

**Límites a la Corte Constitucional: una aproximación al constitucionalismo popular
moderado**

Paola Andrea Vélez Otálora

**Trabajo de grado
para optar el título de magíster en Derecho Público**

**Dirigido por
Andrés Abel Rodríguez Villabona
Doctor en Derecho**

**Universidad Santo Tomás
Facultad de Derecho
Bogotá, D. C.
Diciembre de 2020**

Resumen

La imposición de la justicia constitucional en el marco del Estado constitucional conduce a revisar el papel que desempeña el juez constitucional cuando acepta o no el reconocimiento de derechos no escritos —literalmente— en la Constitución racional-política-democrática de 1991, dado que, bajo su manto de guardián y protector, ha creado derechos que afectan el principio democrático del poder constituyente primario, constituyéndose en un soberano judicial. En consecuencia, se busca la reivindicación de la soberanía popular, a través de su participación en asuntos constitucionales, con el fin de despojar a los jueces de la Corte Constitucional de su poder omnipotente sobre las decisiones que deben ser originadas, en principio, en el Legislativo y el pueblo.

Palabras clave: Constitución, Estado constitucional, tribunales constitucionales, principio democrático, límites a la Corte Constitucional y constitucionalismo popular.

Abstract

The imposition of constitutional justice within the framework of the Constitutional State, leads to review the role played by the constitutional judge when he accepts or not the recognition of rights not written —literally— in the rational-political-democratic Constitution of 1991, since, under his mantle of guardian and protector, he has created rights that affect the democratic principle of the primary constituent power, becoming a judicial sovereign. Consequently, the vindication of popular sovereignty is sought, through their participation in constitutional matters, in order to deprive the judges of the Constitutional Court of their omnipotent power over the decisions that must be originated in principle, in the Legislative and the town.

Key Words: Constitution, Constitutional State, Constitutional Courts, Democratic Principle, Limits to the Constitutional Court, and Popular Constitutionalism.

Tabla de contenido

Resumen.....	5
Abstract	6
Lista de anexos.....	9
Introducción	10
1. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL FRENTE AL COSTO DEMOCRÁTICO....	13
1.1. CONCEPCIONES DE CONSTITUCIÓN	15
1.1.1. Constitución normativa	15
1.1.2. Constitución política	17
1.1.3. Constitución democrática.....	19
1.2. ESTADO CONSTITUCIONAL	20
1.2.1. Supremacía constitucional	23
1.2.2. Rigidez constitucional.....	24
1.2.3. Principio democrático	27
1.3. JUSTICIA CONSTITUCIONAL.....	31
1.3.1. La justicia constitucional no ocasiona un coste democrático.....	34
1.3.2. La justicia constitucional sí ocasiona un coste democrático.....	39
2. LÍMITES AL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DESDE UNA PERSPECTIVA DEL DERECHO COMPARADO	43
2.1. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN EL DERECHO COMPARADO	46
2.1.1. Norteamérica.....	48
2.1.2. Austria.....	50
2.1.3. Alemania	52
2.1.4. España	57
2.2. EL PAPEL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	62
2.2.1. El desempeño del Tribunal Constitucional desde el Positivismo	65
2.2.2. El desempeño del Tribunal Constitucional desde el Neoconstitucionalismo	69
2.3. LÍMITES AL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.....	72
2.3.1. Teorías de la Autocontención en el Tribunal Constitucional	73
2.3.1.1. <i>Doctrina de la “Cláusula de Eternidad”</i>	74

2.3.1.2.	<i>Doctrina de la “Political Questions”</i>	75
2.3.1.3.	<i>Doctrina “Self – Restrain”</i>	78
2.3.2.	Posturas en contra de la limitación	82
2.3.3.	Posturas a favor de la limitación	85
3.	LOS NUEVOS DERECHOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA.....	90
3.1.	CORTE CONSTITUCIONAL	90
3.1.1.	Ubicación en el ordenamiento jurídico	93
3.1.2.	Elección y nombramientos de magistrados de la Corte Constitucional	93
3.2.	EL PROCESO DEMOCRÁTICO EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD	114
3.3.	GENERACIÓN DE DERECHOS A TRAVÉS DE LAS DECISIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL	126
3.3.1.	Derechos de identidad de género	128
3.3.2.	Derechos reproductivos.....	141
3.3.3.	Derechos del medio ambiente y de los animales	151
3.3.4.	Otros derechos.....	156
4.	HACIA UNA CORTE CONSTITUCIONAL CONTROLADA POR LA PARTICIPACIÓN DEL PUEBLO.....	161
4.1.	CONSTITUCIONALISMO POPULAR MODERADO	163
4.2.	ÓRGANO AUTÓNOMO E INDEPENDIENTE.....	171
4.3.	NOMBRAMIENTO Y ESTABILIDAD DE MAGISTRADOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	175
5.	CONCLUSIONES	185
6.	LISTADO DE REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	188
7.	ANEXOS	207

Lista de anexos

Anexo 1. Actos Legislativos en la Constitución Política 207

Introducción

El poder constituyente de 1991 dejó plasmada la supremacía de la Constitución Política y los linderos de acción de la Corte Constitucional para su defensa e integridad, con el fin de que no se desbordara su competencia y no terminara sustituyendo las otras ramas del poder público. Sin embargo, se han generado polémicas, en las cuales la Corte Constitucional aparece dirigiendo y direccionando los mandatos del Ejecutivo y Legislativo.

Para empezar, la jurisprudencia de la Corte Constitucional se concibe como fuente primaria, ya que ha sido determinante en la creación de derechos, tal como lo afirman Carbonell y García Jaramillo (2010), siendo esta la principal crítica frente a los demás poderes. El papel interpretativo y decisivo del Alto Tribunal, por más *marginal* que sea, como lo denomina el jurista Guastini (2007), produce una nueva Constitución. A pesar de ello, no se puede perder de vista la dificultad que tiene la Corte Constitucional para trabajar con valores constitucionales y aplicarlos a un caso en concreto de forma jurídica, razonada y justificada, para dotarlo de alguna manera en un contenido normativo.

Al mismo tiempo, el profesor Haberle (2004) considera que la “amplia interpretación y la gran creación jurisprudencial plasmadas en las sentencias que profiere la Corte Constitucional, han conllevado a que se genere esta situación en un proceso constituyente puntual” (p. 23). Es decir, “el riesgo de la omnipotencia del juez constitucional no es otro que permitir, en nombre de un supuesto progreso, la consolidación de un nuevo despotismo ilustrado, con mucho de despotismo y poco de ilustración” (Rodríguez Iturbe, 2013, p. 40).

Conviene subrayar que al Tribunal Constitucional se le ha objetado por ser elitista, antidemocrático y omnipotente sobre las demás ramas del poder y por su grandeza para querer hacer justicia, sin tener autorización de la Constitución Política. Con esto se quiere decir que los Tribunales Constitucionales deben preservar la aceptación del poder constituyente, los poderes constituidos, la academia y la opinión pública (Courtis, 2005), a fin de que sus decisiones no generen polémica.

En resumen, el problema jurídico que se plantea consiste en que la Corte Constitucional sin ser un órgano democrático tiene primacía sobre la voluntad del legislador y emite pronunciamientos que determinan las relaciones entre ciudadanos y el Estado, con base en las premisas de darle continuidad al poder constituyente primario y de proteger el proceso democrático de las actuales generaciones minoritarias y mayoritarias.

En otras palabras, estos pronunciamientos se apartan del originalismo, pues no se constituyen basados en el texto literal de la Constitución Política, sino que facultativamente cambian el sentido literal y normativo de la Constitución, bajo un fenómeno de mutación. Esta situación, para algunos críticos, conlleva a la alteración del principio de rigidez constitucional y del principio democrático, es decir, ¿por qué es más importante “lo que quiso decir” que “lo que dijo” el poder constituyente primario?

Se pone por caso, la teoría de la sustitución creada por la Corte Constitucional como límite material de poder de reforma, como cortina o escudo para la generación o no de derechos constitucionales. Este campo de estudio me ha inquietado, puesto que hay críticos que aducen que el Alto Tribunal ha asumido competencias que la Constitución no le otorga, deslegitimándose y actuando en contravía del principio democrático.

En consecuencia, la pregunta que se pretende resolver en este proyecto investigativo corresponde a la siguiente: ¿cuáles son los límites de la Corte Constitucional para la generación de derechos con fundamento en la consolidación del proceso democrático? Para dar respuesta, el objetivo principal consistirá en evaluar si la generación de derechos por parte de la Corte Constitucional, justificada en la reafirmación del proceso democrático y la soberanía popular, puede ser limitada por aspectos jurídicos.

En ese orden de ideas, la presente investigación será cualitativa y la metodología es la descriptiva analítica, pues a través de un estudio juicioso de doctrina y jurisprudencia, se busca explorar, en el primer capítulo, los debates surgidos en torno a la justicia constitucional y al principio democrático, y, en el segundo, las posturas a favor y en contra de la necesidad de establecerles límites a los Tribunales Constitucionales.

Seguidamente en el tercer capítulo se revisarán algunas sentencias de la Corte Constitucional, en las cuales se profirieron decisiones que concedieron derechos que no estaban estipulados en el texto escrito de la Constitución Política, con el fin de establecer, en el cuarto capítulo, elementos que permitan tanto limitar las atribuciones de la Corte Constitucional como plantear una propuesta que involucre al pueblo en la toma de decisiones de este alcance.

Pese a las críticas que recibe el Alto Tribunal, se comparte la respuesta al interrogante de Vila Casado (2005) “¿quién podría determinar cuál es exactamente la estructura básica de la Constitución y cuáles modificaciones de sus normas alteran o no alteran su identidad política?” (p. 71): sería solamente la Corte Constitucional. Sin embargo, esa creación de derechos estaría usurpando la soberanía popular, convirtiéndose en un soberano nacional.

Por esta razón, considero que es viable formular nuevos elementos jurídicos que permitan limitar o controlar su poder para la consolidación del proceso democrático. Es decir, con este proyecto académico se busca proponer algunos límites a la Corte Constitucional, para así reactivar el papel democrático del pueblo como soberano y, a la vez, garantizar el principio democrático del poder constituyente junto con las necesidades de las nuevas generaciones minoritarias o mayoritarias.

1. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL FRENTE AL COSTO

DEMOCRÁTICO

El profesor Restrepo Piedrahita (1988) indica que el vocablo ‘constitución’ en el constitucionalismo colombiano surgió en el Acta de Independencia de Santa Fe de fecha 20 de julio de 1810: “en seguida se manifestó al mismo pueblo (...) mientras la misma Junta forma la Constitución que afiance la felicidad pública” (Restrepo Piedrahita, 1988, p. 10) y más adelante el término aparece, en el acta de cuando la Junta Suprema el 25 de enero de 1811 proyectaba su transformación en el Colegio Constituyente de Cundinamarca: “reconoció como derecho natural del pueblo el de dictar la Constitución o reglas fundamentales” (Restrepo Piedrahita, 1988, p. 10).

Ahora bien, el docente chileno García (2003) afirma que la noción de ‘Constitución’ está ligada a gobierno representativo y que la Constitución americana fue el modelo del constitucionalismo moderno:

Los poderes del cuerpo de los representantes están estrictamente circunscritos por el documento que los determina. La fórmula de que todo el poder deriva del pueblo se refería no tanto a la periódica elección de representante como al hecho de que el pueblo organizado en asamblea constituyente tiene el derecho exclusivo de determinar los poderes de la legislatura representativa. La constitución fue concebida tanto como una protección del pueblo contra la acción arbitraria del Legislativo, como contra la de otras ramas de gobierno. La Constitución americana pasó a ser uno de los documentos fundamentales del constitucionalismo moderno, no tan solo por su contenido, sino también por el hecho de haberse convertido en la primera Constitución codificada moderna (García, 2003, p. 495).

A su vez, Aragón Reyes (1990) indica que la única constitución auténtica es la “Constitución normativa, la Constitución democrática, ya que únicamente ella permite limitar efectivamente, esto es, jurídicamente la acción del poder” (Aragón Reyes, 1990, p. 25). Por su parte, García-Pelayo (1948) sugiere que “la palabra constitución vaya

frecuentemente acompañada de un adjetivo y se hable así de constitución jurídica o de constitución ‘real’ de constitución política o de constitución normativa, de constitución material o de constitución ideal: de constitución en sentido amplio o en sentido restringido” (García-Pelayo, 1948, p. 54). Sin embargo, para esta investigación académica, solo se revisarán las definiciones de ‘constitución normativa’, ‘constitución Política’ y ‘constitución democrática’.

En ese orden de ideas, el Estado constitucional se funda en una Constitución normativa-política-democrática, con la característica principal del papel activo del poder constituyente; no obstante, para algunos autores, este elemento desaparece en el Estado constitucional. Para ilustrar sumariamente lo anterior, el profesor Rubén Hernández Valle (1993) aduce que el Estado constitucional se caracteriza por la soberanía del pueblo en la democracia y por la supremacía constitucional. En razón a ello, el primer elemento corresponde al poder constituyente primario¹, el cual lo define como “ilimitado, autónomo e incondicional. Es decir, se caracteriza por su libertad total (...) Cuando el poder constituyente originario se juridifica y se somete a los límites que él mismo establece en la Constitución para su ejercicio, se transforma en poder constituyente derivado” (Hernández Valle, 1993, p. 144).

Sin embargo, Santiago Sastre Ariza (2003) asegura que “las Constituciones actuales que definen el modelo jurídico del Estado constitucional contemporáneo se caracterizan porque reúnen dos funciones fundamentales. En primer lugar, la noción del poder constituyente va perdiendo su significado revolucionario en la Constitución, o su *agresividad*, y se va asociando más es al concepto de legalidad constitucional” (p. 240)².

¹ Hernández Valle (1993) afirma que el “poder constituyente desaparece, dando lugar al surgimiento de los poderes constituidos, que encuentran su legitimación y fuente de validez en la propia Constitución. Por ello, dentro de esta óptica el poder constituyente no puede proyectarse más allá de sus funciones, asumiendo competencias que corresponden a los poderes constituidos, ni éstos pueden tampoco, por su parte, usurpar las competencias que corresponden al poder constituyente de manera exclusiva” (Hernández Valle, 1993, p. 145).

² Sastre Ariza (2003) continúa: “En segundo lugar, la Constitución aparece como un marco normativo regido por el principio del pluralismo en el que se establecen las reglas del juego democrático, pero esto no impide que pueda desempeñar una importante función directiva para el futuro, ya que en ella se establecen los principios fundamentales que deben regir la comunidad” (p. 240).

Por esta razón, la interpretación de la Constitución debe obedecer a criterios que reflejen la voluntad del pueblo, y, para ello, el docente Grenfieth Sierra Cadena (2009) advierte lo siguiente: “Y el juez constitucional, en consecuencia, juega el rol de regulador del sistema jurídico-político (...) El juez constitucional se transforma, entonces, en la figura emblemática de la democracia constitucional. Él interpreta la Constitución, él la modula” (p. 15).

Desde esta perspectiva, en el presente capítulo, se ilustrará el debate presentado en torno a si la justicia constitucional le genera o no un costo al poder constituyente primario, bajo la premisa de una constitución normativa-política-democrática.

1.1. CONCEPCIONES DE CONSTITUCIÓN

1.1.1. Constitución normativa

Para el constitucionalista Javier Tobo Rodríguez (2012), la primera noción de constitución normativa se dio en la época del constitucionalismo clásico y es un concepto del liberalismo burgués que la concibe como un complejo de normas que regulan las funciones del Estado. De la misma manera, para el teórico alemán, Karl Loewenstein (1976) la ontología o la esencia de la constitución normativa es un dispositivo fundamental para el control del proceso del poder “sistema de normas establecidas o de reglas convencionales, las cuales regulan las relaciones entre los detentadores y los destinatarios del poder, así como la respectiva interacción de los diferentes detentadores del poder en la formación de la voluntad estatal” (Karl Loewenstein, 1976, p. 88):

Para ser real y efectiva la constitución tendrá que ser observada lealmente por todos los interesados y tendrá que estar integrada en la sociedad estatal y ésta en ella. La constitución y la comunidad habrán tenido que pasar por una simbiosis. Solamente en este caso cabe hablar de una constitución normativa: sus normas dominan el proceso político o, a la inversa, el proceso del poder se adapta a las normas de la constitución y se somete a ellas. Para usar una expresión de la vida diaria: La constitución es como un traje que sienta bien y que se lleva realmente (Loewenstein, 1976, p. 152).

Para el profesor español Verdú (1994)³, “la teoría aristotélica de la Constitución señala tres elementos materiales: los hombres, entre los que se establece la interrelación gobernantes-gobernados; el territorio, y el tejido económico” (p. 11)⁴. En este sentido, se presenta el concepto de constitución racional normativa⁵ del profesor García-Pelayo (1948): “un complejo normativo establecido de una sola vez y en el que de una manera total, exhaustiva y sistemática se establecen las funciones fundamentales del Estado y se regulan los órganos, el ámbito de sus competencias y las relaciones entre ellos” (p. 64)⁶.

Es claro que si los órganos e instituciones fundamentales del Estado existen por la constitución y derivan de ella sus poderes y competencias, no pueden ser, a su vez, creadores de esta constitución, ni ha de haber dentro de sus competencias la facultad de reformarla (...). Por otra parte, dado que la finalidad capital de la constitución consiste en asegurar los derechos individuales, es evidente que una garantía esencial para ello la proporciona el hecho de que los poderes constituidos no puedan modificar por sí mismos el esquema constitucional. De ahí que al concepto racional de constitución le sea inherente la distinción entre poder constituyente y poder constituido, de forma que sólo al primero le corresponde decidir sobre la constitución como totalidad o sobre sus reformas parciales (García-Pelayo y Alonso, 1984, p. 3).

Finalmente, Kelsen⁷ (1995) afirma lo siguiente: “La función política de la Constitución es la de poner límites jurídicos al ejercicio del *poder*. Garantía constitucional significa

³ Verdú (1994) opina que el concepto normativista de Constitución es insuficiente, porque necesita un “plus, ¿cuál es ese añadido sustancial? (...) La Constitución es política (...) La Constitución es incomprensible si, por pureza metódica o por exageración del método técnico-jurídico, método que corrige en gran medida al positivismo legalista precedente, ignoramos la realidad social. Esta realidad social opera como contrapunto de la normatividad” (Verdú, 1994, p. 25).

⁴ Verdú (1994), refiriéndose a Aristóteles: “Sin duda puede considerarse a Aristóteles como el primer autor de una Teoría de la Constitución (...) fundador del Derecho Constitucional comparado, pues recopiló más de 158 Constituciones de las polis de su tiempo” (Verdú, 1994, pp. 11-12).

⁵ García-Pelayo (1948) resalta: “Esto nos lleva a otra característica del concepto racional de constitución, a saber: la despersonalización de la soberanía y la afirmación de la constitución como soberana (...) Característico del concepto racional de constitución es considerar únicamente como tal la constitución expresada jurídicamente y en forma escrita, pues sólo el Derecho escrito ofrece garantías de racionalidad frente a la irracionalidad de la costumbre, sólo él permite un orden objetivo y permanente ante la transitoriedad de situaciones subjetivas; sólo la precisión jurídica escrita ofrece seguridad frente a la arbitrariedad de la administración” (García-Pelayo, 1948, pp. 58, 63-64).

⁶ García-Pelayo (1948) expresa: “tanto la politización de la época como la tendencia teleológica estimativa, que caracteriza a parte de las consideraciones científico-jurídicas contemporáneas, ha llevado a una politización de la constitución” (García-Pelayo, 1948, pp. 119-120).

⁷ Díaz Guevara (2011) indica que para Kelsen “la Constitución debía ser objeto de protecciones porque representaba la estabilidad del Estado pero no porque tuviera un contenido normativo particular (...) la función primordial de la constitución kelseniana no es la protección de los derechos fundamentales sino regular la creación de normas jurídicas (que pueden tener cualquier contenido) y que son necesarias para garantizar el orden y la paz sociales (...) En la teoría

generar la seguridad de que esos límites jurídicos no serán transgredidos” (p. 5)⁸. Postura compartida por Aragón Reyes (2007), quien asegura que es “una norma jurídica suprema, jurisdiccionalmente aplicable, que garantiza la limitación del poder para asegurar que éste, en cuanto que deriva del pueblo, no se imponga inexorablemente sobre la condición libre de los propios ciudadanos. Es decir, la Constitución no es otra cosa que la juridificación de la democracia” (p. 32).

1.1.2. Constitución política

Ferdinand Lassalle (2005), en su obra *¿Qué es una Constitución?*, considera que la verdadera constitución de un país “reside en los factores reales y efectivos de poder que en ese país rigen y las constituciones escritas no tienen valor ni son duraderas más que cuando dan expresión fiel a los factores de poder imperantes en la realidad social” (Lassalle, 2005, p. 82). Siguiendo el mismo criterio, Schmitt (1982) la considera como un trozo de la realidad estatal:

El concepto positivo de Constitución (...) surge mediante un acto del poder constituyente. Pero se distingue de una simple ‘ley constitucional’ porque la esencia de la Constitución no está contenida en una ley o en una norma. En el fondo de toda normación reside una decisión política del titular del poder constituyente, es decir, del pueblo en la democracia y del monarca en la monarquía auténtica (Schmitt, 1982, p. 23).

del derecho kelseniano, la constitución democrática solo es una de las constituciones posibles (...) la constitución puede recoger legítimamente cualquier contenido y los mecanismos destinados a protegerla (particularmente el Tribunal Constitucional) buscan proteger el orden y la paz social pero no (salvo cuando la constitución lo establece expresamente) garantizar ciertas libertades individuales. No sólo. En el caso de las constituciones que incorporan derechos fundamentales sabemos que éstos constituyen una condición de legitimidad constitucional pero no implican limitaciones sustanciales a la facultad del poder de reforma constitucional: los derechos no son un ‘núcleo inmodificable’ (...) Conviene insistir: la constitución kelseniana (independientemente de si es o no una constitución democrática) carece de un ‘núcleo inmodificable’” (pp. 4, 8, 10, 11).

⁸ Ugarte Godoy (1995) indica que para Kelsen “las normas sociales que no constituyen el ordenamiento jurídico con la moral, y la ciencia que las estudia debe llamarse ética. La moral es un ordenamiento social porque aún las normas que regulan la conducta del hombre, respecto de sí mismo, la regulan por referencia a la comunidad (...) Para Kelsen la moral es un orden social que no estatuye sanciones coactivas, en cambio el derecho si lo hace” (p. 115). Ugarte Godoy (1995) se opone “como hay Dios, hay moral objetiva y absoluta, hay justicia, y ella es el objeto del orden jurídico. En consecuencia, el derecho injusto no es derecho (...) por lo tanto moral absoluta, no es la coactividad lo definitorio del ordenamiento jurídico, sino la exigibilidad, derivada de la atribución por la ley natural y la ley positiva justa, de la acción de dar lo propio a cada cual, que se dice lo suyo” (p. 118).

Es decir, para Schmitt, según Dante Cracogna (1983), “la Constitución, es esencialmente, en su sentido positivo, una decisión política fundamental (una voluntad, un hecho que se traduce en norma)” (p. 89). A su vez, Hauriou (1927) la define como “un orden de cosas a la vez formal, objetivo y sistemático, que engendra fuerzas de resistencia contra el poder y contra la libertad” (p. 42). Entonces, “reconocer lo político obliga necesariamente a la aceptación de una moral” (Estrada Vélez, 2007):

Una dogmática jurídica clásica (entendiendo por clásica la circunscrita al surgimiento del Estado liberal) describe la Constitución sólo como norma de normas. Esa perspectiva reduccionista es propia de una concepción del Derecho que pretende explicar, desde la lógica, los fenómenos jurídicos. El calificativo empleado no por fuerte deja de ser preciso. El Derecho ha pretendido para sí la potestad de justificación de los productos jurídicos cuando no es más que la sumatoria de lo político y lo axiológico. La Constitución como norma de normas no puede representar la negación de su condición de máxima expresión política y principal concreción de la moral afirmada por una comunidad (...) La Constitución no puede ser solamente un acuerdo político, tampoco la representación de una moralidad concreta de una comunidad. Lo político y lo moral deben alcanzar su cualificación en lo jurídico (Estrada Vélez, 2007, pp. 21-22).

Incluso, el jurista Olano García (2006) opina que Constitución⁹ “es la fuente primaria de la cual se derivan (...) todas las demás reglas que rigen y organizan la vida en sociedad (...) y, como estatuto supremo y necesario de la organización estatal, corresponde ante todo a un acto de carácter político, en cuanto se deriva del ejercicio soberano del poder del que es titular el pueblo” (p. 147). En el mismo sentido, Olano García (2006) presenta

⁹ Olano García (2006) “la Corte Constitucional colombiana asumió como propia la definición de Aristóteles según la cual, la Constitución es un conjunto organizado de disposiciones que ‘configura y ordena los poderes del Estado por ella construidos y que por otra parte, establece los límites el ejercicio del poder y el ámbito de libertades y derechos fundamentales, así como los objetivos positivos y las prestaciones que el poder debe cumplir en beneficio de la comunidad’” (p. 139). De la misma manera, la Corte Constitucional (Sentencia C-536, 1998), define “la Constitución, como el estatuto supremo y necesario de la organización estatal, corresponde ante todo a un acto de carácter político, en cuanto se deriva del ejercicio soberano del poder del que es titular el pueblo, y, a partir de la decisión fundamental que su promulgación implica, se erige en la norma básica en la que se funda y sostiene todo el orden jurídico del Estado. El primer derecho de todo nacional es el que tiene a la vigencia efectiva y cierta de la Constitución Política. Y el mecanismo del control de constitucionalidad, que en Colombia tiene una de sus expresiones en los procesos que ante esta Corte se surten a partir del ejercicio de la acción pública, busca hacer efectiva la suprallegalidad de la Constitución y posibilita el libre ejercicio de ese derecho ciudadano” (Sentencia C-536, 1998).

el concepto de Constitución para Smend¹⁰, como una “realidad integradora e integración, es tanto como un constante proceso de renovación, un permanente revivir y de aquí que la Constitución no se agote en el acto constituyente, sino que, en cierto modo, éste se renueva en cada momento” (Olano García, 2006, p. 146); es decir, la transcripción jurídico-normativa de los diversos procesos integradores de la realidad estatal, como lo manifiesta Verdú (1994). Finalmente, para Sartori, citado por Serrano Gómez (2012), el concepto de constitución “denota una estructura de la sociedad política, organizada a través de y mediante la ley, con el objetivo de limitar la arbitrariedad del poder y de someterlo al derecho” (p. 59).

1.1.3. Constitución democrática

Para Hernández Valle (1993), la democracia “es el principio legitimador de la Constitución, no sólo porque ésta ha sido promulgada democráticamente, sino, además, porque organiza un Estado que asegura la vivencia cotidiana de la democracia” (p. 151)¹¹. En ese orden de ideas, Carpizo (2009) considera que “la Constitución Democrática implica necesariamente una serie de principios y valores para ser tal, como la noción de soberanía popular, el reconocimiento y protección real de los derechos humanos y la división de poderes” (p. 65)¹². De acuerdo con Vila Casado (2005), no es necesario discutir el origen democrático de la Constitución de 1991, pues se enmarcó con la creación del poder constituyente, procedimiento que no estaba regulado en la Carta de 1886.

En este sentido, los docentes Martínez Dalmau y Tremolada Álvarez (2014) la definen de la siguiente manera:

¹⁰ Smend construyó la teoría de la integración, en la cual reconoce que el Estado y el derecho son aspectos de la vida espiritual se define como “la realidad estatal se cifra en su existencia como integración y que la realidad del Derecho radica en su positivización” (García Roca, 1988, p. 269).

¹¹ Hernández Valle (1993) agrega: “la Constitución consagra un Estado en donde la atribución de la soberanía popular está debidamente garantizada, dado que determinadas disposiciones constitucionales le permiten al pueblo seguir siendo soberano, o sea, permanecer como un pueblo de hombres libres e iguales” (Hernández Valle, 1993, p. 151).

¹² Díaz Guevara (2011) aduce: “Cuando se insiste en que la Constitución de Weimar es una decisión política del pueblo alemán unificado, como titular del poder constituyente, y que, en virtud de esta decisión, el Reich alemán es una democracia constitucional, la cuestión relativa al protector de la Constitución puede resolverse de otra manera que mediante una ficticia judicialidad” (p. 26).

La Constitución democrática es expresión directa de la voluntad del constituyente y por lo tanto, legitimadora del resto del ordenamiento constituido; el derecho internacional, como el resto del ordenamiento jurídico, obtiene su legitimidad de la Constitución (...)

En el marco de una Constitución democrática, el derecho de la integración no podría menoscabar los derechos constitucionales, por cuanto estos gozan de su posición jerárquica de acuerdo con los límites y condiciones que recoge la propia Constitución. La legitimidad de la Constitución democrática como norma suprema del ordenamiento jurídico la dota del mayor rango jerárquico en dicho ordenamiento (supremacía). Por lo tanto, cualquier aplicación de un tratado internacional (en este caso, de integración) que menoscabe un derecho constitucional es materialmente inconstitucional (Martínez Dalmau y Tremolada Álvarez, 2014, pp. 386, 407).

Es decir, la constitución democrática “ha limitado al poder autoritario, las violaciones de derechos y el predominio de las oligarquías, de manera mucho más efectiva que la de otros modelos exclusivamente constitucionales o exclusivamente democráticos” (Martínez Dalmau y Viciano Pastor, 2013, p. 65)¹³. Igualmente, Haberle (2001) estima que “una Constitución es el ordenamiento básico del Estado y la sociedad; no es sólo restricción del poder estatal, sino también habilitación al poder estatal. Comprende al Estado y a la Sociedad” (p. 170). Se puede concluir, por tanto, que el pueblo como soberano será la característica esencial en cada una de las nociones de constitución descritas anteriormente, tema que se enuncia como parte introductoria al objetivo del primer capítulo, a saber, explorar los debates que han surgido en relación con la justicia constitucional y el principio democrático.

1.2. ESTADO CONSTITUCIONAL

Loewenstein (1976) asevera que, “para que un Estado sea ‘constitucional’, tiene que tener una ‘Constitución’ que puede estar formulada por escrito en un documento, o bien puede

¹³ Martínez Dalmau y Viciano Pastor (2013) definen lo siguiente: “El neoconstitucionalismo es una categoría analítica que busca crear una teoría del derecho y secundariamente, explicar las facultades del juez ordinario como intérprete de la Constitución. El nuevo constitucionalismo surge desde la experiencia de las nuevas constituciones latinoamericanas, a partir de la colombiana de 1991 y pone el énfasis en la legitimidad democrática de la Constitución. Neoconstitucionalismo y nuevo constitucionalismo son conceptos no necesariamente complementarios, aunque pueden coincidir en determinados aspectos, como son la centralidad de la supremacía constitucional o de la constitucionalización del ordenamiento jurídico” (Martínez Dalmau y Viciano Pastor, 2013, p. 1).

estar cristalizada en las costumbres y en las convicciones de un pueblo” (p. 89). Los juristas alemanes Hesse y Haberle (2005) también consideran que “lo primero para que pueda hablarse de tribunal constitucional en sentido estricto es que tiene que existir una Constitución que dicho tribunal aplique” (p. 46).

A su vez, los profesores Aguilera *et al.* (2010) opinan que, “por un lado, el Estado de Derecho expresa el sometimiento del Estado a un conjunto de normas e instituciones jurídicas mientras que el Estado Constitucional especifica que es el valor normativo de la Constitución” (p. 2)¹⁴, es decir, “el tránsito de Estado de Derecho al Estado constitucional equivale a un cambio de paradigma relacionado con la validez y la legitimación sustancial de las normas” (Aguilera *et al.*, 2010, p. 3)¹⁵. Asimismo, el jurista español Aguiló Regla (2010) aduce lo siguiente:

Lo interesante de todo lo anterior es darse cuenta de que el concepto de ‘Estado Constitucional’ no es un concepto meramente descriptivo. El Estado constitucional no nace simplemente de la rigidez y la normatividad constitucionales. Es un concepto valorativo-resultado de la asunción de ciertas exigencias ético-políticas, que sirve para evaluar los sistemas jurídico-políticos positivos (y entre estos también a aquellos que cuentan con una constitución rígida y regulativa) (Aguiló Regla, 2010, p. 234).

Ahora bien, la definición del Estado Constitucional es un punto referencial del neoconstitucionalismo y el nuevo constitucionalismo¹⁶ (Martínez Dalmau y Viciano Pastor, 2011):

¹⁴ Luis Cruz (2005) indica: “El Estado constitucional de Derecho queda transformado en un Estado Jurisdiccional, donde el Tribunal Constitucional adquiere el protagonismo en la protección de los derechos fundamentales y en la modelación del orden social” (p. 7).

¹⁵ Aguilera *et al.* (2010) afirman que el origen del Estado Constitucional generó “1. El desplazamiento desde la primacía de la ley a la reserva de la Constitución, 2. El desplazamiento desde la reserva de ley a la reserva de la Constitución y 3. El Desplazamiento desde el control jurisdiccional de la constitucionalidad (p. 4).

¹⁶ Martínez Dalmau y Viciano Pastor (2013) caracterizan al Estado constitucional “desde el punto de vista del Nuevo Constitucionalismo, el Estado constitucional, como superación del Estado social y democrático de derecho, discurre principalmente por cuatro senderos (...): la reivindicación del concepto de soberanía popular y su identificación con el poder constituyente; la incorporación de mecanismos de fortalecimiento de la legitimidad democrática del poder constituido tanto a través de la participación directa en las decisiones como del control democrático del poder político organizado; la búsqueda de mecanismos de materialización y efectividad de la Constitución y la eliminación de las sombras nominalistas y por último, la desaparición definitiva del poder constituyente constituido o derivado (poder de reforma de la Constitución por parte de los órganos constituidos), al considerar materialmente indelegable al poder constituyente democrático” (Martínez Dalmau y Viciano Pastor, 2013, p. 76).

En la doctrina, principalmente a raíz de la consolidación de la corriente neoconstitucionalista, se ha avanzado hacia la diferenciación entre el concepto formal y material de Estado constitucional (Martínez Dalmau y Viciano Pastor, 2011, pp. 3 y ss.). La distinción estriba en entender que no es un Estado constitucional el Estado que cuenta con una constitución únicamente en sentido formal, es decir, que cuenta con un texto que se autodenomina como tal y que organiza el poder del Estado (Aguiló, 2001, p. 450), sino el que cuenta con una constitución de origen democrático y que organiza el poder del Estado limitándolo por el respeto a los derechos fundamentales y a la voluntad popular. Así, la constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico no porque lo prescriba su texto, sino porque expresa la voluntad democrática popular respecto al contenido y valor de la Constitución. Por tanto, la definición del Estado constitucional, para el nuevo constitucionalismo, no es solo formal y normativa, sino que se asienta en el fundamento democrático que le otorga legitimidad al poder. Una dimensión, la democrática, que no parece estar presente en las tesis neoconstitucionales; incluso parecería contraria a la función que esta corriente atribuye a los jueces ordinarios (Martínez Dalmau y Viciano Pastor, 2013, pp. 75-76).

Adicionalmente, en el discurso neoconstitucionalista “el derecho del Estado Constitucional está caracterizado por la supremacía de la Constitución, [y] la voluntad política debe estar subordinada al contenido de las normas constitucionales” (Pozzolo, 2010, p. 211). De la misma manera, Gustavo Zagrebelsky, ícono del neoconstitucionalismo, citado por Núñez Torres (2006), concibe que en un Estado constitucional la soberanía está centrada en la Constitución: “Este sería el punto de partida para el ejercicio de esa soberanía popular, con lo cual el pueblo ya no es subrogado en el ejercicio de su poder, sino que, responsablemente, se coloca como verdadero protagonista de la vida política” (Núñez Torres, 2006, p. 153).

Finalmente, con base en lo anterior, para el filósofo Laporta San Miguel (2001) representante del iusnaturalismo, el Estado constitucional supone dos objeciones. En primer lugar “el de si las generaciones pasadas pueden limitar de tal modo a las generaciones futuras, o como lo formuló Jefferson, si los muertos tienen derecho a vincular a los vivos” (Laporta San Miguel, 2001, p. 462). En segundo lugar: “cuál es la razón para imponer pautas externas a las mayorías políticas democráticas (...) Pero lo que

nos demanda (...) esta segunda forma de la objeción democrática son las razones que abonan que sea un grupo de jueces no elegido democráticamente, el que imponga sobre el órgano legislativo una decisión o una limitación” (Laporta San Miguel, 2001, p. 462).

Por lo anterior, como insumo para resolver la pregunta de investigación propuesta, se enunciarán los debates surgidos en torno a la supremacía constitucional, la rigidez constitucional y el principio democrático.

1.2.1. Supremacía constitucional

Prieto Sanchís (2003) aduce que “la Constitución es una norma suprema significa sólo y no es poco, que la Constitución no puede ser violada por los poderes públicos. No dice nada acerca de cuál haya de ser su contenido normativo óptimo o más razonable” (p. 149). Para ello, retoma el análisis de Hamilton, relacionado con el apartado 78 de El Federalista:

En primer lugar, la Constitución es ley suprema, y eso significa que los actos de cualquier autoridad que la vulneren o desconozcan han de tenerse por nulos. La razón es bien simple: ‘Todo acto de una autoridad delegada, contrario a los términos del mandato con arreglo al cual se ejerce, es nulo. Por lo tanto, ningún acto legislativo contrario a la Constitución puede ser válido. Negar esto equivaldría a afirmar que el mandatario es superior al mandante. Solo el mandante puede revocar el mandato, es decir, alterar la Constitución; pero el mandante no es el cuerpo legislativo, sino el pueblo (Prieto Sanchís, 2003, p. 50).

Para Martínez Dalmau y Tremolada Álvarez (2014), la supremacía de la Constitución es ‘jerarquía’ y la primacía del derecho de la integración es ‘aplicación’, con el fin de avanzar en las soluciones en el derecho regional (supranacional). En el caso colombiano, la noción de supremacía constitucional¹⁷ fue analizada en la Sentencia C-560 del 4 de agosto de 1999, donde se indicó lo que sigue:

¹⁷ La Constitución Política de Colombia (1991) consagra lo que sigue: “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” (Constitución Política, 1991, art. 4). Es preciso señalar que, con fundamento en el estudio de Restrepo Piedrahita (1988), en Colombia la primera Constitución que la contempló fue la del 30 de agosto de 1821, en su artículo 188, cuando declaró: “en su fuerza y vigor las leyes que hasta aquí han regido o indirectamente no se opongan a esta Constitución” (Restrepo Piedrahita, 1988, p. 20).

La posición de supremacía de la Constitución sobre las restantes normas que integran el orden jurídico, estriba en que aquella determina la estructura básica del Estado, instituye los órganos a través de los cuales se ejerce la autoridad pública, atribuye competencias para dictar normas, ejecutarlas y decidir conforme a ellas las controversias y litigios que se susciten en la sociedad, y al efectuar todo esto, funda el orden jurídico mismo del Estado. La Constitución se erige en el marco supremo y último para determinar tanto la pertenencia al orden jurídico como la validez de cualquier norma, regla o decisión que formulen o profieran los órganos por ella instaurados. El conjunto de los actos de los órganos constituidos -Congreso, Ejecutivo y jueces- se identifica con referencia a la Constitución y no se reconoce como derecho si desconoce sus criterios de validez. La Constitución como *lex superior* precisa y regula las formas y métodos de producción de las normas que integran el ordenamiento y es por ello ‘fuente de fuentes’, norma *normarum*. Estas características de supremacía y de máxima regla de reconocimiento del orden jurídico propias de la Constitución, se expresan inequívocamente en el texto del artículo 4 (Sentencia C-560, 1999).

Para finalizar, en relación con la jerarquía supranacional, la Corte Constitucional con Sentencia C-225 de 1995, cuando emitió el concepto de ‘bloque de constitucionalidad’, expuso lo siguiente:

En efecto, de esa manera se armoniza plenamente el principio de supremacía de la Constitución, como norma de normas, con la prevalencia de los tratados ratificados por Colombia, que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción. Como es obvio, la imperatividad de las normas humanitarias y su integración en el bloque de constitucionalidad implica que el Estado colombiano debe adaptar las normas de inferior jerarquía del orden jurídico interno a los contenidos del derecho internacional humanitario, con el fin de potenciar la realización material de tales valores (Sentencia C-225, 1995).

1.2.2. Rigidez constitucional

En la Sentencia C-543 de 1998, con ponencia del magistrado ponente Carlos Gaviria Díaz, en relación con el principio de rigidez de la Constitución, expuso:

Las constituciones son ‘rígidas’ o ‘flexible’, según la forma que se establezca para su modificación. Si la reforma de la constitución se realiza en igual forma que las leyes ordinarias se dice que es ‘flexible’ y, por tanto, no existe superioridad de la Constitución sobre la ley. Cuando se consagra un procedimiento especial, distinto al de las leyes para su reforma, la Constitución es ‘rígida’ y se supraordina a las leyes. La Constitución Colombiana es rígida y permite su reforma por medio de distintos instrumentos, a saber: por el Congreso a través de un Acto Legislativo, por una Asamblea Constituyente o por el pueblo mediante referendo (Sentencia C-543, 1998).

Asimismo, Alemany (2010)¹⁸ señala que “Ferrajoli ha argumentado de la misma forma a favor de la rigidez constitucional, si bien poniendo el énfasis en la necesidad de salvaguardar los derechos de las generaciones futuras frente a la acción de la generación del presente” (p. 71):

Puede esgrimirse en apoyo de la tesis según la cual la rigidez de la constitución es justamente expresión y garantía de la soberanía popular de las generaciones futuras y de los propios poderes de las futuras mayoría (...) La rigidez, en otras palabras, ata las manos de las generaciones presentes para impedir que éstas amputen las manos de las generaciones futuras. Esto quiere decir que un pueblo puede decir, ‘democrática’ y contingente, ignorar o destruir la propia constitución y entregarse definitivamente a un gobierno autoritario. Pero no puede hacerlo de forma constitucional, invocando a su favor el respeto de los derechos de las generaciones futuras o la omnipotencia de la mayoría, sin suprimir con ello el método democrático, los derechos y el poder de las mayorías de las generaciones futuras (Alemany, 2010, p. 72).

Teniendo en cuenta las posturas previas y la posición de los profesores Martínez Dalmau y Viciano Pastor (2011), la rigidez constitucional “no busca la perdurabilidad de la Constitución, sino la modificación de ésta exclusivamente por el poder constituyente, esto es, el originario” (p. 325). Lo anterior se debe a que, como lo aduce Alessandro Pace

¹⁸ Alemany (2010) “Para quien, como Waldron, el mecanismo de la rigidez constitucional y los tribunales constitucionales se reducen a un puro sistema procedimental de decisión en manos de unos pocos jueces (lo cual, en su opinión, no se puede afirmar ni siquiera que haya arrojado buenos resultados prácticos), no cabe duda de que no son una buena idea (...) El problema es que de esta manera se pide el principio: nada valioso se obtiene de lo que se ha vaciado previamente de valor” (p. 82).

(2002), la rigidez es un atributo solamente de la Constitución escrita, “la cual, formalmente se sitúa como superior y sustancialmente, viene legitimada por el consenso popular en virtud de su contenido o bien de otros factores concomitantes de orden subjetivo y/o político” (Pace, 2002, p. 55).

Ahora bien, desde el derecho comparado, el docente Linares (2008) realizó un estudio del principio de la rigidez de las Constituciones latinoamericanas, como mecanismo de reforma constitucional, distinguiendo Constituciones “rígidas o flexibles” y “rígidas supermayoritarias o rígidas mayoritarias”, lo que le permitió concluir que las flexibles “hacen desaparecer la objeción democrática al control judicial de las leyes, porque el Congreso puede modificar la constitución para hacer prevalecer su opinión” (Linares, 2008, p. 245).

En tanto que las Constituciones rígidas supermayoritarias “intensifican la objeción democrática, porque vulneran la igual dignidad política, al dar mayor peso a una minoría que no requiere la reforma y violan el principio de neutralidad al inclinarse a favor del statu quo” (Linares, 2008, p. 245). Con base en su estudio, hace un análisis comparativo, el cual se presenta a continuación, a manera de ilustración para el trabajo académico:

Tabla 1. *Derecho comparado Latinoamérica de la Rigidez Constitucional*

País	Procedimiento	Categoría	Valor
Argentina	Iniciativa 2/3 del Congreso Convención constituyente mayoría absoluta	Rigidez supermayoritaria	2
Bolivia	2/3 miembros ambas cámaras	Rigidez supermayoritaria	2
Brasil	3/5 en cada cámara	Rigidez supermayoritaria	2
Chile	Iniciativa por 3/5 miembros, aprobación por mayoría absoluta, 2/3 para rechazar el veto del presidente	Rigidez supermayoritaria	2
Colombia*	Dos períodos o fases: 1. mayoría absoluta Congreso; 2. ratificación mayoría absoluta Congreso período subsiguiente	Rigidez mayoritaria moderada	0
Costa Rica	2/3 miembros	Rigidez supermayoritaria	2
Ecuador	2/3 miembros	Rigidez supermayoritaria	2
El Salvador	Dos períodos o fases:	Rigidez supermayoritaria	2

	1. mayoría absoluta miembros; 2. ratificación 2/3 miembros de posterior legislatura		
Estados Unidos	A) Iniciativa de 2/3 de diputados y Senado, y ratificación por 3/4 de las legislaturas de los Estados. B) Propuesta de 2/3 de legislaturas de los Estados, Convención Constituyente, y ratificación por 3/4 de las legislaturas de los Estados.	Rigidez supermayoritaria	2
Guatemala	2/3 miembros convocatoria convención constituyente o 2/3 miembros y referéndum	Rigidez supermayoritaria	2
Honduras	2/3 miembros	Rigidez supermayoritaria	2
México	2/3 miembros ambas cámaras y aprobación mayoría de Estados	Rigidez supermayoritaria	2
Nicaragua	Reforma parcial 60 % legisladores, Reforma total 2/3 miembros	Rigidez supermayoritaria	2
Panamá	Dos períodos o fases: 1.º mayoría absoluta Congreso; 2.º mayoría absoluta Congreso período subsiguiente	Rigidez mayoritaria moderada	0
Paraguay	Mayoría absoluta ambas cámaras y referéndum	Rigidez mayoritaria fuerte	1
Perú	Mayoría absoluta y referéndum	Rigidez mayoritaria fuerte	1
República Dominicana	2/3 miembros	Rigidez supermayoritaria	2
Uruguay	A) Iniciativa mayoría absoluta Convención constituyente mayoría absoluta B) 2/3 miembros de cada cámara	Rigidez mayoritaria fuerte	1
Venezuela	2/3 miembros y referéndum	Rigidez supermayoritaria	2

Nota: Linares, S. (2008). *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*. Marcial Pons.

Linares (2008) concluye, en relación con el cuadro comparativo presentado, que en un 80% en las Constituciones latinoamericanas se ha estipulado una rigidez supermayoritaria, las cuales, para su procedimiento de reforma, requieren de mayorías reforzadas, afectando considerablemente la democracia. En cambio, Colombia y Panamá se enmarcan en una rigidez mayoritaria moderada, “reduciendo al máximo la objeción intemporal” (Linares, 2008, p. 246).

1.2.3. Principio democrático

Para Aragón Reyes (1999), el principio democrático tiene una connotación política y jurídica, pues aduce que el fin de la constitución democrática es la democracia, entendida como un pueblo soberano y libre. Desde otro punto de vista, Pedro Vega, citado por Núñez

Torres (2006), explica que el principio democrático consiste en “el reconocimiento de que es el pueblo quien estatuye y sanciona la constitución (que) significa, como es obvio, el derecho del pueblo a poder transformarla” (Núñez Torres, 2006, p. 151). Es decir “que el pueblo sea el titular del poder constituyente (...) (y) ese pueblo tiene que seguir actuando a lo largo de la vida política, legitimando a los (...) (poderes constituidos) y velando porque la actuación (...) (de este) sea conforme a la voluntad expresada por el poder constituyente” (Núñez Torres, 2006, p. 151).

Como se ha ido ilustrando en este capítulo, en el Estado constitucional, “hay un soberano y de que ese soberano es el pueblo. Soberano que se autolimita a través de la Constitución” (Aragón Reyes, 1990, p. 32), y es así que el principio democrático se expresa en la soberanía popular, el cual supone su positivación en la Constitución y la titularidad popular del poder:

Dicho esto, hay que añadir que la única autolimitación del poder constituyente que resulta compatible con la conservación de su carácter de soberano es la autolimitación procedimental y no la autolimitación material. Es decir, la juridificación de la soberanía popular comporta, inexcusablemente, el establecimiento de unas reglas sobre la formación de la voluntad soberana, pero no sobre el contenido de esa voluntad, porque el soberano constitucionalizado ha de tener la facultad de cambiar, radicalmente, en cualquier momento de constitución o dicho de otras palabras, el pueblo tiene que conservar la libertad de decidir, jurídicamente, su propio destino (...) Esto quiere decir, de acuerdo al autor que los límites materiales significan o que el derecho impone a las generaciones futuras la obligación de quedar sometidas a la voluntad de las generaciones del presente, con lo cual el Estado constitucional no sería del todo el Estado democrático o que la democracia impone a esas generaciones del futuro la triste obligación de expresar su voluntad al margen de la norma, con lo cual el Estado democrático perdería su condición de Estado Constitucional (Aragón Reyes, 1990, pp. 34, 36).

Desde este punto de vista, Aragón Reyes (1990) concluye que no puede considerar al Tribunal Constitucional como “comisionado del poder constituyente”, pues significaría que, en su labor constituyente, se estaría, “completando la que aquél poder dejó inacabada.

No hay, creo, en la Constitución democrática, ‘comisionados del poder constituyente’, ni siquiera lo es legislador. Lo que hay son órganos constitucionales que poseen las atribuciones que la Constitución les otorga” (Aragón Reyes, 1990, p. 119), pues este Alto Tribunal es un poder constituido, que tiene un cometido legal.

A *contrario sensu*, arguye Blanco Zúñiga (2010), pues considera que el Tribunal Constitucional es el legitimado para continuar con la voluntad del poder constituyente, voluntad popular positivizada, la cual se debe respetar:

En tal virtud son los jueces constitucionales los instrumentos con los que se realiza el derecho. Por su conducto, el pueblo somete o encausa a sus gobernantes. No hay nada más legítimo que una Constitución Democrática y si de hacerla respetar se trata, de acuerdo con el aforismo, que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, quien se preocupa por respetar su integridad, la Jurisdicción Constitucional, esta, inmediatamente se halla arropada la misma legitimidad del texto que protege, pues son los jueces constitucionales los encargados de preservar la voluntad del pueblo expresada en la Constitución (Blanco Zúñiga, 2010, p. 209).

A su vez, Albrecht Weber (1998), profesor alemán, en su ponencia relacionada con el principio democrático, adujo lo siguiente:

En el caso del control de constitucionalidad de normas, es decir, del control del procedimiento y del resultado del proceso legislativo, el TFC es también un defensor del sistema del Estado de Derecho, al que en la actualidad pertenecen sin duda la primacía de la Constitución y la división de poderes. En estos casos el Tribunal Constitucional no solo es un árbitro de la controversia política entre la mayoría y la minoría o entre órganos constitucionales o entes territoriales (...) sino el último intérprete vinculante de la Constitución. Este sentido (...) la justicia constitucional constituye un control y una limitación del principio democrático que se manifiesta en la voluntad mayoritaria del legislador. Sobre todo el control abstracto y el amparo individual (directo o indirecto) frente a leyes son expresión de la preocupación del legislador pueda violar a través de sus decisiones mayoritarias los derechos de las minorías y de los individuos (Weber, 1998, p. 55).

Siguiendo en ese orden, en el caso colombiano, el doctor José Gregorio Hernández, como magistrado ponente de la Sentencia C-543 del 1 de octubre 1992, indica que la independencia de la Corte Constitucional se predica a partir del principio democrático, que, “hoy precisamente reconocido en la Carta Política, busca evitar que decisiones judiciales sean el resultado de mandatos o presiones sobre el funcionario que las adopta” (Sentencia C-543, 1992). De esta manera, se hace un llamado a la racionalidad de la decisión judicial, la cual según Figueroa Morantes (2000) debe “corresponder sólo a los fundamentos propios de la disciplina del derecho” (p. 63). Seguidamente, la Corte Constitucional en la Sentencia C-089 de 1994, dispuso:

La breve relación anterior de las normas constitucionales sobre las que se edifica la democracia participativa, es suficiente para comprender que el principio democrático que la Carta prohija es a la vez universal y expansivo. Se dice que es universal en la medida en que compromete variados escenarios, procesos y lugares tanto públicos como privados y también porque la noción de política que lo sustenta se nutre de todo lo que vitalmente pueda interesar a la persona, a la comunidad y al estado y sea por tanto susceptible de afectar la distribución, control y asignación de poder social. El principio democrático es expansivo pues su dinámica lejos de ignorar el conflicto social lo encauza a partir del respeto y constante reivindicación de un mínimo de democracia política y social que, de conformidad con su ideario, ha de ampliarse progresivamente conquistando nuevos ámbitos y profundizando permanentemente su vigencia, lo que demanda por parte de los principales actores públicos y privados un denodado esfuerzo para su efectiva construcción (Sentencia C-089, 1994).

Finalmente, el principio democrático puede presentarse en diversos ámbitos sociales, tales como el de la educación, la salud, la economía, el medioambiente y el control político. Por ello, la misma Corporación, en Sentencia C-179 de 2002, estipuló que debía ampliarse progresivamente, a través de la maximización de los mecanismos que permitan la injerencia en la toma de decisiones y el acceso al poder político, al igual que su ejercicio y su control. “Desde este punto de vista, la tendencia expansiva de la democracia participativa proscribe los obstáculos y trabas que impiden la efectiva realización de la

democracia, y el excesivo formalismo de las normas que regulan el ejercicio de los derechos políticos” (Sentencia C-179, 2002).

1.3. JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Cuando se describen las diferentes acepciones de Constitución, se evidencia su surgimiento como norma jurídica y su mutación a una constitución política, y luego a una democrática, en razón a las necesidades reales de la sociedad. Fue así como el sistema de justicia constitucional, según el docente Sergio Reyes Blanco (2004), “inicia con el paso de la soberanía legal a la soberanía popular, lo cual fundamenta el proceso constitucional de la época” (p. 23), y, es en este momento, cuando el Estado constitucional requiere de una jurisdicción garante de la Constitución¹⁹, posición compartida por la misma Corte Constitucional colombiana:

9. Pero esta no es la única razón que explica el cambio anotado: el desarrollo de la democracia constitucional puso de presente que el órgano legislativo, depositario tradicional de legitimidad popular, debe estar acompañado del control jurisdiccional, que ha demostrado, a través de la historia del derecho constitucional moderno, ser el órgano más eficaz en la defensa de los derechos de los ciudadanos y los principios democráticos. Las dificultades derivadas del crecimiento desbordante del poder ejecutivo en el estado intervencionista y de la pérdida de liderazgo político del órgano legislativo, deben ser compensadas, en la democracia constitucional, con el fortalecimiento del poder judicial, dotado por excelencia de la capacidad de control y de defensa del orden institucional. Sólo de esta manera puede lograrse un verdadero equilibrio y colaboración entre los poderes; de lo contrario, predominará el poder ejecutivo (Sentencia T-406, 1992).

¹⁹ No se puede perder de vista que en Colombia la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado tenían en el marco de sus funciones proteger y salvaguardar la integridad de la Constitución Política, hasta que fue creada la Corte Constitucional (Gómez Serrano, 2007), específicamente desde 1811, cuando se les concedió a los ciudadanos colombianos la facultad para incoar acciones de inconstitucionalidad, alejándose completamente del modelo norteamericano (Tobo Rodríguez, 2012, p.145) y a través del Acto Legislativo N.º 2 del 6 de junio de 1910, cuando en su artículo 41 estipuló: “A la Corte Suprema de Justicia se le confía la guarda de la integridad de la Constitución. En consecuencia, además de las facultades que le confieren ésta y las leyes, tendrá la siguiente: Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los Actos Legislativos que hayan sido objetados como inconstitucionales por el Gobierno o sobre todas las leyes o Decretos acusados ante ella por cualquier ciudadano como institucionales, previa audiencia del Procurador General de la Nación” (Reyes Blanco, 2004, p. 178).

El italiano Comanducci (2010) manifiesta que “Los partidarios de la democracia procedimental pura, en contra del modelo de Estado constitucional de Derecho (...) afirman que la regla de mayoría es contradictoria con la superioridad de la Constitución y con el control de constitucionalidad” (p. 42)²⁰:

Por lo tanto no es plausible la idea misma sobre la que se basa el modelo de Estado constitucional de Derecho, es decir, la idea según la cual es posible mantener juntas, de manera armónica, la regla de mayoría, como instrumento para tomar decisiones colectivas, y una garantía de los derechos fundamentales a través de su incorporación a una constitución rígida, protegida por el control judicial sobre la legitimidad constitucional de las leyes (...). La regla de mayoría sería contradictoria con el control de constitucionalidad de las leyes, ya que esto equivale a dejar la última palabra sobre lo que la mayoría puede o no decidir a una pequeñísima minoría (Comanducci, 2010, p. 42).

Por otro lado, el jurista Pizzorusso (2006) enfatiza que la “justicia constitucional se ha producido en los diversos países con distintas modalidades (...) de manera que han resultado profundamente diferenciadas las experiencias” (p. 240). Para ello, presenta el caso *Marbury vs. Madison*, “introducido, por la vía del precedente, en el ordenamiento jurídico de los Estados Unidos. Con ello no se intentó aportar modificación alguna al Derecho vigente, sino simplemente reconocer que (...) el juez debe desaplicar las normas legislativas que considere incompatibles con el higher law” (Pizzorusso, 2006, p. 242)²¹. De la misma manera, opina Haberle (2012), con el origen de la justicia constitucional:

²⁰ Comanducci (2010) describe la postura de Waldron, como defensor de la democracia así: “a) Las reglas últimas para tomar decisiones colectivas son todas procedimentales y son todas falibles. Los partidarios de las definiciones mixtas de democracia se equivocan en pensar que puedan darse restricciones substanciales a la toma de decisiones colectivas: todas las restricciones son procedimentales y los procedimientos pueden dar cualquier resultado, en la fase constituyente como en la fase constituida. b) Todos los procedimientos tienen valor intrínseco, según como se decide, e instrumental, según qué se decide, es decir, según los resultados de la decisión” (p. 42).

²¹ Flórez Muñoz (2011) señala: “El fallo más relevante dentro de esta polémica es el célebre caso ‘Marbury vs. Madison’, redactado por el Chief Justice John Marshall, el cual fue proferido en el interior de ese enrarecido y polémico clima político; la relevancia de este fallo se deriva del hecho de que para muchos ese instituto (...) no se encontraba expresamente previsto en la Constitución norteamericana, al punto de afirmar que es con base en esa usurpación autoarrogada por Marshall que aún se mantiene activo el judicial review en Estados Unidos. Habría que aclarar que, tal como lo exponen Barrancos y Vedia (...), existen constancias del Judicial Review muy anteriores a ‘Marbury’ (...); pero lo que sí es cierto es que si bien el judicial review no nació con Marbury, los cuestionamientos respecto del ejercicio de ese poder sí nacieron junto con el dictado del célebre fallo” (Flórez Muñoz, 2011, p. 14).

Austria tiene el honor de haber creado en 1920 la primera jurisdicción constitucional, habiendo contribuido a ello con trabajos preliminares científicos G. Jellinek y H. Kelsen. Sobre todo, hay que reconocer a los EEUU y su *Marbury vs. Madison* de 1803, que construyó el derecho de revisión judicial del Tribunal Supremo. Hoy, el Tribunal Constitucional Federal es expresión especialmente de la cultura constitucional alemana, aun cuando algunas decisiones merezcan tal vez ser criticadas (Haberle, 2012, p. 209).

A continuación, se presenta una comparación de los modelos de justicia constitucional americano y europeo, elaborada por el profesor Sergio Linares (2008):

Tabla 2. *Diferencias estructurales entre el modelo de justicia constitucional americano y europeo*

	Modelo americano	Modelo europeo
¿Quién puede ejercer el control?	Difuso (todos los jueces)	Concentrado (sólo el Tribunal Constitucional)
¿Cómo se activa el control?	Las partes lo plantean en el caso, y el juez ordinario decide al momento de resolver la cuestión de fondo	a) Acción abstracta de inconstitucionalidad: popular u orgánica b) Cuestión de inconstitucionalidad: las partes lo plantean ante el juez ordinario, quien eleva la cuestión de constitucionalidad a conocimiento del Tribunal Constitucional
Objeto del control	Juicio de constitucionalidad y resolución de un caso concreto	Juicio abstracto de constitucionalidad
¿Qué efectos produce?	Efectos <i>inter partes</i>	Efectos generales o <i>erga omnes</i>
Status del órgano	Poder Judicial	Órgano de desvinculado de los tres poderes clásicos
Acceso a la Corte	Recurso de inconstitucionalidad	Acción abstracta directa y cuestión de inconstitucionalidad
Control de la agenda	Sí a través del <i>writ of certiorari</i>	No

Nota: Linares, S. (2008). *La (i)legitimidad democrática*

Desde el derecho comparado, se puede establecer que en el modelo estadounidense la justicia constitucional es un poder difuso a cargo del poder judicial, a diferencia del europeo que es un control concentrado en cabeza de un órgano independiente, lo cual tiene incidencia en las decisiones que toman, pues sus efectos pueden ser *inter partes* y *erga omnes*, lo cual tiene un significado importante para el proceso democrático.

Presentado el problema que puede surgir entre Estado constitucional y democracia, es pertinente describir si la justicia constitucional genera o no un coste al principio democrático, a través de los diferentes doctrinantes.

1.3.1. La justicia constitucional no ocasiona un coste democrático

Dworkin, citado por Carbonell y García Jaramillo (2010), “insiste en que los constitucionalistas se concentraron demasiado en lo que dice la Constitución y en cómo debería interpretarse, y no lo suficiente en aquello que verdaderamente significa la democracia, la cual requiere de mayorías y del amplio sufragio, pero también de los derechos que contienen las normas constitucionales” (Carbonell y García Jaramillo, 2010, p. 18):

Los jueces tienen el deber de desafiar la voluntad popular cuando los derechos constitucionales están en juego. Advierte que el debate acerca de lo que es una constitución y de lo que los jueces dicen que es ha estado descarriado, ya que al garantizar derechos en un lenguaje abstracto y con fuerte contenido moral, no hay otra forma de ser fiel a la interpretación del texto que desde consideraciones morales además de estrictamente jurídicas (Carbonell y García Jaramillo, 2010, p. 18).

Carlos Nino, citado por Roberto Gargarella (2010), “considera que deben existir guardianes externos al propio proceso de toma de decisiones democrático, encargados de asegurar la supervivencia de ese proceso democrático” (p. 532):

Los jueces poseen, para él, exactamente las mismas capacidades que cualquier individuo. La única diferencia que los separa de los demás es el lugar que ocupan, institucionalmente hablando, y que los deja en una mejor situación a la hora de resguardar las ‘reglas del juego’ (...) En este sentido, los jueces quedan encargados de mantener el compromiso estatal con la neutralidad valorativa, asegurando el respeto de los ideales escogidos por cada individuo” (Gargarella, 2010, p. 533)

En el mismo sentido, Ferreres Comella (2010) cita a Rousseau y Fromont, quienes “entienden que la Constitución es una expresión más genuina de la voluntad democrática que la legislación ordinaria. Cuando un tribunal invalida una ley en nombre de la Constitución, trata de preservar una norma que está estrechamente ligada a las convicciones de los ciudadanos acerca de sus derechos, frente a las decisiones de los políticos” (p. 485).

Igualmente, cuestiona Zagrebelsky (2008) que: “la Constitución es aquello sobre lo que no se vota. Por otro, el Tribunal Constitucional tiene confiada la tarea de defender la Constitución y para ello los jueces votan, ¿Se trata de una clara contradicción?” (Zagrebelsky, 2008, p. 33):

Sobre la Constitución no se vota (...) El Tribunal decide no sobre la Constitución, sino según la Constitución (...) Actúa a través de su interpretación (...) Cuando el tribunal vota, no decide sobre la Constitución sino sobre sus interpretaciones (...) Estas consideraciones hacen pensar en definiciones como ‘los tribunales constitucionales son asambleas constituyentes’, o ‘las constituciones son lo que los tribunales dicen que son’. Y tales definiciones evocan el histórico debate que tuvo lugar en el origen de la justicia constitucional en Europa entre Carl Schmitt y Hans Kelsen (Zagrebelsky, 2008, pp. 33-34).

Siguiendo en ese orden de sentido, aduce el docente mexicano, Prado Maillard (2006)²², sugiere que “Se trata de la consolidación de la democracia. Si los tribunales constitucionales no intervinieran, los conflictos políticos podrían convertirse en conflictos sociales, lo cual polarizaría a la sociedad en detrimento de la democracia misma. La intervención de los tribunales constitucionales fortalece el Estado de Derecho; se trata, efectivamente, de la juridificación de la política” (p. 176). Es así como el Alto Tribunal también logra, según Starck (2001), “preservar, sostener, promover el consenso social básico y de esta manera ejercer una influencia integradora” (p. 484), con el propósito de

²² Prado Maillard (2006) indica: “En este punto que la colaboración entre los poderes supremos de la Constitución presenta graves conflictos en su diseño actual, a tal grado que el gobierno parece no gobernar, el legislativo parece no legislar, y el poder judicial, en tanto que árbitro, parece decidir el futuro de la nación frente a tanto conflicto” (Prado Maillard, 2006, p. 177).

buscar que al acto constituyente pueda ser vulnerado por una mayoría parlamentaria simple.

Citando nuevamente a Ferreres Comella (2010), este autor afirma que Dworkin “ha sostenido que cuando un juez invalida una ley no se produce ningún coste democrático, si el motivo de la invalidación es que esa ley no satisface las precondiciones que dan valor moral al proceso político” (p. 482)²³. Continuando en la misma línea, Josep Aguiló Regla (2010) resalta la “frase que ha hecho fortuna (...) ‘la Constitución pertenece a las generaciones vivas’ (...) razón por la que, hay que insistir en la idea de que los constituyentes ‘reconocen’ valores, no los constituyen (...) Lo que dota de continuidad a una constitución es la orientación, no precisamente todos sus contenidos concretos” (Aguiló Regla, 2010, p. 246).

En mi opinión, el problema es irresoluble en la medida en que uno se aproxime a la Constitución formal o rígida como un documento regulativo y autoritativo que trata de resolver *ex ante* todos los problemas jurídico-políticos que puedan plantearse. Es decir, si uno acepta el proceso constituyente como un proceso de imposición que cierra la deliberación, entonces la ilegitimidad de la forma constitucional me parece palmaria e irresoluble. Ahora bien: si uno ve el proceso constituyente como el origen de una práctica constitucional orientada por principios y valores, tal conclusión ya no es obvia. Lo cual es así porque la acción social orientada por principios y valores aceptados es una acción orientada hacia el futuro y en este sentido, la acción política de las generaciones constituidas puede ser una acción perfectamente racional; no tiene por qué ser una acción simplemente anclada en la simple obediencia del pasado. Para que ello pueda ser así, las generaciones que actúen bajo una constitución tienen que ver el proceso constituyente, como un proceso guiado por la aceptación de ciertos principios y valores, y así, poder entender su propia práctica constitucional como guiada también por esos mismos principios y valores (Aguiló Regla, 2010, pp. 245-246).

²³ Para Dworkin, citado por Ferreres Comella (2010), “estas precondiciones, que él denomina ‘condiciones democráticas’, son necesarias para garantizar a las personas su igual pertenencia a la comunidad política y se traducen en tres exigencias: cada persona debe tener la oportunidad de incidir en el contenido de las decisiones colectivas; sus intereses deben ser tenidos en cuenta con igual consideración y se le debe dejar en libertad para elegir el tipo de vida que le resulte más valiosa” (p. 482).

Es decir, para proteger el proceso democrático, se debe “abrir los canales políticos, defender derechos (...) y encausar a los legisladores hacia la aprobación de disposiciones que traten por igual mayorías y minorías” (Collazos Velasco, 2009, p. 220):

Ely pretende reorientar el control constitucional como una forma de expresión que los Tribunales Constitucionales solo deben utilizar cuando se trate de leyes que recortan el acceso a la participación en el debate político, que dificultan la representatividad o que imponen prejuicios en contra de las minorías. Ante la pregunta ¿cuándo está justificado el control constitucional por parte del Tribunal Constitucional?, un partidario de Ely respondería que el control constitucional y la democracia son irreconciliables a menos que ese control sea ejercido para proteger el proceso democrático (...) Desbloquear las obstrucciones al proceso democrático es de lo que debería ocuparse primordialmente el control judicial, y la negación del sufragio pareciera ser la obstrucción por excelencia. Otras prácticas que van al núcleo del derecho de la gente a elegir a sus representantes y expresar sus preferencias, son la negación de un lugar en la tarjeta electoral a los partidos minoritarios y la negación a posesionar a los representantes elegidos por el pueblo (Collazos Velasco, 2009, pp. 219-220).

Por su parte, el jurista Javier Rincón Salcedo (2008), con relación a la objeción democrática, por la elección no democrática de los jueces constitucionales, aduce lo que sigue:

Un análisis de este tipo me parece de particular interés, dado que a pesar de que considero que la democracia y la legitimidad que de ella se deriva no se agotan en las elecciones y, por ende, que en una democracia real o de ciudadanas y ciudadanos, los tribunales constitucionales como órganos de control de constitucionalidad de la ley y garantes de los derechos de los individuos no son una anomalía del sistema democrático, sino que son órganos que colaboran legítimamente a la realización plena de la democracia, a su vez, estoy convencido de que así como existe la posibilidad de que surjan divergencias entre los representantes (elegidos por sufragio) y los representados, también existe la posibilidad de que existan divergencias entre el órgano encargado de ser el intérprete y guardián de la Constitución y el constituyente primario que desembocan en cuestionamientos de legitimidad (Rincón Salcedo, 2008, p. 122).

A su vez, el investigador Rus Rufino (1995) menciona al profesor americano Ackerman Bruce, quien considera “que el diálogo es el medio más adecuado para llegar a una justa distribución de los escasos recursos (...) Diálogo que debe ajustarse a tres condiciones: racionalidad, coherencia y neutralidad” (Rus Rufino, 1995, p. 602). Además, en cuanto a la justicia, describe el proyecto de Ackerman: “la ‘realización social de la justicia’ se concreta en primer término, en una justa y equilibrada distribución de los bienes y recursos, con el fin de obtener de forma individual un crecimiento y un desarrollo adecuado a las aspiraciones de cada uno” (Rus Rufino, 1995, p. 605)²⁴.

Por ende, de acuerdo con Ackerman (2015), la falta de representatividad de los jueces se compensa cuando cumple la función mediadora entre la democracia y los derechos, “por cuanto el juez es el especificador de derechos, de modo que su rol en el proceso democrático es decisivo como formulador último de aquellos” (Ackerman, 2015). Esta interpretación constitucional se denomina constructivismo judicial, el cual, según Caballero Sierra (2002), conduce a la autosuficiencia constitucional, en que la Corte Constitucional determina el significado y el alcance de las garantías abiertas de la Constitución, pues primero se debe acudir al lenguaje constitucional y luego a la estructura de la Constitución.

Con fundamento en lo expuesto, se podría deducir que el Tribunal Constitucional como poder constituido se está convirtiendo en un poder constituyente temporal. No obstante, esta premisa, no es consecuente con el verdadero papel que debe desempeñar, de acuerdo con lo contemplado en la Constitución Política de 1991, tal como se ha venido señalando

²⁴ Rus Rufino (1995) continúa describiendo la teoría de Ackerman: “No se trata de justificar la igualdad de todos los componentes de la comunidad, sino de determinar las reglas básicas para dirigir el diálogo entre ellos, cuando se han puesto los cimientos para asentar los principios que deben conducir a que la distribución sea lo más adecuada a la igualdad y a la justicia, mediante lo que denomina una perfecta tecnología de la justicia (...) Ackerman no recurre al mérito individual para justificar la adjudicación y posterior posesión de bienes, prefiere apelar al juicio o a la sentencia de un juez sabio, justo, imparcial y prudente, por tanto, la justicia se basará en un estilo o modo de juzgar, más que en la formulación de principios o criterios generales de justicia. Por esta razón, se inclina a pensar que la justicia surgirá de las decisiones que se adopten en la Asamblea o de entre los participantes en el diálogo dentro de una comunidad política, por ello, el único derecho real que tiene el hombre es su capacidad para participar en el diálogo neutral. (...) Ackerman ha llevado a cabo un intento de fundamentar y de construir una teoría de la justicia sobre un modelo estatal liberal democrático, ya que sólo en él considera que están suficientemente garantizadas la libertad y la igualdad de los individuos” (pp. 607, 617).

en este trabajo académico, salvo que se permita la participación del pueblo en las decisiones constitucionales.

1.3.2. La justicia constitucional sí ocasiona un coste democrático

Carbonell y García Jaramillo (2010) citan a Ferreres Comella, quien considera que “los tribunales constitucionales (...) son instituciones imperfectas y falibles, demuestra que hay razones para creer que aquellos, en materia de derechos fundamentales, tienen una ventaja comparativa, razón por la cual se debe establecer un sistema de control judicial de constitucionalidad de la ley, a pesar de su coste democrático” (p. 25).

Si ello es así, hay que admitir que la introducción en esos países del control judicial de la ley supone un ‘coste’ desde un punto de vista democrático, pues este control implica la posibilidad de que los tribunales de justicia (menos sensibles a la voluntad popular) anulen las leyes adoptadas a través de parlamentos democráticos (más sensibles a esa voluntad) (...). Cuando un Tribunal descalifica el juicio de esa mayoría, afecta a la democracia. El hecho de que la Constitución objeto de garantía esté más intensamente vinculada al pueblo que una ley ordinaria no altera esta conclusión, pues es un tribunal el que está interpretando la norma suprema —un órgano menos próximo a la voluntad popular que el parlamento— (Ferreres Comella, 2010, pp. 482, 486).

De modo similar, está la posición del filósofo Bayón, citado por Paolo Comanducci (2010), quien asevera que “hay que dejar la última palabra al legislador, aún si a veces pueden darse condiciones en las que serían legítimos la superioridad de la constitución y el control de constitucionalidad” (p. 43). Análogamente, Benítez Rojas (2013) considera que la soberanía popular queda anulada²⁵, ya que “en una democracia constitucional, es inaceptable porque, en ese orden la última palabra sobre los asuntos constitucionales la tendría un órgano constituido y no el pueblo, que no estaría legitimado para pronunciarse”

²⁵ Benítez Rojas (2013) afirma que los “jueces son fuerzas contramayoritarias porque frustran la voluntad del pueblo, sobreponiendo decisiones que fueron tomadas por el pueblo de hace más de veinte años. En otras palabras, las determinaciones tomadas por órganos que tienen una legitimidad democrática mayor que las Cortes, pueden ser anuladas por cinco jueces que no representan de manera directa al pueblo” (p. 184).

(Benítez Rojas, 2013, p. 186). No obstante, de manera contraria, piensa el profesor Uprimny Yepes (2001):

En primer término, la democracia no puede ser concebida simplemente como el gobierno omnímodo de las mayorías, por cuanto esa concepción conduce a una anulación de la propia democracia. En efecto, supongamos que una mayoría política ocasional aprueba una norma en virtud de la cual delega todo el poder en un dictador, o establece que las leyes aprobadas por esa mayoría no podrán ser cambiadas en el futuro. Debemos aceptar esa decisión por ser expresión del principio de mayoría? No parece posible, por cuanto esa determinación acaba con la operatividad futura de ese principio democrático. Por consiguiente, existen algunas cosas que no pueden ser decididas por el principio de mayoría, pues si lo permitimos, corremos el riesgo de que ese principio se anule a sí mismo, por cuanto una mayoría ocasional trataría de autoperpetuarse en el poder, modificando las reglas de los procesos electorales, o imponiendo el silencio a sus oponentes. Hay pues aspectos que no deben ser debatidos ni decididos en el proceso democrático por cuanto constituyen las reglas mismas del juego democrático, ya que representan el presupuesto de funcionamiento del principio de mayoría. La democracia y el principio de mayoría, si quieren ser funcionales y perdurar, deben entonces admitir que no deben tocar ciertos temas, a saber, aquellos que definen el proceso democrático (Uprimny Yepes, 2001, pp.166-167).

Apoyando al doctor Uprimny, el docente mexicano Rosario Rodríguez (2011) advierte que no se puede concebir una soberanía popular como eje legitimador del sistema constitucional, pues la “posibilidad de que el pueblo como tal pueda decidir y ejercer su potestad soberana es una acción que se antoja materialmente imposible, por lo que se tuvo que dotar a los órganos de poder como encargados de ejercer la voluntad soberana, siendo el pueblo el detentador original y permanente de la misma” (Rosario Rodríguez, 2011, p. 110). Por su parte, el profesor Iván Vila Casado (2005) considera que “si la Constitución es jurídica, como en efecto lo es, su interpretación por la Corte debe estar siempre limitada por aquella” (p. 57)²⁶.

²⁶ Vila Casado (2005) agrega: “Hay que tener presente que el constituyente primario colombiano se decidió por un régimen democrático con una muy definida separación de poderes, lo que le impide a la Corte Constitucional desvanecer los linderos entre la interpretación y la potestad de crear nuevas normas porque, como lo dice Simón, ello conduciría a convertir de manera subrepticia en soberano a quien únicamente es custodio de la Constitución (...) Pero también lo es,

Aunado a lo anterior, opina Jorge Carpizo (2009) lo siguiente: “No obstante, hay que ser muy cuidadoso: el tribunal constitucional, no puede usurpar las funciones del poder constituyente (...) en consecuencia, no debe crear normas ni principios que no sean susceptibles de reconducirse a la Ley Fundamental, pero sí puede deducir principios implícitos de los expresamente asentados” (p. 56). Igualmente, Mora Restrepo (2013) cita al profesor Tamayo: “la Corte ha terminado convirtiéndose, mediante sus sentencias y el juego valorativo del que se sirve, en un verdadero poder constituyente permanente y continuo” (Mora Restrepo, 2013, p. 15), en los siguientes términos:

Que no solo interpreta la Constitución, sino que la hace, la ‘re-hace’, la amplía, la acorta, la inventa, la acaba, la renace, la cambia, la vuelve hacer y así sucesivamente (...) En su lucha por el poder, lo que le interesa es imponer su ideología de izquierda o de derecha, mediante decisiones judiciales basadas no en el derecho normativo creado por el constituyente primario o por el parlamento, sino en su capacidad de decisión sin control, maquillada con los valores máximos de la Constitución (Mora Restrepo, 2013, p. 15).

Siguiendo en ese orden, el salvamento de voto de la magistrada Clara Inés Vargas, emitido en la Sentencia C-1200 de diciembre de 2003, precisa el límite del constituyente derivado:

El poder constituyente derivado tiene como límite respetar las decisiones políticas fundamentales adoptadas por el constituyente originario. En tal sentido, le está vedado, por medio de reformas parciales, introducir cambios radicales en el catálogo de derechos fundamentales y garantías judiciales (...) existen en todo ordenamiento constitucional unos límites implícitos al poder de reforma de las cartas políticas, no susceptibles de ser alterados por el constituyente derivado, en especial, en materia de derechos humanos por cuantos estos emanan directamente de la dignidad humana y constituyen la razón última de ser de un Estado social de Derecho (Sentencia C-1200, 2003).

De esta manera, Caballero Sierra (2002) expresa que no se debe entrar en la discusión entre la politización de la justicia o su judicialización, “puesto que al comprender la

que el ámbito de lo que no puede ser decidido por el legislador no puede ser ampliado por la Corte Constitucional sin una clara e irrefutable base constitucional porque, de otra manera, se corre el peligro de que esta se convierta en un órgano soberano” (pp. 57-58).

justicia constitucional desarrolla una función política para lograr el asentamiento del sistema democrático, cumple con ello un gran cometido en aras del buen funcionamiento integral del Estado y de la sociedad (...)" (Caballero Sierra, 2002, p. 31):

Es el pecio de la relación entre la Corte Constitucional y el legislador que resulta más compleja de lo que deriva de la simple definición de sus funciones como un legislador negativo, o como un sustituto positivo del legislador. Por esa circunstancia, ya en los países europeos se señala que si bien la función del Tribunal Constitucional y su posición frente al legislador se encuentra en sus propios límites jurídico-funcionales, sin embargo no puede ignorarse que por diversos motivos, la justicia constitucional acaba asumiendo una y otra vez la función de compensar o sustituir al legislador (Caballero Sierra, 2002, pp. 20-21).

En síntesis, como problemática del presente proyecto, se deduce que la justicia constitucional sí genera un costo democrático, porque la soberanía popular queda eliminada por la representación de los magistrados de la Corte Constitucional, que no han sido elegidos directamente por el pueblo. Además, al Alto Tribunal no se le puede atribuir el papel de poder constituyente derivado, puesto que ella es un poder constituido que debe cumplir con las funciones que le ha conferido el poder constituyente de 1991, que consiste en la custodia y la salvaguarda de la Constitución.

2. LÍMITES AL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DESDE UNA PERSPECTIVA DEL DERECHO COMPARADO

Para comenzar, el jurista francés Sieyés (2007) consideró que el Tribunal Constitucional es quien puede garantizar la supremacía de la Constitución:

Una Constitución o es un cuerpo de leyes obligatorias o no es nada. Ahora bien, si es un código de leyes obligatorias, resulta preciso preguntarse dónde residirá el guardián, la magistratura de ese código. Y es necesario responder a este interrogante, habida cuenta de que un olvido de esta naturaleza, tan inconcebible como ridículo en el orden civil, no existe razón alguna para padecerlo en el orden político (...) Me permito, pues, preguntaros: ¿qué habéis dispuesto para atender a las denuncias contra las infracciones a la Constitución? Pensáis acaso, que la magistratura civil ordinaria podría desempeñar tan alta misión? Pensad, sin embargo, en el sabio decreto por el que habéis prohibido a los jueces citar ante ellos a los administradores en razón de sus funciones, con mayor razón, no podréis concederles la potestad de citar ante ellos a los primeros cuerpos políticos del Estado (Sieyés, 2007, p. 420).

Por su parte, el profesor Haberle (2012) indica que el Tribunal Constitucional debe tener las siguientes funciones: “La ‘Función de integración’ en relación con un Estado Constitucional nacional y sus ciudadanos (...) ‘Equilibrio de Poderes’ y protegen a la vez este principio de la división de poderes vertical (...) ‘La Protección de los derechos fundamentales’ y de las ‘minorías’ son otras palabras clave apropiadas (...) Protección frente al ‘abuso de poder’ estatal en parte también el ‘abuso de poder social’ (...) Protección del principio estatal constitucional del ‘Pluralismo’”²⁷ (Haberle, 2012, p. 203):

²⁷ Para Haberle (Hesse y Haberle, 2005), es importante proponer “desde una perspectiva teórico-constitucional, contemplar a los tribunales constitucionales en ‘la triada del pluralismo -que garantiza de la libertad-, esto es, los derechos fundamentales, la separación de poderes y el federalismo y situarlo, por medio de la figura del ‘contrato social’ (...) El Tribunal constitucional tiene la misión, atribuida por el propio constituyente, de proteger, de un lado, y actualizar, de otro, el contrato social, en especial en su dimensión como contrato intergeneracional, que obliga al TC a atender, en sus sentencias particulares y en su jurisprudencia como conjunto, a la necesaria existencia de vínculos estrechos entre las sucesivas generaciones, sin gravar hasta el extremo a una a costa de la otra (...) Haberle considera, en fin que el contrato social cuya garantía y actualización corresponde al TCF tiene que atender también incluso a las generaciones futuras, todavía no existentes (especialmente, por ejemplo, respecto de lo que afecta al medio-ambiente o a la deuda nacional)” (pp. 28-29).

La función de la jurisdicción constitucional es la restricción, racionalización y el control del poder estatal y social; es cooperación material en el consenso básico; estriba en toda nueva protección de las minorías y los débiles, en reaccionar tempestiva y flexiblemente a los nuevos peligros para la dignidad del hombre, en su carácter de respuesta y guía no apolíticas (Haberle, 2001, p. 175).

No obstante, el jurista Sierra Cadena (2009) considera que “Para ilustrar tal proceso conflictivo de transversalidad, donde se redefine la organización social y la legitimación del poder, es necesario recordar a dos teóricos del derecho, quienes evocan dos visiones jurídicas del problema” (p. 20)²⁸:

Hans Kelsen, quien representa una concepción normativa de la ética y del derecho de derivación kantiana, fundada sobre la predominancia de la regla general. Para él, el derecho encarna un proceso racional y jerarquizado, en el cual la norma se aplica y se justifica por la fuerza exclusiva de la razón y donde el juez es quien la aplica (...). El segundo, por el contrario, es el estadounidense Ronald Dworkin, jurista contemporáneo; viene de un país donde la cultura política es desconfiada hacia toda otra organización estatal donde no esté el poder del juez (...) Él representa el pensamiento concreto del empirismo filosófico, en el que el derecho no es el producto del racionalismo normativo, sino del proceso y de la práctica jurídica; donde el juez es creador del derecho, es él quien interpreta la norma y dice el derecho (Sierra Cadena, 2009, p. 20).

Mientras que Kelsen²⁹ sostiene que “El Tribunal es necesario porque de otra forma sería imposible garantizar la supremacía de la Constitución (...) sólo el Tribunal puede garantizar la vigencia de la constitución independientemente de la voluntad y de las características del órgano que produce las leyes” (Díaz Guevara (2011p. 5):

²⁸ Sierra Cadena (2009) opina: “la acción pública y las políticas permanecen fuertemente influenciadas por la acción del juez constitucional, quien surge como regulador de las funciones de los poderes y de los actores públicos (...) pasa de ser un actor pasivo y relegado en la acción pública del Estado a ser un actor activo y determinante de políticas y decisiones de gobierno” (pp. 17-18).

²⁹ El jurista Alejandro Martínez Caballero (2001) presenta la postura de Kelsen, quien considera “que es ingenuo pensar que el Tribunal no crea derecho, en el sentido de que no modifica el ordenamiento, puesto que al retirar del sistema jurídico la ley acusada, es obvio que modifica el sistema. En sus palabras, ‘anular una ley es dictar una norma general; porque la anulación de una ley tiene el mismo carácter de generalidad que su producción y no es, por así decirlo, sino producción con un signo negativo y por tanto una función legislativa” (Martínez Caballero, 2001, p. 386).

Para responder a la segunda objeción, Kelsen argumenta que el control de constitucionalidad no afecta a la democracia porque, en realidad, es una condición para el desarrollo de la misma. Su tesis es que la constitución constituye un instrumento para proteger a las minorías políticas: éstas cuentan con la facultad de impugnar la constitucionalidad de las leyes aprobadas por la mayoría. Por lo mismo, con sus propias palabras: ‘la justicia constitucional se presenta -en última instancia- como una garantía de paz política en el interior del estado’ (...) De ahí que la respuesta que da Kelsen a la objeción democrática que cuestiona la legitimidad de la justicia constitucional sea insatisfactoria: su idea del legislador negativo no soluciona el problema real de la transferencia de poder desde las manos de los legisladores democráticos hasta los jueces constitucionales. La sola propuesta de que las minorías recurran a la justicia constitucional para impugnar las decisiones mayoritarias acarrea un enorme poder en las manos de los jueces: no sólo son los custodios de la constitución sino también los árbitros del proceso político (Díaz Guevara, 2011, pp. 6, 13).

No obstante, para Schmitt, citado por Carlos Herrera (1994), “el Tribunal Constitucional controla la Ley Constitucional y a la Constitución contribuye para su respeto, en tanto que el presidente la protege” (p. 208). Por ende, surge entre Kelsen y Schmitt la polémica de quién debe ser el guardián de la Constitución, pues el segundo considera que el Tribunal es un ente judicial de funcionarios independientes e inamovibles (Gómez Serrano, 2007) que usurpan las funciones del legislativo:

Ningún formalismo judicial podría encubrir el hecho de que semejante Tribunal de Justicia Política o Constitucional viniera a ser una instancia política suprema con atribuciones para formular preceptos constitucionales (...) Esto significaría algo apenas imaginable desde el punto de vista democrático: trasladar tales funciones a la aristocracia de la toga (Gómez Serrano, 2007, p. 164).

Entonces, Kelsen (1995) hace su réplica, aduciendo que es necesario crear una institución subordinada a la Constitución que pueda anular las leyes contrarias a ella, y que, solamente de manera extraordinaria, puede crear derecho por vía negativa: “la función política de la Constitución es poner límites jurídicos al poder. Garantía constitucional significa generar la seguridad de que esos límites no serán transgredidos” (Kelsen, 1995, p. 5).

Por esta razón y con el fin de resolver la pregunta de investigación, en el segundo capítulo se identificarán algunos autores que están a favor y en contra del establecimiento de controles o límites al Tribunal Constitucional. Para ello, desde el derecho comparado, se ilustrarán algunos Tribunales Constitucionales, con el fin de identificar su naturaleza y su papel dentro de la consolidación del proceso democrático. Para presentar, así, movimientos que proponen límites a las funciones del Alto Tribunal o los que no apoyan esta propuesta.

2.1. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN EL DERECHO COMPARADO

El profesor Frisch (2011), en cuanto a la creación de los Tribunales Constitucionales, reseñó que Austria en 1867 se convirtió en un Estado Constitucional e instituyó el “Tribunal del Imperio, tribunal de derecho público, el que muestra en su competencia algunos rasgos que insinúan la competencia del *Verfassungsgerichtlof* (Corte Constitucional) posterior, creado por Kelsen para la República” (Frisch, 2011, p. 42). Seguidamente, “describe que al finalizar la monarquía en 1918 y convertirse Austria en un Estado Federal Democrático, entró en vigor la Constitución Federal en 1920, cuyo creador fue, como se sabe, Hans Kelsen, que instituyó la Corte Constitucional de la República austriaca” (Frisch, 2011, p. 43)³⁰:

Tomando en cuenta que, en la Constitución de Austria, elaborada por Kelsen, se instituyó la *Verfassungsgerichtshof* (Corte Constitucional) como una *Garantie der Verfassung* (garantía de la Constitución), puede decirse que esta institución fue creada de modo que la aplicación de este principio teórico a la vida jurídica pudiera tomarse en cuenta al máximo posible. La Corte Constitucional fue creada como una ‘corte de derecho’ (Frisch, 2011, p. 13).

³⁰ Frisch (2011) reseña: “El cinco de marzo de 1933, se puso término a la democracia en Austria, pues un partido político se apropió del gobierno en su totalidad, así como del parlamento, con el fin de poder oponerse con mayor eficacia a la presión (...) de Alemania, dirigida en aquel tiempo por Hitler (...) La consecuencia de este cataclismo político fue la abolición de la jurisdicción constitucional que había creado Kelsen (...) Es decir, el paso de la democracia a un Estado totalitario sólo podía lograrse eliminando a la Corte Constitucional (...) Cuando finalmente recobró Austria su independencia en 1945, reinstauró la República como un Estado Federal Democrático, restableciéndose con el texto que tenía el cuatro de marzo de 1933, aquella Constitución Federal cuya elaboración debemos a Kelsen y que había sido publicada en 1920, la jurisdicción constitucional volvió adquirir eficacia” (pp. 43-44).

De la misma manera, lo anterior se evidencia con el estudio realizado por el profesor Favoreu (1994), quien demuestra que los Tribunales Constitucionales checoslovaco y el austriaco fueron los primeros en crearse en el año de 1920. En cambio, el exmagistrado Monroy Cabra (2013) sintetiza la creación de los Tribunales, indicando que su nacimiento se da en el siglo XX, después de la Primera Guerra Mundial, con el constitucionalismo democrático, sin embargo, hace referencia a la existencia de una ‘anomalía democrática’ (Monroy Cabra, 2013, p. 105), pues en todos los países de Europa no se crearon.

Por su parte, el jurista García de Enterría (2014) asevera que en Europa se tardó en recepcionar el control judicial estadounidense, y define como una de las grandes causas el protagonismo de la izquierda francesa, liderada por Ferdinand Lasalle, quien delimitó a la Constitución como una ‘mera hoja de papel’, desvalorizando así la Constitución, solo hasta después de la posguerra, con la aparición del sistema kelseniano³¹.

Continúa García de Enterría (2014), aduciendo que los Tribunales de Alemania e Italia no se acogieron al modelo kelseniano del legislador negativo, “sino (a)l americano de jurisdicción, el Tribunal Constitucional como verdadera jurisdicción, aunque en la fórmula estructural de la jurisdicción concentrada. La base para ello es la doctrina americana de la supremacía normativa de la Constitución” (García de Enterría, 2014, p. 49). A su vez, enuncia que el Tribunal Constitucional Español también cumple su función en los sistemas jurídicos autónomos, a diferencia del Tribunal Alemán, pues en Alemania existe uno en cada Estado miembro de la Federación, que decide sobre la compatibilidad de las leyes con las Constituciones de cada uno de ellos, puesto “que es bien conocido, en el sistema federal estricto (que) coexisten con la Constitución del Estado Federal Constituciones propias de los Estados Miembros. Este sistema no rige en el Derecho español” (García de Enterría, 2014, p. 51).

³¹ García de Enterría (2014) determina lo siguiente: “Para Kelsen el Tribunal Constitucional no es propiamente un Tribunal, porque un Tribunal es un órgano que aplica una norma previa a hechos concretos y el Tribunal Constitucional no enjuicia hechos concretos, sino que se limita a controlar la compatibilidad entre dos normas igualmente abstractas las dos: la Constitución y la Ley. No es, pues, un Tribunal porque no enjuicia situaciones concretas, hechos específicos, sino que limita su función a resolver este problema de la Vereinbarkeit, de la compatibilidad entre dos normas abstractas, eliminando la norma incompatible con la norma suprema, pero haciéndolo ex nunc, no ex tunc. Lo que quiere decir que el vicio de inconstitucionalidad de la Ley no es propiamente un vicio que genere una nulidad de pleno derecho de esta última, sino constitutivo de una simple anulabilidad, anulabilidad que hace de la sentencia del Tribunal Constitucional que la hace valer una sentencia constitutiva” (García de Enterría, 2014, p. 47).

Se deduce, entonces, que los tribunales constitucionales aparecen cuando se culminan los gobiernos totalitarios y se instauran las democracias. Ahora bien, desde el derecho comparado, se procederá a identificar aspectos relativamente importantes de los Tribunales Constitucionales de los Estados Unidos, Austria, Alemania y España, como se describe en el siguiente ítem.

2.1.1. Norteamérica

Los jueces de la Corte Suprema Americana son nombrados por el presidente, con el consentimiento del Senado y son vitalicios. De acuerdo con Rubio Barboza (2011), la naturaleza del sistema norteamericano es diferida, pues propone un control constitucional³² por parte de todos los jueces, sea cual sea su instancia. Por ello, según Reyes Blanco (2004), el control difuso es el más antiguo, el cual consiste en la “facultad atribuida a todos los jueces para declarar en un proceso concreto la inaplicabilidad de las disposiciones legales secundarias que se contrarían a la constitución” (Reyes Blanco, 2004, p. 22). Esto significa que los efectos de sus sentencias no son efecto *erga omnes*, sino que se hacen solamente por vía incidental o vía de excepción, teniendo efectos *inter partes* y retroactivos, es decir, el juez no anula la ley, sino que la inaplica. Manteniendo su posición, el autor describe el control difuso del sistema norteamericano, para algunos críticos:

No es un sistema efectivo de control, pues para ellos este modelo genera inseguridad jurídica, afirmando que al tener la decisión de inconstitucionalidad efectos solamente entre las partes, puede luego ser modificada la interpretación sobre la norma legal cuestionada dando lugar a un cambio de apreciación sobre una misma norma en materia constitucional, colocando en grave peligro criterios como el de la uniformidad de la cosa juzgada (Reyes Blanco, 2004, p. 23).

³² De acuerdo con el profesor Néstor Correa Henao (1987), las modalidades de control de constitucionalidad son tres: “a. La excepción de inconstitucionalidad: es un control incidente, a posteriori y con efectos *inter partes*; b. El procedimiento de injerencia: la parte interesada y perjudicada por la ley demanda al juez que orden el funcionario hacer o no hacer determinada cuestión; c. El procedimiento de juicio declaratorio: las partes solicitan al juez que aclare sus derechos y obligaciones recíprocos” (Correa Henao, 1987, p. 150).

Igualmente opina el exmagistrado Alejandro Martínez Caballero (2001), quien, luego de hacer un estudio de los tipos de decisiones de algunos Tribunales Constitucionales, relacionados con el sistema constitucional estadounidense, advierte que el Tribunal no es abstracto sino concreto, ya que su examen se deriva de casos específicos y sus efectos son retroactivos. Esto último sucede, “pues la inconstitucionalidad se asimila a una nulidad, sin embargo, el Tribunal ha conferido a muchas de sus decisiones efectos meramente prospectivos, con el fin de evitar los traumas normativos y prácticos que podría provocar una decisión totalmente retroactiva” (Martínez Caballero, 2001, p. 392) y ejemplifica con la sentencia *Linkletter* de 1965³³.

Por su parte, Bader Aldave (2006) presenta el caso *Bush vs. Gore*, en el que “La elección presidencial de Estados Unidos en el año 2000 arrojó un resultando bastante cerrado” (Bader Aldave, 2006, p. 21):

El desenlace dependería de a cuál de los dos candidatos, George W. Bush o Albert G. Gore Jr., le serían entregados los veinticinco votos correspondientes al Estado de Florida. Si Gore hubiera recibido esos votos, habría ganado la presidencia con 291 votos contra 246 de Bush. Sin embargo, después de que la Suprema Corte frenó un nuevo conteo manual de votos, Bush se convirtió en presidente con una votación de 271 a 266 (...) el órgano constitucional no debió intervenir en la controversia por ser un asunto político, pues la misma Constitución determinaba que el conteo de votos era competencia del Congreso y destaca que los magistrados mayoritarios de la Corte en su momento argumentaron que tenían la ‘ineludible responsabilidad de resolver las cuestiones federales y constitucionales’ que se les ‘había obligado a enfrentar’ (...) no se discutió siquiera si la ‘doctrina de la cuestión política’ no constituía un impedimento para que la Corte interviniera en la controversia (Bader Aldave, 2006, pp. 21-22).

Finalmente, el jurista español Alejandro Garro (1992), al elaborar un análisis del papel de la Corte Suprema de los Estados Unidos, infiere que esta tiene un poder político significativo, y trae a colación algunas sentencias en las cuales no se ha contado con el

³³ Martínez Caballero (2001) indica que la Corte Suprema de Justicia expuso en la citada sentencia: “La Constitución no prohíbe, pero tampoco exige, efectos retroactivos, por lo cual corresponde a la Corte determinar si debe conferirse un efecto retroactivo o prospectivo a la decisión” (Martínez Caballero, 2001, p. 392).

apoyo de las mayorías o de grupos importantes de poder, al argumentar que los magistrados de la Corte no tienen legitimidad democrática. Algunos de los ejemplos son los siguientes:

El sistema electoral para permitir adecuada representación a las minorías (*Baker v. Carr*, 1962), a permitir la publicación de información confidencial durante la guerra de Vietnam que el gobierno alegaba ponía en peligro la seguridad de sus tropas (*Pentagon Papers Case*, 1972), a prohibir la incriminación del aborto practicado antes del primer trimestre de gestación (*Roe v. Wade*, 1973), o a que el Congreso y legislaturas y tribunales estatales puedan castigar como delito la quema de la bandera de los Estados Unidos (*Texas v. Johnson*, 1989) (Garro, 1992, p. 88).

En relación con el nombramiento de los magistrados estadounidenses, la investigadora Ana María Montoya (2013) sostiene que este obedece a un proceso político contencioso, “en el que el rol de la ideología y el partidismo es determinante” (p. 163), citando como referencia a Epstein y Segal, “esto no sólo se debe a la participación de actores políticos clave como el Presidente y el Senado en la nominación y confirmación de los candidatos, respectivamente; se debe sobre todo al reconocimiento de los jueces como actores políticos” (Montoya, 2013, p. 163). Sin embargo, concluye que, con fundamento en las últimas investigaciones, el presidente norteamericano tiene en cuenta las preferencias del Senado.

2.1.2. Austria

El Tribunal Constitucional, según Elías Méndez (2010), “Consta de un presidente, un vicepresidente y otros doce miembros, así como de seis suplentes, que son nombrados por el Presidente Federal a propuesta del Gobierno, del Consejo Nacional y del Consejo Federal (...) Los magistrados continúan en el cargo hasta que termina el año en el que cumplen setenta años” (p. 152). Además, manifiesta lo que sigue:

El Tribunal, con sede en Viena, se reúne trimestralmente para sesiones de tres semanas de duración. Los procedimientos son normalmente escritos. Sólo excepcionalmente el

Tribunal celebra vistas orales (...) Las decisiones se adoptan por mayoría simple, pero las deliberaciones y votaciones no son públicas, y no hay posibilidad de emitir votos particulares, sean concurrentes o discrepantes. (...) No cabe recurso ante el TC contra sentencias de la jurisdicción ordinaria. Derogada una ley por inconstitucionalidad, quedan vinculados por el fallo cualesquiera tribunales de justicia y órganos administrativos (Elías Méndez, 2010, p. 152-153).

El profesor Sergio Reyes Blanco (2004), por su parte, indicó que, con la Ley Constitucional Federal de 1929 del 7 de diciembre, se consolida el control concentrado de constitucionalidad, cuyo promotor fue Hans Kelsen, pues según Rubio Barboza (2011) es el Tribunal quien exclusivamente se encarga del control constitucional de una norma o ley ordinaria. A su vez, Martínez Caballero (2001) indica que las sentencias de inconstitucionalidad tienen un efecto temporal, pues pueden fijar la fecha en que perdió efecto la norma, establecer constitucionalidades en las cuales da un término de un año al Congreso su modificación y acordar qué disposiciones derogadas pueden volver a regir.

Retomando a Reyes Blanco (2004), se introduce la acción directa de inconstitucionalidad y la figura del control concreto o lo que se denomina cuestión de inconstitucionalidad que está limitada al Tribunal Supremo y al Tribunal Administrativo. Aunado a lo anterior, el Tribunal Constitucional, entonces, puede conocer sobre la inconstitucionalidad de Tratados Internacionales.

En el caso de la Ley Constitucional federal del 7 de diciembre de 1929, esta estipula las competencias del Tribunal Constitucional Austriaco. A su vez, Frisch (2011) con fundamento en “los textos y (...) la jurisprudencia, se desarrolló con base en ellos, (con los cuales) pueden deducirse los principios que a continuación se mencionan” (Frisch, 2011, p. 19):

a) Consideración del reglamento como norma general y abstracta (...) b) Doctrina general lógico-positivista por una parte, y solución desde el punto de vista jurídico-político, por lo que se refiere a leyes ‘inconstitucionales’(...) c) Casación de las leyes y de los reglamentos en efectos *erga omnes* (...) d) El concepto de la inconstitucionalidad

relevante para el control de normas (...) e) 'Prejudicialidad' como supuestos para la protección del amparo contra leyes en el control de normas (...) f) No se requiere de la actuación de un 'quejoso' ni tampoco de la petición de un particular como supuesto para el control de normas (...) g) Inexistencia de la prescripción negativa en el ámbito del control de normas (...) h) El consentimiento de una de las partes (particular) no es relevante como impedimento procesal para la iniciación del control de normas (...) i) Profundización en el contenido normativo de la ley en el procedimiento del control de normas (Frisch, 2011, pp. 20-26).

2.1.3. Alemania

Reyes Blanco (2004) hace énfasis en que la Constitución o Ley fundamental de la República Federal del 23 de mayo de 1949, en su artículo 92, establece el Bundesverfassungsgericht, con la función de poder constitucional judicial. En este sentido, se expide la Ley 11 de agosto de 1993 sobre el Tribunal Constitucional Federal en cuyo artículo 94 se erige su composición. Esta estructura la explica Márquez y Nanclares (2001), con base en su estudio, al expresar que el Alto Tribunal se compone de jueces federales, es decir, que hayan pertenecido a una de las cinco jurisdicciones ordinarias superiores de la Federación durante tres años, la cual está integrada por dieciséis magistrados elegidos por mitades por el Bundestag y el Bundesrat:

Este último órgano elige directamente los magistrados que le corresponde escoger en la Corte Constitucional Federal (CCF), en tanto que los designados por el Bundestag se nombran, mediante una elección indirecta, por una comisión de electores de doce miembros integrada por el Bundestag, de conformidad con el principio de representación personal (Márquez y Nanclares, 2001, p. 79).

Otro rasgo es que el Alto Tribunal se encuentra conformado por dos salas, integradas por ocho miembros, las cuales, a su vez, crean cámaras por un período judicial de un año. Adicional, conforme al docente Sergio Reyes Blanco (2004), el control de constitucionalidad es concentrado y abstracto:

Dentro del control concentrado que es, sobre el cual se basa todo modelo alemán y por supuesto es el que lo identifica, tiene su soporte en la facultad de interpretación que posee el Tribunal para solucionar los conflictos cuando exista diferencia entre el alcance de los derechos y obligaciones de un órgano federal frente a la ley fundamental. No puede faltar aquí el estudio del control concreto (*Konkrete normenkontroll*) dirigido a las leyes aprobadas con posterioridad a la vigencia de la Constitución. En cuanto al control abstracto (*abstrakte Normenkontrolle*), se considera que se presenta en forma subjetiva cuando los legitimados interponen recurso o acción de inconstitucionalidad por considerar que una norma es contraria a la Constitución o a las normas federales (Reyes Blanco, 2004, pp. 15-16).

Habermas (2001), en cuanto al Tribunal Constitucional Alemán, considera que “actúa como unificador y coherentizador del derecho, constituye en todo caso en el sistema jerárquicamente articulado de la administración de justicia, junto con los tribunales supremos de la Federación, algo así como la cúspide reflexiva que se encarga de las tareas de autocontrol” (Habermas, 2001, p. 313):

El Tribunal ha de cuidar de que los ‘canales’ por los que discurre ese proceso inclusivo de formación de la opinión y de la voluntad, mediante el que se organiza así mismo la comunidad jurídica democrática, permanezcan indemnes sobre lo que primariamente habría de versar la judicial review habría de ser sobre el desbloqueo de obstrucciones en el proceso democrático (Habermas, 2001, p. 313).

Adicionalmente, aduce Habermas (2001) que las decisiones del Tribunal Alemán siempre tienen el carácter de interpretación sobre principios, “buscando encontrar la argumentación racional”, calificando por eso a los derechos fundamentales como principios “de un orden jurídico global, cuyo contenido normativo estructura al sistema de reglas en conjunto” (Habermas, 2001, p. 320). Pero, a su vez, afirma que el Alto Tribunal entiende a la Constitución “no tanto como un sistema de reglas estructurado por principios, sino recurriendo para ello a las éticas materiales de los valores, como un orden concreto de valores” (Habermas, 2001, p. 327), y objeta su interpretación:

En la medida en que un tribunal constitucional adopta la “teoría de los valores” o “teoría del orden valorativo” y la pone a la base de su práctica de toma de decisiones, aumenta el peligro de juicios irracionales porque con ello cobran primacía los argumentos funcionalistas a costa de los argumentos normativos (...) en cambio, en cuanto los derechos fundamentales son tomados en serio en su sentido deontológico, quedan sustraídos a tal análisis “costes-beneficios”. Y esto vale también para las normas “abiertas”, que, a diferencia de los programas condicionales, no están referidas a casos estándar fácilmente identificables, sino que están formuladas de suerte que hay que determinarlas en el caso de aplicación y que por tanto, en un sentido metodológicamente inofensivo, han menester de concretización (Habermas, 2001, p. 332).

En su estudio comparado, el docente Martínez Caballero (2001), por su parte, establece que en Alemania se declara la incompatibilidad de una ley, pero no se anula, ya que se encomienda al legislativo una nueva redacción, y, en otros casos, emite una resolución de aviso, indicando que la ley aún es constitucional, pero que en un futuro puede volverse inconstitucional o, en su defecto, formula regulaciones transitorias, mientras que el legislador adopta una nueva.

Además, el Tribunal Alemán define un orden fundamental libre y democrático, como un orden que, bajo la “exclusión de cualquier forma de violencia y arbitrariedad, representa la soberanía del Estado de Derecho, que se alza sobre los principios de la autodeterminación de los pueblos, de la decisión de la mayoría, de la libertad y de la igualdad” (Cruz, 2005, p. 11). De la misma manera, el autor indica que conoce acerca de los derechos humanos, especialmente los relacionados con la personalidad, la vida, el libre desarrollo a la personalidad, la soberanía del pueblo, la separación de poderes, la sujeción de la administración a la ley, la independencia de los tribunales, la pluralidad de partidos y la igualdad de oportunidades.

Para ilustrar, el docente Luis Cruz (2005) presenta las sentencias *Elfes* y *Lüth*, a través de las cuales el Alto Tribunal desarrolló la *teoría de la constitución como un orden de valores*. En el caso de *Elfes*, se desarrolló el derecho al libre desarrollo de la personalidad, y determinó que los principios superiores están protegidos contra todo cambio

constitucional³⁴: “las rupturas constitucionales son imposibles; la jurisdicción constitucional vigila la vinculación del legislador a las normas de la Ley Fundamental” (Cruz, 2005, p. 13). En relación con el caso Lüth, el Tribunal Alemán mantiene la teoría liberal de “asegurar la esfera de libertad de los individuos frente a las injerencias del poder público; son derechos de defensa de los ciudadanos frente al Estado” (Cruz, 2005, p. 14). El Alto Tribunal se pronuncia sobre lo que no pretende ser la Ley Fundamental, como se demuestra a continuación:

Ningún orden neutral de valores; en sus artículos sobre derechos fundamentales ha erigido un orden objetivo de valores que se manifiesta en un refuerzo fundamental de la pretensión de validez de los derechos fundamentales. Este sistema de valores, que encuentra su núcleo en la personalidad humana desarrollada libremente dentro de la comunidad social y en su dignidad, debe ser válido como fundamento jurídico-constitucional para todas las áreas del Derecho; la legislación, la administración y la judicatura reciben de él pautas e impulsos (Cruz, 2005, p. 15).

Cruz (2005), además, concluye que el Tribunal Alemán ha concebido a los derechos fundamentales como una estructura dual: “junto a su concepción tradicional como derechos subjetivos frente al poder público, aparecen como normas objetivas que expresan un contenido axiológico de validez universal y que, tomadas en conjunto, dan origen a un sistema de valores” (Cruz, 2005, p. 15). Dicho sistema afecta no solo al ordenamiento constitucional, sino también al ordenamiento jurídico en su totalidad³⁵.

³⁴ Presenta el investigador Cruz (2005) la posición del Tribunal Alemán, así: “las leyes no son ‘constitucionales’ cuando son promulgadas con el procedimiento formal debido. Deben concordar también materialmente con los valores fundamentales del orden fundamental libre y democrático, y deben conformarse con los principios constitucionales elementales no escritos y con las decisiones fundamentales de la Constitución, particularmente con los principios del Estado Social. Ante todo, las leyes no deben violar la dignidad de la persona que representa el valor más alto de la Ley Fundamental, pero tampoco pueden limitar la libertad espiritual, política y económica de la persona de tal manera que se viole su contenido esencial. De aquí se sigue que al ciudadano se le asegura con fuerza constitucional una esfera para la configuración privada de la vida, así como un ámbito intangible de libertad personal, que está sustraído de la acción de todo poder público. Una ley que interviniese sobre ella nunca podría formar parte del ‘orden constitucional’; debería ser declarada nula por el Tribunal Constitucional” (Cruz, 2005, p. 14).

³⁵ El autor cita a Böckenförde, en relación con el Tribunal Constitucional Federal: “ha aceptado desde entonces expresamente el carácter de norma objetiva de principios/decisión axiológica para la mayor parte de los derechos fundamentales y no lo ha excluido hasta ahora para ningún derecho fundamental (...) Este reconocimiento de la estructura dual de los derechos fundamentales se encuentra ya en una sentencia anterior, en la que se afirmaba que el artículo 6.1 de la Ley Fundamental (El matrimonio y la familia se encuentran bajo la protección especial del orden estatal), encarna no solo una libertad clásica, sino (que al mismo tiempo y más allá de esta concepción inicial, representa una norma de principio, es decir, una decisión valorativa obligatoria para todo el conjunto del Derecho Público y privado relativo al matrimonio y a la familia)” (Cruz, 2005, p. 15).

Paradójicamente, en otro caso, el Tribunal Alemán modificó el artículo 18 de la Ley de Partidos Políticos del 24 de julio de 1967, en el cual se determinaba el porcentaje de votos mínimos que necesitaban los partidos políticos para obtener la devolución a los gastos ocasionados en campaña electoral, bajando el porcentaje del 2,5 al 0,5 %. Para Forsthoff, citado por Cruz (2005), la decisión tomada por el Alto Tribunal no se basó en un instrumento lógico inductivo o deductivo para modificar el porcentaje, como el único correcto, sino que:

Su determinación es más bien un asunto de experiencia y de decisión política, de modo que cualquier porcentaje es tan arbitrario como los demás. El problema radica, por tanto, no en que el Tribunal haya sustituido una regulación equivocada en cuanto inconstitucional por otra conforme a la Constitución, sino en que para su resolución ha procedido según valoraciones propias que no tienen nada que ver con la subsunción -y que por ello no se pueden considerar como la aplicación de una norma general-, situándose ‘en el lugar del legislador en la medida en que modificó la situación legal según sus propias convicciones’ (...) La jurisprudencia, de este modo, ‘permanece ampliamente alejada del objetivo y del resultado de la Constitución del Estado de Derecho de consolidar una serie de preceptos de actuación estatal inequívocos, racionales y previsibles, y esto por fuerza. Es un derecho judicial autónomo el que conecta la Constitución del Estado de Derecho con las necesidades del Estado Social’ (Cruz, 2005, p. 66, 68).

A propósito, Peter Haberle (2004) manifiesta lo siguiente:

La cuestión es (...) el Tribunal se exige a sí mismo y al conjunto del sistema demasiado *a la larga*, si no debe -y puede- ahora contenerse en mayor medida después de los resultados constructivos en el campo de los derechos fundamentales y de la política del Estado y sobre todo frente al legislador democrático, para no coartar demasiado o echar a perder, la cultura político-democrática desde la justicia del Estado de Derecho (Haberle, 2004, pp. 35-36).³⁶

³⁶ Para Haberle (2004), “la ‘cultura política’ ciertamente abarca a las ideas *subjetivas*, experiencias y expectativas de los ciudadanos con relación a las instituciones de su sistema (en tanto que ‘constitución interna’ de un pueblo); pero a ella pertenece también su actuación objetivada, corresponde el comportamiento de los responsables políticos, la praxis parlamentaria, también la función de los tribunales, corresponde al grado de realidad de la libertad individual y de pluralismo vivido, corresponden temas y asuntos, desde la carta al director hasta las iniciativas ciudadanas” (Haberle, 2004, p. 36).

2.1.4. España

Teniendo en cuenta la investigación de Márquez y Nanclares (2001), la Constitución Española de 1978 regula, en su Título IX, al Tribunal Constitucional, adoptado del modelo alemán y con cierta influencia italiana, el cual se compone de doce magistrados por el periodo de nueve años, debiéndose renovar, por terceras pares, cada tres años, nombrados por el rey. Tal estructura es propuesta de la siguiente manera:

Cuatro por el Congreso, entidad que elige los candidatos por mayoría de tres quintos de sus miembros; cuatro por iniciativa del Senado, con igual mayoría, dos a iniciativa del Gobierno y dos a iniciativa del Consejo General del Poder Judicial, pero se da participación al Poder Judicial, como ocurre en Italia, ya que los miembros del Tribunal Constitucional deben ser nombrados entre Magistrados y Fiscales y también entre profesores universitarios, funcionarios públicos y abogados, todos ellos juristas (Márquez y Nanclares, 2001, p. 95).

El Tribunal Constitucional Español actúa en Sala, en Secciones y en Pleno, y se divide en dos cámaras que conocen exclusivamente el recurso de amparo, cada una conformada por seis magistrados y su presidente es nombrado por el rey por el periodo de tres años. Sus sentencias tienen efecto *erga omnes*, valor de cosa juzgada y no admiten recurso. Retomando el análisis del catedrático Martínez Caballero (2001), él establece que el Tribunal Constitucional Español también ha recurrido a las sentencias interpretativas o condicionales, a pronunciamientos de incompatibilidad con la Constitución sin declarar la anulación.

Luego de describir la posición de autores que apoyan o no el actuar del Tribunal constitucional, a continuación se ilustran, desde el derecho comparado, brevemente los Tribunales Constitucionales Europeos y Latinoamericanos, a través de dos tablas, las cuales permiten identificar y comparar brevemente aspectos, tales como su naturaleza, su composición, su método de nombramiento de magistrados y su sistema de control de constitucionalidad:

Tabla 2. *Tabla comparativa de los Tribunales Constitucionales Europeos*

Aspecto	Consejo Constitucion al francés	Tribunal Constitucion al Federal Aleman	Corte Constitucion al Austriaca	Corte Constitucion al Italiana	Tribunal Constitucional Español	Tribunal Constitucion al Portugués	Corte Constitucion al de Arbitraje de Bélgica
Año de creación	1959	1949	1920	1948	1931 y 1978	1976 y 1982	1983
Número de miembros	9	16	14 (y 6 suplentes)	15	12	13	12
Autoridades que los designan	Presidente de la República (3) Presidente de la Asamblea Nacional (3) Presidente del Senado (3)	Bundestag (8) Bundesrat (8)	Presidente de la Federación sobre proposición: - del Gobierno federal (8) - del Consejo Nacional (3) - del Consejo Federal	Presidente de la República (5) Parlamento (5) Magistraturas Supremas (5)	Designa el Rey mediante proposición: - del Congreso de los diputados (4) - del Senado (4) - del Gobierno (2) - del Consejo General del Poder Judicial (2)	Asamblea de la República (10) Cooptación (3)	Designa el Rey mediante lista doble presentada por el Senado
Autoridades que designan al presidente	Presidente de la República	Bundestad y Bundesrat, en forma alternativa	Presidente de la Federación sobre proposición del Gobierno federal	La misma Corte	El Rey mediante proposición del Tribunal Constitucional	El mismo Tribunal	Cada grupo lingüístico designa un presidente. Cada presidente permanece un año (en forma alternativa)
Autoridades que designan al vicepresidente		Bundestad y Bundesrat, en forma alternativa	Presidente de la Federación sobre proposición del Gobierno federal		El Rey mediante proposición del Tribunal Constitucional	El mismo Tribunal	
Duración del mandato	9 años (bajo reserva de las disposiciones del artículo 2.º de la Ordenanza 581067)	12 años (bajo reserva de las disposiciones del artículo 4.º de la ley del 12 de marzo de 1951)	En función hasta los 70 años	9 años (bajo reserva del artículo 6.º de la Ley Constitucional del 21 de noviembre de 1967)	9 años (bajo reserva del artículo 2.º de la ley del 3 de octubre de 1979)	6 años	En función hasta los 70 años
Miembros del derecho en forma vitalicia	Expresidente de la República						
Límites de edad de los miembros	Ninguno	40 años mínimo 68 años máximo	70 años máximo	Ninguno	Ninguno	Ninguno	40 años mínimo 70 años máximo

Renovación del mandato	No (bajo reserva de las disposiciones del artículo 12 de la Ordenanza 581067)	No	No	No (bajo reserva del artículo 16 de la Ley del 2 de octubre de 1979)	Sí	
Calidades universitarias o profesionales exigidas a los miembros	Ninguna	Ser magistrado federal supremo (6 miembros). Cumplir las condiciones para ser juez alemán	Ser juez, funcionario o profesor de universidad (8 miembros). Ser jurista	Ser magistrado, profesor de Derecho o ejercer la abogacía por 20 años	Ser jurista (magistrado, profesor o abogado) Ser juez o jurista	Ser magistrado judicial o administrativo o parlamentario
Naturaleza Control Constitucional	Control Previo y Abstracto	Control Concentrado	Control Concentrado	Control Mixto (difuso y concentrado)	Control Concentrado	
Funciones políticas incompatibles	Ministro, parlamentario, miembro del Consejo Económico y Social Dirigentes de un partido político	Ministro, parlamentario (de la Federación o de un Land)	Ministro, parlamentario, agente o empleado de un partido político	Parlamentario, consejero regional y toda otra función pública	Parlamentario, función política o administrativa a nivel del Estado o de las comunidades autónomas Funciones de dirección de un partido político, sindicato, asociación y de empleo de esos mismos organismos	Parlamentario, juez. Toda función o cargo público.

Nota. Elaboración propia, basada en investigaciones sobre la composición y estructura realizadas por (Monroy Cabra, M. G. (2013). *La interpretación constitucional*. El Profesional; Reyes Blanco, S. (2004). *El control de constitucionalidad*. Ediciones del Profesional; Rubio Barboza, E. (2011). Control Constitucional: El Sistema Difuso de Constitucionalidad. *Derecho y Cambio Social*, 8(25). <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5497974>; Tobo Rodríguez, J. (2012). *La Corte Constitucional y el control de constitucionalidad en Colombia*. Ibáñez).

Tabla 3. *Tabla comparativa de los Tribunales Constitucionales Latinoamericanos*

Aspecto	Tribunal Constitucional Boliviano	Corte Constitucional Colombiana	Tribunal Constitucional Chileno	Tribunal Constitucional Ecuatoriano	Corte Constitucional Guatemalteca	Tribunal Constitucional Peruano
Año de creación	1994	1991	1980	1945 y 1998	1985	1979
Número de miembros	5	9	7	9	5	7

<p>Autoridades que los designan</p>	<p>El Congreso Nacional, por dos tercios de votos de los miembros presentes</p>	<p>El Senado de la República, así: * 3 de ternas enviadas por el presidente * 3 de ternas enviadas por el Consejo de Estado * 3 de ternas enviadas por la Corte Suprema de Justicia</p>	<p>* 3 ministros de la Corte Suprema, elegidos por esta; * 1 Abogado designado por el presidente de la República; * 2 Abogados elegidos por el Consejo de Seguridad Nacional; * 1 Abogado elegido por el Senado, por mayoría absoluta de los senadores en ejercicio</p>	<p>El Congreso Nacional, de la siguiente manera: * Dos de ternas enviadas por el Presidente de la República; * Dos de ternas enviadas por la Corte Suprema de Justicia, de fuera de su seno; * Dos elegidos por la función legislativa, que no ostentan las dignidades de legisladores; * Uno de la terna enviada por los alcaldes y los prefectos provinciales; * Uno de la terna enviada por las centrales de trabajadores y las organizaciones indígenas y campesinas de carácter nacional, legalmente reconocidos; y * Uno de la terna enviada por las cámaras de producción legalmente reconocidas</p>	<p>* 1 por pleno de la Corte Suprema de Justicia * 1 por el pleno Congreso de la República * 1 por el presidente de la República en Consejo de Ministros * 1 por el Consejo Superior Universitario de la Universidad de San Carlos de Guatemala * 1 por la asamblea del Colegio de Abogados</p>	<p>El Congreso de la República con el voto favorable de los dos tercios del número legal de sus miembros</p>
<p>Autoridades que designan al presidente</p>	<p>El mismo tribunal, por dos tercios de votos del total de sus miembros</p>	<p>La misma Corte durará un año en sus funciones</p>		<p>El mismo tribunal, durará dos años en sus funciones, pudiendo ser reelegido</p>	<p>En forma rotativa por período de un año, comenzando por el de mayor edad y siguiendo en orden descendente de edades</p>	
<p>Autoridades que designan al vicepresidente</p>		<p>La misma Corte durará un año en sus funciones</p>		<p>El mismo tribunal, durará dos años en sus funciones, pudiendo ser reelegido</p>		
<p>Duración del mandato</p>	<p>10 años</p>	<p>8 años</p>	<p>8 años</p>	<p>4 años</p>	<p>5 años</p>	<p>5 años</p>
<p>Límites de edad de los miembros</p>	<p>Mínimo 35 años</p>	<p>No hay edad mínima</p>	<p>Máximo 75 años</p>	<p>Mínimo 45 años</p>		<p>Mínimo 45 años</p>

Renovación del mandato	Si, pasado un tiempo igual al que hubiesen ejercido su mandato	No		Si, indefinidamente	Si	No hay reelección inmediata
Calidades exigidas a los miembros	<p>* Ser boliviano de origen, haber cumplido los deberes militares, estar inscrito en el registro cívico, no haber sido condenado a pena corporal, salvo rehabilitación concedida por el Senado.</p> <p>* Título de Abogado.</p> <p>* Haber ejercido la judicatura, la profesión o la cátedra universitaria por lo menos durante diez años.</p>	<p>* Ser colombiano de nacimiento, abogado, no haber sido condenado a pena privada de libertad, excepto por delitos políticos o culposos.</p> <p>* Haber desempeñado durante 10 años cargo en la rama judicial o en el Ministerio Público, o haber ejercido, con buen crédito, por el mismo tiempo, la profesión de abogado, o la cátedra universitaria en disciplinas jurídicas en establecimientos reconocidos oficialmente.</p>	<p>* Los abogados designados por el presidente de la República, el Consejo de Seguridad Nacional y el Senado deberán tener quince años de título, haberse destacado en la actividad profesional, universitaria o pública, deben cumplir los requisitos para ser juez.</p> <p>* Los abogados designados por el presidente de la República y el Senado, deberán ser personas que sean o hayan sido abogados integrales de la Corte Suprema por tres años.</p>	<p>* Ser ecuatoriano por nacimiento.</p> <p>* Hallarse en ejercicio de los derechos de ciudadanía.</p> <p>* Tener título de doctor en Jurisprudencia.</p> <p>* Haber ejercido con probidad notoria la profesión de abogado, la judicatura o la cátedra universitaria en ciencias jurídicas por un lapso mínimo de quince años, y</p> <p>* Reunir los demás requisitos de carrera judicial que determine la ley.</p>	<p>* Ser guatemalteco de origen, abogado colegiado de reconocida honorabilidad.</p> <p>* Tener por lo menos quince años de graduación profesional.</p>	<p>* Ser peruano de nacimiento, ciudadano en ejercicio.</p> <p>* Haber sido magistrado de la Corte Suprema o Fiscal Superior durante diez años, o haber ejercido la abogacía o la cátedra universitaria en materia jurídica durante quince años.</p> <p>* No pueden ser elegidos los jueces o fiscales que no han dejado el cargo con un año de anticipación.</p>
Naturaleza del Control Constitucional	Control Mixto (Concentrado y Difuso)	Control Mixto (Concentrado y Difuso)				Control Mixto (Concentrado y Difuso)
Funciones políticas incompatibles	Incompatibilidad para ejercer toda otra actividad pública y privada remunerada, con excepción de la cátedra universitaria	Incompatibilidad para desempeñar otro cargo público o privado, con excepción de la cátedra universitaria	Los cargos de los abogados designados por el presidente de la República, el Consejo de Seguridad Nacional y el Senado, son incompatibles con el diputado o el senador, como también con el Ministro del Tribunal Calificador de Elecciones	Incompatibilidad para ejercer otro empleo o cargos directivos en sindicatos y partidos políticos La función de magistrado es incompatible con la calidad de ministro de cualquier religión	Incompatibilidad para ejercer otro empleo o cargos directivos en sindicatos y partidos políticos La función de magistrado es incompatible con la calidad de ministro de cualquier religión	Incompatibilidad con cualquier otra actividad pública o privada con excepción de la docencia universitaria fuera del horario de trabajo

2.2. EL PAPEL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El doctor Vladimiro Naranjo Mesa (2001), exmagistrado de la Corte Constitucional de Colombia, interroga: “¿cuál es el papel de los tribunales constitucionales en el sistema político?” (p. 492). Por lo cual, responde que “es claro que los tribunales constitucionales están llamados a jugar un papel trascendental en el sistema político (...) el solo hecho de que puedan estos tribunales anular o dejar sin efecto una ley emanada del Congreso (...) ya de por sí les garantiza ese papel fundamental” (Naranjo Mesa, 2001, p. 492).

Es más, Naranjo Mesa (2001) replantea otras preguntas: “¿tienen o deben tener injerencia en decisiones políticas dentro de la organización estatal? ó ¿deben los tribunales constitucionales jugar un papel protagónico dentro del sistema político?” (p. 493). Las respuestas a los interrogantes señalados las argumenta, con base en lo siguiente: “El Tribunal Constitucional no puede ni debe inmiscuirse en la órbita de competencia de los demás órganos del Estado, salvo, que actúen por fuera del marco de la Constitución, pues su función es velar por la defensa del ordenamiento superior” (Naranjo Mesa, 2001, p. 493).

Por su parte, opina Zagrebelsky (2008) que “la política (en el primer sentido) y Constitución son las dos caras de una misma moneda” (p. 41). En cambio, Sieyés (2007) enfatiza en las responsabilidades del Tribunal Constitucional, por ello, prescribe tres funciones:³⁷

- 1) Que vigile y guarde con fidelidad el depósito constitucional; 2) Que atienda, al abrigo de las pasiones funestas, a las ideas que pueden servir para perfeccionar la Constitución;
- 3) Que ofrezca la libertad civil una tutela de equidad natural en aquellas ocasiones graves en las que la Ley haya olvidado su justa garantía (Sieyés, 2007, p. 421)

³⁷ Para Sieyés (2007), el Tribunal representa “1. Tribunal de casación en el orden constitucional. 2. Taller de proposiciones para las reformas que con el tiempo exigirá el texto de la Constitución. 3. Suplemento de jurisdicción natural a los vacíos de la jurisdicción positiva” (p. 421).

En ese orden de ideas, el docente Cruz (2005) insiste en que el “Tribunal Constitucional no puede ser ciego a las consecuencias políticas de sus decisiones” (p. 38)³⁸. Criterios que le permitirán al juez ser partícipe o no en la construcción del derecho, como el juez Hércules, un juez perfecto, según Muñoz Agredo (2002):

A propósito del modelo de juez planteado por Dworkin, García Amado, refiere que el juez Hércules, como lo llama Dworkin, que es partícipe en la construcción del Derecho, debe ser, un juez perfecto, un juez “absolutamente sabio y experto, que sabe todo de todo, al menos todo lo necesario para dar con esas soluciones que el común de los mortales difícilmente pueden conocer con seguridad (p. 62)

Más aún, cuando el investigador Luis Prado Maillard (2006) asevera que “los jueces constitucionales definen la acción gubernamental. Es decir, ‘el gobierno es de jueces’, si tomamos en cuenta que son éstos quienes deciden³⁹” (p. 181).

Ahora bien, si la constitución no precisa las facultades de algún tribunal constitucional en cuanto a sus interpretaciones, puede correr el riesgo de que sufra abusos en sus facultades de interpretación. Nadie garantiza que la conformación de los tribunales será cien por ciento de intérpretes prudentes y honestos. Este riesgo siempre será acentuado por alguna laguna. Si bien es cierto que para eso está el juez -para interpretar-, también es cierto que si no se delimita la ley o la norma específica, el juez será más vulnerable (Prado Maillard, 2006, p. 180).

³⁸ Cruz (2005), cita a Bachof: “El juez está influido por prejuicios propios de su origen social, de su concepción política o de su visión del mundo (...) El juez constitucional, por tanto, en la aplicación del Derecho introduce necesariamente valoraciones políticas. Se corre el peligro, por ello, de que las valoraciones políticas propias de los miembros del tribunal suplanten a las valoraciones que fundaron la decisión del parlamento (...) Solo puede tenerse en cuenta estas consecuencias en el marco de las posibilidades abiertas por el ordenamiento jurídico (...). Nunca le es lícito al juez juzgar en contra del Derecho. Si aun recurriendo a métodos lícitos de interpretación no puede evitar que el cumplimiento de la ley traiga consigo injusticias o daño al bien común, ello sólo podrá remediarlo el legislador. Para que *summun ius* no se convierta en *summa iniuria* debe ante todo estar en orden el *ius*, la *lex*. Este es el cometido del legislador. El juez sólo puede confrontar la ley con la Constitución, cuanto más incluyendo algunos principios jurídicos fundamentales, anteriores o superiores a la Constitución y presupuestos en ella; en cualquier caso, sólo recurriendo a un Derecho preeminente” (Cruz, 2005, pp. 36, 39).

³⁹ Prado Maillard (2006) explica: “Si los tribunales conocen de conflictos entre el ejecutivo y el legislativo que tienen que ver con la función gubernamental, entonces podemos decir que deciden sobre cuestiones de gobierno. Ahora bien, a diferencia del gobierno de jueces en Estados Unidos, criticado por Edouard Lambert y en el que los jueces conservadores diferían ideológicamente de las políticas sociales del presidente Roosevelt, en México los ministros no pueden conocer dichas políticas si no les son planteadas” (p. 180).

Contrariamente, José Ruiz Valerio (2006) expresa su posición, al afirmar lo que sigue: “Por tal motivo se fijaron poderes de contralor mayoritario, garantizados por la constitución. En este esquema, juega un papel fundamental la capacidad de revisión judicial por parte de los tribunales independientes, que permite a los jueces, en última instancia, fallar contra la inconstitucionalidad o la ilegalidad de las leyes” (Ruiz Valerio, 2006, p. 189). En adición, cita a Elster en los siguientes términos:

Si la mayoría pudiese interpretar los estatutos que limitan su autoridad, sería irresistible la tentación de forzar la interpretación a su conveniencia. Cada vez que no se dispone de procesos mecánicos (incluso, la aleatoriedad) se vuelve esencial la interpretación judicial. No es un hecho casual que el constitucionalismo esté estrechamente asociado con el tribunal supremo, aunque se debe enfatizar que los límites al gobierno mayoritario van más allá de la revisión en el ámbito judicial (Ruiz Valerio, 2006, p.189).

Ahora bien, Hesse y Haberle (2005) también apoyan la postura de la extralimitación, al exponer lo siguiente: “Cabría decir, a nuestro juicio, que el TCF crea Derecho constitucional, pero también hace política, y ello de manera entremezclada e inescindible en la mayoría de las ocasiones” (Hesse y Haberle, 2005, p. 29). Igualmente, Javier Tobo Rodríguez (2012) asume que el Tribunal Constitucional “tiene por función ‘decir el derecho’ al nivel más alto (...) son también concebidos como elementos de contrapeso y de control político para impedir a los otros órganos del Estado traspasar sus competencias” (p. 150).

Acorde con lo expuesto por los tres autores anteriores, es importante, para este trabajo académico, presentar al jurista Gabriel Mora Restrepo (2013), cuando analiza la Sentencia C-577 de 2011, pues critica la interpretación de la Corte Constitucional, dada a las expresiones “hombre y mujer”:

Una sentencia que redefine la familia no puede estar sustentada en un juicio de razonabilidad que se va armando al compás de las nociones que va creando el juez de turno”, de las supuestas y claramente inexistentes discriminaciones que operan como escudo de lástima y de reivindicación de un derecho que no está en la Constitución o la

ley, ni en la historia constitucional, ni en la democracia, ni en el derecho comparado, ni en los tratados internacionales de derechos humanos (Mora Restrepo, 2013, p. 10).

De la misma manera, Valdírri (2011) criticó, en su momento, la posición de la Corte Constitucional en la citada sentencia C-577 de 2011, atacándola como violatoria a los principios de separación de poderes al inmiscuirse en las funciones del Congreso y transgrediendo al pueblo quien lo eligió:

No hace falta cambiar el modelo de familia ni el de sociedad para que puedan vivir los indígenas, los hipertensos, los boys scouts, ni tampoco los homosexuales en el Estado Social y democrático de derecho. No existe un mundo a la medida de cada cual, pero sí una sociedad pluralista en Colombia que respeta la diversidad y la celebra. Una Constitución y unas instituciones democráticas que permite vivir en comunidad a pesar de las diferencias. No hace falta eludir los procedimientos democráticos para reformar instituciones milenarias por la simple satisfacción publicitaria de una minoría que finge ser la democrática. Eso es abusar de la democracia (Valdírri, 2011, p. 2).

De manera análoga, Ferreres Comella (2010) asegura que “tanto el legislador como los jueces constitucionales son instituciones falibles y puede errar en muchas ocasiones en que se están en juego derechos fundamentales (...) Lo que importa es que, a pesar de sus limitaciones, la justicia constitucional es menos imperfecta que los legisladores” (p. 500). Asimismo, citando a Dworkin, “los Tribunales pueden ser ese ‘foro de principios’ donde los valores constitucionales se interpretan y elaboran a lo largo del tiempo con un mayor rigor que el que cabe esperar de una asamblea legislativa” (Ferreres Comella, 2010, p. 500), posición que se comparte en esta investigación académica.

2.2.1. El desempeño del Tribunal Constitucional desde el Positivismo

Respecto de la interpretación de la constitución, García Amado -positivista⁴⁰-, citado por Bernal (2007), critica la ponderación del juez constitucional:

⁴⁰ Bernal Pulido (2007), con relación a la visión positivista, el jurista Carlos Bernal Pulido (2007) presenta las tesis de esta corriente: a) Las Constituciones mandan por sí lo que claramente se corresponda con la referencia de sus términos y enunciados. b) En los márgenes de vaguedad o zonas de penumbra la Constitución es abierta y podrá ser concretada

Es un procedimiento irracional para la aplicación de los derechos fundamentales porque no tiene una estructura clara y en ella no existe un ponderómetro (...) La ponderación es un concepto que los tribunales constitucionales utilizan no para fundamentar sus decisiones, sino justo para todo lo contrario (...) Además, da apariencia de legitimidad a un activismo judicial que a todas luces resulta violatorio de las competencias del legislador y de la jurisdicción ordinaria e incompatible con la democracia y el estado de derecho” (Bernal Pulido, 2007, p. 296)⁴¹.

Para José Rodríguez Iturbe (2013) la Corte Constitucional⁴² presenta una “excesiva concentración de funciones, denominando al tribunal como un *mandarin* judicial, lo cual resulta peligroso, se convierte en un absolutismo, fascismo, pues el poder real está en manos del juez constitucional” (Rodríguez Iturbe, 2013, p. 41) y especialmente en las declaratorias de constitucionalidad condicionales de la norma acusada, advierte Figueroa Morantes (2000) que se “tiene una grado muy alto de subjetividad, dada la complejidad de las abstracciones que se hacen y su uso debe ser excepcional” (p. 86).

de diferentes modos, tantos como no sean patentemente contradictorios con la semántica constitucional. c) La elección de una de entre varias posibles concreciones compatibles con la indeterminación del precepto constitucional corresponde a los intérpretes autorizados de la Constitución (...) en primer lugar (aunque no sólo), el legislador, los jueces y el Tribunal Constitucional. d) Los jueces y muy en particular, el Tribunal Constitucional cumplen prioritariamente funciones de control constitucional y ese control es control negativo puro, consistente en inaplicar y declarar inconstitucional, en su caso, las normas legales que patentemente vulneren la semántica de los enunciados constitucionales. e) Por el contrario, al poder legislativo le corresponde una función de realización constitucional, consistente en elegir de entre las alternativas que los enunciados constitucionales permiten por no ser contradictorias de sus significados posibles. f) Todo este entramado doctrinal positivista tiene un fundamento político, cual es la defensa de la prioridad del legislador democrático y con ello, de la soberanía popular (Bernal Pulido, 2007, p. 293).

⁴¹ Bernal Pulido (2007) afirma que para el jurista García Amado, la doctrina positivista que él representa, afirma que la Constitución es abierta y que esas concreciones deben ser interpretadas en primer lugar por el legislador y luego el tribunal, puesto que éste último tiene la función de control constitucional. Además, aducen que su fundamento político consiste en darle prioridad del legislador democrático y con ello a la soberanía popular a diferencia del neoconstitucionalismo defendido por Prieto Sanchís, quien advierte que los intérpretes no están llamados a hacer concreciones y el Tribunal cumple un control negativo – positivo. Seguidamente, para esta corriente el fundamento político es la creciente desconfianza frente al legislador (Bernal Pulido, 2007, p. 293).

⁴² Rodríguez Iturbe (2013) señala “ese mandarinismo puede generar una élite autorreferente, cuya concepción teórica y su puesta en práctica puede terminar afectando a la democracia y sus instituciones, en un pretendido ejercicio de paradójica institucionalidad democrática (...) El riesgo evidente del nuevo constitucionalismo es un mandarinismo ideologizado que pretenda la imposición forzada de determinados patrones político-culturales, en contradicción con las creencias, el pensar y el sentir de las mayorías ciudadanas de la sociedad en la cual actúa; más aún en contradicción abierta con el consenso de las mayorías ciudadanas representado, por la vía de la participación popular, en el parlamento” (pp. 33, 35).

En este sentido Mora Restrepo (2013) afirma que los jueces constitucionales⁴³ de hoy tienen una faceta diferente a los anteriores “porque ante cualquier crítica, de inmediato salen al paso para decir que ellos siempre fallan en derecho, con apego a la Constitución, sometidos al derecho vigente (...) que jamás se atreven a cruzar fronteras de la separación de los poderes” (Mora Restrepo, 2013, p. 16), situación que es criticada por el autor. De ahí, que considere la “honestidad como criterio condicional de todo diálogo entre personas razonables. Que un juez diga la verdad de lo que afirma. Que no invente premisas ni elabore razones no sustentadas en la realidad” (Mora Restrepo y Benítez Rojas, 2013, p. 17). A su vez, resalta el jurista, Rodolfo Vázquez (2010):

Ahora bien: dicho lo anterior, ¿cómo se relaciona la independencia judicial con la legitimidad política de la actuación judicial? El debate, como sabemos, se ha planteado entre dos extremos: o la autorrestricción judicial a partir del principio de división de poderes y de una concepción de la democracia formalista (los jueces carecen de legitimidad democrática y son los menos autorizados para controlar la legalidad y constitucionalidad de las normas) o bien el activismo judicial y el decisionismo sin contrapesos democráticos que, pese a los riesgos, posibilitaría, entre otras cosas, la salvaguarda de los derechos fundamentales -y de manera relevante el de las minorías- consagrados en la Constitución (Vázquez, 2010, pp. 513-514)⁴⁴.

Es decir, como critica positivista, se tiene que, los jueces constitucionales pueden manipular el derecho y sustituir la sana división de poderes (Rodríguez Iturbe, 2013):

El nuevo constitucionalismo supone toda una concepción que posee como denominador común la visión dinámica, no estática, en la interpretación del texto constitucional (...) Según su perspectiva más radical, la Constitución no dice; la hacen decir los jueces constitucionales. La atribución de facultades inapelables que colocan a la Corte Constitucional como máximo juez de las tareas propias del Parlamento, en cuanto a la

⁴³ Aduce el jurista que la Corte Constitucional “ha traspasado ya las fronteras de lo permitido y lo legítimo para adentrarse, con la arrogancia propia de los que sólo poseen el poder para dar órdenes en lo inaceptable y en lo abusivo. Pero, así como lo ha hecho, así también le llegará su hora y su día, cuando el tribunal de la historia le pase su cuenta de cobro” (Mora Restrepo, 2013, p. 23).

⁴⁴ Vázquez (2010) cita a Courtis, en los siguientes términos: “la autorrestricción judicial conduce a decisiones de tipo conservador, mientras que el activismo judicial conduce a decisiones de tipo progresista” (p. 514); esta posición la crítica al exponer lo siguiente: “nada impide pensar que el activismo judicial tenga intereses conservadores” (Vázquez, 2010, p. 514).

tarea legislativa se refiere, convierte a los magistrados constitucionales en una especie de instancia iluminada, que no sólo deciden acerca de la constitucionalidad o no de las leyes sino que extienden la naturaleza de su decisión a una especie de tarea legislativa sui generis, frente a la cual, convertida en decisión de alto nivel jurisdiccional, sólo queda, como recurso potencial, la instancia de la Corte Celestial. Eso objetivamente, es un desorden y la dinámica del desorden sólo conduce a la anarquía (Rodríguez Iturbe, 2013, pp. 32-33).

En ese sentido, el doctrinante Tobo Rodríguez (2012) manifiesta que el sistema colombiano, se encuentra adscrito a la tradición romano-germánica y al iuspositivismo, con ciertos matices, advirtiendo que el Tribunal Constitucional con su función de árbitro y de contrapeso⁴⁵ y su modo de composición, conlleva a hacer de él un órgano político⁴⁶:

Los jueces, como actores sociales, crean también derecho sin haber recibido la unción del sufragio universal, pues los jueces al fallar analizan los hechos, los vinculan con las normas aplicables, pero también, en algunos casos, usa herramientas interpretativas para poder dar alcance en la aplicación de una norma en un caso específico o en la resolución de un conflicto cuya fórmula de decisión no está prevista en la ley (Tobo Rodríguez, 2012, p. 150).

El exmagistrado Naranjo Mesa (2001) manifiesta: “Prevalidos de tamaño poder, quienes integran un tribunal constitucional no pueden ni deben desbordarlo, so pena de causar grave e irreparable daño a la comunidad política que se lo ha confiado. Y de desvirtuar peligrosamente el sistema democrático, que debe ser (...) el hábitat natural de este tipo de tribunales” (p. 494). Por tanto, enfatiza en que el juez debe “evitar caer en la tentación de lo se ha llamado el populismo constitucional. No es el suyo un papel mesiánico ni redentor.

⁴⁵ El doctrinante se refiere a que el Tribunal Constitucional es concebido como elementos de contrapeso, porque debe impedir a los otros órganos del Estado, “traspasar sus competencias, haciendo respetar los valores que expresa la Constitución” (Tobo Rodríguez, 2012, p. 151)

⁴⁶ Aduce Tobo Rodríguez (2012) que esa cualificación de órgano político, “es frecuentemente refutada y rechazada, pues el término “político” es normalmente asimilado a “politiquero” o “partidista” y por lo mismo, está cargado de connotaciones negativas relacionadas con decisiones presuntamente arbitrarias o discrecionales” (Tobo Rodríguez, 2012, p. 148).

No les corresponde asumir (...) el rol de políticos, de legisladores o de gobernantes (Naranjo Mesa, 2001, p. 495)⁴⁷.

2.2.2. El desempeño del Tribunal Constitucional desde el Neoconstitucionalismo

De acuerdo al profesor Prieto Sanchís la interpretación basada en la discrecionalidad, por parte del Alto Tribunal es insuficiente o nula para una Constitución de principios, pues ésta “reclama nuevas técnicas interpretativas, técnicas que, a mi juicio, no entran en pugna con los postulados básicos del positivismo, pero que son ajenas a la teoría del Derecho construida por el positivismo” (Prieto Sanchís, 2000, p. 177), por ello, aduce que la razonabilidad es el único método para justificar racionalmente la decisión:

Básicamente, el positivismo es una teoría del Derecho sin teoría de la argumentación, de manera que la relativa indeterminación de las normas se resolvía a través de la discrecionalidad: discrecionalidad del legislador en primer lugar y sometido a éste, discrecionalidad del juez y por eso el Tribunal Constitucional kelseniano, siempre respetuoso con el legislador, sólo había de ocuparse de la dimensión reproductora o determinada de la norma inferior respecto de la superior (Prieto Sanchís, 2000, p. 191).

De algún modo, el papel activo del Tribunal Constitucional, de acuerdo a Rosario-Rodríguez (2011) “conlleva a hacer eficientes y de concretar los contenidos expansivos de los principios fundamentales, fortalece la supremacía constitucional, ya que evita la existencia de lagunas o espacios normativos sin aplicación y vigencia” (p.113), es decir, se convierten en los últimos en determinar las condiciones reales de una sociedad, de acuerdo a lo expuesto por Atienza (2010):

⁴⁷ Naranjo Mesa (2001) indica que en el “caso colombiano, la inquietud sobre la presunta intromisión de la Corte en los fueros del legislador y de la Administración ha sido reiteradamente planteada, sobre todo a propósito de ciertas decisiones polémicas, algunas de ellas de reciente ocurrencia. Los mismos magistrados, entre ellos quien habla, en una u otra oportunidad han consignado en sus salvamentos de voto su inquietud en este sentido. Lo que ocurre en muchas oportunidades, sin embargo, es que al estudiar la norma acusada, o la que se conoce oficiosamente, la Corte se encuentra frente a textos ambiguos o contradictorios, cuyo alcance a la luz del ordenamiento constitucional es preciso determinar y así se hace con cierta frecuencia con las llamadas sentencias condicionadas” (p. 495).

Las decisiones de los tribunales constitucionales son ‘últimas’ no sólo en el sentido jurídico de no recurribles, sino también en el de contribuir a estabilizar (a fijar ciertas líneas de consenso) en el debate político y moral (sobre todo, cuando versan sobre cuestiones polémicas como el aborto, la eutanasia, el reconocimiento de nuevos derechos, la organización territorial del Estado, los límites de la acción política, etc.), sería inaceptable, por ejemplo, que fundamentasen sus decisiones en términos muy formalistas o haciendo una amplia utilización de tecnicismos jurídicos o dificultando de cualquier manera (una manera de hacerlo es dar las sentencias una exagerada extensión) su fácil comprensión por una persona de cultura media y sin especiales conocimientos jurídicos (Atienza, 2010, p. 118).

Por el contrario, Martínez Dalmau y Viciano Pastor (2013) presentan como una crítica del neoconstitucionalismo, el poder con el cual que cuentan los jueces para interpretar la Constitución:

Uno de los grandes problemas del neoconstitucionalismo es que no diferencia sustantivamente entre la función de los jueces que realizan el control concentrado de constitucionalidad -los tribunales constitucionales- y la justicia ordinaria, cuya interpretación de la Constitución viene premodulada por la realizada por los intérpretes auténticos (los mencionados tribunales constitucionales) (...) Que el neoconstitucionalismo así lo defienda significa pasar de una teoría del derecho a una teoría del poder: la preponderancia del poder elitista de la función judicial frente al poder democrático de la función legislativa, a través de la decisión sobre el significado de una norma constitucional para, por ello, limitar la función del legislador (Martínez Dalmau y Viciano Pastor, 2013, p. 71).

Al respecto, el doctor Vladimiro Naranjo Mesa (2001) exmagistrado de la Corte Constitucional, indica que la Corte Constitucional colombiana como garante, ha respetado las competencias del ejecutivo y legislativo y ha protegido los derechos sociales e individuales:

Para mí es igualmente claro que las sentencias de un tribunal constitucional tienen, por su propia naturaleza, una enorme e insoslayable incidencia política. Y que sus integrantes

deben ser conscientes de ello y de los efectos que sus decisiones vayan a tener dentro de la vida de la sociedad. Esto es más evidente aún en sociedades tan complejas como la colombiana de nuestros días, agobiada por problemas tan graves como el estado de violencia subversiva que padecemos (...) No debe, pues el juez constitucional encerrarse en una especie de torre de marfil, colocada por encima de la realidad que lo circunda, y bajo el pretexto de fallar únicamente en derecho - como es, indudablemente su principal obligación - desconocer esa realidad y dentro de ella, los factores que, en un momento dado o en circunstancias determinadas, hagan inviables, o imposibles de cumplir, sus decisiones, particularmente aquellas que tienen incidencia en el campo económico (Naranjo Mesa, 2001, p. 493-494).

Por su parte, Muñoz Agredo (2002) cita a los juristas Uprimny y García Villegas, quienes afirman que “el papel activista asumido por los jueces constitucionales (...) encuentra respaldo en afirmaciones tales como el considerar que la crisis de representación y la debilidad de los movimientos sociales y de los partidos de oposición, se constituyen como elementos político estructurales del papel activista de la Corte” (Muñoz Agredo, 2002, p. 68). Lo anterior ha conllevado a creer que “el activismo de nuestros jueces y en general de nuestro sistema judicial, se encuentre inmune a un fenómeno de desbordamiento del protagonismo judicial” (Muñoz Agredo, 2002, p. 75)⁴⁸.

Por otro lado, Monroy Cabra (2013) indica que Schmitt sostiene que la Constitución le otorga facultades al Tribunal Constitucional para adoptar decisiones, “pero sin predeterminar el contenido de las mismas, mientras que la ley sí que predetermina la decisión sobre el caso concreto” (Monroy Cabra, 2013, p. 85). Sin embargo, el exmagistrado de la Corte Constitucional colombiana contrariamente opina, pues aduce que la Constitución tiene también normas materiales y la actividad de los jueces está regulada por normas de competencia constitucionales y legales:

⁴⁸ Muñoz Agredo (2002), indica que “Aragón Reyes considera que para reducir los riesgos de desequilibrio del sistema, que por la naturaleza de las cosas (o mejor dicho por la naturaleza del derecho actual) tendería a hacer prevalecer la jurisprudencia sobre la legislación, es preciso abogar por unas medidas de reequilibrio (curativas) o contrapeso (preventivas) a cargo de la propia cultura jurídica y no de la filosofía moral en la aplicación de la Constitución o, en suma, en potenciar el normativismo y reducir la jurisprudencia de valores. Ese podría ser, quizás, el camino para que el Estado de Derecho no acabase convirtiéndose en Estado de Justicia. El primero procura certeza, previsión, seguridad, esto, es, igual libertad para todos, mientras que el segundo, como autorizadamente se ha dicho tantas veces, sería el caldo de cultivo de la arbitrariedad, es decir, de la desigualdad” (Muñoz Agredo, 2002, pp. 75-76).

Schmitt dice que la determinación de la constitucionalidad de una ley no constituye aplicación de la Constitución. Expresa que en las decisiones que ponen fin a la discusión acerca de las interpretaciones de la Constitución, este elemento decisionista no es sólo un componente, sino el “sentido y objeto” de la decisión. Por el contrario, las sentencias ordinarias tienen doble componente normativo y decisionista. Como lo expresa José Antonio Estévez Araujo en concepto de Schmitt: “la operación del Tribunal Constitucional es determinar autoritariamente el contenido dudoso e impreciso de una norma constitucional es, pues, legislación y no jurisdicción como pretendía Kelsen (Monroy Cabra, 2013, p. 85).

Finalizando hemos descubierto desde las diferentes corrientes, que el juez constitucional está por encima de las mayorías y las minorías, pero no debe excederse para salvaguardar las necesidades de los dos grupos, porque podrían atentar contra el principio democrático. De esta manera, se debe autocontrolar, para que la justicia constitucional no se convierta en política. La Corte Constitucional como guardián de la Constitución debe actuar en el proceso de consolidación democrática, actuando como árbitros entre el ciudadano y la representación parlamentaria.

2.3. LÍMITES AL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Para Jellinek (1991) el límite a la libertad individual “se confían al arbitrio de los tribunales dada la indeterminación de los preceptos constitucionales (...) Por lo tanto, en América el juez ocupa efectivamente el lugar del legislador constitucional. No si razón se califica a los tribunales en América, como tercera cámara legislativa. El juez se encuentra al decidir sobre la constitucionalidad de las leyes bajo la presión de la opinión pública (...) porque en la democracia se incide con fuerza irresistible sobre todo el que actúa en la vida pública” (pp. 25-26).

Si se retoma el punto de partida, en el cual se considera a la democracia como principio jurídico de la Constitución, el profesor Aragón Reyes (1990) considera que se está juridificando al poder constituyente “o lo que es igual, la atribución jurídica al pueblo de

la capacidad de disponer de la Constitución misma sin límite material alguno” (Aragón Reyes, 1990, p. 103).

Por eso cabalmente, se hace necesario realizar un estudio de las posibles limitaciones que pueda tener el Alto Tribunal en pro de esa búsqueda de salvaguarda del proceso democrático y para ello, Martínez Dalmau y Viciano Pastor (2011) exponen con relación al Nuevo Constitucionalismo⁴⁹:

En efecto, el primer problema del constitucionalismo democrático es servir de traslación fiel de la voluntad constituyente del pueblo y establecer los mecanismos de relación entre la soberanía, esencia del poder constituyente y la constitución, entendida en su sentido amplio como la fuente del poder (constituido y, por lo tanto, limitado) que se superpone al resto del derecho y a las relaciones políticas y sociales. Desde este punto de vista, el nuevo constitucionalismo reivindica el carácter revolucionario del constitucionalismo democrático, dotándolo de mecanismo que pueden hacerlo más útil para la emancipación y avance de los pueblos, al concebir la constitución como mandato directo del poder constituyente y en consecuencia, fundamento último de la razón de ser del poder constituido (Martínez Dalmau y Viciano Pastor, 2011, p. 7).

2.3.1. Teorías de la Autocontención en el Tribunal Constitucional

Jellinek (1991), presentado por Lucas Verdú en el estudio preliminar, advierte que el docente alemán es quien inicia el estudio de la teoría de la autolimitación, la cual elabora “cuando se plantea la obligación del Estado respecto a su Derecho. Según él, acompaña a todo principio jurídico la seguridad de que el Estado se obliga así mismo a cumplirlo. Ello es una garantía para los sometidos al Derecho” (Jellinek, 1991, p. 52).

El maestro de Heidelberg indica el papel decisivo que la autobligación del Estado desempeña en la formación del constitucionalismo moderno. En efecto, no sólo intenta

⁴⁹ Martínez Dalmau y Viciano Pastor (2013) consideran que el nuevo constitucionalismo busca “la recuperación de la legitimidad democrática de la Constitución, por tratarse del elemento que más claramente contrapone una pretensión de teoría constitucional frente a la teoría del derecho que fundamenta el neoconstitucionalismo” (Martínez Dalmau y Viciano Pastor, 2013, p. 72).

contener la omnipotencia estatal fijando normas para manifestar su voluntad, además la frena muy especialmente para el reconocimiento de los derechos individuales garantizados (Jellinek, 1991, p. 53).

Desde el derecho natural, el jurista Dante Figueroa (2012), presenta la definición de Petes Stanlis: “El principio de auto-contención, como la piedra fundamental para la sobrevivencia de los sistemas constitucionales en las Américas debe inevitablemente reconocer un principio previo, más esencial y superior, que se encuentra en la noción y los principios del Derecho natural Tradicional o Clásico” (p. 15). No obstante, la amplia el concepto, como se evidencia a continuación:

El principio de auto-contención entendido de esta manera como basado sobre las ideas del Derecho Natural auténtico es obligatorio no sólo para las ramas políticas del gobierno (ejecutivo y legislativo), sino también la rama judicial de gobierno (...) esta a su vez, debe ser el verdadero sustrato último de un replanteamiento de la doctrina de la cuestión política en Latinoamérica (Figueroa, 2012, p. 15).

2.3.1.1. Doctrina de la “Cláusula de Eternidad”

Benítez Rojas (2013), indica que en “el art. 79.3 de la Ley Fundamental de Bonn se establece una serie de elementos inderogables por enmienda constitucional. En este sentido, ese artículo (...) prohíbe la afectación de los principios dispuestos en los arts. 1 y 20 de esa Constitución” (p. 190):

Hasta hoy, el Tribunal Constitucional ha realizado una interpretación de la cláusula de eternidad que puede solventar los reparos jurídicos y políticos (...) Esta interpretación puede resumirse con las siguientes características: 1) La lectura de los elementos incluidos en el art. 79.3 es taxativa (...) Por lo anterior, el Tribunal no puede deducir límites implícitos de la Ley Fundamental; es decir, los elementos inderogables son sólo aquellos que expresamente se refieren en esa norma y no otros. 2) La interpretación de la reforma constitucional que se compara con la cláusula de eternidad es de *preservación*. Esto quiere decir que, si existen varias posibilidades interpretativas de la enmienda (...) 3) El control de constitucionalidad de enmiendas

es de *máximos* (...) 4) El recurso a la cláusula de eternidad debe ser *excepcional* (...) (Benítez Rojas, 2013, pp. 192-193).

Con base en lo anterior, indica Benítez Rojas (2013) “si existen varias posibilidades interpretativas de la enmienda (...) existe la posibilidad de una interpretación conforme de la enmienda con la cláusula pétrea (...) están permitidas las modificaciones a cualquier artículo de la Constitución (...) lo que se prohíbe es la destrucción de esos principios (...) de la Ley Fundamental” (Benítez Rojas, 2013, p. 192), pues no son cláusulas intangibles sino inderogables⁵⁰.

2.3.1.2. Doctrina de la “Political Questions”

La jurista estadounidense Barbara Bader Aldave (2006) identificó que en la Corte Suprema de Norteamérica se resolvieron casos bajo el precepto doctrina de la cuestión política⁵¹, la cual define:

La Corte puede excusarse de conocer un caso aduciendo que la resolución de esa controversia es una facultad concedida a alguna otra del gobierno; por la inexistencia de parámetros judiciales confiables para resolverla, porque existe una ineludible necesidad de respetar la decisión política que ya ha sido tomada, o porque hay otras razones de prudencia para que la Corte se mantenga al margen de la disputa (...) La doctrina de la cuestión política es un mecanismo constitucional

⁵⁰ Benítez Rojas (2013) deduce que “se preserva el principio democrático, por cuanto es el pueblo quien decidió imponerse esas restricciones voluntariamente en la Constitución y, además, si un juez declara inconstitucional una enmienda, su actuación sería democrática” (p. 193).

⁵¹ Alexander Portocarrero Quispe (2011), afirma “el postulado básico de este criterio competencial se refiere a la facultad que asiste a las cortes de abstenerse de emitir opinión en temas asignados a la competencia del órgano político autorizado para tomar decisiones. Por esta razón, la Corte deberá determinar si el caso que avoca tiene un contenido político antes que uno jurídico. De ser este el caso, la Corte renunciará a asumir la responsabilidad sobre él, cediéndosela a las instituciones políticas competentes. La political questions implica entonces una abdicación por parte de la jurisdicción a su obligación de decir qué es derecho. La Corte Suprema estadounidense fundamenta esta abstención, en función del principio de separación de poderes: ‘Toda decisión referida a materias tales como consideraciones políticas o de decisiones que representen un riesgo comparativamente alto deben ser reservadas a la rama ejecutiva del gobierno. En una democracia madura, tales decisiones deben ser tomadas por el poder ejecutivo y no por el poder judicial’ (p. 85).

que separa el poder de la Suprema Corte de los poderes de las otras dos ramas del gobierno federal (Bader Aldave, 2006, p. 20).

Para ello, Bader Aldave (2006) trae como ejemplo el primer caso que dió origen a la doctrina, denominado *Nixon vs. Los Estados Unidos* (1993). El caso está relacionado con la demanda instaurada por el exjuez Walter Nixon, en razón al juicio político que se le inició en su contra y además porque consideró que fue separado de su cargo sin cumplirse los requisitos de la Constitución, debido a que todos los Senadores no se encontraban presentes en la votación. Al respecto, la Suprema Corte sostuvo:⁵² “no podía someterse a un proceso judicial por presentar una political question” (Bader Aldave, 2006, p. 21).

Sin embargo, para el jurista Benítez Rojas (2013), “El caso central en la jurisprudencia estadounidense, y que sintetiza la postura actual de la Corte Suprema de Justicia, es el caso ‘Coleman vs. Miller’, que fue decidido en 1939” (p. 188)⁵³. Contrariamente, opina Landa (2003) “en el caso Baker versus Carr, dicho Tribunal Supremo sentencio que, en todos los casos en que se había formulado la doctrina de las políticas questions, se trataba” (Landa, 2003, p. 703):

a)De un poder encomendado por la Constitución a otro órgano constitucional; b)De una carencia de *standars* judiciales, apropiados para su enjuiciamiento; c)De una imposibilidad respecto a que la decisión pudiera basarse en fundamentos de carácter político idóneos para un tipo de discreción claramente no judicial; d) De una imposibilidad de que la decisión judicial no represente una falta de respeto hacia otros poderes constitucionales; e)De una necesidad poco corriente de buscar el apoyo judicial a una decisión ya tomada y f)De una cuestión que puede producir situaciones embarazosas, al emitirse varios pronunciamientos por los distintos órganos constitucionales (Landa, 2003, p. 703).

⁵² Bader Aldave (2006) explica: “Aunque el principal argumento de la Corte se sustentaba en el artículo I, sección 3, clausula 6 de la Constitución, que le concede al Senado ‘la facultad exclusiva para fungir como juez en los juicios políticos’, también apeló a la historia, precedentes y otras consideraciones políticas por las que no podía revisar la decisión del Senado, de modo que el juez Nixon fue condenado y castigado” (p. 21).

⁵³ Benítez Rojas (2013) amplía: “En esa sentencia, la Corte reitera la tesis sostenida en ‘The National Prohibition Cases’ y concluye que no es posible realizar un control de constitucionalidad sobre enmiendas, porque se trata de *cuestiones políticas*, pues expresó que el carácter político de una enmienda se extiende aún a los límites formales para la aprobación de cambios a la Constitución” (p. 188).

La doctrina de la *Political Questions*, se aplica de manera diferente por un Tribunal Constitucional y un Tribunal Judicial, según Cárdenas García (2006):

En el sistema de los tribunales constitucionales, el legislador tiene un juez específico que vigila sus decisiones. A diferencia de los sistemas judiciales, no hay materias vedadas - *justiciability doctrines o political questions*-, todas están sujetas al conocimiento de dichos tribunales, por lo que me parece que no es posible confundir o decir que la Suprema Corte de Justicia de la Nación es un tribunal constitucional (Cárdenas García, 2006, p. 61).

De otra parte, el Tribunal Constitucional de Perú, durante el mandato de Fujimori, planteó la doctrina de la *political questions*, relacionado con “el recurso de amparo interpuesto por los tres magistrados constitucionales destituidos por el Congreso, fallo que confirmó la destitución de sus ex colegas, basándose expresamente en arbitrario de la de la *political questions*” (Cesar Landa, 2003, p. 703):

La definición de una cuestión política puede ser extendida o restringida en función de las circunstancias del momento que reúne las exigencias de su tiempo. Una definición jurídica del término es imposible, porque la razón que la sustenta es circular: las cuestiones políticas son los asuntos sin solución en el proceso judicial; los asuntos sin solución en el proceso judicial son cuestiones políticas (Landa, 2003, p. 703).

Por su parte, Figueroa (2012) describe el problema que se puede presentar al aplicar la doctrina de la *political questions*, pues “esta doctrina no puede permitir, en consecuencia, que la Corte eluda sus responsabilidades para decidir cualquiera materia constitucional relativa a una acción ejecutiva o legislativa” (Figueroa, 2012, p. 25).

Es importante que ciertas decisiones significativas en materia política no sean tomadas a través de un capricho judicial, sin más bien a través del debate y el compromiso políticos. Dicho esto, existe el obvio peligro de abuso de dicha doctrina al ser invocada simplemente cuando la Corte Suprema, por cualquier razón, no siente que debe decidir alguna materia que de otra manera cae dentro de su ámbito de poder. El mayor problema con la DCP es que puede ser estirada para comprender casi cualquier cosa. Incluso más problemático es el hecho de que, en algún nivel, toda cuestión es una cuestión política, por cuanto la

política es endémica a todas las cuestiones de gobierno y política, que son precisamente los temas que llegan a los tribunales y especialmente a la Corte Suprema de cada país (Figueroa, 2012, p. 26).

Ferreya (2014) en el mismo sentido concluye “Por último: si toda sentencia es un acto político, con más razón las que declaran la inconstitucionalidad de (...) una disposición normativa” (p. 25) Por esta razón, el jurista argentino advierte: “si la Constitución política estatal es la decisión del pueblo, la reforma también debe serlo. Ergo, la constitucionalidad o no del procedimiento o del contenido de la reforma constitucional sólo debe ser decidida por su creador: el cuero electoral” (Ferreyra, 2014, p. 37):

¿Por qué? Porque en estos casos la democracia participativa es una solución detalladamente más plausible que el propio control judicial de constitucionalidad. Hasta tanto no se descarten sus bondades, no cabe presumir que la opinión de uno o varios pueda ser considerada superior a la regla de la mayoría, si es que ésta -y no otra- es la proposición capital sobre la que se asienta la propia configuración constitucional. Añado que aceptar que los jueces declaren la inconstitucionalidad del contenido de una reforma en un sistema de Constitución rígida es lógicamente imposible, si ha de ser verdad que lo superior -la reforma constitucional- es creación del Derecho Constitucional y lo inferior -la interpretación judicial-, su aplicación. Las implicancias de esta tesis significan que ella bien puede ser considerada como una importante y trascendente excepción a la plenitud del ejercicio de la potestad jurisdiccional estatal de contralor de constitucionalidad, trayendo como beneficio la ‘resemantización’ del principio dogmático de la cuestión política no judicial (Ferreyra, 2014, p. 38).

2.3.1.3. Doctrina “Self – Restrain”

Según Portocarrero Quispe (2011) “La doctrina de la *judicial self-restraint* o autocontención judicial fue elaborada por la Corte Suprema estadounidense para delimitar los ámbitos de acción la *judicial review* en las decisiones tomadas por los otros órganos del Estado” (p. 82):

Esta doctrina sostiene que las cortes deben presumir la constitucionalidad de las interpretaciones realizadas por el Congreso, el ejecutivo y cualquiera de las instituciones estatales, en la mayor medida posible. La *judicial self-restraint* implica una limitación competencial referida al contenido de las decisiones tomadas por cada uno de los poderes del Estado. Así, la jurisdicción constitucional no deberá responder a cuestiones que caigan dentro del ámbito de acción del poder legislativo, ejecutivo, judicial o cualquiera de los demás órganos constitucionales (Portocarrero Quispe, 2011, pp. 82-83).

Seguidamente, expone Portocarrero Quispe (2011): “Si bien es cierto que esta doctrina responde a la configuración política y constitucional de los Estados Unidos, fue acogida también por el Tribunal Constitucional Federal alemán, con ciertas restricciones”. (p. 83):

Dicho tribunal destacó sobre todo la no limitación de sus competencias y restringió la *judicial self-restraint* a la abstención de practicar política en la judicatura: El principio del *judicial self-restraint*, que se impone al Tribunal Constitucional Federal, no significa de ninguna manera el debilitamiento o limitación de sus competencias, sino que implica la prohibición de intervenir en política, es decir intervenir en el libre espacio de configuración política que ha sido creado y delimitado por la propia Constitución. Se refiere entonces a mantener intangible el espacio de libre configuración política de los otros órganos creados constitucionalmente (Portocarrero Quispe, 2011, p. 83).

En ese orden, Jorge Carpizo (2009) considera: “más allá de los límites que el tribunal tiene como cualquier órgano de poder, resulta muy importante que sepa autolimitarse, es decir, que el *self-restraint*; que el activismo no sea desbordado, que aplique con prudencia las técnicas de la interpretación constitucional, que jamás pretenda usurpar las funciones que la Constitución le atribuye a otros órganos, que siempre tenga presente que está interpretando la Constitución, no creando una filosofía o moral constitucional” (p. 58)⁵⁴. Ahora bien, el jurista Carlos Bernal Pulido (2010)⁵⁵, presenta la posición del positivista, García Amado:

⁵⁴ Carpizo (2009) “En otras palabras, que tenga muy presente el criterio de Otto Bachof respecto del tribunal alemán: ‘La Corte ha necesitado conquistar su actual posición con mucho trabajo y contra muchas resistencias. Que lo haya logrado radicado y no es la menor de las razones, en que con sabia autolimitación haya entendido correctamente cómo trazar las fronteras entre Derecho y Política’” (p. 57).

⁵⁵ Bernal Pulido (2010) presenta las características del neoconstitucionalismo, descritas por García Amado “a) El contenido de la Constitución no se agota en el significado de sus términos y enunciados, en su semántica; la naturaleza

Pero, en este punto, también García Amado parece incurrir en una contradicción, pues sostiene que de acuerdo con la visión positivista -es decir, la suya- existiría ‘una regla de preferencia a la hora de establecer quién tiene la suprema palabra en lo que la Constitución, en su dicción, no determine’, es decir, en el ámbito de indeterminación constitucional. Tal prioridad, continúa, se ‘otorga al legislador (...) lo que se traduce para los jueces y en especial para las Cortes Constitucionales, en una invitación al *self-restraint*’. En definitiva, no queda claro, cómo es posible que el positivista sostenga al mismo tiempo que cuando el juez determina la Constitución en la zona de penumbra, lo hace mediante elecciones, de una manera constructiva, si, por otra parte, esto es algo que no le está permitido hacer, pues en esta zona debe autorrestringirse, no decidir nada y deparar la decisión del legislador (Bernal Pulido, 2010, p. 80).

Pibernat Domenech (1987) expone que esa autolimitación o *self restraint* puede describirse, de acuerdo a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional:

1) *Principio de Congruencia*: Este principio es común a todo el procedimiento jurisdiccional y no consiste en otra cosa que en la correspondencia entre el petitum de la demanda y el pronunciamiento del Tribunal (...) 2) *Principio de Conservación de la norma*: Este principio, recogido en nuestro ordenamiento, establece la presunción de constitucionalidad en favor de la norma por el hecho de proceder de un poder público (...) 3) *Principio de Interpretación conforme a la Constitución*: Este principio impone al Tribunal la obligación de buscar, siempre que lo haya, el sentido de la ley que sea conforme a la Constitución. El principio de interpretación conforme a la Constitución, el *verfassungskonforme Auslegung* de la doctrina alemana, deriva del principio de conservación de la norma y permite evitar las lagunas del ordenamiento (...) 4) *Principio del Respeto del Pluralismo Político*: Este es el último, aunque no por su importancia, de

última de las normas constitucionales es prelingüística, es axiológica. Por eso las Constituciones dicen más de los que sus términos significan (...) b) Consiguientemente, la indeterminación semántica de las normas constitucionales es compatible con su plena determinación material; son mandatos precisos, pese a su imprecisión lingüística. c) Los intérpretes autorizados de la Constitución no están llamados a elegir entre interpretaciones o concreciones posibles de los enunciados constitucionales, sino compelidos a realizar máximamente tales mandatos materialmente determinados (...) d) Los jueces y en particular, el Tribunal Constitucional cumplen funciones de control negativo-positivo: deben inaplicar o declarar la inconstitucionalidad de toda norma legal que no lleve a cabo dicha maximización. e) Consiguientemente, tanto el legislador como, principalmente, los jueces tienen acceso al conocimiento de esos contenidos prelingüísticos que componen la Constitución material o axiológica y lo tienen con suficiente amplitud como para poder determinar la solución que el mandato constitucional prescribe para todos o la mayor parte de los casos concretos. f) Este entramado doctrinal neoconstitucionalista tiene como trasfondo político la creciente desconfianza frente al legislador parlamentario y la correlativa fe en virtudes taumáticas de la judicatura (Bernal Pulido, 2010, p. 78).

los principios a los que nos referimos. Puede resumirse en la idea de que ‘la Constitución deja espacio para la actuación de las fuerzas políticas’, como reconoce nuestra Constitución al consagrar el pluralismo político” (Pibernat Domenech, 1987, pp. 78-80).

Para Landa (2013), “en las democracias estables la autolimitación judicial *-self restraint-* es la regla para asumir los procesos constitucionales con un abierto contenido político. Este límite no debe ser rígido, sino que debe aplicarse dependiendo de la naturaleza del proceso concreto” (p. 715), pues considera que el tribunal tiene un papel político⁵⁶. “Por ello, resulta impropio plantear la despoltización *-Entpolitisierung-* de las resoluciones de la justicia constitucional, ya que estas tendrán vigencia real únicamente cuando hayan adquirido autoridad jurídica *-auctoitas-* y aprobación social *-potestas-*” (Landa, 2013, p. 716).

Portocarrero Quispe (2011), presenta a manera de conclusión las semejanzas y distinciones entre las doctrinas de la *political question* y *self-restraint*, así:

Es difícil distinguir entre la judicial *self-restraint* y la *political question*, ya que ambas se refieren a la abstención de las cortes en determinadas materias. Sin embargo, se hace evidente también el rango más limitado de la *political question*, misma que vendría a equipararse con el concepto de judicial *self-restraint* utilizado por el Tribunal Constitucional Federal alemán (...) es decir, sólo limitada a materias políticas y no tanto a problemas en las competencias de los órganos estatales en general. Así mismo, la *political question*, al igual que la judicial *self-restraint*, supone una decisión subjetiva por parte del juez. La doctrina de la *political question* no proporciona parámetro objetivo alguno para determinar cuándo un caso es político o no, sino que se basa en la apreciación subjetiva del propio juez. En contraposición a la *political question*, los principios formales tienen un rol más amplio, pues están referidos a todas las decisiones tomadas por el órgano político que limiten derechos (...) En conclusión, en virtud de la *political question* no se reconoce un ámbito de discrecionalidad al órgano político, sino que se le transfiere la

⁵⁶ Landa (2013) advierte que “en las democracias e instituciones débiles sucede que las normas constitucionales no pueden ser interpretadas, en muchos casos, sin recurrir a valoraciones política; semejantes valoraciones políticas son empero siempre subjetivas hasta cierto grado. Por ello, subsiste siempre e inevitablemente una relación de cierta tensión entre Derecho y política. El juez constitucional aplica ciertamente Derecho. Pero la interpretación de este Derecho implica necesariamente valoraciones políticas a cargo del juez que aplica la ley” (p. 716).

responsabilidad de decidir en determinados casos que la Corte considere como de carácter político antes que jurídico. Así mismo, tampoco se determina en función de qué criterios se puede diferenciar una materia política de una que no lo es, por lo que la political question se muestra insuficiente para fundamentar una teoría de la discrecionalidad legislativa, así como insuficiente para determinar los márgenes competenciales entre el legislador y el juez constitucional (Portocarrero Quispe, 2011, pp. 85-86).

2.3.2. Posturas en contra de la limitación

El ex magistrado de la Corte Constitucional, Arango Mejía (2001), realiza el cuestionamiento: “¿Ha ido la Corte más allá del límite que la propia Constitución señala a sus facultades?” (p. 447), y para ello contesta diciendo que no, basado en las disposiciones españolas, así:

Únicamente una autoridad que no esté sometida sino a la Constitución, puede mantener la integridad y supremacía de ésta. La Corte Constitucional de Colombia dijo lo mismo que ya había dicho, con otras palabras, las Cortes Generales, en el artículo primero de la Ley Orgánica de creación del Tribunal Constitucional de España: ‘El Tribunal Constitucional, como intérprete supremo de la Constitución, es independiente de los demás órganos constitucionales y está sometido sólo a la Constitución y a la presente Ley Orgánica’. La condición de máximo intérprete de la Constitución trae consigo la obligación de cumplir los fallos de la Corte. Así lo establece también la misma Ley Orgánica citada, en su artículo 87: ‘Todos los poderes públicos están obligados al cumplimiento de lo que el Tribunal Constitucional resuelva’. En nuestra Constitución, la obligatoriedad de las sentencias de la Corte, la establece el artículo 243, al darles fuerza de cosa juzgada constitucional y al prohibir a todas las autoridades reproducir el contenido material de las normas declaradas inexecutable por razones de fondo (Arango Mejía, 2001, p. 450).

Dante Figueroa (2012), estima que no se debe limitar al juez, máxime que no está obligado para atender las decisiones de la mayoría⁵⁷, sino que por el contrario debe actuar “como un contrapeso efectivo frente al despotismo popular y político” (Figueroa, 2012, p. 20), reafirmando una vez más lo señalado en el primer capítulo, la desaparición total de la soberanía popular.

De modo similar, el docente Ortiz Gutiérrez (2001) aprecia que “la Corte ha sabido moverse con destreza, bajo el signo de su aparente debilidad y dentro del signo de la progresiva expansión de su misión, más allá de la concepción histórica que lo limitaría a ser un legislador negativo” (Ortiz Gutiérrez, 2001, p. 85). Es decir, que la Corte Constitucional colombiana no se ha extralimitado (Arango Mejía, 2001) “pero cuando, como ahora acontece, la lucha por el derecho es la lucha por el hombre, no puede uno dedicarse a estériles lucubraciones: es menester tomar partido. En el camino hacia un orden justo sólo se podrá avanzar si la Constitución se interpreta con un sentido social, como solamente puede hacerlo una Corte independiente y progresista (Arango Mejía, 2001, p. 453).

En ese orden Gilberto Blanco Zúñiga (2010) advierte que la jurisdicción constitucional “se debe es entonces a la justicia y no a mandato electoral alguno, lo que de contera garantiza que sea menos vulnerable a las precisiones políticas, gremiales, económicas y electorales. El hecho que contravenga el sentir de las mayorías no los hacen obrar *contra legem* ni mucho menos, necesariamente contra la justicia (p. 209):

El derecho positivo surge por la voluntad del pueblo, y por consiguiente, cuando este se aplica en debida forma es la voluntad popular la que se está haciendo respetar. En tal virtud, son los jueces constitucionales los instrumentos con los que se realiza el derecho. Por su conducto, el pueblo somete o encausa a sus gobernantes. No hay nada más legítimo que una Constitución Democrática y si de hacerla respetar se trata, de acuerdo con el aforismo, que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, quien se preocupa por respetar

⁵⁷ Figueroa (2012) indica que la voluntad por “no es el test final de conciencia para el legislador, no tampoco la base moral última del gobierno (...) Como el concepto de soberanía popular puede fácilmente derivar en la tiranía de la facción más fuerte, los jueces deben vigilar que los derechos de las instituciones establecidas y las personas no son dejadas a merced de la voluntad arbitraria de una mayoría prevalectante” (Figueroa, 2012, p. 20).

su integridad, la Jurisdicción Constitucional, está inmediatamente se halla arropada por la misma legitimidad del texto que protege, pues son los jueces constitucionales los encargados de preservar la voluntad del pueblo expresada en la Constitución (Blanco Zúñiga, 2010, p. 209).

Y en su defensa también se presenta el catedrático Uprimny Yepes (2001), reprochando a los críticos que indican que la Corte se ha extralimitado en sus funciones, pues advierte:

La mayor parte de estos críticos no indican cuál es -si es que existe- el método correcto de interpretación constitucional que el tribunal colombiano habría abandonado, con lo cual gran parte de su ataque pierde su fundamento, pues sino no precisamos con claridad en qué consiste una hermenéutica constitucional correcta, entonces difícilmente podemos cuestionar a un juez por supuestamente legislar en vez de interpretar adecuadamente la norma fundamental (Uprimny Yepes, 2001, p. 456).

Sin embargo, el profesor Uprimny Yepes (2001) reconoce que la discrecionalidad es “muy problemática en un Estado democrático de derecho, debido a que sus integrantes no son electos democráticamente, pero ejercen un poder considerable y sus decisiones tienen un enorme impacto sobre la vida cotidiana de las personas” (p. 464).

El profesor Estrada Vélez (2007) apoya el pensamiento del profesor Uprimny, pues afirma que “no es posible predicar la existencia de controles formales u orgánicos a la actividad de los Tribunales Constitucionales en atención a que se desnaturaliza su función como órganos de cierre del sistema” (Estrada Vélez, 2007, p. 22). Por lo tanto, considera que se debe proponer una teoría de la argumentación constitucional⁵⁸, debido a que la discrecionalidad judicial “no se puede eliminar, pero puede ser efectivamente controlada mediante la exigencia de una argumentación armónica que elimine la posibilidad de sentencias justas pero ajenas a la realidad, legales pero no injustas, o muy convenientes pero injustas o ilegales” (Estrada Vélez, 2007, p. 24).

⁵⁸ Estrada Vélez (2007) indica “si la Constitución representa un universo de posibilidad políticas, axiológicas y jurídicas, el control de constitucionalidad deberá estar caracterizado por la imbricación o relación armónica entre estos tres elementos (...) La solución está perfilada: un control a la discrecionalidad jurisdiccional mediante la exigencia de una argumentación que demuestre que se tuvo en cuenta el contexto real de desarrollo de la Constitución en lo político, lo axiológico y lo jurídico” (Estrada Vélez, 2007, p. 24).

2.3.3. Posturas a favor de la limitación

Desde los orígenes del constitucionalismo, el doctrinante Sieyés (2007) consideraba que el Tribunal Constitucional no debía tomar decisiones por iniciativa propia no debía poseer el derecho “de reformar por sí mismo la Constitución, ello sería encomendarle, de hecho, el Poder Constituyente. Por el contrario, limitado a la simple proposición, debe carecer, incluso, de la facultad de ejercerla cuando y como le plazca” (Sieyés, 2007, p. 427).

Hernández Valle (1993) expone que “el órgano encargado de la revisión constitucional está subordinado al orden establecido en cuanto a su estructura, procedimiento para su integración, organización y funcionamiento” (p. 148):

El fundamento doctrinario para su limitación es su condición de órgano constituido, puesto que el poder reformador de la Constitución, al encontrar su razón de ser en la propia norma fundamental, lógica y jurídicamente no podría destruir el fundamento de su propia competencia (...). El concepto universalmente aceptado de la soberanía popular se opone a que un órgano estatal sea titular de un poder ilimitado, ya que sólo el pueblo es soberano. En otras palabras, el pueblo es la fuente política del poder estatal (Hernández Valle, 1993, p. 149).

Martínez Caballero (2001) presenta la concepción de legislador negativo que tiene Hans Kelsen del Tribunal Constitucional:

Kelsen propone que el mejor diseño para la labor de ese tribunal es concebirlo como un “legislador negativo”, esto es, que el Parlamento ejercería la función de dictar las leyes (‘legislador positivo’) y el juez constitucional la de anular aquellas que fueran contrarias a la Constitución y fueran acusadas en debida forma por quienes tienen la titularidad de la acción. Esto implica que la decisión, en principio, sólo debe tener efectos hacia el futuro, pues no es la declaración de nulidad de la ley sino su anulación, por quien tiene la facultad para hacerlo y por razones de seguridad jurídica, es más adecuado el efecto estrictamente ‘pro futuro’ a partir de la publicación de la sentencia. Y de otro lado, el tribunal debe limitarse a anular la ley sobre la cual ha recaído la acusación, sin crear normas positivas,

pues de no ser así, el juez constitucional estaría invadiendo la competencia del legislador positivo o parlamento (Martínez Caballero, 2001, p. 385).

Seguidamente, el jurista colombiano Gaspar Caballero Sierra (2002) considera que “el único límite de una Corte Constitucional es fundamentar su decisión, o que la principal limitación se encuentra en el carácter jurídico de su argumentación, en los métodos de interpretación (Caballero Sierra, 2002, p. 87):

En todo caso se ha venido diciendo por algunos constitucionalistas foráneos que es loable que las Cortes Constitucionales practiquen la autolimitación, como el referente propio de la doctrina anglosajona del self restraint, o sea, de un llamado garantismo para evitar posibles extralimitaciones del juez constitucional en los terrenos propios del legislador (Caballero Sierra, 2002, p. 60).

Para ello, Zagrebelsky (2007) con relación a la discrecionalidad de los jueces constitucionales, razona:

¿Pero se pueden combatir los pretendidos excesos discrecionales cristalizando al mismo tiempo la interpretación constitucional? No, no se puede. La discrecionalidad es un dato irremontable. La mejor prueba está en los proyectos de reforma que, como el discutido en Italia en estos últimos años, intentan redefinir el papel de la Corte basándose sobre esta lógica: estamos en contra de la discrecionalidad, pero, ya que no la podemos eliminar, entonces al menos que se oriente según las expectativas políticas, modificando con este objetivo sus equilibrios internos. De este modo, sin embargo, se refuerza el defecto, golpeando a la justicia constitucional en su punto esencial, la autonomía de la política (Zagrebelsky, 2007, p. 96).

Ahora bien, algunos autores además de indicar la necesidad de imponer límites al Tribunal Constitucional, presentan propuestas de control. Por ejemplo, retomando a Carpizo (2009) quien defiende la imposición de límites al Tribunal Constitucional, reconoce que “no existen controles ‘normales’ (...). Hay que tener en cuenta de que hablo de controles, de equilibrios del poder, no de medidas que lo debiliten o lo neutralicen y que le impidan cumplir con las funciones que la Constitución le atribuye” (Carpizo, 2009, p. 78).

Prosiguiendo con el tema, se presenta la propuesta del profesor Haberle (2012), la cual consiste en “desarrollar reglas profesionales para construir una ‘política constitucional inteligente’ en asuntos de jurisdicción constitucional” (p. 206). Pues, Haberle (2012), considera que “En la ‘sociedad abierta de los intérpretes constitucionales’ el Tribunal Constitucional no es la única, ni la última instancia, pero sí la más importante. Carece de competencia para una ‘interpretación constitucional auténtica’ (...) ¡No tiene la “última palabra” (Haberle, 2012, p. 207)

En mi opinión, al presidente de un tribunal constitucional no le está permitido pronunciarse de forma decidida sobre cuestiones “políticas” constitucionales de su país, como por ejemplo sobre la reforma de la LFB, aún si él mismo es o fue profesor (aunque esto es lo que sucedió en 2005 en “Karlsruhe”). De forma que, en mi opinión, debe quedar absolutamente descartado que magistrados constitucionales puedan efectivamente “provocar” un procedimiento concreto (aunque, por desgracia, así fue hace poco con los dos anteriores presidentes del Tribunal Constitucional Federal en su discurso al Gobierno Federal alemán en el asunto de reiteración del proceso de ilegalización de partidos frente al Partido Nacional Demócrata) (Haberle, 2012, p. 208).

A su vez, el catedrático Nestor Pedro Sagüés (2001) advierte que pueden existir dos tipos de condicionamiento del Tribunal Constitucional “como Corte ‘permisiva’, ‘afin’, o ‘seguidora’ y en casos más graves, ‘adicta’ e incluso ‘cómplice’ de los otros poderes, cuya misión parece ser, en vez de controlar las inconstitucionalidades del Congreso o del Presidente, convalidarlas, repuntándolas constitucionales” (p. 59) o una “Corte ‘opositora’, que tampoco es un modelo recomendable: controlar no significa combatir, ni es nada bueno suponer que el parlamento y el poder ejecutivo actúan permanentemente contra la Constitución” (Sagüés, 2001, p. 59):

Satisfacer una interpretación previsoras de la Constitución. En otras palabras, siempre una Sala o Tribunal Constitucional debe “medir las consecuencias” y “verificar los resultados” futuros de la respuesta jurídica que va a emitir, de tipo activista o no. Una Corte Constitucional puede darse muchos lujos, pero nunca el de la imprevisión, que es el paradigma de la imprudencia (...) Desde una visión (sanamente) política de la Constitución, un Tribunal Constitucional hostil puede resultar tan peligroso y

antisistémico como uno adicto, ahora como factor de desestabilización y de bloqueamiento del régimen constitucional (Sagués, 2001, p. 59).

Por esta razón, Sagués (2001), aduce que la “Corte Constitucional debe actuar como moderadora, no puede ni *aliarse* con el Congreso y el Ejecutivo, ni tampoco *destruirlos*” (p. 59). Es decir, “en el Estado Constitucional la *moderación* es una virtud amigable, sino poderosa y la *prudencia* es la virtud de solo las mentes superiores y ayuda al juez a atreverse a tener un sano temor, cuando todos a su alrededor están llenos de presunción y confianza” (Figuroa, 2012, p. 25)⁵⁹, límite propuesto también por Víctor Ferreres Comella (2010) como solución al problema del costo democrático⁶⁰.

Es decir, debe existir un equilibrio entre la autolimitación judicial y la discrecionalidad racional, para consolidar el proceso democrático, tal como lo indica Ricardo Haro⁶¹ (2012) cuando señala: “Compartimos plenamente la opinión de Peter Haberle, cuando afirma que es preciso que los Tribunales Constitucionales puedan hacerse del mayor prestigio y autoridad gracias a un cuidadoso balance entre el activismo judicial y la auto restricción judicial, para afirmarse dentro de la estructura de funciones de la Constitución” (Haro, 2012, p. 201).

Para finalizar, se considera que el Tribunal Constitucional es un poder constituido político y no un poder constituyente derivado, debido a que fue creado en la Constitución Política, por orden del mismo constituyente primario. Por ende, se estima que sí debe ser controlado

⁵⁹ Figuroa (2012) indica que el “principio de la prudencia moral sirve para evitar todo cambio contrario al Derecho Natural. Y no se debe confundir esto con una *equivocación cobarde*. El bienestar físico de nuestra sociedad, nuestra posición moral, nuestra felicidad social, nuestra tranquilidad política, todas dependen del control de nuestros apetitos y pasiones. Requiere de un gran coraje moral ser temperado en vista de la presión popular hacia los extremos” (p. 25).

⁶⁰ El docente español Ferreres Comella (2010) estima que otra solución al problema del costo democrático: “Las cosas serían distintas, naturalmente, si la Constitución hablara en términos claros, por medio de reglas relativamente mecánica. En tales circunstancias, se podrá sostener que, gracias al control judicial, la expresión más genuina de la voluntad popular (la Constitución) logra prevalecer frente a la expresión más atenuada de esa voluntad (ley)” (Ferreres Comella, 2010, p. 486).

⁶¹ Señala Haro (2012) “No obstante lo señalado, lo cierto es que en las últimas décadas en la actividad jurisdiccional de nuestra CS y desde la perspectiva de la dimensión política del control de constitucionalidad, se está produciendo un progresivo proceso de judicializar casos que antes se reputaban ‘no judiciales’ por considerarlos ‘cuestiones políticas’, abandonando de esta manera y en gran medida su abstención judicial (*self restraint*). Esa actitud se originó por una asunción más vigorosa por parte de la CS, de la trascendental misión de ser intérprete final y fiel custodio de las vigencias constitucionales, mediante el poder arbitral y moderador que le compete, tanto en el dialéctico funcionamiento entre los Poderes del Estado en sus diversos niveles, como en el de su ejercicio en relación a la Sociedad y sus miembros, en la tutela de los derechos y garantías fundamentales” (Haro, 2012, p. 202).

o limitado jurídicamente, con el fin de recuperar la soberanía popular, la cual debe estar por encima de la soberanía del juez constitucional. Sin embargo, de acuerdo a los autores que consideran que sí debe ser limitado, no se pueden enunciar ni enumerar límites jurídicos para proteger el principio democrático, en las decisiones que profiera el Alto Tribunal.

3. LOS NUEVOS DERECHOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

Nos proponemos en el presente capítulo, identificar sentencias de la Corte Constitucional, que, a nuestro juicio, han creado de derechos a favor de las parejas del mismo sexo, el ambiente, los animales y a la reproducción a través de la fecundación in vitro. Decisiones jurisprudenciales, en las cuales se ha ido más allá del texto constitucional, bajo las premisas de una constitución viviente y de una interpretación evolutiva. Así mismo, se enunciará desde el derecho comparado el tratamiento dado a los mencionados derechos. De otro lado, a manera de introducción se describirá la naturaleza de la Corte Constitucional y se identificará el perfil de los magistrados, describiendo su nivel académico, el origen de la terna y sus aportes más representativos al principio democrático.

3.1. CORTE CONSTITUCIONAL

La Corte Constitucional fue creada en la Constitución de 1991 y entró en funcionamiento el 17 de febrero de 1992, eliminándole la potestad a la Corte Suprema de Justicia, que desde 1910 venía ejerciéndola⁶². Su organización se encuentra reglamentada en la Ley 270 del 7 de marzo de 1996, por medio de la cual se administra la justicia, el Acuerdo N.º 02 del 22 de julio de 2015, por medio del cual se unifica y actualiza el Reglamento de la Corte Constitucional y el Acuerdo N.º 02 del 22 de junio de 2017, por medio del cual se introducen disposiciones transitorias al Reglamento de la Corte Constitucional.

La estructura del Alto Tribunal se diseña siguiendo lo previsto en otras corporaciones, conformada por una Sala Plena integrada por todos los miembros, encargada de decidir sobre los asuntos de inconstitucionalidad; por una Sala de Selección de Tutelas

⁶² Insignares Cera y Molineras Hassan (2012) indican que la creación de la jurisdicción constitucional como una jurisdicción ordinaria en cuyo seno se debatieron durante años los asuntos constitucionales y la “consagración de mecanismos de protección constitucional, produjo como consecuencia un activismo constitucional por parte de las personas y ciudadanos que empezaron a demandar la protección efectiva de sus derechos constitucionales y un activismo judicial que ha llevado incluso a conceptualizar las sentencias de la Corte como el nuevo derecho judicial” (Insignares Cera y Molineras Hassan, 2012, p. 94).

conformada por dos magistrados que se rotan por orden alfabético cada mes, y por las tres Salas de Revisión de Tutelas, conformadas cada una con tres magistrados, las cuales estarán presididas para cada asunto por el magistrado a quien le haya correspondido el negocio.



Nota: Corte Constitucional (2019). *Organigrama e información general de las dependencias*. Corte Constitucional. <https://n9.cl/yj4z3>

El modelo de control constitucional colombiano (Reyes Blanco, 2004), es de naturaleza mixta de control concentrado y difuso. Un control concentrado con alguna particularidad especial en materia de control judicial incidental, a causa de que es compartido con el Consejo de Estado, cuando conoce de la nulidad por inconstitucionalidad de los Decretos del Gobierno Nacional y por los jueces en virtud del artículo 4 de la Constitución Política.

También, se determinó en el artículo 48 de la Ley 270 de 1996, que las decisiones de la Corte Constitucional dictadas como resultado del examen de las normas legales, por vía de acción, de revisión previa o con motivo del ejercicio del control automático de constitucionalidad, sólo serán de obligatorio cumplimiento y con efecto erga omnes en su parte resolutive.

Al mismo tiempo, la investigación realizada por Márquez y Nanclares (2001) simplifica los efectos de las sentencias de la Corte Constitucional. En primer lugar, las que declaran la inexecutable o inconstitucionalidad de una norma dictada en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, por el control previo o automático de constitucionalidad y sus consecuencias son erga omnes, con efecto de cosa juzgada. En segundo lugar, las

sentencias proferidas por la acción de tutela, tienen diferentes tipos de efectos, pues algunos solo son obligatorios y generan consecuencias jurídicas entre las partes y otros generan una obligatoriedad general.

De otro lado, la norma fundamental de 1991 designó diversas funciones para la Corte Constitucional⁶³ (Constitución Política de Colombia, 1991, art. 241), situación criticada por Ferreres Comella, citado por Jorge Roa Roa (2015), en los siguientes términos: “un tribunal constitucional será absolutamente puro, cuando no realiza ninguna función diferente al juicio de contraste entre la Constitución y la ley. Por el contrario, será altamente impuro, si tiene competencias adicionales al control de constitucionalidad” (p. 1).

De modo similar, Roa Roa (2015) aduce que el tribunal colombiano es impuro: “La Constitución de 1991 estableció que la Corte tiene varias facultades adicionales al control de constitucionalidad. Estas van desde la importante revisión de las sentencias tuteladas (...) hasta la participación en el proceso de elección del Registrador Nacional” (p. 1)⁶⁴.

⁶³ Constitución Política de Colombia (1991), en su artículo 241, establece las siguientes funciones: “1. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación. 2. Decidir, con anterioridad al pronunciamiento popular, sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una Asamblea Constituyente para reformar la Constitución, sólo por vicios de procedimiento en su formación. 3. Decidir sobre la constitucionalidad de los referendos sobre leyes y de las consultas populares y plebiscitos del orden nacional. Estos últimos sólo por vicios de procedimiento en su convocatoria y realización. 4. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación. 5. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra los decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno con fundamento en los artículos 150 numeral 10 y 341 de la Constitución, por su contenido material o por vicios de procedimiento en su formación. 6. Decidir sobre las excusas de que trata el artículo 137 de la Constitución. 7. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los decretos legislativos que dicte el Gobierno con fundamento en los artículos 212, 213 y 215 de la Constitución. 8. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales, y de los proyectos de leyes estatutarias, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación. 9. Revisar, en la forma que determine la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales. 10. Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben. Con tal fin, el Gobierno los remitirá a la Corte, dentro de los seis días siguientes a la sanción de la ley. Cualquier ciudadano podrá intervenir para defender o impugnar su constitucionalidad. Si la Corte los declara constitucionales, el Gobierno podrá efectuar el canje de notas; en caso contrario no serán ratificados. Cuando una o varias normas de un tratado multilateral sean declaradas inexecutable por la Corte Constitucional, el Presidente de la República sólo podrá manifestar el consentimiento formulando la correspondiente reserva. 11. Dirimir los conflictos de competencia que ocurran entre las distintas jurisdicciones. 12. Darse su propio reglamento” (Constitución Política de Colombia, 1991, art. 241).

⁶⁴ Roa Roa (2015) considera que para lograr la pureza de la Corte Constitucional, se requiere: “eliminar las funciones ajenas al control de constitucionalidad y mantener la revisión de las sentencias de tutela como única competencia ajena a la función esencial de la Corte (...) perseguir la reducción del número de decisiones de tutela que se seleccionan para revisión y, finalmente, el fortalecimiento de los procesos de seguimiento y la emisión de sentencias estructurales. Adicionalmente, para evitar que la función de revisión de tutela ocupe la mayor parte del trabajo de la Corte, es necesario

3.1.1. Ubicación en el ordenamiento jurídico

De acuerdo al artículo 239 de la Constitución Política de Colombia, la Corte Constitucional está ubicada en el capítulo cuarto del título VIII de la rama judicial, junto con la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado. En cambio, Sierra Cadena (2009) opina que “se encuentra en el mismo nivel de las otras cortes, sin embargo, afirma que en la práctica y en la realidad política, ella ejerce una plaza privilegiada en el sistema” (Sierra Cadena, 2009, p. 110):

Es así que la capacidad de interpretación constitucional y el poder de protección de los derechos fundamentales, así como la separación de los poderes, le otorgan a la Corte un poder, que, en la práctica, es superior a los otros poderes públicos. La Corte fija ella misma los límites y las consecuencias de sus decisiones, las cuales se imponen a todos los otros poderes. Capacidad de la cual carecen los otros poderes públicos (Sierra Cadena, 2009, p. 111).

Aunado a lo anterior, el jurista Laureano Gómez Serrano (2007) afirma que ella misma se autoproclamo superior cuando expuso en la Sentencia C-113 de 1993, lo siguiente: “entre la Constitución y la Corte Constitucional, cuando ésta interpreta aquella, no puede interponerse ni una hoja de papel” (Sentencia C-113, 1993).

3.1.2. Elección y nombramientos de magistrados de la Corte Constitucional

El artículo 44 de la Ley de 270 del 7 de marzo de 1996, establece que la Corte Constitucional⁶⁵ “está integrada por nueve (9) Magistrados, elegidos por el Senado de la

que el tribunal se ajuste estrictamente a los criterios que justifican la selección, fortalezca los mecanismos de difusión de su jurisprudencia, mejore sus bases de datos, profesionalice la Relatoría y utilice la herramienta de la breve motivación” (Roa Roa, 2015, p. 1).

⁶⁵ Ley 270 (1996) en su artículo 44 establece: “Las ternas deberán conformarse con abogados de distintas especialidades del derecho y el Senado elegirá un Magistrado por cada tema, procurando que la composición final de la Corte Constitucional responda al criterio de diversidad en la especialidad de los Magistrados. Cuando se presente una falta absoluta entre los Magistrados de la Corte Constitucional, corresponde al órgano que presentó la terna de la cual fue elegido el titular, presentar una nueva para que el Senado de la República haga la elección correspondiente. Producida la vacante definitiva, la Corte Constitucional la comunicará de inmediato al órgano que debe hacer la postulación para que, en un lapso de quince días, presente la terna ante el Senado de la República. La elección deberá producirse dentro

República para períodos individuales de ocho años, de ternas que presentan: tres (3) el presidente de la República, tres (3) la Corte Suprema de Justicia y tres (3) el Consejo de Estado”.

La elección de los magistrados de la Corte se obtiene para un período de ocho años, independiente frente al Congreso y al Gobierno, puesto que el primero no está facultado para seleccionar a quien quiera, según Cifuentes (1995) “evitándose así la politización de la justicia y porque solo la tercera parte, es decir, tres de los nuevos integrantes de la Corte, deben su designación a la postulación del Ejecutivo, mientras que las dos terceras partes provienen de candidatos postulados por los altos órganos judiciales” (p. 145). Por el contrario, el jurista Reyes Blanco (2004) considera que el mecanismo de integración si genera un problema, “toda vez que un tercio de sus miembros es designado por el ejecutivo y la totalidad de los magistrados son nombrados por el legislativo, situación que da lugar a pensar en la politización del órgano encargado” (p. 81).

Por ejemplo, con relación a la polémica presentada en el nombramiento de los jueces constitucionales, en la sección de la Silla Vacía del 26 de marzo de 2009, titulada *La nueva Corte es más conservadora que la anterior y de menor perfil, pero no es de bolsillo de Uribe*, se indica que los magistrados Nilson Pinilla, Gabriel Mendoza, Jorge Pretelt, María Victoria Calle y Mauricio González, tenderían a ser más “formalistas y tradicionales en su interpretación del derecho”, pues no utilizan técnicas modernas y flexibles como para “diferir los efectos de una sentencia en casos en que tumbarla por vicios de forma genere unos efectos económicos graves” y añade que de acuerdo a sus hojas de vida, su experiencia se circunscribe al sector privado, donde si bien “deciden grandes montos no se afecta la vida de muchas personas” (Silla Vacía, 2009, p. 1):

En cuanto a debates morales como matrimonio gay, aborto, dosis personal, separación Iglesia-Estado, Pinilla, Mendoza y Pretelt vienen de sectores conservadores mientras que

de los treinta días siguientes a la fecha de presentación de la terna o de la iniciación del período ordinario de sesiones en caso de que a la presentación de la misma el Congreso se encontrare en receso. Mientras se provee el cargo por falta absoluta o por falta temporal de uno de sus miembros la Corte Constitucional llenará directamente la vacante” (Ley 270, 1996, art. 44).

Juan Carlos Henao, Mauricio González y Luis Ernesto Vargas formarán el bloque liberal en esos temas, posiblemente con Sierra Porto. En la Corte anterior el bloque conservador en estos temas era una clara minoría integrada por Marco Gerardo Monroy, Rodrigo Escobar Gil y en algunos temas por Álvaro Tafur. Aunque paradójicamente, las sentencias más progresistas sobre homosexuales fueron ponencia de Monroy y Escobar (Silla Vacía, 2009, p. 1).

Finaliza el artículo (Silla Vacía, 2009) exponiendo que la Corte Constitucional anterior, contaba con personalidades que habían ocupado cargos como vicesfiscal (Eduardo Montealegre), defensor público (Jaime Córdoba), académico (Marco Monroy) y rector de universidad (Manel José Cepeda). En tanto que la trayectoria académica de los nuevos magistrados, es menos sólida a la de los anteriores: “Si bien la nueva Corte tiene cuatro ex magistrados con trayectoria en el área judicial -Vargas, Palacio, Mendoza y Pinilla- el único especializado en temas constitucionales es Humberto Sierra. Su formación, sin embargo, es en constitucionalismo español” (Silla Vacía, 2009, p. 1).

Sea otro caso, el descrito en la columna editorial del diario El Espectador del 29 de abril de 2014, titulado *Guerra de Padrinos*, donde se critica el procedimiento para la elección de los aspirantes a la vacante del doctor Nilson Pinilla, en la Corte Constitucional:

Así, pues, los tres candidatos que se disputarán el honor de acceder a la Corte Constitucional no llegan tanto por sus méritos y reconocimiento nacional, sino por obra de sus buenos jefes de campaña. Y eso está muy mal. La escogencia de una plaza en la Corte Constitucional se ha convertido en una reyerta entre poderosos hombres de Estado que aspiran a influir todavía más en una Corte Constitucional que por estos tiempos deshonra el inmenso prestigio nacional e internacional que había logrado con sus decisiones sensatas, democráticas, independientes y libertarias (...) Sorprende que mientras en la fallida reforma a la justicia, entonces apoyada por todas las cortes, se había previsto que los nombramientos de futuros magistrados se harían entre personas provenientes del Poder Judicial, de la academia y del litigio, en la práctica esa sana intención venga siendo ignorada, como lo ha sido ahora con esta nueva terna, en la que todos representan a los servidores de la justicia. Si hubiera sensatez, y no la soberbia con la que han procedido, la Corte Suprema no sólo no habría integrado la nueva terna al

vaivén de las insinuaciones de su presidente, del fiscal y del procurador, sino además habría escogido juristas sin padrinos y procedentes de la academia o del litigio. Con esta nueva terna de apadrinados, la justicia ha demostrado que pasa por su peor hora de la historia, y lo peor es que no se ve que haya con quién enmendar este desastre (El Espectador, 2014, p. 1).

Ahora bien, con el fin de identificar la trayectoria de los diferentes magistrados desde la Constitución Política de 1991, se elaboró la siguiente tabla, la cual se consolidó con información (transcrita literalmente) de diferentes fuentes de entidades y sitios oficiales de universidades, periódicos y revistas virtuales e instituciones públicas y privadas, así como de entidades del Estado, la red social LinkedIn, el Currículum Vitae Latinoamericano y del Caribe (CvLAC), la Asociación de Bachilleres Bartolinos y de sitios web de los mismos magistrados, entre las que se encuentran *Semana.com*, *Elespectador.com*, *Elheraldo.com*, *Eltiempo.com*, *Elcolombiano.com*, *Ambitojuridico.com* y *Lasillavacia.com*; Elección Visible, la Corte Constitucional, la Suprema Corte de Justicia, la Rama Judicial, Caracol.com, bluradio.com, *Ámbito jurídico*, *Dejusticia*, Misión de Observación Electoral y el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, al igual que las universidades Externado, Libre, de los Andes y del Norte, y la Pontificia Universidad Javeriana y el Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario:

Tabla 4. *Magistrados de la Corte Constitucional*

Magistrado	Egresado	Formación	Experiencia laboral	Terna	Propuestas	Periodo
Alejandro Martínez Caballero (q. e. p. d.)	Abogado del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario		Presidente de la primera Corte Constitucional; exmagistrado y expresidente de la Corte Constitucional entre 1991 y el 2001. Asumió una curul en el Concejo de Bogotá por el Polo Democrático Alternativo, durante la administración de Luis Eduardo Garzón. Ponente de algunas decisiones trascendentales sobre derechos fundamentales, derechos de los comerciantes informales, adopción de normas internacionales y la constitucionalidad del estatuto de San Andrés.	Ternado por el presidente de la República (Cesar Gaviria)	Propósito: Romper esquemas. Promovió el concepto de "libertad individual". Eliminó el homosexualismo como "falta disciplinaria" para los funcionarios. En defensa de posiciones propias, pero apertura dialógica para encontrar consensos. Con la Sentencia T-031 de 1998 tuteló el derecho al pago de una prestación social, pues lo "fundamenta no es sobrevivir, lo fundamental es vivir con dignidad".	Primera corte 17-feb-1992 a 28 feb-2001
Hernando Herrera Vergara	Abogado de la Universidad Nacional de Colombia		Fue docente de varias universidades, y presidente y magistrado de la Corte Constitucional. También fue vicepresidente y magistrado del Consejo Superior de la Judicatura; secretario general del Ministerio de Justicia; viceministro de Comunicaciones; fiscal	Ternado por el presidente de la República (Cesar Gaviria)	Sentencia sobre la prohibición al paro de los trabajadores que prestan servicios esenciales.	Primera corte 1-mar-1993 a 30 -ene-1999

			y magistrado del Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca; delegado de la Corte Constitucional ante la Asamblea OIT Ginebra (Suiza), y conjuer de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado.			
Eduardo Cifuentes Muñoz	Abogado de la Universidad de los Andes	Doctor en Derecho de la Universidad Complutense de Madrid	Fue docente, director y fundador de varios cursos de posgrado; magistrado de la Corte Constitucional, y presidente de la misma corporación. También fue defensor del pueblo; director de la Unesco, y trabajó en otras entidades bancarias como abogado, jefe o vicepresidente de la oficina y división jurídica. Conjuer del Consejo de Estado	Ternado por el presidente de la República (Cesar Gaviria)		Primera corte 1-nov-1991 hasta 30-ago-2000
Álvaro Tafur Galvis	Abogado del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario	Doctor en jurisprudencia	Fue secretario de la facultad de derecho del Rosario mientras era uno de sus alumnos. Especialista en derecho público y administrativo. También se desempeñó como decano y rector Universitario.	Ternado por el presidente de la República (Andrés Pastrana)		Segunda corte 01-jun-1999 a 30-jun-2007
Manuel José Cepeda Espinosa	Abogado de los Andes (grado <i>magna cum laude</i>), en 1986	Maestría en Derecho (LL. M.) de Harvard Law School, Cambridge (EE. UU.), en 1987. Además, realizó estudios en Ciencias Sociales, en Georgetown University, Washington, (EE. UU.), 1981	2009: Ejercicio profesional independiente. 2005-2006: presidente de la Corte Constitucional. 2001-2009: Magistrado de la Corte Constitucional. 1996-2000: Decano de la Facultad de Derecho, Universidad de los Andes. 1997: Miembro del Consejo Asesor de la Corporación Excelencia para la Justicia. 1997, 2009 y 2010: Conjuer de la Corte Constitucional. 1995-1996: Embajador extraordinario y plenipotenciario de Colombia, ante la Confederación Helvética. 1993-1995: Embajador, delegado permanente de la Delegación de Colombia ante la Unesco, presidente del Grupo Latinoamericano y del Caribe (Grulac). 1991-1993: consejero presidencial para el Desarrollo de la Constitución, del presidente César Gaviria Trujillo. 1990-1991: consejero presidencial para la Asamblea y la Reforma Constitucional, del presidente César Gaviria Trujillo. 1987-1990: Asesor presidencial del presidente Virgilio Barco Vargas, en asuntos jurídicos, constitucionales y políticos. 1989-1990: Representante de la Presidencia de la República en la Comisión para la Reforma de la Administración Pública. 1986: Consultor del PNUD. 1985-1986: Investigador de la Fundación Friederich Ebert de Colombia (Fescol) (https://www.centroarbitrajeconciliacion.com/Directorio/Nuestro-directorio/Arbitros/Manuel-Jose-Cepeda-Espinosa).	Ternado por el presidente de la República (Andrés Pastrana)	Sentencias relacionadas con la defensa de los internos en centros de reclusión.	Segunda corte 1-feb-2001 hasta 31-ene-2009.
Marco Gerardo Monroy (q. e. p. d.)	Abogado de la Universidad de los Andes	Doctor en jurisprudencia de la Universidad del Rosario, especialista en Derecho Internacional de la Universidad Jorge Tadeo Lozano y de la Academia de Derecho de la Haya. Especialista en Derecho Laboral de la Universidad Javeriana y Técnica de Casación Civil de la Universidad del Rosario	Ha sido docente, Juez Civil Municipal y de Circuito de Bogotá, magistrado del Tribunal Superior de Bogotá, magistrado de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, presidente y magistrado del Tribunal Disciplinario. Fue decano de la facultad de Jurisprudencia del Colegio Mayor del Rosario. Presidente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, presidente y miembro de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y vicepresidente del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Se desempeñó como ministro	Ternado por el presidente de la República (Andrés Pastrana)	Catalogado como conservados y católico, siempre se opuso a la despenalización del aborto, pero también estuvo a favor de los derechos de las uniones homosexuales	Segunda corte 1-mar-2001 a 28-feb-2009

			plenipotenciario ante la OEA y estuvo en el Tribunal Andino de Justicia.			
Mauricio González Cuervo	Abogado del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario	Especialización en Economía de la Universidad de los Andes	Se ha desempeñado como secretario jurídico de la Presidencia de la República, director de la Corporación Excelencia en la Justicia, viceministro del Interior, viceministro de Justicia, asesor jurídico de la Federación Nacional de Cafeteros, secretario de Gobierno de Ibagué y docente.	Ternado por el presidente de la República (Álvaro Uribe)	Sostenibilidad fiscal para la reparación de víctimas del conflicto armado, determinando que es un derecho fundamental	Tercera Corte 8-oct-2007 a 7-oct-2015
Jorge Ignacio Pretelt Chaljub	Abogado del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario	Especialización en Defensa y Seguridad Nacional, en la Escuela Superior de Guerra, y Especialización en Derecho Administrativo, del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario	Fue vicerrector de la Universidad Sergio Arboleda, director nacional de recursos humanos de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones, magistrado del Consejo Nacional Electoral, presidente de la misma corporación, conjuer del Consejo Superior de la Judicatura y docente.	Ternado por el presidente de la República (Álvaro Uribe)	En el 2015 fue protagonista de un escándalo. Es conocido por ser un magistrado conservador, de posiciones jurídicas tradicionales y formalistas y defensor del Congreso. Es un defensor del Uribismo y en el 2003 publicó un libro titulado “por qué si votar el referendo”. Es el primer ex Magistrado condenado por la Corte Suprema de Justicia a 6 años, por el delito de concusión.	Tercera Corte 03-abr-2009 a 25-agos-2016
María Victoria Calle Correa	Abogada de la Universidad de Medellín	Maestría en Derecho Administrativo de la Universidad Externado	Fue secretaria jurídica de tres gobernadores de diferentes partidos en Risaralda. También fue la mano derecha del gobernador Roberto Gálvez, y después de Diego Patiño y de Ernesto Zuluaga. Trabajó en la Previsora Seguros y fue elegida magistrada en la terna del presidente.	Ternada por el presidente de la República (Álvaro Uribe)	Fue ternada por Uribe, pero votó en contra del referendo. Ha defendido el derecho al aborto y a la unión de parejas del mismo sexo. Se opuso de la incorporación automática de provisionales en carrera administrativa. Se opuso a la ampliación de las facultades del fast track en el Gobierno Santos.	Tercera Corte 22-abr-2009 a 21-abr-2017
Alejandro Linares Cantillo	Abogado de la Universidad de los Andes	Especialización en Finanzas y Tributación Internacional, de Harvard Law School, (Cambridge); Maestría en Derecho de la Universidad de Harvard (LL.M.), y Doctorado en Derecho (<i>summa cum laude</i>) de la Universidad Externado de Colombia	Como servidor público, ha asumido importantes cargos de dirección en la rama ejecutiva, dentro de los cuales se destacan la Jefatura de la División Jurídica de la Dirección General de Crédito Público y del Tesoro del Ministerio de Hacienda y Crédito Público; la Jefatura de la División Especial de Inversiones Extranjeras del Departamento Nacional de Planeación; el Viceministerio de Agricultura; la Dirección del Plan Nacional de Rehabilitación, y la Vicepresidencia Jurídica de Ecopetrol. En el sector privado, ejerció durante más de veinte años su profesión en varias firmas de abogados, incluyendo a Gómez-Pinzón Abogados, en temas de derecho de los negocios internacionales y litigio transnacional. En la academia, ha sido profesor de cátedra en Derecho en varias universidades del país, dentro de las que se encuentran la Universidad de los Andes y el Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, en Bogotá, y la Universidad del Norte, en Barranquilla. Además, ha escrito varios artículos en revistas especializadas en materia de hacienda pública, derecho económico internacional y derecho de los negocios, así como el libro El derecho aplicable en el arbitraje de inversión: la tensión con el derecho interno (2019), publicado por la Universidad Externado de Colombia. En el año 2015 fue elegido como magistrado de la Corte Constitucional, cargo que ejerce en la actualidad.	Ternado por el presidente de la República (Juan Manuel Santos)	Declaro la exequible el artículo 2 de la Ley 1905 de 2018, por el cual se realiza un examen para obtener título de abogado. Presentó la ponencia para despenalizar por completo el aborto en las primeras 16 semanas de embarazo, la cual fue derrotada con una votación de 6-3. De igual manera, declaró la inexequibilidad diferida de la Ley 1943 de 2018, por la cual se expidieron normas de financiamiento para el restablecimiento del equilibrio del presupuesto general y se dictan otras disposiciones.	Cuarta corte (actual) Octubre de 2015 a octubre de 2023

<p>Cristina Pardo Schlesinger</p>	<p>Abogada del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario</p>		<p>Ejerció como profesora de Derecho Constitucional de la Facultad de Jurisprudencia en el Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, durante diez años, y como directora del Área de Derecho Constitucional y de la Especialización en Derecho Constitucional de la misma facultad.</p> <p>En una primera etapa como servidora pública en la rama judicial, se desempeñó como magistrada auxiliar de la Corte Constitucional, durante catorce años y medio, oportunidad en la cual también fue magistrada titular encargada. Antes de ejercer la actual magistratura, estuvo igualmente vinculada como servidora pública en la rama ejecutiva durante seis años y medio, como secretaria jurídica de la Presidencia de la República.</p>	<p>Ternada por el presidente de la República (Juan Manuel Santos)</p>	<p>Sentencia SU-095 de 2018, con relación a la consulta popular, relacionada con la petrolera Mansarovar. Con relación al aborto salvó voto en la Sentencia C-355 de 2006. También ha revisado el tema de objeción de conciencia.</p>	<p>Quinta corte (actual) Desde abril de 2017 hasta abril de 2025</p>
<p>Carlos Libardo Bernal Pulido</p>	<p>Abogado de la Universidad Externado de Colombia, con <i>summa cum laude</i>, en 1996</p>	<p>Doctorado en Derecho de la Universidad de Salamanca (España), Maestría y Doctorado en Filosofía de la Universidad de la Florida (EE. UU.)2020. Especialista en Derechos Humanos del Instituto de los Derechos Humanos Rene Cassin</p>	<p>Es docente investigador de su alma mater desde el 2002; investigador asociado de la Universidad Macquarie de Sídney (Australia) desde 2009, y ha sido profesor visitante del King’s College de Londres (Inglaterra) (2017), el Instituto Max Planck en Heidelberg (Alemania) (2016), Yale Law School en New Haven (EE. UU.), y la Universidad de León (España), entre otras.</p> <p>Litigante desde 1996 y consultor nacional e internacional desde el 2003, lo que le ha permitido asesorar a la Oficina de Intérpretes y Traducciones de las Naciones Unidas en materia de conceptos del derecho constitucional latinoamericano; al Ministerio de la Función Pública de Bangladesh en punto a la transparencia en la contratación administrativa y a la Corte Suprema de Justicia de la Nación de México sobre modelos de precedente constitucional. Cuenta con varias publicaciones, entre las que se destacan: El derecho de los derechos; El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales; Justicia transicional: retos teóricos, y su tesis doctoral El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, por la cual recibió un premio extraordinario de doctorado.</p>	<p>Ternado por el presidente de la República (Juan Manuel Santos)</p>	<p>Bajo su ponencia, por primera vez el alto tribunal condicionó un Tratado Bilateral de Inversión y ordenó renegociar siete de sus cláusulas. Acceso de periodistas a audiencias preliminares en procesos penales, protección de pilotos despedidos irregularmente y de niños que corrían riesgo para ir a estudiar, son algunos de sus fallos. Asegurar que no hay derecho fundamental al aborto, su postura más polémica, de corte conservador y cristiano. Entre varias decisiones proyectadas por Bernal, se destaca una emitida en 2019 en la que se protegió a un hombre trans con discapacidad auditiva, que tenía como lengua materna el lenguaje de señas, y que necesitaba de parte de su EPS un servicio de interpretación para poder comunicarse con los médicos tratantes durante su proceso de tránsito. Igualmente, la Corporación Excelencia en la Justicia premió como “Mejor sentencia caso concreto” el fallo en que se ordenó la protección de niños y adolescentes de una vereda de Sardinata, en Norte de Santander, que debían cruzar con balsas improvisadas un río con presencia de caimanes para poder ir a la escuela. La decisión fue objeto de seguimiento directamente entre el despacho y las autoridades locales.</p>	<p>Quinta corte (actual) Mayo 2017 – 23-julio 2020</p>
<p>Fabio Augusto Morón Díaz (q. e. p. d.)</p>	<p>Abogado de la Universidad Nacional de Colombia, tesis laureada</p>	<p>Especialización en Francia, con beca. Doctorado en Europa</p>	<p>Profesor universitario, abogado, diputado, representante liberal, periodista, director del diario El Universal de Cartagena, diputado y representante a la Cámara por Bolívar. Rector de la Universidad Tecnológica de Bolívar y también fue decano, durante ocho años, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Cartagena. Magistrado de la Corte Suprema y de la Corte Constitucional, y presidente de ambas corporaciones.</p>	<p>Corte Suprema de Justicia</p>	<p>Reconocido por el sentido de la transparencia y la visión íntegra de la enseñanza y la práctica del derecho y la justicia. Era un ser equilibrado, condecorador de la problemática social y cultural de la región y el país. Fue ponente de sentencias trascendentales relacionados con el Derecho a la Salud y en Derechos Sucesorales</p>	<p>Corte de transición Noviembre de 1991 a febrero de 2001</p>

<p>Jaime Sanin Greiffenstein (q. e. p. d.)</p>	<p>Abogado de la Universidad de Antioquia</p>		<p>Fue magistrado de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (1998) y de la Corte Constitucional (1991)</p>	<p>Ternado por la Corte Suprema de Justicia</p>	<p>Será recordado por sus excepcionales y muy bien cimentados conocimientos de Derecho Constitucional, y por el rigor jurídico que siempre caracterizó sus escritos y las providencias judiciales que se le confiaron. Su obra <i>La defensa judicial de la Constitución</i>, publicada por Temis en los años setenta, conserva su actualidad y validez, aun con todos los cambios producidos en nuestro Derecho Público en estos lustros, y se constituye en insustituible documento de consulta y análisis en lo que respecta a la naturaleza y el sentido de lo que él denominaba la acción popular de inconstitucionalidad. Fue ponente de trascendentales fallos, y en la CSJ produjo salvamentos de voto que han hecho historia, como los muy importantes que depositó acerca del valor vinculante del preámbulo de la Constitución y sobre el Decreto 1926 de 1990, que permitió finalmente la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente. Cuando fue magistrado de la primera Corte Constitucional, contribuyó, de manera decisiva, a la configuración de los nuevos enfoques jurisprudenciales, en los que dejó huella indeleble, pese al poco tiempo que, por voluntad propia, duró allí su magistratura.</p> <p>Académico por convicción, profundamente imbuido de sus ideas democráticas, se caracterizaba por una enorme capacidad argumental que imprimía respetabilidad a sus criterios jurídicos y autoridad a sus decisiones judiciales. Diríase que era el juez por excelencia, firme, incorruptible, imparcial y seguro. Se destaca como uno de los fundadores del nuevo derecho constitucional colombiano</p>	<p>Corte de transición a Nov-1991 a Feb-1993</p>
<p>Jorge Arango Mejía (q. e. p. d.)</p>	<p>Abogado de la Universidad Externado de Colombia</p>	<p>Doctor en Derecho y Ciencias Sociales y Políticas</p>	<p>Fue magistrado y presidente de la Corte Constitucional. También se desempeñó como Juez civil del Circuito de la Dorada en 1961, alcalde de Armenia, secretario de Desarrollo y Fomento de Obras Públicas del Quindío, gobernador, secretario general, superintendente general de Evaluación y Control, director jurídico de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, embajador de Colombia en la República Socialista de Checoslovaquia y asesor jurídico de varios bancos. Además, fue autor de diferentes libros y columnista del diario <i>La Crónica</i> del Quindío.</p>	<p>Ternado por la Corte Suprema de Justicia</p>	<p>Se destacó por su trabajo por su liderazgo y en pro del departamento del Quindío y de la nación. Fue uno de los precursores de la jurisprudencia constitucional colombiana. En su paso por la Sala Plena, el exmagistrado profirió, entre otras, las siguientes providencias: Sentencia C-087 de 1997: pensión de vejez, se estableció que no debía ser inferior al salario mínimo. Sentencia C-113 de 1993: estableció los efectos de las sentencias de la Corte Constitucional Sentencia T-274 de 1994: derecho a tener una familia y no ser separado de ella</p>	<p>Primera corte a 1-mar-1991 a 30-abr-1998</p>

					<p>Sentencia C-377 de 1994: libertad de escoger profesión u oficio y ciencias ocultas</p> <p>Sentencia T-534 de 1997: derecho a la educación</p> <p>Sentencia T-138 de 1998: límites a la autonomía universitaria</p>	
<p>José Gregorio Hernández Galindo</p>	<p>Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana</p>	<p>Doctorado en Ciencias Jurídicas</p>	<p>Fue asesor jurídico, secretario general, ministro de Comunicaciones, director de Impuestos Nacionales del Ministerio de Hacienda, magistrado auxiliar de la Sala Constitucional de la Corte Suprema, viceministro del Ministerio de Comunicaciones, conjuer de la Corte Constitucional, columnista de Caracol Radio y presidente honorario de la Asociación Profesionales por Colombia. Además, ha sido docente de Derecho Constitucional en varias universidades del país, y es miembro de la Junta Directiva de la Academia Colombiana de la Abogacía y de la academia Colombiana de Jurisprudencia.</p> <p>Tras su salida de la Corte, apoyó la candidatura del liberal de Horacio Serpa en las elecciones presidenciales de Colombia de 2002, siendo su fórmula como candidato a la Vicepresidencia de la República. Para las elecciones de 2006, anunció su precandidatura presidencial, por petición de numerosas organizaciones sociales, pero terminó retirándose para dedicarse a la actividad profesional y a la academia, desencantado de la manera como se ejerce la política en Colombia.</p>	<p>Ternado por la Corte Suprema de Justicia</p>	<p>Presentó salvamento de voto contra la Sentencia C-221 de 1994, relacionada con la despenalización de la dosis personal. Con la Sentencia C-013 de 1997 consideró que el aborto es un delito y no un derecho fundamental, criticando las actuales posiciones de la Corte al afirmar que está legislando.</p>	<p>Primera corte</p> <p>1-dic-1991 a 28 feb-2001</p>
<p>Alfredo Beltrán Sierra</p>	<p>Abogado de la Universidad Libre de Bogotá</p>	<p>Especialización en Derecho Constitucional, en Derecho Procesal y en Derecho Probatorio</p> <p>Maestría en Derecho Procesal.</p> <p>Doctorado en Derecho y Ciencias Sociales</p>	<p>Ha sido docente de distintas universidades en Colombia, en las áreas de derecho probatorio, constitucional y procesal. Es miembro activo del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Se desempeñó como abogado litigante y consultor. También fue asesor del Ministerio de Obras Públicas y Transporte, magistrado del Tribunal Superior de Bogotá, magistrado auxiliar de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, magistrado (e) de la Sala de Casación Laboral de la misma corporación y jefe del Departamento de Subsidio de la Corporación Financiera del Transporte. En la actualidad, es abogado litigante, asesor y consultor en Derecho Civil, Comercial, Administrativo y Laboral.</p>	<p>Ternado por la Corte Suprema de Justicia</p>	<p>Con la Sentencia C-068 de 1999, se declaró inexecutable el art.1852 del Código Civil, relacionado con la venta de bienes entre cónyuges no divorciados</p>	<p>Segunda Corte</p> <p>1-jun-1998 a 30-jun-2006</p>
<p>Jaime Córdoba Triviño</p>	<p>Abogado de la Universidad Nacional de Colombia</p>	<p>Especialista en Derecho Penal</p>	<p>Profesor de distintas universidades en Colombia; juez penal de Bogotá; procurador delegado penal ante la Corte Suprema de Justicia; procurador delegado para los derechos humanos; defensor del pueblo; conjuer de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia; asesor del Comité Internacional de la Cruz Roja y de la oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, y vicefiscal general de la nación. Además, fue presidente de la Asociación Iberoamericana del Ombudsman. Nunca la Defensoría del Pueblo, desde su creación, ha vuelto a tener un defensor de los derechos humanos como el Dr. Córdoba Triviño, quien a su paso no solo impulsó la defensa y garantías constitucionales de los colombianos, sino que también</p>	<p>Ternado por la Corte Suprema de Justicia</p>	<p>Entre sus frases más reconocidas se encuentran “El irrespeto por la vida – dramáticamente materializado en millares de homicidios- es la primera de las amenazas que enfrenta la democracia colombiana”; “El derecho a la verdad es vulnerado por cuantos no obran de buena fe al publicar o transmitir los hechos de cada día”, y “Cuando sólo encuentran los presos miseria, humillación, maltrato y olvido, resulta falaz hablar de su reeducación”. Estuvo a favor de la acción de tutela contra providencias judiciales. Tutelo derechos a</p>	<p>Segunda corte</p> <p>1-mar-2001 a 28-feb-2009</p>

			publicó y divulgó, a través del famoso periódico-revista <i>Su defensor</i> , leyes, normas y conceptos para educar y concientizar a la sociedad de la Constitución Política de Colombia.		favor de un menor hermafrodita.	
Clara Inés Vargas Hernández	Abogada de la Universidad Nacional de Colombia	Con estudios de diplomado en derecho civil, procesal civil, marítimo, comercial, de contrato, de seguros y de derechos de autor. Doctorado en Derecho, Ciencias Políticas y Sociales	Profesora de distintas universidades en Colombia de pregrado y posgrado. Fue juez civil, magistrada de la Sala Civil del Tribunal Superior, procuradora delegada para Asuntos Laborales ante la Corte Suprema de Justicia. Es miembro de la Asociación de Mujeres Magistradas de Cortes Constitucionales y Cortes Supremas de Justicia de Latinoamérica y el Caribe, y forma parte de la Asociación Mundial de Mujeres Juezas. Además, es abogada consultora y asesora en asuntos constitucionales, civiles y comerciales.	Ternada por la Corte Suprema de Justicia	Se destacó como una de las primeras mujeres en presidir un alto tribunal en Colombia.	Segunda corte 1-mar-2001 a 28-feb-2009
Nilson Elías Pinilla	Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana	Especialización en Ciencias Penales y Penitenciarias. Maestría en Filosofía, y en Criminología. Doctorado en Ciencias Jurídicas	Ha sido catedrático universitario y conferencista en pregrado, especializaciones, maestrías, diplomados, simposios y seminarios, en temas de derecho constitucional, derecho penal general y especial, lucha contra el lavado de activos, derecho probatorio y procedimiento penal, en diferentes claustros nacionales y extranjeros. Fue magistrado de la Corte Suprema de Justicia. Igualmente, se desempeñó como miembro de la Corte constitucional y fungió como su presidente. Fue integrante de la Comisión de la Verdad, que buscó el esclarecimiento de las causas del holocausto del Palacio de Justicia. Fue funcionario del Banco de la República, en donde ocupó varios cargos a lo largo de veinte años de labores.	Ternado por la Corte Suprema de Justicia	Se resaltan, entre los temas éticos y legales, objeto de su gestión jurídica, los relacionados con la recuperación de 13,5 millones de dólares que se encontraban depositados en una cuenta del Gobierno nacional en el Chase Manhattan Bank de Londres, en medio de una sonada defraudación de la que fue protagonista el colombiano Roberto Soto Prieto, un delito que Pinilla califica de “torpe”, ya que, según su opinión, tuvo lugar en virtud de una grave falta de diligencia de esta entidad bancaria. En su momento, hizo graves denuncias de corrupción, refiriéndose especialmente al caso del magistrado Jorge Pretelt, a quien calificó como “un político extraviado en una Corte”. Por otro lado, la Corte concluyó que el pago de los salarios a la familia e hijos menores de la persona desaparecida, debe cubrir a los hijos en situación de discapacidad y a la pareja del mismo sexo. Sus posiciones conservadoras han causado grandes polémicas, como su posición frente a la homosexualidad, el cual ha tachado de “anomalía” que requiere de ayuda psiquiátrica.	Tercera corte 16-jun-2006 a 15-jun-2014
Luis Ernesto Vargas Silva	Abogado de la Universidad Libre	Especialización en Derecho de Familia. Doctorado en Derecho y Ciencias Sociales, y en Derecho Privado, Derecho de la Persona y de la Familia	Ha sido juez promiscuo municipal de Suesca y luego fue juez civil municipal de Bogotá, civil del circuito de Zipaquirá, magistrado en encargo del Tribunal Superior de Bogotá, fue del Tribunal Superior de Cundinamarca. Ha sido becario del Poder judicial de España para cursar estudios en derecho comunitario en la Escuela Judicial de Barcelona y derecho constitucional en Cádiz. Ha escrito libros y numerosos ensayos en derecho procesal, como miembro del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, y como socio del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Ha sido catedrático y conferencista en varias universidades del país y extranjeras. También ha sido invitado como vicepresidente de la Red	Ternado por la Corte Suprema de Justicia	Como magistrado de la Corte Constitucional presidió la Sala Especial de Seguimiento creada para la ejecución de la sentencia estructural T-025 de 2004, mediante la cual esa corporación declaró un estado de cosas inconstitucional en materia de desplazamiento forzado. En esta labor, materializó su compromiso con la constatación judicial del avance, rezago o retroceso en la superación de la vulneración sistemática de los derechos fundamentales de la población desplazada como lo reflejan las decisiones adoptadas en numerosos autos estructurales expedidos para la cabal ejecución de aquella sentencia, de los cuales se deben destacar	Tercera Corte 01-mar-2009 a 01-mar-2017

			Latinoamericana de Jueces REDLAJ, fundada en Barcelona y que actualmente congrega magistrados de diecinueve países y como cofundador de la Escuela Judicial para América Latina EJAL. Además, ha sido miembro del centro de investigaciones de la Unasur.		los siguientes: (i) Auto 384 de 2010, a través del cual se adoptaron medidas cautelares urgentes para la protección de los derechos fundamentales de la población afrodescendiente de las cuencas de los ríos Curvaradó y Jiguamandó en el departamento del Chocó, víctimas del desplazamiento forzado. (ii) Auto 009 de 2015, que hizo seguimiento a la creación e implementación de un programa de prevención del impacto de género mediante la prevención de los riesgos extraordinarios de género, en el marco del conflicto armado y el programa de Prevención de la Violencia Sexual contra la Mujer Desplazada y de Atención Integral a sus Víctimas.	
Jorge Iván Palacio Palacio	Abogado de la Universidad Autónoma Latinoamericana de Medellín	Maestría en Derecho de la Universidad Sergio Arboleda	Fue magistrado de la Corte Suprema de Justicia durante 12 años, magistrado de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín, juez Séptimo Laboral del Circuito de Medellín, juez Civil-Laboral de El Santuario Antioquia, juez promiscuo del Circuito de Tamesis y juez civil municipal de Fredonia. También fue conjuer de la Sala de Casación Laboral; vicepresidente de la Corte Suprema de Justicia; presidente de la Sala de Casación Laboral, y presidente y vicepresidente del Tribunal Superior de Medellín, delegado ante la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Además, ha sido abogado independiente y asesor jurídico.	Ternado por la Corte Suprema de Justicia	Es reconocido por su jurisprudencia al lado de los menos favorecidos y de los trabajadores. Una de sus frases: «Me complace acompañar en este reto a la USO, uno de los sindicatos más importantes del país. Además, sentó un precedente en la jurisprudencia colombiana: le otorgó derechos a un río. Esta especial protección solo se ha logrado implementar en India y Nueva Zelanda.	Tercera corte 01-mar-2009 a 01-mar-2017
Gloria Stella Ortiz Delgado	Abogada de la Universidad del Externado	Especialización en Derecho Constitucional de la Universidad de los Andes. Maestría en Derecho Público	Auxiliar judicial en la Rama Judicial; abogada sustanciadora; magistrada auxiliar del Consejo de Estado y el Consejo Superior de la Judicatura, y conjuer del Tribunal Administrativo de Cundinamarca. En la Fiscalía, fue la encargada de varios asuntos clave, entre ellos la creación de un área de derecho constitucional para que la entidad fije y refuerce su posición en esta materia. Ha sido docente y conferencista de las universidades Sergio Arboleda, Autónoma, del Rosario y de la Sabana. También es coautora de la investigación itinerario de la jurisprudencia constitucional en derechos humanos.	Ternada por la Corte Suprema de Justicia	Con la Sentencia T-338 de 2018, ordenó al CSJ para que exija la asistencia obligatoria de todos los jueces del país de la jurisdicción de familia. la doctora Gloria Stella Ortiz Delgado es una cercana asesora del despacho del fiscal general, Eduardo Montealegre, y llega con una cómoda ventaja, pues no solamente está asistida de la fuerza electoral que aportará su jefe en el Congreso, sino que, valga decirlo, es la única que algún recorrido tiene en el derecho constitucional como auxiliar que fuera de la Corte a la que aspira regresar como magistrada titular	Cuarta Corte (actual) 3 julio 2014 a 3 julio de 2022
Diana Fajardo Rivera	Abogada y Politóloga de la Universidad de los Andes	Especialización en Gestión Pública e Instituciones Administrativas	Con amplia experiencia en el sector público, especialmente en el área del derecho constitucional como magistrada auxiliar de la Corte Constitucional y como participante en el proceso que culminó con la reforma constitucional de 1991, en el cargo de asesora de las consejerías presidenciales para La Reforma y la Asamblea Constitucional, y para el Desarrollo de la Constitución. Experiencia específica en la elaboración de proyectos de ley y de decretos, defensa judicial de la nación y del distrito capital, asesoría jurídica a las entidades territoriales y a diversas entidades del orden nacional como el Ministerio del Interior y la Presidencia de la República.	Ternada por la Corte Suprema de Justicia	Con la sentencia T-243 de 2020, se aclara que el Derecho de Petición no se vulnera por no acceder a lo solicitado.	Cuarta corte (actual) Junio de 2017 a junio a 2025
José Fernando	Abogado de la	Diplomado en Hermenéutica Jurídica.	Se ha desempeñado como juez penal municipal (Anserma y Manizales,	Ternado por la Corte Suprema de Justicia	Con la sentencia T-041 de 2019 se amparó el derecho a la	Cuarta Corte (actual)

Reyes Cuartas	Universidad de Caldas	<p>Especialización en Estudios Penales.</p> <p>Doctorado en Derecho Penal y Derechos Humanos</p>	<p>Caldas), juez penal del circuito (Aguadas y Riosucio, Caldas) y procurador Judicial Penal II ante el Tribunal Superior de Manizales. Igualmente, fue procurador delegado para la moralidad pública y magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Manizales. Ha sido profesor de derecho penal y constitucional, y de derecho disciplinario en universidades públicas y privadas. Además, ha publicado artículos de derecho penal, derecho constitucional y función judicial en varias revistas nacionales. Autor de un libro y coautor de otro.</p>		<p>estabilidad laboral reforzada. Con relación al aborto ha manifestado que las mujeres en embarazo, están "teniendo que acudir a la acción de tutela para lograr que se garantice su derecho a la atención debida con consecuencias irreversibles que obligan a que se practiquen de forma indebida con grave peligro para su salud". También considero no poner restricciones a lo que un ciudadano expresa en redes sociales.</p>	<p>Marzo de 2017 a marzo de 2025</p>
Simón Rodríguez Rodríguez (q. e. p. d.)			<p>Se desempeñó en cargos como consejero de Estado y magistrado de la Corte Suprema de Justicia</p>	<p>Ternado por el Consejo de Estado</p>	<p>Se destacó por su trabajo y contribuyó al enriquecimiento de la jurisprudencia y al prestigio de la administración de justicia. Con la Sentencia C-027 de 1993, se regularon los efectos civiles del matrimonio católico de acuerdo con la expedición de la Constitución de 1991.</p>	<p>Corte de transición a Nov-1991 a Feb-1993</p>
Vladimiro Naranjo Mesa (q. e. p. d.)	Abogado del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario	<p>Especialización en la Universidad de París.</p> <p>Maestría en máster en Derecho Comparado.</p> <p>Doctorado en Ciencia Política y Derecho Constitucional.</p>	<p>Embajador de Colombia en Holanda, coagente en el litigio con Nicaragua que se discutió ante la Corte Internacional de Justicia de La Haya por la soberanía de la isla de San Andrés. También fue profesor universitario en Teoría Constitucional, Derecho Constitucional e Historia Constitucional Colombiano, en varias instituciones, como la Pontificia Universidad Javeriana y el Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, así como la Universidad Externado, Militar Nueva Granada, Santo Tomás y de los Andes. Además, participó en los diálogos de paz en el gobierno del presidente Andrés Pastrana Arango y la guerrilla de las FARC.</p> <p>Fue autor de libros; columnista de los diarios <i>El Colombiano</i> de Medellín y <i>El Espectador</i> de Bogotá, y escribió artículos bajo el título "Perlas constitucionales", en las que analizaba los errores de la Asamblea Nacional Constituyente y de los miembros de la Comisión Codificadora de Hierbabuena, en la redacción del Texto Superior colombiano de 1991.</p>	<p>Ternado por el Consejo de Estado</p>	<p>Intelectual por excelencia y comprometida con los valores.</p> <p>En las providencias que debía dictar en la Corte Constitucional (1998-2000), su concepción al respecto estaba más del lado de los críticos que de la moral social; del alcance relativo de derechos como el libre desarrollo de la personalidad, y de la necesidad de evitar interpretaciones arbitrarias de las normas superiores.</p> <p>Además, suscribió salvamentos de voto que estimularon el debate y cuyos argumentos tienen por denominador común la defensa de unos principios mínimos de los cuales la sociedad no debe apartarse, en casos como el de la extradición y la intangibilidad de los tratados internacionales; la despenalización del consumo de drogas; el aborto, y la eutanasia.</p> <p>En este último tema adujo que la Corte había entrado a legislar, al consagrar condiciones al artículo 326 del Código Penal.</p>	<p>Primera corte a 1-mar-1993 a 30-sep-2000</p>
Antonio Barrera Carbonell	Abogado de la Universidad Libre	<p>Especialización en Derecho Laboral.</p> <p>Doctorado en Derecho y Ciencias Políticas y Sociales.</p>	<p>Se desempeñó como presidente de la Corte Constitucional, magistrado de la Corte Constitucional, y conjuer del H. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Secciones II y V.</p> <p>Fue docente de pregrado y posgrado de distintas universidades en Colombia; profesional independiente (áreas de derecho laboral, administrativo, procesal, agrario, ambiental y constitucional); rector de la Universidad Libre (sede Cartagena); abogado asesor y jefe de la División Adquisiciones de Tierras, y asesor jurídico del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria</p>	<p>Ternado por el Consejo de Estado</p>	<p>Una de sus frases: "El sufrimiento me enseñó a salir adelante, porque cuando me lo propongo soy el primero". Fue polémico el fallo relacionado con la autoridad militar, pues se indicó que en caso de contradicción entre una orden de un superior militar y un juez de tutela, en relación con un derecho fundamental, prevalece el fallo de la justicia. La autoridad militar está obligada a respetar y acatar las decisiones judiciales.</p>	<p>Primera corte a 1-mar-1993 a 30-oct-2000</p>

			(Incora), y árbitro en la Cámara de Comercio de Bogotá.			
Carlos Gaviria Díaz (q. e. p. d.)	Abogado de la Universidad de Antioquia	<p>Doctorado en Derecho y Ciencias Políticas</p> <p>Asistió, como estudiante especial, en las áreas de Jurisprudencia, Derecho Constitucional y Teoría Política, en la Universidad de Harvard.</p>	<p>Fue juez promiscuo municipal de Rionegro; profesor, decano, vicerrector y director del Instituto de Ciencia Política de la Universidad de Antioquia; autor de libros; vicepresidente del Comité Regional por la defensa de los Derechos Humanos en Antioquia, y presidente de Demopaz, Fundación de Educación para la Democracia y la Paz, un centro de formación, reflexión y actividades que buscan la conformación de un pensamiento progresista para el logro de la paz, un sueño que no logró ver cumplido.</p> <p>Fue magistrado y presidente de la primera Corte Constitucional; senador, y candidato presidencial que obtuvo más de dos millones y medio de votos. Además, fue residente del Polo Democrático Alternativo, partido de oposición colombiano.</p>	Ternado por el Consejo de Estado	<p>Recordado como un gran ser humano consagrado a la justicia, y encarnó lo que necesita la justicia y lo que necesitará la izquierda del país.</p> <p>Algunas de sus reflexiones: libertad de pensamiento; la crítica a una sociedad de mercado, y derechos y deberes para todos.</p> <p>Fue el magistrado ponente en dos de las sentencias más importantes de la Corte: la sentencia de despenalización de la dosis personal y la sentencia de despenalización del aborto y de la eutanasia. Esas dos sentencias en mucho sentido expresaban lo que consideraba más importante en la política: la generosidad en reconocer al otro su autonomía. También tuteló derechos laborales de una mujer en licencia de maternidad que fue despedida y siempre fue un defensor de los derechos de las parejas homosexuales.</p>	<p>Primera corte</p> <p>01-mar-1993 a 28 feb-2001</p>
Luis Eduardo Montealegre Lynett	Abogado de la Universidad Externado de Colombia	<p>Especialización en Derecho Penal de la Universidad Externado y Constitucional en la Universidad de Bonn.</p> <p>Doctorado en Derecho.</p> <p>Realizó estudios de investigación en el área de Derecho Constitucional en la Universidad de Erlangen (Alemania). Es becario de la Fundación Alexander von Humboldt en el seminario de Filosofía del Derecho de la Universidad de Bonn (Alemania).</p>	<p>Ha sido Fiscal General de la Nación; juez de instrucción criminal; juez penal municipal en propiedad; conjuer de los Tribunales Superiores de Bogotá y Cundinamarca (Sala Penal) y del Tribunal Nacional de Aduanas; Procurador General de la Nación encargado y Viceprocurador General.</p> <p>Fue magistrado de la Corte Constitucional; catedrático de Derecho Penal y Procesal Penal, y consultor de la Naciones Unidas para el Desarrollo.</p>	Ternados por el Consejo de Estado	<p>Recordado por ser protector de los derechos fundamentales y de la tutela. Entre sus sentencias más recordadas está la que tumbó el estatuto antiterrorista de Uribe y la que definió que en un referendo con varias preguntas se debía estudiar si cada una de ellas pasaba el umbral, lo que a la larga tumbó varias de las propuestas del referendo de Álvaro Uribe. Fue uno de los cuatro magistrados que no estuvieron de acuerdo con la caída de la conmovión interior de Uribe. Finalmente, con la Sentencia C-551 de 2003 se adoptó la teoría de la sustitución de la Constitución.</p>	<p>Segunda Corte</p> <p>01-ene-2001 a 30-may-2004</p>
Rodrigo Escobar Gil	Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana	<p>Doctorado en Derecho Administrativo</p>	<p>Ha sido profesor universitario y autor de varias obras sobre derecho administrativo. Fue abogado consultor y apoderado judicial de distintas entidades públicas y privadas en las áreas de derecho administrativo, constitucional, privado y procesal.</p> <p>También fue director general del Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia; magistrado y presidente de la Corte Constitucional; director General del Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia entre 1992 y 1993. Además, fue miembro de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (órgano principal del Sistema Interamericano de Derechos Humanos); conjuer de la Corte Constitucional, y consultor jurídico.</p>	Ternados por el Consejo de Estado	<p>El ex magistrado fue investigado por la Corte Suprema de Justicia por casos de corrupción con Fidupetrol y fue condenado a 4 años de cárcel. Tuvo una controversial sentencia C-836 de 2001 relacionado con la no obligatoriedad del precedente constitucional. A pesar de ser conservador apoyó la sentencia en que se concedió derechos patrimoniales a parejas homosexuales.</p>	<p>Segunda corte</p> <p>1-feb-2001 a 31-ene-2008</p>
Jaime Araujo Rentería	Abogado de la Universidad Externado	<p>Especialización en Derecho Constitucional, en Derecho Internacional Humanitario, en Ciencias Penales, Docencia Universitaria y en Derecho Financiero.</p>	<p>Catedrático de Derecho Constitucional en diversas universidades de Colombia.</p> <p>Fue diplomático en la Embajada de Colombia ante la Santa Sede y</p>	Ternados por el Consejo de Estado	<p>Se caracterizó por ser un ferviente antiurbista y por tener posturas de izquierda que lo llevaron a ser ponente de fallos liberales como el del aborto.</p>	<p>Segunda corte</p> <p>1-mar-2001 a 28-feb-2009</p>

	de Colombia	Doctorado en Derecho.	magistrado del Consejo Nacional Electoral.		Sus 'pataletas' a raíz de sus posturas de izquierda fueron memorables, tales como abandonar la Sala Plena cuando se discutía el referendo reeleccionista en 2003, insinuar que el Gobierno le había pagado al magistrado Rodrigo Escobar Gil para votar a favor de la reelección, o afirmar que la Corte había votado un proyecto de fallo sobre la ley de Justicia y Paz cuando finalmente había salido otro.	
Humberto Antonio Sierra Porto	Abogado de la Universidad Externado de Colombia	Especialización en Derecho Constitucional y Ciencia Política. Maestría en Gobierno Municipal. Doctorado en Derecho Público, Ciencia Política y Filosofía.	Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y fungió como su presidente. Dentro de la Corte Constitucional Colombiana, se desempeñó como magistrado, conjuce y auxiliar. También fue abogado postulante ante el Consejo de Estado y asesor en Asuntos Legislativos de la Cámara de Representantes. Ha sido investigador del Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita e investigador invitado en la Universidad Externado de Valladolid, ambas instituciones colombianas. Ha sido catedrático de Derecho Constitucional, y director de los posgrados en Derecho Constitucional; Derecho Parlamentario; Derecho Público, Ciencia y Sociología Política, y Derecho Público, en la Universidad Externado de Colombia. Autor de diversas publicaciones en el área de justicia constitucional, fuentes de derecho y derecho parlamentario.	Ternados por el Consejo de Estado	Se volvió famoso cuando fue escogido por azar como ponente del fallo que hundió el referendo reeleccionista que habría permitido un tercer periodo de Álvaro Uribe. Sus posiciones constitucionales reflejan su educación en España, un país que en cuestiones de derecho constitucional es tradicional y conservador. Ha manifestado en sus decisiones judiciales una confianza absoluta en el proceso legislativo y en el poder del Congreso, así como cautela frente a un papel demasiado activo de la Corte. Considera que, siendo un requisito de la Constitución, hay que valorar el procedimiento porque eso protege los valores democráticos. Considera que, siendo un requisito de la Constitución, hay que valorar el procedimiento porque eso protege los valores democráticos. Y en consecuencia votó a favor de tumbar la Ley de Justicia y Paz porque consideraba que debía ser una ley estatutaria. Lideró el bloque que propuso inhibirse en el caso del matrimonio de las parejas del mismo sexo. Su argumento, nuevamente, es que esto es un tema que debe definir el Congreso. Antes de dejar la Corte, fue ponente del fallo que obligó al procurador Alejandro Ordoñez a rectificar varias afirmaciones y decisiones en relación con el aborto.	Tercera corte 2-sep-2004 a sep-2012
Gabriel Eduardo Mendoza Martelo	Abogado de la universidad del Atlántico	Especialización en Derecho Laboral de la Universidad Externado y Relaciones Industriales y en Administración Pública	Se desempeñó como juez penal municipal y laboral del Circuito de Barranquilla; magistrado del Tribunal Administrativo del Atlántico, del Consejo de Estado, de la Sección Primera del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional; vicepresidente del Consejo de Estado; procurador quinto delegado ante el Consejo de Estado, y viceprocurador General de la Nación (E). Además, ha sido docente de pregrado y posgrado de Derecho Procesal Administrativo, Teoría del Acto y	Ternado por el Consejo de Estado	Hizo parte consistentemente del bloque conservador, alineado con diferentes momentos con Nilson Pinilla, Jorge Pretelt y Luis Guillermo Guerrero, quien había sido su magistrado auxiliar en la Corte, antes de ser elegido magistrado en 2012. Hizo parte de los magistrados.	Tercera corte 1-feb-2009 a 31-ene-2017

			Derecho Administrativo Laboral, entre otras asignaturas; capacitador en distintos seminarios realizados por el Instituto de Estudios del Ministerio Público, y conferencista invitado a diferentes actos organizados en Colombia.			
Juan Carlos Henao Pérez	Abogado de la Universidad Externado	Especialización en Derecho Administrativo y en Derecho Público. Maestría en Derecho Público Interno Francés. Doctorado en Derecho	Fue abogado litigante; abogado interno de Carvajal S.A. y Publicar Ltda.; consultor para entidades del sector público y la empresa privada; magistrado auxiliar de la Sección Tercera del Consejo de Estado, y asesor del despacho del Procurador General de la Nación entre 1993 y 1994, y Procurador Primero Delegado ante el Consejo de Estado, últimos dos cargos bajo el mando de Carlos Gustavo Arrieta. Además, ha sido conferencista nacional e internacional y docente en los temas como derecho constitucional, derecho administrativo, derecho del medioambiente, derecho privado y de sociología jurídica; rector, y autor de varias publicaciones. Renunció para convertirse en Rector de la Universidad Externado	Ternado por el Consejo de Estado	En la Corte, representó a la más liberal en temas como el aborto, la dosis personal, la separación Iglesia-Estado y el matrimonio homosexual. De hecho, fue el autor de la ponencia del histórico fallo que reconoció que las parejas del mismo sexo constituyen familia. Además, fue uno de los siete magistrados que votaron en contra del referendo reeleccionista. De la misma manera, fue la sentencia que tumbó la licitación de basuras en la ciudad de Bogotá, por desconocer los derechos de los recicladores. Tuvo posiciones conservadoras cuando la Corte hundió la ley que aplicaba el principio de oportunidad a los combatientes paramilitares rasos como una forma de salvar el proceso de desmovilización, él salvo su voto con el bloque de derecha. No obstante, Cuando se conformó la nueva Corte, mucha gente anticipó que él sería el ‘Cepeda’ o el ‘Carlos Gaviria’ de esta corporación. Sin embargo, y quizás porque es difícil asumir ese rol en los primeros años en la Corte, Henao nunca asumió el liderazgo intelectual de la Corte como se esperaba. Algunos incluso le criticaron una cierta ‘falta de carácter’ para asumir posiciones más fuertes en casos como el del cumplimiento de la tutela de los desplazados.	Tercera Corte 01-mar-2009 a 30-agost-2012
Luis Guillermo Guerrero Pérez	Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá	Especialización en Ciencias Socioeconómicas. Fue Becario Fulbright en el Monterey Institute of International Studies.	Fue magistrado auxiliar de la Corte Constitucional y asesoró la Asamblea Nacional Constituyente. En el Consejo Superior de la Judicatura, se desempeñó como magistrado auxiliar de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y como director (E) de la Unidad de Carrera Judicial. También ha sido profesor universitario en asuntos constitucionales. Fue subsecretario general y abogado asesor en la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, y dirigió el diario <i>El Derecho</i> de Pasto y las revistas <i>BOGA</i> y <i>Agora</i> , y de esta última fue cofundador	Ternado por el Consejo de Estado	Sobresale por su conocimiento de la Constitución Política, y compromiso con la defensa de los derechos fundamentales de las personas y con la eficacia del modelo de Estado Social de Derecho que nos rige. Como magistrado auxiliar, proyectó las ponencias sobre el reconocimiento de los derechos civiles y sociales de los homosexuales, que terminaron en sentencias. También ha estado de acuerdo con las excepciones en la despenalización del aborto.	Cuarta corte (actual) 04-sep-2012 a 03-mar-2020
Alberto Rojas Ríos	Abogado de la Universidad Externado de Colombia	Especialización en Derecho Procesal, en Derecho Administrativo de la Universidad Santo Tomás y en Derecho Constitucional. Maestría de Derechos Humanos, Democracia de Drets Human. Candidato a Doctor en el Instituto de Derechos	Ha prestado sus servicios como miembro del instituto colombiano e Iberoamericano de Derecho Procesal, y miembro electo de la Academia Colombiana de Jurisprudencia. Fue Conjuez de la Honorable Corte Constitucional. Se ha desempeñado como asesor jurídico de la Mesa Directiva y de la Presidencia de la Cámara de Representantes, y consultor y asesor de las Naciones Unidas, la Alcaldía de Sincelejo, la Alcaldía Mayor	Ternados por el Consejo de Estado	Se destacó por su defensa de bienes de uso público y del patrimonio público, así como por la protección y la defensa de los derechos fundamentales en litigios emblemáticos. Manifiesta que las instituciones jurídicas están diseñadas con el único fin de salvaguardar al individuo de los desmanes sociales, de ahí	Cuarta corte (actual) 10-abril-2013 a 13-may-2021

		Humanos de la Universidad de Valencia.	<p>de Bogotá y Ecopetrol, entre otras entidades.</p> <p>Ejerció como Procurador General (E), Viceprocurador General de la Nación (E) y Procurador delegado para Asuntos Civiles, cargos en los cuales.</p> <p>Además, ha sido docente y conferencista en la asignatura de Derecho Procesal Civil y Garantías Constitucionales, en las universidades Externado, Nacional de Colombia y de los Andes, al igual que en el Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.</p> <p>El Consejo de Estado revocó su elección, declararon nula su designación como parte de la terna, porque a su juicio se había hecho violando el reglamento de ese tribunal. Sin embargo, interpuso varios recursos contra esa decisión. Al final, en mayo de 2015 la Sala Plena del Consejo de Estado tumbó la decisión de sala de junio de 2014 a través de una tutela. El 19 de mayo, Rojas regresó a la Corte Constitucional. En febrero de 2020 fue elegido como presidente de ese alto tribunal.</p>		<p>su preocupación constante por las minorías y sus derechos.</p> <p>La providencia elaborada en su despacho fue galardonada para el premio Justicia y Género, que otorga la fundación internacional Womens Link Worldwide a los mejores pronunciamientos judiciales en el mundo que amparan la diversidad de género y los derechos sexuales.</p> <p>El último reconocimiento le fue otorgado por la Corporación Excelencia en la Justicia a la mejor sentencia de la Corte Constitucional en el año 2019, a favor de las trabajadoras domésticas.</p> <p>También ha sido ponente de la sentencia sobre el matrimonio entre parejas del mismo sexo (SU-214 de 2016), la restitución del Tesoro Quimbaya (SU-649 de 2017), la protección del Páramo de Santurbán (T-361 de 2017), la protección del medioambiente y de las comunidades indígenas en Cerromatoso (T-733 de 2017).</p> <p>Sacó adelante la dignidad de las mujeres habitantes de calle en relación con el ciclo menstrual (T-398 de 2019) y la eliminación de la discriminación de la mujer en el orden de los apellidos en las familias (C-519 de 2019).</p>	
Antonio José Lizarazo Ocampo	Abogado de la Universidad Libre de Bogotá	<p>Especialización en Ciencia Política y Administrativa.</p> <p>Maestría en Derecho Administrativo</p>	<p>Fue profesor de las cátedras de Derecho Electoral, Proceso Electoral, Derecho Administrativo y Procesal Administrativo, en la Universidad Libre, y de Mecanismos de Participación Ciudadana, en el Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Además, ha sido conferencista del Instituto Nacional Electoral de México, la Cámara Contenciosa Electoral de República Dominicana, el PNUD y la Fundación Konrad Adenauer. Cuenta con varias publicaciones sobre el Sistema Electoral Colombiano.</p> <p>También ha desempeñado varios cargos públicos, de los cuales se destacan: secretario de Gobierno, concejal y diputado en el municipio de Cúcuta; magistrado auxiliar del Consejo de Estado; gobernador del departamento de Norte de Santander; viceministro de Educación Nacional; miembro del Consejo Nacional Electoral; conjuuez del Consejo de Estado, y asesor de la Oficina del Alto Comisionado para la Paz.</p>	Ternados por el Consejo de Estado	<p>En su nombramiento, manifestó: “Ser juez de la República, como dice el profesor argentino, Jorge Reinaldo Vanossi, es realmente lo más grande a lo que puede aspirar un hombre que dedica su vida al derecho”.</p> <p>Fue exaltado por su desarrollo profesional y porque es un ejemplo por seguir de las nuevas generaciones. La OEA exalta sentencia T-735 de 2017 de la Corte, en la que se reconoció que el Estado puede incurrir en violencia institucional cuando es negligente al tratar denuncias de violencia contra las mujeres. Fue parte de la mayoría a favor de la inhibición para decidir sobre la discusión de fondo sobre el aborto.</p> <p>Hizo parte del escándalo en el cual Estados Unidos revocaba las visas de los magistrados. También le correspondió la ponencia de la Sentencia C-080 de 2018 por medio del cual se realizó el control automático a la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz y de</p>	<p>Cuarta Corte (actual)</p> <p>Febrero de 2017 a febrero de 2025</p>

					revisar posteriormente las objeciones presentadas por el presidente Duque a la JEP.	
Ciro Angarita Barón (q. e. p. d.)	Abogado de la Universidad Nacional de Colombia	Especialización en Derecho Laboral. Maestría en Derecho. Doctorado en Derecho y Ciencias Políticas	Fue decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional; profesor de diferentes universidades y director organizador de posgrados en áreas de familia, integración económica andina y empresas transnacionales. Además, fue miembro de la Comisión Presidencial para la Reforma del Derecho de Familia; fundador del Centro de Investigaciones Socio jurídicas (CIJUS), y asesor de la Asamblea Nacional Constituyente y de la Comisión Especial Legislativa; magistrado de la Corte Constitucional También tuvo el cargo de director de la revista <i>Derecho y Tecnología Informática</i> y vicepresidente de la Asociación de Derecho Económico.	Elegidos según mecanismo transitorio de la Constitución Política de 1991	Lo consideran uno de los hombres más honestos e inteligentes que fue parte de la Corte Constitucional de Colombia, un hombre que siempre dio prioridad a la justicia y la defensa de los derechos ciudadanos sobre cualquier otra consideración. Según sus antiguos estudiantes sus clases eran una provocación constante para que buscaran su propio criterio. Trabajó exhaustivamente los problemas referidos al campo de la antropología jurídica, como aquellos que involucraban minorías étnicas, prácticas científicas, derechos individuales y respeto a las diferencias. Por su sugerencia, la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes propicia un acercamiento con el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (Unicef) para la constitución de un espacio neutral que sirviera para la divulgación y el debate de temas e investigaciones acerca de la niñez y la infancia, una de sus más reiteradas preocupaciones. Además, en esta universidad, auspiciada por el Unicef y la Fundación Antonio Restrepo Barco, nace la cátedra bajo su nombre. Otra cátedra bajo el nombre de <i>Ciro Angarita</i> se imparte en la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Su jurisprudencia marcó el sendero para la posterior protección del medio ambiente, de las comunidades indígenas históricamente marginadas, el reconocimiento económico del trabajo doméstico de las mujeres hasta entonces invisibilizadas, de los niños como sujetos de derechos, de la familia como "el lugar donde están los afectos", del libre desarrollo de la personalidad como eje central de un Estado democrático, de la privacidad como condición para la libertad, de la necesidad de contener al poder ejecutivo y obligar al legislativo a retomar sus funciones, de potenciar la participación directa de las personas en las decisiones que las afectan; en fin, de los ejes axiales de una genuina democracia. Se le reconoce como el magistrado que desarrolló una	Corte de transición 17-feb-1992 a 28-feb-1993

					doctrina de sobre derecho civil.	
Julio César Ortiz Gutiérrez	Abogado de la Universidad Externado de Colombia	Especialización en Derecho Administrativo y en Derecho Público Comparado	<p>Docente universitario; profesor invitado e investigador en derecho constitucional del Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México; profesor invitado de la Corte Constitucional Italiana, y autor de libros y artículos.</p> <p>Además, se ha desempeñado como abogado y consultor en ejercicio en la firma Ortiz Gutiérrez & Asociados, Abogados y Consultores Jurídicos; consultor en temas de concesiones férreas y de transporte automotor; árbitro y abogado de la parte convocada en tribunales de arbitramento sobre contratación administrativa, obras públicas y seguridad social en salud, y miembro de la Academia Internacional de Derecho Comparado, con sede en París, así como miembro, presidente y vicepresidente del Consejo Superior de la Judicatura y presidente de la Sala Administrativa.</p> <p>También ha sido presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional –Sección Colombia- con sede en México; asesor en el proyecto colombo-alemán de la Cooperación Técnica —Reforma Judicial– Evaluación del Proceso de Reforma Penal en Paraguay; consultor de la Organización de las Naciones Unidas para evaluar el Programa Regional de Justicia para América Latina; magistrado encargado y auxiliar de la Corte Constitucional; magistrado en interinidad de la Corte Suprema de Justicia; magistrado auxiliar de la Sala Constitucional; abogado en ejercicio; juez de instrucción criminal, y secretario privado del director general y profesional universitario de la Subdirección Jurídica del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.</p> <p>De igual forma, ha ocupado el cargo de árbitro en varios tribunales de arbitramento sobre contratación administrativa y obras públicas, y de abogado de la parte convocada en varios tribunales de arbitramento sobre seguridad social en salud en la Cámara de Comercio de Bogotá.</p>	Magistrados interinos		
Carmenza Isaza de Gómez			Exprocuradora delegada para asuntos constitucionales	Magistrados interinos	<p>Reemplazó por un mes al jurista Jorge Arango Mejía.</p> <p>NOTA DE RELATORÍA: Sobre el hecho generador del impuesto al consumo de cigarrillos y tabaco se cita sentencia de la Corte Constitucional de 17 de abril de 1997, Rad. C-197, como MP.</p> <p>Sentencia C-160 de 1998. M. P. (E) Carmenza Isaza de Gómez.</p>	
Jairo Charry Rivas			Consiliario suplente	Magistrados interinos	Tomó posesión como magistrado de la Corte Constitucional ante el presidente de la República, Andrés Pastrana Arango, cuya acta de posesión está firmada por el presidente de la Corte Constitucional Fabio Morón	

					Díaz y el secretario general Ivan Escruera.	
Martha Victoria Sáchica de Moncaleano	Abogado del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario	Especialización en Derecho Público. Doctorado en Jurisprudencia.	Ha sido profesora titular de Historia Constitucional y Política de Colombia y de Derecho Indiano, en la Universidad Sergio Arboleda, y de Derecho Constitucional, en la Universidad del Rosario. Fue asesora de la Procuraduría General de la Nación, de la Comisión Especial Legislativa y de la Asamblea Nacional Constituyente; jefe de la Oficina Jurídica del Servicio Civil de la Alcaldía Mayor; asesora jurídica de la Secretaría General de Corferias, Comisión Especial Legislativa; asesora externa de Granahorrar; defensora de Menores y coordinadora zonal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, y relatora del Instituto Colombiano de Derecho Tributario. Además, ha sido secretaria general y magistrada (e) de la Corte Constitucional y del Consejo Superior de la Judicatura.	Magistrados interinos	Reemplazó al magistrado Alberto Rojas Ríos, a quien el Consejo de Estado anuló su elección. Su permanencia como magistrada será hasta que el Congreso elija al reemplazo de Rojas Ríos de una terna enviada por el Consejo de Estado.	Estuvieron a cargo temas importantes como el Marco Jurídico para la Paz y dos nulidades sobre sentencias de aborto.
Rodrigo Uprimny Yepes	Abogado de la Universidad Externado de Colombia	Especialización en Sociología Jurídica. Maestría en Socioeconomía del Desarrollo. Doctorado En Economía Política.	Ha sido director del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad y de la Maestría en Derecho Constitucional en la Universidad Nacional de Colombia. Ha sido profesor del Centro Interdisciplinario de Estudios Regionales, CIDER, de la Universidad de los Andes. Se ha desempeñado como magistrado auxiliar y magistrado encargado de la Corte Constitucional. Ha sido abogado-investigador y coordinador de investigaciones sociojurídicas de la Comisión Colombiana de Juristas. Ha sido consultor del PNUD para el Plan Nacional de Rehabilitación en temas de violencia, participación ciudadana y resolución de conflictos. Ha realizado numerosas publicaciones e investigaciones nacionales e internacionales, en especial en temas de sistema judicial, derechos humanos y sociología jurídica.	Magistrados interinos		
Catalina Botero Marino	Abogada de la Universidad de los Andes	Especialización en Derechos Humanos; en Derecho Constitucional y Ciencia Política, y en Gestión Pública e Instituciones Administrativas. Maestría en Derecho Constitucional.	Ha sido profesora de la Universidad de los Andes, de la Universidad Externado de Colombia, la Universidad Nacional, la Academia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de American University, la Knight Center for Journalism de la Universidad de Texas y la Universidad Carlos III de Madrid, entre otras universidades. Además, ha sido autora y coautora de libros o artículos académicos traducidos a varios idiomas sobre derecho constitucional, derecho internacional humanitario, derecho penal internacional, justicia de transición, libertad de expresión, y los derechos de las mujeres y de los pueblos indígenas. Socia fundadora del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (De Justicia); miembro de la Junta Directiva de la Fundación para la Libertad de Prensa (FLIP) y del Comité Académico Internacional del Centro de Estudios de Libertad de Expresión y Acceso a la Información (CELA) de la Universidad de Palermo (Argentina) y del Comité Científico de la revista académica <i>Iuris Dictio</i> de la Universidad San Francisco	Magistrados interinos	Amplia trayectoria como defensora de derechos humanos y, en especial, del derecho a la libertad de expresión. Considera que existen desafíos, como la protección de los periodistas, la despenalización de los actos de habla, el acceso a la información y la censura directa e indirecta, así como el pluralismo y la diversidad en el debate público. Además, criticó los ataques contra la libertad de expresión realizados por el presidente ecuatoriano Rafael Correa.	

			de Quito, y copresidenta de la Junta de Supervisión Independiente de Facebook. Fue relatora especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) de la Organización de Estados Americanos (OEA); magistrada auxiliar y magistrada encargada de la Corte Constitucional; directora Nacional de Divulgación y Promoción de Derechos Humanos de la Defensoría del Pueblo, y asesora de la Asesoría de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la Fundación Social y del despacho del procurador General de la Nación.			
Alexei Julio Estrada	Abogado de la Universidad Externado de Colombia	Especialización En Derecho Constitucional y Ciencia Política. Maestría en Economía. Doctorado En Derecho.	Ha sido autor y coautor de libros o artículos. Se ha desempeñado como secretario jurídico de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	Magistrados interinos	Conocidos aseguran que no existe ninguna posibilidad de que anteponga sus intereses a una decisión en derecho. Cuenta con el apoyo de su antiguo jefe (Sierra Porto) y sus pergaminos académicos son reconocidos.	
Clara Reales	Abogada de la Universidad de Los Andes	Maestría en Derecho	Fue magistrada auxiliar y magistrada (e) en la Corte Constitucional, y asesora gubernamental en temas de políticas públicas, derecho constitucional y derecho internacional. Se ha dedicado a la academia como vicedecana y docente en la Facultad de Derecho e investigadora del Centro de Investigaciones Socio Jurídicas (CIJUS) de la Universidad de los Andes. Además, se vinculó a la Asociación Colombiana de Fondos de Pensiones y de Cesantía como vicepresidenta jurídica.	Magistrados interinos	Se muestra partidaria de buscar más equidad en el sistema, a través de la disminución de ciertos beneficios pensionales. trabajo en la protección de las víctimas, así como en la utilización del derecho para la superación de la pobreza extrema Reemplazó al magistrado saliente Manuel José Cepeda.	

Nota. Elaboración propia, recuperado de las fuentes descritas anteriormente en la presentación de la tabla.

Con base en el cuadro anterior, es preciso indicar, que, al intentar construir el perfil de un magistrado, esto no significa que sus decisiones tengan por lo general su misma línea o posición, para ello se presenta al docente Carlos Morales de Setién Ravina (2007), cuando afirma:

Es más, mi irritación crece porque cuando uno conoce personalmente a los magistrados de la Corte como a Manuel José Cepeda, a Carlos Gaviria o a Eduardo Cifuentes y habla con ellos de Derecho, difícilmente se nos viene a nuestra cabeza la imagen de un jurista de izquierda. En otros lugares serían considerados moderados, probablemente de centro derecha. Y sus sentencias son, en la inmensa mayoría de los casos moderados, y sólo en unos pocos casos podría decirse que están claramente a la izquierda. Eso por no hablar de los casos donde el carácter es conservador (Morales de Setién Ravina, 2007, p. 41).

A continuación, la abogada Ana María Montoya (2013) en su tesis doctoral, entrevistó a candidatos elegidos y no elegidos para magistrado de la Corte Constitucional, donde su ideología fue un criterio de selección, tal como lo afirma un abogado no elegido:

En la terna mía quedaron dos personas marcadamente conservadoras. Luego, en el Senado, ese fue especialmente el principal caballito de batalla, que yo era comunista, y era comunista particularmente porque era profesor de una universidad pública. Entonces era un comunista anticlerical, antirreligioso, abortista (...) Preparando la respuesta trataba de hacer una combinación entre teoría y estrategia. Pero creo que uno trata de estar en el centro como candidato; si quiere realmente tomárselo en serio y tratar de ganar, trata de estar en el centro. Digamos, un conservador muy heterodoxo y un liberal muy godo (...) En mi caso concreto, lo que hicieron fue pasar unos escritos que yo había hecho en el periódico X (Montoya, 2013, p. 174).

Sumando lo anterior, la jurista Montoya (2013) dentro de su investigación académica, en entrevista realizada a un senador, detalló: “cuando uno va a votar por un magistrado de la Corte Constitucional, uno a la gente la conoce por lo que escribe. Y generalmente los candidatos han escrito, han producido fallos, han producido artículos de opinión” (p. 177). Concluyendo que el lobby indirecto o padrinazgo político, es el principal factor de elección de los magistrados de la Corte Constitucional colombiana:

El cabildeo es una institución informal, porque es creada y reforzada por fuera de los canales oficiales; y porque es el factor político determinante en la estructuración de las reglas de juego de la elección de los magistrados. En otras palabras, el cabildeo es la regla de entrada para que los demás criterios interactúen en la decisión final de los senadores (Montoya, 2013, p. 185).

Todo esto parece confirmar, que la elección de los magistrados de la Corte Constitucional, no obedece a criterios académicos o meritorios o de experiencia en temas constitucionales, por el contrario, se emerge en un lazo de amistad y padrinazgo laboral-político, creando la necesidad de proponer, académicamente, un nuevo esquema de elección.

3.2. EL PROCESO DEMOCRÁTICO EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

La Corte Constitucional ha señalado que el principio democrático se caracteriza por ser universal y expansivo, y alude que dichas características son parámetros interpretativos del ordenamiento jurídico. De esta manera, la voluntad popular está plenamente justificada en el carácter expansivo, del cual se deriva la validez de todos los canales políticos, que permitan a los ciudadanos la participación en las decisiones que los afectan, participación que también toma la forma de un fin esencial del Estado. Es así, que la Corte Constitucional en Sentencia C-501 de 2001, con ponencia de Jaime Córdoba Triviño, se pronunció con relación al principio democrático en el proceso de análisis del control de constitucionalidad, en los siguientes términos:

Cuando los tribunales constitucionales entran a determinar si una ley ha cumplido o no con el principio de unidad de materia deben ponderar también el principio democrático que alienta la actividad parlamentaria y en esa ponderación pueden optar por ejercer un control de diversa intensidad. Esto es, el alcance que se le reconozca al principio de unidad de materia tiene implicaciones en la intensidad del control constitucional, pues la percepción que se tenga de él permite inferir de qué grado es el rigor de la Corte al momento del examen de las normas. Así, si se opta por un control rígido, violaría la Carta toda norma que no esté directamente relacionada con la materia que es objeto de regulación y, por el contrario, si se opta por un control de menor rigurosidad, sólo violarían la Carta aquellas disposiciones que resulten ajenas a la materia regulada. La Corte estima que un control rígido desconocería la vocación democrática del Congreso y sería contrario a la cláusula general de competencia que le asiste en materia legislativa. Ante ello, debe optarse por un control que no opte por un rigor extremo, pues lo que impone el principio de unidad de materia es que exista un núcleo rector de los distintos contenidos de una Ley y que entre ese núcleo temático y los otros diversos contenidos se presente una relación de conexidad determinada con un criterio objetivo y razonable (Sentencia C-501, 2001).

De la misma manera, la Corte Constitucional en Sentencia C-379 del 18 de julio de 2016, con ponencia del Magistrado Luis Ernesto Vargas, determina que el proceso democrático requiere:

De la instauración y del mantenimiento de unas reglas que encaucen las manifestaciones de la voluntad popular, impidan que una mayoría se atribuya la vocería excluyente del pueblo e incorporen a las minorías en el proceso político, pues son parte del pueblo y también están asistidas por el derecho a servirse de esas reglas comunes que constituyen el presupuesto de la igualdad con la que todos, ya pertenezcan a la mayoría o las minorías, concurren a los certámenes democráticos (Sentencia C-379, 2016).

Ahora bien, con el fin de dar continuidad al trabajo académico, es importante destacar la instauración del principio democrático, como parámetro normativo para *el reconocimiento o no de derechos*, por parte de la Corte Constitucional. Sea, a modo de ejemplo, las siguientes sentencias:

En primer lugar, en el marco de la Sentencia C-816 del 30 de agosto de 2004, con ponencia de los magistrados Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Uprimny Yepes, se estudió la demanda de inconstitucionalidad contra el Acto Legislativo N.º 02 de 2003, por medio del cual se modifican los artículos 15, 24, 28 y 250 de la Constitución Política de Colombia para enfrentar el terrorismo, independiente de los identificados en el Título XIII de la Constitución y del Reglamento del Congreso, en la cual se invocó el principio democrático en los siguientes términos:

El parámetro normativo aplicable al control de los actos legislativos está formado por las normas de la Constitución y del Reglamento del Congreso cuyo (i) cumplimiento es presupuesto básico y necesario para la adecuada formación de la voluntad democrática de las cámaras, (ii) están estrechamente relacionadas con la materialización de principios y valores constitucionales, en especial del principio democrático, y (iii) tienen una entidad tal que, al desconocerse, ocasionan un vicio de procedimiento en la formación del acto legislativo, en la medida en que desconocen ‘los requisitos establecidos por la propia Carta para la aprobación de dichas reformas, los cuales se encuentran sintetizados en el Título XIII’ (Sentencia C-816, 2004).

En la aclaración de voto del magistrado, Marco Gerardo Monroy (Sentencia C- 816, 2004) presenta su posición con relación a las facultades de control del juez constitucional y una posible extralimitación del poder de reforma, ya que opina que la Corte solo puede

verificar la “sustitución esencial de la Constitución Política y no la reforma de sus reglas, principios o valores” (Sentencia C-816, 2004):

Por otra parte, la Corte Constitucional no debe perder de vista que cuando la reforma es adelantada por el Congreso de la República o una Asamblea Nacional Constituyente, aquellos órganos colegiados, pluralistas y electivos ostentan una representación democrática que no detenta esta Corporación, y que cuando tal reforma se da por la vía del referendo, opera un mecanismo de participación directa del pueblo en la adopción de la reforma; esta realidad es importante, pues la auto atribución de un amplio poder de control de supuestos desbordamientos del poder de reforma, o criterios muy estrictos de evaluación de la competencia del ente reformador, acaban teniendo como efecto que se radique en cabeza de la Corte una facultad de control material del acto reformativo que la Carta no le confiere, e impidiendo el legítimo ejercicio del poder constituyente derivado por las vías institucionales previstas para el efecto, haciendo que las reformas constitucionales queden sujetas a una especie de visto bueno de esta Corporación, nunca previsto por el constituyente primario. Todo ello en detrimento del principio democrático. Así, un órgano constituido, no elegido popularmente, que no es sede para el ejercicio de un pluralismo político amplio, y cuya capacidad representativa nunca se asimila a la de los organismos colegiados de elección popular, acabaría decidiendo la validez de cualquier reforma tan sólo parcial de la Constitución (Sentencia C-816, 2004).

En segundo lugar, concretamente se ilustra el fallo de la Sentencia C-551 de 2013 [M.P. Eduardo Montealegre], “cuando optó por analizar los vicios de trámite susceptibles de afectar una reforma de la Constitución” (Tobo Rodríguez, 2012, p. 274)⁶⁶. Conviene subrayar que al promulgarse la Constitución 1991, el pueblo soberano consideró necesario crear la Corte Constitucional, y dentro de sus funciones le facultó: “Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación” (Constitución Política, 1991, art. 241). En pocas palabras,

⁶⁶ De acuerdo a Tobo Rodríguez (2012), la Corte Constitucional oficiosamente revisó la Ley 796 de 2003, la cual contenía 19 preguntas relacionadas con pérdida de derechos políticos, reducción del Congreso de la República, pérdida de investidura, limitación de pensiones y salarios con cargo de recursos de naturaleza pública, supresión de contralorías territoriales, supresión de personerías, entre otras. La Corte Constitucional con la doctrina de la sustitución, por vicios de procedimiento y competencia declaró inexecutable la mayoría de las preguntas.

las sentencias de revisión de leyes, eran producto de una perspectiva formalista. Se examinaba el proceso de formación, aspectos de protocolo, iniciativa, exposición de motivos, situación que cambió con la Sentencia C-551 de 2013 (Tobo Rodríguez, 2012).

Dicho de otra manera, la Corte Constitucional en relación con la competencia para ejercer un control sobre las normas de rango constitucional, antes de la Sentencia C-551 de 2003, indicaba que el poder constituyente, no la había autorizado para ello “de hacerlo incurriría en un abuso del poder, ya que ejercería funciones que el constituyente primario no le ha atribuido” (Sentencia C-544, 1992). Disponiendo, adicionalmente:

El poder constituyente es el pueblo, el cual posee per se un poder soberano, absoluto, ilimitado, permanente, sin límites y sin control jurisdiccional, pues sus actos son político-fundacionales y no jurídicos, y cuya validez se deriva de la propia voluntad política de la sociedad (...) El poder del pueblo es anterior al derecho, fuente del derecho, esencia del derecho e igualmente, modificadorio de todo el derecho, inclusive el derecho constitucional. En este sentido, el poder constituyente, como anota Schmitt, ‘es la voluntad política cuya fuerza o autoridad es capaz de adoptar la concreta decisión de conjunto sobre modo y forma de la propia existencia política, determinando así la existencia de la unidad política como un todo. De las decisiones de esta voluntad se deriva la validez de toda ulterior regulación legal-constitucional. Las decisiones como tales son cualitativamente distintas de las normaciones legal-constitucionales establecidas sobre su base’ (Sentencia C-544, 1992).

En este orden de ideas, la Corte Constitucional en Sentencia C-551 de 2003 al pronunciarse sobre los límites materiales de la reforma constitucional, consideró:

Conforme a lo anterior, la Corte concluye que aunque la Constitución de 1991 no establece expresamente ninguna cláusula pétrea o inmodificable, esto no significa que el poder de reforma no tenga límites. El poder de reforma, por ser un poder constituido, tiene límites materiales, pues la facultad de reformar la Constitución no contiene la posibilidad de derogarla, subvertirla o sustituirla en su integridad. Para saber si el poder de reforma, incluido el caso del referendo, incurrió en un vicio de competencia, el juez constitucional debe analizar si la Carta fue o no sustituida por otra, para lo cual es necesario tener en

cuenta los principios y valores que la Constitución contiene, y aquellos que surgen del bloque de constitucionalidad, no para revisar el contenido mismo de la reforma comparando un artículo del texto reformativo con una regla, norma o principio constitucional - lo cual equivaldría a ejercer un control material. Por ejemplo, no podría utilizarse el poder de reforma para sustituir el Estado social y democrático de derecho con forma republicana (CP art. 1°) por un Estado totalitario, por una dictadura o por una monarquía, pues ello implicaría que la Constitución de 1991 fue remplazada por otra diferente, aunque formalmente se haya recurrido al poder de reforma. Y por ende, como la Corte debe analizar si la ley convocante conduce indefectiblemente a que el poder de reforma desborde sus límites competenciales, es necesario que al estudiar cada uno de los numerales del artículo 1 de la Ley 796 de 2003, esta Corporación examine si los proyectos de reforma constitucional sometidos a la aprobación del pueblo implican o no una sustitución de la Constitución de 1991 (Sentencia C-551, 2003).

En esta oportunidad, el Alto Tribunal al pronunciarse indicó que la competencia de la Corte Constitucional está “limitada a asuntos de procedimientos, a favor del principio democrático y a la libre determinación de los pueblos como poder constituyente originario” (Sentencia C-551, 2003). En consecuencia, a nuestro juicio, el examen de constitucionalidad se debe potenciar, a través de una democracia participativa, fundada en la soberanía popular.

En cambio, los magistrados Alfredo Beltrán Sierra y Clara Inés Vargas, en su salvamento parcial de voto (Sentencia C-551, 2003), advirtieron que, si una ley no conserva la unidad de materia, se rompe con el principio democrático:

De manera que una alteración abierta o soterrada de la materia que se anunció a los ciudadanos y a los miembros del Congreso como objeto sobre el cual versaría la legislación o la reforma constitucional que se discute, rompe con el principio democrático para sorprender a todos con una ley o una reforma a la Constitución distinta por su contenido material a la que fue públicamente anunciada cuando el proyecto se publicó en la Gaceta del Congreso (Sentencia C-551, 2003).

Seguidamente y como tercer ejemplo, en la Sentencia C-1200 de 2003 no se debatió el principio democrático, al referirse al control de constitucionalidad de reforma constitucional⁶⁷, por el contrario, éste, si fue desarrollado en los salvamentos de voto, tal como se identifican a continuación. Concretamente, la magistrada Clara Inés Vargas, consideró que la Corte Constitucional no debió declararse inhibida para fallar de fondo, pues si se planteaba un cargo de inconstitucionalidad concreto, y al referirse a los límites materiales implícitos al constituyente derivado, la “irreformabilidad de una Constitución repugnaría tanto con el principio democrático, en el sentido de que la voluntad popular del presente no puede imponerse totalmente a las futuras generaciones” (Sentencia C-1200, 2003):

Al respecto, recuérdese que Thomas Jefferson afirmaba que ‘es un absurdo que los muertos puedan, por medio de la Constitución, imponer su voluntad a los vivos’, e igualmente, la Constitución francesa de 1793 estipulaba ‘un pueblo tiene siempre el derecho a revisar, reformar y cambiar su Constitución. Una generación no puede someter a las generaciones futuras’. Ahora bien, como lo señala Pedro de Vega, la necesidad de ajustar la Constitución al cambio histórico, siendo indispensable que tal acoplamiento se lleve a cabo dentro de la continuidad jurídica formal del ordenamiento fundamental, no implica, de manera alguna que ‘la Constitución se coloque al servicio de una mayoría y pierda su naturaleza protectora de las minorías. O, lo que es lo mismo, en la necesidad de impedir que una mayoría pueda, arbitrariamente, convertirse en poder constituyente’. De tal suerte que, una vez la Carta Política ha sido promulgada, todos los poderes estatales, incluido el poder de reformarla, se convierten en poderes constituidos. Así pues, mientras el poder constituyente es un poder previo, y que se encuentra siempre por encima de la Constitución, el poder de reforma es un poder que se configura, ordena y establece en la

⁶⁷ Corte Constitucional (Sentencia C-1200, 2003) agregó: “La violación de la Constitución consiste en la contradicción entre la norma superior y otra norma considerada inferior y sujeta a lo dispuesto por la norma superior. Si se aplicara el concepto de violación al control de las modificaciones a la Constitución, toda reforma constitucional al contradecir lo que dice la norma constitucional por ella reformada sería violatoria de la Constitución, lo cual tornaría en inmodificable la Constitución y supondría degradar al rango de norma inferior toda reforma constitucional por el hecho de ser reforma del texto original. En cambio, la sustitución de la Constitución consiste en remplazarla, no en términos formales, sino materiales por otra Constitución. Si bien todo cambio de una parte de la Constitución conlleva, lógicamente, que ésta deje de ser idéntica a lo que era antes del cambio, por menor que éste sea, la sustitución exige que el cambio sea de tal magnitud y trascendencia material que transforme a la Constitución modificada en una Constitución completamente distinta. En la sustitución no hay contradicción entre una norma y otra norma sino transformación de una forma de organización política en otra opuesta” (Sentencia C-1200, 2003).

propia Constitución, de donde proceden y en donde se legitiman todas sus facultades de actuación. En efecto, el poder reformador de la Constitución presenta las mismas características de los poderes constituidos, por lo que esa potestad no es jurídicamente ilimitada, sino parcial y reglamentada, debiendo desenvolverse dentro del marco constitucional (Sentencia C-1200, 2003).

Igualmente, nos parece importante presentar el salvamento de voto del magistrado Jaime Araujo Rentería (Sentencia C-1200, 2003), pues sostuvo que toda reforma tiene límites, atendiendo el fundamento del iusnaturalismo de que “la reforma de la Constitución no puede ser destrucción de la misma”⁶⁸:

A diferencia del poder constituyente, el poder de enmienda constitucional formal, deriva su legalidad y legitimidad de la propia constitución, su autoridad se encuentra en la misma constitución que reforma. El poder constituyente constituido puede modificar el orden constitucional vigente, precisamente porque ese mismo orden se lo permite. Es en síntesis un poder derivado, mientras el poder constituyente es un poder originario (Sentencia C-1200, 2003).

De igual importancia, como cuarto ejemplo se enuncia el Salvamento de Voto de la Sentencia C-970 de 2004 de los magistrados Alfredo Beltrán, Jaime Córdoba Triviño, Clara Inés Vargas Hernández y Jaime Araujo Rentería (Sentencia C-970, 2004), quienes expresaron que la norma acusada si sustituía la Constitución Política, porque en ningún caso, el poder constituyente derivado puede ser al mismo tiempo un poder constituido. Esto es, “quien tiene la potestad de reformar la Constitución no es titular de un poder ilimitado, sino que ejerce una potestad reglada, limitada. No puede, a pretexto de reformar la Constitución, sustituirla de manera integral” (Sentencia C-970, 2004). En suma, la atribución arbitraria para expedir códigos, resulta contradictorio al principio democrático y desconoce los valores protegidos por la Constitución Política, ya que se transgrede el principio de la separación de poderes:

⁶⁸ El gran difusor de esta doctrina, es Carl Schmitt: “una facultad de reformar la constitución, atribuida por una normación legal - constitucional pueden ser sustituidas por otras regulaciones legal - constitucionales, pero sólo bajo el supuesto que queden garantizadas la identidad y continuidad de la constitución considerada como un todo” (Sentencia C-1200, 2003).

Para los suscritos magistrados, es claro que el constituyente derivado despojó al Congreso de la República de la potestad legislativa sobre materias respecto de las cuales existe reserva de ley, en caso de que sobre tales materias no fueran expedidas las leyes correspondientes a más tardar el 20 de junio de 2004. En efecto, por expresa disposición del constituyente primario las normas de la ley estatutaria de la administración de justicia, corresponde expedirlas al Congreso y se encuentran sometidas en su trámite a requisitos específicos, como mayorías absolutas para su aprobación, que esta se realice en una sola legislatura y que, además, sea objeto de revisión previa de constitucionalidad por la Corte Constitucional. Sin embargo, con la disposición acusada, podría ocurrir que el presidente de la República, no obstante, su condición de jefe del Ejecutivo quede convertido en legislador extraordinario y no sujeto ni a los requisitos señalados ni al control previo de constitucionalidad con respecto a las normas que a su arbitrio decidiera dictar para modificar por decreto la ley estatutaria de la administración de justicia (Sentencia C-970, 2004).

Finalmente, ponemos por caso la Sentencia C-1040 de 2005 2013, donde se estudió la demanda del Acto Legislativo N.º 2 de 2004. La Corte Constitucional, se pronunció sobre el principio democrático, así:

Con la demanda, el Congreso de la República, al expedir el acto reformativo acusado (...) (i) alteró la forma de Estado, el sistema de gobierno y el régimen político previstos en la Constitución de 1991; (ii) dejó sin valor el principio de igualdad aplicado al proceso de elección presidencial y (iii) al habilitar al Consejo de Estado para que, de manera supletoria, expida normas propias de una ley estatutaria, dejó sin efecto los principios de separación de poderes y de reserva de ley, y afectó gravemente la jurisdicción constitucional (...) Según lo ha señalado esta Corporación, el principio democrático, recogido expresamente por nuestra Constitución Política en el preámbulo y en su artículo 1º, se constituye, sin lugar a dudas, en el principio medular del sistema socio-político y en el fundamento nuclear sobre el que se edifica y sustenta todo el ordenamiento jurídico (...) Conforme al principio democrático, la propia Carta Política y el Reglamento del Congreso, son los ordenamientos llamados a regular el proceso de formación de las leyes, el cual está inspirado en varios postulados básicos: el principio de las mayorías, el principio de participación política y el principio de publicidad, a través de los cuales se busca garantizar que la ley sea la expresión de la mayoría parlamentaria, adoptada con el

pleno respeto de los derechos de las minorías a participar y expresar su opinión en condiciones de libertad e igualdad, y mediante un procedimiento abierto y público, de cara a la sociedad y al país (Sentencia C-1040, 2005).

En definitiva, el Alto Tribunal (Sentencia C-1040, 2005) en relación con el principio democrático, reiteró que es un elemento definitorio de la Constitución de 1991 y un límite material para el ejercicio del poder de reforma, ya que se concede a las mayorías y a las minorías, la posibilidad de conocer y estudiar los textos para su respectiva discusión y aprobación. Visto que desde el “debate se hace efectivo el principio democrático en el proceso de formación de las leyes, ya que hace posible la intervención de las mayorías y de las minorías políticas y resulta ser un escenario preciso para la discusión” (Sentencia C-1040, 2005), haciendo referencia a la participación de los congresistas de oposición, en la deliberación y votación del proyecto del Acto Legislativo.

Por el contrario, el magistrado Jaime Araujo Renteria cuando salva su voto (Sentencia C-1040, 2005), arguye que le corresponde al pueblo, como poder constituyente primario decidir el cambio o no de alternancia de poder, puesto que la reelección presidencial no es una institución jurídica en la identidad constitucional:

Sin embargo, es el soberano constituyente, quien, en ejercicio y conducción del poder político, decide cambiar dicho principio de alternancia del poder. Es decir, es el poder constituyente primario quien en su voluntad y querer, altera el principio democrático y republicano señalado y constituye la prohibición total de reelección. Dicha decisión, que alteró el principio de alternancia en el poder fue producto del ejercicio del poder soberano que se radicó en el pueblo, quien es el detentador del poder político. En consecuencia, la reelección inmediata del presidente de la República no ha sido una figura que haya hecho parte de la identidad social e histórica que compone nuestro Estado. Por el contrario, son otro tipo de figuras las que caracterizado a nuestro Estado y orden Constitucional en relación con otros ordenamientos y Estados (Sentencia C-1040, 2005).

En definitiva y según nuestro punto de vista, el poder de reforma constitucional es un poder radicado solamente en el poder constituyente, el pueblo y el legislativo. En

consecuencia, la Corte Constitucional de ninguna manera puede sustituirlo, dado que es un poder constituido y no un poder constituyente derivado. Asimismo, es preciso recordar que el constituyente primario ha establecido límites expresos para su reforma y también surgen los límites implícitos extraídos por la misma voluntad constituyente. Estos últimos, la Corte Constitucional los ha denominado como valores y principios, que no son modificables a través del poder de reforma.

Por lo que se refiere, a las reformas constitucionales que se han presentado desde 1991, expone Olano García (2006) “que en sus primeros quince años éstas han devenido es del espíritu del legislador - no del constituyente primario - y de la interpretación dada por la Corte Constitucional” (p. 152). En el caso particular, se elaboró una tabla (Anexo N°.1), en la cual se identifican los actos legislativos que han sido objeto del control de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional, de la cual se puede deducir que efectivamente las iniciativas de reforma provienen del legislador y no del pueblo como soberano. Incluso, en relación con las reformas constitucionales, Guastini (2007), indica:

Toda reforma constitucional -por más ‘marginal’ que sea desde un punto de vista axiológico- produce una *nueva* Constitución. De modo que reforma constitucional e instauración constitucional son -desde un punto de vista *wertfrei*, avalorativo- cosas simplemente indistinguibles bajo un perfil superficial (...) Toda modificación constitucional realizada en forma legal -por más que pueda incidir profundamente sobre la Constitución existente -es mera reforma. Toda modificación realizada en forma ilegal – por más marginal que pueda ser ese cambio – es instauración de una nueva Constitución. En suma: la modificación legal de la Constitución es ejercicio del poder constituido, mientras que su cambio ilegal el ejercicio del poder constituyente. Desde este punto de vista, entre otras cosas, no tiene sentido hablar de límites lógicos a la reforma constitucional (Guastini, 2007, p. 26).

Ahora bien, desde el derecho comparado, el profesor Linares (2008) conforme a su estudio, deduce que los efectos de las sentencias de control de constitucionalidad de los Tribunales Constitucionales Latinoamericanos, intensifican o no la dificultad contramayoritaria. En otras palabras, si el efecto es inter partes, la ley sigue vigente y “la

voluntad del legislativo no queda completamente destruida”, en cambio si su efecto es erga omnes, la ley queda anulada y no aplica en el caso concreto, “censuran absolutamente la voluntad de la mayoría legislativa y precisamente por ello sobre ellas gravita una objeción democrática mayor” (Linares, 2008, p. 248). Para justificar su postulado, identifica tres modelos excluyentes de sentencias: i) sentencias con efectos *inter partes* y precedentes no obligatorios; ii) sentencias con efectos *inter partes* y precedentes obligatorios y iii) sentencias con efectos *erga omnes*, “al primero de los modelos cabría asignarle el valor 0, al segundo el valor 1 y al tercero el valor 2” (Linares, 2008, p. 248):

Tabla 5. *Diferencias estructurales entre control de constitucional latinoamericano*

País	Vía de acceso	Categoría	Valor
Argentina	Recurso extraordinario	Efectos « <i>inter partes</i> », precedente no obligatorio	0
Bolivia	Acción abstracta de inconstitucionalidad	Efectos « <i>erga omnes</i> »	2
	Cuestión de inconstitucionalidad	Efectos « <i>inter partes</i> », precedente obligatorio (art. 44.I de la LTC)	1
	Recurso incidental	Efectos « <i>inter partes</i> », precedente obligatorio (art. 44.I de la LTC)	1
Brasil	Acción abstracta de inconstitucionalidad	Efectos « <i>erga omnes</i> »	2
	Recurso extraordinario	Efectos « <i>inter partes</i> », precedente obligatorio (art. 28 Ley 9868/99)	1
Chile	Acción abstracta de inconstitucionalidad	Efectos « <i>erga omnes</i> »	2
	Cuestión de inconstitucionalidad	Efectos « <i>inter partes</i> » o « <i>erga omnes</i> », según mayoría	2
Colombia*	Acción abstracta popular de inconstitucionalidad	Efectos « <i>erga omnes</i> »	2
	Amparo en revisión	Efectos « <i>inter partes</i> », precedente obligatorio (art. 243 C. C.)	1
Costa Rica	Acción <i>sui generis</i>	Efectos « <i>erga omnes</i> »	2
	Cuestión de inconstitucionalidad	Efectos « <i>erga omnes</i> »	2
Ecuador	Acción abstracta de inconstitucionalidad	Efectos « <i>erga omnes</i> »	2
El Salvador	Acción abstracta popular de inconstitucionalidad	Efectos « <i>erga omnes</i> »	2
	Apelación de sentencias de amparo	Efectos « <i>inter partes</i> », precedente obligatorio (Sentencia Sala Constitucional, amparo 4-N-93 del 24/11/95)	1
Estados Unidos	<i>Petition of writ of certiorari</i>	Efectos « <i>inter partes</i> », precedente obligatorio	1
Guatemala	Acción abstracta popular de inconstitucionalidad	Efectos « <i>erga omnes</i> »	2

	Recurso de apelación por inconstitucionalidad	Efectos « <i>inter partes</i> », precedente obligatorio cuando existen tres fallos idénticos sobre un mismo supuesto (art. 43 Ley de amparo)	1
Honduras	Acción <i>sui generis</i>	Efectos « <i>erga omnes</i> »	2
	Cuestión de inconstitucionalidad	Efectos « <i>erga omnes</i> »	2
México	Acción abstracta de inconstitucionalidad	Efectos « <i>erga omnes</i> »	2
	Amparo constitucional en revisión	Efectos « <i>inter partes</i> », precedente obligatorio cuando existen cinco fallos idénticos reiterados sobre un mismo supuesto	1
Nicaragua	Acción abstracta popular de inconstitucionalidad	Efectos « <i>erga omnes</i> »	2
Panamá	Acción abstracta popular de inconstitucionalidad	Efectos « <i>erga omnes</i> »	2
	Cuestión de inconstitucionalidad	Efectos « <i>erga omnes</i> »	2
Paraguay	Acción <i>sui generis</i>	Efectos « <i>inter partes</i> » o « <i>erga omnes</i> », según sea una Sala o el Pleno quien dicte la sentencia (Sentencia núm. 415 del 2 de diciembre de 1998)	2
	Cuestión de inconstitucionalidad	Efectos « <i>inter partes</i> » o « <i>erga omnes</i> », según sea una Sala o el Pleno quien dicte la sentencia (Sentencia núm. 415 del 2 de diciembre de 1998)	2
Perú	Acción abstracta de inconstitucionalidad	Efectos « <i>erga omnes</i> »	2
	Recurso extraordinario de revisión	Efectos « <i>inter partes</i> », precedente obligatorio (art. VI inc. 3 Código Procesal Constitucional)	1
República Dominicana	Acción abstracta popular de inconstitucionalidad	Efectos « <i>erga omnes</i> »	2
	Recurso de revisión	Efectos « <i>inter partes</i> », precedente no obligatorio	0
Uruguay	Acción <i>sui generis</i>	Efectos « <i>inter partes</i> », precedente no obligatorio	0
	Cuestión de inconstitucionalidad	Efectos « <i>inter partes</i> », precedente no obligatorio	0
Venezuela	Acción abstracta popular de inconstitucionalidad	Efectos « <i>erga omnes</i> »	2
	Recurso extraordinario de revisión	Efectos « <i>erga omnes</i> », precedentes obligatorios (art. 335 C. C)	1

Nota: Linares, S. (2008). *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*. Marcial Pons.

3.3. GENERACIÓN DE DERECHOS A TRAVÉS DE LAS DECISIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Para el desarrollo de este trabajo académico, la *generación de nuevos derechos* hace alusión al reconocimiento de derechos no escritos de manera explícita y concreta en el texto de la Constitución Política de 1991, los cuales surgen para satisfacer una nueva exigencia o necesidad. Estos nuevos derechos pueden obedecer por las siguientes razones: i) existen derechos que tienen un amplio contenido que permite incluir nuevas manifestaciones; ii) necesidades que no se habían planteado con anterioridad y iii) son consecuencias de derechos concretos expresamente reconocidos. Antes de nada, hay que destacar el pensamiento del jurista norteamericano John Ely, citado por María Collazos Velasco (2009), el cual hace referencia a que la interpretación constitucional no se debe basar solo en las opciones del textualismo⁶⁹ o la interpretación libre⁷⁰:

El sector que se inclina a favor del textualismo defiende la reducción de la libertad interpretativa de los jueces en asuntos de constitucionalidad en favor de la aplicación exacta del articulado Constitucional; por el contrario, los partidarios de la interpretación libre abogan por la autonomía del juez en la aplicación de normas que no se hallan en el texto constitucional y que deben ser descubiertas. Ante la pregunta ¿qué justifica válidamente que un Tribunal Constitucional invalide una disposición del Congreso? un textualista respondería que la mencionada Ley del Congreso contradice una disposición

⁶⁹ Según Ely citado por Collazos Velasco (2009) el textualismo “supone que la Constitución está conformada por cláusulas de fácil ubicación en el texto, unidades autosuficientes que deben interpretarse con apego al lenguaje de su redacción y la historia legislativa previa a su adopción; pero ello entraña una serie de problemas. Uno de ellos es que mediante el textualismo se permite que personas que vivieron hace uno o dos siglos sigan teniendo poder ante los tribunales y terminen decidiendo sobre generaciones presentes y futuras. Por otra parte, el lenguaje mediante el cual se expresa la Constitución no es uniforme respecto a su especificidad, y si asumimos que el lenguaje es la fuente principal en donde han de buscarse las intenciones de los redactores, la falta de claridad en él representa una barrera difícil de sortear para el textualismo: ¿cómo aplicar textualmente un texto que no es claro? Para esclarecerlo es posible referirse al propósito histórico de la cláusula *sub examine*, pero los vacíos de la historia legislativa son tantos y tan profundos que lo más importante sigue siendo el lenguaje (...) En definitiva, insistir en el textualismo significa insistir en que ‘la función judicial quede reducida a la función puramente mecánica de aplicar las reglas impuestas desde fuera y de que solo sirva de portavoz de la voluntad popular que predomina en cada instante, lo cual no corresponde a una concepción progresiva del Derecho’” (Collazos Velasco, 2009, p. 218).

⁷⁰ Según Ely, citado por Collazos Velasco (2009) “la interpretación libre tradicionalmente ha sostenido que los jueces, al interpretar la Constitución, no debe sentirse temeroso de descubrir, identificar, e implantar valores de índole fundamental con el fin de anteponerlos en el ejercicio de articular; en palabras del mismo Ely: ‘la Corte Suprema debiera satisfacer las disposiciones abiertas de la Constitución mediante la identificación e imposición a las ramas políticas de aquellos valores que, según una u otra fórmula, son verdaderamente importantes o fundamentales’” (Collazos Velasco, 2009, p. 218).

claramente expresada en la Constitución y el Tribunal solo estaría aplicándola textualmente. El autor resalta la fuerza de esta tendencia mediante dos razones conexas entre sí: la primera es que se adapta con facilidad a la noción tradicional de lo que entendemos acerca de lo que es el Derecho y cómo funciona; y la segunda, que se reconcilia fácilmente con la teoría democrática sobre la cual descansa el sistema norteamericano y la mayoría de sistemas en occidente (Collazos Velasco, 2009, p. 216).

Paralelamente, Linares (2018) describe a la corriente textualista, como una estrategia de interpretación para salvaguardar la democracia en las decisiones judiciales, destacando al filósofo neozelandés Waldron, como defensor de esta teoría:

Sólo el texto de la constitución y de las leyes debe servir como fuente de interpretación. Es decir, el juez no debe ir más allá del texto, no debe buscar las oscuras (y tal vez contradictorias) intenciones de quienes redactaron la constitución, ni debe acudir a la teoría política y moral. El juez sólo debe circunscribirse al significado convencional del texto. Esto significa que debe fijarse tanto en el significado de las palabras como en el sentido de las palabras dentro del texto (...) El textualismo pide a los jueces que no se comporten como agentes morales, que se comporten más bien como amanuenses encargados de copiar (y no de juzgar) un texto escrito por las mayorías electas (Linares, 2008, pp. 110, 114).

Por el contrario, Rodríguez Iturbe (2013) aduce que el nuevo constitucionalismo,⁷¹ propone que las constituciones al tener “cláusulas de textura abierta, permiten dar protección constitucional a diferentes concepciones de la vida y de la sociedad mediante amplios espacios de libertad en la interpretación” (Rodríguez Iturbe, 2013, p. 37):

⁷¹ Rodríguez Iturbe (2013) señala con relación al nuevo constitucionalismo: “Las Cortes Constitucionales se colocan funcionalmente por encima del Parlamento, cuyos integrantes si tienen (si se trata de Parlamento realmente democráticos) ese origen en la fuente real de la soberanía política. Así, sus decisiones suponen, por parte de las Cortes Constitucionales, en no pocos casos, la asunción de la función legislativa, que, por su naturaleza, no es la suya. Pretender la construcción democrática del futuro negando la naturaleza y funcionalidad de las instituciones de la democracia en el presente no pasa de ser una paradoja, o una llamativa contradictio in terminis. La crítica radical a algunas de las manifestaciones del nuevo constitucionalismo, terminan pues, por ubicarse, no tanto en la concepción general de algunas de las teorías constitucionales (...) sino en las funciones cuasiomnímodas otorgadas al juez constitucional en el deseo de hacer operativa y eficaz una sui generis y novedosa concepción de Constitución” (pp. 39-40).

Por ello, la hermenéutica que parte de la idea de la Constitución genera una interpretación evolutiva del texto constitucional, subrayando el carácter viviente de la Constitución. También así, la interpretación del llamado nuevo constitucionalismo ha resultado la sepultura de la interpretación positivista tradicional. Por eso, la concepción del poder del nuevo constitucionalismo es, también, diametralmente opuesta a la plasmada en un sistema jurídico nutrido de una concepción positivista. La Constitución política del nuevo constitucionalismo no se funda en una estructura lógico-formal de las normas sino en principios y valores. Así, el principio de legalidad cede el paso al principio de constitucionalidad, principio éste que resulta expansivo per se (Rodríguez Iturbe, 2013, p. 37).

En fin, la Constitución viviente, es una forma de interpretación constitucional en contraposición a la teoría textualista (Zagrebelsky, 2007):

La Constitución viviente es la experiencia cotidiana de las cortes. En práctica, posiciones originalistas son en efecto sostenidas (por ejemplo, a través de la remisión a los trabajos preparatorios), pero esto es solamente una retórica argumentativa entre otras, para sostener esta o aquella interpretación de la Constitución, conforme a la expectativa no del mundo que fue, sino del mundo de hoy, según la visión del interprete. Aquí interesa la coloración político-judicial. Como regla general, la constitución viviente gusta más a quien trabaja para la extensión de los derechos y menos a quien opera en dirección opuesta y lo contrario vale para la constitución originaria (Zagrebelsky, 2007, p. 97).

3.3.1. Derechos de identidad de género

Con el fin de comprobar la generación de derechos, se intentará ilustrar la *creación de derechos* para las parejas del mismo sexo, tales como el derecho a conformar una familia junto con la posibilidad de la adopción de menores de edad y al reconocimiento de derechos patrimoniales, decisiones en las cuales, a nuestro entender, la interpretación del Alto Tribunal desbordó la literalidad del texto constitucional, sin desconocer favorablemente, los derechos que se le concedieron a esta minoría.

Para empezar, a nuestro juicio, la *generación de derechos patrimoniales*, fue un avance en materia de igualdad para esta minoría, al declarar la constitucionalidad de la Ley 54 de 1990, conforme a la Sentencia C-075 de 2007, puesto que la Corte Constitucional⁷², dispuso que el “régimen de las sociedades patrimoniales de hecho previsto originalmente para las uniones maritales de hecho, se debe aplicar a las uniones homosexuales” (Sentencia C-075, 2007). Sin embargo, creemos que no se emitieron argumentos explicativos de la norma, para conceder este derecho, simplemente se indicó que la norma, también aplicaba para las parejas homosexuales:

Quiere esto decir que la pareja homosexual que cumpla con las condiciones previstas en la ley para las uniones maritales de hecho, esto es la comunidad de vida permanente y singular, mantenida por un periodo de al menos dos años, accede al régimen de protección allí dispuesto, de manera que queda amparada por la presunción de sociedad patrimonial y sus integrantes pueden, de manera individual o conjunta, acudir a los medios previstos en la ley para establecerla cuando así lo consideren adecuado (Sentencia C-075, 2007).

A pesar de la imperceptible argumentación de la Sentencia C-075 de 2007, el magistrado Jaime Araujo Rentería, en su salvamento de voto, confirma nuestra opinión, pues aduce que no se hizo un pronunciamiento profundo, sino que se basó en un juicio político:

Así mismo, no puedo dejar de resaltar el elemento político que, a mi juicio, se hace patente en la presente decisión, y es la estrategia de hacer pequeños cambios y pequeñas concesiones en derechos para que todo siga igual, lo cual obedece a la conocida consigna ‘cambiamos para que todo siga igual’, y que por tanto evita un cambio verdadero y real respecto del reconocimiento de derechos. En este sentido, considero que esta sentencia es aparentemente progresiva, pero en realidad es retardataria por cuanto no otorga sino las migajas de los derechos que debían reconocerse de manera plena a los homosexuales, ya que si se va a tocar la norma es para restablecer la libertad y la igualdad completamente y no a medias (Sentencia C-075, 2007).

⁷² Consideró la Corte Constitucional que la ausencia de “protección en el ámbito patrimonial para la pareja homosexual resulta lesiva de la dignidad de la persona humana, es contraria al derecho libre desarrollo de la personalidad y comporta una forma de discriminación por la Constitución”, pero declaró la exequibilidad de la Ley, en el entendido de que el régimen patrimonial también aplica para las parejas homosexuales (Sentencia C-075, 2007).

Seguidamente, la *generación de derechos a la salud*, fue concedido con fundamento en la Sentencia C-811 de 2007, con ponencia del magistrado Marco Gerardo Monroy, que declara la exequibilidad condicionada del artículo 163 de la Ley 100 de 1993, en el entendido de que el “Plan Obligatorio de Salud comprende no solo al compañero permanente del afiliado con el que mantenga una unión marital de hecho superior a los dos años, sino también a los compañeros con los que conformen una unión homosexual durante el mismo término” (Sentencia C-811, 2007).

En efecto, la decisión de la Corte Constitucional no construyó un análisis argumentativo del texto demandado, por el contrario, se limitó a ampliar su interpretación fuera del texto literal. Opinión que se confirma, en el salvamento de voto del magistrado Jaime Araujo Rentería, “el fallo tiene un carácter limitado y restringido” (Sentencia C-811, 2007).

En cuanto a los *derechos al sistema pensional*, la Sentencia C-336 del 16 de abril de 2008⁷³, con ponencia de la magistrada Clara Inés Vargas, se expone que también son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, las parejas del mismo sexo del pensionado fallecido, de acuerdo a la normatividad aplicable a las uniones maritales, “pese a que no exista reglamentación específica sobre el tema” (Sentencia C-336, 2008):

En tercer lugar, la Sala considera que llegado el momento de ponderar las decisiones del legislador respecto de los derechos intrínsecos e inherentes del ser humano, se debe tener en cuenta el sistema axiológico propio del Estado social de derecho, al interior del cual existen valores, principios, disposiciones y normas que prevalecen, entre ellos los relacionados con la protección a la dignidad de la persona humana, el pluralismo, el libre desarrollo de la personalidad y su corolario, esto es la libertad de opción sexual, los cuales, desde una perspectiva constitucional, no pueden resultar abolidos en beneficio de derechos e intereses jurídicamente subalternos, como serían la defensa a ultranza de la libertad de configuración legislativa y, derivada de ésta, la posibilidad de excluir del sistema de seguridad social en pensiones a un grupo de la sociedad habitualmente discriminado como lo es la comunidad homosexual (Sentencia C-336, 2008).

⁷³ Se declaró exequible las normas demandadas “en el entendido que también son beneficiarias de la pensión de sobrevivientes las parejas permanentes del mismo sexo cuya condición sea acreditada en los términos señalados en la sentencia C-521 de 2007 para las parejas heterosexuales” (Sentencia C-336, 2008).

En relación con el *reconocimiento del derecho al vínculo familiar*, la Corte Constitucional (Sentencia C-577, 2011) con ponencia del magistrado Gabriel Mendoza Martelo, declaró la exequibilidad del artículo 113 del Código Civil, con fundamento en que el texto literal normativo, no excluye de que la familia pueda estar conformada por dos personas del mismo sexo. La lectura que hizo la Corte Constitucional de la “nueva familia”⁷⁴, se justificó en los derechos de igualdad, libre desarrollo de la personalidad, el derecho comparado y la idea de constitución viviente:

La interpretación evolutiva no se produce, entonces, de manera súbita e inconsulta, sino como el resultado de un proceso que progresivamente ha conducido a ajustar el sentido de las cláusulas constitucionales a las exigencias de la realidad o las inevitables variaciones, proceso que ya había sido objeto de consideración en la Corte y cuya ocurrencia está prevista en la jurisprudencia constitucional al explicar el concepto de constitución viviente (Sentencia C- 577, 2011).

Por esta razón, la Corte Constitucional (Sentencia C-577, 2011) concluyó en que el legislador, es quien debe regular la materia, pues la identidad de una familia no es exclusivamente el vínculo entre heterosexuales, sino que también de los vínculos estables por personas del mismo sexo. En suma, exhortó al Congreso de la República para que tramitara la reglamentación, indicando que, si al 20 de junio de 2013 no se hubiere realizado, las parejas podían acudir ante un juez o un notario, y para estas últimas autoridades les indicó que estaban obligadas a cumplir lo decidido por el Alto Tribunal. En pocas palabras, la Corte Constitucional, no dio cumplimiento a las exigencias del principio democrático, debido a que dio una orden a las autoridades administrativas y judiciales, decisión que resulta omnipotente y sin límite⁷⁵.

⁷⁴ La Corte Constitucional de la misma manera, indicó que la familia constitucionalmente no es solo la que nace con el matrimonio, debido a que “la familia que surge de la unión libre también es merecedora de protección constitucional y la Constitución la pone en un plano de igualdad con la que tiene su origen en el matrimonio, porque el Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia”. Así mismo, extendió el concepto a la familia de crianza, familia extendida, familia monoparental, familia ensamblada, a través de las cuales se puede garantizar los derechos del menor, y no solo con la familia biológica (Sentencia C-577, 2011).

⁷⁵ Corte Constitucional en Sentencia C-577 (2011), precisa: “En esta última hipótesis el Congreso de la República conservará su competencia legislativa sobre la materia, pues así lo impone la Constitución, pero tratándose de jueces y notarios es necesario indicar que ya no están de por medio las exigencias del principio democrático, sino el cumplimiento de funciones destinadas a hacer efectivos los derechos constitucionales fundamentales de los asociados, por lo cual su actuación no se ordena a título de colaboración o a la manera de una concesión graciosa, sino que puede ser exigida como cumplimiento de la Constitución misma y bajo el apremio del carácter vinculante de lo que aquí se ha decidido y

La Procuraduría General de la Nación, en su momento se opuso a la decisión contemplada en la Sentencia C-577 de 2011, puesto que, con la interpretación dada al caso, se dio paso al “*deseo*”, como un nuevo derecho fundamental (Mora Restrepo, 2013):

En Colombia se ha presentado, de manera gradual pero sostenida, una verdadera transformación de todo el sistema de fuentes del derecho, como consecuencia de una autoatribución de funciones que ha realizado la Corte Constitucional, generando un verdadero *giro copernicano, radical*, mediante el cual no solamente dice qué es derecho y qué no es, sino que además prohíbe que entre sus decisiones y la Constitución misma, interpretada, desde luego, por ella, se interponga siquiera una hoja de papel. En sus propios términos, el procurador sostiene que ‘entre la Constitución y la Corte Constitucional no hay ya nada que sirva de intermediario porque una, la Constitución, y otra, la Corte, son ahora la misma realidad’ (...) El deseo, en este caso, de dos hombres o dos mujeres de conformar una familia. El deseo que, por qué no, mañana podría ser de tres, de cinco o incluso más, o de parientes cercanos entre sí (Mora Restrepo, 2013, p. 6).

Al mismo tiempo, Mora Restrepo (2013) comparte la posición del ente disciplinario, en razón a que en la sentencia C-577 de 2011, se dejó textualmente abierta esta posibilidad, del *deseo*:

Contando con estos ‘avances’ jurisprudenciales, todo parece constitucionalmente posible, porque no existen criterios de realidad que soporten las instituciones humanas, más allá de los deseos ‘gaseosos’ y minoritarios que puedan surgir paulatinamente en el seno de las sociedades contemporáneas. De parte de jueces constitucionales como los actuales, cualquier cosa puede ser posible. Porque las realidades que tenemos - sean ellas normativas, naturales, históricas, científicas o culturales - simplemente ‘no son’ en cuanto tales, sino que ahora pueden ser deconstruidas y construidas de nuevo por el querer de grupos e intereses de cualquier tipo. El deseo que marca las tendencias jurídicas del momento, no interesa - al amparo de ‘la diversidad’ y el ‘pluralismo’ y al compás del atemorizante discurso de la discriminación (Mora Restrepo, 2013, p. 6).

de la obligatoriedad propia de una sentencia constitucional dotada de efectos *erga omnes* y que hace tránsito a cosa juzgada constitucional” (Sentencia C- 577, 2011).

Por otro lado, en relación con *el derecho a la adopción*, en la Sentencia C-814 del 2 de agosto de 2001⁷⁶, con ponencia del magistrado Marco Gerardo Monroy Cabra, la Corte Constitucional al analizar el numeral del artículo 90 del Decreto Ley 2737 de 1989 “Código del Menor”⁷⁷, dedujo que la literalidad del texto solo permite una interpretación, la cual consiste en que un hombre y una mujer, ya sea en matrimonio o unión marital de hecho pueden adoptar, si han convivido más de tres años. Aunado a lo anterior, la Corte Constitucional (Sentencia C-814, 2001) estableció que la norma acusada no contraviene con el artículo 42 de la Constitución Política, pues aduce que el constituyente primario solo consagra y protege la familia heterosexual (pareja monogámica de diferente sexo), sin pronunciarse a otro tipo de uniones, por esta razón no habría discriminación⁷⁸.

Entre tanto, los magistrados Manuel José Cepeda, Jaime Córdoba Triviño y Eduardo Montealegre, salvaron su voto parcialmente (Sentencia C-814, 2001), ya que consideraron que el texto no conlleva a esa interpretación. Concluyeron, que la Constitución Política de 1991 busca que todos los colombianos sean reconocidos, sin desconocer su cultura, sus tradiciones, su orientación sexual, en virtud de su espíritu pluralista, democrático y diverso:

Para quienes salvamos el voto, cuando el primer inciso del artículo 42 establece como vía para constituir la familia la ‘voluntad responsable de conformarla’, se introduce al texto

⁷⁶ Esta Sentencia fue votada a favor por los Magistrados Gerardo Monroy Cabra, Alfredo Beltrán Sierra, Rodrigo Escobar Gil, Álvaro Tafur Galvis, Clara Inés Vargas. Los Magistrados que votaron en contra fueron Manuel José Cepeda, Jaime Córdoba Triviño, Eduardo Montealegre y Jaime Araujo Rentería.

⁷⁷ “2. La pareja formada por el hombre y la mujer que demuestre una convivencia ininterrumpida de por lo menos tres (3) años. Este término se contará a partir de la separación legal de cuerpos, si con respecto a quienes conforman la pareja o a uno de ellos, estuviere vigente un vínculo matrimonial anterior” (Decreto Ley 2737, 1989, art. 90).

⁷⁸ Corte Constitucional en la Sentencia C-814 (2001) expone: “Aparentemente, con lo dispuesto por la disposición acusada se produciría un desconocimiento del principio de igualdad, si se la examina únicamente en relación con el artículo 13 de la Carta, que expresamente habla de que no habrá discriminaciones por razón del sexo. No obstante, en el artículo 42 el constituyente protege sólo una forma de familia, excluyendo otras formas de convivencia afectiva, y en el 44 hace prevalentes los derechos de los niños. De donde se concluye que el interés superior del menor es de formar parte de la familia que el constituyente protege. Evidentemente, se presenta un conflicto entre el derecho a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad de los homosexuales o de otras personas que convivan en uniones afectivas no constitutivas de familia a la luz de la constitución, que pretenden adoptar, y el derecho del menor a formar parte de una familia protegida por la Constitución y no de otra. No obstante, esta tensión de derechos es resuelta por la misma Carta, que en su artículo 44 señala perentoriamente la prevalencia de los derechos de los niños sobre los de los demás. Así las cosas, puede decirse que la restricción aludida emana de las propias normas superiores, y que la disposición parcialmente acusada se limita a recoger la solución constitucional. En tal virtud, será declarada su exequibilidad” (Sentencia C-814, 2001).

constitucional una concepción amplia de familia que permite proteger formas diversas a la constituida mediante matrimonio. Contempla, por ejemplo, la mujer soltera con hijos (mujer cabeza de familia, protegida especial y expresamente por el artículo 43 de la Constitución); las parejas en unión libre, homosexuales y heterosexuales; todas aquellas formas de organización familiar diferentes que provengan de visiones culturales o religiosas constitucionalmente protegidas; o aquellas que puedan ser previstas o reconocidas por el legislador como tales. Todos los colombianos, sin importar el color de su piel, su clase social, la cultura a la que pertenezcan o si son homosexuales, tienen derecho a conformar una familia por el ejercicio de su voluntad siempre que ésta sea responsable (Sentencia C-814, 2001).

No obstante, la Corte Constitucional (Sentencia SU-617, 2014) al resolver el caso de una pareja conformada por dos mujeres, cambió su interpretación de familia heterosexual, como condición para la adopción: “se estableció que la orientación sexual o el sexo de la pareja no puede ser un impedimento en el proceso administrativo de adopción” (Sentencia SU-617, 2014). De forma similar, conforme a la Sentencia C-071 de 2015, con ponencia del magistrado Jorge Iván Palacio, *concedió* la adopción a parejas homosexuales, cuando el hijo sea biológico, bajo el supuesto de fijar el mismo término homoparental para el hogar de una pareja lesbiana, como para el hogar gay⁷⁹.

En contra de la adopción homoparental, la Procuraduría General de la Nación expuso que el Alto Tribunal no podía ampliar el significado de las cláusulas y normas constitucionales: “el intérprete deja de ser el guardián de la Constitución y el hermeneuta de ésta (sometido a la Constitución) y pasa a ser constituyente” (Sentencia C-071, 2015), continúa afirmando que la Corte Constitucional no puede hacer la aplicación analógica extensiva a las parejas del mismo sexo, pues es competencia del legislador en atención al principio democrático. Además, el Ministerio Público se refirió a la Sentencia C-577 de

⁷⁹ Se observa que las únicas intervenciones que trataron el tema con relación al texto constitucional, fueron la Defensoría del Pueblo cuando al intervenir adujo “a pesar de que el tenor literal de las normas acusadas no excluye de la adopción a las parejas del mismo sexo, ello no implica que la Corte no deba pronunciarse sobre su alcance e interpretación” (Sentencia C-071, 2015) y el Grupo de Investigación de la Universidad Javeriana, cuando sostiene que las “expresiones acusadas son contrarias a la Constitución” (Sentencia C-071, 2015), puesto que los demás intervenciones fueron narrativas históricas, estudios científicos y juicios morales sobre la adopción homoparental.

2011, al indicar que no se entiende como de un mismo texto se puede derivar razonablemente dos interpretaciones opuestas, sin que el texto haya sido objeto de reforma constitucional.

En resumen, la Sentencia C-071 de 2015 estudia las diversas formas de adopción homobiparental y concluye que la “interpretación evolutiva”, se produce como resultado de un proceso de ajuste a la realidad:

Que progresivamente ha conducido a ajustar el sentido de las cláusulas constitucionales a las exigencias de la realidad o a las inevitables variaciones, proceso que ya había sido objeto de consideración en la Corte y cuya ocurrencia está prevista en la jurisprudencia constitucional al explicar el concepto de constitución viviente, que puede significar que en un momento dado, a la luz de los cambios económicos, sociales, políticos e incluso ideológicos y culturales de una comunidad, no resulte sostenible a la luz de la Constitución, - que es expresión, precisamente, en sus contenidos normativos y valorativos de esas realidades - (Sentencia C-071, 2015).

A nuestro parecer, ese *ajuste*, se convierte en una alteración al texto constitucional. En el Salvamento de voto parcial de la Sentencia C-071 de 2015, los Magistrados María Victoria Calle, Gloria Ortiz y Jorge Iván Palacio, consideraron que la sentencia constituyó una discriminación:

Lo que hizo la Corte en esta oportunidad va mucho más allá. La mayoría de la Sala Plena tomó una ley sobre adopción -que por su texto, su contexto normativo y su historia admitía una lectura igualitaria, en virtud de la cual las parejas del mismo sexo podrían adoptar conjuntamente-, la interpretó en un sentido contrario al texto y sin sustento claro en los demás cánones de interpretación jurídica, para sostener que las parejas del mismo sexo no pueden según la ley adoptar de forma conjunta, y luego reafirmó la validez de esa delimitación hermenéutica por la vía de declarar la exequibilidad pura y simple de los preceptos controlados. Esta decisión se tomó además sin someter las normas controladas a un test estricto de constitucionalidad, a pesar de que según la jurisprudencia clara y pacífica de esta Corte es la metodología indicada de control constitucional para regulaciones (Sentencia C-071, 2015).

Por otra parte, en el transcurso de esta investigación académica, se identificaron varios proyectos de actos legislativos que no fueron aprobados y que finalizaron en el archivo del Congreso de la República. Esta situación, en definitiva, nos permite evidenciar que el legislador no ha querido pronunciarse sobre los derechos detallados anteriormente, de ahí que la Corte Constitucional, esté asumiendo esta competencia a través de los fallos de tutela y sentencias de control de constitucionalidad. A continuación, se presenta una relación de los actos legislativos y de algunos fallos de tutela, relevantes para ilustrar:

Tabla 6. *Proyectos de actos legislativos*

No	PROYECTO AÑO	ASUNTO	PONENTE	GACETA SENADO	TRÁMITE	ESTADO
1	338 de 20 de julio de 2007. Radicado en cámara.	“Por el cual se dictan medidas relativas a la protección social de las parejas del mismo sexo”	Venus Albeiro Silva y Santiago Castro.	214/2007	CAMARA: * Primer Debate: 443/2007 *Segundo Debate:552/2007 Texto de Aprobación en planaria:673/2007 SENADO: * Primer Debate: 255/2008	Archivado en Senado
2	702 del 10 de octubre de 2005. Radicado en Senado.	“Por el cual se dictan medidas relativas a la protección social de las parejas del mismo sexo”	Álvaro Araujo Castro.	130/2005	SENADO: *Primer Debate: 69/2006 * Informe de Comisión: 293/2007 Segundo Debate:173 y 177 de 2006 * Aprobación en Plenaria: 517 y 547/2006 *Informe de Conciliación:290/2007, 416/2007, 293/2007 *Acta No.66 12 de junio 14 de junio 2007 Gaceta No. 415/2007 CAMARA: *Primer Debate: 545/2006 *Segundo Debate: 293/2007 * Informe de conciliación: 293/2007	Negado
3	493 de 01 de septiembre de 2004. Radicado en Senado.	“Por la cual se reconocen la unión de parejas del mismo sexo y sus efectos matrimoniales.”	Piedad Córdoba Ruiz	113/2004	SENADO: *Primer Debate:691/2004	Archivado
4	419 del 22 de agosto de 2001. Radicado en Senado.	"Por la cual se reconocen las uniones de parejas del mismo sexo, sus efectos T.D.C Gaceta 120/04, Anunciado gaceta 154/2004, 205/2004,	Piedad Córdoba Ruiz	85/2001	SENADO: *Primer Debate: 510/2001 *Segundo Debate: 603/2001 *Aprobación en planaria: 189/2002	Archivado en Plenaria

		315/2004 y otros derechos"				
5	494 del 04 de agosto de 2010. Radicado en Senado.	"Por la cual se Reconocen las Uniones de Parejas del mismo Sexo y sus efectos Legales".	Piedad Córdoba Ruiz	73/2010	SENADO: *Primer Debate: 510/2001	Archivado
6	325 del 06 de agosto de 2002. Radicado en Senado.	"Por la cual se reconocen las uniones de parejas del mismo sexo, sus efectos patrimoniales y otros derechos".	Senadora Piedad Córdoba Ruíz	43/2002	SENADO: *Primer Debate: 381/2002 *Segundo Debate: 438/2002 *Aprobación en Plenaria: 484/2003	Archivado en la plenaria del 26 de agosto de 2003 - Acta No. 4
7	343 del 30 de julio de 2007. Radicado en Senado	"Por la cual se dictan medidas relativas a la Protección Social de las Parejas del mismo Sexo y se dictan otras Disposiciones"	Piedad Córdoba Ruiz	6/2007	SENADO	Archivado
8	480 del 31 de julio de 2012. Radicado en Senado.	"Por la cual se establece la institución del matrimonio para parejas del mismo sexo, se modifica el código civil y se dictan otras disposiciones"	Armando Benedetti, Roy Leonardo Barreras Montealegre, y Honorable Representant e Alfonso Prada Gil, Alba Luz Pinilla Pedraza, Wilson Arias Cantillo, Iván Cepeda.	47/2012	SENADO: *Primer Debate: 717/2012 *Segundo Debate: 228/2013	Archivado

Nota: Elaboración propia

Tabla 7. Identificación de Tutelas a favor de la diversidad y orientación sexual

EXPEDIENTE	TUTELA	FECHA	MAGISTRADO PONENTE	DERECHO TUTELADO	AÑO
T-23114	T -097	07/03/1994	Eduardo Cifuentes Muñoz	Derecho a Pertenecer a las Fuerzas Armadas Militares. La condición de homosexual no puede ser motivo para la exclusión de la institución armada.	1994
T-88759	T - 277	20/06/1996	Antonio Barrera Carbonell	Despido de Jardín Infantil a Profesor Homosexual. Se confirma fallo de primera instancia y no se tutela por no existir medios de prueba que acrediten una discriminación en razón a la preferencia sexual.	1996
T-147493	T - 101	24/03/1998	Fabio Moron Díaz	Derecho a la libertad e igualdad en acceso a la Educación por Homosexual. Se revoca fallo de primera instancia y se tutela el derecho a la educación de los actores.	1998
T-270030	T - 268	07/03/2000	Alejandro Martínez Caballero	Diversidad Sexual y libertad en espacio Público. Se revoca fallo de primera instancia y se tutelan los derechos y se garantiza el desfile público de candidatas al reinado nacional "gay"	2000
T-516115	T - 435	30/05/2002	Rodrigo Escobar Gil	Derecho a la libre opción sexual en establecimiento educativo. Se revoca fallo de primera instancia y se tutelaron los derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la intimidad personal y familiar.	2002
T-706697	T - 499	12/06/2003	Alvaro Tafur Galvis	Derecho a Recibir Visita Íntima en la Cárcel. Se confirman los derechos tutelados de libre desarrollo de la personalidad y a la igualdad amparados por el fallo de primera instancia.	2003

T-950466	T - 1096	04/11/2004	Manuel José Cepeda Espinosa	Protección a la libertad Sexual de personas homosexuales reclusas en las Cárceles. Revoca la decisión de primera instancia y tutelan derecho a la salud, integridad física y libertad sexual.	2004
T-818600	T - 301	25/03/2004	Eduardo Montealegre Lynett	Derecho al Uso del Espacio Público. Revocó la decisión de la primera instancia y amparó los derechos fundamentales a la circulación de homosexuales en la Bahía de Santa Marta.	2004
T-1630988	T-856	12/10/2007	Humberto Antonio Sierra Porto	Régimen Contributivo de Salud a compañeros permanentes a partir de la sentencia C-521 de 2007.	2007
T-3102855	T - 909	01/12/2011	Juan Carlos Henao	Besos en público. Se revoca fallo de primera y se tutelan derechos a la no discriminación y a la intimidad. Se presenta Salvamento de Voto de Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, pues se determina que no existen elementos que permitan indicar que la discriminación en razón a la orientación social.	2011
T-3066688	T-717	22/09/2011	Luis Ernesto Vargas Silva	Unión Marital de Hecho entre parejas del mismo sexo. Revoca fallo de primera instancia y tutela los derechos a la personalidad jurídica y al debido proceso.	
T-3.277.032	T - 248	26/03/2012	Jorge Ignacio Pretelt Chaljub	Elimina los criterios de selección de donantes basados en la orientación sexual. Revoca fallo de primera instancia y ampara los derechos a la no discriminación y al libre desarrollo de la personalidad.	2012
T-5.196.402	T - 077	22/02/2016	Jorge Iván Palacio Palacio	Orientación Sexual y cambio de nombre. Se revoca el fallo de primera instancia y se tutelan los derechos a la personalidad jurídica e intimidad.	2015
T - 7.248.855	T - 376	20/08/2019	Cristina Pardo Schlesinger	Derecho a la no discriminación a portadores de VIH y pertenecientes a la comunidad LGBTI	2019

Nota: Elaboración propia

Desde una perspectiva del Derecho Comparado, el magistrado José Roberto Herrera, al aclarar su voto en la Sentencia C-071 de 2015, describió que la adopción para parejas homoparentales surgió desde el poder legislativo, en los siguientes países: Holanda (2001), Noruega (2002), Suecia (2003), España (2005). A diferencia de Brasil y Sudáfrica que se realizó a través del poder judicial, siendo posteriormente refrendado por el congreso y el parlamento, respectivamente. Enfatizando que “no todos los países han acogido la posibilidad de la adopción homo parental integral, algunos como Alemania, solo la permiten, como actualmente Colombia, únicamente cuando la adopción por parejas homosexuales se permite tratándose de la pareja del mismo sexo del padre o madre biológico del adoptado” (Sentencia C-071, 2015).

Pongamos por caso, el Tribunal Constitucional de Perú con la Sentencias N.º 0139-2013 y N.º 001-2018, quién reconoció el derecho a la propia identidad de género y ordenó el proceso de rectificación del sexo en los documentos de identidad, a través de un procedimiento sumario, cuando constitucionalmente el sexo era un elemento inmutable.

Sea otro ejemplo, la Corte Suprema de Argentina que conforme con la Sentencia 2036 del 21 de noviembre de 2006, concedió personería jurídica a la Asociación de Lucha por la Identidad Travesti - Transexual, cuando anteriormente se había negado el reconocimiento a una comunidad homosexual.

Asímismo, el Tribunal Constitucional español con la Sentencia 198 de fecha 6 de noviembre de 2012⁸⁰, con ponencia del magistrado Pablo Pérez, avaló el matrimonio homosexual, desde una interpretación evolutiva, entendiendo a la Constitución como un *árbol vivo*, debido a que el texto fundamental se debe leer “a la luz de los problemas contemporáneos y de las exigencias de la sociedad actual” (Sentencia 198, 2012). Argumenta el Alto Tribunal, que el matrimonio heterosexual no es el único constitucionalmente legítimo, pues el artículo 32 constitucional se debe interpretar de la siguiente manera: “el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica” (Sentencia 198, 2012), máxime si se tiene en cuenta que el matrimonio en la Constitución es una institución, pues también es un derecho constitucional. De igual manera, da viabilidad a la adopción para familias del mismo sexo:

Se recuerda que la Constitución es un árbol vivo que a través de una interpretación evolutiva se acomoda a las realidades de la vida moderna como medio para asegurar su propia relevancia y legitimidad (...) Aunque la dicción literal del precepto no se refiere al sexo de los adoptantes, en la práctica hace posible que los hijos adoptados por un *único* progenitor, homo o heterosexual, puedan ser posteriormente adoptados también por su cónyuge, dándose cabida a la regularización de familias homoparentales, ya existentes o futuras, a través de la adopción de los hijos comunes por parte del cónyuge que no hubiera podido adoptar previamente a esos hijos. Por tanto, esta nueva redacción permite la adopción conjunta y simultánea por parte de todas las parejas casadas independientemente del sexo de los cónyuges (...) debemos recordar que matrimonio y familia son dos bienes constitucionales diferentes, que encuentran cabida en preceptos distintos de la Constitución por voluntad expresa del constituyente, de modo que el texto constitucional no hace depender exclusivamente el concepto constitucional de familia a la

⁸⁰ La Sentencia 198 de 2012, estudió el recurso de inconstitucionalidad de la Ley 13 del 2 de julio de 2005, reguló el matrimonio entre personas del mismo sexo, modificando el Código Civil.

que tiene su origen en el matrimonio (...) ni tampoco la limita a las relaciones con descendencia (Sentencia 198, 2012).

Vale la pena destacar, que España fue el tercer país del mundo en permitir legislativamente el matrimonio homosexual. Como voto particular (Salvamento de voto, Sentencia 198, 2012) está el del magistrado español Ramón Rodríguez, quien consideró que la *interpretación evolutiva* para regular el matrimonio entre personas del mismo sexo, debió ser una cuestión estatal, y no como fue interpretada por el Alto Tribunal:

Realiza una verdadera filigrana para eludir hablar de sexo al definir el matrimonio, con lo que, a primera vista, éste podría constituirse entre un tío y un sobrino al prescindir absolutamente del componente biológico (o antropológico, si se quiere) ínsito en el matrimonio (...) no resulta indiferente que en lugar de tener un padre y una madre o solo un padre o solo una madre, para sustituir la pérdida o abandono de los naturales, se encuentre con que tiene dos padres y ninguna madre o dos madres y ningún padre o haya que convertir a una mujer en padre o a un hombre en madre (Sentencia 198, 2012).

En otro caso, el Tribunal Español con la Sentencia 55 del 11 de marzo de 2013, anuló la disposición legal de obtener la pensión en caso de que se hubieran tenido hijos comunes, pues consideró, que tal requisito era discriminatorio e imposible de cumplir para las parejas homosexuales. Finalmente, se quiere resaltar la Sentencia 836 del 15 de enero de 2014 del Tribunal Supremo de España, la cual autorizó que un menor de edad quedara registrado con dos madres en el Registro Civil, argumentando que existía una “distinción entre realidad biológica y voluntad de las partes para reconocer el derecho de filiación con respecto a un hijo no biológico” (Sentencia 836, 2014), saliendo de la interpretación normativa. De acuerdo, a Barber (2014) la argumentación del fallo, realizó una novedosa al interés del menor, ““el curso de la acción ejercitada no escapa a la ponderación o ajuste que debe realizarse conforme a aquél”, representando al tiempo ‘un control o contrapeso para advenir el alcance del consentimiento prestado por la conviviente de la madre biológica’” (Barber, 2014, p. 100).

3.3.2. Derechos reproductivos

Según nuestro punto de vista, la Corte Constitucional ha reconocido el *derecho de Reproducción - asistido*, -derecho-, que no se encuentra literal ni explícitamente en el texto constitucional, aduciendo que está implícito en los derechos fundamentales a la vida digna, igualdad, libre desarrollo de la personalidad, salud y a la vida privada. Para ello, en primer lugar, se identificará las posiciones del Alto Tribunal frente al reconocimiento o no del derecho a la reproducción mediante la fecundación in vitro y en segundo lugar, se realizará una breve descripción desde el Derecho Comparado.

Para iniciar, la Corte Constitucional en Sentencia T-528 del 18 de julio de 2014, resalta que la Organización Mundial de la Salud ha considerado a la infertilidad como una enfermedad y por tanto, se debe suministrar su tratamiento. Sin embargo, Salazar (2015) aduce que en Colombia se negaba al afiliado del Sistema de Seguridad Social su acceso, pese a contar la más avanzada tecnología en reproducción asistida:

La Comisión Reguladora de Salud delimita los servicios a los cuales tienen derecho de acceder los colombianos sin importar el régimen al cual pertenezcan, es decir, se encarga de definir y actualizar puntualmente todo lo referente al Plan Obligatorio de Salud. De conformidad a lo anterior, la Resolución 5521 del 27 de diciembre de 2013 emitida por dicha Comisión excluyó del Plan Obligatorio de Salud aquellos procedimientos que no se encuentren encaminados a proporcionar un diagnóstico, tratamiento o recuperación de una enfermedad. En el numeral cuarto de las exclusiones específicas del Plan Obligatorio de Salud, se determinó que el tratamiento para la infertilidad no sería financiado por la Unidad de Pago por Capitación (UPC), es decir, que el sistema de seguridad social no tendrá la obligación de suministrar el procedimiento adecuado para contrarrestar los efectos de esta enfermedad y por tanto cualquier método de reproducción asistida debía ser sufragado de forma particular, como es el caso de la ‘fecundación In Vitro’ (Salazar, 2015, p. 50).

Ahora bien, en relación con el reconocimiento del *derecho reproductivo mediante la fecundación in vitro*, la Corte Constitucional ha adoptado diferentes posturas en el tiempo,

iniciando con la negativa del procedimiento, posteriormente accedió al él bajo unos presupuestos específicos y con posterioridad ordenó su práctica y regulación con base a la legislación internacional. Como resultado de lo anterior, tenemos las Sentencias T-946 de 2002⁸¹ y T-752 de 2007 con ponencia de la magistrada Clara Inés Vargas; T-512 de 2003 con ponencia del magistrado Eduardo Montealegre Lynett; T-424 de 2009 con ponencia del magistrado Jorge Ignacio Pretelt; T-633 de 2010 con ponencia de Maria Victoria Calle⁸²; T-550 de 2010 con ponencia de Humberto Antonio Sierra y T-009 de 2014 con ponencia de Nilson Pinilla Pinilla, las cuales hacen parte del grupo que estableció la improcedencia de incluir el tratamiento de fecundación in vitro en el Plan Obligatorio de Salud⁸³ y determinaron que la Constitución Política no consagró garantizar el derecho de reproducción, por ende, el Estado no está obligado a garantizarlo:

a) En los casos en los cuales la causa de la solicitud de atención médica es la infertilidad misma, la Corte Constitucional ha negado la procedencia de la tutela, con los siguientes argumentos: son fundamentales los derechos contenidos en el capítulo I del título II de la Constitución; que el derecho a la salud está consagrado en el capítulo II del título II de la Carta y, por lo mismo, no es fundamental; que, por otra parte, la salud es per se un derecho prestacional y, por lo tanto, no puede ser calificado como fundamental; que los derechos prestacionales únicamente se protegen mediante tutela cuando, por conexidad, se viola un

⁸¹ La Corte Constitucional en Sentencia T-946 de 2002, revoca la sentencia de Segunda Instancia la cual había amparado el derecho. Se niega el tratamiento, se aduce que es imposible ampliar la cobertura del Plan Obligatorio de Salud y el tutelante no tiene en riesgo el derecho a la salud y que si bien la Constitución Política dispone protección del Estado para la mujer en el embarazo y el parto “ese deber de asistencia y protección opera siempre que la procreación sea posible y sólo impone el deber de no obstruir o limitar el derecho de la mujer a procrear”, es decir la conformación del núcleo familiar, no es una obligación que deba garantizar el Estado a través de los Planes Obligatorios de Salud (Sentencia T-946, 2002).

⁸² La Corte Constitucional con Sentencia T-633 de 2010, revocó las decisiones de segunda instancia que habían tutelado el derecho a la reproducción, pues consideró el Alto Tribunal que se incurrió en un error al considerar que las EPS habían iniciado los tratamientos de fertilidad a los accionantes (Sentencia T-633, 2010).

⁸³ En el literal c) del artículo 18 de la Resolución 5261 de 1994 del Ministerio de Salud, se establece que los tratamientos para la infertilidad se encuentran excluidos del Plan Obligatorio de Salud del Régimen Contributivo: “Artículo 18. DE Las exclusiones y limitaciones del Plan Obligatorio de Salud: En concordancia con lo expuesto en artículos anteriores y para poder dar cumplimiento a los principios de universalidad, equidad y eficiencia enunciados en la Ley 100 de 1993, el plan obligatorio de salud tendrá exclusiones y limitaciones que en general serán todas aquellas actividades, procedimientos, intervenciones y guías de atención integral que no tengan por objeto contribuir al diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad; aquellos que sean considerados como cosméticos, estéticos o suntuarios, y aquellos que expresamente se definan por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, incluyendo los que se describen a continuación: (...) C. Tratamientos para la infertilidad” (Resolución 5261, 1994, art. 18). Afirma la Corte Constitucional en Sentencia T-644 de 2010 que dicha exclusión se da para cumplir los principios de universalidad, equidad y eficacia de la Ley 100 de 1993, “la exclusión encuentra su justificación porque los tratamientos para la esterilidad resultan ser muy costosos y, por regla general, no pueden ser asumidos por el sistema de seguridad social en salud por cuanto afectarían el equilibrio financiero que lo rige” (Sentencia T-644, 2010).

derecho fundamental; que el derecho a la salud única y exclusivamente se protege por vía de tutela cuando se viola el derecho fundamental a la vida; que, de conformidad con los tratados de derechos humanos adoptados en el marco interamericano, al igual que el Pacto Internacional de Derecho Económicos, Sociales y Culturales, los derechos prestacionales son de desarrollo progresivo, razón por la cual su prestación efectiva se difiere a la existencia de recursos; que la protección a la maternidad se extiende a las facultades procreativas de la mujer, únicamente en el evento en que, de manera natural, sea apta para gestar; y, finalmente, dado que el no tratamiento de la infertilidad no pone en peligro la vida de la mujer, no se presenta violación de derecho fundamental alguno (Sentencia T-512, 2003).

A contrario sensu, se evidencia un cambio de postura de la Corte Constitucional con las Sentencias T-226 del 23 de marzo de 2010 y T-644 del 19 de agosto de 2010, pues accedió a través de la acción de tutela amparar el derecho de reproducción, siempre y cuando se cumplieran ciertas condiciones. En pocas palabras, la Sentencia T-226 de 2010, con ponencia del magistrado Mauricio González Cuervo, *reconoció* como derechos humanos⁸⁴ y derechos constitucionales a los derechos reproductivos y autorizó excepcionalmente el tratamiento de fertilidad, esto significa, que creó el derecho de reproducción asistido⁸⁵, ampliando la literalidad del texto constitucional. En esta oportunidad, el Alto Tribunal, además analizó los antecedentes, en los cuales se habían negado los procedimientos:

⁸⁴ La ONU en su IV Conferencia Mundial realizada en 1991, definieron los derechos reproductivos como derechos humanos: “los derechos reproductivos abarcan ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en las leyes nacionales, en los documentos internacionales sobre derechos humanos y en otros documentos pertinentes de las Naciones Unidas aprobados por consenso. Esos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre éstos y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. También incluye su derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia, de conformidad con lo establecido en los documentos de derechos humanos” (ONU, 1994).

⁸⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-226 (2010), expone: “Como se puede observar, en los anteriores precedentes, se ordenó el tratamiento médico solicitado – ninguno de ellos fertilización in Vitro- porque atacaban la causa de la infertilidad de las mujeres solicitantes. En los casos bajo estudio, los dictámenes médicos no buscan abordar la causa de la infertilidad, posiblemente por imposibilidad de hacerlo, sino llegar a un proceso de fertilización a través de medios externos, es decir a través de la fertilización in Vitro. 5.2.4. En otras palabras, la protección excepcional que ha otorgado la Corte Constitucional en la realización de un tratamiento de fertilidad, tiene como objeto esencial sanear o curar la causa que produce la infertilidad o al menos intentar hacerlo; por cuanto lo que se ataca es la enfermedad que afecta la salud, la vida o la integridad física de la mujer; eventos estos en los cuales se ha concedido el amparo. Por el contrario, el antecedente jurisprudencial indica que cuando lo que se pretende es producir la fertilidad de manera externa la protección solicitada ha sido negada” (Sentencia T-226, 2010).

La Corte Constitucional⁸⁶ ha indicado que la acción de tutela no procede para solicitar tratamiento de fertilidad, por cuanto estos se encuentran excluidos del POS y además por cuanto no conforman una obligación a cargo del Estado (1) el alto costo de este tipo de tratamientos supone una disminución en el cubrimiento de otras prestaciones prioritarias⁸⁷; (2) el derecho a la maternidad en la constitución implica un deber de abstención del estado de intervenir en las decisiones relativas a la procreación y unas obligaciones positivas, como la protección de la mujer embarazada o la estabilidad laboral reforzada, que no incluyen el deber de suministrar tratamientos que permitan la procreación⁸⁸ (3) la exclusión del POS de los tratamientos de fertilidad es un ejercicio legítimo de la libertad de configuración normativa⁸⁹ (Sentencia, T-226, 2010).

Al mismo tiempo, la Sentencia T-644 de 2010, con ponencia del magistrado Luis Ernesto Vargas, revocó las decisiones de los jueces de instancia y ordenó dar continuidad al tratamiento de fertilización *in vitro* iniciado por la IPS y requerido por la accionante, incluyendo los exámenes diagnósticos y los medicamentos necesarios para llevar a feliz término la implantación del embrión en el útero⁹⁰. Finalmente, la Sentencia T-968 de 2009, con ponencia de la magistrada María Victoria Calle, confirma el fallo de la Sala Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia y fija los parámetros que debe tener en cuenta el legislador, para regular las técnicas de reproducción humana asistida.

El tercer momento de los derechos reproductivos, lo resaltamos con la Sentencia T-274 del 12 de mayo de 2015, con ponencia del magistrado Jorge Iván Palacio Palacio, pues,

⁸⁶ Sentencia T-870 de 2008.

⁸⁷ Sentencia T-946 de 2007.

⁸⁸ Sentencia T-1104 de 2000.

⁸⁹ Sentencia T-752 de 2007.

⁹⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-644 (2010), expone: “Para la Corte, no cabe duda que esa falta de autorización de los medicamentos desconoció el principio de integralidad que rige la prestación de los servicios de salud, pues la entidad responsable -entiéndase Cosmitet Ltda- si bien autorizó una parte del tratamiento denominado fertilización *in vitro* con óvulo donado, fraccionó, separó y suspendió abruptamente el procedimiento obligando a la actora a asumir de su escaso peculio, las medicinas que requería con necesidad, según lo informó el galeno tratante del Centro Fecundar. De esta forma, el tratamiento contra la infertilidad que fue iniciado, autorizado y asumido con el beneplácito de Cosmitet Ltda., al ser interrumpido súbitamente, violó el principio de continuidad en la prestación del servicio y trajo como consecuencia directa que el 10 de octubre de 2009, se identificara la muerte del embrión implantado y que la actora tuviera que someterse a un legrado, ello sin contar las nefastas implicaciones psicológicas y familiares que acarreó el suceso” (Sentencia T-644, 2010).

por primera vez ordenó la práctica del tratamiento⁹¹ y resolvió el problema de si se vulnera o no los derechos a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad⁹², por negarse la autorización de tratamiento de fertilización in vitro, como única posibilidad de procrear de manera biológica y por no contemplarse, en el Plan Obligatorio de Salud:

En definitiva, la jurisprudencia de la Corte Constitucional y distintos pronunciamientos de organismos internacionales han señalado que el ejercicio de los derechos reproductivos supone el reconocimiento, el respeto y la garantía de la facultad que tienen las personas de decidir libremente sobre la posibilidad de procrear o no, cuándo y con qué frecuencia, así como la libertad de decidir responsablemente el número de hijos. La injerencia injustificada sobre este tipo de decisiones trae consigo la limitación en el ejercicio de otros derechos fundamentales como la libertad y la autodeterminación, el libre desarrollo de la personalidad, la intimidad personal y familiar y el derecho a conformar una familia (Sentencia T-274, 2015).

Al mismo tiempo, encontramos en este grupo, la Sentencia SU-074 de 2020⁹³, la cual concluye, que al no completarse el papel del legislador con la promulgación de la Ley 1953 de 2019⁹⁴, le corresponde a ella asumirlo:

⁹¹ Siguiendo en ese orden, el Alto Tribunal con la Sentencia T-306 del 15 de junio de 2016, con ponencia del magistrado Gabriel Eduardo Mendoza, amparó los derechos fundamentales a conformar una familia, al libre desarrollo de la personalidad y a la igualdad, al ordenar a la EPS conceder el tratamiento de inmunoterapia con leucocitos paternos.

⁹² De la misma manera, el alto Tribunal indicó que si bien es cierto, no es viable conceder el tratamiento de reproducción, no significa que no se pueda lograr su inclusión, “según lo ha reconocido la propia Organización de la Salud, que sí atenta contra el derecho a la igualdad, entendido desde tres perspectivas diferentes (discriminación indirecta en relación con el género, con la condición de discapacidad y con la capacidad económica)” (Sentencia T-274, 2015).

⁹³ La Corporación indica que en circunstancias excepcionales, en las cuales se vean vulnerados o amenazados derechos fundamentales, se financiará parcialmente los tratamientos de reproducción: “posibilidad de financiar la totalidad de los tratamientos de reproducción humana asistida de alta complejidad (fertilización in vitro), incluso para aquellas personas o parejas con infertilidad que tienen la capacidad económica para sufragarlos implica, en estos momentos, un riesgo para la viabilidad del Sistema General de Seguridad Social en Salud y para la garantía de los principios de solidaridad, universalidad, eficiencia y sostenibilidad financiera del sistema. Por tanto, se requiere la intervención del juez constitucional con el objetivo de asegurar la vigencia de dichos mandatos” (Sentencia SU-074, 2020).

⁹⁴ El Gobierno Nacional, expidió la Ley 1953 de 2019, en la cual se establece una política pública de prevención de infertilidad y tratamientos dentro de los parámetros de salud, y ordena al Ministerio de Salud y Prosperidad Social reglamentar el tema, -reglamentación- que a la fecha de hoy no se ha emitido. El artículo 1 de la Ley 1953 de 2019, dispone: “La presente ley tiene como objeto establecer los lineamientos para el desarrollo de la política pública de prevención de la infertilidad y su tratamiento dentro de los parámetros de salud reproductiva”. En el artículo 4 se conmina al Ministerio de Salud y Protección Social a reglamentar el acceso a los tratamientos de infertilidad mediante técnicas de reproducción humana asistida o Terapias de Reproducción Asistida (TRA), cumpliendo con los siguientes criterios: “1. Determinación de Requisitos. Requisitos como edad, condición de salud de la pareja infértil, números de ciclos de baja o alta complejidad que deban realizarse conforme a la pertinencia médica y condición de salud, capacidad económica de la pareja o nivel de Sisbén, frecuencia, tipo de infertilidad. 2. Definición de mecanismos de protección individual para garantizar las necesidades en salud y la finalidad del servicio, y definición de la infraestructura técnica

Corresponde a esta Corporación, en su rol de juez constitucional, garantizar la efectividad de los derechos fundamentales. En el presente caso, ello implica dotar de contenido las categorías que el Legislador definió para el acceso a tratamientos de reproducción asistida de manera provisional, esto es, hasta que el Gobierno Nacional expida el acto administrativo correspondiente. 157. En este orden de ideas, para la Sala es claro que la regulación de las condiciones de acceso a los tratamientos de reproducción asistida debe ser dictada por el Ministerio de Salud. Sin embargo, en el presente caso, corresponde a la Corte dictar algunos lineamientos provisionales que desarrollen los requisitos previstos por el Legislador mientras se expide la reglamentación respectiva por el órgano competentes (Sentencia SU-074, 2020).

Igualmente, en la aclaración de voto de la magistrada Cristina Pardo Schlesinger (Sentencia T-316 del 2 de agosto de 2018)⁹⁵, ya se había hecho referencia a la imposibilidad que tiene el Alto Tribunal de inmiscuirse en políticas públicas, a causa de la ausencia del legislador en este tema⁹⁶:

De la práctica de la fertilización *in vitro*, se desprenden consecuencias jurídicas que básicamente configuran una laguna legislativa en Colombia. El legislador estatutario no ha regulado cuestiones como: i) la donación de óvulos; ii) la congelación de embriones sobrantes; iii) la filiación legal que resulta de la utilización de embriones después de la muerte de los padres; iv) la inexistencia de limitaciones o protocolos para la implantación de óvulos fecundados en vientres distintos de las madres biológicas, lo que es conocido también como ‘maternidad subrogada’ o ‘maternidad sustituta’; v) lo relativo al registro de la identidad de los donantes de espermatozoides u óvulos; vi) el número de descendientes de cada donante; vii) la obligatoriedad en que estarían las entidades promotoras de salud de conseguir óvulos cuando quien solicita la fecundación *in vitro* no

requerida para la prestación del servicio. 3. Los demás que se consideren necesarios para la aplicación de la ley, en el marco del interés general y la política pública” (Ley 1953, 2019).

⁹⁵ La Corporación no accedió al derecho, pues consideró que las certificaciones emitidas por Profamilia no eran los conceptos médicos idóneos, para establecer que la fecundación conjuraría los efectos de salud secundarios que tenía la accionante, de conformidad con la Resolución N.º 3591 de 2016, por medio de la cual se establece el procedimiento de acceso, reporte de prescripción, suministro, verificación, control, pago y análisis de la información de servicios y tecnologías en salud no cubiertas por el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC (Sentencia T-316, 2018).

⁹⁶ En la misma sentencia, encontramos la Aclaración de voto del magistrado, Alberto Rojas Ríos, en el que se indica que la Corte Constitucional debió solicitar a la junta médica de la EPS el concepto médico, en el que se indicara que los padecimientos de salud de la accionante disminuirían con la fecundación y así luego proceder al amparo a los derechos fundamentales a la salud y a la dignidad humana (Sentencia T-316, 2018).

los produce; y, la posibilidad de comercio de óvulos, entre otras. Incluso, no hay una respuesta legal frente a un cambio de paradigma en la reproducción humana a través de la actividad de transferencia de genes. En esa medida, expedir órdenes que lleguen a tener alcance general, por vía de acción de tutela, y que estas a su vez modifiquen la política pública sin que esta haya sido discutida por el legislador estatutario de forma abierta y democrática, implica decidir por anticipado, asuntos que conciernen al Congreso de la República por las consecuencias jurídicas que conllevan (Sentencia T-316, 2018).

Por otra parte, Bonilla y Manosalva (2019) expusieron que el *derecho de reproducción humana*, ha tratado de ser reglamentado en Colombia por el legislador, pero “que por ser un tema álgido y de gran ideología frente a las creencias que puedan concebir algunos parlamentarios, eso ha ocurrido que no prospere y que al final de cada legislatura se termine archivando” (Bonilla y Manosalva, 2019, p. 26). Para ello, se relacionan los proyectos legislativos presentados, que no fueron aprobados:

Tabla 8. *Proyectos de ley sobre derecho de reproducción*

No. PROYECTO DE LEY	FECHA	NOMBRE PROYECTO	ORIGEN	ESTADO
Proyecto de Ley No.47	1998	Por el cual se dictan normas referentes a la aplicación de los métodos científicos de procreación asistida, se modifican algunos artículos del Código Civil y Penal y se dictan otras disposiciones.	Senado	Archivado
Proyecto de Ley 45	2000	Por la cual se dictan normas referentes a la aplicación de los métodos de procreación humana asistida, sobre el genoma humano de nuestra diversidad étnica, se modifican algunos artículos del Código Civil y se dictan otras disposiciones.	Senado	Archivado
Proyecto de Ley 029	2003	Por el cual se modifica el ordenamiento civil regulando lo referente a procedimientos y técnicas de procreación humana asistida y se dictan otras disposiciones.	Cámara	Archivado
Proyecto de Ley 100	2003	Por medio de la cual se reglamenta la inseminación artificial en la legislación colombiana y se dictan otras disposiciones.	Cámara	Archivado
Proyecto de Ley 64	2005	Por medio de la cual se permite el aborto en Colombia cuando el embarazo sea resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas.	Cámara	Archivado

Proyecto de Ley 107	2009	Por la cual se reconoce la infertilidad como una enfermedad, se autoriza su inclusión en el Plan Obligatorio de Salud y se dictan otras disposiciones.	Cámara	Archivado
Proyecto de Ley 109	2013	Por medio del cual se reconoce la infertilidad como enfermedad y se establecen criterios para su cobertura médico asistencial por parte del Sistema de Salud del Estado.	Cámara	Archivado
Proyecto de Ley 082	2015	Por medio del cual se reconoce la infertilidad como una enfermedad, se autoriza su inclusión en el Plan de Beneficios y se dictan otras disposiciones.	Cámara	Ley

Nota: Bonilla, B. E. & Manosalva, C. (2019). Regulación de la fecundación in vitro en Colombia y en el derecho comparado [tesis de especialización, Universidad Libre]. Repositorio Institucional. <https://repository.unilibre.edu.co/handle/10901/15690>

En conclusión, se puede colegir que los derechos reproductivos a través de la fecundación in vitro, no se encuentran de manera literal en el texto de la Constitución Política de 1991, pues su creador ha sido la Corte Constitucional, ante la pasividad del pueblo y el legislador sobre la materia.

Por otro lado, desde el Derecho Comparado se puede observar el atraso legislativo en nuestro país. Con esto queremos decir, que la misma Corte Constitucional en la Sentencia T-528 de 2014, con ponencia de la magistrada María Victoria Calle⁹⁷, exhorta al Gobierno Nacional iniciar una política pública abierta que incluya la posibilidad de ampliar la cobertura del Plan Obligatorio de Salud, con base en una descripción del desarrollo del tema desde el derecho comparado. Pues arguye, que cinco países de la región, “con una situación económica, social y política similares de Colombia, han avanzado en la regulación de las técnicas y los tratamientos de reproducción humana asistida en su inclusión en el sistema público de salud o en los seguros sociales” (Sentencia T-528, 2014):

4.1.1. En Brasil, el Ministerio de Salud mediante la Portaria (Ordenanza) N.º 3149 del veintiocho (28) de diciembre de dos mil doce (2012), destinó recursos financieros a los establecimientos de salud que realizan procedimientos de atención a la reproducción

⁹⁷ La Corte Constitucional concluye que la EPS no vulneró los derechos fundamentales a la igualdad, salud, a la familia pues el tratamiento se encuentra excluido del POS, sin embargo, amparó el derecho a la información y ordenó un acompañamiento a su salud (Sentencia T-528, 2014).

humana asistida, en el ámbito del sistema único de salud (Sistema Único de Saúde - SUS), incluyendo la fertilización in vitro y/o la inyección intracitoplasmática de espermatozoides, bajo las siguientes consideraciones: (...) 4.1.2. En Argentina, el Senado y la Cámara de Diputados de la Nación sancionó el cinco (5) de junio de dos mil trece (2013) la Ley 26.862, cuyo objeto es garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida. Dicha norma incluye en el Programa Médico Obligatorio (PMO) los procedimientos y las técnicas que la Organización Mundial de la Salud define como de reproducción médicamente asistida, entre ellos, la inducción de ovulación; la estimulación ovárica controlada; el desencadenamiento de la ovulación; las técnicas de reproducción asistida (TRA), y la inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con gametos del cónyuge, pareja conviviente o no, o de un donante (...) 4.1.3. En Uruguay, el poder legislativo mediante la Ley N.º 19.167 del doce (12) de noviembre de dos mil trece (2013), reguló las técnicas de reproducción humana asistida acreditadas científicamente, así como los requisitos que deben cumplir las instituciones públicas y privadas que las realizan.

4.1.4. En Chile también se viene avanzando en el tema del acceso a las técnicas de reproducción asistida (TRA). Recientemente se aprobó la ley de reproducción asistida, después de un largo proceso de acercamiento y sensibilización del tema. La Ministra de Salud precisó que se aplicará por etapas “debido al alto costo que implicará para el Estado. En una primera instancia las instituciones del Sistema Nacional Integrado de Salud (SNIS) deberán ofrecer las técnicas de baja complejidad (inseminación artificial y medicación para relaciones sexuales programadas) y solo en algunas excepciones brindarán las de alta complejidad (esencialmente, fertilización in vitro)”. 4.1.5. En México, hasta el momento no se ha regulado el derecho a la planificación familiar en el aspecto referente a la fertilización como una prestación pública a cargo del erario popular, pues aún está en la fase de discusión la reglamentación general de la materia, que incluye lo relativo a los métodos de reproducción asistida (Sentencia T-528, 2014).

Ponemos como ejemplo a España, que con la Ley 35 del 22 de noviembre de 1988, se estipularon las primeras técnicas sobre reproducción asistida y con la Ley 14 del 26 de mayo de 2006 se avanzó sobre el tema, se amplió el concepto de familia⁹⁸ y se

⁹⁸ Se indica en Ley 14 de 2006 “La Reproducción asistida: tipos, precio y Seguridad Social” por la doctora Blanca Paraíso, que los “nuevos métodos disponibles y la aparición de modelos de familia alternativos al tradicional han hecho

establecieron algunos referentes para regular la materia, como los siguientes: concibe un amplio concepto de reproducción asistida, puesto que les permite acceder a esos grandes avances científicos por medio de la tecnología, a todo tipo de mujer que en realidad desee realizar el procedimiento; técnicas de reproducción humana para la prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético, debidamente autorizadas y prohíbe la clonación con fines reproductivos. Según el estudio de Bonilla y Manosalva (2019) con la Ley 14 de 2006, se reglamentó el derecho a la reproducción. Así mismo, en España la reproducción asistida está contemplada tanto para parejas heterosexuales, parejas lesbianas y mujeres solteras y se encuentra cubierta por la Seguridad Social, siempre y cuando, se cumplan ciertos requisitos⁹⁹, diferentes a los referenciados anteriormente por la Corte Constitucional colombiana.

Como segundo caso, traemos a Costa Rica¹⁰⁰, puesto que, hasta el año pasado el Gobierno y la Corte Constitucional se pronunciaron a favor de los derechos reproductivos a través de la fecundación in vitro, para las parejas heterosexuales y madres solteras. En pocas palabras, es solo hasta el 19 de abril de 2020 que nace la primera bebe en Costa Rica en el Hospital Nacional de las Mujeres Adolfo Carit Evaa, unidad adaptada por la Caja Costarricense de Seguro Social, para llevar a cabo estos procedimientos, resaltando, además, que los costos fueron asumidos por el Estado¹⁰¹.

que la sociedad se replantee el concepto de familia. Ésta ya no está necesariamente compuesta por un padre, una madre y uno o varios hijos. Asimismo, tampoco tiene por qué existir una relación de parentesco, como ocurre cuando un hijo ha sido adoptado, fruto de la donación de óvulos y semen o de la adopción de embriones” (Ley 14, 2006).

⁹⁹ Se indica en el artículo titulado Reproducción asistida en la seguridad Social española por la doctora Laura García de Miguel, las siguientes condiciones para acceder al tratamiento y además sin ningún costo: Tener más de 18 años y plena capacidad de obrar; La mujer no puede ser mayor de 40 años; el hombre no puede ser mayor de 55 años; la mujer soltera no debe tener hijos previos. En el caso de las parejas, no deben tener hijos previos en común, a no ser que tengan algún niño con alguna enfermedad crónica grave; la mujer y/o el hombre no debe haberse realizado ningún tipo de esterilización voluntaria permanente, como la ligadura de trompas o la vasectomía, respectivamente; no tener embriones congelados en cualquier centro; el índice de masa corporal de la mujer debe ser mayor de 19 y menor de 32. Estos requisitos pueden variar ligeramente en función de cada Comunidad Autónoma, pero normalmente son los estipulados hoy en día en la gran mayoría de hospitales. También se aclara que las mujeres solteras y parejas lesbianas, pueden iniciar el tratamiento solamente en ciertas comunidades autónomas (García de Miguel, L., 2019, p. 1)

¹⁰⁰ Costa Rica fue el primer país que prohibió la Fecundación In Vitro, pero la CIDH con sentencia del 28 de noviembre de 2012, ordenó al Estado regular el tema, pues se consideró que la infertilidad es una enfermedad y este debía incluirse paulatinamente los tratamientos por la Caja Costarricense de Seguro Social. Por esta razón, con Decreto N.º39210 del 10 de septiembre de 2015 MP-S se autorizó la realización de la técnica de infertilidad. El 1 de julio de 2019 la CIDH realiza una inspección y el 17 de julio de 2019 se realiza la inauguración del servicio (Solís Ramírez, 2019, p. 1).

¹⁰¹ Tomado del artículo titulado “Nació Isabel Lucia, primera bebé fecunda por técnica ‘in vitro’ en la CCSS” emitido por la presidencia de Costa Rica: “La unidad posee 2000 metros cuadrados de construcción y está provista de laboratorios de fecundación in vitro, embriología, andrología y de preservación, así como quirófano y diversos recintos de muy alta especialidad donde se realizan los procedimientos. La Unidad de Medicina Reproductiva de Alta

Finalmente, en Argentina con la Ley 26.862 del 5 de junio de 2013 y el Decreto 956 del 19 de julio de 2013, se reglamentó el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico asistenciales de reproducción asistida, en donde se indica que prevalecen los derechos de toda persona a la paternidad y maternidad y a formar una familia, en íntima conexión con el derecho a la salud:

Que la Ley N.º 26.862 se fundamenta en la intención del legislador de ampliar derechos; ello, en tiempos de cambios y de más inclusión en el ámbito social y en el de la salud; en el marco de una sociedad que evoluciona, aceptando la diferencia y la diversidad cultural y, promoviendo de tal modo, una sociedad más democrática y más justa. Que la Ley N.º 26.862 establece que pueden acceder a las prestaciones de reproducción médicamente asistida todas las personas, mayores de edad, sin que se pueda introducir requisitos o limitaciones que impliquen discriminación o exclusión fundadas en la orientación sexual o el estado civil de quienes peticionan por el derecho regulado. La cobertura prestacional la deben brindar los establecimientos asistenciales de los TRES (3) subsectores de la salud: público, seguridad social (obras sociales) y privado (medicina prepaga) (Decreto N.º 956, 2013, p. 1).

De la misma manera, indica la considerativa del Decreto N.º 956 que la cobertura de dicha reglamentación por parte del Sistema de Salud Público cubrirá a todo “argentino y a todo habitante que tenga residencia definitiva otorgada por autoridad competente y que no posea otra cobertura de salud” (Decreto 956, 2013, p. 1), estipulando que una persona podrá acceder a un máximo de cuatro tratamientos de reproducción.

3.3.3. Derechos del medio ambiente y de los animales

En cuanto a la *creación de derechos a la naturaleza*, presentamos la Sentencia C-632 del 24 de agosto de 2011, con ponencia del magistrado Gabriel Eduardo Mendoza, donde se analiza la demanda de inconstitucionalidad de los artículos 31 y 40 de la Ley 1333 de

Complejidad de la CCSS brinda un abordaje especializado para parejas o mujeres solas con infertilidad que pasaron por el proceso de baja complejidad que ofrece la institución y que implica la realización de diversos tratamientos incluyendo la inseminación artificial” (Presidencia de la República de Costa Rica, 2019, p. 1).

2009¹⁰², y a la vez expone: “la naturaleza no se concibe únicamente como el ambiente y entorno de los seres humanos, sino también como un sujeto con derechos propios, que, como tal, deben ser protegidos y garantizados” (Sentencia C-632, 2011):

Aun cuando el reconocimiento que le hace el ordenamiento constitucional es el de un derecho colectivo (C.P. art. 88), dados los efectos perturbadores y el riesgo que enfrenta el medio ambiente, ‘que ocasionan daños irreparables e inciden nefastamente en la existencia de la humanidad’, la Corte ha sostenido que el mismo tiene también el carácter de derecho fundamental por conexidad, ‘al resultar ligado indefectiblemente con los derechos individuales a la vida y a la salud de las personas’. La relación entre el derecho a un ambiente sano y los derechos a la vida y a la salud, fue claramente explicada por la Corte en una de sus primeras decisiones, la Sentencia T-092 de 1993, en la que hizo las siguientes precisiones: ‘El derecho al medio ambiente no se puede desligar del derecho a la vida y a la salud de las personas’ (Sentencia C-632 de 2011).

Más adelante, el magistrado Jorge Iván Palacio en la Sentencia T-622 del 10 de noviembre de 2016, concluyó que debía protegerse el río Atrato, tanto su cuenca y sus afluentes como sujeto de derechos, bajo el precepto de Constitución ecológica y la biodiversidad y los enfoques antropocéntricos, bioculturales y biocéntricos. Teniendo en cuenta que la naturaleza, es una “entidad sujeto de derechos a la protección, conservación, mantenimiento y restauración a cargo del Estado y las comunidades étnicas” (Sentencia T-622, 2016).

En otras palabras, el Alto Tribunal le otorgó derechos a un río como si fuera un ciudadano, sin tener en cuenta que la literalidad de la Constitución Política de 1991, no lo consagra, excediendo nuevamente su competencia de guardian y protector. Lo anterior no obsta, para compartir, la protección constitucional conferida por la Corte Constitucional a la naturaleza, pero se debe dar garantía al principio democrático para la toma de decisiones del orden constitucional. Así pues, Molano y Murcia (2018) en su artículo Animales y naturaleza como nuevos sujetos de derecho: un estudio de las decisiones judiciales más

¹⁰² Ley 1333 de 2009, por medio del cual se establece el procedimiento sancionatorio ambiental y se dictan otras disposiciones. La Corte Constitucional con la Sentencia C-632 de 2011 declaró la exequibilidad de los cargos presentados.

relevantes en Colombia, critican la decisión de la Corte Constitucional (Sentencia T-622, 2016), en los siguientes términos:

En cuanto a lo primero, la Corte pudo desarrollar un esquema de sentencias del estilo del Estado de Cosas Inconstitucional, como lo ha hecho en otras ocasiones, frente a fenómenos de violación sistemática y masiva de derechos, estableciendo mandatos más precisos para todas las autoridades y particulares concernidos. En cambio, prefirió un esquema de construcción de Plan de Acción y monitoreo de la cuenca, que hoy en día está a cargo de la Dirección de Gestión Integral del Recurso Hídrico del Ministerio del Ambiente y Desarrollo sostenible (Molano y Murcia, 2018, p. 94).

Brevemente, se puede inferir que no se dió una argumentación jurídica, que autorizara la creación de derechos a la naturaleza, a nuestro parecer, se pensaría que son decisiones subjetivas cubiertas con explicaciones morales y filosóficas. Máxime si se tiene en cuenta, lo expuesto por el magistrado ponente de la Sentencia T-622 de 2016, en la columna judicial del diario El Espectador del 3 de diciembre de 2017: “cuando llegó a mi Despacho la tutela, supe cual era mi camino a seguir. La naturaleza tiene derecho a que no la contaminemos, no la destruyamos, y a que sea usada racionalmente” (El Espectador, 2017, p. 1).

Por el contrario, en relación con la creación de derechos para los **animales**, la Corte Constitucional no los ha reconocido como sujetos de derecho, a diferencia como lo hizo con la naturaleza. Situación que resulta confusa, debido a que si se toma la interpretación de la Sentencia C-632 de 2011, tanto la naturaleza como los animales, podrían ser *sintientes*.

Concretamente, en la Sentencia C-666 de 2010 se declaró exequible condicionalmente el artículo 7 de la Ley 84 de 1989, al estudiar si las corridas de toros, riñas de gallos, coleo y novilladas, podían ser consideradas como expresiones culturales. Por consiguiente, realizó un análisis sobre la protección animal y las limitaciones que ésta puede tener y determinó que la protección ambiental y animal deben ser protegidas desde la noción de Constitución ecológica, basado en el principio de la dignidad humana. Sin embargo,

concluye que las actividades con animales son efectivamente expresiones culturales y, por esta razón, constituye una justificación legítima para excepcionar el deber de protección ambiental:

De manera que las relaciones entre personas y animales no simplemente están reguladas como un deber de protección a los recursos naturales, sino que resultan concreción y desarrollo de un concepto fundacional del ordenamiento constitucional, por lo que la libertad de configuración que tiene el legislador debe desarrollarse con base en fundamentos de dignidad humana en todas aquellas ocasiones en que decide sobre las relaciones entre seres humanos y animales; así mismo, en su juicio el juez de la constitucionalidad se debe edificar la racionalidad de su decisión sobre argumentos que tomen en cuenta el concepto de dignidad inmanente y transversal a este tipo de relaciones. Es ésta la raíz de la protección que la Constitución de 1991 incorpora respecto de los animales (Sentencia C-666, 2010).

En particular, se presenta otro ejemplo contradictorio, el diario El Tiempo indica que un juzgado al resolver una acción de tutela, consideró que los animales son seres sintientes objeto de protección, por ende, ordenó que se le suministrara el medicamento, catalogado como monopolio del Estado, a Clifor, un perro schnauzer que sufría ataques de epilepsia (El Tiempo, 2020).

Siguiendo en ese orden, es importante destacar otro caso, resuelto en la Sentencia N.º 17001-22-13-000-2017-00468-02- AHC4806-2017 del 26 de julio de 2017 de la Corte Suprema de Justicia, con ponencia del magistrado Tolosa Villabona, cuando en segunda instancia, concedió la acción de habeas corpus a un oso de anteojos, con el fin de que regresara a su hábitat natural. Pues, recordó el Alto Tribunal, que mediante la Ley 1774 de 2016, por medio de la cual se modificó el artículo 655 del Código Civil, se reconoció *la calidad de seres sintientes a los animales* y se les consideró como sujetos de derechos: “son titulares de la prerrogativa a la libertad, así sea, a vivir una vida natural y a tener un desarrollo, con menor sufrimiento, con calidad de vida a su estatura y condición” (Sentencia N.º 2017-00468, 2017). Posteriormente, la Sala Laboral de la Corte Suprema

de Justicia al resolver una tutela, falló a favor del zoológico y revocó la decisión sobre el habeas corpus del oso de anteojos.

Luego, la Corte Constitucional en Sentencia SU-016 del 23 de enero de 2020, con ponencia del magistrado Luis Guillermo Guerrero Pérez, confirmó la decisión de revocatoria, al aducir que el habeas corpus no se puede conceder a un animal, sino a las personas para prevenir detenciones injustas e ilegales. Haciendo énfasis en que los animales, no son sujetos de derecho, sino *objetos* de protección constitucional.

La decisión de la Corte Suprema de Justicia del 26 de julio de 2017, fue criticada por el doctor Carlos Contreras (2017), en su artículo titulado *Habeas corpus a favor del oso Chucho: esquizofrenía jurídica en el país del realismo mágico*. Porque, estimó que el magistrado basó su decisión en argumentos antropocéntricos y ambientalistas, los cuales “nada tienen que ver con el derecho animal” y se extralimitó al otorgarle un derecho fundamental al oso de anteojos, pues esto, solo le “correspondería, en cualquier caso, al legislador y al poder constituyente” (Contreras, 2017, p. 1).

En definitiva, nos preguntamos, ¿el artículo de Carlos Contreras se hubiera elaborado y publicado en el mismo sentido, si la decisión la hubiese tomado la Corte Constitucional con las mismas explicaciones del magistrado Tolosa Villabona, si ya en el año 2016 le había reconocido derechos a un río? creeríamos que no, de acuerdo a lo descrito en el presente documento académico, pues la Corte Constitucional ocupa un lugar *omnipotente* en el sistema de poder.

Para finalizar, desde la perspectiva del Derecho Comparado, Molano y Murcia (2018), en su artículo, describen lo siguiente:

En el derecho internacional de los derechos humanos están haciendo eco los desarrollos nacionales ligados al reconocimiento de derechos relativos a ecosistemas como personas (ordenanzas en EEUU); ríos como personas (acuerdo en Nueva Zelanda); naturaleza como sujeto de derecho (constitución del Ecuador); seres diferentes a los humanos con derechos (constitución de Bolivia y normas concordantes); y el desarrollo jurisprudencial

que refuerza la protección de ecosistemas y animales (como ríos en India o primates en EEUU y Argentina) (...) Por otra parte, para este estudio tendremos como fuentes jurídicas las sentencias producidas en Nueva Zelanda e India, que reconocieron personería jurídica a un río en el respectivo territorio, y las sentencias que resolvieron sobre la protección de la orangutana Sandra y, posteriormente, de la Chimpancé Cecilia en Argentina (Molano y Murcia, 2018, pp. 83, 84).

Por otro lado, en Argentina, a *Sandra la orangutana* fue el primer animal declarado sujeto de derechos en el mundo, de acuerdo al artículo de la Revista Semana de fecha 19 de noviembre de 2019. Se declaró al animal como un ser *sintiente*, otorgándole derechos fundamentales como el de la vida y la libertad, “compromiso de no afectarla física o psicológicamente”. Indica el artículo “pasó de vivir en cautiverio durante 24 años en un zoológico de Argentina, al santuario de simios más grande de Estados Unidos, en el que no solo tendrá compañía, sino podrá ser feliz” (Revista Semana, 2019, p. 1).

3.3.4. Otros derechos

La Corte Constitucional en la Sentencia C-239 del 20 de mayo de 1997, con ponencia del magistrado Carlos Gaviria Díaz, dedujo que el Estado no debe oponerse a que un ciudadano pueda morir dignamente, bajo la figura del homicidio por piedad (*eutanasia*), pues vivir es un derecho y no un deber y las personas pueden disponer de su propia vida. Por esta razón, declaró la exequibilidad del artículo 326 del Código Penal: “con la advertencia de que en el caso de los enfermos terminales en que concurra la voluntad libre del sujeto pasivo del acto, no podrá derivarse responsabilidad para el médico autor, pues la conducta está justificada” (Sentencia C-239, 1997) y exhortó al Congreso para regular el tema de la muerte digna:

No se trata de restarle importancia al deber del Estado de proteger la vida sino, como ya se ha señalado, de reconocer que esta obligación no se traduce en la preservación de la vida sólo como hecho biológico. El deber de no matar encuentra excepciones en la legislación, a través de la consagración de figuras como la legítima defensa, y el estado de necesidad, en virtud de las cuales matar no resulta antijurídico, siempre que se den los

supuestos objetivos determinados en las disposiciones respectivas (...) No sobra recordar que el consentimiento del sujeto pasivo debe ser libre, manifestado inequívocamente por una persona con capacidad de comprender la situación en que se encuentra. Es decir, el consentimiento implica que la persona posee información seria y fiable acerca de su enfermedad y de las opciones terapéuticas y su pronóstico, y cuenta con la capacidad intelectual suficiente para tomar la decisión. Por ello, la Corte concluye que el sujeto activo debe de ser un médico, puesto que es el único profesional capaz no sólo de suministrar esa información al paciente sino además de brindarle las condiciones para morir dignamente. Por ende, en los casos de enfermos terminales, los médicos que ejecuten el hecho descrito en la norma penal con el consentimiento del sujeto pasivo no pueden ser, entonces, objeto de sanción y, en consecuencia, los jueces deben exonerar de responsabilidad a quienes así obren (...) Como estas regulaciones sólo pueden ser establecidas por el legislador, la Corte considera que mientras se regula el tema, en principio, todo homicidio por piedad de enfermos terminales debe dar lugar a la correspondiente investigación penal, a fin de que en ella, los funcionarios judiciales, tomando en consideración todos los aspectos relevantes para la determinación de la autenticidad y fiabilidad del consentimiento, establezcan si la conducta del médico ha sido o no antijurídica, en los términos señalados en esta sentencia (Sentencia C-239, 1997).

El magistrado Vladimiro Naranjo salva su voto (Sentencia C-239, 1997), pese a haber compartido la decisión adoptada por la Sala Plena, pues considera que el derecho a la vida es irrenunciable y el condicionamiento realizado al artículo 326 del Código Penal por la Corte Constitucional, era de resorte del legislador:

La decisión de la cual me aparto constituye si no un cambio de jurisprudencia, sí un cambio radical de postura de los magistrados que suscribieron en su momento estos fallos. En efecto, antes reconocían que los derechos fundamentales eran irrenunciables, y en el presente fallo, al entender que existe un derecho a la muerte, o que la vida es un bien jurídico disponible, implícitamente aceptan que es posible renunciar a la vida propia, consintiendo en la propia eliminación. Este cambio de postura conlleva un desconocimiento de la naturaleza humana. Si es posible renunciar al más fundamental de todos los derechos, a aquél que es presupuesto ontológico del ejercicio de todos los demás, incluidos la libertad, la igualdad, la dignidad etc., entonces ¿por qué no admitir la renunciabilidad de todos estos? Admitir que la vida es un bien jurídico disponible a

voluntad, pone en peligro evidente todo el orden jurídico de la sociedad, ya que, como corolario, todo derecho sería enajenable, renunciable, y posteriormente, ¿por qué no? susceptible de ser desconocido por quienes ostentan el poder público (Sentencia C-239, 1997).

A su vez, el salvamento de voto (Sentencia C-239, 1997) del magistrado José Gregorio Hernández, indica que la argumentación de la Corte no corresponde a criterios jurídicos, extralimitándose en los condicionamientos dado al homicidio por piedad:

Una cosa es condicionar el fallo, advirtiendo que sólo determinada interpretación de la ley se ajusta a la Constitución, y otra muy diferente crear una nueva norma jurídica que deba agregarse obligatoriamente a la declarada executable. Esta última tarea corresponde exclusivamente al legislador. Y en esta oportunidad la Corte ha introducido una causal de justificación del homicidio piadoso, circunscribiéndola al caso del médico respecto de un enfermo terminal (...) No solamente se puede hablar de que la Corte modificó el Código Penal, sino que en realidad, se reformó la Constitución (...) Y se modificó la Constitución sin que a la reforma hubiera precedido ninguno de los trámites previstos en su artículo 374. Más todavía, tratándose de un derecho fundamental, el más importante, no era suficiente siquiera el Acto Legislativo, pues era aplicable el artículo 377 de la Carta (Sentencia C-239, 1997).

En conclusión, la Corte Constitucional al resolver la Sentencia C-239 de 1997, se alejó del discurso de la protección al derecho a la vida, para conceder el derecho a la muerte, derecho no consagrado en la Constitución Política y no regulado por el legislador, contraviniendo el principio democrático.

Por último, con la Sentencia C-355 de 2006 se despenalizó el *aborto*, bajo el argumento del derecho a la autodeterminación reproductiva. El docente Gabriel Mora Restrepo (2013), cuando analiza la sentencia, aseveró que en la motivación existe indebida justificación de premisas y ausencia de argumentación jurídica y con relación a la sentencia T-585 de 2010, advierte que el alto tribunal omitió el concepto médico que indicaba que no existía riesgo para la vida o la salud de la embarazada. Por el contrario, se creó una causal, consistente en la opinión de la mujer y su deseo de practicarse el aborto:

Por su parte, el juez constitucional colombiano, en la sentencia C-355 de 2006, tampoco hace el salto debido entre la autodeterminación reproductiva y el supuesto ‘derecho fundamental’ al aborto, sino todo lo contrario. Afirma, en efecto que ‘de las normas constitucionales e internacionales’, estudiadas, referentes a los derechos fundamentales de las mujeres, no se deduce un mandato de despenalización del aborto ni una prohibición a los legisladores nacionales para adoptar normas penales en este ámbito. Por el contrario, afirma que requiere estudiar los límites de las políticas punitivas del legislador sobre el aborto, lo que lleva seguidamente en la sentencia, para llevar finalmente a su *despenalización* en circunstancias excepcionales. La expresión, por tanto, ‘no se deduce de allí un mandato de despenalización del aborto’, fue cambiada o alterada por el juez de 2010 por la expresión ‘derecho fundamental’ de la mujer para abortar (Mora Restrepo, 2013, p. 21)¹⁰³.

A manera de conclusión, bajo el argumento de la Constitución Viviente, la Corte Constitucional ha justificado sus decisiones, pero no explica sus argumentos, porque ha omitido el texto de la Constitución Política de 1991, es decir, no lo interpreta literalmente. Situación que ha conllevado a la *generación o creación* derechos, no previstos por el poder constituyente primario de la Constitución de 1991.

Sin embargo, ese nuevo *reconocimiento* constitucional se considera necesario e importante en el presente trabajo investigativo, ya que pretende solucionar necesidades actuales y reales de minorías. Pero, ahora bien, quien define ¿qué es una *minoría*?, ¿qué es una *minoría discriminada*?, podrían ser los mendigos, los pobres, los ricos, cierta

¹⁰³ Balcázar González y Mora Restrepo (2015), exponen: “Revisión reiteró las reglas y subreglas establecidas en las sentencias anteriores, pero esta vez aduciendo que se fundamentaban directamente en la sentencia C-355 de 2006. De este modo y sin mayores premuras, el fallador de turno no encuentra reparos a la hora de hacer uso de una argumentación por conveniencia, como se verá enseguida. Partiendo de un dudoso párrafo incorporado en último momento en la sentencia C-355 de 2006, las Salas de Revisión han convertido el aborto en una suerte de “institución angular” de los “derechos fundamentales” en Colombia, para restringir en forma cada vez más severa y desproporcionada la libertad de conciencia y, más específicamente, el derecho a la objeción de conciencia, partiendo de la falsa e indemostrada presunción de que su práctica es una necesidad urgente e inaplazable de la mujer embarazada (...) En la sentencia C-355 la Corte consideró que su decisión “no requiere de desarrollo legal o reglamentario alguno”, sin perjuicio de reconocer que otros “órganos competentes, si lo consideran conveniente, [pueden expedir] normas que fijen políticas públicas acordes con esta decisión”⁶⁵. Sin embargo, en las diferentes sentencias de tutela posteriores, las Salas de Revisión han utilizado esta premisa como una especie de comodín, esto es, como una excusa para justificar o legitimar las reglas que se les van ocurriendo a sus magistrados. Esto se observa particularmente en la manera estratégica en que ha utilizado, legitimado, desestimado, ordenado o anulado los diferentes actos administrativos que se han proferido sobre la materia” (Balcázar González y Mora Restrepo, 2015, p. 29).

profesión minoritaria que otra, quienes tienen vivienda propia o los que no tienen acceso a la educación superior. A nuestro juicio, no lo podemos definir. Lo cierto, es que el reconocimiento debe provenir del procedimiento legal señalado para una reforma constitucional expresa, motivada y liderada por la ciudadanía o por un legislador estudioso y juicioso.

Sin embargo, no se puede desconocer que en Colombia ante la ausencia académica y argumentativa del legislativo que hemos elegido, es la Corte Constitucional quien ha asumido esta protección legal y constitucional, pese a los mínimos proyectos de actos legislativos que han finalizado en archivo, para la creación de los derechos descritos en el presente capítulo. Es decir, ante la inoperancia del poder legislativo y la pasividad de la sociedad civil, la Corte Constitucional se ha convertido, no solamente en el defensor de la Constitución Política y sino también de la Ley, contraviniendo en ocasiones, la voluntad real del poder constituyente primario.

4. HACIA UNA CORTE CONSTITUCIONAL CONTROLADA POR LA PARTICIPACIÓN DEL PUEBLO

Una vez presentados algunos casos jurisprudenciales en el capítulo anterior, en los cuales, a nuestro entender, fueron derechos creados por la Corte Constitucional y no en el marco de la Constitución Política de 1991, consideramos necesario plantear una propuesta para garantizar que el pueblo participe directa e indirectamente en las decisiones constitucionales, con el fin de garantizar el principio democrático, sin debilitar como lo hemos señalado, a la Corte Constitucional. Es probable que una fórmula de acceso de la ciudadanía, como punto de partida, sería tomar fundamentos del Constitucionalismo popular moderado y plantear unos cambios estructurales de la entidad, como su ubicación en la estructura del poder público y en el método de elección de sus magistrados.

Antes de nada, con el fin de establecer el papel de los tribunales constitucionales frente a la voluntad del pueblo, el profesor Rincón Salcedo (2008), se interroga:

¿son los tribunales constitucionales verdaderos creadores de derecho ostentadores de un poder soberano a través del cual les es dado interpretar las normas constitucionales aún en contravía de la opinión pública? ¿O la opinión pública debe ser considerada como un elemento determinante de la interpretación de la Constitución y, por ende, los tribunales constitucionales están en la obligación de someter sus decisiones a los lineamientos fijados por dicha opinión para que sean legítimas? Estas preguntas, que en el trasfondo permiten evaluar la relación entre la soberanía popular y la soberanía de los tribunales constitucionales (...) en mi opinión (...) los tribunales constitucionales deben ser órganos soberanos creadores de derecho, cuyo único límite es la propia Constitución como expresión concreta de la voluntad del pueblo (II), siendo entonces la opinión pública una simple guía, no determinadora, de la interpretación de la Constitución ni de la fijación del alcance de los derechos de los individuos realizada por los tribunales constitucionales, pero la cual debe ser necesariamente tenida en cuenta por estos para darles legitimidad a sus decisiones (III) (Rincón Salcedo, 2008, p. 123).

Asimismo, Ferreres Comella (2010), aduce que es importante destacar el papel de la Corte Constitucional en el ordenamiento jurídico, pues sus magistrados poseen mayores virtudes en comparación con el legislador:

“En primer lugar, está la cuestión del tiempo disponible para reflexionar acerca de determinados asuntos (...) En segundo lugar, los tribunales tienen una mayor predisposición institucional a tomarse en serio los valores constitucionales, es decir, tienen un papel especializado respecto de las decisiones políticas (...) En tercer lugar, los tribunales, en una cultura jurídica desarrollada, tienen que decidir con arreglo a principios (Ferreres Comella, 2010, p. 499)

Igualmente, Alemany (2010) sostiene que “se les debe conceder un valor independiente del contenido y calidad de sus sentencias (...) el acierto o desacierto de sus sentencias, tiene que ver sobre todo con las actitudes que promocionan y las exigencias deliberativas y argumentativas que hacen presentes en la práctica jurídica” (p. 76):

La tarea de control de constitucionalidad que se asigna a los jueces no es sólo *decidir por mayoría* si un determinado texto legal vulnera o no la Constitución; presentar así las cosas lleva a ver el asunto como la confrontación de dos mayorías: la del pueblo y la elitista de los jueces (...) Lo que le pedimos a los tribunales constitucionales no es sólo que decidan sobre el límite y contenido esencial de los derechos por mayoría, sino que traten de alcanzar conclusiones de la forma más coherente posible con el Derecho (Alemany, 2010, p. 76).

Ahora bien como lo mencionamos al inicio, como aporte al trabajo académico, se formularán algunas propuestas que permitirían imponer ciertos controles a la Corte Constitucional, con el fin de salvaguardar el principio democrático de la Constitución Política de 1991: i) Incorporar algunos postulados del Constitucionalismo Popular Moderado; ii) Ubicar a la Corte Constitucional como órgano autónomo e independiente en la estructura del poder público y, iii) Nuevo método de elección y nombramientos de los magistrados de la Corte Constitucional.

4.1.CONSTITUCIONALISMO POPULAR MODERADO

Para comenzar, se describirán los postulados del Constitucionalismo Popular, consolidados por el jurista Roberto Gargarella (2010), en los siguientes términos:

Desafiar la Supremacía Judicial, quitando la Constitución de las manos de los Tribunales. El derecho constitucional debe encontrar su legitimidad, en la cultura constitucional de los actores no – judiciales, pues es el pueblo, quien debe tener la última palabra sobre el significado de la Constitución. Otra corriente de los populistas, sugieren que el pueblo puede impugnar las decisiones del Tribunal Constitucional. *Contra una “sensibilidad antipopular”*. Se pretende recuperar y reconocer la importancia y el peso institucional de los valores propios de la “cultura popular”, pues el elitismo judicial constitucional muestra desconfianza hacia las preocupaciones de la gente común, debido a su superioridad, al temor frente a la regla de la mayoría y a la confusión entre capacidad técnica y la capacidad moral.

Interpretación extrajudicial. El lugar protagónico le debe corresponder a la ciudadanía en la interpretación constitucional. Esto es, quienes gobiernan tienen la obligación de hacer lo mejor para interpretar la Constitución, pero en donde su interpretación no resulte autoritativa, sino que se encuentre sujeta a la directa supervisión y corrección por parte del pueblo. *Una relectura crítica sobre los efectos del control judicial.* El poder judicial se mueve con los poderes políticos, esto es, el significado de Constitución se determina a través de la política, con las acciones del presidente y del congreso. *El derecho fuera del derecho.* Muestran la indiferencia de los Tribunales con la ciudadanía, pues la sociedad puede influir o socavar el valor de las decisiones judiciales. *Democracia y Participación.* Busca impulsar una mayor participación popular en el sistema jurídico constitucional. Se busca la defensa de la soberanía popular, debido a la desconfianza que genera la elite constitucional (Gargarella, 2010, p. 539).

Aclara Peña Rangel (2013) que la doctrina del populismo: “No es primordialmente a favor de la supremacía de la mayoría. No propone sacrificar los derechos de las minorías ni tampoco sugiere que toda restricción a la voluntad democrática es tiránica. Lo que pretende, en todo caso, es ampliar la responsabilidad constitucional a través de los canales

de representación política, procurando proteger, a un tiempo, los derechos de las minorías y la voluntad democrática de la ciudadanía en general” (Peña Rangel, 2013, p. 228)¹⁰⁴. Es decir, el objeto del Constitucionalismo Popular¹⁰⁵, de acuerdo a González Jácome (2011) consiste:

Es mejorar las condiciones para el gobierno de la mayoría y así cumplir con la promesa de la soberanía popular. En sus versiones extremas, el Constitucionalismo Popular plantea que un buen proceso democrático hará que las minorías tengan las suficientes garantías para participar activamente en la política y en la determinación de las decisiones constitucionales que hoy están en manos de los jueces (González Jácome, 2011).

Seguidamente, Durán Smella (2011) afirma que “el constitucionalismo popular es enfático en afirmar que una cosa es el ‘control judicial’ y otra la ‘supremacía judicial’ (...) (pues) ninguna rama del poder público es superior a las otras, en relación a la guarda de la Constitución Política” (p. 193)¹⁰⁶. Ahora bien, descritos los postulados básicos del Constitucionalismo Popular, se identificarán las *moderaciones* de la doctrina, basadas en “determinar cuál es la relación entre el pueblo y los tribunales constitucionales en materia de interpretación constitucional” (Rincón Salcedo, 2008, p. 125), así:

En primer lugar, está el constitucionalismo popular “robusto o rígido” (robust popular constitutionalism): Es decir, aquel según el cual es solo al pueblo y a nadie más a quien corresponde la interpretación y la guarda de la Constitución. Así las cosas, los tribunales constitucionales no deben interpretar la Constitución, pues es el pueblo y no el tribunal quien posee la autoridad para darle un determinado alcance a la Constitución a través de su interpretación (...). En segundo lugar está el constitucionalismo popular ‘modesto’

¹⁰⁴ Daniel Peña Rangel (2013) detalla que “El constitucionalismo popular no es, sobre todo, tres cosas: Primer lugar, no es un alegato en contra de la independencia judicial. No es, por ejemplo, una defensa de la elección popular de jueces y ministros, ni es tampoco un argumento sobre las virtudes de la deposición judicial. No es, en segundo lugar, una crítica y cuanto menos un rechazo a la revisión judicial. No es, pues, una afirmación del valor de una sociedad sin cortes y tribunales constitucionales capaces de juzgar la constitucionalidad de una ley aprobada en el recinto legislativo. Tercero: el constitucionalismo popular no es una teoría sobre cómo la Suprema Corte de Justicia ha de interpretar la Constitución” (p. 230).

¹⁰⁵ González Jácome (2011) afirma que los defensores del control de constitucionalidad por parte de los jueces son los mayores opositores al Constitucionalismo Popular, como Dworkin.

¹⁰⁶ Señala la jurista Durán Smella (2011): “existe un acentuado antielitismo con relación a la función de la Cortes como los únicos intérpretes constitucionales, se considera que sus facultades son desproporcionadas y tienen como resultado una creciente sensibilidad ‘antipopular’” (p. 193).

(modest popular constitutionalism): En esta forma de constitucionalismo popular la labor de interpretación constitucional del pueblo consiste únicamente en anular las distorsiones groseras de la Constitución por parte de sus intérpretes institucionales. Así, el pueblo solo interviene para desestimar una determinada interpretación o acto que sea considerado como ‘groseramente’ contrario a la idea que el mismo pueblo (constituyente primario) le quiso dar a una determinada disposición constitucional, aportando la interpretación correcta.

En tercer lugar, está el constitucionalismo “trivial u ordinario” (trivial popular constitutionalism): En esta forma de constitucionalismo popular, toda interpretación que se haga de la Constitución debe contar con la aceptación por parte del pueblo. Esta forma de constitucionalismo se desarrolla en función de lo que se conoce como la ‘teoría del reconocimiento’ de las normas, dentro de la cual se discute, entre otras cosas, si la simple no oposición a una norma o a una determinada interpretación de la Constitución por parte del pueblo puede ser considerada como una aceptación de la misma, o si por el contrario, toda norma, para considerarla aceptada, debe ser el objeto de una manifestación expresa de aceptación por parte del pueblo.

Finalmente, está el constitucionalismo popular ‘expresivo’ (expressive popular constitutionalism): En esta forma de constitucionalismo popular se considera que la opinión pública colabora a través de un diálogo permanente en la labor de interpretación del tribunal constitucional. Se observa entonces que la noción de pueblo se cambia por la de opinión pública considerando que esta última, mediante un proceso de diálogo con el tribunal constitucional, puede y debe jugar un rol en la determinación del alcance y significado de las disposiciones constitucionales (Rincón Salcedo, 2008, p. 126).

De lo anterior, se infiere que el Constitucionalismo Popular, según Roberto Gargarella (2010) “agrupa a juristas que tienen una cierta desconfianza frente al elitismo que distingue la reflexión jurídica del poder judicial constitucional, donde la premisa principal consiste en que el gobierno le pertenece al pueblo” (p. 539). Sumado a lo anterior, la jurista colombiana Diana Durán Smela (2011) señala que “Kramer desconfía de la fijación que existe en torno al poder judicial y trae una lectura diferente del origen del

constitucionalismo norteamericano, entendido tradicionalmente como meramente liberal” (p. 191)¹⁰⁷:

Pero para el autor el movimiento constitucional norteamericano fue realizado en un ambiente popular, y para ejemplificarlo rescata a personajes como Thomas Jefferson o Lincoln, quienes promulgaban por un límite al poder de los jueces (...) Para ellos, debe ser el ciudadano quien posea la ‘última palabra’ y por ende el verdadero órgano de cierre, sobre el contenido y la expresión misma de la Constitución, no un grupo elitista y en principio considerado como superior (liberalismo). Fundamentalmente lo que busca es relacionar la historia constitucional de los Estados Unidos con el pueblo y los distintos movimientos sociales (Durán Smela, 2011, p. 192).

Igualmente, opina Larry Kramer, citado por Peña Rangel (2013), debido a que el “constitucionalismo popular ‘depende de una cultura política en la cual funcionarios públicos, líderes comunitarios y la ciudadanía en general’ respeten la primera distinción entre ley y política y ‘compartan una serie de formas deliberativas’” (p. 231). Postura que fue criticada por Robert Post y Reva Siegel, citados por Peña Rangel (2013) “arguyendo que cierta supremacía judicial es a veces indispensable para salvaguardar el ejercicio democrático” (p. 229).

Por otro lado, como crítica al Constitucionalismo Popular, Rincón Salcedo (2008) expone: “en la práctica, la misma resulta inaplicable en sus dos niveles rígidos (...) la imposibilidad de aplicar estas formas de interpretación constitucional que proponen una soberanía popular elevada a su máxima expresión, nos lleva sólo a reafirmar (...) que en materia de interpretación constitucional los tribunales constitucionales son soberanos” (p. 127)¹⁰⁸. Análogamente, opina Tribe, citado por Gargarella (2010): “la influencia sobre decisiones individuales que Kramer le concedería al pueblo implica un poder de decir la

¹⁰⁷ Peña Rangel (2013) indica: “La manera en que ‘el pueblo mismo’ interpreta la Constitución bajo el esquema *madisoniano* es a través de sus representantes: el público elegirá a funcionarios capaces -según los cálculos de cada ciudadano - de intentar promover una interpretación constitucional que a ellos les parezca adecuada. Los funcionarios se unirán entonces a los miembros de la Corte de Justicia en la ahora tarea compartida de interpretar tal o cual artículo constitucional o resolver esta o aquella controversia” (Peña Rangel, 2013, p. 233).

¹⁰⁸ Rincón Salcedo (2008) expone como conclusión: “los tribunales constitucionales deben ser órganos soberanos y autónomos en el campo de la interpretación de la Constitución frente a la opinión pública, pues no de otra manera se puede evitar que los derechos de las minorías se pierdan bajo la fuerza de las mayorías” (Rincón Salcedo, 2008, p. 118).

última palabra que el pueblo nunca ha tenido y que nunca se le podría permitir que tenga” (Gargarella, 2010, p. 545).

Al mismo tiempo, Durán Smella (2011) plantea¹⁰⁹ que con la implementación de la doctrina “el Estado puede dedicarse únicamente a satisfacer las necesidades de la mayoría resultante de la voluntad popular y ocultar completamente las demandas de las minorías” (p. 196), describiendo, adicionalmente, otras críticas al Constitucionalismo Popular:

La ignorancia, la demagogia, el inmediatismo, la falta de razón, de previsión, son como mínimo los padecimientos que se le encuentran al populismo, siguiendo el prejuicio de que las mayorías identificadas con el pueblo son incapaces. Peor aún si el fenómeno se une con el caudillismo y el estatismo (...) (Durán Smella, 2011, pp. 197-198).

De modo similar, razona el docente Sierra Cadena (2009), pues sugiere que “el juez constitucional es, por lo tanto, la autoridad capaz de interpretar la Constitución y de arbitrar los intereses sectoriales de la comunidad, como figura emblemática de la democracia constitucional y guardián de este referencial global” (p. 76).

Por el contrario, el profesor Morales de Setién Ravina (2007), propone que sea el ciudadano, quien busque la progresividad de los derechos y no el Tribunal Constitucional:

El constitucionalismo progresista no está en manos de los tribunales, sino de la gente. Somos los ciudadanos los que debemos asegurarnos, muchas veces evitando los tribunales, que nuestros derechos constitucionales progresistas sean hechos realidad en nuestra vida cotidiana. Sin negar que la Corte Constitucional haya podido ser un importante catalizador en ciertos temas de Derechos Fundamentales para los ciudadanos, lo cierto es que el esencialismo en torno al papel de los tribunales debe rechazarse. Si los

¹⁰⁹ Durán Smella (2011) advierte en su investigación: “Gargarella considera, sin embargo, que el peligro de caer en el populismo es exagerado, ya que este implicaría la falta de límites al Estado, y lo que plantea el republicanismo (y podemos decir que el constitucionalismo popular también) no es la ausencia de límites sino la presencia de límites diferentes. Los límites ya no serían endógenos (las Cortes) sino exógenos (la ciudadanía). Es decir, los límites se encontrarían en el pueblo, que como Jefferson decía, posee todas las capacidades para discernir entre qué está bien y que está mal, sobre todo si ha sido educado en la búsqueda del bien común, el cual ha sido construido igualitariamente, participativa y deliberadamente” (p. 198).

ciudadanos piensan que las antiguas sentencias de la UPAC o las de hoy sobre la UVR, van a terminar con los abusos del sector bancario o les van a devolver su vivienda, se equivocan. Si piensan que el derecho a la vivienda depende del reconocimiento de los tribunales, se equivocan todavía más (Morales de Setién Ravina, 2007, pp. 57-58).

Sin embargo, Tushnet, citado por Benítez Rojas (2013) “propone una enmienda que derogue el control judicial de constitucionalidad que le arrebató al pueblo de la carta de las manos (...) mientras que Parker sugiere que el papel del juez debe ser más cauteloso y que no se debe desconfiar de la ‘energía popular’ (...) Por último, autores dualistas, como Ackerman o Amar, explican que, aunque el *judicial review* se justifica frente a las leyes, esto no ocurre frente a cambios en la Constitución” (Benítez Rojas, 2013, pp.189-190).

Así pues, si es posible lograr que el pueblo tenga poder para decidir sobre asuntos constitucionales, debido a que autores como Bruce Ackerman, Walter Murphy, Mark Tushnet, Jonh Hart Ely y Richard Parker¹¹⁰, citados por Benítez Rojas (2013) consideran, que “en relación con el control de constitucionalidad de reformas constitucionales, coinciden en afirmar que el fundamento último del poder y de la Constitución de los Estados Unidos de América, es el pueblo” (p. 187).

En definitiva, según mi punto de vista, si es probable mantener una posición dualista, en donde la Corte Constitucional continúa como guardián de la Constitución y la ciudadanía participa paralelamente en las decisiones constitucionales. Conviene subrayar lo expuesto por Bruce Ackermann, citado por Caballero Sierra (2001):

La falta de representatividad de los jueces está compensada, si no neutralizada, por su función mediadora entre la democracia y los derechos, por cuanto el juez es el

¹¹⁰ Para Parker, citado por Benítez Rojas (2013): “Hay situaciones de política ordinaria (como el caso de expedición de las leyes), en los que quien habla no es el pueblo sino sus representantes. Si esto es así, hay ocasiones en las que las decisiones del Congreso no representan necesariamente la voluntad popular (cristalizada en la Constitución creada por el pueblo) y llegan a contrariarla. Si esto ocurre, el juez podría declarar inconstitucional una ley, porque estaría resguardando la voluntad de la gente frente a la de órganos que no la representan adecuadamente y por lo tanto su decisión sería democrática. En contraste, hay épocas de política constitucional en las que quien se pronuncia es el pueblo mismo. Esos periodos son excepcionales y se identifican con las enmiendas o los cambios informales a la Constitución” (Benítez Rojas, 2013, p. 190).

especificador de derechos, de modo que su rol en el proceso democrático es decisivo como formulador último de aquellos. Debe señalarse que las previsiones más significativas y controvertidas de la Constitución tienen una textura abierta que resiste la interpretación literal (Caballero Sierra, 2001, p. 419).

En pocas palabras, la corriente del Constitucionalismo Popular, tiene autores que lo defienden moderadamente, como el caso de Robert Post y Reva Siegel, citados Gargarella (2010):

Trabajos como el Robert Post y Reva Siegel resultan ilustrativos al compartir las principales tesis de Kramer, en cuanto a que ‘el derecho constitucional debe encontrar legitimidad, finalmente, en la cultura constitucional de los actores no-judiciales. Consideran asimismo que ‘el pueblo debe tener la última palabra sobre el significado de la Constitución (...) consideran que es posible encontrar un ‘balance viable’ entre ambos propósitos. Por ejemplo, que los ciudadanos pueden tratar de modificar las decisiones de la Corte que entienden contradictorias de la Constitución por una diversidad de medios (que incluyen, desde la promoción de cambios políticos destinados a ejercer presión sobre la Corte hasta otras vías más directas, como el avance de enmiendas constitucionales para modificar la decisión de la Corte o, en los casos más extremos, el directo desafío -la ‘negación de obediencia’-frente al mandato de la justicia (Gargarella, 2010, pp. 544-545).

Según lo ilustra, el jurista Rincón Salcedo (2008), el Constitucionalismo Popular modesto “significaría que el pueblo no sería interprete, sino actuaría como constituyente que reforma el texto de la Constitución” (p. 129)¹¹¹:

¹¹¹ Rincón Salcedo (2008) considera que la aplicación del constitucionalismo popular modesto “es un ejercicio bastante peligroso, pues de manera implícita se está aceptando y desarrollando la idea de que las interpretaciones de la Corte pueden ser derogadas por la expresión extralegal de una insatisfacción popular, lo que está llevando, sin duda, a crear el espacio para el desarrollo ya no de un constitucionalismo popular sino de un populismo constitucional, en el cual lo que se busca es simplemente satisfacer sentimientos inmediatos y coyunturales sin objetivos de largo plazo, que chocan directamente con la lógica de la construcción de un orden constitucional estable. Sin contar que dentro de este espacio se corre el riesgo mayor de que la reacción del pueblo sea violenta, caso en el cual estaríamos además incitando a la formación de especies de mafias que buscan levantarse en cada ocasión que lo consideren oportuno para hacer sentir su descontento y por la vía de la violencia imponer sus decisiones (...) De hecho, entregar la interpretación constitucional a las mayorías equivaldría, en mi concepto, a convertir el debate sobre el alcance de los derechos individuales y el control constitucional en un debate de pasiones políticas y coyunturales que, sumadas a la imposibilidad de expresarse de manera coherente, generaría una parálisis de todo el sistema constitucional.” (pp. 129-130).

En lo que hace referencia al constitucionalismo popular modesto es, sin embargo, importante precisar que el hecho de que el pueblo no pueda ser intérprete de la Constitución, no quiere decir que el mismo no pueda reaccionar ante las divergencias mayores que puedan surgir con respecto a las interpretaciones emitidas por los tribunales constitucionales. De hecho, esto es perfectamente sano y democrático siempre y cuando se haga por las vías institucionales. Pero cuando el pueblo reacciona, su reacción se encuentra limitada a la expresión de su soberanía a través de la impulsión de reformas constitucionales a partir de las cuales se ‘derogue’, por la vía del cambio en el texto interpretado, la interpretación dada por el tribunal constitucional. Lo que indica que no estamos frente al pueblo como intérprete sino frente al pueblo como constituyente que reforma el texto de la Constitución total o parcialmente para que se adapte a su voluntad. Sin perjuicio, además, de que el nuevo texto para desarrollarlo necesite nuevamente del ejercicio de la función soberana de interpretación detentada por los tribunales constitucionales (Rincón Salcedo, 2008, p. 129).

Para finalizar, pongamos por caso, el ejemplo de la autorización del matrimonio homosexual¹¹², por parte de la Corte Constitucional. Para ello, González Jácome (2011) ilustra las posiciones que tendrían dos opositores populistas, frente al tema:

Para un populista como Parker, el medio más idóneo para plantear esta lucha es el del referendo, siempre y cuando no se intimide a los votantes y el proceso sea transparente. Se trata de una afirmación de los valores democráticos, en donde cada persona deposita su voto y se involucra políticamente en las discusiones de la sociedad. En contraste, como Chemerinsky considera que las mayorías actúan de manera irracional en muchas ocasiones, dejarle la decisión ‘al pueblo’ puede terminar restringiendo aún más los derechos de minorías tradicionalmente discriminadas (...) Chemerinsky argumentaría que

¹¹² González Jácome (2011) realizó una breve descripción del debate del matrimonio homosexual: “En países como Argentina y España la nueva definición de matrimonio, que ha permitido que parejas del mismo sexo se casen, ha llegado de manera definitiva a través de debates legislativos. En otros lugares, como el Estado de Massachussets en Estados Unidos y en Colombia, se ha solicitado a los jueces que declaren inconstitucionales las definiciones tradicionales del matrimonio (...) Mientras que en Massachussets el juez declaró inconstitucional que el matrimonio protegiera solo para parejas homosexuales, la Corte Constitucional colombiana se declaró inhibida para decidir el caso (...) En California, la Corte Suprema de ese Estado había decidido, en mayo de 2008, legalizar el matrimonio para parejas del mismo sexo, sobre la base de que la definición del matrimonio contenido en el Código de Familia era discriminatoria. Sin embargo, meses más tarde se convocó a un referendo, conocido como la Proposición 8, en donde la mayoría de los votantes decidió echar para atrás la decisión de la Corte y aprobó una nueva disposición en la Constitución de California, que define el matrimonio como la unión de un hombre y una mujer (González Jácome, 2011, p. 52).

quien puede tomar estas decisiones es el juez constitucional, poniéndole frenos a una mayoría heterosexual que generalmente discrimina contra la minoría que tiene otras preferencias sexuales (González Jácome, 2011, p. 53)¹¹³.

4.2. ÓRGANO AUTÓNOMO E INDEPENDIENTE

En el capítulo tercero, se indicó que la Corte Constitucional se encuentra ubicada organizacionalmente en la rama judicial del poder público, sin embargo, existen varios autores que consideran que el Alto Tribunal debe ser independiente del poder judicial. Para ello, se darán a conocer autores que apoyan nuestro proyecto académico y desde el derecho comparado evidenciar los Tribunales, que cumplen esta condición, en la estructura organizacional del Estado.

Para empezar, a mi juicio el pueblo debe tener un papel protagónico en la estructura organizacional del Estado, pues es él quien debe ordenar y establecer la Constitución, a través de su guardián -la Corte Constitucional-, como un órgano independiente de las tres ramas del poder público¹¹⁴. Posición compartida por Favoreu (1994), quien sostiene necesario “una jurisdicción creada para conocer especial y exclusivamente en materia de lo contencioso constitucional, situada fuera del aparato jurisdiccional ordinario e independiente tanto de éste como de los poderes públicos” (p. 13). A su vez, el jurista chileno García (2003) aduce:

¹¹³ González Jácome (2011) indica que el control de constitucionalidad desde el punto de vista de un populista sería el siguiente: “El juez tendría que ver si en dichas leyes hubo un procedimiento democrático en donde no se marginó de la discusión a ningún grupo de la sociedad. Así a las preguntas en California, Massachusetts o Colombia no se referirían al alcance del derecho a la igualdad, por ejemplo, sino a revisar si los poderes legislativos, en sus procesos, contribuyeron a la expresión de la energía política de la gente común y corriente (...) En segundo lugar, un control constitucional populista afectaría la seguridad jurídica. Si no hay un organismo de cierre, las situaciones jurídicas se volverían demasiado inestables y los particulares no tendrían una base sólida para planear sus actividades (...) Respecto del argumento de la seguridad, populistas como Parker creen que las normas jurídicas dan una falsa sensación de seguridad; los casos que llegan a una Alta Corte tienen al menos dos soluciones jurídicamente plausibles y las partes reclaman del juez una decisión que tendrá el halo de la autoridad” (González Jácome, 2011, pp. 56, 58-59).

¹¹⁴ Domingo García Belaunde (1994) concluye: “para evitar una anarquía interpretativa, no queda más remedio que poner un punto final a esa larga cadena de procesos interpretativos o, mejor dicho, un punto de cierre, que consistiría que en caso de conflicto interpretativo alguien tiene que decir la última palabra, porque de lo contrario atentamos contra uno de los valores del ordenamiento, que es persistir, pues para ello se necesita seguridad jurídica (y no existe seguridad cuando hay varias interpretaciones simultáneas sobre un mismo marco legal).” (García Belaunde, 1994, p. 35).

El poder para hacer cumplir la Constitución por cualquier medio ‘no supone de ningún modo la superioridad del poder judicial sobre el legislativo. Solo significa que el poder del pueblo es superior a ambos y que donde la voluntad de la legislatura, declarada en sus leyes, se halla en oposición con la del pueblo, declarada en la Constitución, los jueces deberán gobernarse por la última de preferencia a la primera’ (García, 2003, p. 498).

Kelsen (1995) definió al Tribunal Constitucional como un “órgano diferente e independiente del parlamento y cualquier otra autoridad, que crea derecho, dentro del marco de la ley y la Constitución y a quien se le encomienda la anulación de los actos constitucionales” (p. 37):

Un tribunal que tiene el poder de anular las leyes, es por consiguiente un órgano del poder legislativo. La anulación de las leyes por un tribunal puede, pues, interpretarse con igual razón más como un reparto del poder legislativo (...) Su independencia, tanto frente al Parlamento como frente al Gobierno, es un postulado evidente. Porque son precisamente el Parlamento y el Gobierno, en su calidad de órganos que participan en el procedimiento legislativo, quienes deben ser controlados por la jurisdicción constitucional. Cabría, todo lo más, tomar en consideración si del hecho de que la anulación de las leyes constituye una función legislativa se derivan ciertas consecuencias particulares en orden a la composición y al nombramiento de esta instancia (Kelsen, 1995, p. 37).

Concluyendo Kelsen, que “el Tribunal Constitucional no pertenece al poder judicial” (Díaz Guevara, 2011, p. 5). Siguiendo con la propuesta académica, el profesor Restrepo Piedrahita (1988) en su investigación destaca que desde 1885 en el *proyecto de Constitución para los Estados Unidos de Colombia 1885*, radicado por el doctor Sergio Arboleda, se proponía la creación de un nuevo poder especial, de origen electivo, con rango igual al legislativo, ejecutivo, judicial y al electoral, el cual tendría como finalidad “proteger los derechos políticos de las minorías y de dar amparo a los colombiano en el ejercicio de los derechos individuales” (Restrepo Piedrahita, 1988, p. 165):

Si esta concepción no coincidía en todas sus aristas con la institución que ya en esa época funcionaba en Suecia con el nombre de *Ombudsman*, en sus rasgos esenciales sí se le asemejaba: a) era un órgano *independiente* del ejecutivo y de los otros poderes; b) tenía

por función proteger los derechos de los individuos y ciudadanos; c) su competencia vigilante se extendía a los funcionarios de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial. La única diferencia substancial con el Ombudsman sueco era su origen: en el proyecto de Arboleda era de selección popular. En el modelo escandinavo clásico la elección era hecha por el Parlamento (Restrepo Piedrahita, 1988, p. 166).

Igualmente, con relación a la ubicación del tribunal constitucional¹¹⁵, plantea el docente mexicano Jorge Carpizo (2009): “En principio, el tribunal constitucional (...) goza de jerarquía superior respecto a los otros órganos constituidos secundarios, con el fin de tener asegurada su independencia para que realmente defienda a la Constitución” (p. 19)¹¹⁶. La jurista, Sandra Morelli Rico (1997), reflexiona sobre el papel institucional de la Corte Constitucional, deduciendo que aún no lo tiene definido dentro del Estado:

Lo aquí planteado no es tan sólo un aspecto formal. La consecuencia directa es que en Colombia la Corte Constitucional no sólo hace parte de la rama judicial del poder público, a pesar de su naturaleza *sui generis*, sino que por lo demás ni siquiera se le rige como su vértice. Esto contribuye a explicar, al menos de manera parcial, el vía crucis que ha implicado la inserción de esta nueva institución en nuestro orden constitucional (Morelli Rico, 1997, p. 14).

Finalmente, evidenciamos la postura del catedrático, Blanco Zúñiga (2010):

El Tribunal Constitucional como máximo garante de los derechos fundamentales no encaja dentro del esquema clásico de la separación e interdependencia de los poderes del Estado -por ello en otras latitudes no se incardina dentro del aparato judicial- fundamentalmente, porque su inclusión dentro de la rama jurisdiccional del poder público hace que, por sus funciones, compita con la actividad históricamente encomendada al

¹¹⁵ Eduardo Ferrer Mac-Gregor, citado por Jorge Carpizo (2009) “define al Tribunal Constitucional como ‘el órgano jurisdiccional de mayor jerarquía que posee la función esencial o exclusiva de establecer la interpretación final de las disposiciones de carácter fundamental’” (Carpizo, 2009, p. 19).

¹¹⁶ Jorge Carpizo (2009) aduce: “Todos son constituidos porque se crean en la constitución, pero los primarios gozan de una jerarquía superior respecto a los secundarios (...) Los primarios son el órgano revisor de la Constitución y el tribunal constitucional (...) Los secundarios son los poderes legislativo, ejecutivo y judicial y los órganos constitucionales autónomos (...) El Tribunal constitucional es jerárquicamente superior o goza de esa competencia superior a los poderes u órganos secundarios, debido a que es quien controla la constitucionalidad de sus normas y actos” (Jorge Carpizo, 2009, pp. 30-31).

legislativo. Además, como lo dijo Montesquieu, la aparición de los Tribunales Constitucionales implica una desarticulación de la división tripartita del poder público, ya que el Juez Constitucional al aplicar el derecho no lo hace a un solo caso concreto como el juzgador ordinario, sus fallos crean derecho que obliga incluso al Legislador y es esa precisa circunstancia la que coloca a las Cortes Constitucionales en una situación de prevalencia objetiva frente a todas las demás ramas del poder (Blanco Zúñiga, 2010, p. 207).

Por otra parte, para identificar la posición del Tribunal Constitucional, desde el Derecho Comparado, el jurista Diego Tarapués Sandino (2008), describe a los países que lo consagran como un poder independiente, de acuerdo a su Constitución Política. Estos son Chile (capítulo VII), Perú (título V) y Ecuador (título XIII, capítulo II). Además, resalta que el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, pese a estar en el poder jurisdiccional “tiene una posición más honrosa en la que se le resalta dentro del título que la contiene, opacando la misma relevancia del Tribunal Supremo de Justicia” (Tarapués Sandino, 2008, p. 110). Aunado a lo anterior, el jurista Humberto Nogueira, citado por Tarapués (2008), indica:

Es necesario precisar que por regla general, los tribunales constitucionales no forman parte del poder judicial. Esta regla tiene excepciones, como son los casos de los tribunales constitucionales de Bolivia y de Colombia en Sudamérica, como ocurre con la Corte Constitucional Alemana en Europa, los cuales forman parte de la estructura orgánica del poder judicial aun cuando cuentan con plena independencia para el ejercicio de sus funciones específicas (Tarapués Sandino, 2008, p. 110).

Al mismo tiempo, el profesor Montilla Martos (2002) indica que los Tribunales Constitucionales europeos se encuentran situados “por encima de la separación de poderes, su función incluye justamente la resolución jurídico - constitucional de conflictos políticos” (Montilla Martos, 2002, p. 144). De esta manera, se evidencia que en ordenamientos jurídicos europeos y latinoamericanos, por su importancia en la guarda del principio democrático, el Tribunal Constitucional no se encuentra en el poder judicial, sino como un poder autónomo e independiente.

Por esta razón, una de las propuestas del presente trabajo, consiste en ubicar a la Corte Constitucional como un órgano independiente y autónomo, dentro de la estructura de los poderes públicos del Estado, para disminuir su poder omnipotente sobre los poderes Judicial, Ejecutivo y Legislativo. Es decir, al darle el status de órgano constitucional autónomo, deberá actuar como una entidad mesurada, prudente y respetuosa de las decisiones administrativas y judiciales emitidas por los demás organismos del Estado.

Aunado a lo anterior, al ser retirada la Corte Constitucional de la rama judicial, tendrá mayor credibilidad ante la comunidad, la opinión pública y demás órganos constituidos, pues sus decisiones e interpretaciones, no se verán tachadas como subjetivas y con prejuicios políticos. De igual forma, en mi opinión, el pueblo -la sociedad- se acercaría mas a ella, no como garante de sus derechos como principal función constitucional asignada, sino como un ente de control que permita su participación activa, en los demás asuntos constitucionales.

Finalmente, en nuestro sentir debe existir una institución legítimamente creada en la Constitución que cumpla la función de guarda y custodia, esto es, la Corte Constitucional, pero no como una entidad superior a las demás, sino en el mismo nivel de las instituciones que integran la rama judicial y legislativa y los órganos autónomos.

4.3. NOMBRAMIENTO Y ESTABILIDAD DE MAGISTRADOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

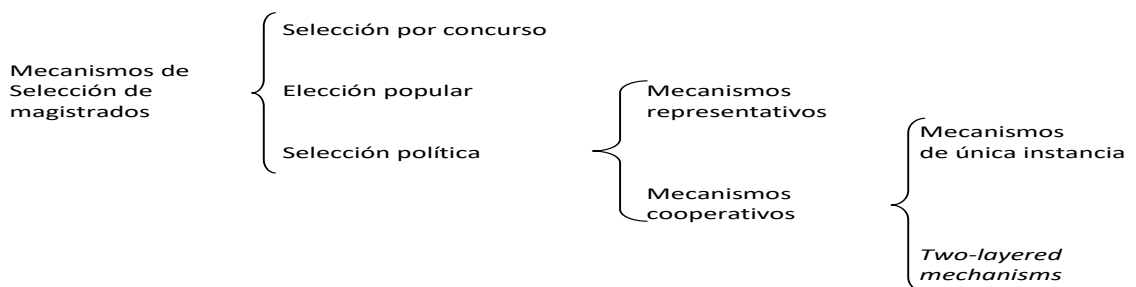
Con el fin de intentar limitar a la Corte Constitucional, como propuesta académica, se sugiere un nuevo método de elección de sus magistrados, que garantice la participación de la sociedad civil y el principio democrático. Por tanto, se ilustrará si existe o no un problema con el actual mecanismo de designación de los jueces. Incluso Pizzorusso (2006), anota que “la confianza en los titulares de los órganos judiciales desde un punto de político depende del tipo de selección y de formación que les sean propios” (p. 245):

Dicha confianza es inversamente proporcional al grado de independencia respecto de los órganos constitucionales políticos de la que disponen dichos órganos judiciales. Y si el grado de independencia es bastante bajo, como ocurre a menudo, especialmente en el caso de las jurisdicciones superiores, la atribución a las mismas de estas funciones puede producir efectos paralizantes que a veces convierten en ineficaces a los propios controles (Pizzorusso, 2006, p. 246).

Así pues, para iniciar, desde los escritos de El Federalista, según García (2003), ya se planteaba la discusión:

Además, la buena conducta sería propia del especial método de designación de los jueces: ‘Esta adhesión uniforme e inflexible a los derechos de la Constitución y de los individuos (...) no puede esperarse de jueces que estén en posesión de sus cargos en virtud de designaciones temporales (...) habría el peligro de una complacencia indebida frente al poder que los designa’ (García, 2003, p. 498).

Si queremos que la Corte Constitucional se convierta en un órgano independiente y autónomo de los poderes judicial, ejecutivo y legislativo y sus decisiones sean fallos en derecho y basados en el principio democrático, ¿cómo se lograría, si aún siguen siendo ternados y nombrados sus magistrados por el poder político? El profesor Linares (2008), presenta el siguiente esquema de nombramiento:



Continuando con el problema de nombramiento de los magistrados de la Corte Constitucional, Atienza (2010) concibe que la legitimidad de los jueces constitucionales, no es de tipo democrático, debido a que son elegidos por órganos políticos, “pero difícilmente puede considerarse que representan la voluntad popular, cuando, además, su

mandato no suele ser temporalmente coincidente con el del órgano que los eligió para desarrollar esas funciones” (Atienza, 2010, p. 114). A lo cual agregó:

En el caso de los tribunales constitucionales, puede pensarse que sus miembros (dado el sistema de elección, distinto del de los otros jueces) representan aproximadamente las diversas ideologías o grupos presentes en la sociedad, pero naturalmente, eso no pasa de ser, en el mejor de los casos, una aproximación. Y la segunda razón es que los jueces (también los jueces constitucionales) operan bajo límites de carácter institucional (límites procedimentales, pero también sustantivos) que no existen en el diálogo racional. Por supuesto, todas estas limitaciones pueden muy bien estar justificadas (permiten - por decirlo de una manera pomposa - que la razón práctica llegue más allá de donde llegaría de otra manera, esto es, permite que se argumente a propósito de campos de acción que, en otro caso, quedarían librados a la arbitrariedad o a la violencia. Pero, en cualquier caso, lo que parece la “comunidad ideal de diálogo” habermasiana ni incluso, de la menos idealizada “razón pública” de Rawls (Atienza, 2010, pp. 115-116).

En el caso colombiano, opina el docente Gómez Serrano (2007), que el mecanismo de elección de los magistrados de la Corte Constitucional, no está libre de prejuicios políticos, por las siguientes razones:

No obstante que la forma mixta de selección de los Magistrados que la integran, escogidos por el Congreso de ternas elaborados por el poder ejecutivo, el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia, introdujo elementos de politización, lo cual si bien en otras latitudes podría interpretarse como una proyección de legitimación democrática, en nuestro medio ha configurado un medio de contaminación de las practicas clientelistas que demeritan la independencia del órgano, convirtiéndolo en una magistratura de paso hacia nuevos destinos políticos y no como la cúspide de una magisterio jurídico (Gómez Serrano, 2007, p. 239).

Entre tanto, la jurista Ana María Montoya (2013) en su investigación relacionada con la elección de los magistrados de la Corte Constitucional colombiana advierte que los “factores políticos como afiliación partidista del candidato tienen un papel clave en la elección de los jueces” (Montoya, 2013, p. 173), resaltando que solamente en la Asamblea

Nacional Constituyente, el nombramiento de los jueces del Alto Tribunal respetó la composición partidista del Senado.

De otro lado, algunos doctrinantes consideran que el método de nombramiento no es un presupuesto para garantizar el principio democrático o las intenciones del poder constituyente primario o las necesidades de las generaciones futuras. Por ejemplo, el italiano Zagrebelsky (2008) aduce “Por esta razón, es absurda la idea, sin embargo, sostenida por algunos, de que el Tribunal es un órgano democrático sólo en un tercio (los cinco jueces de elección parlamentaria) y que aumentaría su democratización ampliando la cuota perteneciente a la legitimación política” (p. 52):

Como no se justificaría que el juez ‘nombrado por el parlamento’ se reputase más ‘democrático’ que uno ‘nombrado por el Parlamento’, tampoco se justificaría que el juez ‘nombrado por los jueces’ se jactase de su carrera técnica, o que el ‘nombrado por el presidente’ se valorase a sí mismo porque su nombramiento no depende generalmente de negociaciones entre los partidos (Zagrebelsky, 2008, p. 52).

Similarmente, opina Habermas (2001) “el problema de legitimidad de los Tribunales Constitucionales no radica en el método de elección de sus magistrados” (p. 335):

Pero entonces se plantea la cuestión ulterior de si basta el nombramiento o confirmación parlamentarios de los magistrados del Tribunal Constitucional para satisfacer a la exigencia de una legitimación democrática del ejercicio judicial de una función que conforme a la arquitectónica de la Constitución y a la lógica de la división de poderes, ha de entenderse como un delegar en el Tribunal Constitucional las funciones de autocontrol propias del Legislativo (Habermas, 2001, p. 336).

Por su parte, el investigador Linares (2008) aduce que quienes defienden la elección popular, consideran que es la única manera de asegurar una rendición de cuentas y la legitimidad democrática de los jueces, es decir, “los jueces elegidos serán representantes del pueblo y por lo tanto, no incurrirán en ninguna dificultad contramayoritaria cuando veten una ley del Congreso” (Linares, 2008, p. 256). Sin embargo, el jurista no está

totalmente de acuerdo con esta elección, pues estima que la elección popular de los jueces “si disminuye la objeción democrática, pero es necesario ver otras variables” (Linares, 2008, p. 257):

La elección popular tal vez sería deseable en el marco de un sistema débil de revisión judicial, pero bajo un modelo robusto ocasionaría efectos colaterales perniciosos. Y es que, si la legitimidad dual de los presidencialismos latinoamericanos, dadas unas ciertas condiciones, tiene a provocar el bloqueo entre las ramas de poder ¿conviene multiplicar la legitimidad democrática de las ramas estatales? En mi opinión, la respuesta es negativa: la legitimidad democrática de los jueces constitucionales, pese a ser una opción institucional que reduce la intensidad de la dificultad contramayoritaria, es jerárquicamente inferior a la opción de instaurar un sistema débil de revisión judicial e incluso jerárquicamente inferior a la opción de elegir los jueces a través del Congreso. Y es menos deseable porque ocasiona efectos nocivos para la estabilidad del sistema político y el logro de un gobierno eficaz (Linares, 2008, p.257).

Al mismo tiempo, el profesor Edgar Dussán Calderón (2015), en su estudio concibe que “la elección por sufragio universal de los magistrados puede resultar controversial si se asocia a una politización de la misma, aspecto que la Constitución boliviana quiso evitar” (p. 391). Igualmente, Constant (2013) no comparte la participación del pueblo en la elección de los jueces, ya que la “independencia del poder judicial solo se garantiza cuando son autónomos del poder popular como del ejecutivo y su nombramiento no debe obedecer del pueblo” (p. 167):

Es bueno que el poder legislativo dependa del pueblo; es bueno que el poder judicial no lo haga. La elección periódica de los jueces por parte de los ciudadanos, su nombramiento temporal por parte de los ciudadanos, su nombramiento temporal por parte del poder ejecutivo, la posibilidad de que sean destituidos, excepto en el caso del llamado juicio por prevaricación, son todas ellas cosas igualmente nocivas (Constant, 2013, p. 167).

En suma, para lograr la independencia del poder judicial, según Ruiz Valerio (2006), se deben dar tres presupuestos:

En primer lugar, la estabilidad en el cargo de los magistrados, para que puedan actuar con independencia de criterios, sin temor a ser removidos (...) En segundo lugar, la imparcialidad en los métodos de selección y nombramiento de los magistrados, para evitar que se encuentren vinculados, cuando no directamente sometidos al órgano que los designó (...) Y, en tercer lugar, la ausencia de interferencias, presiones o influencias en el cumplimiento de sus funciones para que puedan aplicar las leyes y disposiciones pertinentes con imparcialidad de criterios (Ruiz Valerio, 2006, pp. 191-192).

En relación con el segundo supuesto, Ruiz Valerio (2006) no está de acuerdo con la elección popular¹¹⁷ de los magistrados, por el contrario, sugiere que se deben seleccionar “por procedimientos especiales que tengan en cuenta su capacidad técnica y entrenamiento en derecho” (Ruiz Valerio, 2006, p. 192). En definitiva, defiende la realización de concurso público para la nominación de los magistrados, pese a que no se obtenga la independencia judicial que se busca:

En este sentido, para proceder a la selección de los jueces resulta fundamental el establecimiento de concursos públicos a cargo de tribunales examinadores imparciales (habitualmente formados por otros magistrados) que verifiquen la capacitación y los antecedentes de los candidatos. Sin embargo, no debemos llamarnos al engaño: la selección neutral de los jueces no garantiza resultados neutrales (suponiendo que podamos definir de manera objetiva en qué consiste la neutralidad en casos complejos por definición). Aun siendo independientes de otras ramas del gobierno, los jueces pueden tener sus propios intereses políticos que, en circunstancias complejas, pueden impulsarlos a actuar en detrimento del régimen democrático” (Ruiz Valerio, 2006, p. 191)¹¹⁸.

¹¹⁷ Fernando Atria Lemaitre (1993) afirma “en un sistema democrático no se requiere que todo órgano que detente poder sea electivo. Un Tribunal Constitucional puede obtener legitimidad de origen a través de un procedimiento de generación al cual concurren el presidente de la República y el Parlamento, que sí son de generación claramente democrática” (Atria Lemaitre, 1993, p. 370).

¹¹⁸ Ruiz Valerio (2006) como ejemplos, presenta los siguientes casos: “A lo largo del siglo XX se sucedieron distintos ejemplos de esta cuestión. Sin embargo, destacan tres por su elocuencia. En primer lugar, los valores conservadores de la judicatura de la República de Weimar llevaron a los jueces a tolerar la violencia de la extrema derecha mientras castigaban duramente las acciones de la izquierda. Al mismo tiempo, permitieron la utilización del artículo 48 para deponer y sustituir gobiernos entre 1932 y 1933, cuando Hitler fue designado canciller. En segundo lugar, los valores conservadores de la Corte Suprema de Estados Unidos llevaron a sus miembros a oponerse a Roosevelt y a varias de las principales medidas del New Deal, en momentos que la situación social y económica requería de medidas urgentes” (Ruiz Valerio, 2006, p. 192).

En cuanto al nombramiento de los magistrados mediante concurso público, Linares (2008) indica que “a primera vista, propicia la independencia judicial, porque el magistrado finalmente seleccionado no sentirá ningún deber de lealtad con nadie. El cargo es fruto únicamente del mérito personal” (p. 255). No obstante, se realiza la pregunta *¿quién selecciona a los seleccionadores?* y cuestiona el tipo de preguntas que se realizarían para determinar el perfil del magistrado, es decir, un juez legalista o un juez procedimentalista o un juez pragmático. Además, refuta los criterios complementarios que exigen otros autores, al realizar la selección de los magistrados a través de concurso:

Mientras que otros respaldan la evaluación exclusiva de criterios objetivos o de mérito, pero no se ponen de acuerdo en cuáles deben ser esos criterios meritocráticos (así, algunos subrayan el conocimiento exhaustivo del derecho constitucional - Ferrejohn, Rosenbluth y Shipan, 2004; Horowitz, 2006; Brewer – Carías, 2005, otros en cambio hacen hincapié en indicadores de productividad, rapidez y eficiencia – véase Choi y Gulati, 2005). Una pléyade de autores sostiene que la ideología política del juez es un elemento que debe ser considerado en la selección (Nagel, 1990; Sunstein, 2001b), mientras que otros autores consideran que la evaluación de la ideología política es perniciosa y debe ser rechazada (Presser, 2001). Hay quienes destacan la importancia - aunque no exclusiva - de los criterios de representatividad descriptiva, como el género, la pertenencia a un grupo étnico o cultural o la extracción geográfica del candidato (véase Guttman, 1993; Nedelsky, 1994). Están quienes mencionan la necesidad de que el candidato sea extraído de la carrera judicial (Horowitz, 2006:130), mientras que otros señalan que la trayectoria judicial, aunque deba ser tomada en cuenta, no es un criterio determinante (Haberle, 2005). Finalmente, está tomando cada vez más fuerza la propuesta de incorporar a la judicatura a personas que no hayan estudiado derecho pero que sean especialistas reconocidos en economía, o filosofía política (véase Vermeule, 2007) (Linares, 2008, pp. 255-256).

De otra parte, desde el derecho comparado, el jurista Loewenstein (1976) indicó que, en el curso de la historia, se ha evidenciado diferentes formas de nombrar a los jueces:

1. En la Francia prerrevolucionaria se compraba el cargo de juez (...) En virtud de esta situación el estrato superior del personal judicial en los parlamentos se convirtió en una auténtica nobleza del cargo (...). 2. La teoría democrática exigía la elección popular de los

jueces. Pero las experiencias que se hicieron en los comienzos de la revolución francesa con esta forma de designación fueron completamente descorazonadoras, siendo abandonado rápidamente este procedimiento por el nombramiento directo de los jueces por el gobierno. La elección popular de los jueces se practica actualmente en la mayor parte de los Estados americanos, en una serie de cantones suizos y en la Unión Soviética para Tribunales de primera instancia. Este tipo de nombramiento no se ha caracterizado, sin embargo, por haber tenido éxito (...) 3. En algunas organizaciones judiciales, los jueces son elegidos por los parlamentos. El ejemplo más conocido es el de Suiza (...) 4. Los Estados Unidos son el ejemplo más famoso para la distribución entre el gobierno y las asambleas legislativas de la función de nombrar a los jueces: el presidente propone al candidato (*nomination*), el Senado lo confirma (*confirmation*) (Loewenstein, 1796, p. 298).

Otro Tribunal Constitucional, a manera de ejemplo, es el alemán, pues los doctrinantes Hesse y Haberle (2005) afirman que “los Magistrados constitucionales no pueden pertenecer ni al Bundestag, ni al Bundesrat ni al Gobierno Federal ni a los correspondientes órganos de un Land y su cargo no es compatible con ninguna otra actividad profesional que la de un profesor de Derecho en una Universidad alemana” (p. 9):

La elección de los magistrados corresponde al Bundestag y al Bundesrat por mitad, siendo directa la elección por el Bundesrat, mientras que en el caso del Bundestag los Magistrados constitucionales son elegidos por una Comisión de Selección (integrada por doce parlamentarios (comisarios) miembros de esa cámara legislativa) nombrada por la propia cámara según las reglas de la elección proporcional (...) Esta doble elección otorga a los magistrados constitucionales una legitimación democrática y además, federal en cuanto a los elegidos por el Bundesrat (Hesse y Haberle, 2005, p. 8).

Sea otro caso, a manera de ejemplo, la Constitución Italiana, la cual según Haberle (2001) establece que el nombramiento de los jueces, corresponde a un tercio que lo escoge el parlamento, el presidente el otro tercio y el restante lo hacen los jueces ordinarios y a su juicio considera que la elección “ha dado manifiestamente buenos resultados, porque los presidentes tuvieron permanentemente buena mano en la elección de juristas constitucionales” (Haberle, 2001, p. 178) y pone como ejemplo, los casos europeos de

Eslovenia, Lituania, Bulgaria y República Checa, donde el presidente tiene de igual manera la facultad nominadora.

De otra parte, el jurista Diego Tarapués Sandino (2008) al analizar la conformación de los Tribunales Constitucionales latinoamericanos, resalta que en Chile el nominador es el Consejo de Estado y en Perú y Bolivia la designación la realiza el Congreso Nacional, como “la institución política más representativa de las democracias modernas” (Tarapués Sandino, 2008, p.114):

En suma, pueden tipificarse tres tipos de conformación del Tribunal Constitucional: 1. El primero de ellos es totalitarista al asignarle la doble función de postulación y de nombramiento al Congreso Nacional. 2. Contrario a este existe una designación en una selección como la chilena que permite nombrar a cada sector cierta cantidad de miembros y 3. Por último está un arquitecto mixto donde la postulación es desarrollada por diversos espacios e instituciones políticas, mediante la formulación de ternas, para que definitivamente tome la decisión del Congreso acerca de quien será magistrado (ministro o vocal). (Tarapués Sandino, 2008, p. 115).

Finalmente, de acuerdo a las posiciones a favor y en contra de los mecanismos de nombramiento de los magistrados de los Tribunales Constitucionales, como innovación al trabajo académico se busca proponer un nuevo método de nombramiento de los nueve (9) magistrados que integran la Corte Constitucional, que sería mediante concurso público liderado y desarrollado por una Universidad Pública, a través del cual se evalúen conocimientos específicos en materia constitucional y conocimientos generales en los ámbitos de la salud, trabajo, educación, ciencia política, medicina, economía, derechos humanos, ambiente, biodiversidad, pluralismo, familia, comunicaciones, género y derecho internacional. Así mismo, se evaluarán competencias laborales y aptitudes matemáticas y de comprensión de lectura y filosofía del derecho. Este concurso público, no contará con la etapa de entrevista, pero si se tendrá en cuenta, la experiencia laboral y la formación académica.

Los candidatos que presentarían el examen, deberán cumplir los requisitos contemplados en el artículo 232 de la Constitución Política de Colombia de 1991, modificado por el Acuerdo Legislativo 2 de 2015 y serán los representantes del pueblo. Es decir, las organizaciones civiles, grupos de docentes e investigadores académicos, organizaciones no gubernamentales, asociaciones de juristas, organizaciones sindicales, organizaciones religiosas, grupos que representen a afrodescendientes, a líderes indígenas, campesinos y víctimas del conflicto armado, LGBTIQ, organizaciones de mujeres y comerciantes, gremios económicos y del sistema financieros bancarios, y medios de comunicación, previamente inscritas en el Consejo Superior de la Judicatura, podrán postular a su representante para la presentación del concurso público. De la misma manera, los partidos políticos que representan el Congreso de la Republica, realizarán su postulación. Quienes obtengan, los nueve (9) mejores puntajes en el concurso público, serán nombrados como magistrados de la Corte Constitucional, cuya designación sería vitalicia hasta cumplir los 65 años de edad.

En caso de que el ganador, en el curso de su ejercicio como magistrado de la Corte Constitucional, no cumpla con los criterios de idoneidad, honorabilidad y lealtad hacia los postulados legales y constitucionales, cualquier organización civil, podrá solicitar su retiro, previa investigación disciplinaria que adelantará el Consejo Superior de la Judicatura en conjunto con la comisión especial conformada por dos (2) magistrados de la Corte Constitucional, un (1) representante de la organización o partido político del investigado y un (1) delegado de la Procuraduría General de la Nación.

5. CONCLUSIONES

Cuando nos referimos al *desborde* de la Corte Constitucional y pretendimos indagar si era viable establecer límites jurídicos a la interpretación evolutiva, que conllevó a la *creación de derechos* no contemplados en la literalidad del texto constitucional, como pregunta de investigación, procedimos en el capítulo segundo, a verificar desde varios autores y corrientes, si era prudente hacerlo o no. Concluyendo, que para quienes, si consideramos necesario realizarlo, pese a que existan doctrinas de autocontención como la *political questions* y *self-restrain* o teorías *de la no sustitución constitucional* o *el test de efectividad* o se exijan características y valores humanos a los magistrados como medida, prudencia, honestidad, moderación, responsabilidad, respeto por las competencias de los demás órganos constitucionales, entre otros, no se podrán *identificar o enumerar límites* puntuales al Alto Tribunal, para emitir sus fallos.

Visto que las decisiones de la Corte Constitucional, cuando se tratan de *conceder derechos* no escritos en la constitución, obedecen a *explicaciones* del criterio del magistrado ponente y no a *argumentos jurídicos* que permitan inferir que eso, es lo que está plasmado literalmente en el texto constitucional y refleja el pensar y sentir del poder constituyente. Estas *explicaciones*, son justificadas por el juez constitucional al señalar que la *constitución es viviente* y su obligación está en proteger los derechos de las minorías y garantizar las necesidades de las generaciones presentes y futuras.

Estas, *decisiones -que crean nuevos derechos-*, como lo ilustramos en el capítulo tercero, en primer lugar, trasgrede el texto literal de la Constitución Política de 1991, realizando reformas constitucionales ilegales e implícitas y, en segundo lugar, se contradicen en el tiempo y entre los mismos magistrados cuando salvan y/o aclaran su voto, obedeciendo al *antojo-capricho interpretativo*, puesto, que utilizan el principio democrático como sostén para negar o conceder estos derechos. Esto dependerá del criterio académico, personal, político y religioso del magistrado ponente, de la política de gobierno del momento o de la presión que ejerza la opinión pública y los movimientos sociales a favor o en contra,

del tema específico. Pues como lo describimos en el cuerpo del trabajo, ¡entre la Constitución y la Corte Constitucional no hay nadie!

De modo que, ante la imposibilidad de establecer los límites jurídicos de la Corte Constitucional, se buscó en este trabajo académico, en proponer ciertos límites o controles al Alto Tribunal. Debido a que, a nuestro juicio, él no es un poder constituyente derivado, por el contrario, es un poder constituido creado por el pueblo con límites en sus funciones, claramente señaladas en el texto constitucional.

No sin antes, advertir, que en temas como el aborto, eutanasia, familias homoparentales, reproducción in vitro, salud, reelección presidencial, servicios públicos, entre otros, la Corte Constitucional ha *creado derechos* a favor de la comunidad, por la falta de liderazgo del pueblo, del Legislativo y del Ejecutivo. Además, es necesario indicar que pese a su extralimitación en la interpretación de la Constitución Política de 1991 y de la misma ley, ha contribuido a que el proceso democrático perdure y sea sostenible.

Es decir, no se está en desacuerdo con el *reconocimiento de nuevos derechos*, lo que sucede es que este *reconocimiento*, no se da por la interpretación literal del texto de la Constitución, sino que, por el contrario, como lo mencionamos, depende de la transición política en la que se encuentre el país, o de la interpretación subjetiva que le dé el juez constitucional a la afectación o no del principio democrático o de los intereses propios del magistrado.

En definitiva, y al no contar con elementos que permitan limitar jurídicamente su actuar, para que la Corte Constitucional actúe bajo los principios de legalidad conferidos en la Constitución Política, se propone la participación del pueblo en las decisiones constitucionales, desde una perspectiva del Constitucionalismo Popular moderado y sobre una modificación en el nombramiento de sus magistrados, bajo la modalidad de concurso público, previo designaciones enviadas por los diferentes movimientos organizados, tales como docentes universitarios, juristas, economistas, afrodescendientes, LGBTIQ, mujeres, defensores de derechos humanos, medios de comunicación, líderes indígenas y

campesinos, entre otros y una del Congreso de la República. De esta manera, la ciudadanía no convierte al Alto Tribunal en un *todo poderoso*, sino que, por el contrario, se empodera al pueblo, para que exija al Ejecutivo y al Legislativo, regular sus necesidades y problemáticas, actuales y reales.

6. LISTADO DE REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Ackerman, B. (2015). *Nosotros, el pueblo I. fundamentos de la historia constitucional estadounidense*. Instituto de Altos Estudios Nacionales del Ecuador (IAEN).
- Aguilera Portales, R. E.; Becerra Rojas, R., & Ortega Gomero, S. (2010). *Neoconstitucionalismo, democracia y derechos fundamentales. Contribuciones a la teoría política y jurídica contemporánea*. Porrúa.
- Aguiló Regla, J. (2010). *Sobre las contradicciones (tensiones) del constitucionalismo y las concepciones de la Constitución*. En *El Canon Neoconstitucional*. Compilada por Carbonell, M. & García Jaramillo, L. Universidad Externado de Colombia.
- Aláez Corral, B. & Álvarez Álvarez, L. (2008). *Las decisiones básicas del Tribunal Constitucional Federal Alemán en las encrucijadas del cambio de milenio*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Alemaný, M. (2010). Democracia versus Constitución (¿precompromiso o paternalismo?). *Anuario de Filosofía del Derecho*, (26), 59-84. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3313247>
- Alterio, A.M. (2015). Una crítica democrática al neoconstitucionalismo y a sus implicancias políticas e institucionales [tesis de doctorado, Universidad Carlos III de Madrid]. Repositorio Institucional. <http://hdl.handle.net/10016/21151>
- Aragón Reyes, M. (1986). *Sobre las nociones de supremacía y suprelegalidad Constitucional*. Universidad Externado de Colombia.
- Aragón Reyes, M. (1990). *Constitución y democracia*. Tecnos S.A.
- Aragón Reyes, M. (1999). *Constitución y control del poder. Introducción a una teoría constitucional del control*. Universidad Externado de Colombia.
- Aragón Reyes, M. (2007). La Constitución como Paradigma. En *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*. Edición de Miguel Carbonell. Trotta.
- Arango Mejía, J. (2001). *La Guarda de la integridad y supremacía de la Constitución*. En *Jurisdicción Constitucional de Colombia. La Corte Constitucional 1992-2000. Realidades y Perspectivas*. Corte Constitucional.
- Atienza, M. (2010). *Interpretación Constitucional*. Universidad Libre.

- Atria Lemaitre, F. (1993). El Tribunal Constitucional y la objeción democrática. *Revista Chilena de Derecho*, 20(2-3), 367-378. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2649895>
- Bader Aldave, B. (2006). *Las Tendencias del derecho constitucional en Estados Unidos*. En Neoconstitucionalismo y Estado de Derecho. Compilado por Torres Estrada, P. Limusa.
- Balcázar González y Mora Restrepo (2015). El poder de los brujos: las trampas de la corte constitucional colombiana en materia de aborto. <https://aul.org/wp-content/uploads/2019/02/2015-05-El-Poder-De-Los-Brujos-Las-Trampas-De-La-Corte-Constitucional-Colombiana-En-Materia-De-Aborto.pdf>
- Barber, R. (2014). Doble maternidad legal, filiación y relaciones parentales. *Derecho Privado y Constitución*, (28), 93-136. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4882043>
- Barzotto, L. F. (2013). *Positivismo, neoconstitucionalismo y activismo judicial*. En Retos del Derecho Constitucional Contemporáneo. Compilado por Mora Restrepo, G. & Benítez Rojas, V. Universidad de La Sabana.
- Benítez Rojas, V. (2013). *El control de constitucionalidad de reformas constitucionales. Algunas salidas para la encrucijada contramayoritaria*. En retos del Derecho Constitucional Contemporáneo. Compilado por Mora Restrepo, G. & Benítez Rojas, V. Universidad de La Sabana.
- Bernal Pulido, C. (2007). *Refutación y defensa del neoconstitucionalismo*. En Teoría del Neoconstitucionalismo. Edición de Miguel Carbonell. Ensayos Escogidos. Trotta.
- Bernal Pulido, C. (2010). *Refutación y defensa del neoconstitucionalismo*. En Neoconstitucionalismo, Democracia y Derechos Fundamentales. Contribuciones a la Teoría Política y Jurídica Contemporánea. Compilado por Aguilera Portales, R. E.; Becerra Rojas, R., & Ortega Gomero, S.
- Blanco Zúñiga, G. (2010). *De la interpretación legal a la interpretación constitucional*. Grupo Ibáñez.
- Bonilla, B. E. & Manosalva, C. (2019). Regulación de la fecundación in vitro en Colombia y en el derecho comparado [tesis de especialización, Universidad Libre]. Repositorio Institucional. <https://repository.unilibre.edu.co/handle/10901/15690>
- Caballero Sierra, G. (2002). *Corte Constitucional y legislador: Contrarios o complementarios*. Ediciones Jurídica Gustavo Ibáñez.

- Carbonell, M. (2007). *El neoconstitucionalismo en su laberinto*. En teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos Escogidos. Edición de Miguel Carbonell. Trotta.
- Carbonell, M. & García Jaramillo, L. (2010). *El canon neoconstitucional*. Universidad Externado de Colombia.
- Cárdenas García, J. (2006). *Diez tesis sobre nuestro atraso jurídico*. En neoconstitucionalismo y estado de derecho. Compilado por Torres Estrada, P. Limusa.
- Carpizo, J. (2009). *El Tribunal Constitucional y sus límites*. Grijley Chiclayo.
- Castaño, L. O. (2007). Superioridad interpretativa del órgano judicial encargado del control de constitucionalidad sobre la potestad que tiene el órgano legislativo. *En Revista de Ciencias Sociales El Agora USB*, 7(1). <https://doi.org/10.21500/16578031.1639>.
- Chemerinsky, E. & Parker, R. (2011). *Constitucionalismo Popular*. Siglo del Hombre Editores.
- Cifuentes, E. (1995). El Derecho a la constitución en Colombia. Entre la rebelión pacífica y la esperanza. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 15(44), 129-183. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=79538>
- Collazos Velasco, M. D. (2009). La corrección funcional y el *stare decisis* como alternativas para la legitimidad del control constitucional en democracias disfuncionales. *Derecho y Humanidades*, (15). <https://doi:10.5354/0719-2517.2011.16043>
- Comanducci, P. & Ahumada, M. (2009). *Positivism jurídico y neoconstitucionalismo*. Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- Comanducci, P. (2010). *La ideología neoconstitucionalista y la democracia*. En neoconstitucionalismo, democracia y derechos fundamentales. Contribuciones a la teoría política y jurídica contemporánea. Compilado por Aguilera Portales, R. E.; Becerra Rojas, R., & Ortega Gomero, S.
- Constant, B. (2013). *Una Constitución para la república de los modernos*. Tecnos.
- Contreras, C. (2017). Habeas corpus a favor del oso Chucho: esquizofrenia jurídica en el país del realismo mágico. *Ámbito Jurídico*. <https://www.ambitojuridico.com/noticias/ambiental-y-agropecuario/habeas-corpor-favor-del-oso-chucho-esquizofrenia-juridica-en-el>
- Correa Henao, N. R. (1987). Control de constitucionalidad en Estados Unidos y Europa. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, (78), p.145-156. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5483943>

- Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena de la Corte Constitucional. (octubre 1 de 1992). Sentencia C-543 de 1992. [M.P. Hernández Galindo, J. G.]
- Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena de la Corte Constitucional. (octubre 1 de 1992). Sentencia C-544 de 1992. [M.P. Martínez Caballero, A.]
- Corte Constitucional de Colombia. Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional. (junio 5 de 1992). Sentencia T-406 de 1992. [M.P. Angarita Barón, C.]
- Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena de la Corte Constitucional. (marzo 25 de 1993). Sentencia C-113 de 1993. [M.P. Arango Mejía, J.]
- Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena de la Corte Constitucional. (marzo 3 de 1994). Sentencia C-089 de 1994. [M.P. Cifuentes Muñoz, E.]
- Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena de la Corte Constitucional. (mayo 18 de 1995). Sentencia C-225 de 1995. [M.P. Martínez Caballero, A.]
- Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena de la Corte Constitucional. (mayo 20 de 1997). Sentencia C-239 de 1997. [M.P. Gaviria Díaz, C.]
- Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena de la Corte Constitucional. (octubre 1 de 1998). Sentencia C-543 de 1998. [M.P. Gaviria Díaz, J.]
- Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena de la Corte Constitucional. (agosto 4 de 1999). Sentencia C-560 de 1999. [M.P. Gaviria Díaz, J.]
- Corte Constitucional de Colombia. Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional. (agosto 23 de 2000). Sentencia T-1104 de 2000. [M.P. Naranjo Mesa, V.]
- Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena de la Corte Constitucional. (mayo 15 de 2001). Sentencia C-501 de 2001. [M.P. Córdoba Triviño, J.]
- Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena de la Corte Constitucional. (agosto 2 de 2001). Sentencia C-814 de 2001. [M.P. Monroy Cabra, M. G.]
- Corte Constitucional de Colombia. Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional. (octubre 31 de 2002). Sentencia T-946 de 2002. [M.P. Vargas Hernández, C.I.]
- Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena de la Corte Constitucional. (marzo 12 de 2002). Sentencia C-179 de 2002. [M.P. Monroy Cabra, M. G.]
- Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena de la Corte Constitucional. (diciembre 9 de 2003). Sentencia C-1200 de 2003. [M.P. Cepeda Espinosa, M. J. y magistrado Escobar Gil, R.]

- Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena de la Corte Constitucional. (julio 9 de 2003). Sentencia C-551 de 2003. [M.P. Montealegre Lynett, E.]
- Corte Constitucional de Colombia. Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional. (junio 19 de 2003). Sentencia T-512 de 2003. [M.P. Montealegre Lynett, E.]
- Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena de la Corte Constitucional. (agosto 30 de 2004). Sentencia C-816 de 2004. [M.P. Córdoba Triviño, J. y los magistrados Uprimny Yepes, R.]
- Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena de la Corte Constitucional. (octubre 7 de 2004). Sentencia C-970 de 2004. [M.P. Escobar Gil, R.]
- Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena de la Corte Constitucional. (octubre 7 de 2004). Sentencia C-971 de 2004. [M.P. Cepeda Espinosa, M. J.]
- Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena de la Corte Constitucional. (octubre 19 de 2005). Sentencia C-1040 de 2005. [M.P. Cepeda Espinosa, M. J. y los magistrados Escobar Gil, R., Monroy Cabra, M. G., Sierra Porto, H. A., Tafur Galvis, A. y Vargas Hernández, C. I.]
- Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena de la Corte Constitucional. (mayo 10 de 2006). Sentencia C-355 de 2006. [M.P. Araújo Rentería, J. y Vargas Hernández, C. I.]
- Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena de la Corte Constitucional. (febrero 7 de 2007). Sentencia C-075 de 2007. [M.P. Escobar Gil, R.]
- Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena de la Corte Constitucional. (octubre 3 de 2007). Sentencia C-811 de 2007. [M.P. Monroy Cabra, M. G.]
- Corte Constitucional de Colombia. Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional. (septiembre 21 de 2007). Sentencia T-752 de 2007. [M.P. Vargas Hernández, C.I.]
- Corte Constitucional de Colombia. Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional. (noviembre 9 de 2007). Sentencia T-946 de 2007. [M.P. Córdoba Triviño, J.]
- Corte Constitucional de Colombia. Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional. (septiembre 21 de 2007). Sentencia T-752 de 2007. [M.P. Vargas Hernández, C.I.]
- Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena de la Corte Constitucional. (abril 16 de 2008). Sentencia C-336 de 2008. [M.P. Vargas Hernández, C. I.]
- Corte Constitucional de Colombia. Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional. (septiembre 5 de 2008). Sentencia T-870 de 2008. [M.P. Cepeda Espinosa, M.J.]

- Corte Constitucional de Colombia. Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional. (octubre 15 de 2009). Sentencia T-732 de 2009. [M.P. Sierra Porto, H. A.]
- Corte Constitucional de Colombia. Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional. (agosto 6 de 2009). Sentencia T-546 de 2009. [M.P. Calle Correa, M. V.]
- Corte Constitucional de Colombia. Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional. (diciembre 18 de 2009). Sentencia T-968 de 2009. [M.P. Calle Correa, M. V.]
- Corte Constitucional de Colombia. Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional. (marzo 23 de 2009). Sentencia T-226 de 2010. [M.P. González Cuervo, M.]
- Corte Constitucional de Colombia. Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional. (julio 22 de 2010). Sentencia T-585 de 2010. [M.P. Sierra Porto, H.A.]
- Corte Constitucional de Colombia. Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional. (agosto 19 de 2010). Sentencia T-644 de 2010. [M.P. Vargas Silva, L.E.]
- Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena de la Corte Constitucional. (febrero 26 de 2010). Sentencia C-141 de 2010. [M.P. Sierra Porto, H. A.]
- Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena de la Corte Constitucional. (agosto 30 de 2010). Sentencia C-666 de 2010. [M.P. Sierra Porto, H. A.]
- Corte Constitucional de Colombia. Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional. (septiembre 8 de 2010). Sentencia T-717 de 2010. [M.P. Calle Correa, M. V.]
- Corte Constitucional de Colombia. Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional. (marzo 23 de 2010). Sentencia T-226 de 2010. [M.P. González Cuervo, M.]
- Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena de la Corte Constitucional. (julio 26 de 2011). Sentencia C-577 de 2011. [M.P. Mendoza Martelo, G. E.]
- Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena de la Corte Constitucional. (julio 26 de 2011). Sentencia C-577 de 2011. [M.P. Mendoza Martelo, G.]
- Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena de la Corte Constitucional. (agosto 24 de 2011). Sentencia C-632 de 2011. [M.P. Mendoza Martelo, Gabriel Eduardo.]
- Corte Constitucional de Colombia. Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional. (diciembre 7 de 2011). Sentencia T-928 de 2011. [M.P. Vargas Silva, L.E.]
- Corte Constitucional de Colombia. Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional. (julio 18 de 2014). Sentencia T-528 de 2014. [M.P. Calle Correa, M. V.]

- Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena de la Corte Constitucional. (febrero 18 de 2015). Sentencia C-071 de 2015. [M.P. Palacio Palacio, J. I.]
- Corte Constitucional de Colombia. Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional. (mayo 12 de 2015). Sentencia T-274 de 2015. [M.P. Palacio Palacio, J.I.]
- Corte Constitucional de Colombia. Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional. (noviembre 10 de 2016). Sentencia T-622 de 2016. [M.P. Palacio Palacio, J. I.]
- Corte Constitucional de Colombia. Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional. (junio 15 de 2016). Sentencia T-306 de 2016. [M.P. Mendoza Martelo, G. E.]
- Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena de la Corte Constitucional. (julio 18 de 2016). Sentencia C-379 de 2016. [M.P. Vargas Silva, L. E.]
- Corte Constitucional de Colombia. Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional. (febrero 8 de 2016). Sentencia T-034 de 2016. [M.P. Guerrero Pérez, L. G.]
- Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena de la Corte Constitucional. (octubre 10 de 2018). Sentencia C-093 de 2018. [M.P. Reyes Cuartas, J. F. y magistrado Ortíz Delgado, G. S.]
- Corte Constitucional de Colombia. Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional. (agosto 2 de 2018). Sentencia T-316 de 2018. [M.P. Pardo Schilesinger, C.]
- Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena de la Corte Constitucional. (febrero 20 de 2020). Sentencia SU-074 de 2020. [M.P. Ortiz Delgado, G. S.]
- Corte Constitucional de Colombia. (enero 23 de 2020). Sentencia SU-016 de 2020. [M.P. Guerrero Pérez, L.G.]
- Corte Suprema de Justicia. Sala Novena de Revisión de la Corte Suprema de Justicia. (julio 26 de 2007). Sentencia 17001-22-13-000-2017-00468-02- AHC4806-2017. [M.P. Tolosa Villabona, L.A.]
- Corte Constitucional (2019). *Organigrama e información general de las dependencias*. Corte Constitucional. <https://n9.cl/yj4z3>
- Corte Suprema de la Nación de Argentina. (21 de noviembre de 2006). Sentencia 2026. [M.P. Nolasco, H.]. <https://n9.cl/dk0y>
- Corte Suprema de la Nación de Argentina. (6 de noviembre de 2012). Sentencia 198. [M.P. Pérez, P.]. <https://n9.cl/9hhp>

- Corte Suprema de la Nación de Argentina. (11 de marzo de 2013). Sentencia 55. [M.P. Rodríguez Arribas, R.]. BOE N.º 86 del 10 de abril de 2013. <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/23360>
- Corte Suprema de la Nación de Argentina. (15 de enero de 2014). Sentencia 836. [M.P. Orduña Moreno, F.J.]. <https://supremo.vlex.es/vid/divorcio-filiacion-posesion-496769262>
- Courtis, C. (2005). La legitimidad del poder judicial ante la ciudadanía. *Nexos* (329). <https://www.nexos.com.mx/?p=11516>
- Cracogna, D. (1983). Acerca del concepto de constitución en Carl Schmitt y Hans Kelsen. *Revista Ciencias Sociales*, (23). [file:///C:/Users/pavelez/Downloads/4999-Texto%20del%20art%C3%ADculo-9219-1-10-20201008%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/pavelez/Downloads/4999-Texto%20del%20art%C3%ADculo-9219-1-10-20201008%20(1).pdf)
- Cruz, L. M. (2005). *La Constitución como orden de valores. Problemas jurídicos y políticos*. Colección 7 Filosofía, Derecho y Sociedad.
- Díaz Guevara, J. J. (2011). El Constitucionalismo Alemán: Aporte de Kelsen, Heller, Schimth, Smend y Häberle. *Derecho y Cambio Social*, 8(24). <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5498875>
- Díaz Revorio, F. J. (2016). Interpretación de la Constitución y juez constitucional. *Revista IUS*, 10(37). <https://revistaius.com/index.php/ius/article/view/7>.
- Decreto Ley 2737 de 1989. Por la cual se expide el Código Menor. 27 de noviembre de 1989. DO. N.º 48.489.
- Dorado Porras, J. (2007). *La justicia constitucional y la interpretación constitucional. Los límites en la defensa de la Constitución*. En justicia constitucional y democracia en el Siglo XXI. Compilada por Duque Sandoval, O. & Freddyur Tovar, L. Universidad Autónoma de Occidente.
- Durán Smela, D. (2011). Entre el republicanismo y el constitucionalismo popular. ¿cómo potenciar la participación democrática en la construcción de la política pública y constitucional del bien común? *Vniversitas* (123), 169-201. <https://n9.cl/yt9t>
- Dussán Calderón, E. (2015). *Derechos Humanos de las tres generaciones en perspectiva comparada para América Latina*. En El Estado constitucional en el tiempo y en el espacio. Compilado por Marquardt, B. Universidad Nacional de Colombia.

- Dworkin, R. (2010). *Igualdad, democracia y constitución: nosotros, el pueblo, en los tribunales*. En El Canon Neoconstitucional. Compilada por Carbonell, M. & García Jaramillo, L. Universidad Externado de Colombia.
- El Espectador (29 de abril de 2014). *Guerra de Padrinos*. Editorial El Espectador. <https://www.elespectador.com/opinion/editorial/guerra-de-padrinos-articulo-489652/>
- El Espectador (3 de diciembre de 2017). *Jorge Iván Palacio: el centinela del río Atrato*. Redacción Judicial. El Espectador. <https://www.elespectador.com/noticias/judicial/jorge-ivan-palacio-el-centinela-del-rio-atrato/>
- El Tiempo (8 de julio de 2020). *Juez le reconoce a perro derecho a tratamiento médico para epilepsia*. Justicia. El Tiempo. <https://www.eltiempo.com/justicia/servicios/juez-reconocio-derecho-de-un-perro-a-la-supervivencia-y-ordeno-darle-medicamento-515776>
- Estrada Vélez, S. (2007). Los límites a la Corte Constitucional como presupuesto para el mantenimiento del orden institucional: Propuesta de control a partir de la teoría de los principios jurídicos y la metodología de la argumentación jurídica. *Opinión Jurídica*, 6(11). <http://hdl.handle.net/11407/576>
- Favoreu, L. (1994). *Los Tribunales constitucionales*. Ariel.
- Ferreres Comella, V. (1997). *Justicia constitucional y democracia*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Ferreres Comella, V. (2010). *El control judicial de la constitucionalidad de la Ley. El problema de su legitimidad democrática*. En El Canon Neoconstitucional. Compilada por Carbonell, M. & García Jaramillo, L. Universidad Externado de Colombia.
- Ferreya, R. G. (2014). La Corte Suprema de Justicia Argentina y el control de constitucionalidad: Vicisitudes y retos del papel institucional del Tribunal. *Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol* (47), 13-44. <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/131018>
- Figueroa Morantes, J. E. (2000). *Interpretación constitucional y decisión judicial*. Grupo Editorial Leyer.
- Figueroa, D. (2012). La doctrina estadounidense de la cuestión política: Etiología, axiología y perspectivas para latinoamérica. *Revista Jurídica IUS Doctrina. Universidad de Costa Rica*, 6(9). <http://hdl.handle.net/10669/17997>
- Flórez Muñoz, D. E. (2011). Derecho y sociedad en el estado constitucional. Una introducción desde J. Elster, L. Kramer y P. Haberle. *Revista de Derecho: División de Ciencias*

- Jurídicas de la Universidad del Norte*, (35), 13-31.
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5688042>
- Fraile, G. & Gómez, M. (2016). Colombia sin legislación para la reproducción humana asistida [tesis de pregrado, Universidad Militar Nueva Granada]. Repositorio Institucional.
<http://hdl.handle.net/10654/14661>
- Frisch, P. W. (2011). *La Forma en que se plasmó la teoría pura del derecho de Hans Kelsen en la jurisdicción Austriaca*. Ediciones Coyoacán.
- García Belaunde, D. (1994). La Interpretación constitucional como problema. *Estudios Políticos (Nueva Época)*, (86), 9-38. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=27306>
- García de Enterría, E. (1985). *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Civitas.
- García de Enterría, E. (2014). La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: Posibilidades y perspectivas. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 34(100), 39-131. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4734799>
- García de Miguel, Laura (noviembre 8 de 2019). *Reproducción asistida en la seguridad Social española*. Reproducción Asistida ORG. <https://n9.cl/8zwe>
- García López, L. F. (2018). La interpretación constitucional y sus métodos en el sistema jurídico norteamericano, una interacción entre lo político y lo jurídico: Teorías y casos de estudio. *Ius et Praxis*, 24(2). <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122018000200393>
- García Roca, J. (1988). Sobre la teoría constitucional de Rudolf Smend. *Estudios Políticos*, (59), 269-276. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=26955>
- García, J. F. (2003). El control de constitucionalidad en el Federalista y los fundamentos de una sociedad libre. *Revista Chilena de Derecho*, 30(3), 491-514.
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2650281>
- García-Pelayo, M. (1948). Constitución y derecho constitucional. Evolución y crisis de ambos Concepto. *Estudios Políticos*, (37-38), 53-124.
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2127679>
- García-Pelayo y Alonso (1984). *Derecho Constitucional comparado*. Madrid.
- Gargarella, R. (2010). *Una disputa imaginaria sobre el control judicial de las leyes. El “constitucionalismo popular” frente a la teoría de Nino*. En *El Canon Neoconstitucional*. Compilada por Carbonell, M. & García Jaramillo, L. Universidad Externado de Colombia.

- Garro, A. M. (1992). Algunas reflexiones sobre la Corte Suprema de los Estados Unidos en su actual composición y el rol institucional de la Corte. *Revista española de derecho constitucional*, 12(35), p.85-96. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=79457>
- Gómez Serrano, L. (2007). *El control constitucional en Colombia. Evolución histórica*. Doctrina y Ley.
- González Jácome, J. (2011). *¿El poder para la gente? Una introducción a los debates sobre el constitucionalismo popular*. En *Constitucionalismo Popular*. Chemerinsky, E. & Parker, R. (2011). Siglo del Hombre Editores.
- Guastini, R. (2007). *Sobre el concepto de Constitución*. En *Teoría del Neoconstitucionalismo. Ensayos Escogidos*. Edición de Miguel Carbonell. Trotta.
- Haberle, P. (2001). La jurisdicción constitucional institucionalizada en el Estado Constitucional. *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, (5), 169-182. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1976013>
- Haberle, P. (2004). El Tribunal Constitucional como poder político. *Estudios Políticos*, (125), 9-38. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1039092>
- Haberle, P. (2012). Funciones y significado de los Tribunales Constitucionales en perspectiva comparada - y comentario a los 60 años del Tribunal Constitucional. *Derecho Constitucional Europeo*, (17), 501-528. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4293415>
- Habermas, J. (2001). *Factibilidad y validez. Sobre el derecho y el Estado Democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Trotta.
- Haro, R. (2012). La dimensión política del control de constitucionalidad en el sistema Argentino. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, (16), 191-223. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4081440>
- Hauriou, M. (1927). *Principios de derecho público y constitucional*. Reus.
- Hernández Galindo, J. G. (2001). *El ejercicio independiente*. En *Jurisdicción Constitucional de Colombia. La Corte Constitucional 1992-2000. Realidades y Perspectivas*. Corte Constitucional.
- Hernández Valle, R. (1993). El poder constituyente derivado y los límites jurídicos del poder de reforma constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 13(37), 143-158. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=79478>

- Hernández, R. & Fernández (2014). *Metodología de la investigación*. Mc Graw Hill.
- Herrera, C. M. (1994). La polémica Schmitt – Kelsen sobre el guardián de la Constitución. *Estudios Políticos*, (86), 195-228.
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=27301>
- Hesse, K. & Haberle, P. (2005). *Estudios sobre la jurisdicción constitucional con especial referencia al Tribunal Constitucional Alemán*. Porrúa.
- Insignares Cera, S. & Molineros Hassan, V. (2012). Juicio integrado de constitucionalidad: análisis de la metodología utilizada por la Corte Constitucional colombiana. *Revista Vniversitas*, 61(124), 91-118. <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj61-124.jica>
- Jellinek, J. (1991). *Reforma y mutación de la constitución*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Juzgado Segundo Civil de Perú. (2013). Sentencia N.º 001 de 2018. [Juez. Corrales Cuba, Y.F.].
<https://lpderecho.pe/resolucion-cambio-sexo-dni-persona-transexual/>
- Kelsen, H. (1995). *Teoría general del derecho y del Estado*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Kelsen, H. (1991). *Teoría pura del derecho*. Porrúa.
- Kelsen, H. (1995). *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Tecnos.
- Kelsen, H. (2008). La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional). *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, (15), 249-300.
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3764308>
- Landa, C. (2003). *Tribunal constitucional y Estado democrático*. Palestra Editores.
- Laporta San Miguel, F. J. (2001). El ámbito de la Constitución. *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (24), 459-484. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=290836>
- Lassalle, F. (2005). *¿Qué es una Constitución?* Temis S.A.
- Ley 13 de 2005. Por la cual se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio. 2 de julio de 2005. BOE N.º 157. <https://n9.cl/6pxmt>
- Ley 1953 de 2019. Por medio de la cual se establecen los lineamientos para el desarrollo de la política pública de prevención de la infertilidad y su tratamiento dentro de los parámetros de salud reproductiva. 20 de febrero de 2019. DO. 50873.
- Ley 35 de 1988. Sobre Técnicas de Reproducción Asistida. 22 de noviembre de 1988. BOE. 282.
<https://www.boe.es/eli/es/l/1988/11/22/35>

- Ley 14 de 2006. Sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. 26 de mayo de 2006. BOE. 126.<https://www.boe.es/buscar/pdf/2006/BOE-A-2006-9292-consolidado.pdf>
<https://www.boe.es/eli/es/l/1988/11/22/35>
- Ley 26.862 de 2013. Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico – asistenciales de reproducción medicamente asistida. 5 de junio de 2013.
<https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-26862-216700/texto>
- Linares, S. (2008). *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*. Marcial Pons.
- Loewenstein, K. (1976). *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel.
- Maciaszek-Llaneza, S. (2006). El presidente de la República como árbitro político. El caso polaco en una perspectiva comparada. *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, (57), 119-142. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3235793>
- Mancha Romero, P. M. (2009). La justicia como equidad y el constitucionalismo popular. Aproximación al sujeto normativo en John Rawls y Larry Kramer. *Revista de Derecho UNED*, (5), 253-286. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3131755>
- Márquez, M. E. & Nanclares, D. H. (2001). Modelo de tribunal constitucional para Colombia. [tesis de grado, Universidad de Medellín].
- Martínez Caballero, A. (2001). *Tipos de sentencias. El control constitucional de las leyes: la experiencia colombiana*. En Jurisdicción Constitucional de Colombia. La Corte Constitucional 1992-2000. Realidades y Perspectivas. Corte Constitucional.
- Martínez Dalmau, R. & Viciano Pastor, R. (2013). La Constitución democrática, entre el neoconstitucionalismo y el nuevo constitucionalismo. *El Otro Derecho. Debates Constitucionales en Nuestra América* (48), 63-84. <https://n9.cl/wfwcj>
- Martínez Dalmau, R. & Viciano Pastor, R. (2011). Fundamentos teóricos y prácticos del nuevo constitucionalismo latinoamericano. *Doctrina Constitucional*, (48), 307-328.
- Martínez Dalmau, R. & Tremolada Álvarez, E. (2014). Jerarquía constitucional y aplicación preferente del derecho de la integración. Elementos para la solución del posible conflicto entre derechos e integración. *Universitas* (128).
- Medrano Moreno, P. E. (2012). ¿Quién debe tomar las decisiones en una sociedad democrática? *Revista de Derecho Público* (28). <http://dx.doi.org/10.15425/redepub.28.2012.02>

- Elías Méndez, C. (2010). El modelo constitucional austriaco desde la perspectiva de su interacción con el derecho de la Unión Europea. *En ReDCE*, (14), 137-173. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3707668>
- Molano, A. & Murcia, D. (2018). Animales y naturaleza como nuevos sujetos de derecho: un estudio de las decisiones judiciales más relevantes en Colombia. *Revista Colombiana de Bioética*, 13(1). <https://n9.cl/8ismw>
- Molinares Hassan, V. (2013). Guerra irregular y constitución: garantismo judicial de la Corte Constitucional colombiana. *Cuestiones constitucionales: Revista mexicana de derecho constitucional*, (29), 283. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5310219>
- Monroy Cabra, M. G. (2007). *Ensayos de teoría constitucional y derecho internacional*. Universidad del Rosario.
- Monroy Cabra, M. G. (2013). *La interpretación constitucional*. El Profesional.
- Montilla Martos, J. (2002). *Minoría política y tribunal constitucional*. Trotta.
- Montoya, A. M. (2013). “Si no vas al Senado, no te eligen magistrado”. Instituciones informales y criterios de selección de los magistrados de la Corte Constitucional colombiana en el Senado (1992-2009). *Colombia Internacional*, (79), 155-190. <https://www.redalyc.org/comocitar.oa?id=81229189006>
- Mora Restrepo, G. (2013). *La Corte Constitucional ante el Tribunal de la historia*. En Retos del derecho constitucional contemporáneo. Universidad de La Sabana.
- Mora Restrepo, G. & Benítez Rojas, Vicente (2013). *Retos del derecho constitucional contemporáneo*. Universidad de La Sabana.
- Morales de Setián Ravina, C. F. (2007). *La Corte Constitucional Colombiana: ¿una institución verdaderamente progresista?* En justicia constitucional y democracia en el Siglo XXI. Compilada por Duque Sandoval, O. & Freddyur Tovar, L. Universidad Autónoma de Occidente.
- Morelli Rico, S. (1997). *La Corte Constitucional ¿un legislador complementario?* Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita.
- Muñoz Agredo, M. F. (2002). *Argumentación jurídica y neoconstitucionalismo en Colombia*. Editorial Universitaria.

- Naranjo Mesa, V. (2001). *El papel de los tribunales constitucionales en el sistema político*. En la Jurisdicción Constitucional de Colombia. La Corte Constitucional 1992-2000. Realidades y Perspectivas. Corte Constitucional.
- Niembro O., R. (2013). Una mirada al constitucionalismo popular. *Isonomía - Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, (38), 191-224. <https://doi.org/10.5347/38.2013.129>
- Núñez Torres, M. (2006). *Nuevas tendencias en el derecho constitucional del Siglo XXI*. En neoconstitucionalismo y estado de derecho. Compilado por Torres Estrada, P. Limusa.
- Nuria Belloso, M. (2015). El neoconstitucionalismo y el “nuevo” constitucionalismo latinoamericano: ¿dos corrientes llamadas a entenderse? *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, (32). <https://ojs.uv.es/index.php/CEFD/article/view/6448>
- Olano García, H. A. (2006). ¿Qué es una Constitución? Reflexiones a propósito del “Boterismo Constitucional”. *Dikaion*, 20(15), 135-153. <https://n9.cl/ssapo>.
- Organización de las Naciones Unidas ONU (1994). *Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo. El Cairo, 5 a 13 de septiembre de 1994*. Organización de las Naciones Unidas <https://n9.cl/bwp2j>
- Pace, A. (2002). *Constituciones rígidas y constituciones flexibles*. En Teoría Constitucional y derechos fundamentales. Comisión Nacional de los Derechos Humanos de México.
- Palomino Manchego, J. (2008). Constitución, supremacía constitucional y teoría de las fuentes del derecho: una visión desde el Perú. *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, (58-59), 227-242. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3163754>
- Peña Rangel, D. (2013). Constitucionalismo popular contestatario. *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, (38), 225-243. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7135713>
- Pibernat Domenech, X. (1987). La sentencia constitucional como fuente del derecho. *Revista de Derecho Político*, (24), 57-86. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=56961>
- Pizzorusso, A. (2006). La justicia constitucional italiana entre modelo difuso y modelo concreto. *Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional, Fundamentos*, (4), 57-86. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=56961>

- Portocarrero Quispe, J. A. (2011). El rol de los principios formales en la determinación del margen de control de constitucionalidad. *Derecho del Estado*, (27), 75-102. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/3013>
- Pozzolo, S. (2010). *Reflexiones sobre la concepción neoconstitucionalista de la constitución*. En El Canon Neoconstitucional. Compilada por Carbonell, M. & García Jaramillo, L. Universidad Externado de Colombia.
- Prado Maillard, J. L. (2006). *Gobierno de jueces*. En neoconstitucionalismo y Estado de derecho. Compilado por Torres Estrada, P. Limusa.
- Presidencia de la República de Costa Rica. (2019). Nació Isabel Lucia, primera bebé fecunda por técnica “in vitro” en la CCSS. Comunicados. <https://n9.cl/apxo8>
- Prieto Sanchís, L. (2000). Tribunal constitucional y positivismo jurídico. *DOXA*, (23), 161-195. <https://doi.org/10.14198/DOXA2000.23.07>
- Prieto Sanchís, L. (2003). *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Trotto.
- Rawls, J. (1995). *Teoría de la justicia*. Fondo de Cultura Económica.
- Restrepo Piedrahita, C. (1988). *Tres ideas constitucionales*. Universidad Externado de Colombia.
- Reyes Blanco, S. (2004). *El control de constitucionalidad*. Ediciones del Profesional.
- Revista Semana (19 de noviembre de 2019). *Sandra, la orangutana a la que le hicieron valer sus derechos*. Medio Ambiente. Revista Semana. <https://sostenibilidad.semana.com/medio-ambiente/articulo/sandra-la-orangutana-a-la-que-le-hicieron-valer-sus-derechos/47642>
- Rincón Salcedo, J. (2008). La soberanía interpretativa de los tribunales constitucionales: Análisis desde la perspectiva del constitucionalismo popular. *Vniversitas*, 57(115), 117-140. <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/14578>
- Roa Roa, J. E. (19 de mayo de 2015). *Aumentar la pureza de la Corte Constitucional*. Ámbito Jurídico. <https://n9.cl/2fh8o>.
- Rodríguez Iturbe, J. (2013). *Los derechos humanos. ¿Entre deseos particulares y bienes fundamentales?* En retos del derecho constitucional contemporáneo. Compilado por Mora Restrepo, G. & Benítez Rojas, V. Universidad de La Sabana.
- Rosario Rodríguez, M. F. (2011). La supremacía constitucional: Naturaleza y alcances. *Dikaion* (1). DOI: 10.5294/dika.2011.20.1.5

- Rubio Barboza, E. (2011). Control Constitucional: El Sistema Difuso de Constitucionalidad. *Derecho y Cambio Social*, 8(25).
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5497974>
- Ruiz Valerio, J. (2006). *Estado de derecho: el principio democrático vs. el control jurisdiccional en América Latina*. En neoconstitucionalismo y estado de derecho. Compilado por Torres Estrada, P. Limusa.
- Rus Rufino, S. (1995). La justicia como decisión negociada. Introducción al pensamiento de Bruce A. Ackerman. *Anuario de Filosofía del Derecho XII*, (12), 593-618.
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=142306>
- Sagüés, N. P. (2001). *Reflexiones sobre las variables de éxito y de fracaso de un tribunal constitucional*. En jurisdicción constitucional de Colombia. La Corte Constitucional 1992-2000. Realidades y Perspectivas. Corte Constitucional.
- Sagüés, N. P. (2008). El concepto de “desconstitucionalización”. *Derecho PUCP*, (61), 399-412.
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/3197>
- Salazar, V. (2015). *El panorama jurídico de la fecundación in vitro en Colombia* [tesis de pregado, Universidad de Manizales]. Repositorio Institucional. <https://n9.cl/8w4k1>
- Sánchez Urrutia, A. V. (2000). Mutación constitucional y fuerza normativa de la constitución una aproximación al origen del concepto. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 20(58), 105-135.
- Sartori, G. (2001). *Ingeniería constitucional comparada*. Fondo de Cultura Económica.
- Sastre Ariza, S. (2003). *La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo*. En neoconstitucionalismo (s). Compilado por Carbonell, M. Trotta.
- Schmitt, C. (1982). *Teoría de la Constitución*. Alianza Editorial.
- Serrano Gómez, E. (2012). Teoría de la Constitución, positivismo y derechos fundamentales. *Andamios*, 9(18), 59-87. <http://www.scielo.org.mx/pdf/anda/v9n18/v9n18a4.pdf>
- Sierra Cadena, G. (2009). *El Juez Constitucional: Un Actor Regulador de las Políticas Públicas. El caso de la descentralización en Colombia*. Universidad del Rosario.
- Sieyés, E. J. (2007). *Escritos y discursos de la revolución*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Silla Vacía (26 de marzo de 2009). *La nueva Corte es más conservadora que la anterior y de menor perfil, pero no es de bolsillo de Uribe*. La Silla Vacía. <https://n9.cl/eyzi>

- Solis Ramírez, M. I. (17 de julio de 2019). *CCSS pone al servicio de la población moderna unidad de fertilización “in vitro”*. Caja Costarricense de Seguro Social. <https://n9.cl/wc2f4>
- Starck, C. (2001). *La legitimación de la justicia constitucional y el principio democrático*. En Jurisdicción Constitucional de Colombia. La Corte Constitucional 1992-2000. Realidades y Perspectivas. Corte Constitucional.
- Tarapués Sandino, D. F. (2007). El Tribunal Constitucional como poder autónomo en el sistema político colombiano. *Criterio Jurídico*, (7), 163-184. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2668470>
- Tarapués Sandino, D. F. (2008). *La naturaleza del Tribunal Constitucional en América del Sur*. Universidad Santiago de Cali.
- Tobo Rodríguez, J. (2012). *La Corte Constitucional y el control de constitucionalidad en Colombia*. Ibáñez.
- Torres Estrada, P. (2006). *Neoconstitucionalismo y estado de derecho*. Limusa.
- Tribunal Constitucional de Perú. (2013). Sentencia N. ° 0139 de 2013. [M. P. Alvarez Miranda, C.H.]. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/00139-2013-AA.pdf>
- Ugarte Godoy, J. J. (1995). El sistema jurídico de Kelsen. Síntesis y crítica. *Revista Chilena de Derecho*, 22(1), 109-118. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2649940>
- Uprimny Yepes, R. (2001). *El Dilema de la interpretación constitucional*. En Jurisdicción Constitucional de Colombia. La Corte Constitucional 1992-2000. Realidades y Perspectivas. Corte Constitucional.
- Uprimny Yepes, R. (2001). Legitimidad y conveniencia de un control de constitucionalidad a la economía. *Revista de Derecho Público*, (12). <https://n9.cl/wl7a>
- Valdiri, E. (2011). *La Corte Constitucional y el sofisma gay*. Periodismo sin fronteras. <https://n9.cl/qh01>.
- Vázquez, R. (2010). *Justicia constitucional y democracia: la independencia judicial y el argumento contramayoritario*. En el canon neoconstitucional. Compilada por Carbonell, M. & García Jaramillo, L. Universidad Externado de Colombia.
- Verdú, P. L. (1994). Reflexiones en torno y dentro del concepto de constitución. La constitución como norma y como integración política. *Estudios Políticos*, (83), 9-28. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=27258>

- Verdugo, S. (2013). La discusión democrática sobre la revisión judicial de las leyes de diseño institucional y modelos constitucional. *Revista Chilena de Derecho*, 40(1), 183-225. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4244704>
- Vila Casado, I. (2005). Los límites de la Corte Constitucional. Legis Editores.
- Villar Borda, L. (2007). Estado de derecho y estado social de derecho. *Revista Derecho del Estado*, (20), 73-96. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/705>
- Weber, A. (1998). *Alemania*. En Las tensiones entre el tribunal constitucional y el legislador en la Europa actual. Editor Eliseo Aja. Ariel.
- Zagrebelsky, G. (2007). *Jueces constitucionales*. En teoría del Neoconstitucionalismo. Ensayos Escogidos. Edición de Miguel Carbonell. Trotta.
- Zagrebelsky, Gustavo (2008). *Principios y Votos. El Tribunal Constitucional y la Política*. Madrid: Totta.

7. ANEXOS

Anexo 1. *Actos Legislativos en la Constitución Política*

ACTOS LEGISLATIVOS DE 1993				
Nombre del Acto Legislativo	Acto Legislativo	Fecha	Artículo modificado	OBSERVACION
Por medio del cual se erige la ciudad la de Barranquilla, capital del Departamento del Atlántico, en Distrito Especial, Industrial y Portuaria (D.O.40.995,ago.18/93).	N.º 01	17 de agosto de 1993	356	Barranquilla, Distrito Especial. Se indica que abarcará, además, la comprensión total del barrio Las Flores, el corregimiento de La Playa del municipio de Puerto Colombia y el tajamar occidental de Bocas de Ceniza en el río Magdalena, sector Ciénaga de Mallorquín, en el Departamento del Atlántico. Fue modificado por el Acto Legislativo 01 del 2001.
Por el cual se adoptan medidas transitorias: Adiciona el artículo transitorio 60 (D.O.41.117.NOV.24/93).	N.º 02	23 de noviembre de 1993	Adiciona: Artículo Transitorio 60	Plan de desarrollo 1993 y 1994. De acuerdo con esta reforma, el plan de desarrollo para los años 1993 y 1994 sería el correspondiente a las leyes anuales de presupuesto de rentas y apropiaciones de la Nación, hasta cuando entrara en vigencia el aprobado por el Congreso.
Se adicionan los artículos 134 y 261 de la Constitución Política (D.O.41.140,dic.16/93).	N.º 03	15 de diciembre de 1993	134, num.3 de 180, 261	Faltas en las corporaciones públicas. Además de definir faltas temporales o absolutas de los miembros de las corporaciones públicas, la disposición señala que serán suplidas por los candidatos que, según orden de inscripción, en forma sucesiva y descendente, correspondan a la misma lista electoral. Las inhabilidades e incompatibilidades previstas en la Constitución se extienden a quienes asumen estas funciones.
ACTOS LEGISLATIVOS DE 1995				

Nombre del Acto Legislativo	Acto Legislativo	Fecha	Artículo modificado	OBSERVACION
Por el cual se adiciona el artículo el artículo 357 de la Constitución Nacional sobre participación de los municipios en los ingresos corrientes de la Nación (D.O.42.132.dic. 1º/95).	N.º 01	1 de diciembre de 1995	Modifica art.357	Municipios e ingresos de la Nación. Se estableció la participación de los municipios en los ingresos corrientes de la Nación, la cual se incrementaría del 14 % en 1993 hasta alcanzar el 22 % como mínimo en el 2001. A partir del año 2000, los municipios clasificados en las categorías cuarta, quinta y sexta podrían destinar libremente, para inversión o para otros gastos, hasta un 15 % de los recursos percibidos.
Por medio del cual se adiciona el artículo 221 de la Constitución Política en relación con la integración de Cortes o Tribunales Militares (D.O.42.159,dic.21/95).	N.º 02	21 de diciembre de 1995	Adiciona art.221	Delitos de la Fuerza Pública. Las cortes marciales o tribunales militares conocerán de los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar. Modificado por el Acto Legislativo 02 del 2012.
ACTOS LEGISLATIVOS DE 1996				
Nombre del Acto Legislativo	Acto Legislativo	Fecha	Artículo modificado	OBSERVACION
Por medio del cual se modifican los artículo 299 y 300 de la Constitución Política	N.º 01	15 de enero de 1996	Modifican 299 y 300	Diputados son servidores públicos. Esta reforma modificó los artículos 299 y 300 de la Constitución Política e indicó que en cada departamento habrá una corporación administrativa de elección popular denominada asamblea departamental, con no menos de 11 miembros ni más de 31, los cuales tendrán la calidad de servidores públicos. Fue modificado por los actos legislativos 02 del 2002, 01 del 2003 y 01 del 2007.
ACTOS LEGISLATIVOS DE 1997				
Nombre del Acto Legislativo	Acto Legislativo	Fecha	Artículo modificado	OBSERVACION

Por el cual se modifica el artículo 35 de la Constitución Política. Extradición de nacionales (D.O.43.195,dic.17/97).	N.º 01	16 de diciembre de 1997	35	Extradición por delitos no políticos. Modifica el artículo 35 de la Constitución y dispone la extradición por delitos no políticos de colombianos por nacimiento que hayan cometido delitos en el exterior, considerados como tales por la legislación colombiana. La Sentencia C-543 de 1998 declaró inexecutable la expresión “la ley reglamentará la materia” contenida en la norma.
---	--------	-------------------------	----	--

ACTOS LEGISLATIVOS DE 1999

Nombre del Acto Legislativo	Acto Legislativo	Fecha	Artículo modificado	OBSERVACION
Por el cual se reforma el artículo 58 de la Constitución Política, en relación con la expropiación (D.O.43.654.ago.4/99).	N.º 1	30 de julio de 1999	58	Expropiación mediante indemnización previa. Al modificar el artículo 58 de la Constitución, la reforma indica que por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa, consultando los intereses de la comunidad y el afectado. Dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción contencioso administrativa.

ACTOS LEGISLATIVOS DE 2000

Nombre del Acto Legislativo	Acto Legislativo	Fecha	Artículo modificado	OBSERVACION
Por la cual se modifica el inciso primero del artículo 322 de la Constitución Política cambio de nombre de Santafé de Bogotá (D.O.44133,ago.18/2000).	N.º 01	17 de agosto de 2000	322	Bogotá, Distrito Capital. A través del Acto Legislativo 01 del 2000, por el cual se modificó el inciso 1º del artículo 322 de la Constitución Política, Bogotá, como capital del país y del departamento de Cundinamarca, se organiza como Distrito Capital y deja de ser Santafé de Bogotá.
Por el cual se modifica el artículo 52 de la Constitución Política, en relación con el ejercicio del deporte	N.º 02	17 de agosto de 2000	52	Deporte y recreación, gasto público Social. Teniendo en cuenta que la función del ejercicio del deporte, así como de sus manifestaciones recreativas, competitivas y autóctonas, es la formación integral de las personas,

(D.O.44.133,ago.18/2000).				preservar y desarrollar una mejor salud, se dispone que forma parte de la educación y se trata de un gasto público social.
ACTOS LEGISLATIVOS DE 2001				
Nombre del Acto Legislativo	Acto Legislativo	Fecha	Artículo modificado	OBSERVACION
Por medio del cual se modifican algunos artículos de la Constitución Política (D.O.44.506,ago.1º/2001).	N.º 01	30 de julio de 2001	347, 356, 357	Restricción a las apropiaciones. Estableció que durante los años 2002 a 2008, el monto total de las apropiaciones autorizadas por la ley anual de presupuesto para gastos generales, diferentes a los destinados al pago de pensiones, salud, gastos de defensa, servicios personales; al sistema general de participaciones y a otras transferencias que señale la ley no podrá incrementarse de un año a otro en un porcentaje superior a la tasa de inflación causada, más el 1,5 %.
Por medio del cual se adiciona el artículo 93 de la Constitución (D.O.44663.dic.31/2001).	N.º 02	27 de diciembre de 2001	Adicionado 93	Jurisdicción de la Corte Penal Internacional. A través del Acto Legislativo 02 del 2001, Colombia reconoce jurisdicción a la Corte Penal Internacional, en los términos previstos en el Estatuto de Roma. La norma dispone que la admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales con respecto a las garantías superiores tendrá efectos únicamente dentro del ámbito de la materia regulada en él
ACTOS LEGISLATIVOS DE 2002				
Nombre del Acto Legislativo	Acto Legislativo	Fecha	Artículo modificado	OBSERVACION
Por medio del cual se reforma el artículo 96 de la Constitución Política (D.O.44.693,ene.31/2002).	N.º 01	25 de enero de 2002	96	Registro en consulado otorga nacionalidad. Serán hijos nacionales colombianos por nacimiento los hijos de padre o madre colombianos que hubieran nacido en tierra extranjera y luego se domicilien en territorio colombiano o se registren en el respectivo consulado.

Por el cual se modifica el período de los gobernadores, diputados, alcaldes, concejales y ediles (D.O.44.893,ago.7/2002).	N.º 02	6 de agosto de 2002	299, 303, 314, 312, 323, 318	Periodos de cuatro años para gobernadores. Mediante esta reforma se dispuso que la elección de gobernadores, alcaldes, concejales y ediles será por elección popular durante periodos institucionales de cuatro años y no podrán ser reelegidos. Sobre las faltas absolutas a más de 18 meses de la terminación del periodo, se elegirá un nuevo funcionario por el tiempo que falte.
Por medio del cual se reforma la Constitución Política (D.O.45.040, diciemb.19/2002).	N.º 03	19 diciembre de 2002	116, 250, 251	Implementación del sistema penal acusatorio. Por medio del Acto Legislativo 03 del 2002, se implementó el sistema penal acusatorio y se estableció la disposición de recursos para su aplicación gradual, a partir del 1º de enero del 2005 hasta el 31 de diciembre del 2008.
ACTOS LEGISLATIVOS DE 2003				
Nombre del Acto Legislativo	Acto Legislativo	Fecha	Artículo modificado	OBSERVACION
Por el cual se adopta una Reforma Política Constitucional y se dictan otras disposiciones (D.O.45.237,jul.3/2003).	N.º 01	3 de julio de 2003	107, 108, 109, 111, 112, 125, 135, 160, 161, 258, 263, 264, 266, 299, 306 adición,	Reforma al régimen de partidos. Se crea la cifra repartidora, el voto preferente, las listas únicas y las bancadas. Igualmente, se prohíbe la doble militancia y se establece que los miembros del Consejo Nacional Electoral serán elegidos por el Congreso. Fue modificado por el Acto Legislativo 01 del 2009. Por vicios de trámite, cuatro artículos fueron declarados inexecutable. El numeral 8 del artículo 179 de la Constitución Política, también había sido modificado por el art. 10 del Acto Legislativo N.º 01 de 2003. Dicho artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-332 de abril 4 de 2005, Magistrado Manuel José Cepeda. En consecuencia, el numeral 8 del artículo 179 se encuentra vigente desde el momento en que fue expedido por la Asamblea Nacional Constituyente hasta el día de hoy, sin solución de continuidad.

Por medio del cual se modifican los artículos 15, 24, 28 y 250 de la Constitución Política de Colombia para enfrentar el terrorismo (D.O.45.406,dic,19/2003).	N.º 02	18 de diciembre de 2003	15, 24, 28, 250	Estatuto Antiterrorista. El Acto Legislativo 02 del 2003, con el fin de enfrentar el terrorismo, consagraba la posibilidad de que las autoridades interceptaran o registraran la correspondencia y demás formas de comunicación privada y realizaran detenciones, allanamientos y registros domiciliarios, sin previa orden judicial. Posteriormente, fue declarado inexecutable en la Sentencia C-816 de 2004.
ACTOS LEGISLATIVOS DE 2004				
Nombre del Acto Legislativo	Acto Legislativo	Fecha	Artículo modificado	OBSERVACION
Por el cual se modifica el inciso quinto del artículo 122 de la Constitución Política (D.O.45.424, ene.8/2004).	N.º 01	7 de enero de 2004	122	Pérdida de derechos políticos. Sin perjuicio de las demás sanciones legales, esta reforma dispuso que no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, ni elegidos, ni designados como servidores públicos ni celebrar contratos con el Estado quienes hayan sido condenados por la comisión de delitos que afecten el patrimonio del Estado
Por el cual se reforman algunos artículos de la Constitución Política de Colombia y se dictan otras disposiciones (D.O.45775,dic.28/2004).	N.º 02	27 de diciembre de 2004	127 inc. 2 y 3, 152, 197, 204	Reelección Presidencial. El acto Legislativo 02 del 2004 permitió la reelección inmediata de Presidente y Vicepresidente de la República. La Corte Constitucional, a través de la Sentencia C-1040 del 2005, declaró inexecutable las facultades legislativas otorgadas al Consejo de Estado.
ACTOS LEGISLATIVOS DE 2005				
Nombre del Acto Legislativo	Acto Legislativo	Fecha	Artículo modificado	OBSERVACION
Por la cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política (D.O.45.980, jul.25/2005; D.O.45.984,jul.29/2005)	N.º 01	22 de julio de 2005	48	Sostenibilidad del sistema pensional. Con el fin de darle sostenibilidad financiera al sistema pensional, el Acto Legislativo 01 del 2005 eliminó los regímenes especiales, la mesada 14 y el régimen de transición. Además, dispuso que no podrán causarse pensiones superiores a 25 salarios mínimos

				legales mensuales vigentes, con cargo a recursos de naturaleza pública
Por el cual se modifica el artículo 176 de la Constitución Política (D.O.45.980,jul.25/2005).	N.º 02	22 de julio de 2005	176	Circunscripción internacional. Para los colombianos residentes en el exterior existirá una circunscripción internacional mediante la cual se elegirá un representante a la Cámara, en la que solo se contabilizarán los votos depositados fuera del territorio nacional por ciudadanos residentes en el exterior. Fue modificado por el Acto Legislativo 03 del 2005
Por el cual se modifica el artículo 176 de la Constitución Política (D.O.46.136,dic.29/2005).	N.º 03	29 de diciembre de 2005	176	Curules en circunscripción territorial. A partir del año 2014, la base de asignación de las curules adicionales se ajustará en la misma proporción del crecimiento de la población nacional, según lo que determine el censo. Si como resultado, una circunscripción territorial perdía una o más curules, mantendría las mismas que le correspondieron a 20 de julio del 2002.
ACTOS LEGISLATIVOS DE 2007				
Nombre del Acto Legislativo	Acto Legislativo	Fecha	Artículo modificado	OBSERVACION
Por medio del cual se modifican los numerales 8º y 9º del artículo 135, se modifican los artículos 299 y 312, y se adicionan dos numerales a los artículos 300 y 313 de la Constitución Política de Colombia (D.O.46.672,jun.27/2007).	N.º 01	27 de junio de 2007	299, 312, 300 y 313	Amplían moción de censura. Con la modificación al artículo 135 de la Constitución Política se permite la moción de censura a ministros, superintendentes y directores de departamentos administrativos por asuntos relacionados con las funciones propias del cargo o por desatención a los requerimientos y citaciones del Congreso.
Por medio del cual se modifican los artículos 328 y 356 de la	N.º 02	6 de julio de 2007	328 y 356	Buenaventura, Distrito Especial. Para obtener mayores recursos por descentralización fiscal, Buenaventura

Constitución Política de Colombia (D.O. 46.681, jul.6/2007).				adquiere la calidad de Distrito Especial, Industrial, Portuario, Biodiverso y Ecoturístico. La Corte Constitucional declara inexecutable el aparte que ordenaba constituir en distritos especiales a las ciudades de Tunja, Turbo, Turbaco, Cúcuta y Popayán.
Por medio del cual se modifica el artículo 323 de la Constitución Política (D.O.46.685. jul.10/2007).	N.º 03	10 de julio de 2007	323	45 cabildantes en el Concejo de Bogotá. Se estableció que el Concejo de Bogotá estará compuesto por 45 concejales, eliminando el criterio poblacional para integrar esta corporación, según el cual habría un concejal por cada 150 mil habitantes o fracción mayor de 75 mil.
Por el cual se reforman los artículos 356 y 357 de la Constitución Política (D.O.46.686,jul.11/2007).	N.º 04	11 julio de 2007	356 y 357	Recursos para población vulnerable. Se amplía el periodo de distribución de los recursos en municipios, departamentos y distritos del año 2008 al 2016, poniendo énfasis en atender los servicios de salud, educación y acceso a los servicios públicos domiciliarios de la población más vulnerable.
ACTOS LEGISLATIVOS DE 2008				
Nombre del Acto Legislativo	Acto Legislativo	Fecha	Artículo modificado	OBSERVACION
Por medio del cual se adiciona el artículo 125 de la Constitución Política (D.O.47.214,dic.26/2008).	N.º 01	26 de diciembre de 2008	125	Inscripción de provisionales. Se ordenó la inscripción en carrera, sin necesidad de concurso público, de los funcionarios que al 23 de septiembre del 2004 estaban ocupando cargos de carrera vacantes de forma definitiva en calidad de provisionales o encargados. Posteriormente la Corte Constitucional lo declaró inexecutable, mediante Sentencia C-588 del 2009.
ACTOS LEGISLATIVOS DE 2009				
Nombre del Acto Legislativo	Acto Legislativo	Fecha	Artículo modificado	OBSERVACION
Por el cual se modifican y adicionan unos artículos de la Constitución Política de Colombia (D.O.47.410,jul.14/2009).	N.º 01	14 de julio de 2009	107, 108, 109, 122, 133, 134, 144, 237, 258, 261, 263, 265	Segunda reforma al régimen de partidos. Fijó un nuevo régimen sancionatorio para los partidos políticos y sus miembros cuando avalaran aspirantes ya condenados o que lo sean

				durante el ejercicio del cargo por delitos relacionados con grupos armados ilegales y narcotráfico. Así mismo, consagró la figura de la silla vacía para alcaldes y congresistas, a partir de la condena o medida de aseguramiento
Por el cual se reforma el artículo 49 de la Constitución Política (D.O.47.570, dic.21/2009).	N.º 02	21 de diciembre de 2009	49	Se prohíbe la dosis personal. El porte y el consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas están prohibidos, salvo prescripción médica. La reforma señala el establecimiento de medidas y tratamientos pedagógicos, profilácticos o terapéuticos para los consumidores. La Corte Constitucional se declaró inhibida para pronunciarse. Declarado exequible de manera condicionada en el entendido que únicamente frente al cargo examinado y de conformidad con las consideraciones expuestas mediante Sentencia de la Corte Constitucional C-882 de 2011.
ACTOS LEGISLATIVOS DE 2011				
Nombre del Acto Legislativo	Acto Legislativo	Fecha	Artículo modificado	OBSERVACION
Por el cual adiciona el párrafo del artículo 183 de la Constitución Política de Colombia (D.O.48.086, mayo 31/2011).	N.º 01	31 de mayo de 2011	183	Conflictos en reformas constitucionales. Para efectos de las causales de pérdida de investidura, en lo que se refiere al conflicto de intereses, el Acto Legislativo 01 del 2011 dispone que no tendrá aplicación cuando los congresistas participen en el debate y votación de reformas constitucionales. Posteriormente, esta reforma fue declarada inexecutable mediante Sentencia C-1056 del 2012.
Por el cual se deroga el artículo 76 y se modifica el artículo 77 de la Constitución Política de Colombia (D.O.48.107, jun.21/2011).	N.º 02	21 de junio de 2011	76 y 77	Eliminada la CNTV. El Acto Legislativo 02 del 2001 eliminó el rango constitucional de la Comisión Nacional de Televisión. No obstante, señaló que la entidad seguiría encargada de formular los planes y medidas de gestión y control, mientras fuera expedida la regulación correspondiente

Por el cual se establece el principio de la sostenibilidad fiscal (D.O.48.117, jul.1°/2011).	N.º 03	1 de julio de 2011	334, 339, 346,	Explotación de recursos naturales. La intervención del Estado en la explotación de los recursos naturales se deberá realizar en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal que permita alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado social de derecho. En todo caso, indica la reforma, el gasto público social será prioritario.
Por medio del cual se incorpora un artículo transitorio a la Constitución Política de Colombia (D.O.48.123, jul.7/2011).	N.º 04	7 de julio de 2011	Incorporación de artículo	Homologación de provisionales. Esta reforma, declarada inexecutable por la Sentencia C-249 del 2012, disponía la homologación de las pruebas de conocimiento previstas para concurso público por la experiencia y estudios adicionales a los requeridos, respecto de trabajadores provisionales o en encargo
Por el cual se constituye el Sistema General de Regalías, se modifican los artículos 360 y 361 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones sobre el Régimen de Regalías y Compensaciones (D.O.48.134, jul.18/2011).	N.º 05	18 de julio de 2011	360, 361	Recursos naturales no renovables. La explotación de un recurso natural no renovable causará a favor del Estado una contraprestación económica a título de regalía, sin perjuicio de cualquier otro derecho o compensación que se pacte. La ley solo determinará las condiciones para dicha explotación, mas no sobre los derechos de las entidades territoriales sobre los mismos
Por el cual se reforma el numeral 4º del artículo 235, el artículo 250 y el numeral 1 del artículo 251 de la Constitución Política.(D.O.48.263.nov.24/2011).	N.º 06	24 noviembre de 2011	235, 250, 251	Atribuciones de la Corte Suprema de Justicia. Respecto de las atribuciones de la Corte Suprema de Justicia, esta reforma señala que podrá juzgar, previa acusación no solo del Fiscal General, sino del Vicefiscal o sus delegados de la unidad de fiscalías ante la alta corporación, al Vicepresidente de la República, a los ministros del despacho, al Procurador General, al Defensor del Pueblo y a los agentes del Ministerio Público ante el alto tribunal, ante el Consejo de Estado y ante los tribunales, entre otros
ACTOS LEGISLATIVOS DE 2012				

Nombre del Acto Legislativo	Acto Legislativo	Fecha	Artículo modificado	OBSERVACION
Por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos de justicia transicional en el marco del artículo 22 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones. (D.O.48.508, jul.31/2012).	N.º 01	31 de julio de 2012	Artículos transitorios 66 y 67	Justicia transicional. La reforma autoriza tramitar una ley que defina un tratamiento jurídico diferenciado para los grupos al margen de la ley que negocien la paz y también para los agentes del Estado. También se ordena crear una comisión de la verdad que, además de esclarecer hechos del conflicto, formule recomendaciones sobre los criterios de selección para la investigación judicial.
Por el cual se reforman los artículos 116, 152 y 221 de la Constitución Política de Colombia. (D.O.48.657.dic.28/2012).	N.º 02	27 de diciembre de 2012	116, 152 y 221	Reforma a la justicia penal militar. El Acto Legislativo 02 del 2012 modifica los artículos 116, 152 y 221 de la Constitución Política, sobre el juzgamiento penal a militares. La reforma señala conductas que, aunque sean cometidas por militares, no serán conocidas por la justicia castrense, como los crímenes de lesa humanidad, delitos de genocidio, desaparición forzada, ejecución extrajudicial, violencia sexual, tortura y desplazamiento forzado. Así mismo, crea un tribunal de garantías penales. Declarado inexecutable mediante Sentencia C-740 de 2013, Magistrado Nilson Pinilla, por ello recobra su vigencia el art.221 modificado por el Acto Legislativo 2 de 1995.
ACTOS LEGISLATIVOS DE 2013				
Nombre del Acto Legislativo	Acto Legislativo	Fecha	Artículo modificado	OBSERVACION
Por el cual se modifica el artículo 176 de la Constitución Política, para fortalecer la representación en el Congreso de la República de los Colombianos residentes en el exterior.(D.O.48.852,jul.15/2013).	N.º 01	15 de julio de 2013	176	Representantes a la Cámara. Reformó el artículo 176 de la Constitución Política y amplió el número de representantes a la Cámara por los colombianos residentes en el exterior. De acuerdo con la norma, las circunscripciones especiales elegirán

				cinco representantes, dos por las comunidades afrodescendientes, uno por las comunidades indígenas y dos por la circunscripción internacional. El Congreso reglamentará esta última, a más tardar, el 16 de diciembre de este año.
--	--	--	--	--

ACTOS LEGISLATIVOS DE 2015				
Nombre del Acto Legislativo	Acto Legislativo	Fecha	Artículo modificado	OBSERVACION
Por el cual se reforma el artículo 221 de la Constitución Política de Colombia.(D.O.49.554,jun.25/2015).	N.º 01	25 de junio de 2015	221	Militares dentro del conflicto armado. El Acto Legislativo 01 del 2015, reformativo del artículo 221 de la Constitución Política, que prevé la necesidad de que fiscales y jueces ordinarios y castrenses que conozcan procesos contra militares por actuaciones dentro del conflicto armado tengan formación en esa área, establece que el derecho internacional humanitario (DIH) será la fuente que regulará los procesos de esta índole.
Por medio del cual se adopta una forma de equilibrio de poderes y reajuste institucional y se dictan otras disposiciones.(D.O.49.560,jul. 1º/2015).	N.º 02	1 de julio de 2015	112, 126, 134, 174, 176, 178, 231, 232, 235, 241, 254, 255, 256, 263, 267, 272, 281, 283. Deroga los incisos 5 y 6 del artículo 127	Equilibrio de poderes. Considerada la reforma más grande a la Constitución Política, ya que modifica 22 artículos, el Acto Legislativo 02 del 2015 establece disposiciones sobre la nueva comisión de aforados, funciones del Consejo Superior de la Judicatura y acerca de faltas absolutas en altos cargos de elección popular y transición hacia nuevos órganos de gobierno y administración judicial. Cabe resaltar que se elimina la figura de la reelección presidencial y de otros altos cargos
ACTOS LEGISLATIVOS DE 2016				
Nombre del Acto Legislativo	Acto Legislativo	Fecha	Artículo modificado	OBSERVACION
Por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos para facilitar y asegurar la implementación y el desarrollo normativo del acuerdo final para la terminación del	N.º 01	7 de julio de 2016	Artículos Transitorios	Implementación del Acuerdo Final del Conflicto Armado. Se establece el procedimiento legislativo para la paz para la asegurar la implementación del Acuerdo Final para la terminación del

conflicto y la construcción de una paz estable y duradera (D.O.49.927, jul.7/2016).				conflicto y se conceden facultades al Presidente de la Republica para expedir Decretos con Fuerza Ley.
ACTOS LEGISLATIVOS DE 2017				
Nombre del Acto Legislativo	Acto Legislativo	Fecha	Artículo modificado	OBSERVACION
Por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la Constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera (D.O.50.196,abr.4/2017).	N.º 01	4 de abril de 2017	Artículos Transitorios , se modifica el art.122 y 66 y se deroga 67	Terminación del Conflicto Armado y la Construcción de una Paz estable y duradera. Se crea un título en la Constitución Política para elaborar el procedimiento legislativo para la paz. Se organiza el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición. Se crea la Jurisdicción Especial para la Paz. Se detalla el proceso para la reparación integral de verdad.
Por medio del cual se adiciona un artículo transitorio a la Constitución con el propósito de dar estabilidad y seguridad jurídica al Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera (D.O.50.230.mayo.11/2017).	N.º 02	11 de mayo de 2017	Artículo Transitorio	Acuerdo Final del Conflicto Armado. Se indica que las instituciones del Estado deben dar cumplimiento al Acuerdo Final, haciendo énfasis a sus funciones y normativa interna que expidan, deben ser coherentes.
Por medio del cual se regula parcialmente el componente de reincorporación Política del Acuerdo final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una paz Estable y Duradera (D.O.50.242,mayo.23/2017).	N.º 03	23 de mayo de 2017	Artículos Transitorios	Reincorporación política del Acuerdo Final para la terminación del Conflicto. El acto legislativo busca garantizar la participación política del movimiento de las FARC en la actividad política, una vez se finalice el proceso de dejación de las armas en los términos del Acuerdo Final.
Por la cual se adiciona el artículo 361 de la Constitución Política (D.O.50.350,sep.8/2017).	N.º 04	8 de septiembre 2017	361	Asignación de recursos de Regalías al proceso de terminación de conflicto armado. Se determina durante 20 años, un 7% de los ingresos del SGR se destinaran para la paz. Además, el Gobierno trasladará el 60% de los saldos no aprobados en el Fondo de Ciencia,

				Tecnología, y serán destinados para la paz.
Por medio del cual se dictan disposiciones para asegurar el monopolio legítimo de la fuerza y del uso de las armas por parte del Estado (D.O.50.432,nov.29/2017).	N.º 05	29 de noviembre de 2017	22A	Garantía de No Repetición. Se prohíbe el uso de la fuerza y de las armas por parte de paramilitares, autodefensas y grupos ilegales.
ACTOS LEGISLATIVOS DE 2018				
Nombre del Acto Legislativo	Acto Legislativo	Fecha	Artículo modificado	OBSERVACION
Por medio del cual se modifican los artículos 186, 234 y 235 de la Constitución Política y se implementan el derecho a la doble instancia y a impugnar la primera sentencia condenatoria (D.O.50.480,ene.18/2018).	N.º 01	18 de enero de 2018	186, 234, 235	Derecho a la doble instancia. Se crea la Sala Especial de Instrucción de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia y se concede la doble instancia a los congresista contra las sentencias de la Sala Especial
Por medio del cual se modifican los artículos 328 y 356 de la Constitución Política de Colombia (D.O.50.657, jul.17/2018).	N.º 02	17 de julio de 2018	328 y 356	Tumaco, Distrito Especial. Para obtener mayores recursos por descentralización fiscal, Tumaco adquiere la calidad de Distrito Especial, Industrial, Portuario, Biodiverso y Ecoturístico.
ACTOS LEGISLATIVOS DE 2019				
Nombre del Acto Legislativo	Acto Legislativo	Fecha	Artículo modificado	OBSERVACION
Por el cual se otorga la Categoría de Distrito Especial Portuario, Biodiverso, Industrial y Turístico al Municipio de Barrancabermeja en el Departamento de Santander	N.º 01	11 de julio de 2019	356 y 328	Barrancabermeja, Distrito Especial. Para obtener mayores recursos por descentralización fiscal, Barrancabermeja adquiere la calidad de Distrito Especial, Industrial, Portuario, Biodiverso y Ecoturístico.
Por medio del cual se adiciona un inciso y un párrafo al numeral 17 del artículo 150 de la Constitución Política.	N.º 02	15 de julio de 2019	150	Funciones del Congreso. Se determina que la amnistía y el indulto no procede para delitos relacionados con secuestro, fabricación, tráfico o porte de estupefacientes.
Por el cual se modifica el artículo 323 de la Constitución Política de Colombia y se establece la segunda vuelta para la elección de Alcalde Mayor de Bogotá, Distrito Capital	N.º 03	25 de julio de 2019	323	Segunda Vuelta para Alcaldía de Bogotá. Se determina que los dos candidatos que participen en la segunda vuelta, deberán publicar su programa de gobierno antes de 8 días de la elección.

Por medio del cual se reforma el Régimen de Control Fiscal	N.º 04	28 de septiembre de 2019	267, 268, 271, 272, 274	Reforma al control fiscal. Con el acto legislativo se reglamenta como una forma de control fiscal, el control preventivo y concomitante de manera excepcional, sin que implique coadministración y de realizará en tiempo real
Por la cual se adiciona el artículo 361 de la Constitución Política (D.O.51.178,dic 26/2019).	N.º 05	26 de diciembre de 2019	361	Asignación de recursos de Regalías al proceso de terminación de conflicto armado. Se indica la distribución de los ingresos corrientes del SGR de las entidades territoriales y el 7% provenientes del SGR serán invertidos en la implementación de los Planes de Desarrollo con Enfoque Territorial (PDET). De igual manera, se estipula que el Gobierno deberá garantizar lo estipulado en los Actos Legislativos 2 y 4 de 2017.

Nota: Elaboración propia