

EDITORES

RONAN CIRÉFICE - SERGIO MOLINA HINCAPIÉ

DERECHOS FUNDAMENTALES Y CONFLICTO

AUTORES

ALEJANDRO MATTA HERRERA

RUBÉN DARÍO RESTREPO RODRÍGUEZ

GERARD RINCÓN ANDREU

VICENTE SOLANO

DIEGO FERNANDO TARAPUÉS SANDINO

AEQUITAS

*Colección de la Facultad de Derecho
Universidad Santiago de Cali*

EDITORIAL DIKÉ

VIGILADA
MINISTERIO DE
EDUCACIÓN
USC
UNIVERSIDAD
SANTIAGO
DE CALI
EDITORIAL

DERECHOS FUNDAMENTALES Y CONFLICTO

AEQUITAS

*COLECCIÓN DE LA FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD SANTIAGO DE CALI*

I.S.B.N 978-958-5583-97-9

I.S.B.N Digital 978-958-5583-98-6

- © Ronan Ciréfica
- © Sergio Molina Hincapié
- © Alejandro Matta Herrera
- © Rubén Darío Restrepo Rodríguez
- © Gerard Rincón Andreu
- © Vicente Solano
- © Diego Fernando Tarapués Sandino
- © Universidad Santiago de Cali 2019
editor@usc.edu.co
- © Editorial Diké S.A.S. 2020
www.editorialdike.com

Editorial Diké S.A.S.

Cel.: 301 242 7399 - e-mail: dikesascomercial@gmail.com
Medellín - Colombia

Bogotá D.C. Librería

Calle 23 sur # 27- 41 Barrio Santander Tel.: 704 6822
Cel.: 301 242 7399 - e-mail: dikesasgerencia@gmail.com

San José de Costa Rica

Teléfono: 83 02 10 54 - Telefax: 22 14 25 23
e-mail: jadguzman@yahoo.com
editorialdike@hotmail.com

Caracas-Venezuela

Av. Urdaneta, esq. Ibarra, edf. Pasaje la Seguridad, P.B. Local 19, Caracas 1010 /
info@paredes.com.ve / Tels.: 58 (212) 564-15-05 / 563-55-90/06-04
RIF: J-30797099-5

Panamá

Calle Parita, Bulevar Ancón, Casa 503, Corregimiento de Ancón, Ciudad
de Panamá. Tel.: 50767814196 / borisbarrios@lawyer.com

Diseño y diagramación

Lucio F. Chunga Cheng
e-mail: cmya.disenoydiagramacion@gmail.com

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, ni su préstamo, alquiler o cualquier otra forma de cesión de uso del ejemplar, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.

AUTORES

RONAN CIRÉFICE

SERGIO MOLINA HINCAPIÉ

ALEJANDRO MATTA HERRERA

RUBÉN DARÍO RESTREPO RODRÍGUEZ

GERARD RINCÓN ANDREU

VICENTE SOLANO

DIEGO FERNANDO TARAPUÉS SANDINO

DERECHOS FUNDAMENTALES Y CONFLICTO

AEQUITAS

*COLECCIÓN DE LA FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD SANTIAGO DE CALI*



Catalogación en la publicación – Biblioteca Nacional de Colombia

Derechos fundamentales y conflicto : Aequitas / Sergio Molina Hincapié [y otros]. -- Cali : Universidad Santiago de Cali, Editorial Diké, 2020.

214 páginas : fotografías ; 24 cm.

Incluye bibliografías.

1. Derecho y política 2. Sistemas políticos 3. Organismos internacionales 4. Delitos políticos 5. Poder (Ciencias políticas) 6. Derechos humanos I. Molina Hincapié, Sergio, autor II. Ciréface, Ronan, 1984- , autor III. Tarapués Sandino, Diego Fernando, autor IV. Matta Herrera, Alejandro, autor.

342 cd 22 ed.

A1661656

CEP-Banco de la República-Biblioteca Luis Ángel Arango

Editorial Diké S.A.S.

Eduardo Quiceno Álvarez
Presidente Honorario del Comité Editorial

Sebastián Quintero Ocampo
Director Editorial

AUTORES

RONAN CIRÉFICE

Profesor de Derecho Internacional Público de la Universidad Santiago de Cali. Líder del Grupo de Investigación GICPODE-RI. Doctor en Derecho (PhD), Universidad de Alcalá de Henares (UAH), España. Miembro del Grupo de Reflexión GRIDALE y del Instituto Eurolatinoamericano de Estudios para la Integración (IELEPI). Investigador de la Catedra Jean Monnet de la Universidad de Alcalá.

SERGIO MOLINA HINCAPIÉ

Profesor del Departamento de Derecho Público de la Universidad Santiago de Cali. Magíster en Derecho por la Universidad Santiago de Cali. Licenciado en Filosofía por la Universidad del Valle. Abogado por la Universidad Santiago de Cali.

ALEJANDRO MATTA HERRERA

Abogado de la Universidad de Medellín, especialista en Derecho Administrativo y Constitucional de la Universidad del Rosario de Bogotá. Magíster en Filosofía del Derecho de la Universidad de Buenos Aires, donde actualmente realiza su Doctorado en Derecho en la línea de filosofía del derecho. Docente Universitario Universidad Eafit.

RUBÉN DARÍO RESTREPO RODRÍGUEZ

Profesor de Epistemología Jurídica de la Universidad Católica Lumen Gentium (Cali, Colombia). Abogado y Magíster en Derecho de la Universidad Santiago de Cali y estudios de Doctorado en Derecho de la Universidad Mar del Plata (Argentina). Abogado litigante.

GERARD RINCÓN ANDREU

Profesor de Derecho Civil en la Universidad Santiago de Cali. Investigador vinculado al grupo GICPODERI. Doctorando en Derecho por la Universidad de Barcelona. Máster en Estudios Jurídicos Avanzados con especialidad en derecho privado en la misma universidad.

VICENTE SOLANO

Abogado y Licenciado en Ciencias Políticas y Sociales por la Universidad de Cuenca. Magister en Derecho con mención en Derecho Constitucional por la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador. Estudiante del Máster in Global Rule of Law and Constitutional Democracy por el Instituto Tarello de la Universidad de Génova - Italia. Doctorando en Responsabilidad Jurídica. Estudio Multidisciplinar por la Universidad de León - España. Actualmente docente en la Universidad de Cuenca y Universidad Andina Simón Bolívar sede Ecuador.

DIEGO FERNANDO TARAPUÉS SANDINO

Magistrado Auxiliar del Tribunal para la Paz de la JEP, Profesor Titular de la Facultad de Derecho de la USC. Investigador Senior del GICPODERI. Ha sido Decano y líder del grupo de investigación GICPODERI.

**CUERPO DIRECTIVO DE LA
EDITORIAL DE LA UNIVERSIDAD
SANTIAGO DE CALI**

CARLOS ANDRÉS PÉREZ GALINDO
Rector

ROSA DEL PILAR COGUA ROMERO
Directora General de Investigaciones

JENNIFER STELLA MARIN ORDOÑEZ
Decana Facultad de Derecho

EDWARD JAVIER ORDÓÑEZ
Editor en jefe

COMITÉ EDITORIAL

ROSA DEL PILAR COGUA ROMERO

DORIS LILIA ANDRADE AGUDELO

EDWARD JAVIER ORDÓÑEZ

LUISA MARÍA NIETO RAMÍREZ

SERGIO MOLINA HINCAPIE

MILTON ORLANDO SARRIA PAJA

SERGIO ANTONIO MORA MORENO

LUIS FELIPE VÉLEZ FRANCO

CLAUDIA FERNANDA GIRALDO JIMÉNEZ

ÍNDICE

PRESENTACIÓN	15
EL CONSEJO EUROPEO: UNA INSTITUCIÓN ATÍPICA DE LA CONSTRUCCIÓN EUROPEA	21
<i>Ronan Ciréfcce</i>	
1. <i>Introducción</i>	21
2. <i>El consejo europeo: de su actuación informal a su institucionalización como órgano político al supuesto servicio de la integración europea</i>	23
3. <i>La atípica figura del presidente permanente del consejo europeo</i>	35
4. <i>El consejo europeo frente a sus demonios: intereses nacionales vs. Integración europea</i>	46
5. <i>Conclusión</i>	58
BIBLIOGRAFÍA	61
EL NEOCONSTITUCIONALISMO Y LA CRISIS DE LA ADJUDICACIÓN DEL DERECHO.....	65
<i>Alejandro Matta Herrera</i>	
1. <i>Introducción</i>	65
2. <i>Breves apuntes sobre epistemología jurídica</i>	70
3. <i>La cultura jurídica de posguerra: ontologización de la justicia</i>	74
4. <i>El diseño institucional: la crisis de la sala de máquinas</i>	78
5. <i>Conclusiones</i>	80
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	81

LA POLICÍA COMO ACTOR POLÍTICO	83
<i>Rubén Darío Restrepo Rodríguez - Sergio Molina Hincapié</i>	
1. <i>Introducción</i>	83
2. <i>Aproximación al concepto de policía</i>	85
3. <i>Actores políticos</i>	99
4. <i>La policía y su politicidad</i>	109
5. <i>Conclusiones</i>	115
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	119
GUARDA COMPARTIDA: LA DOCTRINA DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES DE CATALUÑA Y SU EVOLUCIÓN	125
<i>Gerard Rincón Andreu</i>	
1. <i>Introducción</i>	125
2. <i>La guarda compartida o alternada: aproximación conceptual y marco jurídico en Cataluña</i>	126
3. <i>El ejercicio efectivo de la guarda compartida</i>	130
4. <i>Doctrina sobre el principio del interés superior del menor</i>	133
5. <i>El control judicial y la potestad discrecional del juez</i>	138
6. <i>Los criterios para la determinación del régimen de guarda</i>	139
6.1. <i>Conflictividad entre los progenitores</i>	141
6.2. <i>Aptitud de los progenitores y la vinculación afectiva con el hijo</i>	144
6.3. <i>La opinión del menor</i>	146
6.4. <i>La situación y condición de los domicilios de los proge- nitores, los horarios laborales y las actividades de los hijos y de los progenitores</i>	149
6.5. <i>Los acuerdos adoptados por los progenitores</i>	152
6.6. <i>No separación de los hermanos</i>	153
7. <i>Conclusiones</i>	154
8. <i>Tabla de jurisprudencia</i>	156
BIBLIOGRAFÍA	161

BALANCE DE LOS DERECHOS DE PARTICIPACIÓN EN ECUADOR	163
<i>Vicente Solano</i>	
1. <i>Introducción</i>	163
2. <i>Algunos conceptos</i>	164
3. <i>La participación ciudadana: dimensión normativa-jurídica</i>	165
3.1. <i>El caso pichincha</i>	168
3.2. <i>El caso azuay</i>	169
4. <i>A 9 años de montecristi: cifras de la participación</i>	170
5. <i>¿Promesa cumplida?</i>	174
6. <i>Conclusiones</i>	177
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	179
LOS DELITOS POLÍTICOS Y SU DIFERENCIACIÓN DE LOS DELITOS COMUNES RELACIONADOS CON LA PERTENENCIA, PROMOCIÓN Y FINANCIACIÓN DE GRUPOS ARMADOS ILEGALES.....	183
<i>Diego Fernando Tarapués Sandino</i>	
1. <i>Introducción</i>	183
2. <i>Contexto y trasfondo de los actos legislativos 01 de 2009 y 01 de 2012</i>	185
3. <i>Los delitos contra el régimen constitucional y legal como delitos políticos</i>	193
4. <i>Indefinición normativa de los delitos de pertenencia, confor- mación y financiación de grupos armados ilegales</i>	199
5. <i>Argumentos esbozados por la corte constitucional</i>	203
6. <i>Conclusión</i>	208
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	211

PRESENTACIÓN

La investigación constituye la esencia de toda institución de enseñanza superior. Gracias a sus resultados, las sociedades pueden ir progresando, mediante una renovación continúa de sus métodos de desarrollo. Si bien es cierto que Colombia recién se ha lanzado en esta difícil, pero tan necesaria, tarea investigativa, la apuesta en esta vía desde la academia es hoy en día significativa, con una producción científica cada vez más relevante. Muestra de ella es la presentación de la presente obra titulada “Derechos fundamentales y conflicto” que el lector sabrá, estamos convencido de ello, apreciar como se lo merece.

La obra que el lector tiene en sus manos forma parte de la colección “Aequitas: Colección de la Facultad de Derecho” de la Universidad Santiago de Cali. Fruto de una colaboración con diversas instituciones tanto nacionales como internacionales, agrupa trabajos de juristas colombianos así como de otros países de Latinoamérica y de Europa (Argentina, Ecuador, España, Francia) que nos sentimos orgullosos de presentar al conjunto de la comunidad académica.

El punto de partida del presente libro es la indudable correlación entre la constante intensificación de los conflictos y tensiones de diversas índoles que existen en las sociedades modernas, que ponen en cuestión la garantía efectiva de los derechos fundamentales. En este sentido, el año 2019 ha sido particularmente fructífero, con su lote de dificultades democráticas a través de todo el mundo. Si miramos únicamente a nuestro continente, cuatro Estados, inclu-

so Colombia, están en el momento de la escritura de estas líneas¹ inmersos en importantes tensiones sociales a las consecuencias imprevisibles y, como no, con restricciones sin duda alguna cada vez mayor a los derechos fundamentales (pensamos en los casos de Bolivia, Chile y Venezuela).

Pues bien, la presente obra pretende aportar al debate, desde un ámbito jurídico y socio jurídico, acerca de seis temas de máxima actualidad relacionados con la problemática general aquí presentada de los derechos fundamentales y el conflicto.

Así, en el capítulo titulado “El neoconstitucionalismo y la crisis de la adjudicación del derecho”, el autor Alejandro Matta Herrera reflexiona acerca de la conveniencia de conservar un diseño institucional que otorgue a los jueces colombianos un importante protagonismo en la determinación del derecho, especialmente en lo que se refiere a los derechos humanos. Según opina el Profesor Matta, docente de la Universidad EAFIT, el constitucionalismo de posguerra ha sumergido a Colombia, aunque no exclusivamente, en un diseño institucional y en una cultura jurídica que diluyó la posibilidad de controlar por medio de estándares jurídicos la labor de los jueces. Esta realidad hace, según el autor, que la labor argumentativa e interpretativa de los jueces sea orientada por sus preferencias y no guiada por el texto, lo que, por consiguiente, diluye sin duda alguna el control jurídico de la adjudicación del derecho y, por ende, socava uno de los acuerdos más fundamentales de las sociedades modernas: el estado de derecho.

En el capítulo titulado “La policía como actor político”, los autores Rubén Darío Restrepo Rodríguez y Sergio Molina Hincapié parten de la idea de que la Policía es proclive a desconocer su plano deontológico de acoger el orden público como derrotero que garantiza la neutralidad y objetividad de su función, si tomamos en cuenta que sus integrantes son seres humanos con posturas que pueden

1 Noviembre de 2019.

transformar la función policial en arbitraria al desconocer los frenos institucionales, tales como los derechos humanos o la estructura del Estado, lo que incluso puede conllevar en abusos y desviación del poder. Dado lo anterior, los autores proponen, en su interesante trabajo, que la policía sea considerada como un actor que deba participar activamente en las decisiones del Estado, y no como un mero ejecutor de la política de orden público.

En el capítulo cuarto, titulado “Guardia compartida: la doctrina de las audiencias provinciales de Cataluña y su evolución”, el autor, Gerard Rincón Andreu, profesor de Derecho Civil, vuelve sobre la figura de la guardia compartida vista desde la óptica del derecho de la Comunidad Autónoma de Cataluña (España) y de su aplicación por los tribunales catalanes. Mediante un brillante estudio jurisprudencial, el autor muestra cómo se lleva a cabo el ejercicio efectivo en Cataluña de dicha figura, así como el desarrollo y la aplicación de los criterios para determinar el régimen de guarda de los menores, tomando en cuenta el principio del interés superior del menor. Tal como lo resalta el autor, la casuística y la discrecionalidad judicial a partir del principio de interés superior del menor provocan una compleja tarea de construcción e interpretación jurídica.

En el capítulo titulado “Balance de los derechos de participación en Ecuador”, el autor Vicente Solano, profesor de la Universidad de Cuenca (Ecuador), afirma que el nuevo constitucionalismo latinoamericano como fenómeno jurídico ha implicado textos normativos, que contenían nuevas instituciones, garantías y derechos. En Ecuador, esta realidad ha conducido a la incorporación, dentro del cuerpo de la norma fundamental del país, de los llamados “derechos de participación”, con el objetivo de establecer una mayor relación entre el Estado y la sociedad. Bajo esta premisa, se intentó hacer que el ciudadano sea partícipe en la toma de decisiones en lo que se refiere a los asuntos de interés público. Pues bien, el autor, a través de su trabajo, hace un balance de esta implementación constitucional, revisando sus debilidades, pero también sus fortalezas.

En el sexto capítulo, titulado “Los delitos políticos y su diferenciación de los delitos comunes relacionados con la pertenencia, promoción y financiación de grupos armados ilegales”, el autor, Diego Fernando Tarapués Sandino, magistrado auxiliar de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) y docente santiaguino, estima que el establecimiento de categorías delictivas generales, como la de los delitos políticos, representa un grave problema a la hora de implementar y aplicar disposiciones normativas abstractas para brindar prerrogativas o para restringir el ejercicio de derechos. En esta óptica, se pregunta acerca de la aparente regulación sobre agrupaciones vinculadas al conflicto armado, que podrían, por una parte, ser consideradas como delincuentes políticos titulares de prerrogativas jurídicas que emanan del mismo texto constitucional en virtud de facilitar procesos de negociación conducentes a un escenario de paz y de convivencia nacional, o bien, por otra parte, catalogarse como grupos armados ilegales pertenecientes a la delincuencia común que merecen un tratamiento más punitivo producto del rechazo social a la estructuración sofisticada de empresas criminales.

Finalmente, en el capítulo de quien escribe estas líneas, titulado “El Consejo Europeo: una institución atípica de la construcción europea”, mostramos como el Consejo Europeo se ha convertido, tras décadas de informalidad, en una de las instituciones más relevante de la Unión Europea, lo que no puede dejarnos indiferente. En este sentido, y a pesar de disponer de algún poder legislativo, su recién actuación durante las negociaciones de salida del Reino Unido (el llamado Brexit) o para la designación de la nueva presidenta de la Comisión Europea tras las últimas elecciones europeas nos muestra que su poder se va cada vez más afianzando en el seno del edificio comunitario, lo que refuerza indudablemente la intergubernamentalidad del proceso en detrimento de la supranacionalidad hasta el momento alcanzado. Podemos apreciarlo, los trabajos presentados, muy variados, constituyen sin duda alguna un importantísimo aporte para la discusión jurídica.

No podemos terminar con esta presentación sin agradecer a todos los que han hecho posible la publicación de este nuevo libro perteneciente a la colección “Aequitas”, y en especial a los autores por sus valiosos aportes, así como a la Universidad Santiago de Cali por su apuesta a favor de una investigación de calidad, mediante el importante apoyo que brinda a sus docentes en pro de la difusión de sus trabajos.

RONAN CIRÉFICE

Profesor de Derecho Internacional Público

Líder del Grupo de Investigación de la Facultad de Derecho
GICPODERI

Santiago de Cali, Colombia, noviembre de 2019