

Tesis de grado para optar por el título de Magíster en Derecho Público
Universidad Santo Tomás – Universidad de Konstanz (Alemania)

“Del neoconstitucionalismo y la jurisdicción Constitucional en Colombia”

Quinta Cohorte

Director: Dr. Rosembert Ariza Santamaria

Alumno: Juan Carlos Delgado D’aste

Abril de 2014
Bogotá D.C.

TABLA GENERAL DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN GENERAL

PRIMERA PARTE

“Del concepto y evolución del neoconstitucionalismo”

1. Antecedentes
2. Estado Legislativo y Positivismo Jurídico
3. Ius Positivismo
 - 3.1. El Positivismo Jurídico como Metodología
 - 3.2. El positivismo jurídico como una Teoría del Derecho
 - 3.3. El positivismo como ideología
4. La Constitución
5. Neoconstitucionalismo
 - 5.1. Neoconstitucionalismo teórico
 - 5.2. Neoconstitucionalismo ideológico
 - 5.3. Neoconstitucionalismo metodológico

SEGUNDA PARTE

“¿Existe realmente una jurisdicción constitucional en Colombia?”

1. Acercamiento a la problemática planteada
2. Del Corsé Ortopédico de la Constitución y la Ley

3. Justificación y validez de la jurisdicción constitucional y su interconexión con el Estado Social de Derecho

4. Sistemas de Jurisdicción Constitucional

4.1. El Sistema Americano

4.2. El Sistema kelseniano, austríaco o europeo

4.3. El Sistema Político

TERCERA PARTE

“Aplicación práctica de la jurisdicción constitucional en materia de competitividad en la resolución de los conflictos de tutela”

1. Acercamiento a la acción de tutela

2. Jurisdicción

2.1. Jurisdicción constitucional

3. Competencia

4. Posición Corte Constitucional

5. Posición Corte Suprema de Justicia

CONCLUSIÓN FINAL

BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN

El estudio del Derecho, así como el estudio de cualquier ciencia implica el entendimiento de los paradigmas existentes en la materia al momento de realizar dicha actividad, puesto que son éstos los que dan explicación a ideas fundamentales para la comprensión del derecho. Así pues el Neoconstitucionalismo como nueva corriente jurídica, busca a través del impulso de algunos de sus pioneros la remoción de un paradigma existente hasta el día de hoy, que es el positivismo jurídico, en el cual se basa el Estado constitucional de Derecho.

La pretensión de concretarse como un nuevo paradigma no es totalmente clara puesto que parece ser que el Neoconstitucionalismo no ha logrado generar las expectativas necesarias en la teoría jurídica para poder elevarse como tal. Sin embargo, es innegable que esta nueva corriente constitucional se desarrolla con rapidez a partir de la segunda posguerra buscando perfeccionar el constitucionalismo haciendo una crítica al Estado Legislativo de Derecho.

Este nuevo diseño constitucional parece en ocasiones no aportar elementos novedosos en sino mas bien el reciclaje de algunas tradiciones ya existentes, sin embargo, es cierto que el diseño particular en que concuerdan la mayoría de sus impulsores es única y presenta un objetivo muy claro que es la protección de los derechos fundamentales, otorgando una desconfianza total al poder legislativo.

Este nuevo constitucionalismo busca entre otras cosas la aplicación directa de la constitución, tarea en la cual el poder judicial juega un rol muy importante que antes e había sido negado, el sistema jurídico deja de ser un bloque uniforme y consecuente consigo mismo permitiendo una aplicación basada en la subsunción para la resolución de conflictos, no obstante, para el neo constitucionalismo la incorporación de principios y valores en la constitución le deriva en la práctica de la ponderación y la búsqueda de la proporcionalidad en el caso a caso.

No cabe duda que el neo constitucionalismo constituye todo un nuevo reto debido a su reciente confección y a las críticas que ha recibido en su intento por establecerse como una nueva teoría jurídica, un nuevo paradigma jurídica y el respeto de los derechos fundamentales.

Igualmente, se hace necesario evaluar la real existencia de la jurisdicción constitucional en Colombia en torno a los efectos prácticos que de suyo se derivan, tales como el denominado “choque de trenes” o juego de egos jurídicos al interior de las altas Corporaciones de la justicia patria.

Por ello, la presente tesis pretende no sólo establecer aquellos parámetros fundamentales de la corriente filosófica del neoconstitucionalismo, sino también tratar de entender que de dicha ideología nace la fortaleza que la misma Constitución establece para el máximo órgano Constitucional de nuestro país.

Bajo dichas consideraciones, este trabajo presenta un estudio detallado de la posición de las altas Cortes de Colombia frente a un caso práctico de la existencia de la jurisdicción constitucional, es decir, el conflicto de competencia en materia de tutela y quien debe o no ser el encargado de resolverlo.

PRIMERA PARTE

“Del concepto y evolución del neoconstitucionalismo”

1. Antecedentes

Antes de poder hablar de neoconstitucionalismo es menester hacer un breve recorrido por las formas de constitucionalismo que lo preceden, debido a que el surgimiento de éste se da en relación a las críticas que realiza sobre un paradigma jurídico como lo es el *ius* positivismo como base epistemológica de los Estados Constitucionales modernos, o como se refiere a ellos Luigi Ferrajoli los Estados Legislativos Constitucionales. El positivismo jurídico es a su vez llegó a ser un paradigma jurídico que al día de hoy aún tiene vigencia en cierta medida, en razón a la crítica de otro paradigma jurídico que lo precedió, el cual puede ser denominado el constitucionalismo pre moderno que tuvo su fundamentación epistemológica en el derecho natural, sobre el cual recayeron las críticas que finalmente culminaron en la instalación de un nuevo paradigma que ahora se cuestiona cada vez con más frecuencia.

El Estado Premoderno como lo llama Luigi Ferrajoli, (que precedió al Estado Legislativo de Derecho) establecía que las fuentes del derecho eran la jurisprudencia y la doctrina de los más avezados y sabios juristas, lo que implicaba la carencia de un cuerpo normativo homogéneo y unitario, además de prescindir de las fuentes del derecho positivistas (que tienen como fuente el poder legislativo, en su tarea monopolizada de creación del derecho), sino como señala Ferrajoli existía “una pluralidad de fuentes y ordenamientos procedentes de instituciones diferentes y concurrentes [...] ninguna de las cuales tenía el monopolio de la producción jurídica.”¹ En ese sentido el Estado no tenía la potestad única de la creación del derecho, pues no era el único facultado para crear derecho válido y,

¹ FERRAJOLI, Luigi. Pasado y Futuro del Estado de Derecho, Neoconstitucionalismo(s), Ed Trotta, Segunda Edición, Madrid, 2005, página 15.

la creación del derecho en este sentido estaba alejada del positivismo jurídico, que establece como derecho válido aquel creado a través de un proceso legislativo formal, en este Estado la validez del derecho no dependía en ninguna medida de la realización del procedimiento formal de creación, sino del estudio del contenido del mismo, es decir de si era justo o injusto, lo que implicaba recurrir al derecho natural para determinar la validez de una norma. Así es como el derecho natural, jugaba un rol importante para la creación del derecho, lo que implicaba una convivencia de ordenamientos normativos como el derecho y la moral que daban como resultado un derecho real y válido.

El derecho natural fungió como el fundamento de validez del derecho en las constituciones pre modernas, pues era “el parámetro de legitimación tanto de la tesis de la doctrina como de la práctica judicial.”² Puesto que el derecho tenía diversas fuentes, que no por el hecho de producir derecho implicaba que éste era válido, sino que tenía que ser validado a través de su justa o injusta causa. Las fuentes de las que provenía el derecho eran “el imperio, la iglesia, los príncipes, los municipios, las corporaciones.”³ Este sistema de creación y existencia de normas constituyó un paradigma jurídico que fue reemplazado por el denominado Estado Legislativo de Derecho y su fundamentación en el positivismo jurídico.

2. Estado legislativo de derecho y positivismo jurídico

El nuevo paradigma se funda en el Derecho Positivo y constituye el Estado legislativo de Derecho como una solución a los errores cometidos con el derecho natural como fuente de validez del derecho.

Los cambios a través de los cuales se pudo transitar hacia el positivismo jurídico conllevaron diversas modificaciones, siendo que la primera de ellas consistió en “la afirmación del monopolio estatal de producción jurídica y por lo tanto del

² FERRAJOLI, Luigi. *Op. Cit.*, página 17.

³ *Ibid.* pág. 15

principio de legalidad como norma de reconocimiento del Derecho válido.”⁴ Con esto nos estamos refiriendo al nacimiento del Estado moderno, con la cual se dio un cambio radical en lo relativo a la existencia y la validez de las normas jurídicas, que es la primer transformación visible hacia un Estado moderno, puesto que a partir de entonces la producción del derecho se encomienda únicamente al poder legislativo, y su validez dependerá de la tramitación de las formas constitucionalmente establecidas para la producción del derecho, dejando fuera de este proceso el estudio del fondo del derecho, siendo válido por el hecho de ser creado correctamente en sus formas.

Adicionalmente, un segundo cambio se da en relación al paradigma de la ciencia jurídica, que implica que el derecho deja de ser normativo y se convierte en una ciencia cognoscitiva, es decir, que desde una óptica externa se estudia el derecho como un fenómeno a describir o explicar.⁵ Además se da un cambio sobre el paradigma de la jurisdicción que anteriormente derivaba de la jurisprudencia y no estaba sujeta a demás normas, sin embargo, el nuevo paradigma deja sujeto el ejercicio de la jurisdicción a la ley, a través de la cual se establecen los límites de la misma, según señala Ferrajoli esta regulación da fundamento a diversos derechos como “la certeza del derecho a la igualdad ante la ley y la libertad frente a la arbitrariedad, de la independencia del juez a la carga de la prueba para la acusación y a los derechos de defensa.”⁶

3. Ius positivismo

El Positivismo jurídico constituye una opción epistemológica del derecho, lo que en otras palabras significa que es una teoría para fundamentar la creación del derecho, el cual, ha encontrado su mayor oposición en el derecho natural o iusnaturalismo, debido a una divergencia generalizada en sus postulados, una de las mayor diferencias entre ambas se puede decir que es en base a la relación

⁴ *Ibid.*

⁵ FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit. página 15.

⁶ *Ibid*, Pág. 16.

que guardan la Ley y la moral. A este respecto el iuspositivismo establece la Ley y la moral son dos ordenamientos normativos que existen separadamente (diseño dualista), el positivismo jurídico no se interesa por el contenido de las normas, sino que solo requiere para la validez del derecho que éste haya sido creado a través del proceso formal de creación legislativa, dejando de lado el juicio sobre si el contenido de las leyes recoge principios o valores positivos. Esto significa que a través del ius positivismo es derecho todo aquel creado a través de los mecanismos idóneos, sin verificar si su contenido es justo o injusto, es decir la relación entre la ley y la moral no existe en el proceso de creación del derecho.

A palabras de Hoerster esta tesis que postula el positivismo se denomina neutralidad, que implica “una aproximación avalorativa al concepto de Derecho, entendiendo que éste puede ser definido como un hecho, no como un valor.”⁷ Sobre este punto en particular el ius naturalismo establece la unión de los ordenamientos normativos que el positivismo jurídico mantiene separados, la Ley y la moral forman parte del mismo ordenamiento normativo (monismo) donde se encuentran unidas e interactúan entre sí, resultando de ello que el derecho natural debe ser justo o al menos no debe ser injusto en su contenido.

De acuerdo a Norberto Bobbio el positivismo jurídico puede ser identificado de tres maneras, la primera de ellas es el ius positivismo como una metodología, el segundo como una teoría del derecho y el tercero como una ideología,⁸ a través de tal división del mismo es más sencillo hacer un estudio de sus características y en esa razón estudiaré el mismo para su mejor comprensión.

3.1. El Positivismo Jurídico como Metodología hace una distinción entre lo que es el derecho y lo que no es derecho para poder estudiar únicamente lo que

⁷ Véase HOERSTER, Norberto. En defensa del positivismo jurídico, Gedisa, Barcelona, 1992, Pág. 9 y PRIETO SANCHÍS, Luis. El constitucionalismo de principios, ¿Entre el positivismo y el ius naturalismo?, Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial, Ed. Palestra, Lima, 2007, página 171.

⁸ ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan. Dejemos atrás el positivismo jurídico, Para una Teoría postpositivista del derecho, ED. Palestra y Temis, Lima y Bogotá, 2009. Página 130.

formará parte del cuerpo normativo válido y dejar fuera de su estudio aquello que no puede serlo, sobre el tema Bobbio dijo que el positivismo como metodología o enfoque, no se refiere a la selección de métodos o técnicas para la investigación al derecho (como una metodología en estricto sentido), sino a la delimitación del objeto de estudio, en el sentido de delinear o separar el objeto que se va a estudiar, por ello, “ el positivismo jurídico se caracteriza por la clara distinción entre derecho real y derecho ideal o, con otras expresiones equivalentes, entre derecho como hecho y derecho como valor, entre el derecho como es y el derecho como debe ser; y por la convicción de que el derecho del que debe ocuparse el jurista es el primero y no el segundo.”⁹

Esto se ve reflejado en el surgimiento de dos consecuencias que son esbozadas por Prieto Sanchís, quien establece en ese tenor que en primer lugar la existencia de las normas no depende de que satisfagan en lo particular alguno o algunos valores morales y, en segundo lugar que el Derecho es siempre una obra de las decisiones humanas, o como se expresa comúnmente el Derecho tiene un origen social.¹⁰ Al respecto es importante recalcar que el positivismo metodológico no es ajeno a la existencia de un derecho ideal (con principios y valores morales), que puede hacer crítica o un análisis al derecho positivo, sino que dicha crítica queda por fuera del objeto de estudio del positivismo metodológico. “En síntesis, por positivismo metodológico, se entiende el estudio del derecho positivo, del derecho que es, el derecho entendido como aquel complejo de reglas emanadas según procedimientos establecidos”¹¹.

Así del Derecho positivo como metodología se derivan de acuerdo a Guastini algunas consecuencias importantes:

⁹ FERRAJOLI, Luigi. La Teoría del derecho en el sistema de los saberes jurídicos, traducido por Isabel de la Iglesia, p. 13. disponible en: http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/la_teoría_del_derecho_saberes_jur_dicos.pdf

¹⁰ Véase, PRIETO SANCHÍS, Luis. *Op. Cit.* página 171.

¹¹ ESTRADA VÉLEZ, Sergio. Filosofía del derecho y neoconstitucionalismo, Filosofía del Derecho, Sello Editorial, Universidad de Medellín, Medellín, Colombia, 2012 página 538.

“a) Que una norma y el sistema en su conjunto pueden ser injustos y no por ello dejar de ser jurídicos.

b) Que la moralidad o justicia de un estándar de comportamiento no es razón suficiente para considerarlo como parte del Derecho

c) Que, por tanto la definición del derecho no dice nada, ni a favor ni en contra, acerca de los motivos que pueden fundamentar una obligación moral de obediencia.”¹²

3.2. El positivismo jurídico como una *Teoría del Derecho* busca una vez delimitado el objeto de estudio a través del positivismo metodológico, describir el derecho o dar un conjunto de características del mismo. Esta tarea del positivismo de describir el derecho o de definir sus características, lo hace forzosamente entrar a la configuración de una teoría jurídica, a través de la cual realiza la descripción del derecho que se postula por el positivismo, en ese sentido de acuerdo a Bobbio, esto conlleva “a la común identificación del positivismo jurídico con la teoría estatal del Derecho.”¹³ Así la identificación del positivismo teórico con la Teoría estatal del derecho implica que el positivismo hace su descripción del derecho o, enumera las características que de acuerdo a su estudio ha de tener, en ese sentido, realiza tomas de posición vinculadas a la identificación de la teoría del Derecho con el positivismo jurídico,¹⁴ siendo estas las características que generalmente se le dan al derecho a través del positivismo jurídico:

“a) La vinculación del Derecho con la fuerza bien en el sentido de que las normas necesitan del respaldo de la fuerza, bien en el sentido de que regulan y organizan dicha fuerza.

¹² GUASTINI, Riccardo. *Dalle fonti alle norme*, Giapichelli, Torino, página 288 y ss. y PRIETO SANCHÍS, Luis. *Op. Cit.* página 171.

¹³ BOBBIO, Norberto, (1992), *El problema del positivismo jurídico*, Fontamara, México, p. 43. Y ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, *Op. Cit.* página 131.

¹⁴ ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan. *Ibid.*

b) Una concepción rigurosamente estatalista del Derecho que atribuye a la ley el cuasi monopolio de la producción jurídica (legalismo).

c) Una teoría imperativista de la norma jurídica, que concibe principalmente a ésta como norma de conducta dirigida a los ciudadanos.

d) La idea del derecho como sistema, es decir como conjunto ordenado de normas que forman una unidad plena y carente de contradicciones.

e) Finalmente, una teoría mecanicista de la interpretación, según la cual la aplicación del Derecho se ajusta al método de la subsunción donde el juez desempeña una función “neutral” o se simple autómatas.”¹⁵

3.3. En tercer lugar, el positivismo jurídico adquiere el sentido de una *ideología*, la cual implica el deber de obediencia del derecho creado positivamente, debido a que según se sostiene el derecho positivo por el simple hecho de ser válido, implica la existencia de valores y por ello debe de ser respetado y obedecido. “El positivismo jurídico confiere al derecho que es por el solo hecho de existir un valor positivo”¹⁶, esto debido a que ha sido creado para la consecución de diversos fines como el orden, la certeza, la paz y la justicia, además de que en su interior existen diversos valores que no nacen de una comparación con el derecho ideal o a través de juicios de valor.

El positivismo como una ideología finalmente recae en dos ideas que son que el derecho por el solo hecho de ser positivo, es justo [...] e independientemente de su correspondencia con el deber ser, tiene ya como fin la búsqueda del orden, la certeza, la seguridad.”¹⁷ El positivismo ideológico además sostiene que “la obediencia al derecho recae no en razón de que se predique que es justo, sino que cumplió con unos presupuestos formales establecidos para su creación.”¹⁸ Esto debido a la idea de que por el hecho de obedecer el proceso formal de creación del mismo ya se están practicando valores positivos.

¹⁵ PRIETO SANCHIS, Luis. *Op. Cit.* página 171 y 172.

¹⁶ ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan. *Op. Cit.* página 131.

¹⁷ ESTRADA VÉLEZ, Sergio. *Op. Cit.* página 539.

¹⁸ ESTRADA VÉLEZ, Sergio. *Ibid.*

Desde el punto de vista de Hoerter, hay cinco tesis que considera confluyen en el pensamiento jurídico positivista, las cuales considera son independientes, y han generado que “a los representantes del positivismo jurídico se les imputa una concepción extremadamente genérica de la esencia del derecho”¹⁹, siendo las siguientes:

- a) La tesis de la ley: establece que la concepción del derecho debe de ser definida por la ley, lo que implica el rechazo del derecho consuetudinario o la creación del derecho a través de los jueces (derecho judicial), al respecto señala el mismo Hoerter que erróneamente ha sido imputada esta tesis a los iuspositivistas quienes nunca la han sostenido, misma que es frecuentemente utilizada como una herramienta de crítica contra el positivismo jurídico.
- b) La tesis de neutralidad: con la cual Hoerter concuerda, se refiere a la creación del derecho sin consideraciones en relación a su contenido, no se interesa en determinar si el derecho es justo o injusto, puesto que esto no tiene relevancia para su validez, lo que significa el predominio de procesos formales y neutrales de creación del derecho. Ese formalismo a través del cual se da la producción del derecho es el que da vida al aspecto metodológico del positivismo jurídico, de acuerdo a Gustavo Gorra “esta tesis es la que se ha denominado como positivismo metodológico o conceptual, y consiste en que el concepto de derecho no debe caracterizarse según sus propiedades valorativas sino tomando en cuenta solo propiedades descriptivas.”²⁰
- c) La tesis de la subsunción: que implica que el derecho se aplica en todos los casos de la misma manera sin que exista una valoración del caso a caso, es decir, se debe realizar una subsunción automática del derecho

¹⁹ GORRA, Daniel Gustavo. Positivismo jurídico: una opción epistemológica para la interpretación y justificación del Derecho Fundamentos en Humanidades, Universidad Nacional San Luis, Argentina, Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal, 2011, vol. XII, núm. 23, p. 40. HOERSTER, Norberto. *Op. Cit.*, página 9.
GORRA, Daniel Gustavo, *Op. Cit.*, p. 40

en todos los casos, dándose una automatización de la aplicación del derecho.

- d) La tesis de subjetivismo: Esta tesis sostiene que los criterios del derecho son subjetivos, rechazando principios objetivos válidos.
- e) La tesis de legalismo: sostiene que el derecho es obligatorio independientemente de su contenido, es decir, no importa si presuntamente su contenido es justo o injusto, este será obligatorio y deberá ser obedecido, además a palabras de Prieto Sanchís de esta tesis deriva el elemento ideológico del positivismo jurídico que es una obligación moral de obediencia al Derecho, como se dijo, con independencia de su contenido, derivado de que el derecho por el solo hecho de ser un ordenamiento de la convivencia, establece ya la protección de diversos valores morales.

En resumidas cuentas el positivismo es una opción epistemológica de la ciencia del derecho, el cual establece una interpretación que solamente describe al derecho, sin importar su contenido. Este ius positivismo se construye de diversas teorías que ayudan a complementar la concepción del mismo, de las cuales parece ser que algunas, hoy en día ya han sido refutadas o simplemente ya no son defendidas por los mismos iuspositivistas, en ese sentido, es importante tener claro como lo señala Prieto Sanchís que el consenso de los partidarios del derecho positivo confluyen solamente en torno a la teoría de la neutralidad, pudiendo o no soportar las demás teorías mencionadas puesto que como se mencionó algunas de ellas ya son inoperantes o muy criticadas por los anti positivistas o han dejado de ser apoyadas. En otra posición encontramos a Manuel Atienza quien considera que son dos las tesis definitorias del positivismo jurídico que son compartidas por todas las variantes de positivismo jurídico en cualquiera de sus versiones, las cuales son la tesis del derecho como un fenómeno social, que se crea y se modifica en razón de las actuaciones humanas, así como la tesis

de la separación del derecho y la moral, la cual tiene sus consabidas consecuencias.²¹

El positivismo jurídico ha sido utilizado por algunos de los principales autores del Neoconstitucionalismo para contrastar sus ideas con éste. Aparentemente el positivismo incursiona en una etapa de crisis que comienza con el final de la segunda guerra mundial principalmente en Europa, lo cual entre diversas causas se da debido a que “de las tres preguntas fundamentales de la teoría jurídica – validez, eficacia y justicia de la norma jurídica-, el positivismo solo pretendía responder a la primera y dejaba las restantes en manos de la sociología y de la filosofía o la ética, respectivamente.”²² Además el nuevo paradigma neo constitucional establece entre sus postulados la necesidad de una alternativa al derecho positivo, al respecto el Doctor Prieto Sanchís denuncia la presunta incompatibilidad entre el positivismo y el neoconstitucionalismo, la cual es señalada por Zagrebelsky y otros autores neoconstitucionales.²³

4. La Constitución

Para poder comprender mejor el neo constitucionalismo, es necesario determinar el primer término que es una Constitución, algunos pueden pensar que ésta es solamente un pacto social a través del cual se establecen los límites al poder o la división del mismo, un pacto a través del cual se logra establecer una estructura estatal organizada que sirve para ejercitar el poder, otros podríamos pensar que la Constitución es la determinación de las fuentes para crear el derecho, un catálogo de derechos fundamentales que se establecen en favor de los gobernados, o también podríamos considerarla como un conjunto de valores que delimitan el actuar de los poderes estatales.

²¹ ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan. *Op. Cit.* página 145.

²² ESTRADA VÉLEZ, Sergio. *Op. Cit.* página 528.

²³ PRIETO SANCHÍS, Luis. *Op. Cit.* página 168.

El concepto de la Constitución es un tema difícil de acotar, debido a la existencia de diversas concepciones jurídicas, políticas, axiológicas que se han dado sobre la misma, siendo que no todas coinciden necesariamente en todos sus elementos, en ese sentido “la Constitución puede entenderse, por ejemplo, como un ordenamiento jurídico de tipo liberal; como un conjunto de normas jurídicas que contiene las disposiciones en algún sentido fundamentales de un Estado; como un documento normativo que tiene ese nombre; y como una norma dotada de ciertas características, es decir, que tiene un régimen jurídico particular. Además, hay conceptos absolutos, relativos, positivos, ideales, pactistas, históricos, sociológicos, materiales, racional-normativos, etc., de Constitución.”²⁴

A resumidas cuentas la Constitución tiene diferentes significados, y por ende se puede estudiar desde diversos frentes, dos de ellos son la constitución desde el ámbito político y jurídico²⁵, una constitución como valor político se refiere a la forma de organizarse, a la disposición de un sistema de gobierno a través de la misma, y la división de poderes, en este sentido podemos decir que “alude a problemas como la configuración, ejercicio y límites del poder, a las relaciones entre el Estado y los administrados, la legitimidad, la participación, el pluralismo, a la eficiencia indirecta de la Constitución, etc.”²⁶

En segundo lugar la Constitución como un valor jurídico, adopta la tarea de resolver los problemas que deben ser resueltos por una teoría jurídica, como lo son “la noción de norma, las fuentes del derecho, la validez de la norma, la naturaleza de los enunciados constitucionales que consagran valores, directrices y principios, los derechos fundamentales, de los derechos sociales a su eficacia directa, entre otros.”²⁷

²⁴ CARBONELL, Miguel. ¿Qué es una Constitución?, IIJ-UNAM, Docencia, recuperado de: http://www.miguelcarbonell.com/docencia/que_es_una_Constitucion.shtml

²⁵ Véase BLANCO VALADEZ, Roberto. El valor de la Constitución, Alianza Universidad, Madrid, 1998, página 38.

²⁶ ESTRADA VÉLEZ, Sergio. *Op. Cit.* página 523.

²⁷ *Ibid.*

De acuerdo a Estrada Vélez, en complemento con las concepciones política y jurídica de la Constitución propuestas por Blanco Valadéz y comentadas anteriormente, ésta también puede ser considerada desde un punto de vista axiológico o moral, que surge con posterioridad a las dos anteriores como consecuencia de la segunda guerra mundial, lo que implicó que se establecieran en el texto de la Constitución valores o principios para limitar y establecer una línea de acción a los poderes derivados de la misma, en especial al poder legislativo en aras de proteger los derechos fundamentales establecidos en la Constitución.

Sin embargo, sobre este punto es de mencionarse que algunos de los proponentes neo constitucionales han tenido dificultades en responder, porque algunos países han puesto en práctica una Constitución axiológica solo recientemente como Canadá (1982), Nueva Zelanda (1990), Israel (1992), o Bretaña (1998) y no recientemente luego de la segunda guerra mundial, lo que pone en duda si es que la segunda guerra mundial en realidad fue el detonante de este cambio constitucional o ha sido un fenómeno globalizador diferente, lo que ha producido la adopción de valores dentro de la Constitución.²⁸ De cualquier manera, hoy en día indudable la consideración de que la Constitución puede ser entendida como un valor axiológico.

Según señala Estrada Vélez, “el estudio de los temas referidos al valor político de la Constitución corresponde a la filosofía política o al derecho constitucional, los relacionados con el valor jurídico de la Constitución, a la teoría general del derecho, y los elementos axiológicos vinculados al derecho, a la filosofía jurídica.”²⁹ Por tanto en relación a estos tres ámbitos, el político, el jurídico y el axiológico podemos definir y/o estudiar mejor el neo constitucionalismo puesto que en virtud a la predominancia de uno u otro, se puede identificar el diseño constitucional que se ha adoptado en relación a determinado Estado, teniendo el

²⁸ Véase, Ran Hirschl, *The Political Origins of the New Constitutionalism*, University of Toronto, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Volume 11, Issue 1, Article 4, 2004, página 72 y 76.

²⁹ ESTRADA VÉLEZ, Sergio. *Op. Cit.* página 523.

Neocosntitucionalismo una fórmula especial de en relación a su configuración política, jurídica y axiológica que lo hacen un paradigma constitucional nuevo.

5. Neo constitucionalismo

Existen diversas maneras de definir o aproximarse al Neo constitucionalismo, esto debido a que son diversos los autores que han logrado caracterizarla, y además debido a que no existe un verdadero consenso en la totalidad de los factores que han de definir dicho diseño constitucional. De hecho hay algunos que dudan en identificar al neo constitucionalismo como un nuevo paradigma jurídico, esto debido a que este es el resultado de una conglomeración de críticas al Constitucionalismo moderno, y en realidad no presenta novedosas características que no existieran con anterioridad. Incluso hay quienes consideran que “la aparición de esas características tiene lugar en momentos y espacios diferentes de la historia constitucional, por lo que al hablar de un nuevo constitucionalismo parece más un recurso semántico que la alusión a un fenómeno jurídico definido”³⁰ En fin existen diversas definiciones sobre este presunto nuevo paradigma jurídico, sobre el particular “podemos considerar al neoconstitucionalismo como un proceso histórico, como una teoría o concepción acerca de la realidad jurídica y como una postura doctrinaria e institucional, se podría decir también ideológica, acerca de la función que los jueces están llamados a realizar en una democracia constitucional.”³¹

Adicionalmente el neoconstitucionalismo ha sido definido de la siguiente manera:

“Institucionalmente una determinada forma de organización política. Este modelo sería corolario de las dos grandes corrientes constitucionales que tradicionalmente han caminado separadas: la norteamericana, que estableció una constitución garantista sin contenidos normativos, y la

³⁰ ESTRADA VÉLEZ, Sergio. *Op. Cit.* página 527.

³¹ SANTIAGO, Alfonso. Neoconstitucionalismo, sesión privada del instituto de política constitucional del 3 de abril de 2008. Disponible en <<http://ancmyp.org.ar/user/files/02neoconstitucionalismo.pdf>>

europea que, al revés, estableció constituciones con un denso contenido normativo pero sin garantías. El neoconstitucionalismo, por tanto sería exactamente la conjugación de ambos modelos, cuya consecuencia será un sistema de constituciones normativas garantizadas jurisdiccionalmente a través de un control de constitucionalidad. El resultado sería, entonces, una constitución transformadora que pretende condicionar de modo importante las decisiones de la mayoría, pero cuyo protagonismo fundamental no corresponde al legislador, sino a los jueces.”³²

Esta configuración neoconstitucional significa para algunos una nueva escuela, la cual es encabezada por autores como Robert Alexy, Luigi Ferrajoli y Ronald Dworkin, sin embargo, para Estrada Vélez no reúne los requisitos para la configuración de un nuevo paradigma jurídico, al menos por dos razones, la primera se refiere a que no se trata sino de la coincidencia de algunas preocupaciones sobre el positivismo jurídico, y la segunda es que existen algunas divergencias en relación al neoconstitucionalismo y su teoría del derecho, así como la existencia de mayores o menores énfasis en determinados aspectos conceptuales del neoconstitucionalismo en general.³³

A pesar de que el neoconstitucionalismo no es la formulación de postulados políticos, jurídicos o axiológicos completamente nuevos, sino más bien la configuración de una combinación de postulados preexistentes que aparentemente nunca habían trabajado al mismo tiempo en una constitución, considero demasiado rígida y fuerte la segunda crítica realizada por Estrada Vélez, en relación a que no existir una conformidad unívoca en relación a diversos temas del neoconstitucionalismo, como bien lo señala también Miguel Carbonell al establecer la existencia de diversas formas de neoconstitucionalismo³⁴ en razón de que nunca se ha puesto en tela de juicio el carácter paradigmático del positivismo

³² CAMARGO, María Auxiliadora. Decretos - leyes y jurisdicción constitucional: Estudios comparados, Editorial Universidad de Salamanca; España, 2011, página 59 y 60.

³³ Véase, ESTRADA VÉLEZ, Sergio. *Op. Cit.* páginas 526-529.

³⁴ CARBONELL, Miguel. Nuevos tiempos para el constitucionalismo, Neoconstitucionalismo(s), Ed trota, segunda edición, Madrid, 2005, página 6.

jurídico a pesar de la bien conocida discrepancia de sus defensores en diversos puntos, siendo que solamente se consideran como comúnmente aceptadas por la totalidad de los mismos una o dos de sus tesis.

Es innegable que el neoconstitucionalismo nace en cierta manera del constitucionalismo, a pesar de que su nacimiento surge a razón de las críticas al mismo y, por lo tanto considera la negación o reforma de algunas de sus características determinadas por el positivismo metodológico, teórico o ideológico, pero no rechaza enteramente todas sus características, sino que algunas le sirven de base para la consecución de su más apremiante finalidad que aparentemente es la protección de los derechos fundamentales.

De hecho Fioravanti³⁵ establece que el neo constitucionalismo es el resultado de dos tradiciones propias del constitucionalismo, las primera de ellas es la de la constitución como un manual para el establecimiento de las reglas de competencia política, así como la idea de la supremacía constitucional, supremacía que requiere de una debida garantía que le es encomendada al poder más “neutro” del Estado, al poder judicial. La garantía antes mencionada se realizará a través de la limitación del poder político y en esencia se considera que es en relación a limitaciones al poder legislativo. Al respecto podríamos resumir que “la Constitución pretende determinar fundamentalmente quien manda, que manda y en parte también hasta donde puede mandar”³⁶

La segunda tradición del constitucionalismo de la que deriva el neo constitucionalismo se refiere a la constitución como un proyecto político, más allá de ser un elemento pasivo donde se establezca la estructura orgánica del Estado y los límites a cada uno, en este sentido ya no solo se limitará a fijar las reglas de cada poder del Estado, sino que buscará participar activamente en la dirección del mismo, condicionando la actividad del Estado en diversas materias y más allá,

³⁵ Véase FIORAVANTI, Maurizio. Constitución, de la antigüedad a nuestros días, traducción de M. Martínez Neira, Trotta, Madrid, 2001, páginas 71 y ss.

³⁶ PRIETO SANCHÍS, Luis. *Op. Cit.* página 113.

marcar el camino a seguir en diversos asuntos, en otras palabras la Constitución quiere condicionar en gran medida qué debe mandarse, es decir, cual ha de ser la orientación política en numerosas materias.”³⁷

EL Neo constitucionalismo ha sido diseccionado para su estudio en relación a la división que realizó Bobbio sobre el positivismo jurídico, es decir, el neo constitucionalismo como una metodología, como una teoría y como una ideología, puesto que “la utilización de tal tripartición permite por otro lado evidenciar las diferencias entre constitucionalismo y neo constitucionalismo.”³⁸

5.1. Neo constitucionalismo teórico

El neo constitucionalismo como una teoría al igual que el positivismo jurídico hace una descripción del derecho que surge a través de este paradigma, viéndose forzado a describir su propia teoría jurídica, es decir, que explicara cuales son las características que ha de reunir el derecho creado a través de una Constitución de este diseño, al respecto Comanducci establece que el neo constitucionalismo como teoría aspira a describir los logros de la constitucionalización en relación a la modificación del sistema jurídico, por lo que podemos entender que se refiere a las modificaciones que se producen en los sistemas legales tras la adopción de un diseño neoconstitucional y de que su implementación haya surtido efectos sobre el sistema legal y el derecho valido.³⁹

Al respecto el mismo Comanducci establece que el sistema legal bajo esta teoría, se caracteriza por por crear una Constitución invasora (es decir que busca maximizar su aplicación en a través de todas las disposiciones normativas), por redactar en el texto constitucional un amplio catálogo de derechos fundamentales, por establecer de omnipresencia una Constitución que contiene principios y reglas

³⁷ Véase PRIETO SANCHÍS, Luis. *Op. Cit.* página 113.

³⁸ COMANDUCCI, Paolo. *Formas de (Neo) Constitucionalismo: Un análisis metateórico*, Neoconstitucionalismo(s) , Ed. Trotta, Segunda edición, Madrid, 2005, página 82.

³⁹ *Ibid.* página 83.

(A diferencia del positivismo jurídico donde existen principios en la constitución, pero no surgen al interior de la misma, sino con motivo de la creación constitucional *per se*) y, finalmente, caracterizado por con algunas diferencias sobre la interpretación y aplicación que se hace de la constitución y la interpretación y aplicación de la Ley.

Respecto a esta teoría es que se plantea la posible remoción del positivismo jurídico, puesto que la teoría neoconstitucional no comulga con la descripción del derecho como un ente positivado, es decir, no describe el derecho como aquel contenido en la norma aisladamente, sino que el derecho ya no se lee a secas y para entender su verdadero significado habrá que leerlo a la luz de los principios constitucionales establecidos en la Constitución. Por ello la discordancia con el positivismo jurídico, puesto que éste nunca podrá ofrecer “una ciencia jurídica que no solo describe los derechos y deberes de los ciudadanos de acuerdo con lo que establece un determinado ordenamiento jurídico, sino que tiene como cometido valorar dichos contenidos desde el entramado axiológico de la Constitución.”⁴⁰ Dando como resultado en primer lugar que el derecho válido en el positivismo jurídico y en el neoconstitucionalismo no es el mismo, y en segundo lugar se da la inoperancia del positivismo jurídico como fundamento para el neoconstitucionalismo, y en tercer lugar se dan las diferencias de interpretación de la ley a través de la cual se busca el significado del derecho en el neoconstitucionalismo al consultar su significado válido en armonía con los principios constitucionales.

5.2. Neo constitucionalismo ideológico

De acuerdo a Comanducci el Constitucionalismo como ideología servía para identificar la limitación del poder como el objetivo de tal paradigma, no obstante, el neo constitucionalismo va más allá preocupándose por identificar un objetivo más distante, ya que éste está de acuerdo con la división de poderes, y considera que

⁴⁰ CAMARGO, María Auxiliadora. Decretos - leyes y jurisdicción constitucional: Estudios comparados. Editorial Universidad de Salamanca; España, 2011, página 60.

es un principio que ya está fuera de peligro y por ende, al estar de acuerdo con el constitucionalismo sobre el particular deja de verlo como su principal objetivo, preocupándose ahora por un tema más acuciante y central para nuestros tiempos que es el de la garantía de los derechos fundamentales.

Al respecto menciona Comanducci que: “el neoconstitucionalismo ideológico no se limita por tanto a describir los logros del proceso de constitucionalización, sino que los valora positivamente y propugna su defensa y ampliación.”⁴¹

Adicionalmente Comanducci encuentra un consenso entre diversos autores neoconstitucionales entre ellos Alexy, Dworkin y Zagrebelsky que identifican de cierta manera la ideología del neoconstitucionalismo con aquella que constituye el positivismo jurídico ideológico, como ha quedado escrito anteriormente esa ideología significa el deber moral de obediencia de la Constitución y de las leyes que de ella emanan puesto que a pesar de que el derecho positivo no imprimía valores morales en la Constitución o el derecho, ambos eran creados para perseguir objetivos o principios buenos como el orden la justicia, y la paz, ya que se sustenta en la idea de que por el hecho de que la creación constitucional y legal obedezca criterios formales ya se están practicando valores positivos.

Al respecto señala que “en los ordenamientos democráticos y constitucionalizados contemporáneos, se produce una conexión necesaria entre Derecho y moral, el neoconstitucionalismo ideológico se muestra proclive a entender que puede subsistir hoy una obligación moral de obedecer a la Constitución y a las leyes que son conformes a la Constitución. Y en ese específico sentido el neoconstitucionalismo puede ser considerado como una moderna variante del positivismo ideológico del siglo XIX, que predicaba la obligación moral de obedecer a ley.”⁴²

⁴¹ COMANDUCI, Paolo. *Op. Cit.* página 85.

⁴² *Ibid*, página 86.

5.3. Neoconstitucionalismo Metodológico

Como lo señala Comanducci esta denominación recuerda y se refiere al positivismo jurídico, es decir que obedece también a lo señalado por Bobbio y la crítica al positivismo como una metodología, haciendo crítica sobre la misma e imponiendo las ideas neoconstitucionales que corresponderán al neoconstitucionalismo como una metodología.

El positivismo jurídico sostiene la creación del derecho establece una clara diferenciación entre el derecho y la moral, es decir, que no existe una real conexión entre ambos dentro de la Constitución o las leyes, a este respecto el derecho válido creado positivamente significa aquel que atraviesa un proceso formal de creación jurídica, cuya fuente son las fuentes sociales del Derecho, además de hacer en relación a la división del derecho y la moral una discriminación también de lo que es y de lo que debe ser, el derecho válido y el derecho formal.

La postura antes descrita es radicalmente diferente en el neoconstitucionalismo ya que éste postula una verdadera conexión entre el derecho y la moral desde su creación lo que contraría las fuentes sociales del derecho, que se refieren a la fuente democrática a través de la cual el poder legislativo crea el derecho como representante del pueblo y en razón de ello no debe existir una valoración del derecho, sino que al ser creado por este poder en representación social ha de ser válido, además implica que el análisis del derecho positivamente creado ya no se queda fuera del proceso de formación de leyes sino que es un requisito para su validez, así habrá que cumplir con los procesos de creación de derecho y con una valoración sobre su contenido para tener validez formal y material del derecho. Para Comanducci “el neoconstitucionalismo metodológico sostiene por el contrario la tesis de la conexión necesaria, identificativa y/o justificativa, entre el Derecho y la moral.”⁴³

⁴³COMANDUCCI, Paolo. *Op. Cit.* página 87.

El neoconstitucionalismo ideado como un nuevo paradigma que establece una identidad teórica, ideológica y metodológica, conlleva entonces la existencia de diversas tesis que componen este diseño constitucional, siendo algunas de las características más importantes las siguientes citadas por Riccardo Guastinni:

- “1. La superioridad axiológica de la Constitución sobre la ley;*
- 2. la idea de que la Constitución tendría no solo –o no tanto– la función de limitar el poder político, sino antes y, quizá, sobre todo, la función de modelar la sociedad, y por tanto no solo de prevenir (en negativo) una legislación lesiva de los derechos, sino también de orientar (en positivo) toda la legislación entera;*
- 3. la idea de que la Constitución carezca de lagunas, que sus principios predeterminen o por lo menos orienten la disciplina legislativa de cualesquiera supuesto de hecho, dejando márgenes bastante reducidos para la discrecionalidad política del legislador;*
- 4. la idea de que las constituciones democráticas incorporen principios de justicia objetivos, que por los cuales son justas y, por tanto, merecen obediencia;*
- 5. la superioridad axiológica de los principios sobre las reglas;*
- 6. la idea de que las reglas (cualquiera sea su tenor literal) puedan ceder, que puedan (o deban) ser derogadas, que estén sujetas a excepciones y a la luz de los principios, a fin de que todo caso concreto tenga una solución justa;*
- 7. la superioridad axiológica de las normas que confieren derechos sobre aquellas que organizan el poder público;*
- 8. la idea de que las normas “materiales” de la Constitución regulen no solo las relaciones verticales entre Estado y ciudadano, sino también las relaciones horizontales (interprivados) entre ciudadanos, y que por tanto deban encontrar aplicación directa en la jurisprudencia civil, penal, administrativa;*
- 9. la idea de que existe una estrecha conexión entre Derecho y justicia;*
- 10. la idea de que el Derecho, con tal que sea justo, deba ser obedecido;*
- 11. la desvalorización del modelo de ciencia jurídica como discurso meramente cognitivo y no valorativo, característico del positivismo jurídico metodológico;*
- 12. la idea de que la ciencia jurídica deba, por el contrario, ser una ciencia “práctica” y “normativa”, esto es, orientar la jurisprudencia y, cuando sea necesario, la legislación.”⁴⁴*

⁴⁴ GUASTINI, Riccardo. A propósito del neoconstitucionalismo, Gaceta Constitucional, Tomo 67, Doctrina Constitucional, Perú, 2013, página 233.

En el mismo orden de ideas las Tesis del neoconstitucionalismo sostenido por Prieto Sanchís⁴⁵ son las siguientes:

- 1.- Una constitución materializada. Esa constitución está provista de un gran contenido sustantivo de normas que establecen la forma de organizarse y el poder de adoptar decisiones, pero también establece lo que se puede y en ocasiones lo que se debe mandar o decidir.
- 2.- La constitución garantizada. Esta garantía se da a través de los jueces, esto en razón a la desconfianza sobre la actuación del legislador quien, ahora será controlado por el poder judicial, quien ponderará si la parte axiológica contenida en la Constitución no ha sido rebasada por el legislativo.
- 3.- La omnipresencia de la Constitución. Esto implica que los derechos fundamentales se expandirán irradiando el ordenamiento normativo, por ende toda la legislación del sistema jurídico deberá de interpretarse y aplicarse a la luz de la Constitución.
- 4.- La Constitución establece una regulación basada en principios. Esta regulación constitucional se da sin hacer un estudio previo sobre la posible colisión entre algunos de ellos, ni una previa determinación de preeminencia de unos sobre otros.
- 5.- Aplicabilidad Constitucional a través de la ponderación. La ponderación es una manera de argumentación conforma a la cual se establece la jerarquía de un principio sobre otro en el caso de una colisión, pero la misma no será válida como precedente, sino que se deberá de realizar la ponderación en el caso a caso.
- 6.- La inexistencia de una delimitación clara de las relaciones entre la Constitución y las leyes, entre los derechos fundamentales y las disposiciones legales.
- 7.- La existencia de un modelo argumentativo de relaciones entre la Constitución y la legislación, el cual no permite distinción entre el ámbito político de los legisladores y el ámbito constitucional, que de ninguna manera elimina la libertad del poder legislativo pero si lo somete a un control sobre arbitrariedades.

⁴⁵ Véase, PULIDO BERNAL, Carlos. El neoconstitucionalismo a debate, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 2006, Primera edición, Colombia, páginaS 12 y 13.

Adicionalmente el neoconstitucionalismo es reseñado por Jaime Cárdenas por mantener las siguientes características, que para ser justos hacen corresponder al estudio antes realizado desde sus frentes metodológico, ideológico y teórico, siendo un listado que representa concisamente las implicaciones los efectos de constitucionalización que ha de producir el nuevo paradigma constitucional :

- a) “Se reconoce por algunos una conexión débil entre derecho y moral.
- b) Se admite que el derecho no sólo está conformado por reglas sino por principios y otro tipo de normas.
- c) El derecho no solo consiste en la estructura normativa sino también en la argumentativa, contextual y procedimental.
- d) La legalidad se supedita a la constitucionalidad en un sentido fuerte.
- e) Las normas que no son reglas no pueden interpretarse con los métodos tradicionales. Se debe acudir al principio de proporcionalidad, la teoría del contenido esencial, la razonabilidad, entre otras.
- f) Más que hablar de interpretación se destaca el papel de la argumentación no solo en su faceta retórica sino en sus ámbitos hermenéuticos, contextuales y procedimentales.
- g) La búsqueda de la certeza jurídica se vuelve más exigente y difícil; se apoya, principalmente, en la calidad de la argumentación.
- h) Las normas jurídicas se interpretan desde la Constitución
- i) El juez constitucional en ocasiones se coloca por encima del legislador (“legislador negativo”, según Kelsen), y lo desplaza, lo que pone en cuestión su legitimidad democrática.
- j) Se intenta poner fin con las técnicas de la argumentación a la discrecionalidad judicial en el sentido en que había sido entendida por Kelsen o Heart.
- k) No hay neutralidad y avaloratividad en el derecho.”⁴⁶

⁴⁶ GIL RENDON, Raymundo, El neoconstitucionalismo y los derechos fundamentales, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/qdiuris/cont/12/cnt/cnt3.pdf>

SEGUNDA PARTE

“¿Existe realmente una jurisdicción constitucional en Colombia?”

1. Acercamiento a la problemática planteada

Para responder a este interrogante es menester hacerlo desde una metodología analítica y socio-jurídica, habida cuenta que la pregunta suscita un vivo interés en el contexto material, mas no formal; es decir, en lo concerniente a su aplicación, reconocimiento, validez y eficacia. Si dicha pregunta se analiza desde el punto de vista del derecho formal, es indudable que sí existe una jurisdicción constitucional en Colombia⁴⁷, y de ello dan fe la Constitución, la ley y las demás normas que reglamentan dichas leyes. Sin embargo, si la pregunta se examina desde la óptica del derecho material, esto es, en el escenario de la sociología y la filosofía del derecho y del constitucionalismo moderno⁴⁸, no cabe duda que se trata de una pregunta de gran trascendencia en el Estado Social de Derecho y de vital importancia en la sociedad colombiana contemporánea, signada por una constante violación a los derechos humanos, un permanente desconocimiento a la ley, la Constitución y los tratados internacionales, así como una ambigüedad en lo

⁴⁷ "La jurisdicción constitucional se ha establecido por la Constitución, como función pública asignada a ciertos órganos dotados de competencias judiciales especiales cuyo contenido consiste en asegurar la integridad y primacía de la Carta. Es la garantía básica del Estado constitucional de derecho. Asegura que efectivamente todos los poderes públicos sujeten sus actos (aquí quedan comprendidos entre otros las leyes; las sentencias y los actos administrativos) a las normas, valores y principios constitucionales, de modo que cada una de las funciones estatales sea el correcto y legítimo ejercicio de una función constitucional. Esta jurisdicción asume como competencia especialísima la guarda de los derechos fundamentales buscando, conforme a la expresa y reiterada intención de todos los constituyentes, la efectividad de los mismos y su oponibilidad frente a todos los órganos del poder público (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T – 006 de 1992. Magistrado Ponente, dr. Eduardo Cifuentes Muñoz).

⁴⁸ Cfr. MORALES ALZATE, John Jairo. *Derecho constitucional económico*, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 2012. Igualmente: ORTEGA SANTIAGO, Carlos. *El derecho constitucional en su contexto: el ámbito cultural del constitucionalismo*, disponible en http://www.uned.es/dpto-derecho-politico/Comunicacion_C_Ortega.pdf; Así mismo, NARANJO MESA, Vladimiro. *Teoría constitucional e instituciones políticas*, Bogotá, Editorial Temis, 2013; DE VEGA GARCÍA, Pedro. *Jurisdicción constitucional y crisis de la Constitución*, disponible en https://www.google.com.co/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=4&ved=0CD4QFjAD&url=http%3A%2F%2Fdia.net.unirioja.es%2Fservlet%2Farticulo%3Fcodigo%3D1427316%26orden%3D0%26info%3Dlink&ei=-y9LU5DyLcnW0QGyn4GwAQ&usq=AFQjCNGNQtmolF-INccJ_TPIyZkFqHOojQ

que respecta al papel que cumplen los jueces en torno de la interpretación constitucional, merced a la preexistencia de la denominada jurisdicción constitucional⁴⁹.

Sea lo primero advertir que desde el ángulo estrictamente constitucional y legal, sí existe una jurisdicción constitucional en Colombia, que colabora en la administración de justicia al lado de la jurisdicción ordinaria y contencioso administrativa e indígena⁵⁰, no obstante las constantes vicisitudes que se yerguen en la vida cotidiana, por virtud de la fragmentación del poder en nuestro país, la cuestionada legitimidad de las instituciones y los vaivenes jurisprudenciales que en últimas se traducen en inseguridad jurídica ante la comunidad internacional⁵¹.

⁴⁹ En Colombia existe jurisdicción constitucional desde la Constitución de 1853, y ese primer periodo histórico se prolongó hasta 1885. Con la Constitución de 1886 se volvió a instaurar la jurisdicción constitucional en el año de 1910. Con el Acto Legislativo 3 del mismo año se estableció el control constitucional por vía de acción pública y por vía de excepción de inconstitucionalidad. El control por vía de acción lo ejercen los ciudadanos por intermedio de las demandas o acciones de inconstitucionalidad contra las leyes. Esta función estaba en cabeza de la Corte Suprema de Justicia.

⁵⁰ “En Colombia, la administración de justicia es considerada como una función pública, a través de una labor desconcentrada y autónoma, cuyas decisiones son independientes, a través de actuaciones públicas y permanentes con las excepciones que la ley señale, prevaleciendo, en todo caso, el derecho sustancial. Los términos de cada proceso se deben observar con absoluta diligencia y su incumplimiento será sancionado” (OLANO GARCÍA, Hernán. “La jurisdicción constitucional en Colombia”, disponible en https://www.google.com.co/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CCoQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.oocities.org%2Fhernan_olano%2Fjurisdiccion.doc&ei=APdKU8LNO8mW0gGz94C4BA&usg=AFQjCNEXKAfVzOkBCz1K51Jfx1UC3fymKQ, página 1).

⁵¹ “Aunque en el siglo XIX, a nivel constitucional y legal, pueden encontrarse diversos antecedentes constitucionales y legales que permitirían delinear un incipiente conjunto de garantías enderezadas a afirmar la prevalencia de la Constitución -entre otras referencias baste recordar que la Constitución de 1886 confiaba a la Corte Suprema de Justicia la función de decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley objetados por el gobierno-, es la reforma constitucional de 1910 la que establece un completo sistema de control constitucional.

“Aparte de la atribución relativa a la calificación constitucional de las objeciones presidenciales formuladas a los proyectos de ley, la reforma consagró la acción pública de inconstitucionalidad contra las leyes y decretos con fuerza de ley demandados ante la Corte Suprema de Justicia por cualquier ciudadano por violar la Constitución. Junto a este mecanismo de control de constitucionalidad concentrado, sentó las bases del control difuso al establecer que “ en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales.

“Posteriormente, la reforma constitucional de 1945, atribuyó al Consejo de Estado- cabeza de la jurisdicción contencioso administrativa-, la competencia para conocer las demandas de nulidad contra los decretos del gobierno que no tuvieron fuerza de ley.

Si de lo que se trata, desde el punto de vista formal, es responder al interrogante de si existe o no una jurisdicción constitucional en Colombia, la respuesta obvia que se debe dar es que sí existe; sin embargo, muchos vacíos, preguntas y sin sabores, o más bien, muchas discusiones jurídicas se nos presentan cuando entramos a analizar el trasfondo de dicha jurisdicción constitucional, y si, desde esta perspectiva, es dable hablar de una jurisdicción constitucional en nuestro país. Veamos:

1. Del Corsé Ortopédico de la Constitución y la Ley

Siguiendo a pie juntillas el positivismo jurídico tradicional, al revisar la Constitución Política de 1991 encontramos que los artículos 239 a 245 desarrollan la denominada jurisdicción constitucional en Colombia, en los términos que se transcriben a continuación:

ARTICULO 239. La Corte Constitucional tendrá el número impar de miembros que determine la ley. En su integración se atenderá el criterio de designación de magistrados pertenecientes a diversas especialidades del

“La reforma constitucional de 1968 introdujo dos innovaciones trascendentales en la materia. Se creó, en primer término, en la Corte Suprema de Justicia una sala especializada en asuntos constitucionales, encargada de proyectar las sentencias de constitucionalidad, que finalmente se adoptaban por el pleno de la corporación. De otro lado, se articuló un control constitucional "automático" a cargo de la Corte Suprema de Justicia respecto de todos los decretos que expidiera el Presidente de la República al amparo de los estados excepción, los que debían remitirse a aquella inmediatamente después de dictados.

“En 1991 la Asamblea Nacional Constituyente enriqueció la ya larga tradición colombiana de defensa judicial de la Constitución, mediante la creación de la Corte Constitucional y la consagración de múltiples recursos y acciones de salvaguarda de los derechos y de los bienes que la Constitución pretende preservar.

“Como se observará en el análisis que se intenta en este estudio, la jurisdicción constitucional colombiana tiene carácter mixto. En realidad, la defensa de la Constitución apela a mecanismos propios del modelo concentrado y difuso, e involucra en esa tarea a la Corte Constitucional y a todos los jueces y tribunales sin excepción. Puede, sin embargo, afirmarse -aunque no se desconoce la polémica que encierra el aserto- que la presencia de la Corte Constitucional y el peso y significado de sus atribuciones, en la práctica, han hecho que el aspecto difuso del modelo ceda, sin naturalmente perder toda su importancia, cierto predominio, a favor de los elementos derivados del modelo concentrado” (CIFUENTES MUÑOZ, Eduardo. “Jurisdicción constitucional en Colombia”, en la Revista *Ius et Praxis*, vol. 8, num. 1, Talca, 2002, página 1).

Derecho. Los Magistrados de la Corte Constitucional serán elegidos por el Senado de la República para períodos individuales de ocho años, de sendas ternas que le presenten el Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado. Los Magistrados de la Corte Constitucional no podrán ser reelegidos.

ARTICULO 240. *No podrán ser elegidos Magistrados de la Corte Constitucional quienes durante el año anterior a la elección se hayan desempeñado como Ministros del Despacho o Magistrados de la Corte Suprema de Justicia o del Consejo de Estado.*

ARTICULO 241. *A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá 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. Darse su propio reglamento.

PARAGRAFO. Cuando la Corte encuentre vicios de procedimiento subsanables en la formación del acto sujeto a su control, ordenará devolverlo a la autoridad que lo profirió para que, de ser posible, enmiende el defecto observado. Subsano el vicio, procederá a decidir sobre la exequibilidad del acto.

ARTICULO 242. Los procesos que se adelanten ante la Corte Constitucional en las materias a que se refiere este título, serán regulados por la ley conforme a las siguientes disposiciones:

1. Cualquier ciudadano podrá ejercer las acciones públicas previstas en el artículo precedente, e intervenir como impugnador o defensor de las

normas sometidas a control en los procesos promovidos por otros, así como en aquellos para los cuales no existe acción pública.

2. El Procurador General de la Nación deberá intervenir en todos los procesos.

3. Las acciones por vicios de forma caducan en el término de un año, contado desde la publicación del respectivo acto.

4. De ordinario, la Corte dispondrá del término de sesenta días para decidir, y el Procurador General de la Nación, de treinta para rendir concepto.

5. En los procesos a que se refiere el numeral 7 del artículo anterior, los términos ordinarios se reducirán a una tercera parte y su incumplimiento es causal de mala conducta, que será sancionada conforme a la ley.

ARTICULO 243. *Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional. Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución.*

ARTICULO 244. *La Corte Constitucional comunicará al Presidente de la República o al Presidente del Congreso, según el caso, la iniciación de cualquier proceso que tenga por objeto el examen de constitucionalidad de normas dictadas por ellos. Esta comunicación no dilatará los términos del proceso.*

ARTICULO 245. *El Gobierno no podrá conferir empleo a los Magistrados de la Corte Constitucional durante el período de ejercicio de sus funciones ni dentro del año siguiente a su retiro.*

Este hecho, al que el ciudadano de a pie no le concede ninguna importancia, significa que la Constitución y la ley y el orden público colombiano han establecido

una jurisdicción constitucional en Colombia, con características propias, con identidad, con funciones específicas y, de hecho, se ha destinado un presupuesto para el funcionamiento de la jurisdicción constitucional en nuestro país. Igualmente, desde la creación de la Corte Constitucional en Colombia contamos con un acervo jurisprudencial envidiable sobre los derechos fundamentales, los derechos humanos, sociales, económicos, culturales y políticos, y sus decisiones han merecido la atención de los medios de comunicación a nivel nacional e internacional y, por supuesto, dichas decisiones han sido debatidas y estudiadas por la comunidad internacional, verbigracia, los fallos de constitucionalidad sobre el aborto⁵², la eutanasia⁵³, la aplicación del derecho internacional humanitario⁵⁴, entre muchos otros.

En este orden de consideraciones, la existencia de la jurisdicción constitucional es innegable, y pensar en cuestionar su existencia parecería un absurdo, casi una herejía en el ámbito del derecho comparado y de los países que pregonan el libre mercado y el Estado Social de Derecho. La ortodoxia tradicional no discute, ni interroga ni cuestiona este hecho. Ciertamente, se afirma, con base en la ley y en los hechos, que gozamos de una jurisdicción independiente de la ordinaria, encargada de garantizar la aplicación y la sana interpretación de la Constitución, guardián supremo de la doctrina constitucional; que la Corte Constitucional, en su

⁵² Corte Constitucional, sentencia C-355 de 2006.

⁵³ Corte Constitucional, sentencia C-239 de 1997.

⁵⁴ “El derecho internacional humanitario (DIH) es un conjunto de normas que, por razones humanitarias, trata de limitar los efectos de los conflictos armados. Protege a las personas que no participan o que ya no Participan en los combates y limita los medios y métodos de hacer la guerra. El DIH suele llamarse también "derecho de la guerra" y "derecho de los conflictos armados".

“El DIH es parte del derecho internacional, que regula las relaciones entre los Estados. Está integrado por Acuerdos firmados entre Estados –denominados tratados o convenios–, por el derecho consuetudinario internacional que se compone a su vez de la práctica de los Estados que éstos reconocen como obligatoria, así como por principios generales del derecho.

“El DIH se aplica en situaciones de conflicto armado. No determina si un Estado tiene o no tiene derecho a recurrir a la fuerza. Esta cuestión está regulada por una importante parte – pero distinta– del DIH, que figura en la Carta de las Naciones Unidas” (http://cde.usal.es/arc/doc_curso_derechos_hum/derecho_internacional_humanitario.pdf).

condición de máxima autoridad y organismo de la rama judicial en el ámbito constitucional ha venido ejerciendo sus funciones desde su creación con la Constitución Política de 1991, que sus fallos han transformado el derecho local, aprovechando los trasplantes jurídicos⁵⁵ del derecho europeo y anglosajón, y que, merced a esta transmutación jurídica, legal y constitucional el derecho local se ha renovado, se ha vigorizado y ha ingresado a la nueva ola de la constitucionalización del derecho en general.

De ahí que ahora se haya puesto en boga hablar de la constitucionalización del derecho civil⁵⁶, del derecho comercial⁵⁷, del derecho administrativo⁵⁸, del derecho

⁵⁵ Los trasplantes jurídicos están referidos a la interconexión e interdependencia entre sistemas jurídicos, es decir, al influjo que han tenido las teorías, doctrinas y leyes de otros ordenamientos jurídicos en nuestra legislación. Como es sabido, el derecho constitucional y, por ende, la jurisdicción constitucional no son creación del derecho local, sino que, por el contrario, son instituciones jurídicas que se han trasplantado, se han traído de otros países para adaptarlas a nuestra realidad jurídica local.

⁵⁶ Cfr. CALDERÓN VILLEGAS, Juan Jacobo. *La constitucionalización del derecho privado*, Bogotá, Editorial Temis, 2011.

⁵⁷ Cfr. LÓPEZ GUZMÁN, Fabian. *Principios constitucionales del derecho comercial*, Bogotá, Ediciones Doc trina y Ley, 2003.

⁵⁸ “Huelga advertir que el tema que se plantea no hace alusión al tradicional criterio orgánico del derecho administrativo, pues es apenas elemental que a partir de la existencia de los Estados de derecho la creación de los órganos estructurales del Estado han sido de rango constitucional. Por ello puede afirmarse que respecto del criterio orgánico la constitucionalización del derecho administrativo no es un tema moderno o innovador, sino que por el contrario es tan viejo como la existencia misma del derecho administrativo.

“Estimo pertinente relacionar algunos apartes de la doctrina francesa específica del derecho administrativo que hace alusión al tema de si el derecho administrativo puede tenerse en cuenta sin ninguna consideración con la Constitución, o si por el contrario resulta necesario siempre a tener como primera y única fuente la Constitución. Así el autor RENE CHAPUS al tratar el tema de la definición del derecho administrativo, hace relación a la denominada Doctrina de las Bases Constitucionales del derecho administrativo, para recordar que el creador de tal doctrina fue el decano GEORGES VEDEL quien manifestaba que era inconcebible que se definiera el derecho administrativo sin tener en cuenta la Constitución que era la fuente del orden jurídico nacional. Por su parte el autor GILLES LEBRETON al tratar el tema del desarrollo histórico del derecho administrativo plantea el tema de la constitucionalización de la jurisdicción administrativa y del derecho administrativo. Explica que ciertos Estados, como los Estados Unidos o el Reino Unido no tienen jurisdicción administrativa ni derecho administrativo autónomo, por lo tanto surge la pregunta de si es posible suprimir en Francia la jurisdicción administrativa y el derecho administrativo. Aclara que la Constitución francesa no hace alusión en forma concreta a ninguna de estas dos instituciones francesas, por lo cual la supresión dependería de una simple ley, pero que afortunadamente el Consejo Constitucional Francés remedió esta situación en un fallo del 22 de julio de 1980, en el cual se refirió a la famosa ley del 24 de mayo de 1872, definiendo que la

laboral, penal e incluso del derecho procesal⁵⁹. Pero la discusión y la aplicación de la teoría de la indiscutible preexistencia de la jurisdicción constitucional, se yergue en paradigma, y así lo considera un amplio sector de la doctrina en Colombia y América Latina, en armonía con el paradigma ambiental y el paradigma de la internacionalización del derecho⁶⁰.

Aunque esta tesis no se funda exclusivamente en un argumento legal o constitucional, sino que, por el contrario, tiene raíces más profundas de carácter histórico, sociológico, político y constitucional. Es más, el liberalismo constitucional se erige en una de las fuentes principales de esta teoría. Para el liberalismo clásico, el Estado necesita de una norma de orden superior que garantice los derechos de los ciudadanos, y dicha actividad tan sólo puede ser realizada seriamente por intermedio de la instauración de una jurisdicción constitucional⁶¹. Para nadie es un secreto que esta tesis tuvo resonancia con las revoluciones burguesas y, en particular, después de la segunda guerra mundial, cuando se

jurisdicción administrativa francesa existe y hace parte de los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la república y que ella tiene un valor constitucional" (<http://robiadministrativo.blogspot.com/2005/06/la-constitucionalizacion-del-derecho.html>).

⁵⁹ Cfr. Teoría sobre el derecho procesal constitucional. Al respecto señala la doctrina: "Néstor Pedfro Sagüés, uno de los grandes precursores de esta disciplina, en su obra **Derecho Procesal Constitucional**, nos dice que esta rama del derecho <<es principalmente, el derecho de la jurisdicción constitucional, y tiene dos áreas claves: la magistratura constitucional y los procesos constitucionales>>. Y nos recuerda una expresión de Calamandrei en el sentido de que todas las declaraciones constitucionales son fútiles, si no existen remedios jurídicos procesales que aseguren su funcionamiento real.

"Por lo tanto, le corresponde al Derecho Procesal Constitucional la función de aportar al sistema jurídico nacional, los elementos orgánicos y funcionales necesarios y apropiados para que un conflicto constitucional pueda ser decidido por medio de una decisión jurisdiccional, lográndose así la plena vigencia de la Supremacía Constitucional" (JUAN COLOMBO CAMPBELL, "Funciones del derecho procesal constitucional", en la Revista *Ius et Praxis*, Vol 8, num. 2, Talca, 2002).

⁶⁰ Acerca de los paradigmas en el derecho, Cfr. MONROY CABRA, Marco Gerardo. *Introducción al derecho*, Bogotá, Edit. Temis, 2009.

⁶¹ Cfr. ARAÚJO RENTERÍA, Jaime. *Teoría de la Constitución*, Bogotá, Ediciones Ecoe, 1996.

empieza a hablar en Europa de una especie de neo constitucionalismo⁶² que, más tarde, se materializó con múltiples reformas constitucionales en todo el continente, y como de era de esperarse, igualmente en América Latina. Así, pues, no se trata de un fenómeno nuevo, exclusivo de nuestro país, o de una tesis eminentemente local, sin asidero en la doctrina comparada o de la que no se puedan hallar rastros en otros escenarios jurídicos; por el contrario, las normas antedichas de la Constitución Política de 1991 tan sólo obedecen a una marcada tendencia del constitucionalismo de postguerra en los países capitalistas que pregonan el Estado Social de Derecho⁶³.

La implantación de una justicia o jurisdicción constitucional en Colombia no es un tema nuevo en el marco del derecho constitucional contemporáneo, sencillamente constituye un trasplante del derecho español y alemán, y más concretamente de las Constituciones de España de 1978 y de la Alemana de 1919. Se optó por organizar una jurisdicción especializada, al margen de la ordinaria y la contenciosa administrativa, con objeto de imprimirle mayor cobertura, significación y provecho a las discusiones constitucionales, a la aplicación de los derechos fundamentales y, por ende, a la hermenéutica constitucional. Sería un yerro manifestar que antes, y sin ella, dichas discusiones, aplicación e interpretación no existían; no obstante, se argumenta que era menester una jurisdicción muy especializada, experta si se quiere, para abordar la problemática constitucional, dado que por décadas dicho debate jurídico-político fue realizado por jueces no constitucionales y por la jurisdicción ordinaria, que, como es sabido, se encarga de dirimir conflictos

⁶² “El término alude a un nuevo <<Constitucionalismo>> o bien a una opción diferente para el <<Estado de Derecho>>, donde impera un concepto distinto acerca del <<Derecho>>; lo cual implica una novedosa y distinta <<Teoría del derecho>>, en cuyo significado prevalece o tiene primacía la fuente del derecho que rige todas las norma sjurídicas: La Constitución.

“Bajo esta concepción la norma superior o <<norma-normarum>>, es fuente de toda la producción jurídica, la cual está compuesta de principios, distintos a las reglas o preceptos de derecho determinados y su forma de interpretación y aplicación también es distinta al <<aleopositivismo>> teoría bajo la cual existían únicamente reglas de derecho expedidas por el poder legislativo, de aplicación estricta, bajo el método de <<subsunción>>, muy distinto al nuevo método de la ponderación o <<balancing>> (balanceo)” (RAYMUNDO GIL RENDÓN, *El neo constitucionalismo y los derechos fundamentales*, México, Biblioteca Jurídica de la UNAM, págs. 49 y 50).

⁶³ Acerca del nuevo constitucionalismo en el capitalismo, cfr. HORST DIPPEL, *Constitucionalismo moderno*, Madrid, Marcial Pons, 2009.

jurídicos de distintas especialidades (civil, penal, comercial, familia y agrario), entre otros. Por ello, y en un principio, se atribuyó esta tarea a la jurisdicción común, so pretexto de que por la amplitud o variedad de problemas jurídicos puestos a su consideración, el tema constitucional era otro más que no requería de una atención especial, amén de que en un comienzo se creyó que los problemas constitucionales eran disquisiciones ius-filosóficas⁶⁴ abstractas, de alcance puramente conceptual sin asidero en la realidad de los ciudadanos. No obstante lo anterior, el desarrollo constitucional contemporáneo demostró lo contrario, puesto que los derechos constitucionales dejaron de ser meros enunciados teóricos sin sentido práctico o simples contenidos programáticos y se convirtieron en derechos tangibles⁶⁵.

⁶⁴ La problemática constitucional es, a l igual que la problemática del ordenamiento jurídico en general, de alcance y contenido práctico, dadas las implicaciones que las sentencias de constitucionalidad tienen en todo el sistema jurídico y en la sociedad.

⁶⁵ “Uno de los objetivos centrales de las democracias contemporáneas es lograr un freno efectivo a la opresión gubernamental, especialmente cuando esa opresión se deja caer sobre los derechos y libertades de los ciudadanos. Ese es el sentido de la denominada Justicia Constitucional. Se trata que órganos judiciales puedan controlar al poder del Estado para salvaguardar la libertad de los ciudadanos y el respeto de las reglas del juego democrático constitucionalmente establecidas. Los estadounidenses, tempranamente, desde la famosa sentencia de 1803 de la Corte Suprema en el caso *Marbury vs. Madison*, conocieron un control judicial del poder para salvaguardar las libertades de los ciudadanos. Al otro lado del Atlántico, los revolucionarios franceses idearon la defensa del orden constitucional, pero sin que los tribunales de justicia pudieran desarrollar tal tarea, ya que fundamentalmente contra ellos mismos había que defender el orden constitucional.

“En Francia, la creencia en la infalibilidad de la voluntad parlamentaria como garante del orden social y de la libertad de los ciudadanos y la desconfianza histórica a los jueces, impidieron que se autorizara a éstos a controlar la legitimidad de la ley elaborada por el Parlamento.

“Pero el dogma revolucionario de la soberanía popular y la infalibilidad de la ley no tardó en ser embestido, dando lugar con el tiempo a una Justicia Constitucional en cabeza de un órgano denominado Tribunal Constitucional con facultades para controlar la legitimidad de las leyes que creaba el Parlamento. De este modo, a comienzos del siglo XX muchas constituciones europeas crearon la figura del Tribunal Constitucional, situación que luego arribó a varios de nuestros países latinoamericanos.

“En los inicios del siglo XX el reconocimiento del sufragio universal había llevado a los parlamentos europeos a los partidos socialistas, que se unieron a las alternativas conservadoras y liberales. Todos esos grupos políticos tenían ideas muy distintas respecto del Estado, generándose una fuerte lucha al interior de los parlamentos y una desconfianza en que la mayoría política cambiara radicalmente las reglas del juego constitucionalmente establecidas. De este modo, las primeras constituciones democráticas que surgieron después de la Primera Guerra Mundial se hicieron rígidas, a modo de impedir su fácil reforma por las mayorías gobernantes y, de otro lado, comienza a debatirse sobre la posibilidad de controlar las leyes aprobadas en el Parlamento. El Tribunal

Los conflictos sociales, económicos, políticos y culturales de la sociedad informatizada del siglo XXI obligaron a que el discurso constitucional se hiciera más tangible, y asimismo a que se diseñaran instituciones jurídicas que le permitieran defender y proteger sus derechos frente a los atropellos y abusos cometidos por quienes ostentan una posición de dominio en el mercado, en la sociedad, y en general, respecto de cualquier persona o institución que quisiera desconocer o vulnerar sus derechos fundamentales; igual ocurrió con las minorías y las comunidades otrora desconocidas o ignoradas por el texto constitucional, y no sólo, como dice Habermas⁶⁶, se respetó el consenso sino el disenso en el Estado democrático de derecho. Así surgió la acción de amparo del derecho constitucional (México, España, Alemania), también conocida en Colombia como acción de tutela⁶⁷, se hizo menos rigurosa la acción de inconstitucionalidad, se

Constitucional viene a ser considerado como una alternativa posible de una última instancia racional y objetiva de respeto del juego político según las reglas establecidas en la Constitución.

“Este modelo judicial de control de la supremacía constitucional centrado en un Tribunal Constitucional, ideado fundamentalmente por Kelsen a principios del siglo XX, tuvo por principal opositor a Carl Schmitt, quien manifestaba la imposibilidad y la inconveniencia de resolver judicialmente las infracciones constitucionales, por el riesgo de politización de la justicia. Es quizás la de este autor la primera y más contundente crítica que recibió la propuesta de un órgano central de tipo judicial para el control de constitucionalidad. Desde Schmitt en adelante, al igual que un volcán que luego de fases de calma vuelve periódicamente a la actividad, la polémica en torno a la temida intromisión de los jueces constitucionales en las opciones políticas del Parlamento o del Gobierno, se ha reproducido cíclicamente” (BORDALÍ SALAMANCA, Andrés. *La justicia constitucional*, en la Revista de Derecho Vol. XIV, julio de 2003, páginas 285 y ss).

⁶⁶ Al respecto cfr. SHILARDI, María del Carmen. *Consenso y disenso como vías de legitimación del discurso práctico jurídico: sujeto de derecho y sujeto moral*, en la Revista Identidad Humana y Fin del Milenio, Thémata, N° 23, 1999, página 341 – 345.

⁶⁷ La acción de amparo del derecho mexicano, igual a como ocurre con la acción de tutela en Colombia (Const. Pol., art. 86), es un mecanismo de protección de los derechos constitucionales fundamentales de los habitantes del territorio colombiano. La Constitución Política dispuso en su artículo 86 que toda persona natural o jurídica tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de particulares en los casos previstos en la ley, siempre y cuando no proceda otro mecanismo judicial de defensa. Sobre la acción de tutela, cfr. MORALES ALZATE, John Jairo. *La acción de tutela en Alemania y en Colombia*, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 2010.

incluyeron las acciones populares y de grupo, y se combinó el pluriculturalismo con el multiculturalismo subyacente en las democracias actuales⁶⁸.

Surgió, además, un nuevo proceso constitucional, como consecuencia de este desarrollo constitucional y de la jurisdicción constitucional. Empero, en forma paralela se alimentó un descontento social, político, económico y cultural, en la medida en que, si bien es cierto que las nuevas instituciones que se pusieron en boga con la jurisdicción constitucional y su ímpetu de solidaridad, se desdibujó por completo por la falta de conexidad entre el neoconstitucionalismo y la jurisdicción constitucional y la realidad social; en otros términos, mientras la justicia constitucional procuró el bienestar, la igualdad social, la ponderación de las garantías y los derechos enunciados por la Carta Política, los actores sociales, los poderes subyacentes en el seno de la sociedad y el mismo Estado empezaron a incumplir el pacto social y el proyecto del constituyente primario, habida cuenta que la justicia ha sido de algún modo desconocida, burlada y se ha presentado un profundo resquebrajamiento entre la jurisdicción constitucional y la sociedad en general, lo cual, como es sabido, obedece a múltiples factores de facto⁶⁹,

⁶⁸ Para profundizar al respecto, cfr. MORENO PARRA, Héctor Alonso, MACHADO MATURANA, Alejandro y RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, Adolfo León. *Multiculturalismo en la Constitución de 1991: en el marco del bicentenario*, Universidad del Valle – Programa Editorial, 2010. Sobre pluralismo en la Constitución de 1991, cfr. ARBOLEDA MORA, Carlos. *Pluralismo, tolerancia y religión en Colombia*, Medellín, Pontificia Universidad Bolivariana, 2011.

⁶⁹ “Existe, sin duda, y este algo que investigamos reside, sencillamente, en los factores reales de poder que rigen en una sociedad determinada. Los factores reales de poder que rigen en el seno de cada sociedad son esa fuerza activa y eficaz que informa todas las leyes e instituciones jurídicas de la sociedad en cuestión, haciendo que no puedan ser, en sustancia, más que tal y como son (...).

“He ahí, pues, señores, lo que es, en esencia, la constitución de un país: la suma de los factores reales de poder que rigen en ese país. ¿Pero qué relación guarda esto con lo que vulgarmente se llama Constitución, es decir, con la Constitución jurídica? No es difícil, señores, comprender la relación que ambos conceptos guardan entre sí. Se toman estos factores reales de poder, se extienden en una hoja de papel, se les da expresión escrita, y, a partir de este momento, incorporados a un papel, ya no son simples factores reales de poder, sino que se han erigido en derecho, en instituciones jurídicas, Y quien atente contra ellos atenta contra la ley, y es castigado. Tampoco desconocen ustedes, señores, el procedimiento que se sigue para extender por escrito esos factores reales de poder convirtiéndolos así en factores jurídicos (...)” (FERDINAND LA SALLE, *¿Qué es una Constitución?*, Bogotá, Editorial Panamericana, 1997).

verbigracia, la falta de presupuesto estatal o privado para ejecutar las tutelas y las acciones populares, la carencia de recursos tecnológicos e infraestructura, la dislexia de la burocracia judicial y gubernamental, la progresiva intromisión de los medios de comunicación en la justicia constitucional y en la vida privada de los ciudadanos, sin mencionar los vaivenes jurisprudenciales latentes en la jurisdicción constitucional y en las demás jurisdicciones que existen en nuestro país. De ahí que el constitucionalismo en la era de la globalización⁷⁰ se plantee si realmente existe una jurisdicción constitucional en Colombia o, por el contrario, hay un marcado divorcio entre la sociedad civil, el ciudadano en general y la denominada jurisdicción constitucional. La discusión se ha tornado cada vez más compleja y difícil hasta el punto de plantearse si verdaderamente podemos hablar de una jurisdicción constitucional, o si tan sólo ésta existe en el papel, ausente, distante y sin conectores con la sociedad, el Estado y el ciudadano de hoy. El punto de encuentro o los vasos comunicantes entre la jurisdicción constitucional y la sociedad están referidos o asociados a los fallos de constitucionalidad, de tutela, a su impacto en la comunidad y, por supuesto, a la interpretación que de éstos se hace y a la incidencia en la vida de los ciudadanos, las empresas locales, las compañías multinacionales, el Estado, entre otros; es decir, a la aplicación u obediencia de ellos, máxime por cuanto es obligación de toda persona natural y jurídica acatar la Constitución y la ley. Aquí devienen dos problemas fundamentales que tendremos que resolver, o más bien intentaremos resolver en los siguientes acápite: la justificación y validez de la jurisdicción constitucional y su interconexión con el Estado Social de Derecho, así como la incidencia de la jurisprudencia constitucional, a propósito del neoconstitucionalismo y de la constitucionalización del derecho local, también denominado como corriente del creacionismo judicial o derecho del juez constitucional. Por último, se presentan

⁷⁰ Cfr. Sobre esta problemática jurídica, constitucional y social FERRAJOLI, Luigi. *Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global*, publicado en la obra colectiva *Constitutionalism, democracy and sovereignty*, editado por Ricard Bellamy, 1996, Inglaterra, Universidad de Camerino Italia.

las conclusiones al respecto, en pos de aportar algunos elementos o argumentos a la discusión⁷¹.

2. Justificación y Validez de la Jurisdicción Constitucional y su Interconexión con el Estado Social de Derecho.

La existencia de la jurisdicción constitucional se justifica, desde varios ángulos, a saber, como la historia del derecho, la teoría del Estado, el derecho constitucional comparado y el derecho procesal. Ciertamente, el advenimiento de la justicia constitucional no es un hecho espontáneo, que ocurriera de repente como si tratase de un paradigma nuevo que irrumpió intempestivamente, derribando a los paradigmas preexistentes, sino que, por el contrario, es fruto de una larga evolución⁷². En la formación de la tradición jurídica de Occidente⁷³ hallamos

⁷¹ En Colombia esta discusión ha sido abordada por DIEGO EDUARDO LÓPEZ MEDINA, *El derecho de los jueces*, Bogotá, Legis Ediciones, 2006.

⁷² “Con la sentencia *Madison vs. Marbury* se puede decir que nace el control de constitucional de las leyes, pero sin embargo todavía falta una verdadera y adecuada Corte constitucional. El control de constitucionalidad estadounidense aparece –y se desarrolla– con carácter “difundido”, en el sentido (como mejor veremos en los párrafos sucesivos) de que no existe una Corte la cual ejerce esta específica tarea, sino que cada juez, en el ejercicio de la propia jurisdicción –principalmente con el fin de tutelar los derechos subjetivos de cada ciudadano– debe valorar si los actos legislativos a aplicar están conformes con la constitución. La Corte suprema no detenta el monopolio del control, sino que lo ejerce como órgano de vértice del sistema judicial de los Estados Unidos (para entendernos, es algo así como nuestra Corte de casación), con eficacia de cualquier modo limitada a las partes en casa. Sin embargo, el sistema precedente (*stare decisis*), típico de los ordenamientos anglosajones (ordenamientos de *common law*), vincula a las cortes inferiores a conformarse con los pronunciamientos de los jueces superiores, por lo cual una sentencia de la Corte suprema termina por tener una eficacia general. En la experiencia europea se forma, en cambio, la idea de confiar la revisión de constitucionalidad a un adecuado Tribunal, también en la óptica de ofrecer una garantía de la Constitución de carácter objetivo, es decir prescindiendo de la tutela de los derechos de los asociados.

“La teorización de este modelo es debida a la contribución de Hans Kelsen, que fue también llamado a aplicarlo en la Constitución Austríaca de 1920. En la doctrina alemana sucesiva a la primera guerra mundial, afirmada la tesis de la superioridad y de la rigidez de la Constitución, se desarrolló un conciso debate sobre quién debiese ser el guardián de la Constitución. Por un lado, Carl Schmitt, cercano al nazismo, individualizaba en el Presidente del Reich al órgano de garantía del ordenamiento, sobre todo como sujeto apto para tomar las decisiones extremas en las situaciones excepcionales. Kelsen, en cambio –partiendo de la idea de que “la función política de la constitución es la de poner límites jurídicos al ejercicio del poder y garantía de la constitución significa la certidumbre de que estos límites no serán rebasados” –se preocupaba por subordinar también al parlamento a la constitución; por lo tanto, proponía que “la tarea de anular sus actos inconstitucionales debe confiarse a un órgano diverso, independiente de éste y de cualquier

vestigios, rasgos de una jurisdicción constitucional; en los derechos romano y griego encontramos rudimentos de una jurisdicción constitucional cuando el pretor velaba por la aplicación de la ley en el imperio; y esa protección de la ley no es más que el respeto y acatamiento a la norma, a la Constitución; en la Edad Media el surgimiento de la denominada Carta Magna para el pueblo de Inglaterra constituye un importante antecedente de la jurisdicción constitucional, de la obediencia y respeto, legitimidad a un orden superior reconocido por todos en aquél documento histórico⁷⁴. Luego, con la evolución del Estado, y con el advenimiento de las constituciones modernas se instauró una jurisdicción especial, autónoma respecto de las demás jurisdicciones, encargada de velar por la protección de la Constitución y la ley, cuya función esencial consistió en realizar el denominado control de constitucionalidad.

Algunos gustan de usar el sinónimo de justicia constitucional para referirse a esta jurisdicción especializada, también conocida con el vocablo jurisdicción constitucional. Pero como bien señala la doctrina internacional no fue sino hasta la Segunda Guerra Mundial cuando esta jurisdicción empezó a tomar vigor e importancia en las legislaciones estatales y en la comunidad internacional para aludir a la supremacía constitucional o control de normas, en el entendido que hay una norma de normas, de orden superior a la cual debe sujetarse todo el ordenamiento jurídico. En esta línea de pensamiento pueden citarse los trabajos de Hans Kelsen, Einsenmann y Mirkine Guetzevich, y en el ámbito latinoamericano vale la pena traer a colación al profesor Domingo García Belaunde.

autoridad estatal, es decir a una jurisdicción o tribunal constitucional”("(ALFONSO CELOTTO, Fome e modelli di giustizia costituzionale: uno sguardo generale, disponible en: <http://www.circulodoxa.org/documentos/Circulo%20Doxa%20-%20Formas%20y%20modelos.pdf>).

⁷³ Acerca de la evolución de nuestro sistema jurídico, cfr. BERMAN, Harold J. *La formación de la tradición jurídica de Occidente*, MÉXICO, Fondo de Cultura Económica, 1996.

⁷⁴ Para profundizar sobre el particular, cfr. PARRA, José Eurípides. *Historia constitucional inglesa e instituciones políticas*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2006.

El vocablo jurisdicción constitucional *ab initio* se empezó a emplear con la idea de que crear u organizar una institución judicial independiente encargada de velar por la protección de las normas y el orden constitucional; es decir, con el propósito de armonizar y unificar el ordenamiento jurídico a través del llamado control de constitucionalidad. Históricamente se justificó la organización de una jurisdicción especializada que controlase a la constitucionalidad de las normas y, por ende, de los actos administrativos proferidos por las autoridades gubernamentales. Igualmente, es menester traer a colación las experiencias del tribunal constitucional austriaco, el checoslovaco, el español y, por supuesto, el alemán sobre el tantas veces citado control de constitucionalidad de las normas. De todas maneras, y al margen de las consideraciones eminentemente históricas, el propósito seminal consiste en armonizar, unificar y, por así decirlo, enfocar o encauzar el ordenamiento jurídico de un Estado hacia los fines, valores y programas enunciados por la Ley Fundamental u ordenamiento jurídico superior.

En consonancia con lo expuesto, es conveniente mencionar al profesor Domingo García Belaunde, quien al respecto sostiene lo siguiente: *“En 1968, Héctor Fix - Zamudio, señalaba que prefería la denominación “justicia constitucional”, por dos motivos fundamentales: uno de ellos de orden filosófico, el otro de orden jurídico. El de orden filosófico, es sumamente sugestivo, pues señala que la supremacía y defensa constitucional persigue la consecución de determinados valores que están por encima del ordenamiento jurídico positivo, a los que el hombre no debe estar ajeno. El segundo argumento es de orden jurídico, sí, Fix afirma que en realidad la “justicia constitucional es el conjunto de procedimiento de carácter procesal por medio de los cuales se encarga a determinados órganos del Estado, la imposición forzosa de los mandamientos jurídicos supremos”⁷⁵.*

En definitiva, la filosofía o esencia de la jurisdicción constitucional estriba en la capacidad que se le confiere a esta jurisdicción especial para realizar el control de

⁷⁵ GARCÍA BELAUNDE, Domingo. *La jurisdicción constitucional como concepto*, en ARS IURIS, Revista de la Escuela de Derecho de la Universidad Panamericana, N° 3, México, 1990, página 39.

constitucionalidad y, en general, para ajustar todo el ordenamiento jurídico a estas normas de carácter supremo, y, como señala el profesor MORALES ALZATE a un conjunto de principios y valores. Desarrollos ulteriores a nivel doctrinal han hecho pensar que se debe crear o gestar una nueva disciplina del derecho denominada *Derecho Procesal Constitucional*⁷⁶, encargada de estudiar, analizar y discutir sobre toda la problemática y la gnoseología de la jurisdicción constitucional. Ciertamente, esta disciplina ha tenido un vigoroso desarrollo en las últimas décadas en México, Brasil, Argentina y Colombia, y ya un amplio sector de la doctrina dedica juiciosos estudios a dicha disciplina. En este contexto, el profesor Fix Zamudio manifiesta que hay que distinguir entre el Derecho Procesal Constitucional y el Derecho Constitucional Procesal. Sin embargo, tan solo se trata de conceptos diferentes que en últimas se refieren a la misma disciplina o al mismo objeto de estudio.

Ahora bien, los conceptos fundamentales sobre los cuales se cimenta dicha jurisdicción o justicia constitucional son: órgano constitucional, control de constitucionalidad, garantías constitucionales y proceso constitucional.

En Colombia, con el advenimiento de la Constitución Política de 1991 se quiso establecer una jurisdicción especial, independiente, que se encargara del control de constitucionalidad de las normas⁷⁷, cuyos fallos tuvieran efectos erga omnes; se trata de la Corte Constitucional que, no obstante la constante y exacerbada crítica por un amplio sector de la doctrina, merced a su papel de colegislador negativo⁷⁸ o creacionismo judicial, ha cumplido un excelente papel en la

⁷⁶ Cfr. NATAN NISIMBLAT, *Derecho procesal constitucional y derecho probatorio constitucional en Colombia*, en Estudios constitucionales, Vol 10, num. 2, 2012, págs. 323 – 367.

⁷⁷ Cfr. JAVIER TOBO RODRÍGUEZ, *La Corte Constitucional y el control de constitucionalidad en Colombia*, 2ª ed., Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1999.

⁷⁸ “La Constitución otorgó a la Corte los máximos poderes hermenéuticos, así como un arsenal de instrumentos técnicos para adelantar sus tareas mediante acciones públicas de inexequibilidad, asunción automática de los actos de legislación de los poderes constituidos, la fuerza vinculante absoluta y general de sus decisiones, la condición de legislador negativo y de verdadero colegislador positivo, y el establecimiento de su magisterio como guía para todas las decisiones del poder jurisdiccional.

interpretación y aplicación de la norma constitucional. Sin embargo, pervive la crítica concerniente al distanciamiento entre teoría y praxis, a las brechas u obstáculos de facto que imposibilitan un verdadero desarrollo o evolución del constitucionalismo contemporáneo en nuestro país. Por ello, la discusión del derecho constitucional como obstáculo al cambio social y de los factores reales de poder como medios que vetan o limitan el auge del derecho constitucional y, por ende, del verdadero garantismo judicial y constitucional⁷⁹, aún no termina, y está en ciernes.

Ya en lo concerniente a la justificación y validez de la justicia constitucional, conviene relieves la función que dicha jurisdicción cumple en el ámbito local y, más concretamente, respecto del impacto y efectos de sus fallos en el ordenamiento jurídico interno. Sea lo primero aludir a los efectos jurídicos de los fallos de constitucionalidad; como se dijo antes, el efecto es erga omnes, es decir, para toda la comunidad jurídica, para todos los operadores jurídicos y para todo el territorio nacional, su carácter es vinculante. De ahí que el artículo 4° de la Constitución Política de 1991, señale: “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las

“Su poder se despliega a través de las sentencias de constitucionalidad y de revisión de tutela, desechando normas del ordenamiento jurídico o desestimando las impugnaciones sobre las mismas, interpretándolas, integrándolas y transformándolas, librando exhortaciones al poder legislativo, enervando los actos abusivos del ejecutivo; su acción sólo se autolimita por el respeto a sus decisiones precedentes, pero sobre todo por la coherencia que debe revestir la acción de una potestad que en su forma ha de ser jurídica, es decir, eminentemente racional.

“Al instituir a la Corte Constitucional como defensor de la Constitución, se mantuvo el sistema de control integrado y paralelo que se venía desarrollando en nuestra historia constitucional, en especial a partir de la reforma de 1910, que permite combinar los distintos instrumentos de control que se conocen en el mundo occidental, y que permiten una polifacética tutela del orden constitucional, que se coordina en su vértice en la Corte, pero que se desarrolla en colaboración con la jurisdicción contencioso administrativa, encomendada al Consejo de Estado, que adelanta suplementariamente el control constitucional a los actos de la administración así como su control de legalidad, estableciendo no sólo el principio de supremacía de la Constitución, sino los instrumentos para articularla a toda la acción del Estado” (LAUREANO GÓMEZ SERRANO, *El control constitucional en Colombia. Evolución histórica*, Bucaramanga, Editorial UNAB, 2001, pág. 241).

⁷⁹ Se ha dado en llamar garantismo constitucional al cumplimiento de los deberes y garantías enunciados en la Carta Política.

disposiciones constitucionales”⁸⁰. Por el contrario, y como es sabido, en tratándose de las sentencias de tutela, sus efectos son inter partes, aunque la doctrina constitucional que de allí se deriva, es decir, la parte motiva, en muchos casos tiene igualmente carácter vinculante; es decir, que la interpretación y el alcance jurídico-constitucional de las normas y el problema jurídico planteado son analizados por la Corte en un contexto o visión global que puede servir de **precedente judicial** a casos futuros en los que se realice un debate judicial sobre los mismos tópicos esbozados en dicho fallo. En otros términos: si bien es cierto que el artículo 230 de la Constitución Política de 1991, indica que los jueces, en

⁸⁰ Sobre la supremacía de la Constitución y la jerarquía del sistema jurídico, la Corte Constitucional mediante la sentencia C- 037 de 2000, con ponencia del magistrado, dr. VLADIMIRO NARANJO MESA, dijo lo siguiente: “El ordenamiento jurídico colombiano supone una jerarquía normativa que emana de la propia Constitución. Si bien ella no contiene disposición expresa que determine dicho orden, de su articulado puede deducirse su existencia, así no siempre resulte sencilla esta tarea. En efecto, diversas disposiciones superiores se refieren a la sujeción de cierto rango de normas frente a otras. Así, para empezar el artículo 4° de la Carta a la letra expresa: *“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.”* Esta norma se ve reforzada por aquellas otras que establecen otros mecanismos de garantía de la supremacía constitucional, cuales son, principalmente, el artículo 241 superior que confía a la Corte Constitucional la guarda de la integridad y supremacía de la Carta y el numeral 3° del artículo 237, referente a la competencia del Consejo de Estado para conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuyo conocimiento no corresponda a la Corte Constitucional. Así las cosas, la supremacía de las normas constitucionales es indiscutible.

“Además de ser evidente que las normas constitucionales ocupan, sin discusión, el primer lugar dentro de la jerarquía del ordenamiento jurídico, dentro de la propia Carta, no todas las normas son igualmente prevalentes. Por ejemplo, el artículo 5° superior dispone la “primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad”, y el 44 indica que “los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”, expresiones que no pueden ser entendidas sino como una orden de aplicar preferentemente las disposiciones que garantizan y protegen esta categoría de derechos.

“Pero más allá de la supremacía constitucional, de la propia Carta también se desprende que las leyes expedidas por el Congreso dentro de la órbita de competencias que le asigna la Constitución, ocupan, en principio, una posición prevalente en la escala normativa frente al resto del ordenamiento jurídico. Esta conclusión se extrae de diversas disposiciones, entre otras aquellas referentes a los deberes y facultades que, según el artículo 189 de la Constitución, le corresponden al presidente frente a ley. En efecto, esta disposición le *impone “promulgar la leyes, obedecerlas y velar por su estricto cumplimiento”* (numeral 10°), y *“ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes”* (numeral 11°). Así las cosas, tenemos que los actos administrativos de contenido normativo, deben tener por objeto el obedecimiento y cumplimiento de la ley, de donde se deduce su sujeción a aquella. Igualmente, las normas superiores que organizan la jurisdicción contencioso-administrativa y señalan sus atribuciones (artículo 237 superior), encuentran su finalidad en la voluntad del constituyente de someter la acción administrativa al imperio de la ley”.

sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley, y que la **jurisprudencia es tan sólo fuente auxiliar del derecho**, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha modificado e interpretado esta disposición y le ha dado un alcance diferente al tenor literal de la norma, presentándose una especie de mutua interdependencia del sistema jurídico anglosajón con el sistema jurídico del civil law, dado que se le reconoce a la jurisprudencia el rango de precedente judicial. Así mismo, en lo que respecta a los fallos de constitucionalidad condicionada, donde el juez es un verdadero creador de derecho en el sentido señalado por **RADBRUCH**.

Como es lógico, los efectos de los fallos de constitucionalidad emitidos por la Corte Constitucional son definitivos, estos es, los juicios de inconstitucionalidad y sobre ellos no existen recursos o acciones de nulidad tendientes a cuestionar el fondo o la forma en que se produjeron. Son providencias definitivas y hacen tránsito a cosa juzgada constitucional, conforme al Decreto 2067 de 1991, que en su artículo 49 estipula que dichos fallos son definitivos. En conclusión, una norma que es demandada ante la Corte Constitucional y sobre la cual hay cosa juzgada, no puede ser demandada, salvo que la demanda, los argumentos y el concepto de violación se refieran a aspectos sustancialmente distintos de los contenidos en el primer fallo de constitucionalidad.

Ahora bien, la mayoría de la doctrina constitucional es coincidente, de acuerdo con el artículo 241 de la Constitución Política de 1991, en afirmar que la función de la Corte Constitucional en Colombia no es legislar, co-legislar ni suplir los vacíos normativos subyacentes en el ordenamiento jurídico. En otras palabras: la labor del juez constitucional tan sólo se limita a verificar la congruencia del ordenamiento jurídico con la ley, a velar por la defensa y protección de las disposiciones constitucionales pero sin desbordar las funciones que le competen o las que tan sólo le atañen al legislador natural, por antonomasia, es decir, al Congreso de la República. Sin embargo, y pese a la doctrina mayoritaria, otro sector de la doctrina considera que la Corte Constitucional sí tiene potestad para

llenar los vacíos supérstites en el ordenamiento jurídico nacional, sí puede de alguna manera co-legislar a través de los fallos de exequibilidad condicionada, habida cuenta que su labor no se reduce a un simple juez de verificación, sino que, por el contrario, va más allá, pues la esencia del control constitucional es la armonización y unificación del sistema jurídico con la Constitución⁸¹, con los

⁸¹ En torno de la función de unificación y armonización de la jurisprudencia, ha indicado la Corte Constitucional mediante la sentencia C – 634 de 2011, con ponencia del magistrado, dr. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA: *“La definición de las reglas de derecho que aplican las autoridades administrativas y judiciales pasa un proceso interpretativo previo, en el que armoniza el mandato legal particular con el plexo de derechos, principios y valores constitucionales relacionados con el caso, junto con los principios rectores que ordenan la materia correspondiente. A su vez, cuando esta labor es adelantada por aquellas máximas instancias de justicia, que tienen la función constitucional de unificar jurisprudencia con carácter de autoridad, las subreglas resultantes son vinculantes, siendo el sustento de esa conclusión la naturaleza imperativa que la Carta confiere a la Constitución y a la ley. En términos simples, el deber de acatar los mandatos superiores y legales incorpora, de suyo, el mandato imperativo de asumir como reglas formales de derecho las decisiones que unifican jurisprudencia y/o hacen tránsito a cosa juzgada constitucional, en tanto la ratio decidendi de esas sentencias contienen las subreglas que, mediante la armonización concreta de las distintas fuentes de derecho, dirimen los conflictos sometidos al conocimiento de las autoridades judiciales y administrativas. Esta disciplina jurisprudencial, a su vez, garantiza la vigencia de principios nodales para el Estado Constitucional, como la seguridad jurídica y la igualdad de trato ante las autoridades. Sintetizando las decisiones de esta Corporación que han asumido el tópico en comento, señaló cómo “...[u]na interpretación adecuada del imperio de la ley a que se refiere el artículo 230 constitucional, significa para la jurisprudencia constitucional que la sujeción de la actividad judicial al imperio de la ley, no puede entenderse en términos reducidos como referida a la aplicación de la legislación en sentido formal, sino que debe entenderse referida a la aplicación del conjunto de normas constitucionales y legales, valores y objetivos, incluida la interpretación jurisprudencial de los máximos órganos judiciales, la cual informa la totalidad del ordenamiento jurídico. || Sobre este tema, ha resaltado la Corte que (i) la intención del constituyente ha sido darle clara y expresa prevalencia a las normas constitucionales –art. 4º Superior- y con ella a la aplicación judicial directa de sus contenidos; (ii) que esto debe encontrarse en armonía con la aplicación de la ley misma en sentido formal, es decir dictada por el Legislador, la cual debe ser interpretada a partir de los valores, principios, objetivos y derechos consagrados en la Constitución; (iii) que por tanto es la Carta Política la que cumple por excelencia la función integradora del ordenamiento; (iv) que esta responsabilidad recae en todas las autoridades públicas, especialmente en los jueces de la república, y de manera especial en los más altos tribunales; (v) que son por tanto la Constitución y la ley los puntos de partida de la interpretación judicial; (vi) que precisamente por esta sujeción que las autoridades públicas administrativas y judiciales deben respetar el precedente judicial o los fundamentos jurídicos mediante los cuales se han resuelto situaciones análogas anteriores; (vii) que esta sujeción impone la obligación de respetar el principio y derecho de igualdad tratando igual los casos iguales; (viii) que mientras no exista un cambio de legislación, persiste la obligación de las autoridades públicas de respetar el precedente judicial de los máximos tribunales, en todos los casos en que siga teniendo aplicación el principio o regla jurisprudencial; (ix) que no puede existir un cambio de jurisprudencia arbitrario, y que el cambio de jurisprudencia debe tener como fundamento un cambio verdaderamente relevante de los presupuestos jurídicos, sociales existentes y debe estar suficientemente argumentado a partir de razonamientos que ponderen los bienes jurídicos protegidos en cada caso; (x) que en caso de falta de precisión o de contradicción del precedente judicial aplicable, corresponde en primer lugar al alto tribunal precisar, aclarar y unificar coherentemente su propia jurisprudencia; y (xi) que en estos casos corresponde igualmente a las autoridades públicas administrativas y a los jueces, evidenciar los diferentes criterios jurisprudenciales existentes para*

principios y valores supremos, al margen de que en dicha actividad judicial se vea comprometida su función primigenia y a la postre ello se traduzca en irrupción de la función legislativa. He aquí uno de los principales problemas jurídicos de nuestro tiempo y que ha merecido la atención de un sector de la doctrina (LÓPEZ MEDINA y TAMAYO JARAMILLO⁸²). Pero este debate jurídico es de vieja data en el derecho constitucional colombiano, máxime por cuanto la Corte Suprema de Justicia, cuando cumplía dicha función de control de constitucional realizó interpretaciones en las que se vio igualmente comprometida su función primigenia, en virtud de los fallos de constitucionalidad condicionada. En todo caso, no es desafortunado ni constituye per se un despropósito sostener que se trata de un problema de escuelas del derecho o de métodos de interpretación del derecho: intención histórica, criterio de razonabilidad en la hermenéutica jurídica, dinámica del derecho, constitucionalismo social⁸³, método sistémico o escuela del derecho libre⁸⁴.

Se trata, indisputablemente, de una polémica de largo alcance, de profundas implicaciones en el derecho local y en los operadores judiciales, que no ha terminado y que, como es de público conocimiento, ha sido ampliamente debatida en investigaciones jurídicas sumamente rigurosas.

De todas maneras, todos los jueces también están obligados a velar por la protección e integridad de las disposiciones constitucionales, así como por las garantías constitucionales enunciadas en la Carta Política de 1991. Por ello se

fundamentar la mejor aplicación de los mismos, desde el punto de vista del ordenamiento jurídico en su totalidad, “y optar por las decisiones que interpreten de mejor manera el imperio de la ley” para el caso en concreto”.

⁸² Del profesor JAVIER TAMAYO JARAMILLO, Cfr. *La decisión judicial. Naturaleza, hermenéutica, argumentación y aplicación del derecho*, Medellín, Editorial Diké, 2011.

⁸³ Respecto de esta nueva tendencia, cfr. LUIS BERNARDO DÍAZ GAMBOA, *Constitucionalismo social: hacia un nuevo estado social y democrático de derecho*, Bogotá, Instituto María Cano, 2001.

⁸⁴ Para un análisis detallado de esta corriente de interpretación, cfr. JAVIER GARCÍA DIEGO, *Los orígenes de la Escuela Libre de Derecho*, México, Universidad Nacional Autónoma de México UNAM, 2006.

suele hablar de la denominada excepción de inconstitucionalidad⁸⁵, por medio de la cual los jueces inaplican la ley, es decir, el ordenamiento jurídico interno, cuando se observa que éste transgrede las disposiciones, principios y valores constitucionales. Un ejemplo muy interesante en Colombia fue el del artículo 18 de la ley 228 de 1995. Ocurre que un juez de Manizales consideró que la norma del entonces Estatuto Penal de Seguridad Ciudadana (art. 18 de la ley 228 de 1995) estatuyó una sanción más severa para delitos de menor cuantía; en otras palabras: que para delitos contra el patrimonio económico de menor entidad, menor daño social, esto es, de inferior grado de antijuridicidad, la sanción o pena era mayor que la prevista para los delitos contra el patrimonio económico de mayor vulneración a los bienes jurídicos tutelados. En efecto, según el artículo 18 de dicho ordenamiento, un juez no podía conceder la libertad provisional por el hurto de un esfero; sin embargo, si se trataba del hurto de un automóvil mercedes Benz, sí se podía conceder la libertad provisional. Este juez consideró, con base en el garantismo penal de LUIGI FERRAJOLI y, por supuesto, en la excepción de inconstitucionalidad a que alude el artículo 4° de la Constitución de 1991, que sí se podía conceder la libertad provisional y, por consiguiente, inaplicó la ley por considerarla violatoria de la Constitución Política de 1991.

Como es lógico, los jueces son sumamente temerosos de aplicar la excepción de inconstitucionalidad por el riesgo que ello implica dentro de un proceso; ciertamente, ningún juez quiere quedar expuesto a una acción penal por prevaricato. Y no es que nuestros jueces no sepan interpretar la ley, o no sean intrépidos en el buen sentido, sino que la decisión debe estar muy bien sustentada, suficientemente fundada en derecho constitucional como para no generar polémica entre las partes o abrir el espacio para incoar una acción judicial por prevaricato. Este hecho, al que no se le ha prestado la debida atención por la doctrina nacional y por los operadores jurídicos, constituye un vacío un verdadero

⁸⁵ Cfr. NATALIA BERNAL CANO, *La excepción de inconstitucionalidad y su aplicación en Colombia*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2002. Así mismo, de JUAN MANUEL CHARRY URUEÑA, *La excepción de inconstitucionalidad*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Radar, 1994.

agujero negro dentro de la doctrina local debido a que no hay estudios e investigaciones sobre la materia; es una discusión que todavía no se ha dado. A juicio de quien esto escribe, la excepción de inconstitucionalidad amerita un mayor desarrollo e implica un desafío para los jueces locales y se debe aplicar sin temor en cualquier clase de proceso, ora el civil, el penal, el laboral, el administrativo o el comercial, verbigracia, en un proceso arbitral. La aplicación de las normas constitucionales y la salvaguarda de la supremacía de la Constitución se deben aplicar sin condiciones, sin restricciones, sin miedos de ninguna naturaleza; muchos jueces, en forma subconsciente se niegan a aceptarlo, precisamente, por la vacuidad doctrinal que hay en Colombia sobre la materia⁸⁶. En definitiva, la

⁸⁶ La Corte Constitucional por intermedio de la sentencia C – 122 de 2011, con ponencia del magistrado, dr. JUAN CARLOS HENAO PÉREZ, dijo lo siguiente: “La excepción de inconstitucionalidad o el control de constitucionalidad por vía de excepción, se fundamenta en la actualidad en el artículo 4º de la Constitución, que establece que *“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...”* Esta norma hace que nuestro sistema de control de constitucionalidad sea calificado por la doctrina como un sistema mixto ya que combina un control concentrado en cabeza de la Corte Constitucional y un control difuso de constitucionalidad en donde cualquier autoridad puede dejar de aplicar la ley u otra norma jurídica por ser contraria a la Constitución.

“De otra parte hay que tener en cuenta que el control por vía de excepción lo puede realizar cualquier juez, autoridad administrativa e incluso particulares que tengan que aplicar una norma jurídica en un caso concreto. Este tipo de control se realiza a solicitud de parte en un proceso judicial o *ex officio* por parte de la autoridad o el particular al momento de aplicar una norma jurídica que encuentre contraria a la Constitución. En este caso se debe subrayar que la norma legal o reglamentaria que haya sido exceptuada por inconstitucional no desaparece del sistema jurídico y continúa siendo válida ya que los efectos del control por vía de excepción son *inter partes*, solo se aplican para el caso concreto y no anulan en forma definitiva la norma que se considera contraria a la Constitución.

“Por este hecho una norma que haya sido exceptuada por cualquier autoridad judicial, administrativa o por un particular cuando tenga que aplicar una norma, puede ser demandada ante la Corte Constitucional que ejercerá el control de constitucionalidad y decidirá en forma definitiva, de manera abstracta, general y con efectos *erga omnes* si la norma exceptuada es constitucional o no.

“Teniendo en cuenta lo anterior, considera la Corte que las excepciones de inconstitucionalidad que profieren las autoridades judiciales, administrativas o los particulares cuando tengan que aplicar una ley, no elimina la posibilidad que tiene la corporación de realizar el control de constitucionalidad de determinado precepto.

“Como se analizó en el punto 3 de los antecedentes de esta providencia, la demandante anexa como prueba la excepción de constitucionalidad que profirió la Sección Quinta del Consejo de Estado el 28 de agosto de 2009, en donde se dejó de aplicar el parágrafo del artículo 40 de la Ley 5ª de 1992 objeto de esta demanda. Al mismo tiempo y según se explica en el mismo fallo, esta

disyuntiva de los jueces y sobre todo de la Corte Constitucional consiste en atreverse, ser intrépido, asumir un papel transformador de la realidad social, corriendo el riesgo político y social de los poderes legislativo y ejecutivo lo acusen de transgredir la misma Constitución y la ley o de sobrepasar las facultades conferidas, lo cual se traduzca en un recorte de su independencia. Y la otra versión consiste en asumir un papel más pasivo de mero operador jurídico, de simple exegeta de la norma constitucional, de garante de la supremacía constitucional, con apego a la doctrina clásica y a la ortodoxia constitucional. ¿Qué es más conveniente para las necesidades sociales, económicas y políticas de una sociedad civil, que es más apropiado para el Estado Social de Derecho?, ¿la tradición o la renovación jurídica y constitucional con base en la misma filosofía constitucional y el programa histórico de la Carta Política? El debate continúa y el asumir un papel meramente pasivo implica un costo social, económico, político y jurídico de gran calado, que aún no se puede sopesar.

Arriesgarse o salvaguardar la tradición constitucional. Este dilema sobre la osadía del juez constitucional, esto es, sobre la posibilidad de que dicho juzgador (Corte Constitucional) pueda modular sus fallos y crear derecho, ha sido abordado desde antaño por la doctrina nacional. Aquí resulta pertinente mencionar lo que sobre el particular ha dicho la doctrina local, y que comparto en su integridad:

misma norma se dejó de aplicar en las decisiones de la Sección Quinta de 10 de marzo de 2005 y 19 de febrero de 2009.

“La Corte encuentra que teniendo en cuenta el artículo 241 de la C.P. la instancia última de control de constitucionalidad de las leyes en Colombia es la Corte Constitucional, de tal manera que las excepciones de constitucionalidad pueden ser acogidas o no por ésta Corporación, no configura un precedente vinculante y tiene preeminencia sobre los fallos particulares que se hayan dado por vía de excepción. Esta preeminencia de la jurisdicción constitucional sobre las decisiones particulares y concretas que se establecen a través de la excepción de constitucionalidad se justifica teniendo en cuenta que el control de constitucionalidad tiene efectos *erga omnes* y se realiza de forma general y abstracta. De igual forma se subraya que los efectos del fallo de constitucionalidad hacen tránsito a cosa juzgada y determinan en forma definitiva la continuidad o no de la norma dentro del sistema jurídico, efecto que da coherencia y seguridad jurídica al sistema jurídico colombiano”.

“ (...) La modulación de los efectos de los fallos, lejos de ser una técnica barroca de los tribunales constitucionales, o una invasión del juez constitucional a las competencias propias del legislador, es un método de decisión que ha surgido de las necesidades mismas de la práctica de las jurisdicciones constitucionales, y por eso merece ser defendido y desarrollado por la doctrina, la jurisprudencia y la regulación jurídica. Esto no significa obviamente que cualquier modulación sea en sí misma acertada, puesto que en ocasiones puede efectivamente implicar un desbordamiento del tribunal. Así, por ejemplo, las sentencias integradoras son excepcionales pues suponen que la Constitución impone una determinada solución a un determinado asunto, o que es imposible mantener un vacío regulativo sin grave perjuicio a los valores constitucionales. Por ende, si el tribunal profiere una sentencia aditiva o integradora, sin que se cumplan esas exigencias, entonces efectivamente podría afectar el principio democrático, pues estaría limitando injustificadamente la libertad de configuración normativa del legislador. La modulación de las sentencias presenta entonces riesgos y requiere prudencia de parte de los jueces constitucionales; sin embargo, la imposibilidad de modular los efectos de los fallos es aún más riesgosa puesto que introduce una excesiva rigidez en el control constitucional de las leyes y, como dicen sugestivamente algunos analistas, pone a los tribunales constitucionales en una suerte de dilema trágico: o la osadía extrema, incluso irresponsable, o la moderación excesiva, que equivale a veces a un retiro cobarde. Es por ello que la Corte constata que una disposición que fue acusada admite algunas interpretaciones inconstitucionales pero otras constitucionales, la imposibilidad de recurrir a una sentencia interpretativa, la obliga ya sea a anular la disposición demandada, a pesar de que esta admite interpretaciones conforme a la Carta (osadía), o ya sea a mantener integralmente la disposición, a pesar de que ya tiene interpretaciones inconstitucionales (la cobardía). En ese mismo orden de ideas, si la Corte constata que una regulación es inconstitucional pero su anulación inmediata

La jurisprudencia constitucional no deja de ser controversial, máxime cuando se trata de temas relacionados con la dignidad humana, la vida, la salud, la condición sexual de las personas o la situación social, cultural, religiosa y económica de la comunidad en general. De hecho, diversos fallos de la Corte Constitucional colombiana referidos por ejemplo, a la eutanasia, el aborto, los discapacitados, la vivienda digna, el crédito bancario, entre muchos otros, han suscitado vivos debates por parte de la doctrina y, en general, por toda la sociedad, cuestionando

⁸⁷ ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO, *Tipos de sentencias en el control constitucional de las leyes:* la experiencia colombiana, disponible en [https://www.google.com.co/url?sa=t&rct=j&q=&src=s&source=web&cd=5&ved=0CEEQFjAE&url=h
tp%3A%2F%2Frevistas.urosario.edu.co%2Findex.php%2Fsociojuridicos%2Farticle%2Fdownload
%2F177%2F137&ei=p1VNU8-
YMYbT0qGN7oDYBg&usg=AFQICNGHv99w9pcRZQwmPsmNcA5AMJ8CRw](https://www.google.com.co/url?sa=t&rct=j&q=&src=s&source=web&cd=5&ved=0CEEQFjAE&url=https://www.google.com.co/url?sa=t&rct=j&q=&src=s&source=web&cd=5&ved=0CEEQFjAE&url=http%3A%2F%2Frevistas.urosario.edu.co%2Findex.php%2Fsociojuridicos%2Farticle%2Fdownload%2F177%2F137&ei=p1VNU8-YMYbT0qGN7oDYBg&usg=AFQICNGHv99w9pcRZQwmPsmNcA5AMJ8CRw)

incluso el papel y la función de la Corte Constitucional. Sin embargo, ello constituye una muestra fehaciente e irrefutable de la trascendencia de dichos fallos y de la importancia de los métodos y decisiones adoptadas.

3. SISTEMAS DE JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

Ahora bien, resulta oportuno referirse a los sistemas de jurisdicción constitucional existentes a nivel global, que por pedagogía se pueden categorizar así: americano, austriaco y político. En tal sentido, explica la doctrina (Hernán Alejandro Olano García):

3.1. El Sistema Americano: *El que existe en Estados Unidos y que se remonta a 1803, cuando el juez John Marshall, señaló que el Tribunal Supremo de la Unión, podía anular o dejar sin efectos una ley inconstitucional. Así se sentó el principio, de que el Poder Judicial, y en consecuencia, cualquier juez, podría anular, dejar sin efecto o desaplicar una ley, si es que se consideraba que la norma se enfrentaba con la Constitución. Este sistema, es el que posee la particularidad de llamarse difuso, incidental y de alcance relativo.*

Difuso porque cualquier juez puede conocer de él; incidental, porque el pronunciamiento constitucional se hace a partir de la existencia previa de una cuestión judicial, y de alcance relativo, pues en principio sólo alcanza a las partes.

Este sistema tiene su realización más clásica y conocida en el sistema norteamericano de la judicial review, qué más adelante mencionaremos . Los derechos que aquí se llaman civiles, pueden ser invocados, por vía de acción o de excepción, ante todos los jueces del país, que los protegen frente a cualquier acción del poder, incluso de la ley, que han de inaplicar cuando los desconoce.

3.2. El Sistema Kelseniano, Austriaco o Europeo: *El que se caracteriza por tener órganos especializados, que son llamados tribunales constitucionales, o corte constitucional, o consejo constitucional, todos de muy diversa trayectoria y características. En este modelo, sólo el órgano especializado posee la facultad jurisdiccional, hay acciones directas ante el tribunal sin necesidad de causa o juicio previo (revisiones automáticas), procediendo incluso controles abstractos de constitucionalidad, y por otro lado, los efectos de sus decisiones son generales, es decir, erga omnes, como en el caso de la Corte Constitucional colombiana.*

Este sistema está basado en la ley y concibe a la jurisdicción constitucional como un instrumento que asegura al tiempo la división de poderes constitucionalmente establecida y la depuración del ordenamiento, mediante la invalidación de las leyes contrarias a la Constitución; o mejor aún, impidiendo que las leyes así expedidas lleguen a tener vigencia, aplicabilidad o eficacia.

3.3. El Sistema Político: *Es aquel que confía el control o salvaguardia de la constitución, a un órgano esencialmente político, como es el legislativo. Este no es un modelo realmente efectivo, toda vez que es muy difícil pensar que un órgano de esta naturaleza, es decir, esencialmente político, pueda anular por inconstitucionalidad una ley que él mismo ha tramitado.*

Generalmente, se sabe que, los dos paradigmas que se utilizan para el análisis comparado de los distintos sistemas reales de la jurisdicción constitucional son el americano y el austriaco; el del Judicial Review y el de la Verfassungsgerichtsbarkeit.⁸⁸

⁸⁸RUBIO LLORENTE, Francico. *Tendencias actuales de la Jurisdicción Constitucional en Europa*. En: Estudios sobre la Jurisdicción Constitucional. Editorial McGraw Hill, Madrid, 1998, pág. 159.

El primero, como forma de control difuso, en el que la decisión judicial no anula la ley, no la expulsa del ordenamiento; simplemente la inaplica en el caso concreto. Frente a él, el modelo europeo, kelseniano o austriaco de control constitucional concentra ésta en un tribunal único, que actúa como legislador negativo. La ley no es juzgada en relación con el caso concreto, sino más con motivo de él, y en el caso de ser considerada contraria a la Constitución, es anulada.

Hoy en día, a lo que se ha llegado, es a que tribunales como la Corte Suprema norteamericana, que en razón de la selección de los asuntos que ella misma hace, es un Tribunal Constitucional, aplique y adopte modos y formas propios de la Verfassungsgerichtsbarkeit, como también ha ocurrido en Colombia. También es sabido que los tribunales europeos, empujados por la necesidad, se han visto forzados, a sustituir el pronunciamiento sobre el precepto por el pronunciamiento sobre la norma, para aproximarse a un estilo de judicial review”.

Empero, más allá del dilema de los métodos jurídicos de interpretación, lo que aquí se debe destacar a manera de corolario es lo siguiente:

1. Que en Colombia sí existe desde el punto de vista material y formal una jurisdicción constitucional, no solo porque lo estatuyen la Constitución Política de 1991, sino porque desde el punto de vista de la praxis jurídico-política, dicha jurisdicción opera, cumple funciones, sus fallos impactan en la sociedad, las empresas, las personas y en la comunidad en general, al margen de la discusión socio-jurídica concerniente a los factores reales de poder que imposibilitan o más bien limitan el alcance y los efectos de la jurisprudencia constitucional. Lo cierto es que sí hay una jurisdicción constitucional especializada, igual a como ocurre en los sistemas jurídicos contemporáneos, y que la jurisprudencia de dicho organismo es vinculante y ha transformado el derecho local en su integridad.

2. Que el control constitucional tiene unas características específicas, a saber:
 - a) Se funda en la supremacía de la Constitución Política de 1991, como normas de normas sobre el resto del ordenamiento jurídico.
 - b) la preexistencia de dicho poder constitucional se fundamenta en la necesidad de equilibrar el poder mismo dentro del Estado, en limitar las libertades y derechos en aras de fortalecer y posibilitar la cohesión social y la convivencia pacífica y justa. Igualmente tiene como propósito seminal el control del poder que ostentan las autoridades gubernamentales y funcionarios públicos frente al ciudadano.
 - c) El control de constitucionalidad por antonomasia es ejercido por la Corte Constitucional; sin embargo, dicha función también ha sido concedida u otorgada a todos los jueces de la república y a todos los que administran justicia en el país, dado que es obligación de toda persona acatar la Constitución y la ley, así como velar por la integridad y supremacía de la Constitución.
 - d) El control de constitucionalidad se realiza en Colombia por vía de acción de inconstitucionalidad, la cual está en cabeza de todo ciudadano; igualmente, mediante el denominado control previo de constitucionalidad que se realiza para las leyes estatutarias y los tratados internacionales, y por último, mediante la llamada excepción de inconstitucionalidad, por medio de la cual los jueces de la república y quienes administran justicia (Const. Pol., art. 116) aplican la Constitución a un caso concreto (interpartes) e inaplican la ley por considerarla violatoria o atentatoria de los principios, valores y disposiciones constitucionales. El primero es el control abstracto de constitucionalidad, y el segundo, es el control material de constitucionalidad.
 - e) es un control difuso, por cuanto está en cabeza de la Corte Constitucional para el control de las leyes, y en cabeza del Consejo de Estado para el control constitucional de ciertos actos administrativos. Entre tanto, también está radicado en cabeza de todos los jueces, habida cuenta que éstos pueden ejercerlo mediante la excepción de inconstitucionalidad.

- f) Así mismo, cabe resaltar que el control de constitucionalidad hace parte o se deriva del principio de participación democrática a que se refiere la Constitución Política de 1991 en su artículo 40. Merced a esta disposición, y en armonía con el artículo 95 del mismo texto constitucional, los ciudadanos pueden acudir ante la Corte Constitucional para demandar las leyes, a diferencia del derecho francés, donde previo a la expedición de la ley el tribunal constitucional ejerce el respectivo control. En Colombia la facultad de acusar o demandar por inconstitucionalidad una norma se puede efectuar por vicios de procedimiento o por el contenido material de la norma. Puede ser ejercida por el ciudadano de a pie o por los servidores públicos.
- g) De otra parte, se puede intervenir como ciudadano para defender la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una norma o de una ley.
- h) Las sentencias de la Corte Constitucional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional y contra dichos fallos no se pueden interponer recursos o presentar acciones de nulidad de ninguna clase.
- i) Por último, es conveniente subrayar que el proceso de inconstitucionalidad se rige por el Decreto 2067 de 1991⁸⁹.

3) Si bien es cierto que los fallos de la Corte Constitucional han transformado el derecho local, otro de los problemas jurídicos y constitucionales que se debate en la actualidad tiene que ver con el hecho de que muchos fallos no se pueden aplicar habida cuenta de factores exógenos al poder judicial, ora por carencia de recursos económicos, tecnológicos o por la imposibilidad física para hacerlos cumplir. Ello ha generado una gran controversia en el derecho constitucional contemporáneo, hasta el punto de que hoy se habla de constituciones reales, programáticas-ideales y de la necesidad de hacer modificaciones o reformas constitucionales que estén más acordes con el sistema político, jurídico y económico imperante, dada la disyuntiva entre textos constitucionales muy amplios, ambiciosos e idealistas y realidades jurídicas muy complejas como la de nuestro país y de la región en general. Por consiguiente, se cuestiona con validez

⁸⁹ Cfr. MARCO GERARDO MONROY CABRA, *Ensayos de teoría constitucional y derecho internacional*, Bogotá, Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 2007.

y con suficiente acervo argumentativo doctrinal la posibilidad de reformar constantemente la Constitución. Es decir, el centro del debate no sólo gira en torno al distanciamiento entre teoría constitucional y praxis social, o respecto de la facultad o discrecionalidad que tiene la Corte Constitucional para crear derecho, so pretexto de interpretar el alcance y el sentido de la ley, sino que, además, la problemática gravita en torno del hecho de que en Colombia y en América Latina la Constitución se reforma al antojo de los intereses económicos y políticos de una época determinada y que la Constitución se modifica con facilidad, en perjuicio de la seguridad, la estabilidad y el orden jurídico constitucional y social.

TERCERA PARTE

“Aplicación práctica de la jurisdicción constitucional en materia de competitividad en la resolución de los conflictos de competencia en materia de tutela”

1. Acercamiento a la Acción de Tutela

El artículo 86 de la Norma Fundamental colombiana, expone en sus líneas aquel derecho fundamental encargado de la protección contra la vulneración y/o amenaza de los derechos fundamentales de la colectividad.

El amparo constitucional, así denominado en legislaciones como Alemania y México, este último “*su país de origen, en donde fue establecido desde mediados del siglo XIX bajo la inspiración del habeas corpus*”⁹⁰, constituye una acción judicial subsidiaria, residual y autónoma que permite la protección inmediata de los ciudadanos frente a las acciones u omisiones de las autoridades públicas, y de manera excepcional de los particulares.

Ha sido regulado, además de la Constitución Política, fundamentalmente en normas tales como los Decretos 2591 de 1991 y 1382 de 2000, este último en materia de competencia.

Para el efecto, la Corte Constitucional a partir de la sentencia T-001 de 1992⁹¹, definió de manera clara el concepto que hasta la fecha se entiende por acción de tutela, así:

⁹⁰ HENAO HIDRÓN, Javier. Derecho Procesal Constitucional, Tercera Edición, Temis, Bogotá, 2010, página 6.

⁹¹ M.P., Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

“La acción de tutela es un instrumento jurídico confiado por la Constitución a los jueces, cuya justificación y propósito consisten en brindar a la persona la posibilidad de acudir sin mayores requerimientos de índole formal y en la certeza de que obtendrán oportuna resolución, a la protección directa e inmediata del Estado, a objeto de que, en su caso, consideradas sus circunstancias específicas y a falta de otros medios, se haga justicia frente a situaciones de hecho que representen quebranto o amenaza de sus derechos fundamentales, logrando así que se cumpla uno de los fines esenciales del Estado, consistente en garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución”.

Al respecto, el Consejo de Estado, actuando como juez constitucional, en un reciente pronunciamiento se encargó de ilustrar la definición de acción de tutela en los siguientes términos:

“En múltiples pronunciamientos de esta Corporación, y de la Corte Constitucional, se ha determinado la naturaleza legal y social de la acción de tutela, así denominada en nuestro ordenamiento jurídico, más aún, dentro de una cultura legal llamada a observar los postulados de la constitucionalización del derecho o neoconstitucionalismo⁹² como corriente postpositivista de la filosofía jurídica contemporánea. Dicha relación, y por los fundamentos existenciales de la acción de amparo, hace imperioso determinar que dicha herramienta es, sin duda alguna, uno de los pilares máximos sobre los cuales se estructura el nuevo constitucionalismo colombiano”⁹³.

Ahora bien, la H. Corte Constitucional de Colombia, creada por la Constitución de 1991, se ha convertido en un órgano proteccionista y garantista de avanzada reconocida a nivel internacional, *“prueba de ello la jurisprudencia laboral dentro del constitucionalismo social”⁹⁴* que funda en la acción de tutela un mandato concreto de interpretación y evolución de las garantías constitucionales, expresando un

⁹² “[E]ntendido como el término o concepto que explica un fenómeno relativamente reciente dentro del Estado constitucional contemporáneo”. Fuente: Miguel Carbonell – Leonardo García Jaramillo Editores, “El Canon Neoconstitucional”, Universidad Externado de Colombia, 2010, página 161.

⁹³ Consejo de Estado, sentencia de 10 de julio de 2013, Radicación No: 11001-03-15-000-2013-00815-00, M.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

⁹⁴ DUEÑAS RUÍZ, Oscar José. Lecciones de Teoría Constitucional, Segunda Edición, Editorial Ediciones el Profesional, 2008, página XXVI.

fuerte precedente fundamental bajo la existencia de una amplia gama de derechos *ius constitucionales*, que además de ser protegidos por ella, gozan de especial garantía con tal mecanismo tutelar.

En ese orden de ideas, podemos enmarcar a la acción de tutela como uno de los derechos y garantías con mayor efectividad y dinámica del diario jurídico del país en la actualidad, de donde se desprende el máximo respeto del acceso efectivo a la administración de justicia.

Entre tanto, y en torno al procedimiento preferente y sumario de dicho mecanismo, como ya se anotó, el mismo se encuentra regulado por los Decretos 2591 de 1991, 306 de 1992 y 1382 de 2000, en donde el artículo cuarto del Decreto 306 de 1992, estatuyó que los vacíos o anomías encontrados dentro del procedimiento de tutela, podrán ser atiborrados por las normas conceptuadas dentro del Código de Procedimiento Civil, siempre y cuando no contraríen su propia naturaleza, incluyendo lo relacionado con las causales de nulidad procesal y a los conflictos de competencia. El referido artículo prescribe que *“para la interpretación de las disposiciones sobre trámite de la acción de tutela previstas por el Decreto 2591 de 1991 se aplicarán los principios generales del Código de Procedimiento Civil, en todo aquello en que no sean contrarios a dicho decreto”*.

2. Jurisdicción

Una concepción amplia de Estado, supone la existencia de normas y preceptos que permiten el normal y correcto funcionamiento de la sociedad que en él habita. Para ello, a través de los tiempos, los Estados conforman sus propias constituciones, leyes, decretos, reglamentos, resoluciones, acuerdos, entre otros, que se encargan de regular la dinámica social de los ciudadanos.

En ese orden de ideas, el término “*jurisdicción*”⁹⁵ se constituye como aquel órgano funcional encargado de aplicar las normas y reglamentos mencionados en el párrafo que precede, permitiendo así la aparición de uno de los poderes de los estados democráticos: “*El Poder Judicial*”.

En sentido amplio, la jurisdicción comporta la existencia de funcionarias y funcionarios, denominados jueces o magistrados, encargados de dirimir los conflictos suscitados entre los individuos, quienes acuden a ellos con el propósito de apelar en justicia la efectividad de sus derechos. Al respecto, Duverger explicó que “*en virtud de este poder se dice que los jueces y magistrados pueden crear el derecho al mismo tiempo que lo aplican*”⁹⁶, dentro de aquellos casos que ameritan cierto tipo de interpretación, por la ambigüedad misma de la temática.

Igualmente, según lo enmarcó el profesor Vladimiro Naranjo Mesa en su estudio de Teoría Constitucional e Instituciones Jurídicas, podemos hablar de unidad o multiplicidad de jurisdicciones, es decir, que en algunas legislaciones las diferentes actividades jurisdiccionales se han atribuido a una misma jurisdicción, la cual conoce multiplicidad de conflictos dentro de las áreas del derecho, llámese derecho penal, civil, administrativo, entre otros. Por otro lado, en países como Colombia, existe una jurisdicción para cada especialidad jurídica, en donde podemos encontrar a la Corte Suprema de Justicia como máximo órgano de las ramas civil, penal y laboral; el Consejo de Estado, como corporación de cierre de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y máximo cuerpo consultivo del Gobierno Nacional; la Corte Constitucional, encargada, además de la guarda de la Constitución, de revisar la totalidad de fallos de tutela proferidos por las y los jueces de la República y decidir bajo su libre potestad la selección de aquellos asuntos de trascendencia y relevancia constitucional; finalmente, el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, como máximo órgano

⁹⁵ Del latín *juris*, que traduce al español: “*decir o declarar derecho*”

⁹⁶ DUVERGER, Maurice. *Constitutionals et Documents Politiques*. París. Presses Universitaires de France. 1968. Página 205.

de los procesos en contra de los funcionarios de la Rama Judicial y abogados en ejercicio.

2.1. Jurisdicción constitucional

Descrito el anterior concepto sobre “*jurisdicción*” en sentido amplio, es menester establecer los criterios identificadores de la llamada: “*jurisdicción constitucional*”. Para el efecto, se hace necesario iniciar este aparte con la definición que hiciera Lautaro Ríos Álvarez citada por Ana Giacomette Ferrer en “La Prueba de los Procesos Constitucionales”, así:

“[c]on mucha razón, que la jurisdicción constitucional es la potestad decisoria atribuida por la Constitución a uno o más órganos jurisdiccionales con la precisa misión de resguardar y hacer prevalecer el principio de supremacía de la Constitución en todas o en algunas de sus manifestaciones”⁹⁷.

Bajo ese aspecto, tenemos que la Constitución Política de Colombia de 1991, estableció en el Título VIII, Capítulo IV, artículos 239 a 245, la denominada: “*Jurisdicción Constitucional*”, en donde le confiere al Corte Constitucional la misión de la guarda de la integridad y supremacía de aquella.

Así las cosas, se entiende, desde un sentido bastante profundo, la existencia de una jurisdicción constitucional que se encarga de velar por el idóneo y eficaz proceder de las instituciones del Estado con relación a los particulares, y por qué no, la relación misma entre las y los ciudadanos, quienes sin duda alguna están igualmente sometidos al imperio de la Constitución.

Desde el punto de vista orgánico, la aplicación de la jurisdicción constitucional reviste, a criterio de quien esto escribe, el mayor grado de complejidad entre la definición global de “*jurisdicción*” y la conformación de la misma desde el ámbito

⁹⁷ GIACOMETTE FERRER, Ana. “La prueba en los procesos constitucionales”, Señal Editores, Ediciones Uniandes – Facultad de Derecho, Bogotá, 2007, página 58.

constitucional en nuestro país. Lo anterior, en virtud de las múltiples interpretaciones que sobre el asunto se han suscitado, unas, que propenden por la creación de juezas y jueces encargados de dirimir exclusivamente asuntos de naturaleza eminentemente constitucional, tales como las acciones de tutela, acciones populares y de grupo, acciones de cumplimiento, habeas corpus, entre otros; y por otro lado, quienes optan por la posición de investir a la totalidad de juezas y jueces como parte de la jurisdicción constitucional, entidad brindada con ocasión del conocimiento de las acciones de tutela a la totalidad de los operadores judiciales de la Rama Jurisdiccional.

Ahora bien, gracias a la constitucionalización del derecho, tenemos que no sólo los procesos que derivan su existencia a una norma de carácter constitucional pertenecen precisamente a ella, sino por el contrario, todos y cada uno de los asuntos que conoce la esfera judicial hacen parte del Derecho Constitucional, en tanto resuelven conflictos de ciudadanas y ciudadanos que se encuentran protegidos por el Estado por el simple, pero importantísimo hecho, de salvaguardar la dignidad humana de cada uno de ellos. Bajo ese contexto, señalamos, por ejemplo, que dentro de un proceso ejecutivo de mínima o menor cuantía, en principio es un asunto eminentemente económico, sin embargo, el mismo encuentra su principal teleología en seres humanos, quienes efectivamente acuden a la justicia para que sea ella la encargada de dirimir sus diferencias, independientemente del origen o jurisdicción de la misma.

3. Competencia

Ahora bien, en cuanto al tema de competencia judicial, entendemos que es aquella capacidad, tanto funcional como territorial, que el Estado confiere a determinados funcionarios con el fin de que éstos ejerzan la respectiva jurisdicción. Al respecto, la Corte Constitucional, ha considerado que “[l]a competencia de una autoridad judicial ha sido entendida como la porción, la

cantidad, la medida o el grado de la jurisdicción que corresponde a cada juez o tribunal, mediante la determinación de los asuntos que le corresponde conocer, atendidos determinados factores (materia, cuantía, lugar, etc)”.⁹⁸

Acudiendo a la doctrina, en palabras del profesor Ugo Rocco, la competencia puede definirse como *“[a]quella parte de jurisdicción que corresponde en concreto a cada órgano jurisdiccional singular, según criterios a través de los cuales las normas procesales distribuyen la jurisdicción entre los distintos órganos ordinarios de ella.”*⁹⁹

Tenemos entonces, que la competencia es la facultad que en concreto está atribuida por la Ley a cada uno de las funcionarias y funcionarios judiciales, teniendo en cuenta un cierto tipo de factores, como el territorial, funcional, entre otros, que garantizan que el asunto debatido, será conocido por el juez correspondiente.

De esta manera, encontramos en nuestro ordenamiento procesal, empleadas y empleados judiciales que tienen la capacidad de realizar determinadas actuaciones en un determinado territorio, pues han sido investidos por parte del Estado, por una idoneidad específica que les permite ejercer sus funciones dentro de los límites que la misma Nación demarca. Por lo tanto, si ejercen actos diferentes o por fuera del territorio asignado, estarían entonces obrando por fuera de lugar de su competencia y sus actuaciones carecerían de valor jurídico.

En este sentido, la Corte Constitucional determinó que *“la asignación legal de una competencia a una autoridad judicial supone la determinación acerca del ejercicio de una función pública, en desarrollo del mandato establecido en el artículo 150-23, en virtud del cual corresponde al Congreso de la República expedir las leyes*

⁹⁸ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-040 de 1997, M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell, Ref. Expediente: D-1369.

⁹⁹ ROCCO, Hugo. Tratado de Derecho Procesal Civil, Tomos I Y II, Parte General, Temis, Bogotá, DePalma, Buenos Aires, 1972. Página 41.

que regirán el ejercicio de las funciones públicas’, siendo en este caso la administración de justicia la función pública regulada, la cual de conformidad con lo señalado en el artículo 228 de la Ley Fundamental, constituye materia de ley para su organización y realización, de manera pronta y eficiente”¹⁰⁰.

Ahora bien, para efectos de fijar la competencia, se deben tener en cuenta diversos factores, los cuales han sido definidos así: objetivo, que encuentra su fundamento en la naturaleza del proceso y en la cuantía de la pretensión; subjetivo, que atiende la calidad de la persona que interviene en el proceso; funcional, que se determina en razón del principio de la doble instancia; territorial, relacionado con el espacio en el cual un funcionario judicial ejerce sus funciones, es decir, lugar o territorio para desatar los litigios que en él surjan; y por último, el factor de conexión, es decir, cuando en razón de la acumulación de una pretensión a otra, entre las que existe conexión real, un juez, que en principio no es competente para conocer de ellas, a razón de tal factor, puede llegar a serlo.

Así mismo, por regla general, la competencia se rige por los principios de legalidad, imperatividad, inmodificabilidad e indelegabilidad, respecto de los cuales, el máximo órgano constitucional de Colombia, expresó:

“Legalidad, porque es determinada por la ley; imperatividad, porque no es derogable por la voluntad de las partes ni de las autoridades; inmodificabilidad por cuanto no se puede variar en el curso de un proceso (perpetuatio jurisdictionis); indelegabilidad, ya que no puede ser transferida por quien la detenta; y es norma de orden público puesto que se funda en principios de interés general”¹⁰¹.

En ese orden de ideas, se puede concluir que todos los jueces y juezas poseen jurisdicción, más no competencia.

¹⁰⁰ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-111 de 2000, M.P. Dr. Álvaro Tafur Galvis, Ref. Expediente: D-2465.

¹⁰¹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-1541 de 2000, M.P. Carlos Gaviria Díaz, Ref. Expediente: D-2990

De este modo, se afirma que la competencia no puede ser algo optativo de las partes, por el contrario, debe ser no sólo observado por los usuarios de la administración de justicia, sino por el juez del conocimiento, para que las posteriores decisiones no adolezcan de vicios de nulidad procesal, y por ende un desgaste injustificado del aparato judicial.

Con respecto a la legislación, tenemos el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos el cual señala:

*“[t]oda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil”.*¹⁰²

A su turno, encontramos la Convención Americana sobre Derechos Humanos la cual establece que:

*“toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de carácter civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.”*¹⁰³

Finalmente, la Constitución Política de Colombia, la cual consagra que “[n]adie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio”.¹⁰⁴

¹⁰² Artículo 14°

¹⁰³ Artículo 8°

¹⁰⁴ Artículo 29°

4. Posición Corte Constitucional

Luego de un breve análisis sobre el factor de competencia y los principios que a tal fenómeno rigen, analizaremos el tema concreto de la presente disertación, definiendo cual ha sido el desarrollo del mismo, en torno a la acción de tutela y los conflictos que de suyo se han suscitado.

Así las cosas, tenemos que el Decreto 2591 de 1991, en su artículo 37, consagró un tipo de competencia específico, en donde atribuyó el conocimiento del derecho de amparo, a la totalidad de los jueces integrantes de la Rama Judicial, estableciendo que *“a prevención, los jueces o tribunales con jurisdicción en el lugar donde ocurriere la violación o la amenaza que motivaren la presentación de la solicitud. El que interponga la acción de tutela deberá manifestar, bajo la gravedad del juramento, que no ha presentado otra respecto de los mismos hechos y derechos. Al recibir la solicitud, se le advertirá sobre las consecuencias penales del falso testimonio. De las acciones dirigidas contra la prensa y los demás medios de comunicación serán competentes los jueces de circuito del lugar.”*

Sin embargo, tal decisión del legislativo, no conceptualizó un panorama amplio en cuanto a los conflictos de competencia que entre los jueces mencionados puedan suscitarse, en tanto que al darle competencia a la generalidad de los funcionarios judiciales, (además de permitirle al actor tutelar, interponer la acción constitucional en cualquier tipo de jurisdicción sin importar la causa de fondo del *petitum* fundamental) generaría cierto tipo de conflictos entre aquellos operadores que declararan su incompetencia. Tal situación, parecería haber sido solucionada, toda vez que si la acción de tutela fue interpuesta en la jurisdicción civil, sería ésta la encargada de dirimir el conflicto de competencia que se presente, pero, ¿qué hacer cuando el conflicto surge en jurisdicciones diferentes?, verbigracia, el enfrentamiento entre la jurisdicción civil y su homónima en lo penal.

A partir de tal concepción, y con el fin de resolver el interrogante planteado, es necesario reconocer la importancia de los autos emitidos por la Corte Constitucional de Colombia, con relación a la temática hoy planteada.

Para ello, las siguientes líneas tratarán sobre los referidos Autos, de los cuales se realizará un minucioso estudio de la posición de la Corte Constitucional desde el mismo momento de su creación, hasta la fecha.

Dicho así, iniciaremos mencionando el Auto 014 de 1994, en donde la Corte Constitucional, por primera vez abordó el tema objeto de estudio.

El debate que hiciere la Corte Constitucional en dicha ocasión, inicia en responder a la pregunta: ¿qué debe hacer el juez cuando se declare incompetente para conocer una acción de tutela? Dicha Corporación, adhiriendo su jurisprudencia a lo dispuesto por la Corte Suprema de Justicia, en un auto de marzo de 1994, concluyó que *“si el juez de tutela se considera incompetente, el procedimiento a seguir por su parte es rechazar la demanda y ordenar su devolución al interesado, pues sólo a él le corresponde decidir ante cuál juez presenta su acción. La limitación que existe se refiere a que no puede hacerlo ante la Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado, o ante el Consejo Superior de la Judicatura, por no ser posible tramitar la segunda instancia. Y tampoco presentarla ante la Justicia Penal Militar, por las razones expuestas en el auto de esta Corte, de fecha 1o. de agosto de 1994, Sala Primera de Revisión”*¹⁰⁵. Sin embargo, un año después de tal pronunciamiento, mediante Auto 017 de 1995, la Corte consideró que existen dos sentencias discordantes, que soportan interpretaciones igualmente contradictorias.

En primer lugar, en el año 1994, señaló:

¹⁰⁵ Corte Constitucional de Colombia, Auto 014 de 1994, Referencia: Expediente 37837. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Arango Mejía.

“[l]as jurisprudencias que admiten que los jueces de tutela, cuando no se consideran competentes para conocer a causa del factor territorial, en vez de devolver las demandas, están facultados para enviarlas a los despachos supuestamente competentes. En estos casos, es claro, si los destinatarios discrepan del criterio de los remitentes, necesariamente habrá conflictos de competencia.

En este grupo está la sentencia T-591 del cuatro (4) de diciembre de mil novecientos noventa y dos (1992), proferida por la Sala de Revisión integrada por los magistrados Jaime Sanín Greiffenstein, Ciro Angarita Barón y Eduardo Cifuentes Muñoz.

Este fallo confirmó una sentencia dictada por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, D.C.. Pero lo que realmente interesa destacar, es el hecho de que no obstante que en esta acción de tutela el tribunal avocó el conocimiento por remisión del Juzgado Único Civil del Circuito de Pamplona (Norte de Santander) -que no se consideró competente por el factor territorial, habida cuenta de que el lugar de la violación del derecho alegado era Santafé de Bogotá, lugar donde tenía y tiene su sede la autoridad demandada, a saber, el H. Consejo de Estado-, la Corte Constitucional, aun cuando revisó el negocio centrando su atención en otros temas, prima facie no vio en la conducta del juzgado algo contrario al ordenamiento jurídico. En otras palabras, no devolver la demanda al actor y, más bien, enviar las diligencias al juez competente, no fue considerado, en principio, como un proceder equivocado.”¹⁰⁶

Además del anterior pronunciamiento, trajo a colación la Sentencia T-162 del veintiséis (26) de abril de mil novecientos noventa y tres (1993), dictada por la Sala de Revisión de los magistrados Carlos Gaviria Díaz, José Gregorio Hernández Galindo y Hernando Herrera Vergara.

Posteriormente, cito el auto de la Sala Plena de esa misma Corporación número dieciséis 016 de 1994 que no *“solamente aceptó que los conflictos de competencia sí pueden darse en la jurisdicción constitucional, sino que resolvió uno suscitado entre el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio y el Tribunal Contencioso Administrativo del Meta.”¹⁰⁷*

¹⁰⁶ Corte Constitucional de Colombia, Auto 017 de 1995, Referencia: Expediente 37837. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Arango Mejía

¹⁰⁷ *Ibidem.*

Igualmente, dentro del mismo Auto, anotó:

“la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del H. Consejo Superior de la Judicatura, en providencia del tres (3) de febrero de mil novecientos noventa y cuatro (1994), admitió la posibilidad de los conflictos de competencia en la jurisdicción constitucional. En lo pertinente dijo:

“Entonces, no se remite a dudas que la acción de tutela se tramita dentro de la Jurisdicción Constitucional, que se encuentra a cargo de todos los jueces de la República sin excepción, cuyos fallos son impugnables ante el superior jerárquico. Y de esto se sigue obviamente que si dos jueces discuten la competencia sobre una tutela, lo hacen dentro de la Jurisdicción Constitucional de la cual ambos forman parte, y que tal conflicto será un conflicto de competencia, pero nunca un conflicto de jurisdicción porque, como la Corte Constitucional lo señaló, cuando un juez se halla frente a una acción de tutela, en ese momento no está actuando como Juez de la materia a la cual pertenece “sino como Juez Constitucional.”

En segundo lugar, estableció aquellas sentencias, que sostienen que el juez incompetente debe proceder a la devolución de la demanda.

Para tal efecto, en el mismo Auto estableció:

“[I]a consecuencia obvia de estas jurisprudencias es impedir o, por lo menos, limitar el que las incompetencias territoriales de jurisdicción puedan ser resueltas judicialmente. De ahí la oposición con las anteriores decisiones.”

En esta categoría está la sentencia T-436 del treinta (30) de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro (1994), dictada por la Sala de Revisión conformada por los magistrados Jorge Arango Mejía, Antonio Barrera Carbonell y Eduardo Cifuentes Muñoz. Allí, en la parte pertinente, se lee:

“(…) cuando un juez o tribunal estime que es incompetente para conocer del asunto por el factor territorial, y ante la falta de reglamentación expresa sobre el procedimiento a seguir, lo pertinente es devolver la demanda al actor, indicándole el lugar en donde debe proponer su acción, para que éste elija cualquier juez dentro de dicha jurisdicción territorial.”

Finalmente, concluyó el Alto Tribunal, que *“la regla que afirma que el juez que basado en consideraciones relacionadas con el factor territorial, no cree ser competente para conocer de una determinada acción de tutela, debe proceder al envío inmediato de la actuación al que en su concepto sí tiene competencia, es la más ajustada a derecho.”*

La anterior decisión, fundamentó su existencia en el uso del método analógico, aclarando que el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, *“guardó silencio sobre la conducta que los juzgadores de primera instancia deben seguir cuando la parte actora, por desconocimiento de las reglas de la competencia territorial, demanda donde no corresponde. Ello significa, ni más ni menos, que sobre este particular no hay disposición expresa en la ley.”*

Seguidamente, recordó, luego de citar las normas que regulan la analogía jurídica, que:

“es menester encontrar la disposición respecto de la cual pueda operar tal método. En este caso, a juicio de la Sala, tal norma no es otra distinta del inciso primero del artículo 148 del Código de Procedimiento Civil. ¿Por qué?

Porque allí se ordena que “siempre que el juez declare su incompetencia para conocer de un proceso, ordenará remitirlo al que estime competente dentro de la misma jurisdicción” (negritas por fuera de texto).

Como se ve, puesto que el juez civil que no estima ser competente, no está facultado para devolver el proceso a la parte interesada, sino que, por el contrario, debe remitirlo a quien estime competente, por analogía, el juez de tutela que se halle en similar situación, también tiene que proceder al envío de la actuación al juzgador competente.”

Además de la anterior justificación, la Corte Constitucional soportó su decisión en el desarrollo del derecho fundamental al libre acceso a la administración de justicia, aclarando que la Rama Judicial excepcionalmente puede negarse a conocer los asuntos judiciales propuestos por las y los ciudadanos en virtud del

artículo 37 del Código de Procedimiento Civil, en tanto que es ampliamente conocido que el juez tiene la obligación de fallar los conflictos, incluso, con ausencia de legislación aplicable al caso concreto.

Bajo ese aspecto, la Corte consideró que el hecho de no existir legislación concreta frente al tema preciso de competencias, no pueden los jueces abstenerse del conocimiento de las acciones interpuestas por las y los ciudadanos, razón por la cual, deben éstos fallar tales asuntos.

Para finalizar, en cuanto a la autoridad competente para dirimir los conflictos en materia de tutela, el máximo Tribunal Constitucional, reseñó:

“[e]n términos generales, cuando, con ocasión del trámite de acciones de tutela, cualquier juez o tribunal de la jurisdicción constitucional se vea en la necesidad de decidir sobre un conflicto de competencia originado en consideraciones de orden territorial o material, deberá hacerlo apoyándose en las disposiciones ordinarias vigentes, las cuales son perfectamente aplicables por analogía, con excepción de los conflictos entre tribunales de distrito judicial y tribunales administrativos, casos en los cuales la decisión corresponde a esta Corte Constitucional, pues los superiores de esas autoridades en desacuerdo -el H. Consejo de Estado y la H. Corte Suprema de Justicia- tienen igual jerarquía.”

Seguidamente, por medio de Auto 020 de 1996, luego de la expedición de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (Ley 270 de 1996), la Corte Constitucional, expresó que en concordancia con el artículo 241, numeral 9, de la Constitución Política, es ella competente para revisar las providencias judiciales que se profieran en relación con el ejercicio de la acción de tutela. En ese sentido, manifestó:

“Como se puso de presente en auto del 5 de abril de 1995 (M.P.: Dr. Jorge Arango Mejía), aplicando analógicamente las normas procesales generales sobre resolución de conflictos de competencia, ante la inexistencia de una norma expresa en el Decreto 2591 de 1991, a esta Corte, en su condición de máximo tribunal de la jurisdicción constitucional, le corresponde decidir sobre los conflictos

de competencia originados en órganos pertenecientes a distintas jurisdicciones que, al administrar justicia en el campo de la acción de tutela, hacen parte de aquélla.

*Ello resulta todavía más claro si se tiene en cuenta lo expresado por el artículo 43 de la Ley 270 de 1996 (Estatutaria de la Administración de Justicia), en el sentido de que `también ejercen jurisdicción constitucional, excepcionalmente, para cada caso concreto, los jueces y corporaciones que deban proferir las decisiones de tutela o resolver acciones o recursos previstos para la aplicación de los derechos constitucionales´.*¹⁰⁸

Tal concepción fue reiterada por numerosos Autos proferidos en la misma época, por ejemplo, en Auto 044 de 1998, en donde la Corte Constitucional consideró que la aquella se encarga de resolver conflictos de competencia cuando éstos devienen de jueces que no tienen un superior jerárquico común, toda vez que es dicho superior el encargado de dirimir la colisión planteada, independientemente de si la misma es positiva o negativa.

Igualmente, tal y como *ut supra* fue descrito, cuando intentamos definir el concepto de jurisdicción constitucional, el auto en cita recalcó que todos los jueces de tutela, independientemente de la jurisdicción a la cual pertenezcan, hacen parte -para los fines de la actividad judicial propios de aquélla- de la jurisdicción constitucional.

“Por lo tanto, los conflictos que surjan entre ellos deben ser resueltos dentro de la misma jurisdicción constitucional, lo que hace que en esta materia no resulte aplicable el artículo 256, numeral 6, de la Carta Política, que atribuye al Consejo Superior de la Judicatura - Sala Jurisdiccional Disciplinaria- la función de "dirimir los conflictos de competencia que ocurran entre las distintas jurisdicciones".

Así las cosas, la Corte Suprema de Justicia dirime los conflictos que surjan entre tribunales superiores de Distrito Judicial, pero no puede hacer lo propio cuando la discrepancia sobre competencia se manifiesta entre un tribunal de distrito judicial y uno Contencioso Administrativo. En éste último caso, tampoco el Consejo de Estado

¹⁰⁸ Corte Constitucional, Auto 020 de 1996, Referencia: Expediente ICC-010, Magistrado Ponente, Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

*podría resolver. Y, por tanto, la superioridad funcional común es la Corte Constitucional.*¹⁰⁹

En dicha ocasión, la Corte revisó la colisión de competencias suscitada entre dos juzgados civiles de igual jerarquía, concretamente, juzgados civiles del Circuito, los cuales pertenecían a diferentes distritos judiciales, razón por la cual consideró que es la Corte Suprema, en su Sala de Casación Civil la encargada de dirimir tal conflicto, y por lo tanto, remitió las actuaciones a dicha Corporación.

Ahora bien, con la entrada en vigencia del Decreto 1382 de 2000, el cual dispone las reglas básicas de reparto en materia de acción de tutela, la Corte Constitucional, profirió el Auto 085 de 2000, en donde estableció:

*“Como es suficientemente conocido, para garantizar el imperio de la Constitución Política, además de la acción pública que para el efecto consagra como un derecho político de los ciudadanos en su artículo 40, numeral 6º, la Carta instituye otros mecanismos como sucede con el control automático de constitucionalidad en los casos por ella previstos y, además, expresamente dispone que “en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la Ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”, (artículo 4º), institución esta conocida como la “excepción de inconstitucionalidad”, que ya consagraba en el Derecho Colombiano el artículo 215 de la Constitución anterior.”*¹¹⁰

Posteriormente, en el mismo auto anotado, la Corporación constitucional, consideró, que:

“con absoluta transparencia se observa que el Decreto 1382 de 12 de julio de 2000, publicado en el Diario Oficial No. 44.082 del viernes 14 de julio del mismo año, en su artículo 1º a pretexto de ejercer la potestad reglamentaria que corresponde al Presidente de la República conforme al numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, lo que en realidad hace es introducir modificaciones al

¹⁰⁹ Corte Constitucional de Colombia, Auto 044 de 1998, Referencia: Expediente ICC-024, Magistrado Ponente. Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

¹¹⁰ Corte Constitucional, Auto 085 de 2000, Referencia: Expediente ICC-118, Magistrado Ponente, Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 en materia de competencia para conocer de la acción de tutela. En efecto:

6.1. Mientras el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 establece que para el conocimiento de dicha acción tienen competencia, "a prevención, los jueces o tribunales con jurisdicción en el lugar donde ocurriere la violación o la amenaza que motivaren la presentación de la solicitud", el Decreto 1382 de 12 de julio de 2000 fija unas reglas nuevas de competencia teniendo en cuenta para ello si la acción de tutela se interpone contra cualquier autoridad pública nacional, departamental o municipal, hipótesis en las cuales la acción habrá de ejercerse en unos casos ante los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, Administrativos y Consejos Seccionales de la Judicatura, en otros ante los Jueces del Circuito o con categoría de tales, en algunos otros casos ante los Jueces Municipales y, además, se agrega que cuando la acción se dirija en relación con "la aplicación de un acto administrativo general dictado por una autoridad nacional serán repartidas para su conocimiento al Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, siempre que se ejerzan como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable".

6.2. Adicionalmente, el artículo 1º del citado Decreto 1382 de 2000 establece que si la acción de tutela se ejerce "contra más de una autoridad" el asunto será de conocimiento del "juez de mayor jerarquía", según corresponda al nivel de las autoridades respecto de las cuales se impetra la protección de derechos fundamentales vulnerados o amenazados de vulneración.

6.3. Por otra parte, el numeral 2º del artículo 1º del Decreto 1382 de 2000, dicta nuevas normas que fijan la competencia para los casos en que la acción de tutela se incoe contra funcionarios o corporaciones judiciales.

7. Así las cosas, para la Corte es claro que el Presidente de la República carece de competencia para introducir modificaciones al artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, como las que efectivamente introdujo a esa norma legal mediante el artículo 1º del Decreto 1382 de 2000, pues ello corresponde al Congreso de la República mediante ley, conforme a lo preceptuado en el artículo 150 de la Carta Política.

8. Pero es más. Mientras el artículo 86 de la Carta instituye como un derecho de toda persona ejercitar la "acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar" para impetrar la protección inmediata de los derechos fundamentales vulnerados o amenazados de vulneración, el artículo 1º del Decreto 1382 de 12 de

julio de 2000 limita ese derecho con la asignación de competencia a distintos funcionarios judiciales teniendo en cuenta la categoría de las autoridades públicas contra las cuales pueda dirigirse la petición de amparo, lo que significa que ya no podrá entonces el afectado ejercitar tal acción ante cualquier juez, en cualquier momento y en todo lugar como expresamente lo dispuso el citado artículo 86 de la Constitución.

Siendo ello así, surge de bulto que el artículo 1º del Decreto 1382 de 12 de julio de 2000, fue mucho más allá de la usurpación al Congreso de la República para introducir modificaciones al artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, para reformar, sin atribución alguna el artículo 86 de la Constitución Política, pues esa reforma no se ciñe para nada a ninguno de los procedimientos que para el efecto se establecen en el Título XIII de la Constitución (artículos 374 a 379)”

Finalmente, en el *decisum* del Auto, dispuso, entre otros mandatos, “*Inaplicar, en relación con las acciones de tutela a que se refiere esta providencia el artículo 1º del Decreto 1382 de 12 de julio de 2000, por ser contrario a la Constitución Política conforme a lo expuesto en la parte motiva de este auto.*” Y por lo tanto, dirimió el conflicto planteado.

Posteriormente, la Corte analizó un particular conflicto negativo de competencias entre tres autoridades judiciales, el Juzgado Cuarto de Familia de Armenia, la Sala de Casación Penal y la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, toda vez que no existe un superior jerárquico funcional común entre estas dos últimas autoridades judiciales, la Corte determinó que a ella le corresponde resolver el conflicto planteado. Para ello, concluyó aduciendo:

“Teniendo en cuenta que la acción de tutela de la referencia fue presentada ante el juez del lugar donde ocurrieron los hechos, la Corte declarará que el Juzgado Cuarto de Familia de Armenia, es el competente para darle trámite, de conformidad con lo dispuesto en la norma antes citada”.¹¹¹

Dicho Auto, al igual que en el 087 de 2001, inaplicó por inconstitucional el artículo 1 del Decreto 1382 de 2000, destacando que tal disposición, “*no es aplicable al*

¹¹¹ Corte Constitucional, Auto 088 de 2001, Referencia: Expediente: ICC-247, Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil.

caso presente, en cuanto que el mismo modifica lo dispuesto por los artículos 86 de la Constitución Política y 37 del Decreto 2591 de 1991, restringiendo irrazonablemente el derecho de acceso a la administración de justicia. En realidad -lo ha dicho esta Corporación-, la norma aplicable para efectos de determinar la competencia en sede de tutela es el citado artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, según el cual, '[s]on competentes para conocer de la acción de tutela, a prevención, los jueces o tribunales con jurisdicción en el lugar donde ocurriere la violación o la amenaza que motivaren la presentación de la solicitud'."

Más tarde, mediante Auto 159A de 2003, la Corte Constitucional, a pesar de analizar a un caso en donde existía un superior común de las autoridades judiciales en conflicto, consideró que la resolución de los conflictos de competencia debe atender los principios eficacia de los derechos fundamentales, es decir, la prevalencia de derecho sustancial sobre el procedimental, la sumariedad, celeridad e informalidad del procedimiento de tutela.

Y concluyó, argumentando:

*"[e]n virtud de los principios de eficacia de los derechos fundamentales, de prevalencia del derecho sustancial sobre el procedimental y de celeridad e informalidad del trámite de tutela, la Corte entrará a proteger el derecho al acceso oportuno a la administración de justicia de la ciudadana Hilda María Ordóñez González y se abstendrá de prolongar la definición en punto de competencia para el conocimiento de la acción de tutela, para lo cual entrará a resolver el conflicto de competencia de la referencia."*¹¹²

Tal posición fue reiterada en Auto 023 de 2004, en donde resolvió de manera atenuada, el conflicto de competencia presentado entre el Juzgado 2 Penal del Circuito de Andes –Antioquia- y el Juzgado 11 Penal del Circuito de Medellín, despachos que para el efecto, gozaban de superior jerárquico común. En esa oportunidad la Corte consideró, luego de citar el auto mencionado, que por el

¹¹² Corte Constitucional, Auto 159A de 2003, Referencia: Expediente ICC-711, Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Montealegre Lynett.

transcurso del tiempo desde la fecha en que se interpuso la acción de tutela, hasta la fecha en que la Corporación tiene conocimiento de la colisión de competencia, es ella la encargada de resolver el conflicto planteado.

Más adelante, en Auto 003 de 2006, en relación con un conflicto de competencia entre Juzgado Diecinueve (19) Civil del Circuito de Bogotá y el Juez Veintitrés (23) Penal del Circuito de Bogotá, la Corte Constitucional, consideró:

“Como ha sido ampliamente expresado en diversos fallos, esta Corporación ha acogido tanto la aplicación de la regla general de resolución de conflictos de competencia que se susciten entre diversas instancias judiciales de la misma especialidad, y que en materia de tutela, se ha interpretado como que dichos conflictos deben ser resueltos por su superior jerárquico común funcional - si este existe -; así como también ha establecido que si bien no existe norma que lo disponga de manera expresa, resulta razonable acudir a la aplicación extensiva de lo establecido en el artículo 18 de la Ley 270 de 1996, determinándose que lo dispuesto allí es aplicable para los conflictos de competencia en materia de acciones de tutela. Por lo que la competencia de la Corte en esta materia se da de manera residual, presentándose sólo frente a la imposibilidad de resolución de un conflicto de competencia por medio de las formulas anteriores.

2. Atendiendo entonces a lo dispuesto en el mencionado artículo 18 de la Ley 270 de 1996 y al criterio funcional de la jurisdicción constitucional, en el presente conflicto de competencia se encuentra que el Juzgado Diecinueve (19) Civil del Circuito de Bogotá y el Juzgado Veintitrés (23) Penal del Circuito de Bogotá, no tienen superior jerárquico común funcional. Pues cada uno de los jueces en mención tiene como superior funcional, según el artículo 18 de la ley 270 de 1996, la Sala correspondiente del Tribunal Superior. Además, no existen en el mencionado Tribunal salas mixtas en las que converjan las distintas materias de la jurisdicción ordinaria, ni decisión de la Corte Suprema de Justicia que reconozca competencia funcional en esta materia. Debido a esto, la Corte aplicará el criterio funcional correspondiente a la jurisdicción constitucional, en atención a que los jueces mencionados obran en el presente proceso como jueces de tutela luego su ejercicio se despliega dentro de la jurisdicción constitucional en comento. En dicho orden, es a la Corte Constitucional – como tribunal vértice de la mencionada jurisdicción constitucional - a quien corresponde desatar el presente conflicto de competencia.”

En esta medida, empieza a tornar mayor importancia el mandato superior cuya doctrina expone que es la Corte Constitucional el máximo órgano de la jurisdicción constitucional, de manera que todas las actuaciones y conflictos que devengan de acciones constitucionales, serán tratados por dicha Corporación, incluidos, los conflictos de competencia en materia de acción de tutela, atendiendo el origen constitucional de ésta última.

De igual manera, en Auto 213 de 2007, a partir de un conflicto de competencia entre el Juzgado Cuarenta Penal del Circuito de Bogotá y el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Cartagena (Bolívar), la Corte reiteró lo dispuesto en el Auto 170 de 2003, concluyendo que *“en aplicación de la posición reiterada de la Sala en el sentido de que la Corte no puede ser permisiva con la dilación de los términos ni con la renuencia de las autoridades a asumir de manera definitiva el conocimiento de las solicitudes de tutela,” previene a la señora Juez Cuarenta Penal del Circuito de Bogotá para que se abstenga en el futuro de adoptar decisiones como la que motivó la controversia procesal dentro del trámite constitucional de la referencia.”*¹¹³

Para el año 2009, la Corte profirió el Auto 124 de 2009, mediante el cual se establecieron las respectivas reglas, como consecuencia natural de la multiplicidad de pronunciamientos proferidos por la Corporación, así:

(i) *Un error en la aplicación o interpretación de las reglas de competencia contenidas en el artículo 37 del decreto 2591 de 1991 puede llevar al juez de tutela a declararse incompetente (factor territorial y acciones de tutela que se dirijan contra los medios de comunicación). La autoridad judicial debe, en estos casos, remitir el expediente al juez que considere competente con la mayor celeridad posible.*

(ii) *Una equivocación en la aplicación o interpretación de las reglas de reparto contenidas en el Decreto 1382 de 2000 no autorizan al juez de tutela a declararse incompetente y, mucho*

¹¹³ Corte Constitucional de Colombia, Auto 213 de 2007, Referencia: Expediente ICC-1137, Magistrado Ponente: Dr. Jaime Córdoba Triviño.

menos, a declarar la nulidad de lo actuado por falta de competencia. El juez de tutela debe, en estos casos, tramitar la acción o decidir la impugnación, según el caso.

(iii) Los únicos conflictos de competencia que existen en materia de tutela son aquéllos que se presentan por la aplicación o interpretación del artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 (factor territorial y acciones de tutela que se dirijan contra los medios de comunicación).

Estos serán decididos, en principio, por el superior jerárquico común de las autoridades judiciales involucradas o, en su ausencia, por la Corte Constitucional en su calidad de máximo órgano de la jurisdicción constitucional, de conformidad con las reglas jurisprudenciales que hasta el momento se han venido aplicando en esta materia.

*(iv) Ninguna discusión por la aplicación o interpretación del Decreto 1382 de 2000 genera conflicto de competencia, ni siquiera aparente. Por tanto, en el caso de que dos autoridades judiciales promuevan un conflicto de competencia por este motivo, el expediente será remitido a aquella a quien se repartió en primer lugar con el fin de que la acción de tutela sea decidida inmediatamente, sin que medien consideraciones adicionales relativas a las normas de reparto. Lo anterior no obsta para que esta Corporación o el superior funcional al que sea enviado un supuesto conflicto de competencia, proceda a devolver el asunto, conforme a las reglas de reparto del Decreto 1382 de 2000, en aquellos supuestos en que se presente una distribución caprichosa de la acción de tutela fruto de una manipulación grosera de las reglas de repartos contenidas en el mencionado acto administrativo, como sería el caso de la distribución equivocada de una acción de tutela interpuesta contra una providencia judicial emanada de una de las Altas Cortes.*¹¹⁴

Más adelante, mediante Auto 200 de 2009, en conflicto suscitado entre el Juzgado Treinta y Ocho Administrativo del Circuito de Bogotá y el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Popayán, la Corte Constitucional, además de resolver el conflicto de competencia, consideró:

¹¹⁴ Corte Constitucional de Colombia, Auto 124 de 2009, Referencia: Expediente ICC-1404, Magistrado Ponente: Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

“[n]o obstante y en atención a los principios de celeridad, eficacia, acceso oportuno a la administración de justicia y el respeto por los derechos fundamentales, la Sala Plena puede conocer y resolver directamente los conflictos que se presenten entre autoridades judiciales que posean un superior jerárquico común.

Ahora bien, las normas que determinan la competencia en materia de tutela, son el artículo 86 de la Carta Política y el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991. Por su parte, el Decreto 1382 de 2000 establece las “reglas para el reparto de la acción de tutela” y no las que definen la competencia de los despachos judiciales, pues por su inferioridad jerárquica frente a las anteriores disposiciones, no puede modificarlas. Este último, fue inaplicado en numerosas oportunidades por la eventual incompatibilidad de las disposiciones en él contenidas frente a la Carta Política.”¹¹⁵

Finalmente, mediante Auto 045 de 2010¹¹⁶, la Corte dirimió Conflicto de Competencia entre el Juzgado Primero Penal Municipal con funciones de conocimiento de Palmira y el Juzgado Séptimo Penal Municipal con funciones de conocimiento de Cali, con las mismas consideraciones esbozadas en el Auto inmediatamente anterior.

5. Posición Corte Suprema de Justicia

Es entonces como dentro de un conflicto de competencia suscitado entre el Tribunal Superior de Antioquia y Tribunal Superior de Santa Fé de Bogotá, en sus salas Penales, la H. Corte Suprema de Justicia toma como fundamento el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, el cual dispone *“que son competentes para conocer de las acciones de tutela a prevención, los jueces o tribunales con jurisdicción en el lugar donde ocurrió la violación o amenaza que da lugar a la presentación de la solicitud de amparo, es decir, dicha norma autoriza al actor para que escoja, entre los jueces, a cuál de ellos le formula la petición de protección de sus derechos”.* Por lo tanto el Tribunal competente para decidir es el de Antioquia debido a que

¹¹⁵ Corte Constitucional de Colombia, Auto 200 de 2009, Referencia: Expediente ICC-1431, Magistrado Ponente: Dr. Jorge Iván Palacio Palacio.

¹¹⁶ Corte Constitucional de Colombia, Auto 045 de 2010, Referencia: Expediente ICC-1463, Magistrado Ponente: Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

allí es donde le fueron violados los derechos fundamentales al autor, y no en Santa fe de Bogotá.”¹¹⁷

Observamos con lo anterior, que uno de los factores analizados por parte de la indicada Corporación con relación al conflicto suscitado, se resuelve fácilmente aplicando al artículo 37 del Decreto 2591, otorgando así la competencia al juez en donde ocurrieron los hechos por medio de los cuales se consideraron vulnerados los derechos fundamentales del actor. Para ello, entendemos que la Corte dirimió el conflicto en su calidad de superior jerárquico, tal y como lo prescriben las normas del Código de Procedimiento Civil.

Ahora bien, en esa misma línea de tiempo, la Corte comienza a crear una reglamentación eminentemente pretoriana, en donde por medio de precedentes y aplicación del principio de la analogía, en el año de 1997 manifestó que *“aunque no existe previsión expresa en torno a las diferencias de criterio que puedan surgir entre las autoridades judiciales para conocer de esta extraordinaria acción constitucional, lo cierto es que este tipo de conflictos no pueden ser ajenos al trámite tutelar y en tales eventos -como en todos los restantes de vacío legislativo- ha de acudirse a la regulación que al efecto se haga en el ordenamiento procesal ordinario, por virtud del principio de ‘integración jurídica’.”*

Posteriormente, argumentó que debido a que no se puede obstruir el curso procesal de la tutela por la existencia de una anomia, y con el propósito de imprimir mayor celeridad y eficacia al trámite constitucional, el organismo competente para dirimir el conflicto

“atendiendo el trámite preferente y sumario propio de la acción de tutela, las divergencias que en torno a la competencia para conocer de la misma se originen entre los jueces de la República, deben ser resueltas de plano por el Superior de los funcionarios trabados en el conflicto, dentro del marco de celeridad que debe caracterizar la

¹¹⁷ Corte Suprema de Justicia, T- 877 / 26-04-94 Magistrado Ponente: Dr. Gustavo Gómez Velásquez.

*aplicación de este informal mecanismo para prohijar derechos fundamentales.*¹¹⁸

La Corte Suprema de Justicia, siendo consecuente con lo proferido desde el año 1992 con relación a la definición de competencias según el criterio o factor territorial, es decir, según el lugar de la ocurrencia del hecho vulnerador del derecho fundamental en cuestión, en el año de 1999 afirma y dirime una colisión de competencia, argumentando:

“[u]na de las formas como a las claras se ve la pérdida de la característica de celeridad que tiene la tutela es precisamente cuando del conocimiento de la acción se apartan los jueces propiciando la intervención del Superior en procura de la solución al conflicto casi siempre generado a raíz del factor competencia a prevención asignado “a los jueces o Tribunales en el lugar donde ocurriere la violación o la amenaza que motivara la presentación de la solicitud”. - artículo 37 del Decreto 2591 de 1991-.

“Por tal razón esta Colegiatura teniendo en cuenta que los juzgados en discordia pertenecen a distritos diferentes, por vía de la jurisdicción ordinaria resuelve el asunto.

“Si ello es así significa que independiente al lugar donde deben cumplirse tareas complementarias con miras a la materialización de la obtención del documento, el génesis de la supuesta vulneración del derecho tiene asiento en donde dejó de acatarse el normal desarrollo del trámite previsto”¹¹⁹.

Un año más tarde, la Corte realiza el estudio de un conflicto de competencias, en donde arguyó que tendrán la competencia para decidir sobre la acción de tutela aquellos jueces o tribunales con jurisdicción donde ocurra la violación o amenaza que motiva la solicitud de amparo, para el efecto, expresando, que:

“[v]ale decir, la actitud del Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá no debió ser la de provocar conflicto alguno y remitir el expediente a

¹¹⁸ Corte Suprema de Justicia T- 3318 / 05-02-97, Magistrado ponente: Dr. Fernando E. Arboleda Ripoll.

¹¹⁹ Corte Suprema de Justicia T- 5496 / 12-04-99 Magistrado Ponente: Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego.

la CORTE, sino devolverlo ante quien fue presentada la tutela, por haberse radicado allí la competencia, dada la escogencia que el accionante hizo. Basta saber que ésta manifiesta estar domiciliada en Monquirá (Boyacá), donde labora y recibe su salario, respecto del cual reclama un tratamiento igualitario a los del resto de servidores públicos a quienes sí se les reajustó el mismo.”¹²⁰

Consecuentemente, la sentencia T- 10197/01 acoge al argumento de la anterior decisión, con la particularidad de un salvamento de voto, en el que explica que dicha actuación no se deja al libre albedrío del usuario de la justicia, en tanto que según *“[l]o dispuesto en el artículo 37 lo que regula es otra cosa, esto es, la competencia a prevención pero dentro de los jueces o tribunales existentes ‘en el lugar donde ocurriere la violación o la amenaza que motivaren la presentación de la solicitud’, que son los competentes para conocer de ella, pues por esto es que la norma dispone integralmente, que “[s]on competentes para conocer de la acción de tutela, a prevención, los jueces o tribunales con jurisdicción en el lugar donde ocurriere la violación o la amenaza que motivaren la presentación de la solicitud”, es decir, que entre ellos el accionante puede escoger uno, pero insistimos, nunca que puede elegir cualquiera del país.*

Aquí se está consagrando la competencia territorial y por ende, el juez natural, y éste no puede ser desconocido en un Estado de Derecho por ningún motivo, no hay informalidad que valga para justificar su cambio, pues en el momento en que el juez pueda ser escogido, la seguridad jurídica de los destinatarios de la ley queda absolutamente desprotegida y la legitimidad del estado cuestionada”.

La Corte Suprema de Justicia, en numerosos pronunciamientos proferidos en la época, presentó sus argumentos en la misma corriente expuesta, tal y como puede observarse en la sentencia T- 11366 / 30-05-02 Magistrado Ponente: Álvaro Orlando Pérez Pinzón, en donde se manejan textual y jurídicamente los mismos fundamentos de los anteriores fallos en torno a la solución de conflictos de competencia en materia de tutela.

¹²⁰ Corte Suprema de Justicia T- 4970 / 11-04-00 Magistrado Ponente, Carlos Isaac Nader.

Durante los años 2003 y 2004 la visión jurídica de dicha Corporación se encamina dentro del mismo fenómeno argumentativo ya expuesto, es decir, el factor territorial. Para ello, anotó que:

“[E]l conflicto planteado debe resolverse, como la plantea el Juzgado de Cali, con sustento en el decreto 1382 de 2000, el cual recobró su vigencia el 16 de marzo de 2002. Según el inciso 1º de su artículo 1º conocen “a prevención” de la acción de tutela “los Jueces con jurisdicción donde ocurriere la violación o la amenaza que motivare la presentación de la solicitud o donde se produjeren sus efectos”.

Esto quiere decir que en el presente caso los Juzgados que trabaron la colisión son, en principio, competentes para conocer del asunto. El de Cali, porque es donde tuvo ocurrencia el supuesto acto arbitrario de la entidad demandada; y el de Bogotá, que es donde reside la accionante, porque es el lugar donde se produjeron sus efectos. No obstante, el despacho judicial competente “a prevención” para asumirlo es el de Bogotá, sencillamente porque es la ciudad donde tuvo lugar la presentación de la demanda”¹²¹

Para una mayor claridad al respecto, la Corte consideró:

“conforme lo dispone el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, con la modificación que le introdujo el artículo 1 del Decreto 1382 de 2000, de la solicitud de amparo constitucional conoce:

“El Juez con jurisdicción donde ocurrió la violación o la amenaza que ‘motivare la presentación de la solicitud’. O, El funcionario judicial con jurisdicción donde se produjeren los efectos de la vulneración o puesta en peligro del derecho fundamental.

“3. De esa forma quedó resuelta a nivel normativo una dilatada polémica en la jurisprudencia, ofreciéndole al usuario del servicio público de administración de justicia la opción de optar por un Juez que siendo competente por la naturaleza del asunto - como aquí ocurre - no pudiera excusar su competencia por tener que decidir entre el lugar donde ocurrió la supuesta violación que motiva la presentación de la acción o donde se manifiestan sus efectos sobre sus derechos fundamentales.

¹²¹ Corte Suprema de Justicia, (T- 18508 / 10-11-04) Magistrado Ponente: Dr. Yesid Ramírez Bastidas.

“Con el fin de adoptar la decisión a que haya lugar, señálese que conforme a los parámetros que brindan los artículos 37 del Decreto 2591 de 1991 y 1° del Decreto 1382 de 2000, son competentes para conocer de la acción de tutela, a prevención, los jueces o tribunales con jurisdicción en el lugar donde ocurrió la violación o amenaza para los derechos fundamentales, concepto que como lo ha precisado la Sala Plena de esta Corporación en múltiples ocasiones, no se circunscribe de manera exclusiva a aquél en donde se produjo la acción u omisión que origina la solicitud de amparo, ni tampoco al domicilio de la entidad accionada, sino que se extiende al sitio donde se proyectan sus efectos por cuyo medio se amenazan o vulneran derechos fundamentales.

“En la misma dirección se ha precisado además, que por virtud de la expresa referencia al factor ‘competencia a prevención’, destacado normativamente como criterio rector para definir este aspecto en materia de tutela, es competente para conocer de ella el juez ante quien se formula la demanda, siempre que, claro está, de dicho lugar resulte predicable la ocurrencia del quebranto o la de sus efectos.

“Los anteriores criterios, han sido aclarados por la Corte Constitucional en el siguiente sentido:

“Como se presenta en el asunto de la referencia, puede ocurrir que se verifiquen varias de las alternativas enunciadas y en esa medida tanto el Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de Socorro y el Juzgado Cuarto del Circuito Judicial Administrativo de Bucaramanga, pueden ser competentes en el trámite de la presente acción. En efecto, en el municipio del Socorro se encuentra el inmueble que supuestamente presenta fraudes de energía; pero por otro lado, se observa en el expediente que el accionante alega la vulneración de su debido proceso y ha presentado varios derechos de petición ante la Electrificadora de Santander en Bucaramanga, solicitando se le garantice el derecho a la defensa, mediante la notificación del trámite administrativo.

“4.- En este tipo de casos la Corte Constitucional ha fijado la regla jurisprudencial según la cual el criterio que deben aplicar los jueces o tribunales antes de abstenerse de asumir el conocimiento de una solicitud de amparo constitucional, es la elección que haya efectuado el accionante respecto al lugar donde desea se tramite la acción. Lo anterior, a partir de la interpretación sistemática del artículo 86 Superior y del artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, que garantizan a toda persona reclamar “ante los jueces - a prevención” la protección inmediata de sus derechos constitucionales

fundamentales.” Auto 071 de 2007, expediente ICC 1085, 21 de marzo de 2007.”¹²²

CONCLUSIÓN FINAL

El Neoconstitucionalismo puede ser considerado como un nuevo modelo constitucional que converge de diversas tradiciones y posturas constitucionales preexistentes, pero que aparentemente nunca antes habían interactuado al mismo tiempo, siendo el funcionamiento de sus postulados al unísono lo que determinan la identificación del mismo.

Este aparente nuevo paradigma jurídico aún se encuentra en desarrollo y en debate doctrinario, lo que ha provocado que uno de los puntos álgidos de tal discusión sea precisamente lo relativo a la consideración del mismo como un paradigma jurídico como tal en razón a la necesidad planteada por el mismo de rebasar el positivismo jurídico.

Los Estados anteriores al neoconstitucionalismo han sido diseñados para crear el derecho beneficiando el principio de la democracia, imponiendo como único requisito para la producción del mismo el cumplimiento de la ley (procedimiento formal de creación del derecho), sin embargo, en el contexto neoconstitucional se debilita el Estado de la ley y se establece un Estado basado en principios y el respeto a la Constitución.

De acuerdo a esta nueva corriente jurídica el positivismo jurídico es un paradigma que no puede ser aplicado al mismo tiempo que el neoconstitucionalismo, de hecho se ha declarado una verdadera incompatibilidad entre ambos, lo que implica la necesidad de presentar una nueva teoría jurídica que explique la creación del derecho desde esta nuevo corte Constitucional.

¹²² Corte Suprema de Justicia, T- 33432 / 23-10-07, Magistrado Ponente: Javier Zapata Ortiz.

Parece ser que las consecuencias que derivan de la adopción de un proceso de constitucionalización de un diseño Neoconstitucional, liderará hacia la aplicación de la Ley, como un ente jurídico entero siempre a la luz de la Constitución la cual contendrá un amplio listado de derechos y a la vez diversos valores y principios pétreos, siempre con el objetivo principal del respeto y garantía de los Derechos Fundamentales.

La constitución establece principios y valores, (lo que implica el re pensamiento de la relación entre el derecho y la moral) que son establecidos como garantías que no podrán ser rebasadas en ningún caso por el poder legislativo a la hora de desempeñar su tarea de crear el derecho, puesto que el primará la constitución sobre el principio de legalidad.

La supremacía del texto constitucional es una tesis del neoconstitucionalismo, además de que se deberá realizar una aplicación directa del derecho, lo que significa no solo la aplicación del derecho cumpliendo con los estándares constitucionales, sino de la revisión del ordenamiento jurídico para la detección de antinomias y la corrección de las mismas.

La protección de la Constitución de corte neoconstitucional, queda bajo el encargo del poder judicial, el cual deberá realizar un control sobre el poder legislativo y adicionalmente deberá renovar su rol constitucional ya no solo aplicando a raza tabla el derecho sino aplicándolo a la luz del contenido axiológico de la Constitución a través de la ponderación y colaborando a la construcción del derecho.

Igualmente, y con respecto las consideraciones y pronunciamientos tanto de la Corte Constitucional como de la Corte Suprema de Justicia, se observa que no existe legislación alguna que permita dilucidar un enfoque igualitario que desemboque en la unificación de criterios sobre el organismo competente de

dirimir las colisiones de competencia fruto de la interposición del mecanismo fundamental.

Al efecto, cabe anotar que cada una de las Corporaciones mencionadas, aborda la temática desde su propio enfoque, y solo hasta el año 2007 la Corte Suprema de Justicia decide citar a la Corte Constitucional con el propósito de dirimir un conflicto de competencia. Es entonces como puede evidenciarse que no existe unanimidad en cuanto al órgano competente de dirimir los conflictos de competencia suscitados con ocasión de la acción de tutela.

Uno de los argumentos que permiten resolver el problema jurídico planteado, además del estudio jurisprudencial realizado en la presente disertación, lo constituye la posición del H. Consejo de Estado, en donde argumentó en uno de sus autos, proferido en el año 2001, que:

“[e]n el Estado de derecho la posición jurídica del individuo es diametralmente opuesta a la del funcionario público. El individuo puede hacer todo aquello que no le esté expresamente prohibido por la ley. En cambio, el gobernante, la autoridad, actúa siempre con competencias que en principio son limitadas. Al individuo, al ciudadano lo que no le está expresamente prohibido le está permitido. Al funcionario público lo que no le está expresamente atribuido, le está prohibido. Al particular le basta con saber que su conducta no está prohibida para que pueda realizarla; en cambio, al gobernante no le sirve este mismo argumento. Para que él pueda actuar, necesita mostrar la norma que lo faculte para ello; si no existe esa norma, le está prohibida esa actuación. En el Estado de derecho las competencias de la autoridad son siempre expresas, explícitas no existiendo para ello competencias implícitas, ni por analogía y este principio es válido no sólo para el más humilde de los funcionarios, sino también para la Corte Constitucional. La Corte Constitucional, por muy alta que sea su misión es un órgano aplicador de la Constitución y no un órgano creador de la misma, de manera tal que el vacío sobre la falta de competencia para dirimir conflictos de competencia en materia de tutela no puede llenarlo la propia Corte Constitucional, sino que debe ser establecido por el propio constituyente o en su defecto por el legislador. La competencia para resolver conflictos de competencia, debe ser expresa y no existe norma constitucional ni legal que la atribuya a la

*Corte Constitucional. La falta de norma expresa no puede suplirse con la falacia de que por ser la Corte Constitucional el juez máximo de la jurisdicción constitucional tiene implícitamente esa competencia.*¹²³

Dicho lo anterior, es claro que cada juez que se enfrenta al conocimiento de una acción de tutela, actúa en calidad de juez constitucional, pero, ¿en realidad obedece a una jurisdicción constitucional especializada, verbigracia, laboral, civil, penal, entre otras? ¿La posición de la Corte Constitucional contravía el derecho fundamental al debido proceso y limita excesivamente la seguridad jurídica? Son estos interrogantes los que dilucidan y sitúan en una real tela de juicio el concepto de “jurisdicción constitucional” del que tanto se habla y escribe en Colombia.

El conflicto de competencia es tan sólo uno de los fenómenos que llegarían a desvirtuar la existencia de una jurisdicción constitucional, toda vez que al existir acciones constitucionales, estas son tratadas por los jueces ordinarios. ¿Podría un juez civil conocer la denuncia del delito tipo de lesiones personales?

Así las cosas, acogiendo la tesis planteada por el Consejo de Estado, la respuesta al problema jurídico planteado es negativa, no puede y no debe la Corte Constitucional conocer los conflictos de competencia a la luz de su propia jurisprudencia sin la existencia de norma expresa que así se lo determine, en tanto que tal actuación contraviene el libre acceso a la justicia a prevención, además del importantísimo respeto al debido proceso, en tanto que la misma norma que regula la acción de tutela, remite a la legislación civil aquellas anomias del tal proceso constitucional y no habilitó a la jurisprudencia como órgano legislador de dicha temática.

Finalmente, y como respaldo a la anterior afirmación, tenemos el salvamento de voto del Magistrado de la Corte Constitucional Jaime Araujo Rentería, del Auto 087 de 2001¹²⁴, en donde expresó:

¹²³ Consejo de Estado, Auto 087 de 2001, Magistrado Ponente Dr. Camilo Arciniegas Andrade

¹²⁴ M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinoza.

“Respetuosamente me permito apartarme de la decisión aprobada por la Sala Plena de la Corte respecto de la resolución del conflicto de competencia ICC-266, por cuanto considero que no existe norma legal que autorice a esta corporación para definir conflictos de competencia en materia de tutela. Los argumentos en que me baso para sostener esta tesis son los que se señalan a continuación.”

Bajo es contexto, y con relación a la colisión de competencias entre funcionarios que pertenecen a diferentes jurisdicciones, el artículo 256-6 del Estatuto Superior, señaló que le corresponde al Consejo Superior de la Judicatura, o a los Consejos Seccionales, según el caso y de acuerdo con la ley, “[d]irimir los conflictos de competencia que ocurran entre las distintas jurisdicciones.”

Igualmente, la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, al momento de regular la competencia específica de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, le asignó en el numeral 2 del artículo 112, la siguiente función:

“Dirimir los conflictos de competencia que ocurran entre las distintas jurisdicciones, y entre éstas y las autoridades administrativas a las cuales la ley les haya atribuido funciones jurisdiccionales, salvo los que se prevén el artículo 114, numeral tercero, de esta ley y entre los Consejos Seccionales o entre dos salas de un mismo Consejo Seccional.”

Tal disposición que fue objeto de revisión por la Corte Constitucional en la sentencia C-037 de 1996, la cual fue declarada exequible, es decir, que sus efectos siempre han sufrido consecuencias y lo seguirán haciendo por la existencia de la cosa juzgada constitucional.

BIBLIOGRAFÍA

ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan. Dejemos atrás el positivismo jurídico, Para una Teoría postpositivista del derecho, ED. Palestra y Temis, Lima y Bogotá, 2009.

BLANCO VALADEZ, Roberto, el valor de la constitución, Alianza Universidad, Madrid, 1998, Pág. 38

BOBBIO, Norberto. (1992), El problema del positivismo jurídico, Fontamara, México.

CAMARGO, María Auxiliadora. Decretos - leyes y jurisdicción constitucional: Estudios comparados, Editorial Universidad de Salamanca; España, 2011.

CARBONELL, Miguel, Nuevos tiempos para el constitucionalismo, Neoconstitucionalismo(s), Ed trota, segunda edición, Madrid, 2005.

CARBONELL MIGUEL – LEONARDO GARCÍA JARAMILLO Editores, “El Canon Neoconstitucional”, Universidad Externado de Colombia, 2010.

COMANDUCCI, Paolo. *Formas de (Neo) Constitucionalismo: Un análisis metateórico*, Neoconstitucionalismo(s) , Ed. Trotta, Segunda edición, Madrid, 2005.

DUEÑAS RUÍZ, Oscar José. Lecciones de Teoría Constitucional, Segunda Edición, Editorial Ediciones el Profesional, 2008.

DUVERGER, Maurice. Constitutionals et Documents Politiques. París. Presses Universitaires de France. 1968.

ESTRADA VÉLEZ, Sergio. Filosofía del derecho y neo constitucionalismo, Filosofía del derecho, Sello Editorial, Universidad de Medellín, Medellín, Colombia, 2012 p. 538

DUEÑAS RUÍZ, Oscar José. Lecciones de Teoría Constitucional, Segunda Edición, Editorial Ediciones el Profesional, 2008.

DUVERGER, Maurice. Constitutionals et Documents Politiques. París. Presses Universitaires de France. 1968.

FERRAJOLI, Luigi. La Teoría del derecho en el sistema de los saberes jurídicos, traducido por Isabel de la Iglesia.

FERRAJOLI Luigi, Pasado y Futuro del Estado de Derecho, Neoconstitucionalismo(s), Ed Trotta, Segunda Edición, Madrid, 2005, pág. 15.

FIORAVANTI, Maurizio. Constitución. De la antigüedad a nuestros días, traducción de M. Martínez Neira, Trotta, Madrid, 2001.

GIL RENDON, Raymundo, El neoconstitucionalismo y los derechos fundamentales, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/qdiuris/cont/12/cnt/cnt3.pdf>

GIACOMETTE FERRER, Ana. “La prueba en los procesos constitucionales”, Señal Editores, Ediciones Uniandes – Facultad de Derecho, Bogotá, 2007.

GORRA, Daniel Gustavo, Positivismo jurídico: una opción epistemológica para la interpretación y justificación del Derecho Fundamentos en Humanidades, Universidad Nacional San Luis, Argentina, Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal, 2011, vol. XII, núm. 23, p. 40. HOERSTER, Norberto. .

GUASTINI, Riccardo. Dalle fonti alle norme, Giapichelli, Torino.

GUASTINI, Riccardo, A propósito del neoconstitucionalismo, Gaceta Constitucional, Tomo 67, Doctrina Constitucional, Perú, 2013.

HENAO HIDRÓN, Javier. Derecho Procesal Constitucional, Tercera Edición, Temis, Bogotá, 2010.

HOERSTER, Norberto. En defensa del positivismo jurídico, Gedisa, Barcelona, 1992.

PRIETO SANCHÍS, Luis. El constitucionalismo de principios, ¿Entre el positivismo y el ius naturalismo?, Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial, Ed. Palestra, Lima, 2007.

PULIDO BERNAL, Carlos, El neoconstitucionalismo a debate, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 2006, Primera edición, Colombia.

QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando. La elusión Constitucional – Una Política de evasión del control Constitucional en Colombia, Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, 2006.

Ran Hirschl, The Political Origins of the New Constitutionalism, University of Toronto, Indiana Journal of Global Legal Studies, Volume 11, Issue 1, Article 4, 2004.

ROCCO, Hugo. Tratado de Derecho Procesal Civil, Tomos I Y II, Parte General, Temis, Bogotá, DePalma, Buenos Aires, 1972.

SÁCHICA, Luis Carlos. La Corte Constitucional y su Jurisdicción, Temis, Bogotá, 1993.

SANTIAGO, Alfonso. Neoconstitucionalismo, sesión privada del instituto de política constitucional del 3 de abril de 2008. Disponible en <<http://ancmyp.org.ar/user/files/02neoconstitucionalismo.pdf>>

Miguel Carbonell, ¿Qué es una Constitución?, IIJ-UNAM, Docencia, recuperado de: http://www.miguelcarbonell.com/docencia/que_es_una_Constitucion.shtml

JURISPRUDENCIA APLICADA

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-040 de 1997, M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell, Ref. Expediente: D-1369.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-111 de 2000, M.P. Dr. Álvaro Tafur Galvis, Ref. Expediente: D-2465.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-1541 de 2000, M.P. Carlos Gaviria Díaz, Ref. Expediente: D-2990

Corte Constitucional de Colombia, Auto 014 de 1994, Referencia: Expediente 37837. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Arango Mejía.

Corte Constitucional de Colombia, Auto 017 de 1995, Referencia: Expediente 37837. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Arango Mejía

Corte Constitucional, Auto 020 de 1996, Referencia: Expediente ICC-010, Magistrado Ponente, Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

Corte Constitucional de Colombia, Auto 044 de 1998, Referencia: Expediente ICC-024, Magistrado Ponente. Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

Corte Constitucional, Auto 085 de 2000, Referencia: Expediente ICC-118, Magistrado Ponente, Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

Corte Constitucional, Auto 088 de 2001, Referencia: Expediente: ICC-247, Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional, Auto 159A de 2003, Referencia: Expediente ICC-711, Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Montealegre Lynett.

Corte Constitucional de Colombia, Auto 213 de 2007, Referencia: Expediente ICC-1137, Magistrado Ponente: Dr. Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional de Colombia, Auto 124 de 2009, Referencia: Expediente ICC-1404, Magistrado Ponente: Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

Corte Constitucional de Colombia, Auto 200 de 2009, Referencia: Expediente ICC-1431, Magistrado Ponente: Dr. Jorge Iván Palacio Palacio.

Corte Constitucional de Colombia, Auto 045 de 2010, Referencia: Expediente ICC-1463, Magistrado Ponente: Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Corte Suprema de Justicia, T- 877 / 26-04-94 Magistrado Ponente: Dr. Gustavo Gómez Velásquez.

Corte Suprema de Justicia T- 3318 / 05-02-97, Magistrado ponente: Dr. Fernando E. Arboleda Ripoll.

Corte Suprema de Justicia T- 5496 / 12-04-99 Magistrado Ponente: Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego.

Corte Suprema de Justicia T- 4970 / 11-04-00 Magistrado Ponente, Carlos Isaac Nader.

Corte Suprema de Justicia, (T- 18508 / 10-11-04) Magistrado Ponente: Dr. Yesid Ramírez Bastidas.

Corte Suprema de Justicia, T- 33432 / 23-10-07, Magistrado Ponente: Javier Zapata Ortiz.

Consejo de Estado, Auto 087 de 2001, Magistrado Ponente Dr. Camilo Arciniegas Andrade

Consejo de Estado, sentencia de 10 de julio de 2013, Radicación No: 11001-03-15-000-2013-00815-00, M.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.