- Colombia Corte Constitucional. (18 de Septiembre de 1998). Sentencia SU- 510. Bogotá D.C., Colombia: M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

- Colombia, Corte Constitucional. (23 de Noviembre de 2011). Sentencia 882. Bogotá D.C., Colombia: M.P. Jorge Ignacio Petrelt Chaljub.
- Colombia, Corte Constitucional. (09 de Abril de 1996). Sentencia C-139 . Bogotá D.C., Colombia: M.P. Carlos Gaviria Díaz.
- Colombia, Corte Constitucional. (08 de Agosto de 1996). Sentencia T-349 . Bogotá D.C., Colombia : M.P. Carlos Gaviria Díaz.
- Colombia, Corte Constitucional. (26 de Septiembre de 1996). Sentencia T-496. Bogotá D.C., Colombia: M.P. Carlos Gaviria Díaz.
- Colombia, Corte Constitucional. (10 de Julio de 2003). Sentencia T-552. Bogotá D.C., Colombia : M.P. Rodrigo Escobar Gil.
- Colombia, Corte Constitucional. (22 de Enero de 2004). Sentencia T-025. Bogotá D.C., Colombia: M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.
- Colombia, Corte Constitucional. (19 de Enero de 2007). Sentencia T-009. Bogotá D.C., Colombia: M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.
- Colombia, Corte Constitucional. (30 de Julio de 2009). Sentencia T-514. Bogotá D.C., Colombia: M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.
- Colombia, Corte Constitucional. (11 de Enero de 2012). Sentencia T 002. Bogotá D.C., Colombia: M.P. Juan Carlos Henao Pérez.
- Colombia, Corte Constitucional. (16 de Febrero de 2012). Sentencia T-097 . Bogotá D.C., Colombia: M.P. Mauricio González Cuervo.
- Colombia, Corte Constitucional. (12 de Julio de 2013). Sentencia T-449. Bogotá D.C., Colombia: M.P. Mauricio González Cuervo .
- Colombia, Corte Constitucional. (27 de Agosto de 2004). Sentencia T-811. Bogotá D.C., Colombia: M.P. Jaime Córdoba Triviño .
- Colombia, Corte Cosntitucional . (30 de Mayo de 1994). Sentencia T-254. Bogotá D.C., Colombia: M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Comanducci, P. (2003). Formas de constitucionalismo un análisis metateórico. En M. Carbonell, *Neoconstitucionalismos(s)*. México: Fondo de cultura economica.
- Cruz, L. M. (diciembre de 2009). La constitución como orden de valores. Reflexiones entorno al neoconstitucionalismo. *Dikaion*, 23(18), 11-31.
- Cruz, M. (2007). El modelo garantista de Luigi Ferrajoli Lineamientos generales. *Boletín Mexicano de Derecho comparado*, 825-852 P. 828.
- Dane, d. A. (2005). *La visivilización estadística de los grupos étnicos Colombianos*. Dane, Administrativo Nacional de estadísticas. Bogotá: Dane.
- De Sousa Santos, B., & Garcia Villegas, M. (2001). *El caleidoscopio de las justicia en Colombia*. Bogotá D.C: Universidad de los Andes, siglo XXI editores, Universidad Nacional de Colombia.
- Del Rosario Rodriguez, M. F. (Junio de 2011). La supremacia Constitucional: Naturaleza y alcances. *Dikaion*, 20(1), 97-117.
- Dirección de censos y demografía. (Marzo 2007). *Boletín, Censo general 2005 Datos desagregados por sexo*. Dane. Bogotá: Dane.
- El Espectador, Edinson Arley. (7 de Noviembre de 2014). *justicia indígena impone su ley*. Recuperado el 25 de Noviembre de 2014, de El Espectador: <http://www.elespectador.com/noticias/nacional/justicia-indigena-impone-su-ley-articulo-526506>
- El Tiempo . (6 de Noviembre de 2014). *El Tiempo*. Recuperado el 25 de Noviembre de 2014, de <http://www.eltiempo.com/colombia/otras-ciudades/juicio-indigena-a-guerrilleros-de-las-farc/14801558>.
- Fajardo Sanchez, L. A. & Garcia Lozano, L. F. (2010). *Utopía y jurisprudencia constitucional el enfoque progresista de la corte constitucional colombiana (1991-2000)*. Bogotá D.C: Universidad Santo Tomas.

- Ferrajoli, L. (2003). pasado y futuro del Estado de derecho. En Carbonell, *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: editorial trota.
- Ferrajoli, L. (2006). *Garantismo Una discusion sobre derecho y democracia*. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2009). *Derecho y garantias la ley del más debil*. Trotta: Madrid.
- Garay, Luis Jorge. (2002). Colombia: hacia una sociedad democratica moderna. En L. J. Garay, *Repensar a Colombia: Hacia un nuevo contrato social - talleres del milenio* (pág. 326). Bogota: Agencia Colombia de Cooperación internacional- PNUD.
- García Jaramillo, L. (junio-diciembre de 2011). Aproximación ala discusión sobre políticas públicas y justicia constitucional: A propósito del Estado de cosas inconstitucionales. *Estudios de Derecho*(152).
- García Lopez, L. F. (enero-junio de 2014). El juez y el precedente: hacia una nueva interpretación de poderes. *Vniversitas*(128), 79-120.
- García Lozano, L. (2016). La tensión de los derechos: soberanía nacional vs soberanía territorial. *Prolegómenos, derecho y valores*, 147-162.
- García Lozano, L. F. (2013). *El papel del Juez en la sociedad de contrastes. Un analisis a la autonomia funcional del juez en colombia*. Bogotá: Universidad Santo Tomas.
- García Lozano, L. F. (enero- junio 2013). La crisis de la modernidad: Una fractura del pensamiento político y juridico. *Novum Jus*, 11-31.
- Gascon Abellan, M. (2001). la teoria general del garantismo, a proposito de la obra de L. Ferrajoli “derecho y razón”. *Anuario del departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*(31).
- Guastini, R. (2003). La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso de Italia. En M. Carbonell, *Neoconstitucionalismo(s)*. Editorial Trotta.
- Kunz, A., & Cardinaux, N. (2004). *Investigar en Derecho gui para estudiantes y tesistas*. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, Facultad de derecho.
- Lascarro Castellar, C. & Lascarro Castellar, D. (Septiembre-diciembre de 2012). El discurso de los derechoen Colombia: Un mapa de la cuestión. *Pensamiento Jurídico*, 65-85.
- López Medina, D. E. (2006). *Interpretación Constitucional* (segunda ed.). Bogotá: Consejo superior de la judicatura, sala administrativa, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla y Universidad Nacional de Colombia.
- Molinares Hassan, V. (Junio-diciembre de 2013). Afrodecendientes: otro caso del garantismo de la Corte Constitucional Colombiana. *Vniversitas*(127), 189-221.
- Moreno Cruz, R. (septiembre- diciembre de 2007). El modelo garantista de Luigi Ferragoli Lineamientos generales. *Boletin Mexicano de Derecho comparado* , XL(120), 825-852.
- Noguera Fernandez, A., & Criado de Diego, M. (2011). La constitución Colombiana como nuevo punto de inicio del nuevo constitucionalismo en America LATina. *Revista de estudios sociojurídicos*, 13(1), 15-49.
- Noguera, A. (2007). Redefinición del Estado y derechos de los pueblos idnigenas en las nuevas constituciones Latinoamericianas. *Sortuz. Oñati Journal of emergent social-legal studies*, 1(2), 1-19.
- Noguera, A. (2009). ¿independencia o control? Los derechos sociales y los esfuerzos del ejecutivo por el control de la Corte Constitucional en Colombia. *Revista de estudios políticos*, 129-161.
- Organización Nacional de Indígenas de Colombia. (16 de Mayo de 2014). Recuperado el 2014 de Mayo de 18 , de <http://cms.onic.org.co/pueblos-indigenas/>

- Piana, D. (2010). Beyond judicial independence: Rule of law. *Comparative Sociology*, 9, 20-64.
- Pinilla campos, E. (septiembre- diciembre de 2012). Legitimidad y validez constitucionales en el contexto jurídico-político de un Estado alterado. *Pensamiento jurídico*(35), 15-64.
- Pulido Ortiz, F. E. (2012). Panorama de los problemas actuales en interpretación Constitucional. *Dikaion*, 21(1), 119-158.
- Quinche Ramírez, M. F. & Armenta Ariza, A. (julio- diciembre de 2012). Igualdad, razonabilidad y género en los procesos de constitucionalización e internacionalización del derecho. *Estudios sociojuridicos*.
- Rey Clavijo, J. G. (2008). El control constitucional en Colombia de la Constitución de 1991. *via juris*(4), 63-73.
- Rodríguez Garavito, C. & Rodríguez Franco, D. (2010). *Cortes y cambio social: Cómo la Corte Constitucional Transformó el desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho y Sociedad, Dejusticia.
- Ronconi, L. & Vita, L. (2013). La perspectiva de género en la formación de jueces y juezas. *Academica. Revista sobre enseñanza del Derecho*(11), 115-155.
- Saffon, M. P. & García Villegas, M. (2011). Derechos sociales y activismo judicial. La dimensión factica del activismo judicial en derechos sociales en Colombia. *Revista Estudios Socio Jurídicos*, 75 -107.
- Sarmiento, J. P. (Julio- diciembre de 2012). Hacia la constitucionalización del precedente judicial en Colombia ¿un esfuerzo por controlar las fuentes del derecho? *Opinion Jurídica*, 11(22), 65-82.
- Sousa, M. d. (2001). *El uso alternativo del derecho genesis y evolución en España, Italia y Brasil*. Bogotá: Instituto Latinoamericano de servicios Legales alternativos- ILSA.
- Staff Wilson, M. (1999). La perspectiva de género desde el Derecho. En I. Lopez Palau, *Violencia contra la mujer*. San Juan, Puerto Rico: Ediciones ILSA.
- Uprimny, R. & García Villegas, M. (2004). Corte Constitucional y emancipación social en Colombia. En B. De Sousa Santos, *Democratizar la democracia: Los cambios de la democracia participativa*. México: Fondo de cultura económica.
- Valadés, D. (septiembre- diciembre de 2011). La garantía como principio constitucional. *Boletín Mexicano de derecho comparado*, XLIV(132), 1259-1291.
- Vigo, R. L. (junio de 2012). De la argumentación de leyes a la argumentación desde la constitución: Realidad, teorías y valoración. *Dikaion*, 1(21), 187-226.

Periódicos y revistas

- Bolaños, Édinson Arley. Justicia indígena impone su ley. *El espectador*, 7 de noviembre de 2014, [en línea], disponible en: <http://www.elespectador.com/noticias/nacional/justicia-indigena-impone-su-ley-articulo-526506>, recuperado 25 de noviembre de 2014. POPAYÁN,
- Guerrilleros irán a juicio indígena y después a la justicia ordinaria, *El tiempo*. 6 de noviembre de 2014, [en línea], disponible en: <http://www.eltiempo.com/colombia/otras-ciudades/juicio-indigena-a-guerrilleros-de-las-farc/14801558>. Recuperado el 25 de noviembre de 2014.

Leyes

- Constitución Política de 1991.
- convenio 169 de 1989, ley 21 de 1991.
- Decreto 1953 de 2014.

