

**CENTRO DE INVESTIGACIONES FRANCISCO DE VITORIA
UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
FACULTAD DE DERECHO
MONOGRAFÍA DE GRADO**

Por:

**JOSÉ VICENTE PEREZ POLANIA. CAMILO ANDRÉS CHAMORRO CAICEDO.
JOSÉ LEONARDO HERRERA ARCILA.**

**DIRECTOR DE MONOGRAFÍA
JORGE CARVAJAL.**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
FACULTAD DE DERECHO
BOGOTÁ D.C.,
2005**

**USO ALTERNATIVO DEL DERECHO.
EL IMPACTO DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL
EN LA CREACIÓN Y DESARROLLO DEL DERECHO**

Por:

**JOSÉ VICENTE PEREZ POLANIA. CAMILO ANDRÉS CHAMORRO CAICEDO.
JOSÉ LEONARDO HERRERA ARCILA.**

**DIRECTOR DE MONOGRAFÍA
JORGE CARVAJAL.**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
CENTRO DE INVESTIGACIONES FRANCISCO DE VITORIA
UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
FACULTAD DE DERECHO
BOGOTÁ D.C.,
2005**

**USO ALTERNATIVO DEL DERECHO.
EL IMPACTO DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL
EN LA CREACIÓN Y DESARROLLO DEL DERECHO**

**INDICE SISTEMÁTICO
I. PARTE METODOLOGICA**

CAPITULO 1. - INTRODUCCIÓN.	Pág. 4
CAPÍTULO 2. - MARCO TEÓRICO.	Pág. 6
CAPÍTULO 3. - CUESTIONES METODOLOGICAS	Pág. 9
- ENFOQUE METODOLÓGICO	Pág. 10
CAPITULO 4. - PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA CONCRETO.	Pág. 14

II. PARTE SISTEMÁTICA

CAPÍTULO 1. – MÉTODOS DE DESARROLLO JUDICIAL DEL DERECHO.	
1. EL DESARROLLO JUDICIAL DEL DERECHO COMO CONTINUACIÓN DE LA INTERPRETACIÓN.	Pág. 19
1.1 CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD - Debates sobre interpretación legal	Pág. 19
1.2 CONTROL DEL CONSTITUCIONALIDAD - La competencia de la Corte para enjuiciar interpretaciones judiciales.	Pág. 23
2. LA IMPORTANCIA DE LOS PRECEDENTES PARA LA FORMACIÓN DEL DERECHO JUDICIAL.	
2.1 DINAMICAS DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL.	Pág.35

CAPÍTULO 2. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA. CARACTERIZACIÓN GENERAL DE LA JURISPRUDENCIA. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

	Pág. 38
1. PRESUNCION DE CONSTITUCIONALIDAD Y EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD.	Pág. 38
2. El problema del control.	Pág. 42
3. Control Formal, Material o Mixto.	Pág. 45
4. La Función de la Corte Constitucional.	Pág. 54
5. La Interpretación Constitucional.	Pág. 61
5.1 Primera Posición	Pág. 62
5.2 Segunda Posición	Pág. 64
6. La Ley Excepcional como Ley Común.	Pág. 68
7. La Capacidad del Juez constitucional para Observar la Realidad Social.	Pág. 70

CAPÍTULO 3. CONCLUSIÓN. USO ALTERNATIVO DEL DERECHO EN COLOMBIA. EL PAPEL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

	Pág. 73
1. CONSTITUCIÓN POLÍTICA – SUPREMACÍA	Pág. 73
2. LA JURISDICCION CONSTITUCIONAL – OBJETIVOS Y FUNCIONAMIENTO	Pág. 77
3. ES LEGITIMO Y POSIBLE EL USO ALTERNATIVO DEL DERECHO	Pág. 85
III. BIBLIOGRAFÍA.	Pág. 87

**USO ALTERNATIVO DEL DERECHO.
EL IMPACTO DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL
EN LA CREACIÓN Y DESARROLLO DEL DERECHO**

I. PARTE METODOLOGICA

CAPITULO PRIMERO

INTRODUCCIÓN.

En el presente siglo asistimos al acaecer de diversos movimientos en el seno del derecho, en el seno de la Corte Constitucional®, algunos de signo formalista y otros antiformalista, que tratan de establecer nuevos paradigmas comprensivos y explicativos del fenómeno jurídico, especialmente en lo que se refiere a la interpretación y la aplicación del derecho¹. La conflictividad se manifiesta ya en la propia palabra “interpretación”, que es en sí misma equívoca. Como ha señalado Díez-Picazo,

La locución latina inter-pres procede del griego meta fraxtes e indica al que se coloca entre dos que hablan para hacer conocer a cada uno de ellos lo que el otro ha dicho o está diciendo. En este amplio sentido, la palabra se utiliza todavía hoy entre nosotros para designar al traductor que se sitúa entre dos personas que hablan

® Hacemos referencia al seno de la Corte Constitucional, por que fue allí en donde forjamos criterios para la elaboración de esta monografía, teniendo la posibilidad de hacer uso del debate con sus integrantes, ante todo agradecemos por la oportunidad de formación intelectual a la Corte Constitucional, porque fue en el tiempo en que nosotros los autores de este escrito practicamos como auxiliares judiciales en el Despacho del Dr JAIME ARAUJO RENTERÍA y Dr EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT, donde surge nuestro real y actual pensamiento respecto de lo que a continuación queremos exponer, por que así el lector tendrá información jurídica de una experiencia no solo investigativa sino práctica alrededor y con ayuda de quienes actualmente ejercen el derecho e integran la jurisdicción constitucional, gracias a quienes participaron en su elaboración y en su contradicción.

¹ Una opinión análoga es la de Prieto Sanchís, que sostiene que “Los problemas relativos a la interpretación y aplicación del derecho constituyen seguramente uno de los objetos centrales y más sugestivos del actual pensamiento jurídico, y ello no sólo porque el descrédito de la jurisprudencia mecánica y la crisis de la concepción logicista los convierta en banco de pruebas para la misma definición del concepto de derecho, sino quizá también porque permiten mostrar con singular relieve todo un conjunto de interferencias entre dos de los principales capítulos de la filosofía jurídica, como son la teoría del derecho y la crítica a la dogmática”; Ideología e interpretación jurídica, Madrid, Tecnos, 1987, p.12.

lenguajes o idiomas distintos. En un sentido más amplio recibe también el nombre de interpretación la ejecución de una obra literaria o artística.²

Concluye observando que “La interpretación es sobre todo una atribución de sentido o de significado. Opera sobre la realidad, sobre los fenómenos, sobre los sucesos, sobre las sensaciones y sobre una comunicación significativa ya producida”.

En el medio jurídico el término interpretación también tiene varios significados o sentidos. Alude tanto al acto de conocimiento como al de la aplicación de una cierta información normativa. Por otro lado, es posible distinguir dos posibles sentidos de la interpretación jurídica: amplio o estricto. En el primero de ellos, el acto interpretativo “...consiste en asignar significado a expresiones del lenguaje jurídico”³. Ya en el segundo, su función es “...determinar el sentido de una expresión jurídica dudosa”. Pero, tanto en un sentido como en el otro, el acto interpretativo comprende una serie de actividades que no siempre tienen el mismo significado: sea por los aspectos inherentes al propio acto de interpretar, sea por el punto de vista teórico que se adopte.

Y es justamente de esas variantes u opciones teórico-metodológicas relativas al acto interpretativo de donde surge la diversidad de respuestas (u opciones) ofrecidas por las teorías jurídicas y/o doctrinas de la interpretación. Intentaremos, aquí, describir algunas de ellas, centrándonos en la interpretación normativa vía judicial, la cual también supone la dimensión aplicativa del derecho. Prescindiendo de aspectos secundarios, las doctrinas o teorías de la interpretación pueden ser agrupadas en dos grandes tendencias. 1. Las formalistas o racionalistas en las cuales predomina el análisis interno de la norma, donde lo decisivo es el descubrimiento del significado inherente a la regla legal interpretada, y considera la actividad interpretativa como la reconstrucción de este significado; 2. Las realistas o antiformalistas en las cuales predomina una perspectiva en cierto modo exterior a la norma: aquélla de los intereses, los fines y los valores, que se toma en consideración o se pone de manifiesto por el intérprete y el aplicador del derecho en relación con cada caso

² Díez-Picazo, L: Experiencias jurídicas y teoría del derecho, Barcelona, Ariel, 1973, pp.225-226.

³ Asís Roig, R: Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento, Madrid, Marcial Pons, 1995, p.179.

concreto, y considera la interpretación como una actividad creadora similar o análoga a la del legislador.

La presente investigación tiene la pretensión de analizar un movimiento que puede ser enmarcado en el contexto antiformalista, el llamado “**Uso Alternativo del Derecho**”.

CAPITULO SEGUNDO

MARCO TEÓRICO

Para nosotros es y sigue siendo novedoso un cuestionamiento del derecho a partir de su propia dogmática.

En el entorno latinoamericano, es fácil que el cuestionamiento de la normatividad imperante, produzca la especulación y que lo pretendido (generar un nuevo contenido de la sociedad y del Estado), se desvanezca en programa de partido. Para adelantar este discurso que trasciende lo tradicional, buscamos inicialmente su centralización al trabajo teórico desde las circunstancias simples; en la medida en que se avance su elaboración surgirán muchas propuestas para su praxis. Ya lo advertimos, no queremos la esterilidad práctica de no ofrecer ninguna alternativa a la realidad presente, porque la elaboración de la innovación jurídica en ciernes no lo permite, pero evitar que su horizonte de proyección se extienda cada vez más en perjuicio de su claridad y fecundidad.

Hasta el momento, la propuesta que hemos diseñado tiene aplicación en cualquier sentido de la profesión. En los apartes que siguen quisiéramos hacer una propuesta concreta destinada a orientar estudiantes que se propongan intervenir activamente desde su profesión en la transformación social democrática.

En general entenderemos por dicha opción el interés por desarrollar un uso alternativo del derecho en cualquiera de sus acepciones.

Afirmamos que está claro que no es posible plantearse el problema del uso alternativo del derecho, entendido en el único sentido posible de esta fórmula, como una práctica jurídica en contradicción con el designio de desarrollo social expresado (también jurídicamente) por la clase dominante, sin plantearse igualmente el problema de una cultura jurídica alternativa, en el sentido de un análisis del sistema y de una elaboración de técnicas y categorías conceptuales divergentes de las que emplean los modelos culturales dominantes.

Como se puede ver proponemos dos ámbitos que captan nuestra atención; uno, la práctica jurídica, el derecho vivo; y otro, una cultura jurídica alternativa. Con esto se da respuesta a quienes han pensado que el uso alternativo del derecho fue inicialmente un movimiento estrictamente pragmático.

Y es así que sostenemos que cuando se habla de cultura alternativa o, al menos, cuando se maneja esta fórmula, no se pretende aludir a una dogmática alternativa que busca llegar más allá: porque existe una diferencia entre las diversas formas de elaboración teórica, entre los distintos tipos de abstracción: hay una generalizante y una determinada; hay varios tipos de cálculo lógico: existe la lógica formal, la aristotélica y la dialéctica. En este caso, ya no debe ser la práctica el único objeto de la atención; también en la teoría se debe plantear el uso alternativo del derecho ya que no es posible ninguna comprensión de los procesos reales sin teorizaciones y categorías.

La explicación adecuada de los vínculos que originan y permiten el funcionamiento de las instituciones jurídicas en las estructuras sociales a través de la formulación de hipótesis y categorías, es el llamado a la elaboración de una cultura jurídica alternativa.

Si cuestionamos el hecho de que al hablar de una cultura alternativa se puede confundir con una dogmática alternativa ya, de suyo, nos invita al cuestionamiento del espacio más querido del positivismo. No es en la cultura dogmática en donde encontraremos las herramientas teóricas para la cultura alternativa propuesta. Sin embargo, tampoco propone salirnos a espacios fuera del derecho, no nos invita a lanzarnos a los brazos de la metajurídica; no obstante, esa alternativa está por construirse en la medida en la que desde

esta perspectiva, se afirma con toda claridad que no hay todavía una cultura jurídica alternativa. El debate de los juristas ha sido y sigue siendo en lo sustancial un debate interno al razonamiento jurídico, realizado siempre tomando como punto de vista el sistema normativo.

No se puede ignorar que con el uso evolutivo del derecho se buscan determinados intereses sociales que se expresan en prácticas concretas. Ni tampoco, incluso cuando se avanza en la perspectiva del llamado uso evolutivo del derecho, dejar de considerar que las técnicas de protección y las categorías generales elaboradas por la ciencia jurídica están vinculadas funcionalmente a la defensa de intereses de hecho ya realizados.

Siguiendo nuestro planteamiento, es de suma importancia que el derecho sea identificado en el ámbito de su propia dimensionalidad; **los ciudadanos**. Cualquier intención de innovar debe dirigirse en esta línea. No se trata de idear nuevas funciones para instituciones viejas, de poner al día la línea de argumentación de los juristas con la introducción de valoraciones genéricas. Hay que preguntarse más bien si es posible y mediante qué instrumentos, legitimar la acción modificadora de las relaciones sociales actuales, si es posible devolver a los sujetos reales la dignidad de protagonistas sin intermediarios del acontecimiento histórico en que están implicados. Se pretende decir que el razonamiento se amplía, que los interlocutores ya no son únicamente los juristas y los jueces, sino también los ciudadanos, los trabajadores, los oprimidos, que uno de los objetivos a realizar es el de promover nuevas prácticas colectivas. Y ciertamente, la cuestión no consiste en ver si el interés por la participación, por la gestión del poder, por la liberación de las potencialidades creadoras existentes en cada uno de los hombres son intereses tutelados, si se pueden hacer valer a través de las técnicas de protección que conocemos.

Se busca entonces, realizar una práctica emancipatoria que no se encuentra libre de obstáculos. El problema consiste en ver si es posible legitimar la acción de las fuerzas políticas y sociales encaminadas a realizar de hecho los intereses excluidos; si puede reconocerse la competencia directa de los sujetos colectivos para la autorrealización de sus propios intereses; si la práctica emancipatoria puede ser tomada como fuente de creación de

situaciones jurídicas relevantes; si existe una reserva de licitud para todo comportamiento colectivo encaminado a eliminar los obstáculos de la participación colectiva. Bajo esta óptica, el uso alternativo del derecho va a resolverse en procesos de reapropiación social de la función normativa que, claro está, modifica los equilibrios entre las fuerzas sociales y políticas.

CAPITULO TERCERO

CUESTIONES METODOLÓGICAS.

En buena medida, las posibilidades de juzgar se basan en el hecho de que el derecho no se aplica automáticamente en las Cortes colombianas, sino que es interpretado. Este hecho configuraría el eje de estudio.

Existen escuelas que abordan la manera de hacer esta interpretación: ejemplos son la determinación de la ley aplicable, la búsqueda de fuentes subsidiarias como la costumbre, el recuperar el espíritu de la norma o del legislador, acudir a las necesidades sistémicas o espíritu normativo. Desde el cuerpo del derecho, la insistencia es que la adecuación que se hace en la hermenéutica debe ser antes que nada acorde con las exigencias mismas del sistema y no orientada por motivos extra-jurídicos; se trataría por tanto de una opción necesaria y revisable según criterios objetivos.

Sus críticos no lo creen así. Sostienen que tras toda decisión está un juicio de valores. Y este juicio remite siempre a posiciones políticas, formas de ver la vida o necesidades de asumir status o pertenencia a una clase determinada a la que se quiere ascender. Así las cosas, la función de juzgamiento no es neutra: implica la perpetuación de una forma de asumir el mundo y mantiene el statu quo. El juicio y su sentencia son una instancia política antes que jurídica.

Si ello es cierto, es posible una visión diferente: asumir un estudio por campos de aplicación jurídica que sirva de base a fallos en beneficio de los sectores populares. Asumir real y comprensivamente los efectos de lo político en los juzgamientos. A partir de esta

tensión, se entraría a revisar el proceso y las instancias de juzgamiento en todos los órdenes, con miras a generar una visión y práctica alternativas en la relación entre funcionalidad del aparato de justicia y lucha social.

Estas observaciones preliminares sirven para centrarnos en los fundamentos y/o presupuestos utilizados para reivindicar y justificar el movimiento del uso alternativo del derecho. Así, por un lado, los presupuestos antiformalistas son los que componen la base crítico-constructiva de una nueva concepción teórica del fenómeno jurídico y de su hermenéutica; y, por otro, están los presupuestos neomarxistas que tratan de ubicar el antiformalismo teórico con una praxis revolucionaria y/o transformadora de las realidades jurídica, social y política. Todo ello repercute en la construcción de nuevas categorías y propuestas instrumentales y operativas, tanto para la crítica y la desmitificación de la matriz científica que anima la cultura jurídica tradicional, como para la edificación de un nuevo referente epistemológico y de una nueva concepción filosófico-cultural.

Descubrir cómo se estructura, se instrumentaliza y se hace efectiva esa construcción es, precisamente, el objetivo básico de esta investigación y el motivo justificador de la misma. Igualmente es oportuno señalar que la elección de esta temática obedece a dos razones específicas: la primera es la escasa atención académico-teórica al tema, especialmente en los contextos geográficos que lo gestaron y/o alimentaron (Italia y España); la segunda es el efervescente interés que el tema viene adquiriendo en el contexto latinoamericano. También una concausa derivada de las anteriores es que dicho movimiento se presta a difusas y confusas interpretaciones, tanto en un contexto como en el otro.

ENFOQUE METODOLÓGICO

Los presupuestos y problemas de interpretación que hemos examinado están en relación con las normas jurídicas sancionadas a través de oraciones lingüísticas por órganos legislativos. Como hemos dicho anteriormente, no todas las normas jurídicamente relevantes tienen aquel origen, sino que muchas se originan en costumbres sociales y en la

actividad judicial. También respecto de estas normas se plantean graves problemas de interpretación.

Es conveniente decir algo a propósito de la interpretación del derecho jurisprudencial. Las normas de origen judicial, no sólo constituyen el núcleo más importante de algunos sistemas jurídicos –el llamado *common law* vigente sobre todo en Inglaterra y los Estados Unidos-, sino que, hasta en los sistemas de tipo continental, tienen una vigencia no desdeñable para la solución de los casos. Podría decirse que la distinción entre los sistemas del *common law* y los de tipo continental se limita a una cuestión de grado respecto de la extensión de las áreas cubiertas por la legislación o por las normas jurisprudenciales y a la mayor o menor fuerza obligatoria que se asigne a cada una de esas especies de normas (fuerza obligatoria que en el caso de los precedentes se denomina *stare decisis*).

Incluso en las materias que en nuestro sistema están cubiertas por la legislación se va dando lugar a reglas jurisprudenciales que sirven para especificar una interpretación de los textos legales.

La determinación de las normas jurisprudenciales relevantes para solucionar un caso será nuestra manera de efectuar un razonamiento mediante ejemplos, efectuando una comparación entre casos, uno de los cuales ha sido clasificado ya bajo cierto concepto.

El primero consistirá en descubrir semejanzas entre el caso que se debe resolver y otros casos ya resueltos. En segundo lugar, se hace explícita la regla a que obedeció la solución de los casos anteriores. En la última fase se aplica aquella regla al caso planteado.

El primer tramo del razonamiento ofrece grandes dificultades. ¿Qué casos anteriores deben tomarse en cuenta para obtener una regla aplicable al que se debe resolver?, El principal criterio para la selección de precedentes es la analogía que deben guardar los casos fallados con el que se pretende solucionar. Pero no hay reglas para establecer qué semejanzas entre los casos son relevantes y qué diferencias son irrelevantes.

Una detallada descripción de los casos anteriores y del presente mostrará seguramente muchas diferencias. Sólo a medida que se avanza a un alto nivel de abstracción en la descripción de los casos, omitiendo muchas circunstancias, se pueden obtener descripciones equivalentes. No hay pautas para determinar hasta que grado de generalidad está permitido llegar en la descripción de los casos con el fin de mostrar sus rasgos análogos.

También se tomará en cuenta para la selección de los precedentes la jerarquía y antigüedad del tribunal del cual emanan. Un tribunal se considera fuertemente obligado por sus propias decisiones anteriores y por las de los jueces superiores. Respecto de la antigüedad, a medida que los precedentes se alejan en el tiempo, van perdiendo fuerza vinculante, aunque no siempre lo reconocen así explícitamente los jueces del *common law*.

En cuanto al segundo paso del razonamiento mediante ejemplos –la obtención de la regla a que se ajustaron los precedentes-, también presenta dificultades.

En el *common law* se entiende que los jueces no están obligados por las afirmaciones explícitas hechas por los otros jueces, ni siquiera por las que ellos mismos pudieron haber hecho acerca de la regla aplicable para la solución del caso, que se consideran simples *obiter dicta*, es decir afirmaciones que no son necesarias para fundamentar el fallo. Lo que los obliga es la *ratio decidendi* de los fallos anteriores, es decir el principio general que explica las decisiones adoptadas. O sea que lo que los jueces, una vez que han seleccionado los precedentes, están obligados a realizar (a la luz de su propio punto de vista y no constreñidos a aceptar el de sus colegas que anteriormente hubieran fallado) es a formular una regla que sirva para explicar las decisiones que se hayan adoptado en los casos anteriores. Deben sentar un criterio razonable del cual se infieran las soluciones de los precedentes, aunque ese criterio no sea el mismo que enunciaron los jueces que dieron aquellas soluciones.

Es evidente que en este tramo del razonamiento también el juez goza de una considerable libertad. Las mismas decisiones pueden ser explicadas según reglas que pueden tener mayor o menor amplitud y diferentes excepciones y condiciones.

En el tercer tramo del razonamiento, la regla obtenida se aplica al caso que se debe juzgar. Tiene que decidirse si ese caso entra o no en el ámbito de aplicación de la regla, si constituye una de las excepciones que ella prevé, o si cae más bien dentro del marco de otra regla obtenida a través de una línea jurisprudencial distinta estará determinada por la descripción que se haya dado del caso que se debe solucionar.

Una vez fallado el caso, los jueces, que tendrán que decidir en procesos futuros, contarán con un nuevo precedente que, determinada su analogía con el que tengan a examen, deberán incorporar al conjunto de decisiones que están obligados a explicar mediante alguna regla jurídica.

Se advierte, por lo tanto, que las normas jurisprudenciales tendrán que ir variando con los nuevos casos que deben ser resueltos. Cada nueva ocasión que se presenta para aplicar la regla da lugar a un enriquecimiento de ella mediante nuevas precisiones, condiciones y excepciones a fin de hacer compatible la norma con la solución que se adopte para el caso planteado.

En el sistema continental europeo el razonamiento respecto de los precedentes es menos cuidadoso y complejo, puesto que la regla *stare decisis* se aplica casi exclusivamente a lo resuelto por el mismo tribunal en otros casos o por tribunales superiores, y aun así mismo se procede con notorias franquicias. Los jueces no se sienten tan obligados a formular una regla que explique las decisiones de los otros jueces junto con la propia, si su decisión puede fundarse con una razonable interpretación de los textos legales.

CAPITULO CUARTO

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA CONCRETO.

Problemas de la interpretación de la ley.

Si en la ley escrita, no se encuentra una solución aplicable a un caso controvertido, ¿qué actitud ha de asumir el juez?. – Si al aplicar una ley la solución obtenida contraría manifiestamente el sentido del derecho en general, ¿qué actitud asumirá el intérprete?

Ambos problemas se **engloban** hoy dentro de la denominación de uso alternativo del derecho, y constituyen el complemento necesario del dinamismo del derecho positivo sobre el problema de la *interpretación*. Pero si aceptamos el término *interpretación* en un sentido lato, como algunos lo hacen, todo se reduciría a decir que existen tres clases de problemas: - cómo se interpretan las leyes escritas; - qué hacer cuando la ley no da solución a un caso de la vida real; - qué hacer cuando la solución legal contraría el derecho.

I. Lagunas en la Ley positiva y denegación de Justicia. Partimos de dos supuestos: Existen lagunas o vacíos en los códigos y se encuentra prohibido que los jueces se abstengan de decidir los casos que se someten a su consideración.

Nuestra legislación actual reconoce los dos supuestos enunciados. En primer término, el artículo 8 de la ley 153 de 1887 prevé la falta de la ley aplicable a un caso controvertido y ordena aplicar la analogía y las reglas generales del derecho; igualmente el artículo 13 de la misma ley ordena aplicar la costumbre a falta de ley. En segundo término, el artículo 48 de la ley 153 de 1887 prohíbe a los jueces abstenerse de fallar so pretexto del silencio o insuficiencia de la ley, so pena de incurrir en el delito de denegación de justicia.

La constitución de 1991 dio lugar a una profunda reflexión en torno a la interpretación del derecho, el alcance de las sentencias del juez y el contenido social que subyace tras el sistema de normas. La acción de tutela, la prevalencia del derecho sustancial sobre las formas, la sujeción de los jueces únicamente a la ley, la supremacía de la constitución y la obligación política, jurídica, social de obedecerla y el poder en sus tres aspectos del juez constitucional han sido, entre otros de sus preceptos, el origen de controversias y planteamientos de indudable interés, tanto en el seno de la Corte Constitucional como en la doctrina y en las cátedras universitarias.

Suele decirse, con acierto, que la Constitución no se limita ya al conjunto de normas que conforma la Carta Política; que el proceso constituyente no ha culminado ni se agotó con la Constitución, sino que halla en ella su punto de partida. No solo porque en numerosas ocasiones asigna a la ley la función de desarrollar en detalle sus preceptos, sino también

porque compromete a los diversos órganos del poder público con labores que dan un amplio margen de libertad de acción en procura de que los objetivos del constituyente tengan su expresión en la realidad. –Tanto de la jurisprudencia de la Corte Constitucional como los escritos, en general, de los jueces, doctrinantes y operadores del derecho que participen de la nueva marea acuden, con vivo interés, a viejos planteamientos en torno al derecho que reviven un medio de un debate que enaltece a los juristas -.

Esa nueva visión de lo que representan los jueces en el seno del Estado y la función que cumplen al interpretar las normas y los hechos, han sido destacadas por nuestra Corte Constitucional en términos que invitan a otra reflexión sobre el significado real que tiene el fortalecimiento de la rama jurisdiccional, en relación con el objetivo liberal del equilibrio en la separación de poderes, y sobre los alcances y la justificación de un tribunal constitucional independiente, con jerarquía equivalente a las de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, la idea de control judicial aparece como la clave funcional para evitar el desbordamiento de poder y para lograr una adaptación del derecho a la realidad social. Depositario de las ventajas propias del sabio alejado de la sociedad, que piensa en la objetividad de los valores y dotado de las ventajas de quien tiene el compromiso de tomar cotidianamente en consideración “la realidad viviente de los litigios”, el juez está en capacidad, como ningún otro órgano del régimen político, de desempeñar ese papel. En síntesis, el control ejercido por los jueces y tribunales en el Estado constitucional contemporáneo resulta siendo la fórmula para la mejor relación seguridad jurídica-justicia.

“El juez, al poner en relación la Constitución –sus principios y sus normas- con la ley y con los hechos hace uso de una discrecionalidad interpretativa que necesariamente delimita el sentido político de los textos constitucionales. En este sentido la legislación y la decisión judicial son ambos procesos de creación de derecho”⁴.

Se trata de examinar el poder de creación del derecho por los jueces, en un contexto de crisis y cuestionamiento de la concepción silogística de su función y de revisión de la lógica formal y el método deductivo como ejes de la aplicación de las normas. De evaluar

⁴ Sent., 5 de junio 1992, Corte Constitucional de Colombia, exp. T-778, ponente Ciro Angarita Barón.

los alcances de las sentencias, tanto en su motivación como en la parte resolutive, a la luz de nuevas ideas que denuncian la improcedencia de la exactitud matemática y de la construcción lógica tradicional en la interpretación del derecho y en aras de la realidad, anuncian la *argumentación* como panacea de los fallos, y, en general, de la solución de controversias jurídicas, en procura de decisiones razonables en las cuales predomine la equidad.

Mas ese insospechado papel de los jueces no se ha limitado a rescatar su gestión a la luz del poder político, sino que se ha hecho extensivo a una verdadera rebelión contra el desmedro del derecho sustancial provocado por un lamentable imperio de las ritualidades y formas externas que por mucho tiempo ha agobiado a nuestra sociedad, muy a pesar del fundamental deber del juez de administrar justicia y resolver los casos puestos a su conocimiento. El artículo 228 de nuestra Carta Política en buena hora proclamó que en las actuaciones de la administración de justicia “prevalecerá el derecho sustancial” y sus alcances, a los aplicadores del derecho y a los funcionarios de la administración pública en particular.

El pensamiento jurídico de nuestro país pasa por una verdadera cruzada contra el formalismo excesivo y la frialdad de un sistema de normas respecto del cual la concepción tradicional negaba al jurista la posibilidad de indagar e ilustrarse sobre un contenido sociológico, político o económico. El brillante discurso de Hans Kelsen en torno al derecho como “deber ser” que si bien puede relacionarse con el “ser” no debe confundirse con él, acaso por una equívoca interpretación del ilustre pensador austríaco a quien con justicia se le ha calificado como “el Kant del derecho”, dio lugar a un culto desmedido por las normas que, como tal, limita al jurista y lo encierra en un mundo fantástico, separado de la realidad. La enfática concepción de la teoría pura, según la cual el aspecto teleológico de las normas es extraño a la ciencia del deber ser, del derecho, en cuyo contexto prevalecen las formas que han de reinar en el sistema normativo, ha servido de respaldo a una creciente apatía entre los juristas que les permite ignorar el estrecho vínculo que une a las ideas políticas con las normas.

Pero su pretensión de limitar la ciencia del derecho a ese solo aspecto del deber ser, en buena parte como consecuencia de lo que en su nombre han dicho y hecho varios de sus seguidores, tiene cada día más contradictores. Sin los hechos, el derecho es vacío; sin ideal de justicia y una teleología que les sirva de contexto, las normas carecen de contenido y su comprensión es insuficiente. He ahí las razones para hacer causa común contra el formalismo y la limitada concepción del derecho como un sistema de normas.

El juez ya no se aprecia como un simple instrumento para que las leyes sean aplicadas en relación con los hechos a la manera del viejo silogismo en el cual su papel es intrascendente, por imponerlo así una concepción extrema e inflexible de la separación de poderes. Normas como la de la ley estatutaria de la justicia que le asigna a la Corte Constitucional la competencia para establecer, en cada caso, los efectos de sus fallos en el tiempo, son viva expresión de esa tendencia.

Se trata del *nuevo derecho*⁵, como respuesta al *viejo derecho* apegado a la norma y al formalismo y a las tradicionales reglas de la interpretación del derecho codificado, amparadas en esa premisa de desconocer que tras la investidura del juez está el hombre y tras la sentencia está, quiérase o no, una verdadera creación jurídica. Es nuevo como réplica a la idea, por tantos años imperante, de separar la reflexión jurídica en forma excluyente, de forma tal que los filósofos se ocupen de su dimensión valorativa, los sociólogos de su aspecto fáctico social y los juristas de las normas puestas “ahí”, “puras”, sin “contenido” y sin ideología. Es una reacción contra el formalismo excesivo del positivismo analítico, contra el dualismo del ser y el deber ser, contra la visión unidimensional del derecho. Pero no lo es en la misma medida que halla sus raíces en antecedentes de vieja data, si bien encaminados a un objetivo actual, orientado por la *eficacia*, conforme al cual el derecho tiene la condición de tal en cuanto sea atacado por sus operadores, por los jueces y, naturalmente, por la sociedad.

⁵ Plazas Vega, Mauricio A. Del Realismo al formalismo jurídico. Monografías jurídicas, Editorial Temis, Bogotá-Colombia, 1998. Reflexiones sobre el contenido del derecho y la formación de los juristas. INTRODUCCIÓN. PÁGS. 1 a 5. Véase al respecto el trabajo de FERNANDO ÁLVAREZ ROJAS titulado “El Nuevo Derecho, paradigma de comprensión y desarrollo de la Constitución de 1991”, en Revista de Derecho Público, Bogotá, Universidad de los Andes, 1993, pásg. 129 a 140.

No adopta un derecho *estático*, limitado al conjunto de normas, sino *dinámico, evolutivo* y estrechamente vinculado con la realidad social que le sirve de contexto. Por tal motivo, cuestiona las reglas de interpretación que limitan la función del juez hasta el extremo de que tenga en las normas su único e insuperable contexto para relacionarlas con los hechos que debe juzgar al amparo de la vieja y cuestionable diferencia entre la “verdad real”, o “histórica”, y la “verdad formal”.

Pero no es factible encuadrar el “nuevo derecho” en una sola escuela o corriente del pensamiento jurídico. La mayoría de los iusfilósofos de la actualidad coinciden en cuestionar el normativismo puro y el formalismo y prohíben planteamientos contenidistas o sociológicos, pero desde diversos puntos de vista. Así en algunas expresiones de *realismo*, la réplica en comentario llega al extremo de pretender que el juez tiene un verdadero poder político de creación del derecho, aun a pesar de que haya normas aplicables al caso en discusión, hasta llegar a afirmar que el proceso mental de la sentencia los jueces primero resuelven el caso y posteriormente acuden a las normas que puedan servir de respaldo a sus consideraciones. En la concepción de Ronald Dworkin, la eficacia del derecho se acoge pero en medio de un categórico rechazo a los extremos *formalistas, realistas y positivistas* que, en su orden, niegan al juez el poder de crear el derecho aun en los casos difíciles, lo habilitan para crearlo aun a pesar de las normas vigentes o le invisten de pleno poder político cuando no haya norma aplicable al caso.

En lugar de esos extremos, Dworkin propone sus ideas sobre la “respuesta correcta”, de acuerdo con las cuales los jueces siempre deben fallar con base en las normas y en ciertos principios y directrices que, en lo fundamental, giran alrededor de la equidad y de la igualdad.

II. PARTE SISTEMÁTICA

CAPÍTULO PRIMERO

MÉTODOS DE DESARROLLO JUDICIAL DEL DERECHO

1. EL DESARROLLO JUDICIAL DEL DERECHO COMO CONTINUACIÓN DE LA INTERPRETACIÓN

Si bien la interpretación de la ley constituye la tarea inmediata de una Jurisprudencia encaminada a la praxis Jurídica, sin embargo la Jurisprudencia nunca se ha agotado ahí. Siempre se ha reconocido que, incluso una ley muy cuidadosamente pensada, no puede contener una solución para cada caso necesitado de regulación que sea atribuible al ámbito de regulación de la ley; en otras palabras, que toda ley, inevitablemente, tiene “lagunas”. Asimismo se ha reconocido desde hace tiempo la competencia de los tribunales para colmar las lagunas legales. Es, por tanto, un cometido importante de la Jurisprudencia poner en manos del Juez métodos con cuya ayuda pueda éste cumplir esta tarea de modo objetivo y definitivo. Pero, de vez en cuando, al desarrollar judicialmente el Derecho no se trata sólo de colmar lagunas legales, sino de adoptar y conformar ulteriormente nuevas ideas jurídicas que, en todo caso, han sido insinuadas en la propia ley, cuya realización por parte de la jurisprudencia de los tribunales rebasa, por ello, el plan original de la ley y lo modifica más o menos. Se comprende que también esta clase de desarrollo del Derecho, si ha de estar justificada, sólo debe tener lugar en consonancia con los principios directivos de todo el orden jurídico; es más, muchas veces será motivada precisamente por la aspiración a hacer valer estos principios en mayor medida de lo que en la ley ha ocurrido.

1.1 CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD - Debates sobre interpretación legal⁴

La Constitución establece no sólo que existe una separación entre la jurisdicción constitucional y las otras jurisdicciones (CP arts 234, 236 y 241) sino que, además, los jueces

⁴ C-1255 de 2001. Magistrado ponente: RODRIGO UPRIMNY YEPES. Bogotá, D.C., veintiocho (28) de noviembre de dos mil uno (2001).

gozan de autonomía funcional interna y externa en el desarrollo de sus funciones, pues sólo están sometidos al imperio de la ley (CP art 230). Estos principios implican que, por regla general, no corresponde a la Corte Constitucional fijar el sentido autorizado de las disposiciones legales, pues tal función es propia de los jueces ordinarios. Igualmente, como consecuencia de los anteriores principios, es claro que el control constitucional es improcedente cuando lo que se pretende es únicamente interpretar y determinar el alcance de una disposición legal, pues la Corte no puede fijar, con argumentos puramente legales, cuál es el alcance de una ley, dicha la razón procedemos en lo siguiente a emitir nuestro aporte doctrinal fruto de la investigación jurisprudencial y desarrollo de las respectivas líneas que nos deja como resultado las siguientes apreciaciones jurídicas sin incurrir en transcripciones legales, pues se trata aquí de crear un aporte jurídico al tema.

Las interpretaciones que se puedan derivar de la disposición demandada, como sucede con las demás del ordenamiento positivo, no pueden ser, en principio, objeto de control constitucional, por ser éste un juicio abstracto en el que se confronta solamente el contenido del precepto legal frente a la Constitución para derivar de allí su conformidad o disconformidad. No obstante, ello no quiere decir que no se presenten situaciones en donde la Corte Constitucional colombiana, en miras de procurar la guarda de la Constitución (CP art. 241), deba terciar en debates hermenéuticos sobre el alcance de las disposiciones legales sometidas a control. Y la razón es muy simple: el control constitucional es un juicio relacional, pues implica confrontar un texto legal con la Constitución, por lo cual es inevitable que el juez constitucional deba comprender y analizar el contenido y alcance de la disposición legal sometida a control. Y es que es obvio que, como la Corte Constitucional ya lo había señalado, *"el juicio de constitucionalidad requiere de una debida y cabal interpretación tanto de la preceptiva constitucional concernida como de la norma que con ella se confronta"*⁵. La pregunta que obviamente surge es la siguiente: ¿cómo armonizar, de un lado, el respeto que el juez constitucional debe tener por la autonomía funcional de los jueces (CP art. 230) y, de otro lado, el hecho de que el propio juicio constitucional obliga a determinar el sentido de las disposiciones legales acusadas? La tensión es obvia, pues el

⁵ Sentencia C-371 de 1994. MP José Gregorio Hernández Galindo. En el mismo sentido, ver, entre otras, las sentencias C-135 de 1994, C-496 de 1994, C-389 de 1996 y C-488 de 2000.

respeto a la autonomía funcional de los jueces supone que no debe la Corte Constitucional, cuando ejerce el control abstracto, terciar los debates hermenéuticos puramente legales; pero el propio desarrollo de ese control abstracto hace inevitable que nuestra Corte Constitucional adelante algunas discusiones legales sobre el sentido de las disposiciones demandadas.

A pesar de la dificultad del tema, la propia práctica de la Corte ha permitido establecer ciertas máximas sencillas, que aplicadas prudentemente, permiten que el juez constitucional ejerza adecuadamente la función de control de las leyes sin erosionar la autonomía funcional de los jueces ordinarios. Brevemente, y sin que la enumeración pretenda ser taxativa, queremos mostrar algunas de las más relevantes proferidas por nuestra Corte Constitucional⁶.

De un lado, el respeto a la autonomía de las interpretaciones legales tiene un límite en la propia razonabilidad de esas hermenéuticas, pues las decisiones de los jueces deben ser razonadas y razonables⁷, por lo cual, la Corte Constitucional a señalado, de manera reiterada, que la autonomía que la Carta reconoce *"a la interpretación legal o judicial tiene como límite la arbitrariedad y la irrazonabilidad de sus respectivos resultados"*⁸. Esto significa que bien puede nuestra Corte, al ejercer el control abstracto, excluir de su examen, aquellas interpretaciones de la disposición sometida a control que sean manifiestamente irrazonables.

De otro lado, si la disposición legal acusada admite múltiples entendimientos, pero todos ellos son constitucionales, debe la Corte Constitucional limitarse a declarar su exequibilidad, sin señalar el sentido legal del artículo sometido a control, pues tal tarea corresponde a los jueces ordinarios (CP art. 230). Por el contrario, si todas las interpretaciones razonables del texto acusado vulneran la Carta, entonces debe la Corte retirar del ordenamiento el precepto acusado.

En tercer término, en caso de que una disposición admita múltiples interpretaciones, y

⁶ Sobre el desarrollo de estas reglas, ver, entre otras, las sentencias C-496 de 1994, C-109 de 1995, C-488 de 2000 y C-557 de 2001.

⁷ Ver sentencias C-301 de 1993, C-011 de 1994 y C-496 de 1994.

⁸ Sentencia C-301 de 1993, MP Eduardo Cifuentes Muñoz.

algunas de ellas armonicen con la Carta pero otra u otras sean inconstitucionales, es deber de la Corte Constitucional mantener en el ordenamiento la disposición acusada pero excluyendo del mismo, por medio de una sentencia condicionada, todos aquellos entendimientos del precepto acusado que sean contrarios a los principios y valores constitucionales. Esa es la única forma en que un tribunal constitucional puede preservar la integridad y supremacía de la Carta (CP art. 240) sin dismantelar la obra realizada por el Legislador. Y ese tipo de situaciones es el que justifica el llamado principio de conservación del derecho, según el cual, es preferible aquella decisión constitucional que, dentro de los marcos de la Carta, permite preservar la labor del Congreso, que aquella que supone su inmediata anulación.⁹

Finalmente, es necesario recordar que la autonomía hermenéutica de los jueces se encuentra también limitada, en materia laboral y penal, puesto que en estos campos la propia Carta ha establecido una regla de favorabilidad en beneficio del trabajador y del procesado (CP arts 28 y 53), la cual no puede ser desconocida por el operador jurídico¹⁰. Así, dijo nuestra Corte Constitucional sobre el principio de favorabilidad en materia laboral previsto en el artículo 53 de la Carta:

“De conformidad con este mandato, cuando una misma situación jurídica se halla regulada en distintas fuentes formales del derecho (ley, costumbre, convención colectiva, etc), o en una misma, es deber de quien ha de aplicar o interpretar las normas escoger aquella que resulte más beneficiosa o favorezca al trabajador. La favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones; la norma así escogida debe ser aplicada en su integridad, ya que no le está

⁹ Sobre este principio, ver, entre otras, las sentencias C-273 de 1999 Magistrado Ponente: Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Bogotá, D.C., abril veintiocho (28) de mil novecientos noventa y nueve (1999). y C-955 de 2001. Magistrado Ponente: Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA. Bogotá, D.C., seis (6) de septiembre de dos mil uno (2001)

¹⁰ Ver, entre otras, en materia penal, las sentencias C-301 de 1993 y C-496 de 1994 y, en materia laboral, las sentencias C-168 de 1995 y T-001 de 1999.

permitido al juez elegir de cada norma lo más ventajoso y crear una tercera, pues se estaría convirtiendo en legislador”¹¹.

1.2 CONTROL DEL CONSTITUCIONALIDAD-La competencia de la Corte para enjuiciar interpretaciones judiciales¹²

La tesis de la falta de competencia de la Corte Constitucional para controlar, en sede constitucional, interpretaciones de los jueces, se funda en la idea de que dicho control versaría no sobre el contenido del precepto demandado sino sobre su aplicación, lo cual no sólo desfigura el control de constitucionalidad, tal y como está previsto en la Carta, sino que además podría afectar la autonomía de los funcionarios judiciales, la cual se encuentra constitucionalmente protegida.

La Corte considera que la anterior tesis parte de dos premisas ciertas, como son (i) la naturaleza esencialmente abstracta del control constitucional en Colombia y (ii) la protección que la Carta confiere a la autonomía interpretativa de los jueces. Sin embargo, esa tesis infiere de esas premisas una conclusión excesiva. En efecto, como se mostraremos a continuación, esas premisas no implican la incompetencia de la Corte Constitucional para enjuiciar, en sede de control constitucional, interpretaciones de los funcionarios judiciales; esas premisas muestran, empero, que ese control es excepcional.

Sin lugar a dudas, en Colombia el control constitucional derivado de una demanda ciudadana es abstracto, al menos por las siguientes dos razones: de un lado, porque se hace al margen de cualquier litigio concreto, ya que cualquier ciudadano puede demandar cualquier ley, aun cuando ésta no lo afecte directamente (CP arts 40, 214 ord 4º y 242 ord 1º). Y de otro lado, por cuanto el objeto del control es una disposición legal, ya que el análisis y la decisión de la Corte recaen sobre la ley demandada, ya sea por problemas de

¹¹ Sentencia C-168 de 1995. MP Carlos Gaviria Díaz, Consideración e.

¹² C-569 de 2004. Magistrado Ponente: Dr. RODRIGO UPRIMNY YEPES. Bogotá, D.C., ocho (8) de junio de dos mil cuatro (2004).

su contenido material o por vicios de procedimiento en su formación (CP art. 241 ord 4º), y no sobre su aplicación concreta.

Por consiguiente, el control constitucional rogado o por demanda ciudadana es abstracto y recae sobre las leyes y no sobre la actividad de los jueces. Esta característica ha sido resaltada por nuestra Corte Constitucional en numerosas ocasiones, cuando ha dicho que la “*acción pública de inconstitucionalidad es un mecanismo que busca el cotejo, por la autoridad judicial competente -en Colombia, la Corte Constitucional- entre el precepto legal demandado y los mandatos constitucionales*”, y por ello el “*análisis que efectúa la Corte debe darse en abstracto, teniendo en cuenta el contenido objetivo de la disposición examinada, y en ningún caso la aplicación concreta que ella tenga*”¹³. Con ese criterio, la Corte se ha abstenido, en varios casos, de pronunciarse de fondo sobre ciertas demandas, cuando concluyó que éstas cuestionaban no tanto el contenido de la disposición acusada sino su aplicación por algunos tribunales. Por ejemplo, la sentencia C-380 de 2000, MP Vladimiro Naranjo Mesa, se inhibió de conocer una demanda, que pretendía que la Corte, por medio de una sentencia de exequibilidad condicionada, señalara que la pensión gracia contenida en el literal A del numeral 2º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 también era aplicable a los educadores nacionales. La Corte se inhibió de conocer de la demanda pues consideró que era inepta, por cuanto la acusación no estaba dirigida contra el texto normativo demandado sino contra una pretendida aplicación indebida del mismo.

De otro lado, tal y como la Corte Constitucional lo ha señalado en numerosas oportunidades, la Constitución consagra una separación entre la jurisdicción constitucional y la jurisdicción ordinaria, y confiere autonomía funcional a los jueces para interpretar las disposiciones legales (CP arts. 230, 234 y 239), por lo que en principio no corresponde a la Corte Constitucional fijar, con fuerza *erga omnes*, el sentido autorizado de los textos legales¹⁴

¹³ Sentencia C-357 de 1997, M.P. José Gregorio Hernández Galindo. En el mismo sentido, ver, entre otras, las sentencias C-153 de 1997, C-044 de 1998, C-380 de 2000 y C-426 de 2002.

¹⁴ Sobre este punto, ver entre otras, las sentencias C-371 de 1994, C-496 de 1994. Fundamento jurídico No 3, C-389 de 1996, fundamento 2, C-1436 de 2000, C-1106 de 2001, Fundamento 4, y C-426 de 2002, Fundamento 3.7.

Conforme a lo anterior, es cierto que el control constitucional recae esencialmente sobre las leyes, y no sobre su interpretación o aplicación, y que la Carta no sólo ampara la autonomía judicial (CP arts 228) sino que además establece una separación entre la jurisdicción constitucional y las otras jurisdicciones (CP arts 234, 236 y 241). Todo esto fortalece la idea de que nuestra Corte Constitucional carece de competencia para, por vía de demanda ciudadana y con fuerza *erga omnes*, fijar el sentido autorizado de una determinada disposición legal, o controlar la labor de otros jueces u otras cortes. Sin embargo, el alcance de esa conclusión no debe ser exagerado indebidamente, por cuanto la Constitución es norma de normas y constituye la base de todo el ordenamiento positivo (CP art. 4º), por lo cual los jueces ordinarios están también sometidos al imperio de sus mandatos. Además, corresponde a la Corte Constitucional la guarda de la integridad y supremacía de Constitución (CP art. 241). En tales circunstancias, es indudable que corresponde igualmente a dicha Corte, dentro de ciertos límites, asegurar la subordinación de los funcionarios judiciales a la Constitución. Y esta Corporación colombiana ha realizado esa labor de dos maneras: (i) en forma indirecta, por medio de sentencias interpretativas o condicionadas; y (ii) en forma directa. Es así como la misma Corte entra a explicar brevemente estas dos vías según deducimos de sus pronunciamientos.

Como es sabido, a veces los textos legales admiten interpretaciones distintas, y algunas de ellas pueden ser contrarias a la Constitución. Una primera vía por medio de la cual la Corte se ve obligada a controlar –en forma indirecta– la constitucionalidad de ciertas interpretaciones es entonces cuando uno de esos textos es demandado por un ciudadano, puesto que no puede el juez constitucional expulsarlo del ordenamiento, por cuanto el artículo acusado admite ciertas interpretaciones constitucionales, pero tampoco puede la Corte declararlo exequible en forma pura y simple, por cuanto estaría legitimando ciertos entendimientos del mismo contrarios a la Carta. En esos eventos, la única alternativa es recurrir a una sentencia interpretativa o condicionada, y declarar exequible el texto legal, pero expulsando del ordenamiento el entendimiento de ese texto que resulta contrario a la Carta. Por esta razón y de la siguiente forma nos permitimos exponer como la Corte Constitucional ha explicado ese fenómeno:

“Si una disposición legal está sujeta a diversas interpretaciones por los operadores jurídicos pero todas ellas se adecúan a la Carta, debe la Corte limitarse a establecer la exequibilidad de la disposición controlada sin que pueda establecer, con fuerza de cosa juzgada constitucional, el sentido de la norma legal, ya que tal tarea corresponde a los jueces ordinarios. Pero si la disposición legal admite varias interpretaciones, de las cuales algunas violan la Carta pero otras se adecúan a ella, entonces corresponde a la Corte proferir una constitucionalidad condicionada o sentencia interpretativa que establezca cuáles sentidos de la disposición acusada se mantienen dentro del ordenamiento jurídico y cuáles no son legítimos constitucionalmente. En este caso, la Corte analiza la disposición acusada como una proposición normativa compleja que está integrada por otras proposiciones normativas simples, de las cuáles algunas, individualmente, no son admisibles, por lo cual ellas son retiradas del ordenamiento”¹⁵.

Ahora bien, una sentencia condicionada o interpretativa implica un cierto control sobre las interpretaciones de los operadores judiciales puesto que expulsa del ordenamiento ciertos entendimientos de la disposición acusada. Sin embargo, ese control es indirecto y eventual pues opera en abstracto, ya que no se refiere a las interpretaciones específicas realizadas por determinados jueces o tribunales sino a entendimientos posibles e hipotéticos del texto acusado.

Una situación distinta ocurre cuando un ciudadano no cuestiona tanto el contenido abstracto de un determinado texto legal sino la interpretación específica que del mismo han hecho determinados jueces, tal y como ocurre en el presente caso. En esos eventos, el control recaería específicamente sobre la labor de los jueces, por lo cual su incidencia sobre la autonomía judicial es importante, lo cual explica, junto con la naturaleza abstracta del sistema de control de las leyes ejercido por la Corte, que dicho control directo de las interpretaciones sea excepcional. Y específicamente, sólo en pocos casos, la Corte

¹⁵ Sentencia C-690 de 1996, Fundamento 4. En el mismo sentido, ver sentencias C-496 de 1994, Fundamento Jurídico No 2 y sentencia C-426 de 2002, Fundamento 3.10.

Constitucional colombiana ha procedido a enjuiciar directamente, por vía del control abstracto, esas interpretaciones realizadas por los jueces¹⁶.

La Corte es pues competente para controlar ciertas interpretaciones de los funcionarios judiciales, cuando éstas planteen problemas constitucionales. Sin embargo, eso no significa que en todas las ocasiones en que los ciudadanos atacan, por vía de la acción pública de inconstitucionalidad, una interpretación judicial, la Corte deba proceder a examinar el cargo. En ocasiones, la demanda puede ser inepta. Por ejemplo puede suceder que realmente se trate de un asunto o discusión puramente legal, evento en el cual la Corte no es competente y la demanda debe ser inadmitida, y en caso de que hubiere sido tramitada, la sentencia debe ser inhibitoria, puesto que no corresponde al tribunal constitucional definir debates legales que no tengan relevancia constitucional.

En otros casos, puede suceder que la demanda ataque aparentemente una interpretación y plantee efectivamente un problema constitucional pertinente, pero que en realidad se dirija no contra la interpretación misma sino contra un texto legal específico. Eso ocurre cuando la interpretación cuestionada se fundamenta esencialmente, y en forma razonable, en un texto legal, y la función esencial de ese texto es precisamente la de determinar, o al menos posibilitar esa interpretación adelantada por el operador jurídico. En estos casos, el posible problema constitucional de la regla de derecho atacada no derivaría tanto de la interpretación judicial del texto acusado sino del texto mismo, pues el juez, lo único que ha hecho es aplicarlo, por lo que el eventual yerro constitucional sería obra del Legislador y no del operador judicial. En esos eventos, a pesar de que el actor haya cuestionado una interpretación derivada de un texto legal (un cierto artículo de una cierta ley), debe entenderse que la demanda se dirige contra el texto mismo, o ciertos apartes del mismo, puesto que dichos apartes son los que constituyen la base de la interpretación de los operadores judiciales. Por consiguiente, en esos eventos, el juicio constitucional debe

¹⁶ Ver en particular las sentencias C-1436 de 2000, Magistrado Ponente: Dr. ALFREDO BELTRÁN SIERRA. Bogotá, D.C., veinticinco (25) de octubre del año dos mil (2000). C-426 de 2002 Magistrado Ponente: Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL. Bogotá, D.C., veintinueve (29) de mayo de dos mil dos (2002). y C-207 de 2003. Magistrado ponente: Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL. Bogotá, D.C., once (11) de marzo de dos mil tres (2003).

entenderse dirigido contra el texto legal, pero en la forma como éste ha sido desarrollado por la jurisprudencia, tal y como lo enseña la doctrina del “*derecho viviente*”, que ha sido ampliamente aceptada actualmente por nuestra Corte Constitucional¹⁷.

La doctrina del derecho viviente

La doctrina del derecho viviente, acogida por la Corte Constitucional, pero desarrollada igualmente por otros tribunales constitucionales¹⁸, busca dos propósitos esenciales: (i) armonizar el carácter abstracto del control constitucional con los significados concretos y efectivos que adquieren las disposiciones jurídicas demandadas en la práctica jurídica y social; y (ii) armonizar el reconocimiento y protección de la autonomía de los funcionarios judiciales en la interpretación de la ley (CP arts 228 y 230) con la función que corresponde a la Corte Constitucional de guardar la integridad y supremacía de la Constitución (CP art. 241). Según esta doctrina del derecho viviente, la manera como los operadores jurídicos, los grandes doctrinantes y en especial la jurisprudencia han entendido el texto normativo demandado debe ser tenida en cuenta por el juez constitucional para fijar el sentido mismo de la disposición acusada, sobre todo si dicha “*interpretación jurisprudencial y doctrinaria representa una orientación dominante bien establecida*”¹⁹, por cuanto de esa manera no sólo el juez constitucional reconoce y respeta las interpretaciones legales adelantadas por los funcionarios judiciales sino que, además, el control constitucional recae sobre el derecho realmente vivido por los ciudadanos, y no sobre contenidos hipotéticos, que podrían eventualmente inferirse del texto acusado, pero que no han tenido ninguna aplicación práctica.

¹⁷ Sobre la doctrina del derecho viviente, ver, entre otras, las sentencias C-557 de 2001 Magistrado Ponente: Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA. Bogotá, D.C., mayo treinta y uno (31) de dos mil uno (2001), C-955 de 2001 Magistrado Ponente: Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA. Bogotá, D.C., seis (6) de septiembre de dos mil uno (2001), C-875 de 2003, C-901 de 2003 y C-459 de 2004.

¹⁸ Para una presentación de la doctrina del derecho viviente en el caso italiano, ver, entre otros, Thierry Di Manno. *Le juge constitutionnel et la technique des décisions “interprétatives” en France et en Italia*. Paris, Economica, 1997, pp 180 y ss, 224 y ss, y 464 y ss. Ver igualmente Zagrebelsky. “La doctrine du droit vivant” en *Cahiers du C.D.P.C*, vol III, 1988, pp 47 y ss.

¹⁹ Sentencia C-557 de 2001, MP Manuel José Cepeda Espinosa Fundamento 5.1., criterio reiterado, entre otras, en las sentencias C-955 de 2001 y C-901 de 2003.

La anterior doctrina obviamente no significa que el juez constitucional deba subordinarse a ese derecho viviente, como podría equivocadamente creerse, por cuanto dicho derecho viviente es relevante para fijar el sentido legal de la disposición acusada, pero no para determinar su constitucionalidad. Precisamente, la Corte Constitucional Italiana, en numerosas oportunidades, ha precisado que “*derecho viviente no equivale a derecho conforme a la Constitución*”²⁰, pues una cosa es que el juez constitucional reconozca la autonomía de los jueces para determinar el alcance de las disposiciones legales, y por ello acoja su interpretación, si ésta tiene una orientación dominante y consolidada, como entendimiento viviente del texto acusado, y otra muy distinta que el juez constitucional abdique de su función de controlar la constitucionalidad de ese texto. Por ello corresponde a esta Corte Constitucional, como guardiana de la integridad y supremacía de la Constitución (CP art. 241), examinar si las disposiciones sometidas a control, tal y como han sido entendidas por el derecho viviente, se ajustan o no a la Carta. Ha dicho al respecto nuestra Corporación Constitucional:

“En efecto, lo que persigue la doctrina del derecho viviente en el contexto del control de constitucionalidad, es equipar la norma jurídica con el acervo doctrinario y jurisprudencial de su hermenéutica, de modo que si éste se encuentra claramente establecido y ofrece rasgos de coherencia y unidad, deba el juez constitucional admitirlo como el sentido en que dicha preceptiva ha de ser interpretada, al momento de decidir sobre su exequibilidad.

De este modo, no tendrían igual jerarquía o similar peso argumentativo, las interpretaciones meramente teóricas que pudieran derivarse de la llana redacción de la disposición atacada, en frente de las interpretaciones que doctrinarios y jueces de la jurisdicción han ofrecido en su calidad de expertos y estudiosos del sistema jurídico. Ello, claro está, no obstante que el juez constitucional conserve su total autonomía para definir si, incluso la interpretación más reputada de la norma, contraría los mandatos del estatuto constitucional. Así las cosas, la doctrina del

²⁰ Ver, entre otras, las sentencias No 69 de 1982 y No 167 de 1984. Ver igualmente Thierry Di Manno. Op-cit, pp 235.

derecho viviente actúa como interpretación razonable en los juicios de inconstitucionalidad. (subrayas no originales)²¹”

La Corte Constitucional ha señalado además algunos criterios básicos para determinar si efectivamente en una materia existe o no un “*derecho viviente*”, que permita concretar el sentido abstracto de las disposiciones sometidas a control. En particular, la Corte ha indicado que en esta materia, la jurisprudencia desarrollada por los órganos que ocupan la cúpula de las distintas jurisdicciones, y en particular el Consejo de Estado y la Corte Suprema, juegan un papel trascendental, pues a esas corporaciones corresponde unificar la jurisprudencia legal en sus ámbitos específicos. Por ende, al acoger sus criterios, el juez constitucional “*no sólo está reconociendo la importancia que tiene para el derecho la labor interpretativa y de unificación asignada a los organismos de cierre de las distintas jurisdicciones, sino además, rescatando el verdadero significado de la norma, esto es, su significado viviente, o el que surge de su aplicación.*”²²”

Sin embargo, la Corte Constitucional ha también precisado que no basta una sentencia aislada de la Corte Suprema o del Consejo de Estado para que realmente pueda considerarse que exista “*derecho viviente*” sobre un determinado tema o frente al alcance de una cierta disposición. Como lo señaló la sentencia C-557 de 2001, es necesario que exista “*una orientación jurisprudencial dominante, bien establecida*”, para lo cual deben cumplirse al menos los siguientes requisitos:

“(1.) *la interpretación judicial debe ser consistente, así no sea idéntica y uniforme (si existen contradicciones o divergencias significativas, no puede hablarse de un sentido normativo generalmente acogido sino de controversias jurisprudenciales); (2.) en segundo lugar, la interpretación judicial debe estar consolidada: un solo fallo, salvo circunstancias especiales, resultaría insuficiente para apreciar si una interpretación determinada se ha extendido dentro de la correspondiente jurisdicción; y, (3.) la interpretación judicial debe ser relevante para fijar el*

²¹ Sentencia C-955 de 2001. MP Marco Gerardo Monroy Cabra. Fundamento 8.

²² Sentencia C-901 de 2003. MP Rodrigo Escobar Gil, Fundamento 3.4.

*significado de la norma objeto de control o para determinar los alcances y efectos de la parte demandada de una norma.*²³”

2. LA IMPORTANCIA DE LOS PRECEDENTES PARA LA FORMACIÓN DEL DERECHO JUDICIAL

Los tribunales resuelven casos particulares. Una opinión jurídica expresada por un tribunal, ya se presente como interpretación, como desarrollo del Derecho inmanente a la ley o superador de la ley, tiene, por ello, únicamente importancia inmediata para el caso particular a resolver. Pero el tribunal pretende que su resolución esté de acuerdo con el Derecho vigente. De este modo afirma que la interpretación por él realizada es “acertada”, que es “necesario” colmar las lagunas, que está “justificado”, por los motivos por él indicados, un desarrollo del Derecho superador de la ley. En esto va incluida a la vez la afirmación de que, en el futuro, todo caso similar ha de ser resuelto de acuerdo con la máxima de ese modo establecida. En la última concretización de una pauta de valorización que precisa ser llenada de contenido, y en una “ponderación de bienes en el caso particular”, esto sólo vale con tal que también aquí se tengan en cuenta en el futuro los mismos puntos de vista, si bien tienen que ser “ponderados” de nuevo atendiendo a las diferencias de cada caso particular. Mediatamente, toda resolución judicial puede, por ello, operar, mediante el contenido de su fundamentación, más allá del caso particular resuelto. En efecto, con tal que se responda a la pretensión en ella planteada, representa un prototipo, un modelo para futuras resoluciones que se refieran a casos similares en los que tenga importancia la misma cuestión jurídica. De hecho, los tribunales, especialmente los más altos tribunales, procuran orientarse en gran medida por tales resoluciones paradigmáticas – por los precedentes-, lo que sirve a la uniformidad y a la continuidad de la jurisprudencia judicial y, con ello, sobre todo, a la seguridad jurídica.

Los precedentes son resoluciones en las que la misma cuestión jurídica, sobre la cual hay que resolver nuevamente, ha sido ya resuelta una vez por un tribunal en otro caso. No está prejuzgada la resolución del caso particular que ha adquirido fuerza jurídica, sino sólo la respuesta dada por el tribunal, en el marco de la fundamentación del juicio, a una cuestión

²³ Sentencia C-557 de 2001, MP Manuel José Cepeda Espinosa Fundamento 5.2.3.

jurídica que se plantea de la misma manera en el caso a resolver ahora. Tales precedentes juegan un papel apenas sobreestimable en la praxis de los tribunales y, por ello, sobre todo, en el desarrollo del Derecho. Si se trata de resoluciones de altos tribunales, que en gran parte serán publicados, los tribunales inferiores procuran orientarse según ellas en la mayoría de los casos. Pero también el más alto tribunal se aparta de mala gana, y no precisamente con frecuencia, de la opinión jurídica por él una vez aceptada.

Ciertamente, se ve obligado, debido a la formación en forma de norma jurídica de las máximas por él halladas y a las generalizaciones, con frecuencia inoportunas, que en ellas se contienen, a restringir o modificar posteriormente la regla establecida. Como quiera que, a pesar de todo, existe una gran probabilidad fáctica de que los tribunales inferiores sigan los precedentes de los tribunales superiores y éstos generalmente se atienen a su jurisprudencia, los asesores jurídicos de las partes litigantes, de las Firmas y las asociaciones cuentan con esto y en esto confían. **La consecuencia es que los precedentes, sobre todo los de los más altos tribunales, al menos cuando no topan con una contradicción demasiado grande, serán considerados, después de largo tiempo, “Derecho Vigente”. De esto se forma en creciente medida, como complemento y desarrollo del Derecho legal un Derecho Judicial.**

A pesar de ello, la cuestión de si los precedentes son fuentes del Derecho vigente, si el Derecho judicial” se equipara al Derecho legal, no puede sencillamente responderse de modo afirmativo. Tampoco los tribunales, según nuestra organización jurídica, están indubitablemente “vinculados a los precedentes como, por ejemplo a la ley. El precedente como tal no vincula, sino solamente la norma en él rectamente interpretada y concretizada. Pero todo juez que ha de enjuiciar de nuevo la misma cuestión, puede y debe en principio decidir independientemente, según su convicción formada en conciencia, si la interpretación expresada en el precedente, la concretización de la norma o el desarrollo judicial del derecho son acertados y están fundados en el Derecho vigente. Por tanto, el juez no debe aceptar, en cierto modo “ciegamente”, el precedente. No sólo está facultado, sino incluso obligado a apartarse de él si llega a la convicción de que contiene una interpretación incorrecta o un desarrollo del Derecho no suficientemente fundamentado, o si la cuestión,

en él rectamente resuelta para su tiempo, tiene que ser hoy resuelta de otro modo a causa de un cambio de la situación normativa o de todo el orden jurídico. Con aferrarse a los precedentes, a pesar de saber que contradicen la interpretación de la ley según su sentido, que quizá incluso se apoyen en una inadmisibles producción valorativa e independiente de Derecho. Habría de originarse el peligro de desdeñar claramente la ley y minar su función como garante de la igualdad y seguridad jurídicas. Las interpretaciones defectuosas, las concepciones no rectas, las valoraciones no suficientemente fundamentadas, que también se encuentran en las resoluciones de los más altos tribunales, habrían de exigir entonces vigencia legal sin esperar a la próxima corrección. Ante este peligro, que acecha a una jurisprudencia judicial obligada a la idea de la rectitud material de la resolución, los puntos de vista que hablan a favor del seguimiento de los precedentes –la salvaguarda de la seguridad jurídica- tienen que pasar a segundo plano. Los precedentes pueden contar a su favor con una cierta suposición de rectitud; pero el juez no debe abandonarse a ellos sin el menor reparo, sino que tiene que formarse un juicio propio, al menos cuando abriga dudas respecto a la rectitud del precedente.

Cuando se han formado nuevas reglas, e incluso institutos jurídicos, por la vía del desarrollo judicial del Derecho, esto no ha sucedido la más de las veces de modo que fuera dada de inmediato la regla acabada o acaso una regulación detallada, sino poco a poco, en cierto modo experimentando. Primeramente fue expresado sólo el principio, que luego fue concretizado en resoluciones posteriores; o bien, la regla primeramente expresada para un grupo de casos rigurosamente limitados, fue posteriormente extendida a otros grupos de casos. El tribunal ha de ocuparse siempre de un caso determinado y tiene que conformarse con los casos que le son sometidos a resolución; no puede pasar por alto de inmediato las repercusiones que un principio por él aceptado habrá de tener en grupos de casos comparables, pero a la vez distintos, así como qué restricciones, diferenciaciones o también correcciones pueden, por ello, ser necesarias. Se tiene que evitar que el proceso de ulterior aclaración, desarrollo y precisión, que sólo puede tener lugar en relación con otros grupos de casos, se rompa demasiado pronto por el rápido acatamiento de un precedente, o tome una dirección falsa. Pero eso tendría que suceder, si se quiere atribuir a todo precedente la autoridad y vinculabilidad de una ley.

Los precedentes, y el Derecho Judicial de ellos procedente, pueden, por ello, si los siguen los tribunales y el tráfico jurídico se orienta por ellos, conseguir la misma vigencia fáctica o efectividad que una ley. En cambio la validez normativa, en el sentido de vinculabilidad –es decir, una exigencia que deben cumplir los tribunales, los órganos administrativos y, finalmente, los individuos- por regla general no le corresponde. El calificarlos de “FUENTE DEL DERECHO”, depende de lo que se entienda por tal. Si se califica de fuentes jurídicas todos aquellos factores que **cooperan a la creación y al desarrollo posterior del Derecho**, entonces la jurisprudencia de los tribunales, pero también la Ciencia del Derecho, son fuente del Derecho.

En cambio, si por Fuente del Derecho se entiende sólo el fundamento del nacimiento de una norma jurídica que pretende validez normativa en el sentido de vinculabilidad, en ese caso fuentes del Derecho estatal interno sólo lo son la Legislación y el uso originado de una convicción jurídica general (como fuente del Derecho consuetudinario). Pero, en este caso se tiene que añadir que las normas sólo pueden desplegar su eficacia tal como sean entendidas por los llamados a su aplicación. Los precedentes contribuyen a ello en gran medida y son, por ello, en todo caso, una fuente de conocimiento jurídico. Se dice acertadamente que no constituirían ningún tipo de fuente jurídica propia, no tendrían ningún contenido normativo al margen de la adecuada comprensión de la ley originada por la convicción de rectitud de cada juez particular, sino que sólo serían un medio de conocimiento judicial. Por cierto que los tribunales entienden las leyes y los principios pertinentes al orden jurídico y las normas jurídicas complementarias, en general tal como se les muestran por medio de la jurisprudencia judicial, por mediación de los precedentes. Pero el precedente, como tal, no es vinculante, sino la máxima de decisión en él expresada sólo y en cuanto se refiere a una interpretación acertada o complemento de normas, o concretiza un principio jurídico de modo paradigmático. Si se trata o no de este caso, habrá que comprobarlo siempre; ningún juez está obligado a seguir un precedente, ya sea suyo propio, ya sea de otro tribunal.

Una jurisprudencia judicial constante puede, ciertamente, conseguir vinculabilidad si se convierte en base de un Derecho consuetudinario. Pero, para esto en modo alguno es ya

suficiente con un período considerable de tiempo en el que se manifieste constante; el factor tiempo no debe, en primer lugar, considerarse decisivo. El fundamento de la validez del Derecho consuetudinario es la convicción jurídica general, que se manifiesta en un uso constante. Para ello no es suficiente con que una determinada Judicatura sea aceptada sin contradicción o casi sin contradicción; más bien se precisa la formación de una convicción jurídica en los círculos participantes, es decir, no sólo entre juristas. Por convicción Jurídica no se ha de entender sólo la esperanza de que los tribunales procederán según esta máxima, sino, además de ello, la convicción de que esto tiene que ser así según Derecho, de que se trata de una exigencia que indubitadamente es la del Derecho. no siempre, ciertamente, es fácil enjuiciar si existe una tal convicción jurídica. Dependerá de si la Jurisprudencia judicial en cuestión halla preponderante aceptación, o también contradicción, en la literatura y en la opinión pública, de cuán rápidamente se impone y de en qué medida está de acuerdo con convicciones ya anteriormente manifestadas. Cuando más pronto podría afirmarse la formación del Derecho consuetudinario por la vía de la jurisprudencia de los tribunales es cuando se trata de una concretización de principios éticos-jurídicos que han tenido acogida hace tiempo como tales en la conciencia jurídica general; en cambio, cuando menos en el ámbito de regulaciones preponderantemente técnico-jurídicas. Una vez que ha surgido un Derecho consuetudinario, tampoco importa ya si la jurisprudencia judicial, de la que se surgió, era originariamente compatible con el Derecho establecido; es suficiente con que el Derecho consuetudinario, ahora surgido, no contradiga la Constitución u otros principios jurídicos de rango superior.

2.1 DINAMICAS DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL

Nuestra tradición jurídica se ha anclado en la prevalencia de la ley sobre las demás fuentes del derecho. La jurisprudencia apenas se ha considerado una fuente auxiliar. Con la aparición de la Corte Constitucional como máximo intérprete de la Constitución y la obligatoriedad de sus fallos, se presenta un conflicto en el esquema clásico de nuestras fuentes del derecho²⁴. Desde su creación en la constitución de 1991, hasta la fecha, referimos el año 2005 en vigencia, la jurisprudencia de la Corte Constitucional

²⁴ “El derecho de los Jueces”, Diego López, Ediciones Legis, 2000. Ver capítulo III.. Pág. 113

ha fluctuado entre un “tradicionalismo de fuentes” y un papel fundamental de la jurisprudencia constitucional. Entre estos dos límites se ha movido la fortaleza o la debilidad de la jurisprudencia como fuente del derecho. De ahí ha dependido la importancia del precedente judicial.

La obligatoriedad de los fallos y la sujeción de la misma Corte a decisiones anteriores es otro de los factores de controversia nacional. Por un lado, está la posición de la Corte sobre el sometimiento a sus fallos anteriores, referidos a casos análogos. Esta situación provoca el ataque de sus detractores que acusan a la Corte de provocar inseguridad jurídica o de vulnerar la igualdad cuando frente a un caso falla de alguna manera y posteriormente, de otra forma.

La Corte Constitucional se vale de la doctrina del precedente judicial propia de los Estados Unidos en donde el juez se rige por el “*stare decisis*”, dicho anteriormente (ver enfoque metodológico de esta monografía, pág.10), cuyo desarrollo es profuso y ha tenido diversas versiones y teorías. La Corte en su sentencia recurre a la diferenciación entre “*ratio decidendi*” (razón de la decisión- cosa juzgada implícita) y “*obiter dicta*” (dichos al pasar- cosa juzgada aparente) en los fallos. Se trata entonces de encontrar la *ratio decidendi* para determinar cuáles son los apartes del fallo que generan obligatoriedad para la Corte en una decisión futura respecto a un caso similar. Por el contrario, la *obiter dicta* no es obligatoria ya que son argumentos complementarios que la Corte usa en su sentencia pero que no tienen una incidencia fundamental en la razón de la decisión que se toma. Encontrar la *ratio decidendi* de una sentencia es una destreza fundamental que debe adquirir todo abogado en Estados Unidos de América²⁵. Esto es entendible en un derecho regido por los casos, con estricta sujeción al precedente judicial.

Algunos sectores de la doctrina consideran que la decisión de encontrar la *ratio decidendi* de un fallo es arbitraria y concede excesivas facultades de interpretación al juez. La Corte afirma que sólo bajo especiales circunstancias puede darse un cambio

²⁵ Cfr. Diego E. López “El Derecho de los Jueces” Ediciones Legis, 2000. Ver capítulo III.

jurisprudencial: 1. *El cambio solo puede ser ejecutado por la misma Corte que formuló la doctrina que se revisa.* 2. *Para que el cambio jurisprudencial no sea arbitrario es necesario que el Tribunal considere que su nueva decisión aporte razones tan fuertes y de peso que sea procedente, teniendo en cuenta la seguridad jurídica e igualdad inherentes al Estado Social de Derecho*²⁶.

Aparte de las posiciones encontradas que ha generado, lo cierto es que quienes defienden la posición de que los jueces están obligados a mantener sus fallos, desconocen que la ley no es tampoco la fuente plena de seguridad jurídica, pues el Congreso en su soberanía, cambia leyes continuamente y esto necesariamente lleva a unas reglas de juego en continua dinámica. Si apoyamos este juicio, aceptaríamos que la sociedad está condenada a permanecer regida por normas estáticas que no reflejan sus cambios y por tanto se tornan ineficaces. Pretender que el juez no puede variar sus fallos porque afecta la seguridad jurídica es continuar pensando que la ley y no el juez, pueden crear derecho permanentemente. Y con mayor razón si se trata del Tribunal cuya voz autorizada interpreta la Constitución.

Para evitar arbitrariedades del juez constitucional es necesario avanzar en la construcción de una comunidad jurídica crítica y consciente mas no anquilosada en el textualismo, revaluado hace más de un siglo en otras latitudes. De esta manera se podrá, aparte de entender la nueva dinámica del precedente que surge con la aparición de la Corte Constitucional, efectuar un control social a sus decisiones²⁷. Un claro manejo del derecho jurisprudencial y del papel de la jurisprudencia de la Corte Constitucional como nueva fuente del derecho, facilita la evaluación sobre si se justifica su existencia en el ordenamiento jurídico. Por el momento, no parece razonable sugerir recortes a sus funciones o incluso la supresión, pues la balanza se inclina hacia los avances logrados a raíz de su aparición, pese a desaciertos que podamos visualizar.

²⁶ Sentencia C-400 de 1998. Magistrado Ponente ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO.

²⁷ Las Facultades de Derecho podrían contribuir de una manera más amplia, permitiendo que todas las ramas del derecho sean impartidas conforme al diverso espectro de la interpretación de los contenidos normativos de la Constitución, que impacten en la formación de futuros juristas. Ello implica un fortalecimiento en los fundamentos teóricos de las tendencias contemporáneas del Derecho. La gran mayoría de juristas

CAPITULO SEGUNDO
DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA
CARACTERIZACIÓN GENERAL DE LA JURISPRUDENCIA
ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

**1. PRESUNCION DE CONSTITUCIONALIDAD Y EXCEPCION DE
INCONSTITUCIONALIDAD**

Partiremos de un razonamiento kelseniano: la única norma que solamente crea derecho es la Norma Fundamental Hipotética, así como el único acto jurídico que solo aplica derecho es el acto de coacción de las normas individuales. Los demás actos jurídicos que se encuentran entre los extremos de la escala, no solo aplican la norma anterior, sino que crean el derecho bajo el cual se ha de regir la validez del acto siguiente²⁸.

Ha²⁹ de resaltar la Corte la diferencia existente entre las instituciones del control de constitucionalidad en abstracto -a cargo de esta Corporación (art. 241 C.P.) - y el control de constitucionalidad concreto y difuso que tiene lugar en desarrollo del artículo 4 de la Carta cuando, en el momento de aplicar una norma legal o de inferior jerarquía, se advierte su ostensible e indudable oposición (incompatibilidad) a mandatos constitucionales. La Corte Constitucional, en lo que hace a las normas sometidas a su examen, define, con la fuerza de la cosa juzgada constitucional (art. 243 C.P.), su exequibilidad o inexecuibilidad, total o parcial, con efectos erga omnes y con carácter obligatorio general, oponible a todas las personas y a las autoridades públicas, sin excepción alguna. El Consejo de Estado, también con carácter general, ante el ejercicio de acciones de nulidad por inconstitucionalidad, decide si están llamadas a prosperar las pretensiones de los accionantes, y en caso afirmativo anula el acto administrativo correspondiente, retirándolo del ordenamiento jurídico.

colombianos, aún son formados en dogmáticas jurídicas que desconocen las dinámicas del Estado Social de Derecho y su núcleo axiológico.

²⁸ En palabras de Kelsen «aplican una norma de grado superior y crean una norma de grado inferior». Kelsen, Hans. Teoría Pura del Derecho, Editorial Reflexión, página 154.

²⁹ C-600 de 1998. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

En cambio, la hipótesis del artículo 4 de la Constitución carece justamente de la nota de la generalidad, puesto que la definición acerca de si existe o no la incompatibilidad entre la norma inferior y las fundamentales debe producirse en el caso específico, singular, concreto, y en relación con las personas involucradas en el mismo, sin que pueda exceder ese marco jurídico preciso. Se habla entonces de un efecto inter partes, o circunscrito a quienes tienen interés en el caso. Y la norma inaplicada no se afecta en su vigencia general, aunque, por motivo de la inaplicación, no haya producido efectos en el asunto particular del que se trata. La excepción de inconstitucionalidad no ocasiona consecuencias en abstracto, ni puede significar la pérdida de vigencia o efectividad de la disposición sobre la cual recae, ni tampoco se constituye, dentro de nuestro sistema jurídico, en precedente forzoso para decidir otros casos que, bajo distintas circunstancias, también estén gobernados por aquélla.

Como lo ha expresado la Corte Constitucional, el principio que rige la operatividad del Estado de Derecho y que hace posible el funcionamiento de las instituciones es el de la obligatoriedad y ejecutabilidad de las normas que, dentro del esquema de la organización política, profieren los organismos y las autoridades competentes, según la Constitución. En general, la norma jurídica, independientemente de su jerarquía, obliga a sus destinatarios y es deber de las autoridades públicas, en el ámbito de las atribuciones que a cada una de ellas corresponda, hacerla efectiva. Se parte del supuesto -que puede ser descartado- según el cual la norma puesta en vigor por el órgano o funcionario competente se ajusta a la Constitución, en virtud de una presunción que asegura el normal funcionamiento del Estado, con base en la seguridad jurídica de la cual requiere la colectividad. Si esa presunción no es desvirtuada, la norma debe aplicarse; las personas -particulares o públicas- cobijadas por ella deben obedecerla; y la autoridad a la que se ha encomendado su ejecución incurre en responsabilidad, al violarla, si omite la actividad que para tal efecto le es propia o hace algo que se le prohíbe. Así lo consagra expresamente el artículo 4, inciso 2, de la Carta Política, según el cual "es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades"; y lo confirma el artículo 6 *ibídem* cuando proclama que los particulares son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes, y que los servidores públicos

lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones. Por vía abstracta, según lo dicho, la presunción en referencia solamente puede ser desvirtuada mediante fallo de inexequibilidad proferido por la Corte Constitucional, o de nulidad por inconstitucionalidad, dictado por el Consejo de Estado, según la jerarquía de la norma examinada. Este último, según la propia Constitución (art. 238), tiene además la potestad de suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial. Pero -claro está-, si se trata de actos administrativos de carácter general, o de una norma con esa misma fuerza, la suspensión provisional también tiene normalmente el mismo efecto abstracto, que no desvirtúa de modo definitivo la presunción de constitucionalidad y legalidad del acto administrativo, pero que lo priva temporalmente de todo efecto jurídico, a la espera del fallo.

La presunción de constitucionalidad³⁰ constituye una garantía indispensable para el adecuado funcionamiento del sistema de democracia representativa, en el cual la soberanía popular se ejerce a través del legislador.

Por vía concreta, frente a la indicada regla general, resulta extraordinario el caso en el que la autoridad que tiene a su cargo aplicar la norma puede legítimamente abstenerse de hacerlo, y más todavía, está obligada a esa abstención, por razón de encontrarla incompatible con la Constitución Política³¹. Esta, que es norma de normas, debe prevalecer y ser aplicada a cambio del precepto inferior que la vulnera. La inaplicación de una norma de jerarquía inferior con apoyo en el artículo 4 de la Carta supone necesariamente la incompatibilidad entre su contenido y el de los preceptos constitucionales. Si tal incompatibilidad no existe, no cabe la inaplicación y la circunstancia no es otra que la de incumplimiento o violación de los mandatos dejados de aplicar. Por el contrario, en el supuesto de un palmario enfrentamiento entre la norma y la Constitución, la obligación del funcionario o autoridad que en principio debería aplicar aquélla es la contraria: no darle aplicación. Al respecto, nuestra Corte Constitucional ha señalado:

³⁰ C-874 de 2002. Magistrado Ponente: Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL. Bogotá, D.C., quince (15) de octubre de dos mil dos (2002).

³¹ C-600 de 1998. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

"Subraya la Corte el concepto de incompatibilidad como elemento esencial para que la inaplicación sea procedente, ya que, de no existir, el funcionario llamado a aplicar la ley no puede argumentar la inconstitucionalidad de la norma para evadir su cumplimiento. El Diccionario de la Real Academia de la Lengua define la incompatibilidad en términos generales como "repugnancia que tiene una cosa para unirse con otra, o de dos o más personas entre sí". En el sentido jurídico que aquí busca relevarse, son incompatibles dos normas que, dada su mutua contradicción, no pueden imperar ni aplicarse al mismo tiempo, razón por la cual una debe ceder ante la otra; en la materia que se estudia, tal concepto corresponde a una oposición tan grave entre la disposición de inferior jerarquía y el ordenamiento constitucional que aquella y éste no puedan regir en forma simultánea. Así las cosas, el antagonismo entre los dos extremos de la proposición ha de ser tan ostensible que salte a la vista del intérprete, haciendo superflua cualquier elaboración jurídica que busque establecer o demostrar que existe. De lo cual se concluye que, en tales casos, si no hay una oposición flagrante con los mandatos de la Carta, habrá de estarse a lo que resuelva con efectos "erga omnes" el juez de constitucionalidad según las reglas expuestas. Fluye de lo anterior con toda claridad que una cosa es la norma -para cuyo anodamiento es imprescindible el ejercicio de la acción pública y el proceso correspondiente- y otra bien distinta su aplicación a un caso concreto, la cual puede dejar de producirse -apenas en ese asunto- si existe la aludida incompatibilidad entre el precepto de que se trata y los mandatos constitucionales (artículo 4º C.N.)" (Cfr. Corte Constitucional. Sala Primera de Revisión. Sentencia T-614 de 1992. M.P.: Dr. José Gregorio Hernández Galindo).

En este orden de ideas, las sentencias de la Corte Constitucional que determinan la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una declaratoria de estado de excepción, demuestran cómo la interpretación del tribunal constitucional debe ir más allá del literalismo constitucional.

El problema tiende a complicarse cuando lo que se valora no tiene que ver con una sentencia cualquiera, sino la emitida por un tribunal constitucional sobre un tema acerca del

cual la doctrina no es pacífica (el examen del contenido material o «de fondo» de la declaratoria de estados de excepción) que a su vez toca con el problema de la división de poderes en un estado demoliberal al tratarse de controlar la discrecionalidad del Ejecutivo en el cumplimiento de sus funciones constitucionales.

He aquí el fondo del debate : debemos determinar 1) los factores que legitiman a la Corte para emprender ese tipo de controles, así como 2) el grado de corrección del hecho de que la corporación haga interpretaciones adicionales a las jurídicas a la hora de cumplir su función de control.

2. El problema del control.

Para comenzar debemos examinar si realmente la Corte Constitucional es competente para hacer el control del decreto que declara el Estado de Excepción, en este caso el de Emergencia Económica y Social, y si tal control debe extenderse hasta el ámbito del contenido material de dicho decreto.

Declaratoria contra Decreto

El primer cuestionamiento acerca del control de constitucionalidad del decreto que declara un estado de excepción en Colombia es precisamente el que afirma que tal declaratoria no debe efectuarse por medio de decreto, sino con una simple declaración del Presidente con la firma de todos sus Ministros.

Así al leerse el artículo 215 de la Constitución, hallamos que no determina que el Estado de Emergencia Económica y Social se declare por medio de un decreto. En el inciso primero se dice que «...podrá el Presidente, con la firma de todos los ministros, declarar el Estado de Emergencia [económica]...», en el segundo inciso que «mediante tal declaración, que deberá ser motivada...», en el sexto inciso que «El congreso, durante el año siguiente a la declaratoria de emergencia...» y en el octavo inciso que «serán responsables [el Presidente y sus Ministros] cuando declaren el estado de emergencia...».

Para los defensores de esta posición³², en ninguna parte se está hablando de Decretos, sino de declaratorias. De ahí que sostengan que lo que debe enviarse a la Corte Constitucional para su control son los Decretos Legislativos que en virtud de la declaración expida el gobierno conforme a lo estipulado en el parágrafo del mismo artículo 215.

Así, argumentan «...que la declaración no es más que eso: una declaración, que no va más allá, y que, por lo mismo no puede afectar ningún derecho fundamental. Dicho en términos sencillos, es apenas una puerta que se abre. Una vez abierta la puerta, el Gobierno puede trasponer el umbral y dictar Decretos Legislativos»³³.

En ese orden de ideas, el problema quedaría resuelto de raíz, al excluir completamente la declaratoria del Estado de Emergencia de la categoría Decreto, y más aún si observamos que los decretos que deben ser enviados para control de constitucionalidad son los Legislativos que suceden a la declaratoria.

Por esta vía, el control de la declaratoria sería político y le correspondería al Congreso durante los diez días siguientes al vencimiento del término de uso de las facultades, mientras el control de los decretos legislativos expedidos en virtud de la misma sería jurídico y le correspondería a la Corte Constitucional.

De la otra orilla se encuentran quienes consideran que la declaratoria debe ser efectuada por medio de decreto. Esta tendencia se fundamenta en la afirmación contenida en el inciso cuarto del mismo artículo 215 de la Carta: «El gobierno, en el decreto que declare el estado de emergencia...». El problema radica en que la referencia a declaratoria y no a decretos se repite en lo que tiene que ver con los otros dos estados excepcionales, a saber, el de Conmoción Interior y el de Guerra Exterior; toda vez que en estos casos no se presenta la contradicción idiomática del 215.

³² Entre estos se cuenta el Magistrado de la Corte Constitucional Jorge Arango Mejía, quién en su aclaración de voto a la sentencia C-122/97 hace un análisis similar respecto a la Conmoción Interior.

³³ Aclaración de voto del Magistrado Jorge Arango Mejía a la sentencia C-122/97, pág. 5.

Así, se podría afirmar por un lado que precisamente el 215 contiene la expresión «el decreto que declare» para hacer una excepción a la regla general de los demás estados de excepción. Pero, y argumentando analógicamente, también se puede afirmar que por tratarse de un estado de excepción similar a los otros y en vista de que la mención de la palabra decreto es descriptiva y no preceptiva, no hay razón para declararle por medio de decreto y no por una simple declaración motivada.

Según nuestra apreciación esta tesis es la acertada. Es claro que una cosa es la declaratoria y otra los decretos legislativos que en virtud de esta se expidan por parte del gobierno. El acto de declaratoria no debe ser un decreto, sino una simple declaración suscrita por el Presidente y los Ministros.

Esto se desprende de la simple observación del texto de la Constitución. Por ningún lado se habla de Decretos, sino de declaratorias. Nos quedamos en el análisis literalista para este punto porque el problema no es difícil: simplemente se examina a que tipo de acto jurídico se refiere la Carta, y esta habla de declaratorias. Es muy claro que los decretos se dejaron para desempeñar funciones específicas (potestad reglamentaria del numeral 11 del artículo 189 C.N., etc.) y al ser expresamente decretos los legislativos que luego de la declaratoria se expidan por el gobierno, se evidencia claramente la distinción constitucional.

El problema central se traduce en las consecuencias jurídicas que pueda tener el hecho de que sean decretos o declaratorias. Obviamente lo que algunos sectores buscan al defender la figura de la declaratoria es evadir el control de constitucionalidad. Se basan en el hecho de que la Corte para afirmar su competencia ha argumentado que el artículo 214, numeral 7 de la Constitución, no distingue entre los decretos legislativos y los de declaratoria a la hora de control. En este orden de ideas, si se lograra hacer la declaratoria por un medio distinto al decreto, este ni siquiera entraría en la categoría de los actos jurídicos a los que se refiere el 241.

Como hemos anotado, el gobierno ha optado por los decretos. Lo anterior no es inconstitucional ni mucho menos, ya que el hecho de que se expidan simples declaratorias

no es obligatorio para el ejecutivo. Aún más: ha optado - pudiendo abstenerse de ello - por el medio más susceptible de ser controlado para declarar los estados de excepción.

Pero sea cual sea el medio para declarar el estado de Emergencia Económica (y en general de excepción) no existe prohibición para que tal acto pueda ser enviado por el gobierno a la Corte para control³⁴; como tampoco el tipo de acto administrativo que se emplee en la declaratoria implica que el tribunal constitucional no deba avocar su conocimiento para el respectivo análisis, como lo examinaremos más adelante.

Admitir por un lado que el control existe constitucionalmente para los decretos y no para las declaratorias y por el otro recomendar que las declaratorias también deban ser controladas por la Corte podría hacer pensar que me contradigo. Nada más errado: lo que sucede es que eventualmente el Gobierno podría discutir la competencia de la Corte prima facie en el caso de que expidiera declaratorias y no decretos en vista de que la razón del tribunal sería una construcción jurisprudencial, no expresa en la Carta. Pero en el evento en que el mismo Gobierno facilita la labor judicial expidiendo actos (decretos) para los cuales el control es expreso en la Constitución, no hay nada que discutir.

El argumento que sostiene que la declaratoria del estado de excepción no debe ser un decreto, no debe ser utilizado para poder sacar del control constitucional a la declaratoria en sí, sino únicamente para darle un mayor grado de corrección al proceso de diferenciación de los actos declarativos de los legislativos.

3. Control Formal, Material o Mixto?

Con el problema anterior resuelto de hecho - para bien o para mal - tenemos que la Corte recibe un Decreto que declara un estado de excepción, para nuestro caso, de Conmoción Interior. Vienen entonces dos problemas: primero, entrar a determinar si la Corte puede conocer del decreto que le ha enviado el Gobierno y segundo establecer si la Corte es

³⁴ Sentencia C-004/92, Magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

competente para analizarlo solo en su forma o si también le corresponde entrar a examinar el contenido material del mismo, punto este en el cual también hay dos tesis contrapuestas.

Respecto al primer interrogante, la argumentación de la Corte fue clara en la sentencia C-004 de 1992, por medio de la cual se declaró la exequibilidad del Decreto 333 de 1992 que declaraba el Estado de Emergencia Social, afirmando que:

«El numeral 7o. del artículo 241 de la Constitución Nacional, al asignar a la Corte Constitucional la función de "decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los Decretos Legislativos que dicte el Gobierno con fundamento en los artículos 212, 213, 215 de la Constitución" no excluye a los que declaran uno de tales estados de excepción ni circunscribe dicha competencia a los decretos que se dicten en desarrollo de la misma. Como se ve, no hace excepción alguna al respecto.

Por tanto, el decreto que declara el estado de excepción queda, por razón de su propia denominación, comprendido en el alcance de dicho precepto y, como tal, está sujeto al control jurisdiccional de la Corte como quiera que el tenor literal de la norma en comento es claro al indicar que todos ellos son objeto de control»³⁵

Respecto al segundo cuestionamiento existen dos tendencias fácilmente identificables así:

La primera sostiene que la Corte solo puede examinar el cumplimiento de los requisitos de forma del decreto que declare el estado de excepción³⁶. Para ellos, entrar a analizar el contenido material del mismo implica usurpar las funciones del Congreso, a quien le corresponde determinar la conveniencia y oportunidad así como las causas que originaron la declaratoria.

La siguiente postura sostiene que la Corte debe hacer un examen de carácter integral. Esta tesis fue establecida en la misma sentencia C-004/92, donde la Corte recogió un salvamento de voto del Magistrado de la Corte Suprema de Justicia (cuando cumplía función de control

³⁵ Sentencia C-004/92, Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

³⁶ Sobra anotar que quienes sostienen la tesis de la declaratoria sin decreto con mayor razón se pronuncian en contra de un análisis que vaya más allá de lo formal. En la sentencia C-122/97 sostienen esta postura los Magistrados Jorge Arango Mejía y Fabio Morón Díaz, quienes salvaron el voto.

de constitucionalidad) Luis Sarmiento Buitrago en 1974, que sostenía, refiriéndose al simple control formal que:

«Este control, que bien puede confiarse al radicador de decretos o simplemente a la Secretaría de la entidad [Corte Suprema], no corresponde al concepto que el constituyente, ha tenido siempre de entregar al más alto tribunal jurisdiccional la guarda de la integridad de la Constitución»

«Carece de respetabilidad pensar que el Constituyente de Colombia, hubiera querido limitar la función de control jurisdiccional a una simple actuación notarial... El control debe ser en consecuencia integral o no tiene razón de existir».

Finaliza afirmando que «La competencia tiene que ser por aspectos de forma y de fondo o la guarda de la Constitución no es integral»³⁷.

Lo anterior es alimentado en la sentencia C-122/97 argumentando que:

«3...el susodicho precepto [numeral 7 del art. 241] tampoco distingue entre un control por vicios de forma y control por vicios materiales o de contenido, por lo cual ni al intérprete ni al juez les es dable hacer esa distinción.

De otro lado el párrafo del artículo 215, que reitera la sujeción de dichos actos al control jurisdiccional constitucional, no distingue entre esas categorías. Ello es cierto ahora, y también lo era a la luz de la Constitución anterior.

4. Pero sobre todo, el ejercicio de un control integral sobre los actos de los poderes constituidos asegura la primacía de la Constitución como Norma de Normas que manda la regla 4a. del Estatuto Máximo y la misión confiada a su guardiana de preservar su "supremacía e integridad" por el constituyente en el artículo 215 superior»

Como podemos ver, las razones van dirigidas a demostrar que un control simplemente formal haría inocua la función del tribunal constitucional. Sería una verificación mecánica de requisitos objetivos (número de firmas, existencia de las motivaciones en el texto del decreto, citación al Congreso y determinación de plazos) que a todas luces no corresponde

³⁷

Gaceta Judicial Tomo CXLIX - CL, No. 2390-2391, págs. 427 a 436.

a la importancia de una institución como la Corte Constitucional. Por ello Nuestra ponencia apunta a exponer algunos de los principales argumentos que justifican el mantenimiento en Colombia de un control judicial de constitucionalidad material sobre el decreto que declara el estado de excepción y sus prórrogas. Para tales efectos se abordarán los siguientes aspectos:

1. Los estados de excepción y el Estado Social de Derecho. Al respecto explicaremos por qué razones la vigencia de un régimen de excepción no implica, bajo este modelo de Estado, una suspensión temporal de la Constitución.

El debate académico que se presenta en el país entre defensores y detractores del mantenimiento de un control de constitucionalidad material sobre el acto mediante el cual se declara un estado de conmoción interior y sus respectivas prórrogas, es decir, acerca de una de las más importantes novedades que trajo la Constitución de 1991, se inscribe en la clásica polémica acerca de si es conveniente o no, reconocer a la constitución plena fuerza normativa durante situaciones de extrema anormalidad fáctica.

No obstante, en la actualidad estos planteamientos que riñen con los principios fundamentales de un Estado Social de Derecho, han sido revaluados por la doctrina mayoritaria. En efecto, la Constitución ya no es considerada más en términos de compromiso político, de simple mecanismo de articulación de los grupos políticos, sino como una norma jurídica que configura y ordena los poderes del Estado por ella constituidos, cuya función principal es preservar y garantizar la dignidad humana y los derechos fundamentales, que establece límites racionales al ejercicio de la autoridad pública en todo tiempo, y que como sistema preceptivo emana directamente del pueblo soberano.

Estas trascendentes modificaciones en la concepción de la Constitución, conllevaron a que la salvaguarda de la misma quedase en manos de tribunales constitucionales independientes, ya no a merced del presidente como en el pensamiento de Schmitt en su obra *La Defensa de la Constitución*, p.213; ni en el de una asamblea como lo han propuesto diversas corrientes jacobinas según las cuales un tribunal constitucional no puede anular las

leyes por carecer de legitimidad democrática. Así pues, estos jueces constitucionales tienen por misión principal salvaguardar los derechos fundamentales contra la opinión o el querer de las mayorías parlamentarias en un momento determinado; y en tiempos de anormalidad, dado que el poder Ejecutivo asume buena parte de la facultad legislativa del Estado, protegerlos asimismo contra decisiones normativas desproporcionadas o irrazonables que afecten gravemente el disfrute de los mismos.

Ahora bien, no se puede negar, ni hacer abstracción de ello, que este debate de dogmática constitucional tiene lugar en Colombia en un contexto particularmente complejo de conflicto armado interno, situación fáctica que es invocada recurrentemente por quienes abogan por la supresión de esta variedad de control constitucional judicial, alegando que el gobierno Nacional precisa en estos momentos de crisis de un mayor margen de discrecionalidad o de maniobra para lograr restablecer el orden público. No obstante, como lo veremos más adelante, precisamente la agudización de las hostilidades, e incluso el incremento del número de actos terroristas, constituyen una razón más para preservar esta modalidad de control independiente del querer mayoritario puesto que, siguiendo, las enseñanzas de la historia, en estas situaciones de El Poder Ejecutivo suele caer en la tentación de apelar a respuestas normativas simplistas, de carácter simbólico, efectistas y altamente lesivas para el disfrute de los derechos fundamentales.

El constituyente del 91, si bien agregó el carácter “social” al Estado colombiano, confirmó su sujeción al principio de legalidad al consagrarlo como “Estado Social de Derecho”. Lo anterior quiere decir que la nuestra, es una nación en la cual además de garantizarse el principio de legalidad, el mandato constitucional de hacer efectivos los derechos sociales se hace extensivo a todos los operadores.

Al respecto, cabe recordar que el Estado de Derecho, antítesis del régimen autoritario, estamental y burocrático del absolutismo, tiene como pilares fundamentales el sostenimiento del poder político al Derecho, la separación de los poderes públicos y la garantía de libertad de los ciudadanos.

Así, con el modelo de Estado de Derecho se busca preservar la seguridad jurídica en el ejercicio de unos derechos individuales situados más allá del Estado mismo y derivados del hecho de considerar al hombre como principio y fin de la organización estatal “y a la libertad como condición del despliegue vital”³⁸.

En este orden de ideas, es claro que para que tal seguridad se haga efectiva, los órganos del Estado han de actuar exclusivamente sujetos a normas jurídicas, las cuales fijan sus competencias. De tal suerte que los poderes del Estado no sólo deben abstenerse de actuar *contra legem*, sino que deben hacerlo *secundum legem*, es decir, con arreglo a normas previas, generales, claras y precisas. De allí que se afirme que una de las características del Estado de Derecho es que la organización estatal no puede requerir ninguna acción ni imponer omisión alguna, ni mandar, ni prohibir nada a sus ciudadanos más que en virtud de un precepto legal.

Ahora bien, toda normatividad fáctica. La aplicabilidad del Derecho está supeditada por la vigencia de una situación social estable, es decir, por un estado de cosas en el cual se presentan los supuestos sobre los que se edificó la normatividad jurídica a través de la cual se rige el Estado de Derecho tiene una vigencia condicionada por la normalidad de su cumplimiento y por el sometimiento espontáneo de las mayorías a la conducta prevista en la Ley.

Con todo, el modelo del Estado de Derecho prevé y regula asimismo la anormalidad, la excepcionalidad, y con ello, el ejercicio de la autoridad pública en tales casos. En efecto, en una sociedad determinada pueden presentarse situaciones anormales, de diverso origen y denominación, que rompen los cauces de la convivencia pacífica, frente a las cuales es preciso adoptar ciertas medidas de carácter temporal, encaminadas únicamente al restablecimiento de una situación de tranquilidad ciudadana.

De tal suerte que el Estado de Derecho lleva en su propia dialéctica la necesidad de un derecho de excepción, de preverlo y normalizarlo. En palabras de Rousseau “la

³⁸ Véase al respecto GARCÍA PELAYO, MANUEL Derecho Constitucional Comparado. Madrid: s.n.,1999.

inflexibilidad de las leyes, que impiden ajustarse a los acontecimientos, puede, en ciertos casos, ser pernicioso, y causar la pérdida del Estado en su crisis”. El Contrato Social, Cap VII p.217. Quiere ello decir, que el estado de excepción no es una zona ajena al sometimiento estricto al Derecho, e igualmente, que si bien esta normatividad, por fuerza de las cosas, resulta ser distinta a la aplicable usual y cotidianamente, también lo es que no puede inspirarse en valores antidemocráticos, contrarios a los principios constitucionales fundamentales, en especial, a los derechos fundamentales. En consecuencia, se precisa en un Estado Social de Derecho, la existencia de un órgano judicial imparcial e independiente que garantice la vigencia de estos límites constitucionales a los regímenes de excepción, sin que interese la denominación que estos acojan.

Al respecto, cabe recordar que dentro del Estado de Derecho, mediante el cual se procura evitar la arbitrariedad, la Asamblea Nacional Constituyente se preocupó por establecer un régimen constitucional de excepción que fuera realmente extraordinario, que no amenaza el principio democrático y que no propiciara los abusos por parte del Poder Ejecutivo. Lo anterior, con ocasión al manejo inadecuado que se le dio a los estados de excepción, en especial al estado de sitio, durante la vigencia de la Constitución del 86, cuando realmente se convirtieron en permanentes³⁹.

En efecto, durante las discusiones en la Asamblea Nacional Constituyente, fue presentada la ponencia “Suspensión de derechos y libertades en estado de excepción” coordinada por el delegatario Jaime Ortiz Hurtado, en la cual se expresó la necesidad de sujetar la facultad excepcional de declaratoria de estados de excepción a la inminencia de derechos tales como la vida, la integridad personal, la prohibición de esclavitud y servidumbre, la prohibición de discriminación, el derecho a la personalidad jurídica, los derechos de nacionalidad, los derechos políticos, el principio de legalidad y retroactividad, las libertades de conciencia y de religión, la protección a la familia y los derechos del niño – Gaceta Constitucional N° 107 del 24 de junio de 2002.

³⁹ Véase RAMELLI, ALEJANDRO. La Constitución colombiana y el derecho internacional humanitario. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2003

Pues bien, una de las herramientas que se consideraban necesarias para la protección de los derechos humanos durante un régimen de excepción, era el ejercicio de un control jurisdiccional. En palabras de los delegatarios “[...] se trata de superar la crisis que sacuden al Estado constitucional acudiendo a medidas excepcionales que se apartan de la normalidad institucional pero que al mismo tiempo no abandonan los cimientos que lo fundamentan. De allí la necesidad de establecer un control de constitucionalidad sobre el régimen de excepción”.

Al respecto, recuérdese que en el régimen constitucional anterior, no existían parámetros expresos que delimitaran el ejercicio de las excepcionales competencias conferidas al Gobierno Nacional para declarar el estado de excepción. Así pues, el control jurisdiccional de los decretos relacionados con el estado de sitio variaba según se tratase de la declaratoria del estado de sitio o de los decretos legislativos que se dictasen en virtud y en desarrollo de éste. Para el primer caso, el control constitucional era meramente formal, es decir, se circunscribía a la verificación del cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales, es decir, la firma del presidente y los ministros y concepto previo mas no vinculante del Consejo de Estado; mientras que para la segunda hipótesis, el control era tanto formal como material, es decir, no sólo se verificaba el incumplimiento de los mencionados requisitos, sino que también se analizaba la conexidad entre las medidas tomadas por el Ejecutivo y los motivos de la declaratoria y la sujeción de estas disposiciones a los límites de las facultades otorgadas para conjurar la perturbación del orden público.

Esta dicotomía entre el decreto que declaraba el estado de sitio y los decretos que lo desarrollaban, así como el control que se ejercía sobre cada cual, propició un abuso en el empleo de las figuras de excepción, pues al no estar sujeto a un control material la declaratoria del estado de excepción, el juicio acerca del estado de crisis quedaba sujeto a la discreción del Ejecutivo. Así, el Gobierno Nacional, cada vez que lo consideraba pertinente, podía declarar el estado de excepción, y sólo tenía que preocuparse por cumplir con los requisitos formales.

En contrapartida, la actual regulación sobre estados de excepción, en consonancia y en desarrollo de los principios fundantes del Estado Social de Derecho, establece distinciones entre estos, fija presupuestos especiales para su declaratoria, impone límites materiales para evitar excesos, un término máximo de vigencia, un catálogo de prohibiciones aplicables y el establecimiento de derechos y garantías cuyo ejercicio no podría ser restringido durante su vigencia. En palabras de la Corte Constitucional:

“De allí que el actual modelo estatal se caracterice por la desaparición de los otros ámbitos absolutos de poder, por la concepción de un sistema de restricciones efectivas que lo limitan y por el papel fundamental que en su estructura y funcionalidad se le reconoce al control pues este es una manifestación del principio democrático en cuanto afirma la sujeción de los gobernantes a las reglas de juego básicas concebidas por los gobernados”⁴⁰

Así mismo, el Constituyente se preocupó también porque concurriera el Congreso de la República, mediante ley estatutaria, en la completa delimitación del régimen de los estados de excepción, es decir, planteó la convocatoria del órgano de mayor ascendencia democrática para la configuración integral de los límites con arreglo a los cuales se han de ejercer esas facultades excepcionales.

En virtud de lo anterior, fue expedida la Ley Estatutaria 137 de 1994, por la cual se regulan los estados de excepción en Colombia, la cual desarrolla entre otros aspectos, la prevalencia de los tratados internacionales sobre derechos humanos, la salvaguarda de los derechos intangibles, los mecanismos de control a la limitación de derechos y garantías, la descripción de las prerrogativas del Ejecutivo para cada una de las especies del estado de excepción y las responsabilidades políticas derivadas de su extralimitación.

Así las cosas, los estados de excepción son regímenes especiales para situaciones de anormalidad, concebidos dentro del Derecho y no fuera de él, cuya realización debe

⁴⁰ Sentencia C – 802 DE 2002 Magistrado Ponente JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO.

enmarcarse dentro de los presupuestos constitucionales, los tratados internacionales sobre derechos humanos y la Ley Estatutaria.

No obstante lo anterior, la imposición de estos límites carece de sentido si no se establece una instancia de control, máxime si se tiene presente que en el Estado colombiano, la declaratoria de un estado de anormalidad, si bien, como se explicó puede restringir los derechos y libertades de los asociados, nunca suspende la vigencia de nuestra Constitución.

Sin lugar a dudas, de la concepción de Estado de Derecho y la observancia del principio de legalidad, se infiere la necesidad de un control judicial, mediante el cual se pueda verificar si se ha presentado o no extralimitación de facultades por parte del Ejecutivo, si se han suspendido las garantías judiciales mínimas para la protección de derechos, como es el caso de los recursos de amparo y hábeas corpus, junto con los demás procedimientos que establezca la legislación interna de los estados para efectividad de los derechos y libertades.

Por ello, el control que ejerce la Corte sobre el decreto que declara el estado de excepción es el instrumento por medio del cual se garantiza, a pesar del estado de crisis, la vigencia de la Constitución y que realmente se haga efectiva la prohibición de no suspender los principios, valores y reglas constitucionales.

4. La función de la Corte Constitucional

En este aspecto estamos totalmente de acuerdo con el planteamiento del ex-Magistrado Carlos Gaviria Díaz, en el sentido de afirmar que una renuncia por parte de la Corte Constitucional al ejercicio del control de los decretos que declaran los estados de excepción, «implica un significativo marchitamiento del Estado de Derecho»⁴¹.

En nuestra opinión la discusión acerca de si la declaratoria es simple o es por decreto, debe tener un valor más formal que material: si la imposición de la lógica y el sentido común que hacen que no se expida decreto sino simple declaratoria ha de ser utilizado con la sola

⁴¹ Aclaración de voto del Magistrado Carlos Gaviria Díaz a la sentencia C-122/97, folio 119.

finalidad de evadir el control de constitucionalidad, es mejor que se persista en el error actual de proferir decretos para declarar estados de excepción.

Ahora bien, óptese por los decretos o por las declaratorias, estos actos jurídicos han de ser enviados en toda circunstancia para el control de la Corte. Un argumento de peso para no hacerlo lo constituye la no afectación de derechos fundamentales - ni de cualquier otro tipo - por el solo hecho de declarar un estado de excepción. Esto es cierto y aún más si se considera que es demasiado fina la línea que separa un juicio de constitucionalidad de uno de «conveniencia y oportunidad» de carácter eminentemente político, cuando las disposiciones que verdaderamente tienen un contenido jurídico de relevancia son los Decretos Legislativos.

Otra objeción la constituye el examen del tenor literal del artículo 241, numeral 7 de la Carta. En esta norma se estipula el control de constitucionalidad de los decretos legislativos expedidos con ocasión de los estados de excepción. Es a todas luces, una interpretación literal del texto, ayudada por el encabezamiento del artículo 241 que impone a la Corte ejercer sus funciones en sus «estrictos y precisos términos». Los dos argumentos son respetables y de peso.

1. Al primero le podemos responder afirmando que el control de la declaratoria busca establecer un parámetro válido frente al cual comparar los decretos legislativos posteriores.

Examinaremos qué pasa si la Corte no entra a controlar la declaratoria en el aspecto material. De este modo se deja en manos del Gobierno la responsabilidad de que lo afirmado en su declaratoria sea cierto y frente a ello se compararán los Decretos legislativos. En este punto cabe la pregunta ¿Se irá a contradecir el Gobierno? ¿Qué pasaría si se describe una situación desproporcionada por parte del Gobierno y la Corte no la analiza pensando en que lo que habrá de controlarse son los decretos que con base en esa situación se expedirán? Perfectamente a situaciones desproporcionadas, soluciones desproporcionadas. Así se daría patente de curso al Ejecutivo para sobredimensionar las situaciones de excepción y proporcionalmente a ellas tomar medidas sobredimensionadas,

ante lo cual la Corte no podría hacer cosa alguna, en vista de que las medidas tienen que ver con los motivos aducidos en la declaratoria.

A nuestro modo de ver en este punto vale la pena resaltar por qué el control debe hacerse desde la declaratoria: como se ve arriba, el Gobierno puede iniciar su propio círculo vicioso, a no ser que se contradiga burdamente, el control sobre medidas que tienen como fundamento presupuestos exagerados será imposible.

Entra a jugar aquí un factor que omite la Constitución: el problema de la magnitud, como factor cuantitativo de las medidas que tome el gobierno en los decretos legislativos. Así, en el capítulo 6 del título VI se le solicita a la Corte que examine «la relación directa y específica» (factor cualitativo) de los Decretos legislativos con el estado de excepción declarado.

A lo oportuno, según el salvamento de voto a la sentencia C-122/97, se halla íntimamente ligado lo eficaz⁴².

Para finalizar, el argumento de la Corte Suprema de Justicia que busca legitimar el control:

«Si la Corte no analiza los motivos de la emergencia y los encuentra reales, ¿cómo puede cumplir la función que le confía la Carta sobre que los Decretos que dicte el Presidente con fuerza legal “tengan relación directa y específica con la situación que determine el estado de emergencia”?»

2. Por las razones atrás expuestas, la interpretación de las funciones de la Corte no se pueden limitar a lo estipulado en el numeral 7 del artículo 241. Si el control de los decretos legislativos no se puede efectuar si no se ha examinado el contenido de la declaratoria (en decreto o en declaratoria simple) debemos admitir la competencia de la Corte para abordar dicho examen.

⁴² Salvamento de voto, pág. 15 de la C-122 del 12 de marzo de 1997. Magistrado Ponente. Dr. ANTONIO BARRERA CARBONELL – EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

El fundamento a nivel constitucional es el artículo 4 de la carta, donde se estipula la supremacía de la Constitución. También está en el mismo encabezamiento del 241, donde se confía a la Corte la guarda de la Constitución.

Si el establecimiento de un estado de excepción motivado en afirmaciones incontroladas puede degenerar en la adopción de medidas violatorias del orden constitucional, es legítimo y constitucional que la declaratoria, sea cual sea su forma deba pasara a ser controlada en su contenido.

En lo que tiene que ver con el análisis material del decreto, o en una eventualidad de la declaratoria, se cae de su peso que este debe emprenderse: un Estado no puede darse el lujo de tener todo un mecanismo constitucional de control para que el más alto tribunal del país se pronuncie acerca de unos requisitos de los que perfectamente, como ya se ha señalado, puede dar fe un simple notario.

De modo contrario, si admitimos la opción de que se examine el contenido material del decreto pero consideramos que no debe ser enviado a la Corte, entramos en el campo académico donde nuestra opinión acerca de la constitucionalidad del decreto no tiene fuerza vinculante, salvo la obligatoria ingestión de un café mientras se da el debate.

Un nuevo rumbo.

Ya reivindicada la facultad para hacer un examen *material* o «*de fondo*», persistía la pregunta ¿en qué consiste dicho examen?. La Corte contestó esta pregunta en la C-004/92, diferenciando el juicio político sobre conveniencia y oportunidad de un juicio jurídico de carácter cognoscitivo destinado a verificar la existencia del presupuesto de hecho de la declaratoria.

De las dos opciones que se pueden presentar al hacer un juicio sobre los hechos que dan origen a la declaratoria, la Corte optó por el menos riguroso: simplemente se limita a verificar si los hechos han ocurrido y se han presentado como lo alega el gobierno. Pero la

segunda opción, la que en realidad hubiera representado una verdadera transformación, no se acogió y quedó abanderada en solitario por el Salvamento de Voto a la misma C-004/92 del magistrado Ciro Angarita.

Esta posición, sostiene que no solo hay que determinar si los hechos han ocurrido como lo afirma el Presidente, sino que se debe entrar a determinar si los hechos son de tal magnitud que de ellos se pueda predicar que son graves y por tanto, son nocivos para el orden público, social, etc.

El problema de esta postura es su inevitable similitud con las características del juicio político de conveniencia y oportunidad que realiza el Congreso. Si bien es cierto que la justificación de este control riguroso es jurídica (proteger al orden jurídico de la discrecionalidad que el sistema de control laxo le sigue permitiendo al Presidente) la metodología es eminentemente política. El hecho de que resalte esta característica no implica que esté en desacuerdo con el uso de elementos políticos por parte de un tribunal de constitucionalidad: el asunto es que en últimas la Corte le está usurpando una función constitucional al Congreso.

En efecto, el sistema de control laxo adoptado por la Corte en la C-4/92 no hace otra cosa que legitimar por vía de la jurisprudencia la discrecionalidad total del Presidente en la declaratoria de un estado de excepción, ya que si bien es cierto que se le exige, respecto al régimen anterior, al menos que se base en hechos ciertos, lo fundamental es que sigue conservando la facultad de declarar la excepcionalidad cuando lo desee. ¿Por qué? Porque al valorar a su antojo la capacidad desestabilizadora de determinados hechos, respondiendo solo por la veracidad de los mismos, el Presidente sólo necesita un simple hecho de carácter desestabilizador para declarar la excepcionalidad. Y en Colombia este tipo de hechos se dan silvestres.

Dicho lo anterior, lo que queda claro es que el sistema laxo le deja un margen de discrecionalidad al gobierno para evaluar la capacidad desestabilizadora, y que sobre esta

evaluación, si es cierto que estamos en un estado de derecho donde no hay poderes omnímodos, alguien debe hacer un juicio.

Si la Constitución dice que el juicio de conveniencia y oportunidad debe ser realizado por el Congreso ¿a qué obedece que la Corte no pueda deshacerse del problema tan fácilmente? En primer lugar, existe una profunda y justificada desconfianza respecto a la disposición del parlamento para hacer un verdadero juicio al gobierno. Además, el control laxo choca con el artículo 241 de la carta, donde se le confía a la Corte «...*la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución...*». Si seguimos esta línea, debemos admitir que no hay modo de proteger a cabalidad la carta fundamental diferente al de hacerle un juicio político y de oportunidad por parte de la Corte. Lo anterior nos conduciría a proponer que realmente la función del control de la conveniencia y oportunidad de la declaratoria del estado de excepción está confiada tanto al Congreso como a la Corte.

Como este debate se inscribe en la discusión inevitable de si el activismo judicial es legítimo o no, teniendo en cuenta el conocido argumento de que nadie fue a las urnas para elegir a los tribunales constitucionales y que al intentar compartir o suplantar a los parlamentos están violando el principio democrático, tanto los activistas como los conservadores le dan a sus argumentaciones el carácter de «*jurídicas*» y tanto los unos como los otros, consideran que acoger sus planteamientos no implica para nada la toma de actitudes «*políticas*» por parte de la Corte.

Podemos afirmar que desde 1992 la Corte se sostuvo en su posición de examinar únicamente la existencia de los hechos aducidos por el Presidente. Pero en 1994, en la sentencia C-300 de 1994⁴³, con ponencia del magistrado Eduardo Cifuentes, sin mediar

⁴³ En esta ocasión el Fiscal General de la Nación informó al Presidente sobre la inminente salida masiva de presos investigados por delitos graves (extorsión, secuestro, terrorismo, narcotráfico) a causa del vencimiento de los términos legales para perfeccionar las investigaciones y proferir acusación. El argumento del Fiscal era que la sobrecarga de trabajo no le había permitido a la entidad responder oportunamente con sus obligaciones. Según el gobierno, la salida de los novecientos presos desestabilizaría el orden público. La Corte declaró inexecutable la declaratoria argumentando que por el solo hecho de estar investigada por un delito grave, una persona no es peligrosa. Además, se basó en que el gobierno no pudo demostrar cómo cada uno de los presos afectaría el orden público, ya que para la Corte no era suficiente el dato numérico de los presos que

explicación alguna (y basándose en la retórica de la C-004/92) se declaró la inexecutable de la declaratoria de conmoción interior alegando que los hechos que el Presidente expuso eran ciertos, pero que a ellos no se les podía otorgar por sí solos el carácter de desestabilizadores del orden público. Esta interpretación provocó el Salvamento de Voto de tres de los nueve magistrados de la Corte (Herrera, Morón y Naranjo) quienes si percibieron como se cambió el precedente, reclamando explicación por la manipulación del concepto «control de fondo» con el fin de hacer lo que ellos consideraban un juicio político no cognoscitivo.

La ratificación de este giro hacia el juicio estricto se dio en la sentencia C-466/95, con ponencia del magistrado Carlos Gaviria, en la cual se retomaron los elementos del Salvamento de Voto de Angarita de 1992. En esa ocasión la Corte sostuvo que el recrudecimiento de la violencia en el país respondía a fenómenos endémicos que no tenían nada de extraordinarios en la vida nacional, y que por esa misma razón debían ser tratados con medidas ordinarias permanentes y no con las excepcionales transitorias, negándole así al gobierno la executable a la declaratoria. Nunca negó la Corte que los hechos que adujo el gobierno fueran ciertos (masacres, asesinato de una funcionaria judicial) pero si negó la calidad de sobrevivientes y anormales.

De nuevo esta decisión provocó virulentos Salvamentos (Arango y Morón) y Aclaraciones (Herrera y Naranjo) de Voto, en la medida en que no admite expresamente el cambio de jurisprudencia. Al respecto vale estar de acuerdo con la minoría, ya que es de lamentar que la Corte haya ampliado sus facultades para el control material o «de fondo» sin haber justificado con nuevas razones (se atuvo a las dos de 1974 y 1992 –falta de criterio de contrastación de los decretos leyes e inutilidad de un tribunal constitucional para realizar labores notariales-) su accionar y sin dejar en claro, bien por qué su metodología no puede ser acusada de juicio político de conveniencia y oportunidad, o bien si lo que considera es

iban a salir en libertad en uso legítimo de sus derechos procesales y a causa de la negligencia del mismo estado. No obstante la negativa, la Corte dejó sin piso las medidas tomadas sólo a partir de su fallo, por lo cual el objetivo provisional del ejecutivo de impedir la excarcelación masiva se cumplió.

que la elaboración de dicho juicio es a criterio de la Corte una función que en virtud de una interpretación de la carta es compartida por el Congreso y el propio tribunal constitucional. Si bien es cierto que esta dinámica en la toma de posiciones ha sido descrita solo desde el aspecto relacionado con la evaluación de los hechos (evaluación estricta si mide la capacidad desestabilizadora, gravedad y anormalidad de los mismos, o evaluación laxa si solo se limita a determinar si ocurrieron o no), el problema de hasta donde puede ir el juez de constitucionalidad en el examen de los hechos expuestos para justificar la excepcionalidad constitucional, no deja de ser el eje central de los debates que examinaremos a continuación.

5. La interpretación constitucional

Frente a la afirmación de competencia, la repetida jurisprudencia de la Corte se ha basado en un análisis literalista de la Carta. Así, el afirmar que se es competente para conocer de los decretos declarativos del estado de excepción en general y de la Conmoción Interior en especial, en virtud de que la Constitución no lo prohíbe expresamente, es una interpretación que no rebasa los límites del texto. Se limitan a examinar si existe norma en contra de su competencia y a exponer que esa competencia es necesaria para cumplir a cabalidad su función de control sobre los posteriores Decretos Legislativos, también establecida clara y textualmente en la Carta.

Del mismo modo los opositores a esta tesis se afirman en posturas literalistas cercanas a las de los originalistas: En ninguna parte de la Constitución (recurren al texto) dice que la declaratoria debe ser hecha por decreto. Es más, se habla de declaratoria (nueva mención del texto llano y puro) y no de decreto, por lo cual lo que querían los delegatarios (recurren a la voluntad del constituyente) era precisamente diferenciar la declaratoria de los Decretos Legislativos que en virtud de ella se expidieran. Si esto es así, y sólo los Decretos Legislativos van a control constitucional según este escrito en la Carta (Art. 221 Lit. 7), no tiene competencia la Corporación para examinar la declaratoria.

En esta posición se cambian elementos de las reglas de interpretación de Blackstone dentro de su sistema de "signos probables y naturales"⁴⁴. Todo juega alrededor del uso de las palabras (primera regla)⁴⁵ o su omisión, y a lo que querían con tales usos u omisiones expresar los creadores de la norma (quinta regla)⁴⁶.

En lo que a la determinación de la exequibilidad de la declaratoria se refiere, se da un debate entre las posturas "duras" que propugnan por la aplicación de un test estricto de subsidiariedad y las "blandas" que abogan por un simple juicio de razonabilidad de la conducta presidencial.

La pregunta necesaria se dirige a determinar cuál tipo de examen es más conveniente a la hora de abordar la constitucionalidad de un asunto frente al cual hay que hacer indispensablemente una valoración más allá de lo jurídico. Como ya lo hemos señalado, este tipo de asuntos sin dejar de ser actos jurídicos (Decretos) provienen de una decisión política, lo que hace más complejo el problema.

5.1. Primera posición.

Una de las posturas sostiene que asuntos como la Conmoción Interior pertenece a lo que la jurisprudencia estadounidense denomina Political Questions⁴⁷. Esta jurisprudencia afirma que para que un asunto sea susceptible de ser revisado jurídicamente, debe estar fuera de los que se denomina «Cuestión Política». La cuestión política para los estadounidenses no es

⁴⁴ WOLFE, Christopher. La transformación de la interpretación constitucional. Madrid, Civitas 1991. Página 34.

⁴⁵ Afirma que las palabras deben entenderse en su significado más habitual y conocido. En el mismo sentido nuestro Código Civil vigente al hablar del sentido natural y obvio de las palabras de la ley.

⁴⁶ Es la razón que llevó al legislador a promulgarla. El C.C. en su Art. 32 habla del espíritu general de la legislación.

⁴⁷ El ejemplo clásico es el caso Baker contra Carr, 369 U.S. 186 (1962). Toda la información acerca de las *political questions* ha sido tomada de fotocopias rotuladas bajo el nombre de *Justiciability - Declining the exercise of jurisdiction*. Páginas 639 a 649

necesariamente cualquiera que "involucre políticas", sino aquellas en las que la política sea "el corazón" del caso.

Para que un asunto deba considerarse dentro de esta categoría debe cumplir con los siguientes requisitos, principalmente⁴⁸: estar encomendado a otras ramas del poder público por la Constitución, carecer de estándares judiciales manejables para decidir y la necesidad de pronunciamientos unificados por parte de la nación.

Entre los asuntos que se incluyen dentro del primer requisito⁴⁹ encontramos la Regulación de la milicia, las acusaciones de la Cámara de Representantes contra altos funcionarios y la determinación por parte del Congreso si una enmienda ha sido ratificada o no.

En lo que al segundo trata (carencia de estándares judiciales manejables), encontramos lo concerniente al tiempo que tienen los Estados para ratificar enmiendas y las disputas entre el Presidente y el Congreso acerca de las facultades para declarar la guerra y la ley marcial.

En el tercer requisito se incluyen todos los aspectos que tienen que ver con las relaciones internacionales de la Unión Norteamericana. Cabe anotar que sólo basta la existencia de uno de estos eventos para que el caso no sea susceptible de revisión judicial.

De lo anterior se podría concluir que lo relativo a la declaratoria de un Estado de Excepción entra, frente a la Corte, en el campo de lo que ha sido "carecer de estándares judiciales manejables para decidir", es decir al ejecutivo (Gobierno)⁵⁰

⁴⁸ También se consideran otros menos importantes como la ausencia de respeto por las decisiones de otras ramas del poder, el hecho de que ya haya sido tomada una decisión política frente al tema y a la imposibilidad de no tomar partido frente a la misma.

⁴⁹ El caso más importante de "asuntos encomendados a otras ramas del poder" fue *Powel contra McCormick*, 359, U.S. (1969).

⁵⁰ En este sentido la declaración de voto del Magistrado Arango Mejía la afirmar que <... la Corte desconoció las competencias del Congreso y del Presidente,... la del segundo, consecuencia necesaria de su obligación de "*conservar en todo el territorio el orden público y establecerlo donde fuere turbado*" (Num. 4, Art. 189 C.N.)> Aclaración ..., página 1 (111 del expediente). Para el caso el ejemplo del orden público no es pertinente (a no ser que se refiera el Magistrado al *Orden*

En este orden de ideas (considerar la declaratoria como una Cuestión Política) es el supuesto teórico de un juicio de razonabilidad consiste en determinar si «... el Presidente obró dentro del razonable margen de discrecionalidad originado en su obligación de conservar y restablecer el orden público en todos los campos...»⁵¹

De lo anterior se deduce que la labor de la Corte de limitarían casi al estudio formal del Decreto de la declaratoria, y sólo iría hasta decir si la situación es anormal o no. De ahí en adelante lo importante es conjurar la crisis, y eso ha de dejarse en manos del Presidente.

El control entre las ramas del poder brilla por su ausencia en esta postura. Se sostiene que las afirmaciones del Gobierno han de tenerse por ciertas mientras no se demuestre lo contrario y al examen constitucional propuesto es bastante arriesgado denominarle «control».

5.2. Segunda posición

La otra tesis le da una importancia trascendental al hecho de que el Presidente asuma las funciones del Congreso momentáneamente y por tanto considera que al hacer el examen, ha de realizarse un estricto test de subsidiariedad. Es decir, si realmente las herramientas ordinarias han sido insuficientes.

De modo contrario, se entiende que de ser posible conjurar la crisis por los medios ordinarios, no podrá convalidarse el uso de las competencias excepcionales. A este resultado llegó la Corte. Hemos enumerado arriba todos los argumentos esgrimidos por la corporación para tales efectos. Como podemos observar, es bastante difícil pasar el estricto test aplicado. Pero es crítica política.

Público Económico), pero cabe anotar que efectivamente la Constitución le otorga al Presidente la dirección de la economía en los numerales 20 y 25 art. 189 C.N.

⁵¹ Salvamento de voto a la sentencia C-122 /97, página 25 de la C-122 del 12 de marzo de 1997. Magistrado Ponente. Dr. ANTONIO BARRERA CARBONELL – EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Tres problemas recurrentes. La jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana nos lleva de modo recurrente a tres problemas sobre los que tratare a continuación: la dinámica normalidad – anormalidad, la ley excepcional como ley común y el problema de la capacidad del juez para observar la realidad social.

Normalidad – Anormalidad. El presupuesto básico de los estados de excepción es la existencia de un estado de normalidad que se ve perturbado por hechos graves y sobrevinientes. Dado que las herramientas jurídicas ordinarias están diseñadas para la normalidad, en el estado de anormalidad se requieren herramientas jurídicas extraordinarias. Desde esta perspectiva, y siguiendo el planteamiento de la C-4/92, la anormalidad simplemente es un medio para lograr el fin del retorno a la normalidad.

El problema se complica cuando al estado original no se le puede dar de un modo unívoco el apelativo de normal. Tal es el caso colombiano. Dado el carácter de país en vías de desarrollo, de alta concentración de la riqueza (por encima incluso de la media latinoamericana), desigualdad social y sobre todo la existencia de un conflicto armado interno que se desarrolla en múltiples frentes (guerrilla, paramilitares, narcotráfico, ejército), afirmar que se está partiendo de la premisa de la normalidad es casi una quimera. Tal vez en la única figura en la que podemos comenzar a describir la normalidad sin temor a incurrir en disputas de apreciación es en el caso de la Guerra Exterior, ya que es claro que desde 1934 nuestro país no ha estado en guerra con potencia extranjera alguna.

Ahora bien, en un país de estas características se tienen dos opciones: una, considerar que la normalidad no es un estado que se presupone, sino que es una meta a la que se dirige la sociedad actualmente anormal⁵²; otra, aceptar que nuestra anormalidad, por lo generalizada en el territorio, permanente en el tiempo y asimilada en las personas, constituye nuestra normalidad.

⁵² Así, y sin afirmar que Heller está de parte de esta facción, se lee en su Teoría del Estado que «...hemos considerado exclusivamente el caso en que la Constitución [...] es completada por [...] normalidades. La creación de normas por el Estado, no crea, desde luego, un Derecho válido, sino *solo el plan de un Derecho que se desea para el futuro*» (cursivas mías). Heller, Hermann, Teoría del Estado. Fondo de Cultura Económica, México, 1995. Página 277.

La primera opción conduce a interpretaciones que privilegian favorecer las declaratorias de estados de excepción en el entendido de que ciertos hechos violentos o algunos sucesos socioeconómicos atentan contra la normalidad buscada, no la vivida. En esta línea se destacan la citada C-4/92 y la C-556/92⁵³. Desde esta posición se argumenta que el problema de la violencia o de los sucesos varios que pueden afectar al orden público o al orden social, no es susceptible de gradaciones, así como tampoco admiten que el hecho de que en Colombia se vivan peculiares circunstancias sea razón para no admitir que hay hechos que por su sola ocurrencia son graves. Para quienes defienden esta postura, no puede haber una «anormalidad normal», como quedo dicho en la sentencia C-031/93⁵⁴.

La segunda opción privilegia un control estricto al gobierno en la declaratoria de estados de excepción, dentro de la idea de que nuestra actual Constitución fue redactada teniendo en cuenta nuestra especial normalidad, y que ante la gravedad de concentrar el poder legislativo en el Presidente, los poderes excepcionales se deben reservar para situaciones que frente a la situación vivida, no la querida, se puedan calificar verdaderamente de graves y/o anormales. De esta línea se puede señalar el Salvamento de Voto a la C-4/92, así como las sentencias C-300/94 y C-466/95, ya mencionadas.

El riesgo que se corre con la primera posición es sencillo: si lo que consideramos como normal es un ideal a alcanzar, y la Constitución no regula ese ideal sino la realidad (que en ese planteamiento no es lo normal), entonces no sabemos qué es lo que la Constitución regula, pero de seguro no es la normalidad. De ese modo, la Constitución pierde toda eficacia e inclusive pierde la justificación de su existencia, ya que ni regula lo normal (que es un ideal) pero tampoco regula lo anormal (para lo que se necesita la excepcionalidad).

⁵³ En esta ocasión ante los atentados del Cartel de Medellín el gobierno declaró la Conmoción Interior que fue declarada exequible por la Corte.

⁵⁴ En esa ocasión, recién fracasadas las conversaciones del gobierno con las FARC en Venezuela y México, y tomada la decisión por parte del ejecutivo de librar una «guerra integral» contra la subversión, el Presidente declaró la Conmoción Interior para poder tomar medidas que atacaron, principalmente, la libertad de difundir informaciones sobre la guerrilla, limitaron el accionar a nivel departamental y municipal de los gobernadores y alcaldes frente a los grupos guerrilleros de las regiones y establecieron prohibiciones y multas para los contratistas estatales que pagaran las extorsiones a la guerrilla. La declaratoria fue declarada exequible por la Corte.

Pero no todo termina allí, ya que si se predica de una facultad que es anormal, es respecto a una magnitud de la que predicamos la normalidad. Entonces, los estados son excepcionales ¿respecto a que? Ya no podemos contestar que frente a la Constitución porque se ha admitido que ella no regula la normalidad (no – excepcionalidad). No obstante lo anterior, si se exigen las facultades extraordinarias o anormales esto quiere decir que, así sea de un modo precario, la Constitución si regula un estado de normalidad formal o aparente, negándose la premisa inicial.

Esta contradicción desvela la treta de la línea expuesta: a sabiendas que un poder del gobierno que permanezca siempre en la anormalidad es insostenible, se necesita un estado de normalidad aparente que respalde los esporádicos lapsos de anormalidad, de modo tal que el estado se gobierna desde la anormalidad, pero sus ciudadanos creen que, en principio, esa anormalidad es la excepción y no la regla.

Afirmó Hobbes que «...si un rey descubre que en virtud de semejante concesión se incapacita para proteger a sus súbditos, peca si mantiene esa concesión; y por consiguiente, puede y debe no hacer caso de ella. [...] Además el rey, como por todas partes se admite, tiene sobre sí la responsabilidad de proteger a su pueblo...»⁵⁵. Al observar las motivaciones que los Presidentes bajo la actual Constitución han esgrimido para poder gobernar en Estado de Excepción, las cuales siempre han tenido como su gran basamento normativo la cuarta obligación constitucional del Presidente, art. 189 «Conservar en todo el territorio el orden público y restablecerlo donde fuere turbado», queda la impresión de que la concesión moderna es una Constitución que exige la normalidad (ya vimos las diferencias con el régimen anterior), que la obligación del rey de proteger los súbditos actualmente se llama orden público y que el derecho a desobedecer la concesión se llama estado de excepción.

Ahora bien, en un símil increíble, tanto ayer como hoy se manipuló la realidad para lograr los fines omnímodos. Como bien lo ha señalado Kriele, Hobbes omitió que el rey siempre tuvo las facultades de confiscaciones de buques, movilización de tropas y establecimiento

⁵⁵ Hobbes, Thomas. *Diálogo entre un filósofo y un jurista*. Tecnos, Madrid, 1992. Página 16. La concesión a la que se refiere el párrafo es el conjunto de leyes que le impedía al Rey de Inglaterra recaudar impuestos sin el consentimiento parlamentario.

de impuestos para la defensa del país, «aún sin el consentimiento del parlamento»⁵⁶. Del mismo modo, la Corte en una de las pocas sentencias que defienden la segunda posición (que corresponde a un control estricto de las declaratorias y a una tendencia a admitir nuestra anormalidad normal) le recordó al Presidente que tenía a su mano las herramientas jurídicas ordinarias para conjurar los hechos sin necesidad de recurrir a la excepcionalidad⁵⁷.

6. La ley excepcional como ley común.

La tendencia descrita arriba de volver normal lo anormal y común lo extraordinario se expresa también en la posición que ha tomado la Corte respecto a los decretos leyes expedidos con ocasión de los estados de excepción. Así en la sentencia C-32/93, con ponencia del magistrado José Hernández, se reafirmó la total autonomía presidencial.

Luego de declarada la Comoción Interior con miras a atacar la lucha guerrillera, el gobierno expidió el Decreto ley 1811 de noviembre 9 de 1992, en el cual se modificaba el régimen disciplinario de los gobernadores y alcaldes. Dicho régimen estaba sustentado en el artículo 304 constitucional, que dice «El Presidente de la República, en los casos taxativamente señalados por la ley, suspenderá o destituirá a los gobernadores», así como en el 314 «El Presidente y los gobernadores, en los casos taxativamente señalados por la ley, suspenderán o destituirán a los alcaldes». Pues bien, la ley que reglamentó este artículo fue la 4 de 1991.

Teniendo en cuenta lo anterior, el gobierno adicionó mediante el decreto ley, la ley 4/91⁵⁸. Esto no tendría discusión (es normal que el estado de excepción se utilice para suspender o

⁵⁶ Kriele, Martín. Introducción a la Teoría del Estado. Depalma, Buenos Aires, 1980. Página 200.

⁵⁷ C-466/95. En esta extensa sentencia, se le recuerda al gobierno que el problema de las bajas penas a los criminales no solo no son motivo para declarar estados de excepción, sino que le indica que el método idóneo para corregir tal falla es la presentación de un proyecto de ley al Congreso. En otro de sus apartes, respecto a la crisis carcelaria, le recuerda al gobierno que en la ley de la materia existe la figura de la Emergencia Penitenciaria, instituto jurídico que el gobierno no utilizó ante la situación, prefiriendo la excepcionalidad constitucional, que se le negó en la decisión.

⁵⁸ El Decreto establecía nuevas causales de suspensión y destitución de alcaldes y gobernadores, así como el mecanismo para hacer efectiva dicha sanción. Estas causales estaban relacionadas con posibles negociaciones que los mandatarios locales pudieran realizar con la guerrilla.

modificar leyes) si esta ley no se relacionara precisamente con el ámbito de las facultades del Presidente. Lo que se quiere resaltar tiene dos aspectos. Primero, que es muy diferente la modificación de un Código o de las penas a los delitos, o el limitar las radiocomunicaciones en zonas de influencia del narcotráfico, y otra cosa muy distinta es modificar disposiciones que son precisamente limitaciones al propio poder. Por otra parte, el precedente que se dejó fue más allá que lo que la solicitud presidencial reclamaba, de modo tal que la Corte señaló que mientras las leyes no especificaran otra cosa, los decretos leyes del gobierno podían modificarlas sin restricción alguna.

Así, en el fallo de constitucionalidad de la ley estatutaria de los estados de excepción (Sentencia C-179/94), la única limitación que se le pone al gobierno es la de no poder suspender precisamente a dicha ley regulatoria de los estados de excepción por medio de los decretos leyes.

Es por esto que afirmo que la Corte terminó dándole al gobierno más facultades de las que ha solicitado, ya que en el estado de excepción una ley en el sentido material (el decreto ley) de cuya categoría no se da información en la Constitución (pero que para cualquier caso es extraordinaria, «anormal»), puede modificar no solo las leyes ordinarias expedidas por el Congreso, sino también las estatutarias⁵⁹ y las orgánicas⁶⁰, que por su naturaleza exigen mayorías absolutas de los miembros del parlamento para su aprobación, e incluso, en el caso de las estatutarias, un control previo por parte de la Corte.

Cabe ahora la pregunta ¿enviará el gobierno a control previo de constitucionalidad un decreto ley que suspende una ley estatutaria que si ha cumplido con una mayoría calificada y revisión previa cuando fue expedida?.

Lo anormal se torna normal, la Corte no distingue entre la medida extraordinaria tomada para períodos de anormalidad y las medidas permanentes que para asegurar su permanencia

⁵⁹ Artículo 152 C.N., estas leyes versan sobre los derechos y deberes de las personas, los estados de excepción, la participación ciudadana, la administración de justicia y el régimen de partidos.

⁶⁰ Artículo 151, estas leyes regulan el ejercicio y funcionamiento del Congreso, así como el proceso de elaboración del presupuesto nacional y la asignación de competencias normativas a las entidades territoriales.

y legitimidad han exigido un trámite estricto. Y no solo eso: lo que ni siquiera puede hacer el Congreso, esto es afectar una ley de carácter estatutario u orgánico por medio de una ley ordinaria, dado su carácter cualificado en la votación y en el caso de las estatutarias control previo de constitucionalidad, le es permitido al gobierno en virtud del estado de excepción. La normalidad parlamentaria se ve sometida a la anormalidad gubernamental, donde el Congreso no puede hacer con sus propias facultades permanentes lo que si se le permite al usurpador temporal con las suyas prestadas y extraordinarias.

Detrás del debate de la ley extraordinaria como ley ordinaria está la disputa entre el poder del Congreso y el del Gobierno. ¿Qué puede explicar la sistemática tendencia del gobierno a oponerse al nuevo sistema de normalidad, intentando forzarlo al máximo para volver al anterior de excepcionalidad permanente de creación del Derecho? Y en esa misma línea, ¿cuál es la doctrina que sigue sosteniendo gran parte de Corte (sobre todo hasta 1994) respecto al debate Congreso – Gobierno?.

Teniendo en cuenta la alta autonomía del Presidente a la hora de declarar el estado de excepción, y la dinámica política colombiana donde no se da el esquema gobierno - oposición y los partidos prácticamente no existen, el más poderoso se impone: «...ninguna división de poderes del Derecho Constitucional puede impedir que en un conflicto insoluble, por ejemplo entre el gobierno y el parlamento, decida, a falta de una unidad superior de acción, el poder prácticamente más fuerte...»⁶¹.

De esta manera, si en la práctica no se impone el gobierno, mucho más fuerte, en la instancia de la “unidad superior de acción” que en el caso de los estados de excepción es la Corte, habrá quien crea que la razón de estado se impone sobre la Constitución.

7. La capacidad del juez constitucional para observar la realidad social.

En la sentencia C-579/92⁶², con ponencia del magistrado Simón Rodríguez, la Corte afirmó que «el juez carece de los elementos de juicio para interpretar y resolver los factores de

⁶¹ Heller, op. cit., página 278.

⁶² El decreto objeto de la revisión levantaba el estado de conmoción interior y extendía la vigencia de un decreto ley dictado.

orden público». Si bien es cierto que no es litigioso el punto sobre la incapacidad del juez para resolver los factores del orden público, no deja de ser extraño que, frente a su función de controlar las declaratorias de los estados de excepción, el juez afirme no tener capacidad de interpretar dichos factores.

En su presentación sobre la Teoría de la Soberanía, Hart nos da una luz acerca de la utilidad práctica de la toma de la iniciativa en la lucha por la soberanía legislativa «...en todas partes la existencia de derecho implica la existencia de [tal] soberano. Por otra parte, la teoría no sostiene que no hay límites al poder soberano, sino únicamente, que no hay límites jurídicos al mismo.»⁶³.

Es esto lo que precisamente se busca: contraer el ámbito de lo jurídico a favor de una expansión de lo político, en la medida en que el juez se considera incapaz de poder examinar la realidad social. Lo interesante de la apreciación es que no se dan las razones que la fundamentan, diferentes a la insinuación de que el Presidente tiene a mano los informes de los servicios de inteligencia del Estado, además de reafirmar la misión presidencial de conservación del orden público.

Lo anterior nos invita a descubrir tales razones. Siguiendo la célebre frase de Schmitt «soberano es quien decide la situación excepcional» y su ataque al parlamentarismo, encontramos los fundamentos de una posición que busca privilegiar al gobierno en la toma de la iniciativa en las declaratorias de estados de excepción en Colombia.

El proceso comienza con una caracterización negativa del parlamento, donde el principal cargo tiene que ver con la crítica que se le hace a la ley como expresión general frente a las decisiones concretas del ejecutivo.

Si la ley es general y permanente, la variedad de situaciones que a esta le es imposible prever hace obligatoria la existencia de un mecanismo expedito y rápido en cabeza del ejecutivo para responder y así preservar la existencia de la normalidad presidida por el Congreso. Pero precisamente el parlamentarismo siempre ha pretendido, bajo su premisa de

⁶³ Hart, H.L. El Concepto de Derecho. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1961. Página 83.

un gobierno de las leyes, no de los hombres, que el ejecutivo «no ordene, solo razone»⁶⁴. De esta manera es necesario desprenderse de un dogma fundamental, y aceptar que en ciertas circunstancias el imperio del principio parlamentario de la generalidad y permanencia de la ley debe ser reemplazado por la particularidad y fugacidad de la decisión ejecutiva.

Si la «capacidad de respuesta» frente a la situación excepcional es deficiente en la ley por su carácter permanente y general, este defecto se acentúa en la Constitución. Al referirse a la evolución de la Martial Law, Schmitt acepta que siempre están en conflicto la normalización jurídica y la conveniencia técnica material⁶⁵. En nuestro caso la normalización jurídica esta formada por el conjunto de disposiciones constitucionales que regulan los estados de excepción en Colombia. Y la conveniencia técnica material está determinada por la necesidad de tomar la medida excepcional. Luego de aceptar que la normalización jurídica termina tomando la forma de una descripción precisa del supuesto de hecho que puede generar la declaratoria, a la cual ha de ajustarse la situación excepcional, afirma que de todos modos en el estado de necesidad la normalización jurídica desaparece si la medida pretende ser eficaz.

¿Quién debe tomar la decisión de declarar la necesidad?. Si observamos que se niega la vigencia de lo jurídico en la necesidad, no es el juez quien precisamente toma tal decisión. Pero como tampoco puede controlar el presupuesto de hecho de la declaratoria, entonces la autonomía del ejecutivo es total. Si el juez, de acuerdo a la sentencia de la Corte, no puede interpretar los factores del orden público, simplemente esta delegando su función de controlar la juridicidad de las declaratorias de estados de excepción en el ejecutivo, que dentro del esquema favorable a la discrecionalidad del Presidente para tomar la iniciativa en la interpretación de dichos factores, se torna en el verdadero defensor de la Constitución⁶⁶.

⁶⁴ Schmitt, Carl. Sobre el parlamentarismo. Tecnos, Madrid, 1996. Páginas 54 y siguientes.

⁶⁵ La dictadura. Alianza Editorial, Madrid, 1985. Capítulo 6.

⁶⁶ La defensa de la Constitución. CARL SCHMITT; Tecnos, Madrid, 1983. Pág 27 OJEADA PRELIMINAR SOBRE LAS DISTINTAS ESPECIES Y POSIBILIDADES DE DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN.

CAPÍTULO 3.

CONCLUSIÓN. USO ALTERNATIVO DEL DERECHO EN COLOMBIA EL PAPEL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

La Corte Constitucional de Colombia desde su nacimiento ha tratado de mantener una visión y una actitud consecuente con las transformaciones que quisieron imprimir los constituyentes de 1991 en la marcha del país y que quedaron plasmadas en su articulado. Lejos de la actitud contemplativa o pasiva de otros organismos del Estado, la Corte Constitucional, cuando le ha correspondido, ha fijado posiciones polémicas, pero en la mayoría de los casos oportunas. Se puede discrepar del contenido o del sentido que la Corte ha impreso en algunas de sus sentencias y fallos, pero una característica especial es que, la Corte no ha eludido sus obligaciones constitucionales de brindar "pronta y cumplida justicia".

1. CONSTITUCION POLÍTICA - Supremacía

La⁶⁷ Constitución es norma fundamental de la cual se derivan todas las demás reglas que rigen y organizan la vida en sociedad. La Constitución como fuente suprema del ordenamiento jurídico ocupa el más alto rango dentro de la pirámide normativa y a ella debe estar subordinada toda la legislación.

El principio de prevalencia o supremacía de la Constitución se encuentra consagrado en el artículo 4 de ese mismo ordenamiento, en los siguientes términos: *“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”*, y a él se ha referido la Corte en múltiples fallos fijando su sentido y alcance. Veamos:

“La posición de supremacía de la Constitución sobre las restantes normas que integran el orden jurídico, estriba en que aquélla determina la estructura básica del Estado, instituye los órganos a través de los cuales se ejerce la autoridad pública,

67 C-560 de 1999. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

atribuye competencias para dictar normas, ejecutarlas y decidir conforme a ellas las controversias y litigios que se susciten en la sociedad, y al efectuar todo esto, funda el orden jurídico mismo del Estado. La Constitución se erige en el marco supremo y último para determinar tanto la pertenencia al orden jurídico como la validez de cualquier norma, regla o decisión que formulen o profieran los órganos por ella instaurados. El conjunto de los actos de los órganos constituidos -Congreso, Ejecutivo y jueces- se identifica con referencia a la Constitución y no se reconoce como derecho si desconoce sus criterios de validez. La Constitución como lex superior precisa y regula las formas y métodos de producción de las normas que integran el ordenamiento y es por ello “fuente de fuentes”, norma normarum. Estas características de supremacía y de máxima regla de reconocimiento del orden jurídico propias de la Constitución, se expresan inequívocamente en el texto del artículo 4.”⁶⁸

Las consecuencias que se derivan del principio de supremacía apuntan no sólo al reconocimiento de una norma jurídica como piedra angular filosófico-política que rige todas las actividades estatales y a la cual están subordinados todos los ciudadanos y los poderes públicos, sino que legitima además las normas jurídicas que se expidan congruentes con ella. Dicho de otro modo: la Constitución es norma fundante en una dimensión tanto axiológica (v. gr. establece principios, derechos fundamentales y pautas interpretativas), como instrumental (proporciona los mecanismos para lograr armonía y coherencia en la aplicación de la Constitución), y en ese orden de ideas, el principio de supremacía da cabida a la consagración de garantías fundamentales⁶⁹ como fines prioritarios del Estado,⁷⁰ y el establecimiento de controles de todo el ordenamiento y de una jurisdicción especial encargada de velar por su integridad.⁷¹

La integridad y supremacía de la Constitución ha sido considerada como “*un derecho fundamental de las personas que bajo distintas formas se concede a ellas por la*

⁶⁸ Sent. T-06/92 M.P. Ciro Angarita Barón Cfr. Título II, capítulos 1, 2 y 3 de la Constitución Política

⁶⁹ Título II, capítulos 1, 2 y 3 de la Constitución Política

⁷⁰ Cfr. Artículo 2 de la Constitución Política

⁷¹ Cfr. Título II, capítulo 4 y título VIII, capítulo IV, en particular el artículo 241 de la Constitución política

Constitución para vigilar su cumplimiento y obtener, cuando no sea así, que los poderes públicos ejerzan sus competencias dentro de los límites de la Constitución, se inspiren en sus valores y principios y respeten, en todas las circunstancias, los derechos y garantías de las personas.”⁷²

La supremacía de la Constitución⁷³, esto es, la posición de privilegio que ese texto ocupa en el ordenamiento jurídico del Estado, obedece no sólo al hecho de contener los principios fundamentales que lo constituyen y de los cuales derivan su validez las demás normas positivas, sino también, a la circunstancia de proyectar la ideología y filosofía política, social y económica que finalmente dirige y orienta las relaciones internas de los gobernantes y gobernados como integrantes activos de la comunidad estatal.

La Constitución Política se postula⁷⁴ a sí misma como “norma de normas” (C.P. art. 4). El orden jurídico se reconoce como un todo primeramente en la Constitución, y a partir de ella se desarrolla dinámicamente por obra de los poderes constituidos, pero en este caso dentro del marco trazado y con sujeción a los principios y valores superiores. No podría la Constitución orientar el proceso normativo y el conjunto de decisiones que se derivan de su propia existencia, si sus preceptos no fuesen acatados por todas las autoridades y las personas. La Corte Constitucional, cabeza de la jurisdicción constitucional, tiene asignada la misión de mantener la integridad y la supremacía de la Constitución, de lo cual depende que ésta pueda conservar su connotación normativa y su poder de imperio contra todo acto u omisión de los poderes constituidos. La afirmación del rango normativo superior de la Constitución Política se traduce en las sentencias que dicta la Corte Constitucional, a través de las cuales esta Corporación cumple su función de máximo y auténtico intérprete de la Carta. Estas dos calidades de la Corte surgen de su posición institucional como garante de la supremacía de la Constitución, cuyo sentido y alcance le corresponde inequívocamente establecer frente a todos y cada uno de los órganos del Estado, lo mismo que frente a las personas, que igualmente le deben obediencia.

⁷² Sent. C-445/96 M.P. Hernando Herrera Vergara

⁷³ C-562 de 2000. Magistrado Ponente: Dr. VLADIMIRO NARANJO MESA. Bogotá, D.C., diecisiete (17) de mayo de dos mil (2000).

⁷⁴ SU.640 de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

La voluntad normativa contenida en la Constitución no puede precisarse al margen de la interpretación. La función de la Corte Constitucional se mueve en el campo de la interpretación. La parte resolutive de las sentencias de la Corte sólo es la consecuencia inexorable y puntual de las razones y criterios que en ellas se exponen sobre el contenido o alcance de un determinado precepto constitucional. Por eso la doctrina constitucional, en lo que se refiere a las sentencias de exequibilidad o inexecuibilidad, ha señalado que la cosa juzgada se extiende también el argumento que sirve de sustento indubitable al fallo que se pronuncia. No podría ser de otra manera. En la parte resolutive se concreta la decisión de declarar una disposición legal como inexecutable o de revocar o confirmar una sentencia de tutela, al paso que en la motiva se explicita mediante la actividad interpretativa lo que la Constitución efectivamente manda u ordena.

La⁷⁵ jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido consistente en señalar que en virtud de la supremacía de la Constitución, surgen diversos deberes en relación con la interpretación y aplicación del ordenamiento legal. Entre ellas, la aplicación del **principio hermenéutico de interpretación conforme**. En sentencia C-1026 de 2001, la Corte analizó algunas de las reglas que se derivan de dicho principio:

“En primer lugar, tal y como se ha reiterado en varias oportunidades, está el principio de interpretación conforme, según el cual todos los mandatos del ordenamiento jurídico se deben interpretar de forma tal que su sentido guarde coherencia con las disposiciones constitucionales. Ello implica varias cosas: primero, que toda interpretación que no sea conforme a la Constitución, debe ser descartada; segundo, que ante dos interpretaciones posibles de una norma, el juez se debe inclinar por aquella que, en forma manifiesta, resulte más adecuada a los mandatos superiores; tercero, que en caso de dos o más interpretaciones que sean, en principio, igualmente constitucionales, el juez, en ejercicio de su autonomía funcional, deberá escoger en forma razonada aquella que considere mejor satisface los dictados del constituyente en el caso concreto.”

⁷⁵ T-248 de 2003. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

2. LA JURISDICCION CONSTITUCIONAL - Objetivos y funcionamiento⁷⁶

De acuerdo con la doctrina especializada⁷⁷, la creación de una jurisdicción constitucional, y es ésta la razón de su institucionalización en un gran número de países del mundo, incluido por supuesto Colombia, responde a la necesidad de controlar y limitar el ejercicio del poder político en beneficio de la normatividad de la Constitución y, especialmente, al propósito inaplazable e imperioso de garantizar el ejercicio legítimo de los derechos humanos fundamentales que han sido declarados y sancionados por la Carta y por el propio orden internacional, los cuales constituyen, sin lugar a dudas, la base de toda comunidad organizada, de la paz, de la convivencia pacífica y de la justicia.

La jurisdicción constitucional no es consecuencia de un simple capricho jurídico o académico, sino básicamente el resultado de la evolución de procesos políticos y necesidades sociales específicas, que han encontrado en ella el mecanismo de afianzamiento de una nueva forma de Estado de libertad, o el dispositivo de perfeccionamiento jurídico de una democracia consolidada. Por su intermedio se busca conformar un sistema de defensa de la Constitución, impidiendo que la violación directa de la misma o el desconocimiento de sus reglas pase inadvertido o quede sin explicación alguna. Dicha jurisdicción, no es cosa distinta que una consecuencia necesaria y obvia del carácter normativo de la Carta - pilar fundamental del proceso político y de la vida social -, llamada a dirimir las controversias que se susciten entre los ciudadanos y el Estado a través de la aplicación de la justicia constitucional.

En este sentido se han expresado, entre otros, el tratadista Pablo Lucas Verdú⁷⁸, al sostener que a través de la jurisdicción constitucional se cumple y garantiza el orden fundamental, ya que se aplican a casos concretos las normas constitucionales, se precisa y aclara el ámbito de aplicación de dichas normas, se asegura la observancia de la ley superior que

⁷⁶ Auto 010 de 2004.

⁷⁷ Manual de Derecho Constitucional, Segunda Edición, BENDA, MAIHOFER, VOGEL, HESSE, HEYDE, (MARCIAL PONS, EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S.A.). Capítulo XVI, La Jurisdicción Constitucional, Helmut Simon, Pág. 847 y 848. La Giurisdizione Costituzionale delle Liberta, Mauro Cappelletti, pág 134, citado en la obra Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica pág.50, García Belaunde, D-Fernández Segado, F (Coordinadores) 1996.

prevalece sobre la norma ordinaria y, en gran medida, se va conformando e integrando el derecho constitucional. También el profesor Mauro Cappelletti⁷⁹ ha destacado la importancia de la jurisdicción constitucional en el sistema jurídico contemporáneo, afirmando que las declaraciones de derechos dejan de ser simples proclamaciones filosóficas y retóricas, cuando su aplicación efectiva y real se le confía a órganos independientes de los poderes políticos.

Coincidiendo con el alcance que le ha fijado la doctrina nacional e internacional, en reciente pronunciamiento esta Corporación se refirió a la jurisdicción constitucional, como “aquella que esta instituida para asegurar el respeto de las normas básicas constitucionales, tanto las orgánicas como las dogmáticas y, por supuesto, las tendientes a la convivencia pacífica y a la garantía de los derechos fundamentales”; lo que implica a su vez, “asegurar que los poderes públicos constituidos sujeten sus actos (leyes, sentencias, actos administrativos) no solamente a las normas orgánicas constitucionales sino a los valores, principios y derechos”⁸⁰.

No sobra recordar que la justicia constitucional encuentra su origen remoto en el sistema anglonorteamericano de control difuso, inicialmente en Inglaterra con la Sentencia de la Corte de 1610 presidida por sir Edward Coke, en la que se dio aplicación preferente al derecho común fundamental -common law- sobre el derecho secundario o legal -statutory law-; y posteriormente en Estados Unidos con la sentencia de 1803 del Tribunal Supremo, donde a iniciativa del juez federal John Marshall se tomó la decisión de inaplicar una ley por resultar contraria a la Constitución Norteamericana. Esto último se conoce como el principio de la “Judicial Review” o derecho de los jueces a controlar la constitucionalidad de las leyes, el cual, aun cuando no estaba consagrado expresamente en la Constitución Federal de 1787, de acuerdo con el citado fallo sí estaba implícito en dos de sus preceptos: en el artículo III, Secc. 2, al consagrar éste que “*El poder judicial se extenderá a todos los casos, en derecho y equidad, que surjan bajo esta Constitución...*”; y en el artículo VI,

⁷⁸ Problemática Actual de la Justicia Constitucional, pág. 102.

⁷⁹ La Justicia Constitucional, (Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Derecho, México 1987) pág. 322.

⁸⁰ Sentencia SU-1158 de 2003, M.P. Margo Gerardo Monroy Cabra.

secc. 2, cuando dispone que “*esta constitución...será la suprema ley del país... y los jueces de cada Estado estarán obligados a observarla...*”⁸¹.

En Europa, dentro de la concepción moderna de constitucionalismo, por supuesto que la institución fue objeto de grandes avances y desarrollo. Si bien el Estado liberal y la soberanía parlamentaria imperantes en ese continente retrasaron el surgimiento de la justicia constitucional, a finales del siglo XIX, con ocasión de la aparición de los Estados confederados europeos, surgió la idea de instituir un tribunal especial que resolviera sobre la validez de las leyes estatales que entraran en contradicción con la normatividad confederada; idea que se vio fortalecida más adelante por el paradigma kelseniano - plasmado en la Constitución Austriaca de 1920- de crear un tribunal constitucional a la manera de legislador negativo, encargado de asegurar la supremacía del Estatuto Fundamental en cada país - control concentrado -. A mediados del siglo XX, en la Europa de entreguerras, la concepción de un órgano especial de constitucionalidad mantuvo vigencia pero con modificaciones estructurales, debido a la crisis institucional generada por los movimientos de corte fascista, quienes en ejercicio de su poder político y militar incurrieron en el desconocimiento sistemático de los derechos humanos. Con este último antecedente, la justicia constitucional en Europa se consolidó como guardiana de la Constitución, pero no sólo desde la perspectiva de ejercer un control abstracto sobre los poderes públicos, sino también como garante de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Ahora bien, dentro del contexto que la identifica como el instrumento de equilibrio de poderes y como el medio eficaz de hacer efectivo los derechos fundamentales, en Colombia, a partir de la entrada en vigencia de la Constitución del 91, como órgano supremo de dicha jurisdicción se encuentra la Corte Constitucional, con fundamento en el artículo 241 de la Carta que le ha confiado a ella “*la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución*”. En cumplimiento de ese objetivo, la norma citada le asigna competencia exclusiva y excluyente para ejercer el control abstracto de constitucionalidad de los actos reformativos de la Constitución y de las leyes en sentido formal y material -

⁸¹ Citado en la obra “TEORIA CONSTITUCIONAL E INSTITUCIONES POLÍTICAS”, séptima edición,

entre otras competencias -, y para ejercer un control concreto mediante la revisión eventual de las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos fundamentales y de los directamente conexos con ellos.

Acorde con una interpretación armónica y sistemática de la Constitución Política (arts. 86, 88, 89, 237 y 241) y de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (Ley 270 de 1996 y Ley 585 de 2000), la jurisprudencia de esta Corporación⁸² viene sosteniendo que, desde el punto de vista estrictamente funcional, la jurisdicción constitucional no solo esta integrada por la Corte Constitucional, que en todo caso se constituye en el máximo tribunal de esa jurisdicción, sino también por el Consejo de Estado -que en forma residual ejerce un control abstracto de constitucionalidad dentro de la llamada acción de nulidad por inconstitucionalidad- y por todos los jueces y corporaciones de justicia que tienen a su cargo el conocimiento de las acciones de tutela y de las demás acciones y recursos que han sido estatuidas para hacer efectivos los derechos constitucionales.

En lo que se refiere específicamente al mecanismo de amparo y protección de los derechos fundamentales, es decir, a la acción de tutela, ésta se ejerce y desarrolla a través de la jurisdicción constitucional, la cual, como ya se mencionó, por expresa disposición superior la integran todos los jueces de la República (art. 86), quienes a su vez “son jerárquicamente inferiores a la Corte Constitucional”, por cuanto dicho Tribunal actúa como órgano límite o de cierre de esa jurisdicción, a través de la revisión de las decisiones judiciales que por la vía del amparo se profieran; atribución que ejerce la Corte en forma libre y discrecional “con el fin de unificar la jurisprudencia sobre la materia y de sentar bases sólidas sobre las que los demás administradores de justicia se puedan inspirar al momento de pronunciarse acerca de los derechos fundamentales dentro del ordenamiento jurídico colombiano”⁸³

En decisión anterior⁸⁴, la Corte señaló que la Jurisdicción Constitucional ha sido instituida por el constituyente como una función pública a cargo de distintos organismos,

editorial TEMIS, Vladimiro Naranjo Mesa.

⁸² Cfr. la Sentencia C-037 de 1996 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa) y los Autos 029 de 1996, 069 de 1999 y 087 de 2001, entre otros.

⁸³ Sentencia C-037 de 1996.

⁸⁴ C-560 de 1999. Magistrado Ponente: Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ. Bogotá, D.C., cuatro (4) de agosto de mil novecientos noventa y nueve (1999).

cuya misión es la de preservar la supremacía de la Constitución, asegurando que todos los poderes públicos actúen dentro de los límites que ella misma establece. La jurisdicción constitucional de acuerdo con la Carta Política y la ley estatutaria de la administración de justicia⁸⁵ está conformada por: la Corte Constitucional, el Consejo de Estado, los jueces y corporaciones que deben decidir las acciones de tutela o resolver acciones o recursos previstos para hacer efectivos los derechos constitucionales (arts. 241 y ss , 237, 86 y 4 C.P. y ley 270/96 estatutaria de la administración de justicia).

Dicho esto, creemos que en los últimos trece años hemos presenciado en Colombia un proceso de reacomodo institucional que es, a su vez, expresión de una profunda transformación del Estado de derecho tal como había sido entendido hasta entonces entre nosotros. No solo por la incorporación en la Constitución del principio del Estado Social, tan rica en consecuencias, sino y fundamentalmente para lo que nos interesa destacar en este breve espacio, por la introducción de un nuevo paradigma en nuestro ordenamiento jurídico. Se trata –no obstante nuestra temprana experiencia en el control de constitucionalidad de las leyes dentro de los Estados de tradición jurídica continental –del tránsito del Estado legal al Estado constitucional de Derecho.

Ha sido un proceso no exento de obstáculos y de vacilaciones, pero, al mismo tiempo, firme y consistente en el propósito de enrumbar a Colombia en las corrientes del constitucionalismo contemporáneo. Por eso, más allá de los enfrentamientos institucionales que afloran a la superficie, asistimos a una confrontación conceptual de cuyo ámbito no es ajena la definición de Colombia como un Estado democrático y la identificación del papel que los distintos actores institucionales habrán de desempeñar en ese escenario en el que está en juego la viabilidad de nuestra sociedad y de su modelo de Estado.

En ese contexto, no resulta arriesgado señalar que la más significativa de las transformaciones que en derecho público colombiano se introdujeron con la Constitución de 1991, está representada en la acción de tutela, anuada a la creación de la Corte Constitucional.

⁸⁵ Ley 270/96

El diseño de los constituyentes de 1991, si bien obedece al claro objetivo de impulsar la vigencia del Estado Constitucional, no está exento de dificultades técnicas, porque, al paso que confía a todos los jueces la tarea de aplicar la Constitución, simultáneamente, par asegurar la dinámica del nuevo paradigma, que implica la ruptura de muchos esquemas y particularmente de la inercia conceptual e institucional que deben enfrenar los procesos de cambio, se creó la Corte Constitucional, tribunal típico de los modelos de justicia constitucional concentrada.

Esa coexistencia de elementos de control difuso y concentrado impone la necesidad de definir la manera como habrá de articularse el papel del juez constitucional en el nuevo diseño institucional. Y en este campo es posible referirse a dos puntos particularmente sensibles. En primer lugar, al nuevo papel que corresponde al juez constitucional en ámbitos que hasta ayer se consideraban propios de los órganos de configuración política del Estado. Y luego, a la manera como debe articularse la jurisdicción, problema que encuentra expresión en la llamada tutelas contra sentencias.

Tanto la amplia cobertura de sus contenidos –que abarca, en la base, la totalidad de las relaciones sociales, políticas, económicas y, por supuesto, jurídicas –como la naturaleza de sus disposiciones –en gran medida cláusulas de valores y de principios, y, en general, normas de textura abierta- hacen que, tal como había venido ocurriendo, corresponda al legislador, con la participación del gobierno, como órganos de configuración política, la concreción de los postulados de la Constitución. Sin embargo, el carácter normativo de la Constitución impone al juez un nuevo papel, particularmente cuando se trata de garantizar la efectividad de los derechos fundamentales. La vinculación directa del juez a la Constitución produce una tensión con el legislador, por cuanto la ley sólo vale si es conforme a la Constitución. Y en el ámbito de los derechos fundamentales la interpretación judicial de la Constitución define la esfera de configuración legislativa, y más aún, tratándose de la dimensión *ius* fundamental de los derechos económicos y sociales, el juez constitucional define, a la luz de la Constitución, unos contenidos mínimos, que reducen el ámbito de configuración política. Es claro que el juez no puede prescindir de la ley. Está obligado a aplicarla sin que le sea dable sustituir sus previsiones por la propias, y sin que

pueda acudir directamente a la Constitución por encima de la ley, cuando no exista un imperativo para hacerlo así. Pero es claro, también, que una Constitución que consagra la primacía de los derechos, potencia el papel del juez, que se convierte así, junto al legislador, en actor protagónico en el proceso de su realización.

En ese contexto, se pone de relieve el papel que la Constitución ha asignado a la Corte Constitucional, no solo en el ejercicio, ya tradicional en Colombia, del control abstracto de normas, sino también en su función de unificar jurisprudencia en materia de derechos fundamentales. el enorme poder que la Constitución de 1991 confirió a los jueces, podría convertirse en un factor de desequilibrio frente a los demás poderes, en la medida en que como jueces constitucionales actúan como árbitros en la definición de la extensión de sus propios poderes, si no existiese una instancia superior, capaz de unificar la interpretación de la Constitución, de manera que no solo se garantice la uniformidad en la respuesta del ordenamiento, sino que sea un órgano constitucional, no ya cualquier juez, el árbitro en la definición de las supremas competencias del Estado. Corresponde a la Corte Constitucional unificar la interpretación constitucional y, buscar, al mismo tiempo, un delicado equilibrio entre la necesidad de reafirmar el papel en la irrigación de los valores y principios de la Constitución en todo el ordenamiento jurídico, y mantener el vigor normativo de la ley amenazado por la posibilidad de su inaplicación por cualquier juez, en el curso de los procesos ordinarios o por la vía especial de la acción de tutela.

Corresponde pues, en esta perspectiva, a la Corte Constitucional una crucial tarea. Debe asegurar, y ese es su cometido fundamental, la vigencia del Estado Constitucional, y ello implica, garantizar, en primer lugar, la efectividad de los derechos constitucionales fundamentales.⁸⁶ Pero, por otra parte, tanto en las decisiones de control abstracto de normas, como en las de revisión de los fallos de tutela, se impone que la Corte actúe con prudencia, dentro de lo que la jurisprudencia norteamericana conoce como deferencia legislativa y que significa reconocer y proteger el espacio de configuración que la propia

⁸⁶ No deja de ser significativo que la Constitución de 1991 haya omitido precisar normativamente el alcance de la expresión “derechos constitucionales fundamentales”, la definición de cuyo contenido y extensión, se dejó, por consiguiente, a los jueces en la solución de los casos concretos, y a la Corte Constitucional en su papel de unificación de jurisprudencia.

Constitución ha reservado para los órganos de configuración política, y que tiene un trascendental significado en un Estado democrático. Y la afirmación de la naturaleza democrática de la ley no proviene sólo de la consideración del principio mayoritario, a partir del cual se argumenta el carácter contramayoritario de los tribunales constitucionales, sino también de la generalidad de sus previsiones, de su carácter abstracto, capaz de ofrecer soluciones que estiman adecuadas al margen de la consideración de las particularidades del caso. La decisión judicial al margen de la ley, no obstante que se fundamente en el propósito de realizar justicia, se torna arbitraria si no puede prescindir del primado de concreción del legislador. Ni puede el juez, en su afán de justicia, imponer decisiones cuyo desarrollo corresponde a otros órganos del Estado. La Corte Constitucional debe velar, entonces por que la garantía de efectividad de los derechos a cargo de los jueces sea resultado de una labor de aplicación de derecho, conforme a la ciencia jurídica, *y no una pura creación judicial de derecho a partir de consideraciones políticas.*

Como fruto de la tensión entre Juez y Legislador, con frecuencia se suele afirmar entre nosotros que los jueces, y particularmente, que la Corte Constitucional, han desplazado al legislador en el desarrollo de sus propias competencias. Ello puede responder a una percepción cierta, pero incompleta, del proceso que se acaba de describir, hoy por hoy, el juez cumple un papel de concreción de la Constitución hasta ahora reservado exclusivamente al legislador. Tal percepción, sin embargo, sería incompleta, porque dejaría por fuera la consideración de carácter imperativo que dentro del Estado Constitucional tiene esa nueva dimensión de la función judicial. Pero, por otra parte, esa percepción puede obedecer a una preocupación fundada en torno al desbordamiento de la función judicial. En el origen de la idea del Estado de Derecho estaba la necesidad de limitar el poder, a partir de la premisa según la cual “el poder corrompe y el poder absoluto corrompe absolutamente. Y de esa consideración no está exento el poder judicial. En el sistema tradicional, la estricta sujeción a la ley, la clara y precisa delimitación de competencias y los controles verticales, hacía del poder judicial el más controlado de todos los poderes. En el Estado Constitucional, el juez, de la mano de la Constitución, adquiere un poder formidable, derivado de la posibilidad de aplicar directamente las disposiciones del

ordenamiento superior, y en Colombia tal poder está limitado solamente por las competencias de la Corte Constitucional, como intérprete autorizado de la Constitución, carece de controles externos y el balance institucional depende de su capacidad para la autolimitación.

En ese delicado balance reside la legitimidad del modelo de justicia constitucional, dentro del cual los jueces son garantes de la efectividad de los derechos fundamentales, pero sin desconocer que en la realización de los principios y valores constitucionales concurren otros poderes, y particularmente, el legislador, como expresión de la vocación democrática del ordenamiento.

Se trata de un equilibrio complejo y, especialmente en los momentos de transición, no exento de conflictos, de confrontaciones o de rupturas. Pero tales dificultades, que por lo demás se han manifestado en todos los ordenamientos que han optado por un esquema de justicia constitucional, no pueden ocultar que la nueva dimensión de la función judicial es una expresión del actual Estado de Derecho, cuyas manifestaciones protectoras de los derechos fundamentales responden a una tendencia que no vacilaríamos en calificar como irreversible. Es posible avanzar en la redefinición de la estructura de *checks and balances* que en cada Constitución define la distribución y la articulación del poder, pero no es posible, ya, retroceder en la concepción del Estado Constitucional, por virtud de la cual los derechos fundamentales, de la mano del juez, se convierten en una realidad que informa la totalidad de ordenamiento jurídico.

3. ¿Es legítimo y posible el uso alternativo del derecho? El propósito que nos ha llevado a elaborar esta monografía, como se ha de haber comprendido, fue el presentar un panorama lo más nítidamente posible de lo que representa para el conocimiento y la práctica del derecho, esta tendencia, en la que se ven involucrados muchos juristas en la actualidad. Los compromisos que conlleva el ser juristas en una sociedad concreta. Los espacios de lucha que dentro del mismo ámbito jurídico se tienen y los compromisos que se adquieren como portadores de la Ley.

Debemos ser claros en el sentido de reconocer que la transformación social no es obra ni tarea de los jueces y magistrados, sino de los políticos. Sin embargo, es necesaria la toma de conciencia política de los operadores del derecho, superando los viejos mitos ligados a las teorías formalistas del derecho y de las interpretaciones de éste.

Las situaciones concretas en que se nos presenta la existencia del ordenamiento jurídico, hoy más que nunca se vincula con los niveles de democracia en que se mueven y luchan las clases populares. Cuanto mayor es el nivel de democracia, mayor es la apertura a las transformaciones sociales que el ordenamiento jurídico reconoce. En este caso, tanto mayor es evidente la posibilidad de los operadores del derecho de intervenir positivamente frente a los problemas que se les plantean. No es extraño que Magistratura Democrática reconozca que las transformaciones importantes en el mundo de la justicia vengan de la mano de saber interpretar que el proceso político y social camina con sus propios pies. En la interpretación eficaz de estas posibilidades está la dirección de una intervención acertada de la magistratura, los jueces, abogados, etc.

La construcción de un trabajo colectivo de dimensión progresista a partir de la Constitución, sin renunciar a perspectivas críticas más avanzadas que tengan presente la potencia dinamizadora de la Constitución en el aparato judicial conectado a los objetivos fundamentales que se consideran comunes de los sectores mayoritarios del país, puede ser un fin verdadero para las actuales circunstancias y perfiles nacionales. Si la democracia consiste en la igualdad de derechos de cada uno en particular en la toma de decisiones que interesen a la colectividad, tiene que ser labor de jurista, del operador del derecho, la de individualizar en el contexto histórico concreto en que opera, los obstáculos de hecho y de derecho que de cualquier manera impiden esta participación igual y concurrir a la lucha por su superación. No se trata, por supuesto, de hablar de un compromiso general por las transformaciones sociales; más bien, hablamos de compromisos en concreto. De recabar puntual cooperación sobre problemas específicos que vulneran y restringen el principio democrático. La lucha es y debe ser por que el ciudadano concreto que constituye el mayor grueso del país pueda ejercer su propia cuota de soberanía en el rumbo que se adopte.

BIBLIOGRAFÍA.

ACKERMAN, BRUCE y otros; Fundamentos y alcances del Control Judicial de Constitucionalidad; Madrid; C.E.C.; 1991

ASIS ROIG, R: (1995), Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento, Madrid, Marcial Pons.

BARATTA, Alessandro y SILBERNAGL, Michael. La legislación de emergencia y la cultura jurídica garantista en el proceso penal. *Cuadernos de Política Criminal*, nº 28. Madrid, Instituto Universitario de Criminología de Madrid/Edessa, 1988.

BARCO, Virgilio. El restablecimiento del orden público: una utilización innovadora del estado de sitio 1986-1988. In *Informe del Presidente de la República al Congreso Nacional*. Tomo VIII, Vol I. Bogotá: Presidencia de la República, Julio 20 de 1990.

BENDA, MAIHOFFER, VOGEL, HESSE, HEYDE, Manual de Derecho Constitucional, Segunda Edición, (MARCIAL PONS, EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S.A.). Capítulo XVI,

BERGALLI, ROBERTO (1991), Usos y riesgos de categorías conceptuales: ¿conviene seguir empleando la expresión “uso alternativo del derecho”, En la Revista, EL OTRO DERECHO.

BERGALLI, Roberto. Sistema penal y razón de Estado. *El viejo Topo*, nº 85, Barcelona, 1995.

BIDART CAMPOS, Gérman; La Jurisdicción Constitucional –Entorno político, limitaciones, alcances-; Santa Fe de Bogotá, Externado Revista Jurídica, Vol 7, Nº 2: 1995.

BOBBIO, Norberto. *Teoría general del derecho*. Madrid: Debate, 1993.

CANCINO MORENO, Antonio y otros. *La legislación de emergencia y la justicia penal*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 1990.

CAPPELLETTI, MAURO. La Justicia Constitucional, (Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Derecho, México 1987)

CEPEDA, MANUEL José y otros; Derecho Constitucional; Perspectivas – Críticas – Ensayos – Líneas Jurisprudenciales...; Santa Fe de Bogotá; Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Siglo del Hombre Editores; 1999.

COMISIÓN PRESIDENCIAL para la reforma de la administración pública del Estado colombiano, tomos I, II y III. Programa de las Naciones Unidas para el desarrollo. Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia, 1991.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA COLOMBIANA 1991. PRESENTACION DE LA CONSTITUCION POLITICA CONCORDADA CON JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL. Relatoría de la Corte Constitucional. Jurisprudencia más relevante sobre cada artículo de la Constitución de 1991.

- DÍEZ-PICAZO, L. (1973), *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, Barcelona, Ariel.
- ESCUELA JUDICIAL “RODRIGO LARA BONILLA”, *Hermenéutica Jurídica*, Curso de Capacitación para jueces de la República. Ministerio de Justicia, República de Colombia.
- GACETA JUDICIAL Tomo CXLIX - CL, No. 2390-2391, págs. 427 a 436.
- GARCÍA MAYNES, EDUARDO. (1990), *Introducción al Estudio del Derecho*, Abogados asociados Editores, Medellín, Colombia.
- GARCÍA BELAUNDE. *Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*, D-Fernández Segado, F (Coordinadores) 1996.
- GARCÍA PELAYO, MANUEL *Derecho Constitucional Comparado*. Madrid: s.n.,1999.
- GONZÁLEZ, Julio. *La crisis de la administración de justicia*. In *Rasgando Velos*. Medellín: Universidad de Antioquia, 1993.
- GROSSMAN, Claudio. *El régimen hemisférico sobre situaciones de emergencia*. *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, San José, nº 17, enero-junio de 1993.
- Hart, H.L. *El Concepto de Derecho*. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1961.
- HELLER, HERMANN, *Teoría del Estado*. Fondo de Cultura Económica, México, 1995.
- HOBBS, THOMAS. *Diálogo entre un filósofo y un jurista*. Tecnos, Madrid, 1992.
- Interpretación de sentencias constitucionales*. *Revista Jurisprudencia y Doctrina.*, Marzo de 2000.
- KELSEN, HANS. *Teoría Pura del Derecho*, Editorial Reflexión,
- KRIELE, MARTÍN. *Introducción a la Teoría del Estado*. Depalma, Buenos Aires, 1980.
- LA DICTADURA. Alianza Editorial, Madrid, 1985. Capítulo 6.
- LEY 137 DE 1994, (Junio 2), "Por la cual se regulan los Estados de Excepción en Colombia"
- LEY 270 DE 1996 Estatutaria de la Administración de Justicia.
- LÓPEZ, DIEGO. *El derecho de los Jueces*, Ediciones Legis, 2000.
- MESA, NARANJO VLADIMIRO “TEORIA CONSTITUCIONAL E INSTITUCIONES POLÍTICAS”, séptima edición, editorial TEMIS,
- MUÑOZ GÓMEZ, JESÚS ANTONIO, *Reflexiones sobre el uso alternativo del derecho*, En la Revista *El OTRO DERECHO*.

PLAZAS VEGA, MAURICIO A. (1998), *Del Realismo al Trialismo Jurídico*, Monografías jurídicas, Bogotá, Editorial. Temis.

PRIETO SANCHÍS, Ideología e interpretación jurídica, Madrid, Tecnos, 1987.

RAMELLI, ALEJANDRO. *La Constitución colombiana y el derecho internacional humanitario*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2003.

ROJAS, FERNANDO ÁLVAREZ “El Nuevo Derecho, paradigma de comprensión y desarrollo de la Constitución de 1991”, en *Revista de Derecho Público*, Bogotá, Universidad de los Andes, 1993.

SÁNCHEZ, Gonzalo. *Guerra y política en la sociedad colombiana*. Bogotá: El Ancora, 1991.

SÁNCHEZ, Ricardo. *Derecho penal, terrorismo y legislación*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Facultad de derecho y ciencias políticas y sociales, 1991.

SANDOVAL HUERTAS, Emiro. Asignaciones, en estado de sitio, de funciones jurisdiccionales a militares. *Derecho penal y criminología*, Vol. VIII, No. 24. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1984.

SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA (1999), *La Globalización del Derecho, los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, Facultad de derecho, ciencias políticas y sociales. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá. ILSA.

SERRANO-PIEDECASAS, José Ramón. *Emergencia y crisis del estado social*. Barcelona: PPU, 1988.

SCHMITT, CARL, *La Defensa de la Constitución*. Estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la Constitución. Tecnos, Madrid, 1983.

SCHMITT, CARL. *Sobre el parlamentarismo*. Tecnos, Madrid, 1996.

SOUZA, MARÍA DE LOURDES. (2001), *El Uso Alternativo del Derecho*, Colección Teoría y Justicia, ILSA, Instituto Latinoamericano de Servicios Alternativos. Universidad Nacional de Colombia.

THIERRY DI MANNO. *Le juge constitutionnel et la technique des decisions “interprétatives” en France et en Italia*. Paris, Economica, 1997, pp 180 y ss, 224 y ss, y 464 y ss. Ver igualmente Zagrebelsky. “La doctrine du droit vivant” en *Cahiers du C.D.P.C*, vol III, 1988, pp 47 y ss.

UPRIMNY, RODRIGO y otros; *La Corte Constitucional y la Guardia de los Derechos y Deberes Fundamentales*; Santa Fe de Bogotá; República de Colombia - Corte Constitucional; 1995 Capítulo IV Métodos de Interpretación y Tipos de Sentencia

URIBE, María Teresa. Crisis Política y gobernabilidad en Colombia 1980-1985. *Estudios Políticos*, n°. 7-8, Medellín, Instituto de Estudios Políticos, Universidad de Antioquia, diciembre de 1995 - julio de 1996.

URIBE, María Teresa. Legitimidad y violencia: una dimensión de la crisis política colombiana. In *Rasgando Velos*. Medellín: Universidad de Antioquia, 1993.

VALENCIA ZEA, ARTURO /ÁLVARO ORTIZ MONSALVE, (2000) Derecho Civil, t. I, Parte General y personas, 15ª ed., Bogotá, Edit. Temis.

VÁSQUEZ CARRIZOZA, Alfredo. *El poder presidencial en Colombia. La crisis permanente del derecho constitucional*. Bogotá: Enrique Dorby (editor), 1979.

WOLFE, CHRISTOPHER. La transformación de la interpretación constitucional. Madrid, Civitas 1991.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Dimensión política de un Poder Judicial Democrático. *Perfiles Liberales*, n° 33 y 34, Bogotá, Fundación Friedrich Naumann, 1994.

MATERIAL DE JURISPRUDENCIA

Sent., 5 de junio 1992, Corte Constitucional de Colombia, exp. T-778, ponente Ciro Angarita Barón.

Sentencia C-004/92, Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

Sentencias C-301 de 1993, MP Eduardo Cifuentes Muñoz, C-011 de 1994.

Sentencia C-371 de 1994. MP José Gregorio Hernández Galindo. En el mismo sentido, ver, entre otras, las sentencias C-135 de 1994, C-496 de 1994, C-389 de 1996 y C-488 de 2000.

Sentencias C-109 de 1995, C-557 de 2001.

Sentencias C-273 de 1999 y C-955 de 2001.

Sentencias C-168 de 1995 MP Carlos Gaviria Díaz y T-001 de 1999.

Sentencia C-357 de 1997, M.P. José Gregorio Hernández Galindo. En el mismo sentido, ver, entre otras, las sentencias C-153 de 1997, C-044 de 1998, C-380 de 2000 y C-426 de 2002.

Sentencias C-371 de 1994, C-496 de 1994. Fundamento jurídico No 3, C-389 de 1996, fundamento 2, C-1436 de 2000, C-1106 de 2001, Fundamento 4, y C-426 de 2002, Fundamento 3.7.

Sentencia C-466/95.

Sentencia C-690 de 1996, Fundamento 4 y sentencia C-426 de 2002, Fundamento 3.10.

Sentencias C-1436 de 2000, C-426 de 2002 y C-207 de 2003.

Sobre la doctrina del derecho viviente, ver, entre otras, las sentencias C-557 de 2001, C-955 de 2001, C-875 de 2003, C-901 de 2003 y C-459 de 2004.

Sentencia C-557 de 2001, MP Manuel José Cepeda Espinosa Fundamento 5.1., criterio reiterado, entre otras, en las sentencias C-955 de 2001 y C-901 de 2003.

Sentencia C-955 de 2001. MP Marco Gerardo Monroy Cabra. Fundamento 8.

Sentencia C-901 de 2003. MP Rodrigo Escobar Gil, Fundamento 3.4.

Sentencia C-557 de 2001, MP Manuel José Cepeda Espinosa Fundamento 5.2.3.

Sentencia C-400 de 1998

Sentencia C-600 de 1998. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

Sentencia C-1255 de 2001.

Sentencia C-874 de 2002.

Sentencia C-569 de 2004.

Sentencia C-122/97 sostienen esta postura los Magistrados Jorge Arango Mejía y Fabio Morón Díaz, quienes salvaron el voto.

Sentencia C – 802 DE 2002 Jaime Córdova Triviño.

Sentencia SU-1158 de 2003, M.P. Margo Gerardo Monroy Cabra.

Aclaración de voto del Magistrado Carlos Gaviria Díaz a la sentencia C-122/97, folio 119.

Aclaración de voto del Magistrado Jorge Arango Mejía a la sentencia C-122/97, pág. 5.

**JOSÉ VICENTE PEREZ POLANIA. CAMILO ANDRÉS CHAMORRO CAICEDO.
JOSÉ LEONARDO HERRERA ARCILA. UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS. 2005.**