



## Atribución-NoComercial-SinDerivadas 2.5 Colombia (CC BY-NC-ND 2.5)

La presente obra está bajo una licencia:

**Atribución-NoComercial-SinDerivadas 2.5 Colombia (CC BY-NC-ND 2.5)**

Para leer el texto completo de la licencia, visita:

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.5/co/>

**Usted es libre de:**



Compartir - copiar, distribuir, ejecutar y comunicar públicamente la obra

### Bajo las condiciones siguientes:



**Atribución** — Debe reconocer los créditos de la obra de la manera especificada por el autor o el licenciante (pero no de una manera que sugiera que tiene su apoyo o que apoyan el uso que hace de su obra).



**No Comercial** — No puede utilizar esta obra para fines comerciales.



**Sin Obras Derivadas** — No se puede alterar, transformar o generar una obra derivada a partir de esta obra.

**LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA COMO LEGISLADOR EN  
SENTIDO POSITIVO  
ANÁLISIS DOGMÁTICO, HERMENÉUTICO Y PRÁCTICO<sup>1</sup>**

**Ángela Liliana Nieto Sánchez<sup>2</sup>**

**Resumen**

En la presente investigación jurídica se presentan los resultados investigados en la fase aporética y, se examina por medio del método de investigación dogmático y hermenéutico, la naturaleza que posee el Tribunal Constitucional o Corte Constitucional – como lo denominó el constituyente derivado en el acto creador del plexo normativo superior – en el ordenamiento jurídico colombiano, teniendo como sustento las diversas teorías y posturas jurídicas aportadas por los juristas y doctrinantes especializados en materia constitucional, con lo cual, se buscará determinar si la naturaleza de este alto tribunal en el sistema jurídico colombiano es meramente jurisdiccional o, si contrario sensu es híbrida, por tanto, mixta entre el aspecto jurídico y político.

---

<sup>1</sup> La presente investigación jurídica ha sido realizada por la autora con la finalidad de cumplir con los lineamientos establecidos por el Doctor Santiago Arboleda Perdomo – Director trabajo de grado – y por el Centro de Investigaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia, para optar por el título de Abogada.

<sup>2</sup> Estudiante de Derecho de la Universidad Católica de Colombia, identificada con código de estudiante 2105987, con cédula de ciudadanía número 1.030.523.967. Teléfono: 3107563609. E mail: alnieto87@ucatolica.edu.co, lilonieto86@gmail.com, Bogotá D.C. Colombia.

*La Corte Constitucional colombiana como legislador en sentido positivo.*

Además, se presenta un análisis teórico de los conceptos de legislador en sentido positivo y de activismo judicial, así como un análisis práctico de su aplicación en la jurisdicción constitucional colombiana.

**Palabras clave:** Corte Constitucional; activismo judicial; legislador en sentido positivo; gobierno de los jueces; grado de consulta; garantías fundamentales.

### **Abstract**

In this legal investigation, the results investigated in the aporetic phase are presented and examined by means of the method of dogmatic and hermeneutic research, the nature of the Constitutional Court – as I call it the Constituent Derived in the act creator of the plexus superior normative – in the Colombian juridical order, having as sustenance the various theories and juridical positions contributed by the jurists and doctriners specialized in constitutional matter, thus, it will be sought to determine whether the nature of this high Court in the Colombian juridical system is merely jurisdictional or, if contrary to sense is hybrid, therefore, mixed between the legal and political aspect. In addition, a theoretical analysis of the concepts of legislator in positive sense and judicial activism is presented, as well as a practical analysis of its application in the Colombian constitutional jurisdiction.

**Key words:** Constitutional Court; Judicial activism; Legislator in a positive sense; Government of judges; degree of consultation; Fundamental guarantees.

## **Tabla de Contenido**

Resumen

Abstract

Introducción

1. Análisis dogmático de la naturaleza de la Corte Constitucional colombiana	8
2. La Corte Constitucional colombiana como activista judicial y como legislador positivo	18
3. La teoría del juez constitucional como legislador en sentido positivo en la sentencia C – 424 de 2015	27
Conclusiones	
REFERENCIAS	31

## **Introducción**

La Revolución Francesa se constituye como un importante acontecimiento histórico que marcó de forma progresiva y paulatina el advenimiento de la Edad Contemporánea, en la cual, los operadores judiciales – en el marco del denominado Estado de Derecho – ejecutaban y aplicaban de forma mecánica a los casos concretos las reglas y principios establecidos por el órgano legislativo en los diversos códigos y leyes; por su parte, el plexo constitucional era creado por medio de la ley, lo cual eliminaba prácticamente la posibilidad de que se realizará un proceso hermenéutico directo de la Constitución, por ello, los niveles de constitucionalización del conflicto común en dicha época eran muy vagos.

Contemporáneamente, la idea de aplicación exegética de las normas por parte de los jueces – propias del modelo de Estado Social y Democrático de Derecho – se ha ido modernizando, como en el caso del ordenamiento jurídico colombiano, en el cual, la Asamblea Nacional Constituyente – también conocida como constituyente derivado – en el acto de creación de la Constitución Política considero que era indispensable la creación de una corporación de máxima jerarquía, independiente de la Corte Suprema de Justicia, cuya función estaría encaminada especialmente a la salvaguarda de la supremacía e interpretación de las disposiciones que integran el sistema normativo, que ha sido entendiendo como “un sistema deductivo de enunciados entre cuyas consecuencias lógicas hay por lo menos una norma que prohíbe, permite u obliga cierta acción” (Alchourron & Bulygin, 1991, p. 165).

Dicha corporación recibió el nombre de Corte Constitucional y, desde su nacimiento ha proferido múltiples fallos en los cuales, ha creado, ha anulado y ha hecho extensivas algunas normas del sistema jurídico por medio del proceso de aplicación e interpretación sistemática y dinámica de las reglas, principios y valores que cimientan o sustentan la existencia del Estado Social de Derecho. Dicha situación posee una relación inexorable con el concepto de legislador en sentido negativo y positivo que algunos prestigiosos filósofos y teóricos del Derecho han analizado al examinar el ejercicio de las funciones de los tribunales constitucionales en el mundo.

Desde dicha perspectiva, se afirma que el Tribunal Constitucional actúa como un legislador negativo al declarar la inexecutable de una o varias disposiciones normativas, pues, estas se expulsan del ordenamiento jurídico, se eliminan de la vida jurídica, de la vigencia legal del sistema, y en sentido positivo cuando crea u cuando ha extensibles normas creadas por el legislador. Dicha situación, posee una estrecha relación con el activismo judicial, pues en este las decisiones de los órganos de la administración de Justicia – en este caso de la Corte Constitucional – van más allá de la estricta aplicación de la ley, es decir, los jueces constitucionales toman decisiones que reemplazan o subrogan en alguna medida la labor de las ramas ejecutiva y legislativa del poder público.

Es por esta razón, que la presente investigación dogmática y hermenéutica será realizada por medio del método de investigación deductivo, el cual tendrá como objetivo fundamental determinar ¿Qué relación existe entre el establecimiento de la procedencia de la consulta de

sentencias de primera o única instancia adversas a las pretensiones del trabajador por la Corte Constitucional con el activismo judicial y con el concepto de legislador en sentido positivo?

Para resolver el anterior problema de investigación será indispensable primero realizar un análisis dogmático y hermenéutico de la naturaleza de la Corte Constitucional colombiana teniendo como sustento los diversos aportes teóricos que han sido proferidos por los doctrinantes y juristas al respecto, que han buscado determinar si esta corporación posee una naturaleza de tipo híbrida entre el aspecto jurídico y político o eminentemente jurisdiccional. Posteriormente, se analizarán los conceptos de legislador en sentido negativo y de activismo judicial, con la exclusiva finalidad de determinar la forma por medio de la cual la Corte Constitucional ha hecho uso de estos conceptos en sus fallos de constitucionalidad, así como la influencia que tiene esta práctica con el principio de separación de poderes.

Finalmente, se analizará de forma práctica el fundamento teórico presentado en la parte inicial e intermedia de la investigación por medio del análisis jurisprudencial de la sentencia C – 424 del año 2015 en la cual el máximo órgano garante de la Constitución declara exequible, la expresión “*Las sentencias de primera instancia*” contenida en el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo, y, adicionalmente establece que también serán consultadas ante el correspondiente superior funcional, las sentencias de única instancia cuando fueren totalmente adversas a las pretensiones del trabajador, afiliado o beneficiario, con lo cual se pretende analizar y examinar si en este caso la Corte actuó como legislador en sentido positivo al hacer extensible la aplicación de la norma objeto de análisis a casos que no estipulo el legislador de forma expresa.

## **1. Análisis dogmático de la naturaleza de la Corte Constitucional colombiana**

En el contexto colombiano, la guarda, la integridad y el respeto de la supremacía de la Constitución Política de 1991 se encuentra radicada en cabeza de la Corte Constitucional, que es una corporación u organismo que fue creado por el constituyente derivado o Asamblea Nacional Constituyente con la exclusiva finalidad de que en el sistema jurídico colombiano existiera una jurisdicción separada de la ordinaria, que, decidiera sobre las demandas de constitucionalidad que fueran promovidas por los ciudadanos contra las leyes, contra los decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno, contra los actos legislativos reformativos de la Constitución, y, analizará y determinará la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo, de una Asamblea Constituyente para reformar la Constitución o de un decreto legislativo dictado por el Gobierno al amparo de los estados de excepción.

En efecto, la creación del alto tribunal en materia constitucional por parte del constituyente derivado generó en el ámbito jurídico colombiano un cambio de paradigma en tratándose de la protección y salvaguarda real y efectiva de la Constitución, sin duda, su fundación constituyó una garantía al texto superior en el sentido de que no basta con la estipulación expresa de las disposiciones normativas en el plexo constitucional, además, es necesario que un tribunal especializado se encargue de velar por su salvaguarda real y efectiva, por medio de la realización de procesos de interpretación sistemática, dogmática y hermenéutica en donde, las normas de inferior jerarquía del modelo escalonado de normas colombiano que son creadas por el órgano legislativo son examinadas a la luz de la Constitución, con el objetivo de



determinar si su contenido se ajusta a la Carta Magna o si por el contrario contraria lo dispuesto en ella. Adicionalmente, existen eventos u ocasiones en los cuales la Corte Constitucional ha ido más allá de lo pedido por el accionante al hacer extensible o reducir la aplicación de algunas normas expedidas por el órgano legislativo colombiano en ejercicio de sus funciones superiores y que son sujetas al examen de constitucionalidad.

Dicha situación, ha generado múltiples posturas, unas a favor de los poderes garantistas del alto tribunal en materia constitucional y otras en contra, en las cuales se afirma que la Corte Constitucional ha desbordado el ámbito de aplicación de sus funciones superiores al inmiscuirse en las funciones del órgano legislativo que, por mandato constitucional tiene a su cargo la creación de las normas en el sistema colombiano. En vista de lo anteriormente señalado, es necesario iniciar la presente investigación realizando un análisis de la naturaleza de la Corte Constitucional colombiana teniendo como fundamento el conjunto de aportes teóricos que han sido proferidos por diversos autores especializados en materia constitucional, lo cual permitirá determinar si su naturaleza es jurisdiccional, por tanto de aplicación mecánica y exegética de las normas o si posee naturaleza de tipo híbrida, en donde el aspecto jurídico y político se analizan de forma integral.

En primer lugar, es necesario señalar que el origen o mejor, los motivos que impulsaron la creación de la Corte Constitucional en el sistema jurídico colombiano estuvieron encaminados a generar un cambio sustancial y radical en la concepción, configuración y estructuración del Estado, pues, se consideró imperativo generar un cambio de paradigma en el cual los derechos

de categoría fundamental, el principio de la dignidad humana, de libertad, de solidaridad y la garantía de todas las normas contenidas en la Constitución fueran protegidos de forma exclusiva, sin interferencia de las otras jurisdicciones, por un organismo perteneciente a la rama judicial del Poder Público, al cual se le confiaría la guarda de la integridad y supremacía de la Carta Política.

Dicha idea se materializó finalmente en el contexto jurídico colombiano en el año de 1991 – en el cual se promulgó la Constitución Política – a pesar de que la modificación realizada a la Constitución de 1886 por parte de la Asamblea Nacional Constituyente, contrariara lo estipulado en dicho plexo normativo para reformar la Constitución pues, este texto establecía de forma expresa en el artículo 209 que la reforma constitucional sólo podía ser ejecutada por medio de un acto legislativo “discutido primeramente y aprobado en tres debates por el Congreso en la forma ordinaria” (Consejo Nacional Constituyente, 1886).

En este punto, es necesario señalar que la Marcha estudiantil del Silencio realizada días posteriores al magnicidio del abogado y candidato a la Presidencia de Colombia Luis Carlos Galán influyó directamente en la modificación del plexo superior pues, era latente en el ámbito social el inconformismo por la falta de democratización de las instituciones establecidas en el modelo constitucional vigente para la época, al respecto Vanossi señala que “históricamente en las democracias modernas el problema constituyente está asociado a cambios políticos, revoluciones o periodos fundacionales del Estado o del régimen político imperante” (1976, p. 180).

Siguiendo dicha línea argumental, es necesario tener en cuenta que la realización de la Asamblea Nacional Constituyente fue “la fuerza social o política en donde se adoptó la decisión normativamente expresada sobre la forma de organizar la convivencia política, concretando en un poder encargado de formular una Constitución” (Wheare, 1971, p. 73), que generó además, en el sistema colombiano un “bloqueo de quienes defienden la Constitución como un parapeto o seguro contra mayoritario de un modelo de organización política, social y económica con signos ideológicos autoritarios y neoliberales” (Bryce, 1988, p. 14), estableciendo un nuevo modelo constitucional en donde es imperativo el respeto y salvaguarda de los derechos y libertades fundamentales contenidos en la norma superior, y en el cual, el Tribunal Constitucional ocupa un lugar preponderante en tratándose de la aplicación e interpretación de las normas.

En este punto es importante tener en cuenta que el poder constituyente otorgado al constituyente derivado para efectuar el proceso de creación normativa del plexo superior – dentro del, cual se creó la Corte Constitucional – es un concepto que ha sido considerado por algunos juristas como aquel tipo de “soberanía originaria extraordinaria, suprema en cuyo ejercicio de la sociedad política se identifica con el Estado, para darle nacimiento y personalidad y para crearle sus órganos de expresión necesaria y continua” (Jellinek, 1970, p. 386), como “la facultad inherente a toda comunidad soberana a darse su ordenamiento jurídico – político fundamental originario por medio de una Constitución” (Sánchez, 1957, p. 114) o como “la voluntad política con fuerza, o autoridad para adoptar la decisión de conjunto sobre el modo y la forma de la propia existencia política” (Schmitt, 1984, p. 121), es decir, el poder constituyente que fue otorgado a

la Asamblea Nacional Constituyente le dio la facultad de establecer la norma fundamental del ordenamiento jurídico colombiano, el modelo de Estado y su sistema político.

Precisado lo anterior, es procedente continuar el desarrollo de la presente investigación señalando que la adhesión expresa e integración del alto tribunal constitucional colombiano en la Constitución de la 1991 como un órgano de carácter independiente al máximo órgano de casación – según lo dispuesto en el artículo 241 superior, en términos de una dialéctica fundamental entre estructura y función y, desde una perspectiva lógica fundó, dirigió y organizó un moderno orden jurídico en donde la garantía de la integridad y de la supremacía del texto superior, se constituyen como aspectos fundamentales en el proceso de Autopoiesis del sistema normativo. Siguiendo dicho hilo conductor Gómez & Bruera afirman que “los enunciados normativos constitutivos del orden jurídico forman realmente un sistema, siendo que el nexo que conecta los enunciados del derecho es la relación de validez entre las normas” (1982, p. 18), de lo cual se infiere que el nuevo sistema constitucional colombiano se acorazó y resguardo con esta corporación.

Al respecto, el lógico, matemático y filósofo polaco Alfred Tarski explica en su obra la configuración, estructura y, forma de los sistemas jurídicos, desde su perspectiva “un sistema jurídico es un todo constituido no sólo por normas sino también por enunciados” (1956, p. 80), lo cual, resulta aplicable al plexo constitucional colombiano, pues el lenguaje utilizado en el capítulo IV de la Constitución de 1991 – en el cual se organiza y regla la jurisdicción constitucional – incorpora un conjunto de normas de tipo enunciativo que no poseen la estructura

básica normativa de supuesto de hecho y consecuencia jurídica, que señalan la composición de la Corte Constitucional, la forma de elección y el periodo en el cual ocuparán el cargo los magistrados.

Por su parte, las funciones de la Corte Constitucional se encuentran establecidas de forma expresa en el artículo 241 de la Constitución, las cuales consisten básicamente en decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra las leyes, los decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno y los actos legislativos reformativos de la Constitución; resolver sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una Asamblea Constituyente para reformar la Constitución; decidir sobre la constitucionalidad de los referendos sobre leyes, las consultas populares y los plebiscitos del orden nacional; ejercer el control constitucional sobre los decretos legislativos dictados por el Gobierno al amparo de los estados de excepción; decidir definitivamente acerca de las objeciones por inconstitucionalidad que el Gobierno formule contra proyectos de ley y de manera integral y previa respecto a los proyectos de ley estatutaria aprobados por el Congreso, entre otras.

Es decir, el alto tribunal como cabeza de la jurisdicción constitucional, realiza de forma específica y singular el análisis e interpretación de los asuntos de constitucionalidad de las normas que integran el modelo escalonado de normas colombiano y, adicionalmente establece, en su condición de intérprete autorizado, las reglas jurisprudenciales sobre el alcance de las normas contenidas en la Constitución. En este punto, es imperativo tener en cuenta que la estructura escalonada del ordenamiento jurídico es una teoría jurídica que fue planteada por

Adolf Merkl – quien fue uno de los alumnos más destacados de Hans Kelsen cuando este era profesor en la Universidad de Viena – y ha sido considerada como uno de los cimientos más importantes de la teoría pura del derecho y de la Teoría General del derecho y del Estado. Básicamente consiste en una relación de subordinación y supra ordinación, es decir “es un modelo de jerarquización de normas jurídicas que fundamentan la perspectiva dinámica del derecho y la conexidad normativa en un sistema jurídico determinado, que matiza el formalismo deductivo” (Gómez, 2014, p. 169), al respecto Kucsko – profesor miembro del Instituto Hans Kelsen de Viena – explica que:

Todo tipo de norma jurídica se crea a partir de una regla autoritativa que contempla su creación y que determina su contenido y su forma (...) el proceso de producción jurídica comienza con la Constitución, avanza a través de la ley, el reglamento, las sentencias judiciales, los actos administrativos y los negocios jurídicos (2002, p. 247)

En ese orden de ideas, la Corte Constitucional como máximo órgano garante del plexo superior y, en ejercicio de sus funciones interpreta, explica, aclarara y, descifra el fin teleológico que tuvo el constituyente derivado y el órgano legislativo al crear las normas y analiza de forma sistemática las normas que son objeto de reproche ciudadano y que hacen parte del modelo escalonado normativo colombiano.

Ahora bien, el ejercicio de las funciones superiores por parte del máximo órgano de la jurisdicción constitucional, es un tema que ha suscitado numerosos debates doctrinales dentro

de los operadores jurídicos, pues, algunos prestigiosos juristas consideran que la naturaleza de la Corte Constitucional es meramente jurisdiccional, y otros en contraposición a lo anterior afirman que su naturaleza es heterogénea, es decir, mixta pues sus decisiones poseen una estrecha relación con el aspecto político y jurídico.

Como se mencionó anteriormente, una de las posturas se encuentra encaminada a establecer que las funciones que ejecuta la Corte Constitucional son por esencia o sustancia jurisdiccionales, al respecto el profesor Helmut Simón afirma que:

Dado que la función de la jurisdicción constitucional reside en la interpretación vinculante de una Constitución dotada de fuerza normativa y de primacía y que su influencia reside en su competencia de interpretación, habrá de buscar los límites de su jurisprudencia precisamente en la Constitución (2001, p. 846).

En síntesis, desde esta perspectiva “si la Constitución es jurídica, como en efecto lo es, su interpretación por la Corte debe estar siempre limitada por aquella” (Charry, 1999, p. 102), por lo tanto la interpretación constitucional realizada por este máximo órgano sobre las normas o disposiciones normativas es de tipo judicial, en ese sentido Sanín (2004) afirma que “no cabe la menor duda de la naturaleza judicial de la justicia constitucional, no sólo colombiana, sino de todos los tribunales constitucionales, pues su función consiste en decir el derecho” (p. 127).

De lo anterior es dable inferir que, desde esta perspectiva los magistrados que integran el alto tribunal en materia constitucional son los intérpretes auténticos de la Constitución, por lo

tanto su función está encaminada a explicar o declarar el sentido de las normas establecidas por el constituyente derivado en la Constitución, por tanto, dichos operadores judiciales no están facultados para expedir normas pues, dicha función fue asignada de forma expresa al órgano legislativo.

Por su parte, la postura que afirma que la Corte Constitucional posee funciones heterogéneas – por tanto mixtas entre el aspecto jurídico y político – básicamente ha señalado que “el Juez Constitucional debe implementar el silogismo jurídico, en donde, la premisa mayor es un texto jurídico-político, puesto que la Constitución es el marco jurídico de fenómenos políticos” (Castro, 1991, p. 14). Es decir, el operador judicial del tribunal constitucional, al ejecutar su función superior debe hacer uso de un esquema formal de raciocinio deductivo, en el cual procede a relacionar o comparar dos juicios, para inferir un tercero que tenga conexión con ellos.

Dicha operación intelectual ha sido denominada silogismo y, desde el panorama doctrinal ha sido definido inicialmente como “un logos o razonamiento en el cual ciertas premisas son dadas y de la cual resulta la conclusión por el mero hecho de las dos premisas” (Gortari, 1988, p. 474), posteriormente, Puigarnau (1978) explicó que es “el conocimiento de que determinada proposición es necesaria por la concordancia de su condición con una regla general dada” (p. 82).



Por lo anteriormente señalado, la naturaleza híbrida o heterogénea de la Corte Constitucional se fundamenta o sustenta en la idea o premisa de que “la jurisdicción constitucional es una jurisdicción que recae sobre una materia política, que bien puede llevar a una juridificación o constitucionalización de la política” (Caballero, 2001, p. 57), por tal motivo es que se afirma que “el Derecho Constitucional es un derecho político, politizado y politizante” (Sáchica, 1997, p. 25).

En ese orden de ideas, es claro que la Corte Constitucional colombiana posee funciones jurisdiccionales independientes y autónomas, no obstante, al desarrollar dichas funciones ejecuta juicios de valor en donde, por medio del silogismo jurídico analiza deductivamente la trasgresión de los postulados constitucionales establecidos en la Constitución que poseen un amplio contenido político debido a que una de sus funciones es salvaguardar y proteger la Constitución Política de 1991 que “es la reglamentación jurídica de la vida política, la función jurisdiccional de la Corte Constitucional recae directamente en una materia política” (Cepeda, 1993, p. 97), según Bachof “la decisión constitucional proferida por el Juez Constitucional, tiene un rasgo que la hace diferente, porque la ejecuta en ejercicio del control de constitucionalidad, que significa un incremento acentuado de poder y por lo tanto, una disminución del poder legislativo” (1985, p. 15).

## **2. La Corte Constitucional colombiana como activista judicial y como legislador positivo**

Desde que la Corte Constitucional empezó a ejercer sus funciones constitucionales en el año 1992, se han venido profiriendo una serie de fallos en el contexto jurídico colombiano que desarrollan, interpretan, y aplican los diversos postulados constitucionales establecidos por el constituyente derivado con la finalidad de lograr la salvaguarda del Estado Social y Democrático de Derecho, de los derechos fundamentales, y de los principios que cimientan la estructura del Estado. No obstante, también existen fallos que han llegado a afectar en algunas ocasiones las manifestaciones de la voluntad del órgano legislativo, es decir, las leyes. Dicho actuar de la Corte Constitucional ha sido denominado por la doctrina especializada en derecho constitucional como activismo judicial.

Es por esta razón que esta parte de la investigación pretende analizar el activismo judicial en la jurisdicción constitucional colombiana, la relación que posee dicho concepto con el cambio en la concepción del significado de la constitución y con la interpretación evolutiva de dicha norma superior y, la noción Kelseniana de legislador en sentido negativo efectuada por la jurisdicción constitucional en ejercicio de poder de control constitucional.

El activismo judicial es un concepto que ha sido ampliamente analizado y explicado por la doctrina, por los juristas y en general por todos los operadores judiciales, por lo cual han sido múltiples las fórmulas propuestas por los autores para examinar y analizar el concepto.

Inicialmente Cabrillo – director del Harvard Seminar of Law and Economics de la Harvard University – explicó en su obra que el activismo judicial es un fenómeno que se ejecuta por los tribunales constitucionales cuando luego de conocer y analizar un caso concreto sujeto a su competencia, anula una ley o un conjunto de disposiciones normativas, declarando su inexecutable, o cuando la declara acorde al ordenamiento jurídico pero la hace extensible, creando aspectos nuevos en la normatividad creada por el órgano legislativo. Dicho autor afirma que el activismo judicial es una práctica enmarcada por:

Decisiones de los órganos de la administración de Justicia que van más allá de la estricta aplicación de la ley, para extender algunos de sus principios a situaciones nunca previstas por el legislador; y ante las que cabe, además, pensar razonablemente que el legislador no habría actuado en tal dirección en el momento de promulgar la norma (Cabrillo, 2005, p. 219)

Por su parte Bolick explica al respecto que “los tribunales mantienen el poder legislativo y ejecutivo dentro del límite de la constitucionalidad, para la protección de las libertades individuales y la vigencia efectiva del Estado de Derecho” (2007, p. 3), es decir, este fenómeno surge cuando los operadores del sistema judicial sustituyen o reemplazan la actividad de otras ramas del poder por medio de la realización de interpretaciones extensivas de las normas, con esto no se busca que un tribunal constitucional legisle, por el contrario la finalidad exclusiva en mantener la vigencia, supremacía e integridad de la Constitución, en ese sentido SÁCHICA afirma que:

Poder, el de los jueces, que cuando se trata de la acción de tutela de los derechos constitucionales individuales o colectivos puede dar órdenes a las autoridades administrativas, de ejecución inmediata, sin otra consideración que la del derecho subjetivo en juego, pasando por alto las razones de interés público que rigen la función administrativa y las limitaciones legales y de medios que se encuentran en éstas (Sáchica, 1996, p. 44)

En efecto, la creación de la Corte Constitucional, generó en el contexto colombiano un cambio de paradigma en tratándose de la concepción del plexo constitucional pues, se estableció que la Constitución Política tendría un poder vinculante en sí misma, lo cual se relaciona con la idea de que “la función política de la Constitución, es la de poner límites jurídicos al ejercicio del poder, garantía constitucional que significa generar la seguridad de que esos límites no serán transgredidos” (Molina, 2002, p.316)

En ese orden de ideas se infiere que la Corte Constitucional es una corporación veedora del cumplimiento de la Constitución y del cumplimiento de los límites impuestos a las demás ramas del poder público, teniendo en cuenta lo anterior, es dable afirmar que la Corte empezó a tener no solo la función garantista de la norma superior, además, comenzó a tener una evidente función política en tanto, en el proceso interpretativo de dicho plexo constitucional debe adaptar las diversas situaciones a la realidad jurídica actual.

Ahora bien, el uso del denominado activismo judicial por parte del tribunal constitucional colombiano le permite tener una comunicación directa con los demás poderes públicos, en el sentido de que si lo considera puede instar a los demás órganos y corporaciones judiciales a que

cambien su posición, corrigiendo sus decisiones o proponiéndoles que tomen algunas medidas para asegurar que se cumplan los derechos de forma real, con esto la Corte no transgrede el principio de separación de poderes, su finalidad es aplicar e interpretar de forma adecuada la Constitución Política, en ese sentido Ibáñez explica que:

La Corte Constitucional se ha valido del concepto de colaboración armónica de las ramas del poder público y del equilibrio del mismo, el cual está diseñado hacia excluir, o al menos dificultar grandemente toda manifestación de hegemonía o prepotencia de una rama del poder sobre las demás cuyo conjunto constituye el poder público de un Estado (Ibáñez, 2006, p. 73)

Lo anterior, posee especial conexión con la construcción del Neo constitucionalismo en el ordenamiento jurídico colombiano que según la doctrina es “un proceso histórico, como una teoría o concepción acerca de la realidad jurídica y como una postura doctrinaria e institucional, se podría decir también ideológica, acerca de la función que los jueces están llamados a realizar en una democracia constitucional” (Santiago, 2008, p. 135), que se relaciona con “la interpretación y aplicación del derecho, la reformulación de nuestro sistema de fuentes y el papel del juez en la creación de derecho que legitima la justicia constitucional” (García, 2008, p. 91)

Ahora bien, el activismo judicial en el ordenamiento jurídico colombiano ha tenido su origen o aplicación práctica por aspectos como la negligencia legislativa, en donde:

Ante la falta de intervención legislativa que desarrolle los derechos-prestación del capítulo segundo título segundo de la Constitución, ¿debe el juez permanecer a la espera de que se produzca dicho desarrollo, y en tal caso, considerar los textos que consagran tales derechos como

desprovisto de fuerza normativa, o por el contrario, debe el juez definir el contenido de tales derechos, anticipándose al legislador y aplicándolos de manera directa a partir del propio texto constitucional?(...) La solución opuesta –es decir la que supone la no intervención judicial– desconoce los valores y principios constitucionales que consagran la efectividad de los derechos (Corte Constitucional, 1992)

También, ha operado el activismo judicial por parte del tribunal constitucional colombiano en aquellos eventos en los que surge la teoría de la cosa juzgada constitucional, al respecto es necesario señalar que “los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional” (Asamblea Nacional Constituyente, 1991) y que, de acuerdo a lo estipulado en los artículos 45, 46 y 48 de la Ley 270 de 1996 en donde se señala que “las sentencias que profiera la Corte Constitucional tienen efectos hacia el futuro a menos que la Corte resuelva lo contrario (...) la Corte Constitucional deberá confrontar las disposiciones sometidas a su control con la totalidad de los preceptos de la Constitución” (Congreso de Colombia, 1996) y en el artículo 21 del Decreto 2067 de 1991, dichos fallos “son de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades y los particulares” (Presidente de la República de Colombia, 1991), por lo cual se infiere que en virtud de la cosa juzgada constitucional prevista en el artículo 243 superior, los fallos de constitucionalidad del Alto Tribunal poseen efectos erga omnes obligatorios, lo cual sin duda brinda certeza y seguridad jurídica a los fallos convirtiéndolos en fuente de derecho obligatoria para los demás operadores jurídicos.

Otro aspecto determinante en el ejercicio del activismo judicial es el desentendimiento de la Constitución, realizado por parte del poder legislativo y ejecutivo, al respecto se ha afirmado que “el gobierno y el legislador desconocen profundamente la Constitución, situación que es aprovechada oportunamente por la Corte Constitucional para extender su competencia” (Molina, 2010, p. 22).

En ese orden de ideas, el actuar de la Corte Constitucional como activista judicial se relaciona con la aplicación principio de colaboración armónica enunciado expresamente en el artículo 113 de la Constitución Política, en el cual se establece que dicha corporación tiene el deber de colaborar con los otros órganos del Estado en procura de la realización de sus fines, es decir, “si bien es cierto han sido considerados orgánicamente separados, nunca se han tomado como funcionalmente independientes, toda vez que estos mantienen relaciones intensas entre sí” (Rodríguez, 2012, p. 135). Es por tal motivo que el principio de colaboración armónica entre los diferentes órganos del Estado se constituye como sustento jurídico razonable que ampara el activismo jurisdiccional de la Corte Constitucional, al respecto el alto tribunal constitucional señaló en su jurisprudencia que:

A diferencia del modelo absoluto y rígido de separación de poderes, la Constitución de 1991, adopta un sistema flexible de distribución de las distintas funciones del poder público, que se conjuga con un principio de colaboración armónica de los diferentes órganos del Estado y distintos mecanismos de freno y contrapeso entre los poderes (Corte Constitucional, 2012)

En conclusión, la separación de poderes es una teoría que ha variado sustancialmente en relación con su formulación inicial, pues en principio se consideraba esencial que los órganos estuvieran plenamente separados, no obstante, actualmente dicha concepción ha evolucionado pues en el marco de la democracia constitucional actual, sigue existiendo la separación de los poderes sin embargo, existe un control activo entre ellos, en especial por parte de la jurisdicción constitucional pues como órgano garante de la Constitución puede convertirse en un instrumento de presión frente al legislador, de tal manera que éste, si no desea ver su espacio de decisión invadido por otros órganos, debe adoptar las responsabilidades de desarrollo legal que le corresponden y expida las normas del caso o regule en determinado sentido las normas para que se adecuen a los postulados constitucionales. En ese sentido:

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 (Corte Constitucional, 1992)

Ahora bien, la Corte Constitucional colombiana al ejercer sus funciones interpretativas y de control sobre las normas jurídicas y en ejercicio del denominado activismo judicial ha recibido numerosas críticas, cuando declara que una norma es exequible pero que se hará extensible en determinados eventos o situaciones, pues ordena la imposición de un efecto no previsto por el legislador.



Dicho actuar se relaciona inexorablemente con lo señalado por Hans Kelsen – jurista y filósofo austríaco defensor de la democracia y de un sistema de equilibrio entre poderes estatales – en su obra *Teoría Pura del Derecho y Garantía Jurisdiccional de la Constitución* en la cual propone la creación de un tribunal especializado que tiene como finalidad lograr la guarda y la supremacía del plexo constitucional en los ordenamientos jurídicos. Desde el marco de la teoría de la estructura jerárquica del ordenamiento jurídico explica que “legislación y ejecución no son dos funciones estatales coordinadas, sino dos etapas jerarquizadas del proceso de creación del derecho, y dos etapas intermedias” (Kelsen, 1988, p. 12), en ese sentido, darle garantías de la Constitución significa entonces brindarle “garantías de la regularidad de las normas inmediatamente subordinadas a la Constitución, es decir, esencialmente garantías de la constitucionalidad de las leyes” (Kelsen, 2011, p. 256).

Por lo anterior, Kelsen concibe el tribunal constitucional como:

Legislador negativo y positivo; el parlamento ejerce la función de dictar las leyes (legislador positivo) y el juez constitucional ejerce la función de anularlas cuando sean contrarias a la Constitución o de hacerlas extensivas cuando la integridad y supremacía constitucional lo demanden (López, 2011, p. 179).

En contraposición a lo previamente señalado Troper – constitucionalista francés y profesor de la Universidad de París – ha afirmado que el hecho de que los jueces tomen decisiones políticas resultar ser un hecho constitutivo de una contradicción normativa pues los jueces están

encargados de juzgar mas no de gobernar, no obstante, la situación es totalmente diferente cuando se trata de defender la supremacía de la Constitución. Troper, es un doctrinante que ha aportado el concepto de gobierno de los jueces, desde sus perspectiva dicho gobierno se reconoce de diversas maneras, por ejemplo, existe gobierno de los jueces cuando disponen de una parte del Poder Legislativo, en ese sentido, “si los jueces tienen la facultad de apartar del mundo jurídico una ley, también tienen un Poder Legislativo, pero ejecutado de forma positiva” (Troper, 2001, p. 68).

En conclusión, en el contexto colombiano el clásico modelo de la prevalencia del imperio de la Ley se ha modernizado pues, con la expedición de la Constitución de 1991, la creación de la Corte Constitucional y con el establecimiento de los derechos fundamentales como inalienables de todas las personas y además, de la creación de la acción de tutela y la acción de inconstitucionalidad dicho paradigma clásico cambió, ahora el principio de separación de poderes viene aparejado con una mutua cooperación pero con independencia y autonomía de los órganos del estado.

### **3. La teoría del juez constitucional como legislador en sentido positivo en la sentencia C – 424 de 2015**

La teoría del juez constitucional como legislador en sentido positivo se ha manifestado en numerosos fallos expedidos por la Corte Constitucional, no obstante, en esta parte final de la investigación se realizará un análisis práctico de la información obtenida en la etapa aporética de la investigación, realizando un análisis de la sentencia C – 424 de 2015 en la cual se aplicó por parte del alto tribunal constitucional la teoría en mención y objeto central de análisis en la presente investigación.

De acuerdo con la parte fáctica de la mencionada sentencia la ciudadana Katherine Alejandra Rodríguez Puerto, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad prevista en los artículos 40.6, 241 y 242 de la Constitución Política, demandó la inconstitucionalidad de una expresión contenida en el artículo 69 del Código procesal del Trabajo, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, en el cual se señala respecto de la procedencia de la consulta que además existirá un grado de jurisdicción denominado de consulta aplicable a las sentencias de primera instancia, cuando fueren totalmente adversas a las pretensiones del trabajador, afiliado o beneficiario.

De acuerdo a lo estipulado en la parte motiva y considerativa en la sentencia la disposición demandada por la accionante es constitucional por tanto se adecua al ordenamiento jurídico colombiano, no obstante, señala el alto tribunal constitucional que la norma debe hacerse extensible a las sentencias de única instancia totalmente que sean adversas a las pretensiones del

trabajador, afiliado o beneficiario, con lo cual se demuestra que en este caso la Corte actuó como legislador en sentido positivo y como activista judicial.

Por último es necesario señalar que si la sentencia desfavorable para las pretensiones del trabajador es dictada por el juez laboral o civil del circuito en aquellos lugares del territorio nacional en donde no hay laboral en primera o única instancia, el operador judicial deberá enviar el proceso a la respectiva Sala Laboral del Tribunal de su Distrito Judicial para que se surta el grado de consulta, y si el fallo es proferido en única instancia por los jueces municipales de pequeñas causas deberá ser remitido al juez laboral del circuito o al civil del circuito a falta del primero.

## **Conclusiones**

1. La Corte Constitucional Colombiana posee una naturaleza híbrida, pues al ser constituida como el supremo guardián de la Constitución y de la Democracia, en el ejercicio de sus funciones hace uso de métodos jurídicos y de elementos de tipo político, que en conjunto le permiten fallar en derecho.
2. La Corte Constitucional Colombiana no solo analiza aspectos procedimentales o normativos, además, interpreta de forma armónica, integral y sistemática la Constitución.
3. La finalidad de la práctica del activismo judicial es que una Corporación facultada por mandato superior reaccione con acciones positivas frente a las falencias de los demás órganos.
4. En Colombia, a partir la Constitución Política de 1991 la Corte Constitucional ha jugado un papel importante en el desarrollo del derecho, afirmando aún más la conversión de Colombia en un estado neo constitucionalista, ratificando así que el derecho es de los jueces y no de los legisladores, las actuaciones de la Corte Constitucional, en algunas ocasiones la han convertido en legislador positivo.
5. La idea de que el poder Legislativo es quien legítimamente puede emitir las leyes, ha cambiado, ahora el precedente judicial emitido por alguna de las altas cortes también tiene fuerza de Ley, efectos erga omnes, que obligan a los ciudadanos, sin que esta previsión sea incluida en una norma, y que constitucionalmente tiene legitimidad y más

aún aceptación por los ciudadanos más tratándose en la protección de derechos en cuanto a las condiciones de dignidad humana se refiere.

6. El papel de juez como legislador se ha manifestado en aquellos casos en los cuales la Corte Constitucional invade la esfera del poder legislativo dando la categoría de fundamental a derechos que positivamente no lo son, o interpretando las leyes en el sentido constitucional a favor del reconocimiento de derechos fundamentales.

## **REFERENCIAS**

- Alchourron, C., & Bulygin, E. (1991). *Sobre la existencia de normas jurídicas*. México: Fontamara.
- Bolick, C. (2007). Viva el activismo judicial. *Gaceta de los Negocios*.
- Bryce, J. (1988). *Constituciones Rígidas y Constituciones Flexibles*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Cabrillo, F. (2005). Intereses y preferencias en la administración de justicia ¿qué maximizan los jueces? (U. d. Salamanca, Ed.) *Economía, derecho y tributación: estudios en homenaje a la profesora Gloria Begué Cantón*, 217-236.
- Castro, J. (1991). *Ponencia en la Asamblea Nacional Constituyente de 1991. Sesión Plenaria*. Bogotá.
- Cepeda, J. (1993). *Introducción a la Constitución de 1991. Hacia un Nuevo Constitucionalismo*. Bogotá: Presidencia de la República Consejería para el Desarrollo de la Constitución.
- Charry, J. (1999). *Justicia Constitucional Derecho Colombiano y Comparado*. Bogotá: Banco de la República.
- Congreso de Colombia. (15 de Marzo de 1996). Ley 270, Ley Estatutaria de Administración de Justicia. *Diario Oficial* (42745), págs. 1-26.

*La Corte Constitucional colombiana como legislador en sentido positivo.*

Consejo Nacional Constituyente. (7 de Agosto de 1886). Constitución Política. *Diario Oficial*, XXII (6758-6759), págs. 801-900.

Corte Constitucional. (2012). *Sentencia C-288, M.P: Luis Ernesto Vargas Silva*. Bogotá.

Corte Constitucional. (1992). *Sentencia T - 406, M.P: Ciro Angarita Barón*. Bogotá.

García, L. (2008). Constitución como provisión e irradiación constitucional. Sobre el Concepto del Neo constitucionalismo. *Estudios de Derecho*, LXV (146).

Gómez, A., & Bruera, O. (1982). *Análisis del lenguaje jurídico*. Buenos Aires: Belgrano.

Gómez, P. C. (2014). Aspectos clave de la teoría del derecho de Adolf J. Merkel. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho* (17), 167-202.

Gortari, E. d. (1988). *Diccionario de la lógica*. España: Plaza y Valdés.

Ibáñez, A. (2006). *Hacia un política proactiva para la población desplazada*. Bogotá: Universidad de los Andes.

Jellinek, J. (1970). *Teoría General del Estado*. Buenos Aires: Albatros.

Kelsen, H. (1988). *La Garantía Jurisdiccional de la Constitución. La Jurisdicción Constitucional*. Madrid: Debate.

Kelsen, H. (2011). La garantía jurisdiccional de la Constitución. (r. T. Salmarán, Ed.) *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* (15), 249-300.



*La Corte Constitucional colombiana como legislador en sentido positivo.*

Kucsko, G. (2002). *La contribución de Adolf Merkl a la Teoría Pura del Derecho*. Recuperado el 14 de diciembre de 2016, de Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-facultad-derecho-mx/article/view/28751/25994>

López, A. (enero-junio de 2011). El juez constitucional colombiano como legislador positivo: ¿Un gobierno de los jueces? *Cuestiones Constitucionales* (24), 170-193.

Molina, C. (2002). *¿Limitar o Fortalecer La Corte Constitucional? Corte Constitucional Balances y Perspectivas*. Bogotá: Universidad del Rosario.

Molina, C. (2010). La Corte Constitucional autoridad económica. En C. Molina, *Corte Constitucional y economía* (págs. 15 -47). Medellín: Sello Editorial.

Presidente de la República de Colombia. (4 de septiembre de 1991). Decreto No. 2067, por el cual se dicta el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deban surtirse ante la Corte Constitucional. *Diario Oficial, CXXVII* (40012).

Puigarnau, J. (1978). *Lógica para Juristas*. Barcelona: Bosch.

Rodríguez, T. (enero-abril de 2012). El terrorismo y nuevas formas de terrorismo. *Espacios Públicos, 15*(33), 72-95.

Sáchica, L. (1996). *Constitucionalismo colombiano* (8 ed.). Bogotá: Temis.

Sáchica, L. (1997). *Derecho Constitucional y General* (3° ed.). Bogotá: Temis.

*La Corte Constitucional colombiana como legislador en sentido positivo.*

Sánchez, C. (1957). *El Poder Constituyente. Origen y Formación del Constitucionalismo Universal y Especialmente Argentino*. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina.

Santiago, A. (2008). Sistema jurídico, teoría del derecho y rol de los jueces: las novedades del Neo constitucionalismo. *Díkaion*, 22(17), 131-155.

Schmitt, C. (1984). *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza.

Simón, H. (2001). La Jurisdicción constitucional dentro de la obra colectiva. En M. Vanda, *Manual de Derecho Constitucional* (2da ed.). Madrid: Marcial Pons.

Tarski, A. (1956). *Lógica, semántica y meta matemática*. (J. H. Woodger, Trad.) Nueva York: Oxford Clarendon Press.

Troper, M. (2004). ¿Existe un concepto de Gobierno de Jueces? En M. Carbonell, *Del gobierno de jueces al gobierno por los jueces*. México: Porrúa.

Vanossi, J. (1976). *Teoría de la Constitución* (Vol. II). Buenos Aires: Editorial De Palma.