

**PRESUPUESTOS Y FIGURAS DEL DERECHO PROCESAL
CONSTITUCIONAL COLOMBIANO DE ORIGEN PRETORIANO.
HACIA LA ELABORACIÓN DE UNA TEORÍA.**

**FUNDACION UNIVERSIDAD DEL NORTE
DIVISION DE CIENCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DERECHO
BARRANQUILLA 2012**

**PRESUPUESTOS Y FIGURAS DEL DERECHO PROCESAL
CONSTITUCIONAL COLOMBIANO DE ORIGEN PRETORIANO.
HACIA LA ELABORACIÓN DE UNA TEORÍA.**

Tesis para optar al título de Magister en Derecho

Autor: WALTER GONZALEZ DE LA HOZ

Directora: DRA. VIRIDIANA MOLINARES HASSAN

Abogada

**FUNDACION UNIVERSIDAD DEL NORTE
DIVISION DE CIENCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DERECHO
BARRANQUILLA 2012**

ABREVIATURAS

CCC: Corte Constitucional Colombiana

Comp: Compilación

C: Constitucionalidad

C.S. de J: Corte Suprema de Justicia

DPC: Derecho Procesal Constitucional

Ed: Editorial

Op. Cit: Obra Citada

T: Tutela

TPC: Teoría Procesal Constitucional

Sent: Sentencia

Vol: Volumen

Trad: Traductor

Pág: Página

MP: Magistrado Ponente

RESUMEN

TÍTULO: Presupuestos y Figuras del Derecho Procesal Constitucional Colombiano de Origen Pretoriano. Hacia la Elaboración de una Teoría

AUTOR: Walter González De la Hoz (9237255)

TÍTULO OTORGADO: Magister en Derecho

DIRECTOR: Dra. Viridiana Molinares Hassan

PROGRAMA: Maestría en Derecho

UNIVERSIDAD DEL NORTE

BARRANQUILLA

2012

Resumen: La Corte Constitucional Colombiana, emulando parte de la tradición antiformalista y los desarrollos constitucionales más recientes en el derecho comparado; ha venido creando desde su entrada en vigencia, unos presupuestos, principios y subreglas que reconfiguran y dinamizan una nueva rama del derecho, el DPC. Tal labor pretoriana ha sido fundamental, para delinear los contornos y caracteres particulares de dicha disciplina; así como para desentrañar su verdadera naturaleza y especificidad. La presente investigación plantea de que forma la expedición de algunas decisiones relevantes por parte de nuestro tribunal constitucional, además de posibilitar la consolidación del DPC, suministra unas pautas que podrían servir a efectos de elaborar una dogmática apropiada en materia procesal constitucional. Ejercicio que muestra los aspectos problemáticos

que dificultan la elaboración de una TPC y la superación de los mismos, a partir de: la adopción de un vista externo moderado, la incorporación de la tesis de la vigilia de moreso y la estructuración de unos casos paradigmáticos, que sirven para identificar y construir unas subreglas y principios procesales, claves para la configuración de una teoría procesal constitucional, que para los fines de este trabajo ha estado encaminada al instituto de la tutela.

Palabras Claves: Tribunal Constitucional, Proceso Constitucional, Control Constitucional, Revisión Judicial, Normas adscritas, Subreglas Judiciales, Derecho Pretoriano, Corte Constitucional, Precompromiso, Principios Procesales, Constitucionalismo, Democracia.

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCION

Capítulo I.

I. LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES

1. ANTECEDENTES HISTORICOS Y DESARROLLO

1.1 EL CONTROL CONSTITUCIONAL AMERICANO: LA JUDICIAL REVIEW

1.2 EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y SU REFORMULACION EN EUROPA

2. NATURALEZA DEL GUARDIÁN DE LA CONSTITUCIÓN

2.1 POLITICA

2.2 JURIDICA

2.3 MIXTA

3. COMPETENCIAS Y ALCANCES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

3.1 CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS LEGISLATIVAS.

3.2 RECURSO DE AMPARO POR VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES.

4. OBJECIONES AL CONTROL CONSTITUCIONAL

4.1. EN LA TRADICION AMERICANA

4.1.1. Intepretativistas Estrictos u Originalistas.

4.1.2. No Interpretativismo Moderado

4.2. EN LA TRADICION EUROPEA CONTINENTAL

5. APOYOS AL CONTROL CONSTITUCIONAL Y LA JUDICIAL REVIEW

5.1. EN LA TRADICION ANGLOSAJONA

5.2. EN LA TRADICION EUROPEA CONTINENTAL

6. LEGITIMACION DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

6.1. DE ORIGEN

6.2. DE EJERCICIO

6.3 POR SUBORDINACION A LAS LEYES Y LA CONSTITUCION.

6.3.1 Subordinación a la Ley

6.3.2 Subordinación a la Constitución

6.4 POR DEFENSA DE LOS ASPECTOS PROCESALES Y SUSTANTIVOS DE LA DEMOCRACIA

6.5 POR LA CORRECCION DE SUS DECISIONES

7. JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y SU ROL CREATIVO EN COLOMBIA

7.1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

7.2. ETAPAS DEL CONSTITUCIONALISMO COLOMBIANO

7.2.1. De Influencia Norteamericana (1911-1935)

7.2.2. De Influencia Francesa. (1935-1940)

7.2.2.1. Modelo Inspirador desde la Doctrina.

7.2.2.2. Critica al Método Tradicional

7.2.2.3. La Interpretación Antiformalista

7.2.2.4. La Creación Jurisprudencial: La Corte de Oro

7.2.2.5. La Invención Pretoriana

7.2.2.6. Posibilidades Abiertas desde la Ley: El Artículo 8 Ley 153/87.

7.2.2.7. Modernización Iusteórica y Reinterpretación

7.2.3. Del Neopositivismo Kelseniano. (1940-1991)

7.2.4. De Influencia Anglosajona e Hispanogermana. Expedición de la Constitución De 1991.

7.3. A MODO DE CONCLUSION.

Capítulo II.

II. EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

1. ORIGEN

2. NOMEN IURIS

3. PRECEDENTES

4.1. REMOTOS

4.2. POSITIVOS

4.3. DOCTRINALES

4. FORMAS DE ACERCAMIENTO- NATURALEZA

5. METODOS

6. CARACTERISTICAS

6.1. DUCTIBILIDAD O MALEABILIDAD

6.2. ORIGINALIDAD O ESPECIFICIDAD

6.3. CARÁCTER INQUISITIVO

6.4. AUTOGARANTIZADO

6.5. AUTOSUFICIENTE

6.6. AUTOREFERENTE

Capítulo III.

III. APARICION EN EL ESCENARIO CONSTITUCIONAL COLOMBIANO DE NUEVOS PRESUPUESTOS, PRINCIPIOS Y REGLAS EN MATERIA PROCESAL CONSTITUCIONAL- ACCION DE TUTELA

1. PRECISIONES METODOLOGICAS

2. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

3. NORMAS ADSCRITAS O SUBREGLAS CONSTITUCIONALES

3.1 NOMEN JURIS

3.2 CARACTERISTICAS

3.3 ESTRUCTURA

4. LA ACCION DE TUTELA Y EL DEBIDO PROCESO

5. TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES

5.1 CRÍTICAS A LA PROCEDENCIA DE LA TUTELA CONTRA SENTENCIAS

5.2 SUBREGLAS FORMALES DE PROCEDIBILIDAD

5.3 SUBREGLAS ESPECÍFICAS O MATERIALES

6. SUBREGLAS PROPUESTAS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL PARA LA PROCEDENCIA DE LA TUTELA POR AMENAZA DE VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

7. SUBREGLAS ANTE UN CONFLICTO DE COMPETENCIA EN TUTELA

8. SUBREGLAS QUE ESTABLECEN LA PROCEDENCIA DE LA ACUMULACION DE PROCESOS CONSTITUCIONALES (TUTELA) PARA SER FALLADOS CONJUNTAMENTE

9. SUBREGLAS QUE ESTABLECEN COMPETENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL PARA HACER CUMPLIR SUS FALLOS

10. SUBREGLAS QUE ESTABLECEN LA NULIDAD EN EL PROCESO CONSTITUCIONAL (TUTELA)

11. SUBREGLAS QUE ESTABLECEN ACLARACIÓN DE LAS SENTENCIAS PROFERIDAS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL

12. SUBREGLAS QUE CREAN NUEVOS DERECHOS FUNDAMENTALES SOBRE LOS CUALES PROCEDE LA PROTECCION CONSTITUCIONAL

- 12.1. DIGNIDAD HUMANA
- 12.2. MINIMO VITAL
- 12.3. DERECHO A LA SEGURIDAD PERSONAL
- 12.4. DERECHO A LA ESTABILIDAD REFORZADA

13. PRINCIPIOS PROCESALES DE CREACION PRETORIANA

- 13.1 PRINCIPIO DE CONSTITUCIONALIDAD Y DE JERARQUIA NORMATIVA
- 13.2 PRINCIPIO DE PRESUNCION DE CONSTITUCIONALIDAD
- 13.3 PRINCIPIO DE PRESUNCION DE INCONSTITUCIONALIDAD
- 13.4 PRINCIPIO DE RACIONALIDAD E INTERPRETACION SISTEMATICA-FINALISTA
- 13.5 PRINCIPIO DE INTERPRETACION CONFORME
- 13.6 EL PRINCIPIO DE LA DOCTRINA DEL DERECHO VIVIENTE
- 13.7 EL PRINCIPIO DE CONSERVACION DEL DERECHO
- 13.8 PRINCIPIO DE EFECTO UTIL
- 13.9 PRINCIPIO PRO ACTIONE

Capítulo IV

IV. CONDICIONES DE POSIBILIDAD DE UNA TEORIA PROCESAL CONSTITUCIONAL

1. PRECISIONES METODOLOGICAS

2. ASPECTOS PROBLEMATICOS

- 2.1 AUSENCIA DE JERARQUIAS PRINCIPALISTICAS
- 2.2 PLURALIDAD DE TENDENCIAS

2.3 DIFICULTADES EN CUANTO AL METODO HERMENEUTICO A APLICAR
EN MATERIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES Y RESPECTO AL
VALOR DE LA PONDERACION

2.4 INEXISTENCIA DE JURISDICCION CONSTITUCIONAL PROPIA

2.5 EXISTENCIA DE UNA TESIS ESCEPTICA EN CUANTO AL VALOR DE
LA JURISPRUDENCIA COMO VINCULANTE Y OBLIGATORIA

3. INTENTO DE TEORIA PROCESAL CONSTITUCIONAL

3.1 NECESIDAD DE LA ADOPCION DE UN PUNTO DE VISTA EXTERNO
MODERADO Y DE LA TESIS DE LA VIGILIA

3.2 CONSTRUCCION DE LAS BASES DE UNA TEORIA PROCESAL A
TRAVES DE CASOS PARADIGMATICOS

3.2.1 EL ARTÍCULO 25 DEL DECRETO 2591 DE 1991 A LA LUZ DEL
PRINCIPIO DE CELERIDAD

3.2.2 EL ARTÍCULO 25 DEL DECRETO 2591 DE 1991 A LA LUZ DEL
PRINCIPIO DE EFICACIA

3.2.3 ARTÍCULO 25 DEL DECRETO 2591 DE 1991 A LA LUZ DE LOS
PRINCIPIOS DE INFORMALIDAD Y OFICIOSIDAD

4. REFLEXIONES FINALES

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA

INTRODUCCION

La presente investigación plantea una mirada crítica de nuestra realidad constitucional, al desbordar las concepciones tradicionales del paradigma positivista decimonónico dominante, en lo que hace referencia al sistema jurídico, fuentes, etc.

Para lograr tal cometido, el enfoque se hace teniendo presente los aportes del influjo antiformalista, que nutre gran parte de la sociología jurídica y las posturas iusrealistas actuales. Ello sin dejar de lado las contribuciones que ha hecho el llamado positivismo suave o blando, que parecieran no reñir, con algunas de las tesis centrales esgrimidas por lo que se conoce como neoconstitucionalismo.

Además pretende dar cuenta del rol interpretativo- creativo que existe al interior de nuestra Corte Constitucional; así como de la existencia de una pluralidad de tendencias que contribuyen al desarrollo de una nueva rama del derecho, el DPC, que dinamiza el espectro constitucional y establece nuevos derroteros, en aras, de asegurar la primacía y defensa de la constitución.

Tal labor realizada por los TC, como se mostrará, no será nada pacífica; puesto que sectores de la academia, judiciales y que integran la opinión pública cuestionarán su legitimidad, al querer imponer vía jurisprudencial el carácter obligatorio y vinculante de sus fallos y pretender ser fuente principal en la creación de derecho. Competencia que en nuestra tradición jurídica (*Civil Law*) está reservada de manera exclusiva al legislador.

De acuerdo a lo expuesto, el objetivo principal de este trabajo será mostrar como tales críticas a los TC en el ejercicio de su rol de protector y guardián resultan infundadas y de que forma la expedición de algunas decisiones relevantes por parte de nuestro tribunal constitucional, (que por razones metodológicas se circunscribirán al instituto de la tutela,) han contribuido y posibilitado el desarrollo de una nueva disciplina el DPC, al suministrar unas pautas que podrían servir a efectos de elaborar una dogmática apropiada en materia procesal constitucional.

De allí que el presente trabajo no se limitara entonces a presentar las decisiones de la Corte Constitucional Colombiana, sino que intentará extraer de esa evolución jurisprudencial, y de los debates que ha suscitado, algunas líneas doctrinales en cuanto la consolidación de unos principios y unas reglas que sirven a la construcción de una TPC.

No se trata pues de una investigación puramente descriptiva de una evolución jurisprudencial, ni de una propuesta dogmática separada de la praxis judicial, sino de un esfuerzo de reconstrucción crítica y racional, a partir de una práctica judicial real, de los elementos centrales que podrían configurar una doctrina apropiada en materia procesal constitucional.

Teniendo presente lo anterior, se efectuara un análisis de tales tópicos problemáticos de la siguiente forma: en el primer capítulo se examinará todo lo correspondiente a antecedentes, naturaleza, competencias y alcances de los TC, las principales objeciones que a estos se les ha hecho, así como la influencia de las TTD en las distintas etapas de nuestro constitucionalismo. En el segundo apartado de esta investigación, se abordará lo referente a la concepción, naturaleza y especificidad del DPC y como la labor jurisprudencial ha contribuido a fortalecer y delinear los contornos de dicha disciplina.

En el tercer capítulo, se mostrará lo atinente a la aparición vía jurisprudencial en el escenario constitucional colombiano de nuevos presupuestos, institutos, principios, y reglas del DPC, elaborados pretorianamente por nuestra Corte Constitucional. Por último se abordaran los aspectos problemáticos que dificultan la elaboración de una teoría; la necesidad de adoptar un punto de vista externo moderado; la conveniencia y utilidad del planteamiento de la vigilia, desarrollado por Moresso para tal propósito y el papel clave de los casos paradigmáticos. Lo anterior, para poder mostrar apoyados en la fuente jurisprudencial por excelencia y en el sustento teórico referenciado, porque existen unas condiciones de posibilidad favorables en el intento de construir una TPC.

Estos constructos teóricos se hacen necesarios e imperiosos, en aras de superar posturas radicales extremas, que oscilan entre formalismo y antiformalismo; o que se muestran deudoras de concepciones utópicas, ya sea a la manera benthamiana (completud y plenitud del sistema jurídico), o hartiana (noble sueño). En momentos que la fe por el credo neoconstitucional parece decaer y pretende abrazarse por un sector importante de la doctrina una teoría escéptica de la interpretación, lo que constituye para muchos, parafraseando a Hart, una amarga pesadilla.

Tal aporte realizado espero ofrezca orientaciones y respuestas -así sea de manera provisional con relación a algunos tópicos importantes-; contribuya a la construcción de una teoría procesal de tal naturaleza –idea que rebasa los límites de esta investigación-. A su vez que sirva para dilucidar de mejor manera, cuales son los derroteros o pautas que deben guiar las acciones constitucionales, en especial, la establecida como eje de estudio, la tutela; que como puede observarse, no solo es de interés de la comunidad jurídica (especialmente constitucionalistas y procesalistas), sino también de los distintos actores sociales, en la búsqueda de asegurar el cumplimiento de los derechos que ella consagra, y la defensa y supremacía de la constitución.

I. LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES

Una Constitución, por si sola, es un pedazo de papel. Lo interesante de una constitución es lo que se hace con ella.

Lawrence Sager¹

Uno de los temas que más preocupan e interesan en la actualidad a la teoría jurídica y política es el relacionado con el control de constitucionalidad que realizan los tribunales constitucionales, en especial, lo referente a la **expansión**² de las competencias que ellos ejercen; más aún cuando en los últimos decenios y en ejercicio de dicho control sus fallos han logrado una importancia significativa.

Esta situación se ha venido presentando de forma universal, independientemente del origen de tales controles o límites; como ejemplo de ello tenemos la implantación de la *Judicial Review* en Norteamérica³, así como la incorporación de instituciones europeo-continetales a la tradición Latinoamérica, encaminadas a controlar la actividad legislativa, asegurar la supremacía y guarda de las constituciones⁴

¹ Tomado de Mendonca Daniel, *Análisis Constitucional. Una Introducción. Como Hacer Cosas Con la Constitución*. Editorial Universidad del Rosario. 2009. pag. 9

² Sobre la progresiva expansión de la jurisdicción constitucional y su funcionalidad en los regímenes democráticos puede verse Fernández Segado. *La Defensa Jurídica De La Constitución*; Arballo Gustavo. *Un Constitucionalismo Expandido*. Revista Evocatti. www.evocati.com.br

³ Con los celebres fallos *Marbury vs Madison*, etc.

⁴ Como se evidencia en la mayoría de países de Europa y Latinoamérica, inspirados en el modelo kelseniano de control constitucional.

En el ejercicio de tales controles se ha generado desde hace algún tiempo un debate crucial del cual cabe destacar dos posiciones importantes. En primer lugar, están las posturas -en el contexto anglosajón- representadas en los trabajos excepcionales de Bieckel y Ely⁵, mientras que las segundas, se han dado en el viejo continente, gracias las agudas críticas formuladas por parte de Bayón y Gargarella⁶.

En igual sentido, han surgido desde la academia, los sectores políticos y la ciudadanía los siguientes interrogantes: ¿Es legítimo que en una democracia un alto tribunal en ejercicio de su competencia de control, deje sin efectos una ley expedida por el parlamento?, Si la respuesta es afirmativa ¿cómo queda el principio de separación de poderes?, ¿Se justifica la necesidad de este tipo de control constitucional?, ¿Se puede considerar legítimo y razonable, que en ejercicio de sus competencias un alto tribunal no solo actúe como legislador negativo, sino que modifique, reescriba y/o adicione la ley?.

Los anteriores interrogantes relacionados con el control constitucional, serán resueltos dentro del presente capítulo a través de un ejercicio argumentativo y discursivo, que involucra una deconstrucción racional del contexto histórico-cultural en que estos surgen y una explicación clara acerca de los factores que contribuyeron a que dichas competencias y alcances se incrementaran. De igual forma, se establecerán las razones que permitan responder los interrogantes, puesto que gran parte de la crítica que reciben los tribunales constitucionales, data desde sus orígenes y aún persisten en el debate actual.

En la segunda parte de este capítulo intentaremos un acercamiento a nuestra realidad constitucional actual, para lo cual se tomarán las reflexiones y respuestas que se han suscitado a nivel general, las cuales son válidas para nuestro contexto.

⁵ Ely Jhon Hart. *Democracia y Desconfianza. Una Teoría del Control Constitucional*. Siglo de Hombre Editores. Uniandes. 1997

⁶ Gargarella Roberto. *La Dificultad de Defender el control Judicial de las Leyes*. Revista Isonomia.

En esa misma línea, se realizará una aproximación a los antecedentes jurisprudenciales creacionales presentes en nuestra tradición jurídica, las circunstancias en que surge la constitución de 1991 y el nacimiento de un autentico Tribunal Constitucional; así como a la tipología de sentencias que este ha proferido, y de cómo las mismas apuntan al desarrollo de una nueva rama: el derecho procesal constitucional.

1. ANTECEDENTES HISTORICOS Y DESARROLLO

1.1 EL CONTROL CONSTITUCIONAL AMERICANO: LA JUDICIAL REVIEW

El Tribunal Constitucional es una pieza inventada totalmente por el constitucionalismo norteamericano y reformulada en la primera mitad del siglo XX por Hans Kelsen. De ello no cabe duda, puesto que las correspondientes doctrinas desarrolladas en los Estados Unidos de América, como la *preferred freedom doctrine* o la doctrina de la *political questions*, tendrán éxito en Europa solo después de finalizada la segunda guerra mundial⁷.

La concepción que irradia la construcción del tribunal constitucional, consiste en entender la constitución, como una norma jurídica o Ley Superior, que sienta principios y valores superiores del ordenamiento jurídico y desde esa posición, se convierte en el parámetro de validez de todas las demás normas jurídicas del sistema. Concepción que incorporará -tal como lo plantea Garcia de Enterría⁸-, parte de la tradición lusnatural en su versión puritana y laica (*lex legum*) y en su connotación secular (*Lex Inmutable*).

⁷ Haberle Peter. *La Jurisdicción Constitucional en la Fase Actual de Desarrollo del Estado Constitucional*. Editorial N. P. Engel, Kehl am Rhein/Strassburgo/Arlington/, fascículos 5-8 de 26 de abril de 2004, pags.117-125.

⁸ García de Enterría, Eduardo. *La Posición jurídica del Tribunal Constitucional Español: Posibilidades y Perspectivas*. Revista Española de Derecho Constitucional. Vol 1. Num 1. Enero-abril 1981. Pág. 37.

Además aportará, para hacer efectiva esa superioridad, técnicas concretas propias del Common Law, específicamente dos: la formalización en un documento solemne de una fundamental law, que es la que precisamente va reservarse el termino de constitución⁹; y en segundo lugar, habilitará una técnica específica en favor de esa supremacía constitucional, la *Judicial Review*. Técnica que provendrá del Common Law inglés, y que posibilitará que el derecho común desde su posición central privilegiada, pueda exigir cuentas a los estatutos y a las leyes, como normas singulares o excepcionales que penetran en un derecho común ya constituido.

Es así, como a partir del reconocimiento de la supremacía del Common Law sobre los estatutos y las leyes del parlamento, el juez Coke en el siglo XVII, intentará plasmar en algunas sentencias¹⁰, un control no tanto de la interpretación y el alcance de las leyes del parlamento, sino de la validez de las mismas cuando entren en colisión con los valores y principios del sistema.

Sin embargo, solo será hasta 1803 en el histórico caso *Marbury vs Madison*¹¹, en la famosa sentencia del juez *Marshall*, donde por vez primer se anulará una ley federal. Y esto será posible a partir de un razonamiento que hoy puede resultar muy elemental, y es que cuando una ley entra en contradicción con la constitución, deberá aplicarse la constitución, y por consiguiente inaplicarse la ley.

Será a partir de este histórico fallo, que la *Judicial Review*, como instrumento de control judicial sobre la constitucionalidad de las leyes se convertirá en el antecedente más inmediato en la configuración del Tribunal Constitucional y pasará a ser, parafraseando a García Enterría, la clave de bóveda de la formidable construcción histórica que ha sido y sigue siendo los Estados Unidos de América.

⁹ Este Terminio viene de la experiencia pactista de las colonias americanas, fueron los llamados *Charters o Covenants*

¹⁰ La más importante que debe reseñarse de este periodo es la famosa *Bonham'S Case*, que tuvo ocurrencia en 1610.

¹¹ Beltrán de Felipe Miguel y González García Julio V. *Las Sentencias Básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*. Boletín Oficial del Estado. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid. Segunda Edición 2006. Pág. 93

1.2. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y SU REFORMULACION EN EUROPA

La Doctrina americana de control judicial de las leyes, va a ser tardíamente incorporada en Europa, solo a partir de los años 1919- 1920, por obra de una de las figuras más representativas dentro de la filosofía y la ciencia del derecho, Hans Kelsen.

El gran jurista de Viena planteará la necesidad de crear un tribunal independiente que controle la constitucionalidad de las leyes expedidas por el parlamento y el ejecutivo, sobre todo en momentos de excepción y de gran inestabilidad política. Que es cuando más se requiere la presencia de una jurisdicción que garantice el respeto a las normas, la institucionalidad y el libre ejercicio democrático.

Sin embargo, no dejará de ser paradójico que el aporte introducido por Kelsen surgiera en un contexto jurídico político; en el que el Estado de Excepción dejará de ser la excepción y se convertirá en la regla, tal como lo ha señalado Agamben¹². Puesto que las discusiones que se suscitarían en Europa para el establecimiento del Tribunal Constitucional, se darían en un contexto de suspensión de la Constitución y por consiguiente de las garantías que ella misma establecía.

Un aspecto sintomático de esta situación será la suspensión de los derechos fundamentales a partir del famoso Artículo 48 de la Constitución de Weimar; recordando la polémica entre *Carl Schmitt* y *Hans Kelsen* sobre el guardián de la Constitución¹³, en la que Schmitt abogará por una dictadura soberana y comisarial para defender la "Constitución"¹⁴, con base en las amplísimas facultades otorgadas al presidente, que lo van a convertir en tiempos de crisis en símbolo de unidad nacional. Posición que contrasta con la de Kelsen quien ante el peligro de

¹² Agamben Giorgio. *Estado de Excepción*. Adriana Hidalgo Editora. Segunda Edición. Buenos Aires.2004

¹³ Herrera Carlos Miguel. *La Polémica Schmitt – Kelsen Sobre el Guardián de la Constitución*. Revista de Estudios Políticos No 86.

¹⁴ Schmitt Carl. *La Defensa de la Constitución*. Editorial Tecnos. Madrid. 1983

entregar excesivos poderes a una sola persona, buscara que se dé preponderancia al papel de los jueces como defensores de la Constitución¹⁵.

2. NATURALEZA DEL GUARDIÁN DE LA CONSTITUCIÓN

La importancia que cobraría el Guardián o Defensor de la Constitución, en Europa y en especial en la República de Weimar, dada la magnitud de los asuntos a definirse en ese momento, sobre todo en tiempos de una gran crisis institucional y general¹⁶, es lo que va a convertir en un asunto central la discusión que se suscitará sobre la naturaleza del mismo. Además las consecuencias que se desencadenarían y el papel relevante que jugarían tales posiciones en su momento, harán necesario retomar lo esencial de la controversia.

2.1. POLITICA

Para sustentar tal enfoque, Schmitt planteará que el presidente del Reich representa un poder mediador, regulador y tutelar. Y que el hecho de ser un árbitro neutral, que está más allá de los conflictos y las clases, lo convierte en el guardián de la constitución, en su carácter de representante del pueblo como unidad. Esta Tesis defenderá una naturaleza más política que jurídica de tal guardián, puesto que la constitución más que un contrato, va a ser entendida por este, como decisión sobre la existencia política y como forma sustancial de tal unidad.

Dicha concepción o naturaleza política la sustentará en argumentos de carácter legal, histórico y doctrinario. Lo legal lo apoyará en una interpretación extensiva del apartado segundo del art. 48, que muestra al Presidente del Reich como el

¹⁵ Kelsen Hans. *¿Quién Debe ser el guardián de la constitución?* Editorial Tecnos. Madrid

¹⁶ No se puede olvidar que la crisis del 29 o “Crack”, sumados a la humillación del tratado de Versalles, se convirtieron en detonante para que emergiera la figura de un caudillo que va a reclamar para sí y para la realización de su utopía más poderes, incluido la defensa de la constitución.

llamado a asegurar el federalismo y preservar el orden interno. El aspecto histórico lo fundamentará en la situación que experimenta el parlamento de Weimar, que desgarrado por la lucha de partidos y por mayorías inestables, es incapaz de decidir y por tanto de garantizar, la unidad del pueblo alemán, labor que deberá desempeñar por tanto el jefe máximo del Reich. Y lo doctrinario basando su interpretación a la luz de la *teoría del monarca* como poder neutral, intermediario y regular, la cual Benjamin Constant desarrolló en el periodo pos napoleónico y que va a legitimar a este en la toma de tal control.

Kelsen expresará que la teoría de Schmitt es un intento de restaurar la vieja doctrina del constitucionalismo monárquico, que considera al soberano como un poder neutro; lo que a todas luces es ilusorio, pues un monarca nunca es pasivo, y mucho menos puede serlo el presidente del Reich Alemán, quien es elegido bajo las presiones de los partidos políticos, y cuenta con funciones de tal naturaleza de primer orden. Además planteará que no dejará de ser contradictorio que sea precisamente el autor (haciendo alusión a Schmitt) que ha defendido la superación de la situación del Estado del siglo XIX, quien utilice viejos conceptos jurídico-políticos para explicar la nueva realidad histórica.

2.2. JURIDICA

La defensa del guardián de la constitución propuesto por Kelsen -lo argumentara- en la necesidad de contar con un instituto encargado de controlar la conformidad de los actos estatales del parlamento y del gobierno, con respecto a las normas constitucionales. Erigiéndose como principio central de esta discusión: “que nadie podrá ser juez de su propia causa”. Puesto que lo esencial del control constitucional, es que sea efectuado por un tribunal independiente de las otras funciones del Estado, ya que de esta manera se pueden evitar las violaciones constitucionales de los dos órganos titulares del poder en la constitución de Weimar. Esto evidencia que desde la óptica kelseniana y su concepción de Estado, la realización de dicha labor interpretativa (control constitucional) debe

tener una orientación más jurídica que política. Tribunal del que nada impide -en opinión de Kelsen- que sea elegido por el pueblo directamente.

2.3. MIXTA

En relación con esta naturaleza dual, afirmará Schmitt que confiar el control de la constitución a un ente jurisdiccional, traería consigo el *gobierno de los jueces*, con lo cual se judicializaría la política y se politizaría la justicia. Evento en que la justicia tendría todo que perder y la política nada que ganar.

Kelsen sostendrá que constituye una ingenuidad creer que el juez es un mero aplicador de la ley. Puesto que si bien el Tribunal Constitucional no es propiamente un tribunal en sentido estricto¹⁷; tal labor implica la toma de una decisión, que en ambos casos se sale de la lógica subsuntiva¹⁸, que quiere atribuirle Schmitt al ejercicio realizado por la judicatura. Sin embargo, lo que si logrará colocar en el tapete, es que su naturaleza más que decantarse por uno de los dos aspectos, será mixta.

Naturaleza mixta que logrará acentuarse, una vez abandonada la idea kelseniana de Tribunal como legislador negativo, en virtud de los acontecimientos¹⁹. Pues tal connotación de estirpe kelseniana va a ser rápidamente desbordada, al acogerse un modelo de control constitucional en su concepción material, más cercano al desarrollado en Norteamérica, que al patentado por Kelsen, que obedece a un diseño de competencias más limitado.

Doble connotación jurídico-política que se acepta hoy en día, en atención a las materias que ocupa y al no existir otra teoría que de manera satisfactoria pueda

¹⁷ Al no enjuiciar hechos particulares, sino encargarse de examinar la compatibilidad de dos normas igualmente abstractas: la Constitución y la ley.

¹⁸ Ya sea como Juez ordinario o en sus atribuciones de Juez constitucional.

¹⁹ Hacemos referencias a las consecuencias nefastas que produjo la carencia de controles efectivos de todas las leyes y normas expedidas por las dictaduras de derechas en Europa, en especial las que se produjeron durante el ascenso y consolidación del Nazismo, utopía que comienza a tomar forma con el lanzamiento del proyecto nacionalsocialista al mundo en Nuremberg y que se refleja con el documental *El Triunfo de la Voluntad*, de la directora Leni Riefenstahl, superproducción hecha en 1933 por órdenes expresas del Führer.

dar cuenta de la esencia de tal figura y de la naturaleza de sus actos, sin dejar de hacer alusión a dicho binomio.

3. COMPETENCIAS Y ALCANCES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Los alcances y competencias de los tribunales constitucionales van a variar de acuerdo al contexto histórico en que surgen. Sin embargo, el ejercicio de dicho control en la mayoría de los países que lo adoptarán, tendrá una característica común, y es el hecho de irse ampliando las competencias de manera gradual e importante, al dar respuesta adecuada a las necesidades políticas y sociales del momento y gracias a la corrección de sus decisiones, las cuales generaran legitimidad a este órgano y confianza a los ciudadanos.

Conforme a lo anterior, el sistema de competencias jurisdiccionales más o menos generales que serán atribuidas al máximo órgano encargado del Control Constitucional o de las cuales gozaran en virtud de la interpretación que estos mismos harán de la constitución, cubrirá dos materias importantes.

3.1 CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS LEGISLATIVAS.

Se realizará a través del recurso de inconstitucionalidad o Acción de inconstitucionalidad, y podrá ser ejercido por cualquier ciudadano en cualquier tiempo, cuando considere que una ley ordinaria contraría la Norma fundamental. Este control irá abarcando otros ámbitos más específicos, tal como sucederá en España, en el que las leyes expedidas por las comunidades autónomas también serán objeto de control constitucional²⁰, lo que mostrará una extensión de competencias con relación al modelo alemán, que sirve de parámetro a este .

²⁰ Sin embargo, este recurso directo y abstracto como se le conoce solo podrá ser promovido por el Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, cincuenta Diputados o Senadores y los Gobiernos y Parlamentos autonómicos. De los cuales conocen el Pleno y las dos Salas del Tribunal.

3.2 RECURSO DE AMPARO POR VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES.

La garantía de las libertades y derechos fundamentales de las personas estará encomendada, inicialmente, a Jueces y Tribunales del Poder Judicial, a través de las vías y remedios ordinarios que ofrecerán las leyes procesales. Sin embargo, cuando ello no sea posible, tal garantía podrá hacerse valer, gracias a la consagración en tales cartas políticas, de un catalogo de derechos fundamentales y de unas herramientas jurídicas para hacer efectivos los mismos (llámese recurso de amparo o acción de tutela). Lo que elevará al Tribunal Constitucional como órgano jurisdiccional superior en materia de garantías constitucionales y, por ende, en último defensor de los derechos y libertades fundamentales reconocidas en la Constitución.

Hay que decir, que en el caso de Alemania, el recurso de amparo, como instrumento de defensa de derechos fundamentales no nacerá de de la propia ley fundamental de 1949, sino por obra de la ley de 1951 que regulará el funcionamiento del tribunal constitucional. Recurso de amparo individual y directo que se constitucionalizará en 1969, cuando ya se encontraba bastante arraigado en la tradición jurídica de dicho país. Y que en cuanto a los hechos susceptibles de ataque ha tenido una amplia aplicación, al ser procedente no solamente contra actos de todos los poderes públicos: ejecutivo, legislativo y judicial, sino también contra omisiones, bajo la condición que el demandante se vea afectado personal, actual e inmediatamente en sus derechos fundamentales y que la vía judicial ordinaria haya sido agotada²¹.

Sin embargo, no dejará de resultar paradójico que en Italia, con un modelo concentrado de constitucionalidad, emulado en gran parte por los alemanes, aun

²¹ Groter Rainer. *Las Relaciones entre Jurisdiccion Constitucional y Justicia ordinaria en el Sistema Alemán: tutela contra sentencias*. www. juridicas.unam.mx. pags 3-4.

no exista el recurso de amparo, lo que ha hecho que algunos juristas se pregunten si realmente no estarán ya preparados para ello²².

Aunque podría darse la aparición de este recurso de manera pretoriana, tal como sucedió en Argentina (caso siri²³). No hay que olvidar que es precisamente la labor activa que han ejercido los jueces en aras de salvaguardar la carta y proteger los derechos constitucionales, lo que ha permitido en diferentes latitudes y tradiciones jurídicas diversas el aumento de competencias y la extensión de dichos alcances.

Dentro de los fallos que han asegurado la guarda y protección de la constitución y han contribuido a extender la competencia y alcances de estos tribunales, así como a mostrar la preponderancia y necesidad de los mismos se encuentran: “*Brown v. Board of Education*” en el cual la Corte Suprema de los Estados Unidos, en 1954, termina con la segregación racial en las escuelas; el caso *Luth-Urteil* del Tribunal Constitucional Alemán, fallado el 15 de enero de 1958, que plantea la doctrina de la *drittwirkung*, la cual hace alusión a la aplicación directa, o efecto horizontal de las normas constitucionales, en tanto ellas conforman un “orden de valores” que debe ser tenido en cuenta en todas las ramas del Derecho, incluso en el Derecho Privado; los casos “Siri” ya mencionado y “Kot” de Argentina en los que se da la creación judicial del amparo, y su extensión a actos de particulares, años 1957 y 1958; la *sentencia de la Corte Costituzionale italiana del 9 de julio de 1970* en los que se otorga plena eficacia de los derechos en las relaciones inter privados, o entre particulares en la línea del caso “Luth”; la *Décision n° 71-44* del Consejo Constitucional de Francia, que le da valor jurídico al preámbulo de la Constitución Francesa, 1971, y en la *STC 16/82* del Tribunal Constitucional

²² Haberle Peter. *La Jurisdicción Constitucional en la fase actual de desarrollo del Estado Constitucional*. Op. Cit. Pag. 174.

²³ El 27 de diciembre de 1957 la Corte Suprema de Justicia de la Nación sentenció el caso de Ángel Siri, abriendo pretorianamente al recurso de amparo no reglado, bajo el argumento de la vigencia operativa de la Convención Americana de Derechos Humanos de 1948, que todo ciudadano pueda tener un proceso rápido, sencillo y ágil ante cualquier juez para defender sus derechos constitucionales, no siendo suficiente el hábeas corpus. Desde entonces y hasta la actualidad, el recurso de amparo se ha desarrollado en protección de los derechos constitucionales con aplicación a los derechos humanos, llegando al rango constitucional reglado (1994).

Español relativa a la objeción de conciencia, sentando la aplicabilidad inmediata de normas de la Constitución, aún en ausencia de regulación legal.

Situación que ha contribuido a levantar las críticas de cierto sector por la labor que han venido cumpliendo en ejercicio del control de constitucionalidad, tanto en abstracto como en concreto. Aunque los apoyos como se verá no dejaron tampoco de ser significativos

4. OBJECIONES AL CONTROL CONSTITUCIONAL

Las objeciones al control constitucional realizados por los tribunales han estado presenta tanto en la tradición americana, como en la europeo continental.

4.1. EN LA TRADICION AMERICANA

El debate sobre la *judicial review* en Norteamérica, se ha realizado desde de dos puntos de vista distintos. Cada uno de los cuales, a su vez, involucraría dos posiciones.

Uno que se realiza a partir de una aproximación *ideológico-política* a la función judicial, que plantea una disputa entre los partidarios del activismo judicial y los de la autorrestricción (*activism vs. self-restraint*). Y otro que parte de un enfoque *técnico-jurídico*, el cual se ocupa de los métodos de interpretación de la Constitución y recoge dos posiciones encontradas: el *interpretativismo* y el *no-interpretativismo*.

Los *interpretativistas*, plantean que la Constitución, y los derechos fundamentales, que ella consagra poseen un significado único, el cual los jueces pueden extraer o deducir sin salirse del texto constitucional, es decir, sin recurrir a fuentes extranormativas. Por su parte quienes defienden el *no-interpretativismo*, sostienen que junto a determinado preceptos constitucionales precisos o claros, existen

otros -que comprenden a los derechos fundamentales- frente a los cuales los jueces tienen más de una posibilidad de interpretación.

Sin embargo, el asunto tiende a volverse complejo en la medida en que los puntos de vista ideológico y técnico pueden combinarse entre sí, dando lugar, a variadas posiciones. Aunque algunos plantearán que es evidente que los métodos técnico-jurídicos de interpretación van a ser condicionados por la actitud ideológico-política de los jueces que los aplican. Lo que no quiere decir que estos sean irrelevantes. Sino que sirven para mostrar cómo la adopción de los mismos depende de la postura de fondo que previamente se tenga sobre el activismo judicial y no a la inversa²⁴.

Los detractores de la judicial review y el activismo judicial se encontraran presentes tanto en la corriente interpretativista como en la no-interpretativista.

4.1.1. INTEPRETATIVISTAS ESTRICTOS U ORIGINALISTAS.

Los *intepretativistas estrictos u originalistas* afirman que la Constitución tiene un sentido unívoco que coincide con la voluntad de los padres constituyentes. Y cuando la misma no ofrece una respuesta clara, el juez debe autolimitarse y dejar que sea el legislador quien decida tal cuestión. Los más radicales dentro de esta corriente plantean que si el originalismo no se muestra adecuado, la única solución es abandonar la *judicial review* y dejar que gobiernen las mayorías democráticas, pues no hay, ni puede haber un derecho superior al suyo.

Esta posición es deudora de un *antiactivismo conservador* y hace parte de la crítica al activismo progresista del denominado Tribunal Warren (1953-1969), principalmente, y del Tribunal Burger (1969-1986). Sus defensores conformaron lo que Bernard Shwartz²⁵ ha denominado la *nueva derecha constitucional*, corriente

²⁴ Dorado Porras, Javier, *El debate sobre el control constitucional en los Estados Unidos*, Madrid, Dykinson, Cuadernos "Bartolomé de Las Casas", núm. 3, 1997, 148 pp.

²⁵Schwartz, Bernard, *The New Right and the Constitution, turning back the legal clock*, Boston, Northeastern University Press, 1990.

de jueces nombrados durante la administración Reagan y extraídos en su gran mayoría de las filas republicanas. Sus máximos representantes han sido el expresidente del Tribunal Supremo, William Rehnquist, los jueces Antonin Scalia, Robert Bork y Raoul Berger, en cuyo libro, *Government by Judiciary* (1977), se exponen los postulados principales del originalismo.

4.1.2 NO INTERPRETATIVISMO MODERADO

Una segunda actitud antiactivista, o que al menos pretende serlo es la del *no-interpretativismo moderado*. Sus exponentes, en general, son partidarios de la llamada *deferencia judicial*. Creen que la Constitución no tiene un sentido único, sino que conforma una combinación de normas claras y normas abiertas. Frente a estas últimas, afirman, los jueces deberían diferir la respuesta final al legislador.

Esta actitud se exige sobre la base de una *objeción contramayoritaria* a los jueces constitucionales, según la cual éstos carecen de legitimidad para dar la última palabra en materias relevantes de política constitucional, ya que ni son elegidos popularmente ni tienen responsabilidad ante el electorado²⁶.

Desde un punto de vista histórico-político, se observan dos variantes: La primera está dada por la corriente no-interpretativista que reaccionó contra el llamado tribunal del *laissez faire* (*dejar hacer, dejar pasar*), que se extendió desde los inicios del control judicial de constitucionalidad hasta 1937. Etapa en la que la Corte Suprema utilizó la cláusula del debido proceso en las enmiendas quinta y decimocuarta para proteger la propiedad privada y obstaculizar cualquier tipo de legislación social que pretendiera modificar el régimen de libre mercado. Su figura más representativa fue el juez Oliver Wendell Holmes, quien como miembro del Tribunal Supremo mantuvo posturas afines a la deferencia, y en su disidencia del caso *Lochner vs. Nueva York*, en 1905, emitió el célebre *dictum* según el cual "la

²⁶ Bickel Alexander. *The Least Dangerous Branch*, Indianápolis, Bobbs-Merril Educational Publishing, 1978.

Enmienda Decimocuarta no recoge las teorías sociales de Spencer (*Estática social*- 1851), inspirada en una suerte de "darwinismo social"²⁷.

La segunda más cercana en el tiempo, que replantea *el no-interpretativismo moderado*, es la de John Hart Ely²⁸, quien en nombre, una vez más, de la objeción contramayoritaria dirige sus críticas al activismo y a la utilización por parte de los jueces de sus propios valores sustantivos a la hora de dictar sentencias. En términos generales, Ely intenta ofrecer una versión restringida del control judicial, que expulse los excesos de activismo pero mantenga criterios progresistas en materia de interpretación.

Frente a las corrientes hermenéuticas sustantivistas, Ely propone una teoría adjetiva, consistente en presentar al juez como árbitro, como un *outsider* encargado de controlar la permanente apertura de los canales procedimentales democráticos y proteger a las minorías. En el modelo de Ely, los jueces no tendrían por función pronunciarse sobre el *contenido* que deberían tener las políticas constitucionales fundamentales, sino garantizar la maximización de mecanismos democráticos que permitan la participación de todos en su definición.

4.2 EN LA TRADICION EUROPEA CONTINENTAL

Las objeciones más importantes que han surgido en Europa, con relación al control constitucional apuntan en dos frentes:

La primera surge desde la derecha, con la clásica concepción Schmittiana, que apoyada en los planteamientos de Constant, afirma que el papel de defensor de la constitución, no lo ejerce el tribunal constitucional, sino el presidente cuando concentra todos los poderes y asegura la unidad del Reich y que por ende tal labor

²⁷ Corriente que condenaba cualquier intervención del Estado en favor de los más desheredados como una degradación de la especie humana y que defendía que es la propia ley de la naturaleza la que debía determinar la supervivencia de los más aptos y la piadosa desaparición de los débiles.

²⁸ Hart Ely Jhon. *Democracia y Desconfianza. Una Teoría del Control Constitucional*. Siglo de Hombre Editores. Uniandes. 1997

de defensa es extraña y peligrosa que recaiga en un órgano judicial. Crítica radicalista que pone la decisión creadora en manos de una dictadura del ejecutivo.

La otra que entraremos a esbozar con más detenimiento surge desde la izquierda y pone la decisión creadora en la asamblea o partido. A esta suele calificarse como jacobinismo. Posición que se edifica sobre el principio representativo absoluto de la voluntad general y que nutre el dogma de la soberanía parlamentaria en el constitucionalismo francés. Corriente que rechaza de manera contundente todo poder por encima de la asamblea²⁹ y, que a su vez afirma que todo poder judicial, es instrumento ejecutivo de las leyes que ella misma expide y sobre el cual ejerce control directo a través de la técnica de referéndum legislativo.

Además plantea que es en ese asambleísmo, donde se funde el espíritu y las aspiraciones profundas del pueblo, y él es quien entraña el arma revolucionaria por excelencia, el poder reformador y la revulsión de la sociedad, lanzada sobre los privilegios y el egoísmo individual. En este sentido el principio asambleario jacobino sostendrá durante mucho tiempo la negación de la legitimidad de un tribunal que pudiese anular por inconstitucional las normas expedidas por la Asamblea³⁰.

Idea central sobre la cual se construirán las objeciones planteadas al Tribunal Constitucional por parte de Juan Carlos Bayon y Roberto Gargarella quienes sostendrán que dado que las declaraciones de derechos son establecidas por principios extraordinariamente abiertos, queda expedita la llamada brecha

²⁹ Según Ignacio de Otto, las formas con fuerza de ley –entre las que se pueden ubicar las normas expedidas por la asamblea- no podían ser derogadas o modificadas por ninguna otra forma, excepto por las del mismo rango, esto es, las que poseían la misma fuerza jurídica. De Otto, Ignacio. *Derecho constitucional*. Sistema de fuentes. Barcelona: Ed. Ariel S.A., 1987. p. 149.

³⁰ Resulta evidente que el control de constitucionalidad de las leyes, al crear un órgano capacitado para decidir acerca de la nulidad de las normas legislativas de procedencia parlamentaria, conculcaba frontalmente la doctrina rousoniana, como en efecto expresa Lyon para quien el control de constitucionalidad parecía contrario a la concepción de la ley como “expression de la volonté générale” que emana de un parlamento “expression de la souveraineté nationale” Lyon Jean. *Le Controle de la Constitutionnalité des Lois en France*. Informations Constitutionnelles et parlementaires, num 105, primer trimestre de 1976, pags 30 y ss.

interpretativa³¹, puesto que son los jueces los que acaban determinando cual es el alcance de los derechos y no los ciudadanos o sus representantes.

Por ello, algunos autores como el profesor Jean Marie Danquin³² expresaran que el nuevo papel que se arroga el juez constitucional de reescribir la ley, obligando a interpretarla a su manera, más que una excepción cultural, es consecuencia de la existencia de un juez cuya ambición más que su misión es ilimitada. Razón por la que criticará abiertamente ese poder abusivo del Consejo Constitucional Francés que en cierta forma, ha llevado a crear un nuevo poder legislativo e incluso constituyente que escapa totalmente a la soberanía nacional.

5. APOYOS AL CONTROL CONSTITUCIONAL Y LA JUDICIAL REVIEW

Por lo general, se suele criticar a los tribunales constitucionales debido a su intervención en asuntos considerados políticos. En efecto, se reclama a los tribunales constitucionales que se mantengan ajenos a asuntos cuya oportunidad y conveniencia solo corresponde decidir a los directos (y, en esa medida, legítimos) representantes del pueblo: el Presidente y principalmente el Parlamento. Ello, por más que se haya encomendado a los jueces constitucionales el control último del poder y la interpretación de la norma más política del Estado.

Sin embargo, tales posiciones esbozadas contrastan con las planteada por autores como Haberle³³, para quien los acontecimientos históricos y políticos, han obligado en el marco de tales sucesos al juez constitucional a extender sus competencias y su consideración no solo sobre las leyes, sino sobre los derechos fundamentales como principios generales, lo que ha mostrado al derecho europeo

³¹ Gargarella Roberto. *La Justicia frente al Gobierno. Sobre el Carácter Contramayoritario del Poder Judicial*. Ariel, Barcelona. 1996.

³² Bernal Cano Natalia. *El control de Constitucionalidad de la Ley*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. 2003

³³ Haberle Peter. *Estado Constitucional Europeo. Nueve Ensayos Constitucionales y una Lección Jubilar*. Asociación Peruana de Derecho Constitucional. Editorial Palestra. 2004 Pág. 162

casi como un derecho pretoriano análogo al derecho de los juristas en Roma. Acorde a la tradición jurisprudencial característica de Norteamérica.

5.1 EN LA TRADICION ANGLOSAJONA

Entre los partidarios de la *Judicial Review* y el activismo judicial en estas latitudes, se identifican dos posiciones:

La primera de ellas corresponde al *interpretativismo moderado*, representado por Ronald Dworkin³⁴. Quien asume una posición sustantivista, interpretacionista y activista. La cual pretende distinguir jurídicamente los *conceptos* de las *concepciones*. Estas últimas comprenderían elecciones claras del constituyente y, por lo tanto, deben aplicarse a través de una interpretación literal del texto de la norma. Los conceptos, en cambio, serían abiertos y vagos, y plantearían un problema de interpretación ya que pueden contener concepciones concurrentes de moralidad política. De aquí podría derivarse una tesis partidaria de la deferencia judicial. El juez aplicaría las concepciones, reservando al legislador la concretización de los conceptos.

Sin embargo, la idea de que la Constitución tiene un sentido unívoco, lleva a Dworkin a sostener que la concepción de un juez puede ser preferible a la de un legislador y que, en consecuencia, habría una concepción moralmente mejor que otras. Para descubrir esa mejor y única respuesta, Dworkin reviste a su modelo de juez de cualidades hercúleas que indaga no sólo en el texto positivo sino además en la filosofía moral y política. Con lo que estaríamos ante un activismo progresista y en el que este avanza hacia una teoría de los valores para justificar las jurisprudencias de los tribunales Warren y Burger. Por otra parte, se trataría de una postura que resiste la objeción contramayoritaria ya que, precisamente, intentaría demostrar, contra el enfoque utilitarista, que los derechos constitucionales son verdaderos triunfos frente a la mayoría.

³⁴ Dworkin Ronald. *Los Derechos en Serio*, trad. de Martha Guastavino, Barcelona, Ariel, 1989, y *El Imperio de la Justicia*, trad. de C. Ferrari, Barcelona, Gedisa, 1988

Sin embargo, su interpretativismo ha recibido críticas serias y fundadas. Ya que se ha dicho, que su teoría no elimina la discrecionalidad del juez, sino que sólo la retrasa. Además puede ocurrir que confluyan dos o más jueces Hércules, convencidos de tener la única respuesta correcta, lo cual a todas luces no sería deseable. Por otra parte, el interpretativismo de Dworkin se plantea muy *sui generis*, al sostener que la Constitución tiene un sentido unívoco, pero a su vez admitiendo que éste pueda buscarse fuera de su texto.

Sobre la base de estas críticas puede identificarse una segunda posición activista y sustancialista: la del *no interpretativismo estricto*. Un ejemplo de esta postura puede hallarse en M. J. Perry³⁵. Quien sostiene que los que intentan defender el activismo con argumentos textualistas o históricos, le hacen un gran favor a la *judicial review* no-interpretativa.

Para este autor no existe un sentido único en la Constitución, y de lo que se trata, en definitiva, es que cada generación enjuicie la Constitución viva (*the living Constitution*). Por eso, considera que es preciso reconocer abiertamente que la tarea del Tribunal Supremo no es la interpretación constitucional sino la verdadera creación política (*policymaking*). Los jueces no deben ocultar sus motivos a la ciudadanía y pretender que hablan por la Constitución cuando en realidad hablan por sus valores.

En un primer momento, Perry va a sostener que tales valores debería el juez extraerlos, del consenso social, pero frente a una acertada crítica de Ely, cambia la fuente y admite que el juez los adquiere de la experiencia, del estudio y la reflexión, es decir, de su propia vida. Con el objetivo de tutelar los derechos humanos.

Tal actitud propicia, según el autor en comento, una hermenéutica progresista que mantiene una postura de radical escepticismo, en cuanto a la posibilidad de

³⁵ Perry M.J. *The Constitution in the Courts*. New York, Oxford University Press. 1994. y *The Constitution, the Courts and Human Rights. An Inquiry into the Legitimacy of Constitutional Policymaking by the Judiciary*, New Haven-London, Yale University Press. 1982.

determinación de áreas claras de aplicación de las normas. A su vez que el juez actúe conforme a sus valores, con la finalidad de proteger a los derechos humanos. En cuanto a la legitimidad de su decisión, la misma vendrá dada por el hecho de ser principiada y lo suficientemente argumentada. Decisiones que para el caso deberán ser a lo sumo, *extraconstitucionales*, pero en ningún momento *contraconstitucionales*, pues en este evento no estaremos ante tribunales de derecho.

5.2 EN LA TRADICION EUROPEA CONTINENTAL

Muchos son los autores³⁶ además de Haberle y García de Enterría quienes han defendido la labor del Tribunal Constitucional en Europa. Sin embargo, para este objetivo en particular, se tendrán como referentes los argumentos esgrimidos por Moresso, que para la temática específica resultan bastante atractivos y sugerentes.

Tal autor plantea que la tensión existente entre constitucionalismo y democracia, solo se presenta de manera aparente y que antes por el contrario en un sistema democrático se ha hecho necesario e imperioso contar con un Tribunal independiente, que equilibre los derechos que tienen las mayorías de ser escuchados y los de unas minorías a que los mismos no se desconozcan.

En atención a que muchas de las leyes ordinarias que tratan temas sensibles se expiden con el concurso de mayorías que resultan precarias, sobre temas en los cuales no existe un verdadero consenso y en contravía postulados de orden procedimental y material establecidos en la carta fundamental que están obligados a salvaguardar. De allí que lo que se trata de evitar con el diseño institucional, que involucra un control constitucional fuerte por parte de los tribunales

³⁶ Prieto Sanchís Luis. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Trotta. 2003. Comanducci Paolo. *Constitución y Teoría del Derecho*. Ed. Fontamara.2007. Guastinni Ricardo. *Estudios de Teoría Constitucional*. Ed. Fontamara.2007. Ferrajolli Luigi. *Democracia y Garantismo*. Trotta. 2010. Zagrebelsky Gustavo. *El Derecho Dúctil*. Editorial Trotta.2003

constitucionales, es que se dé parafraseando a Mill³⁷ “una tiranía de las mayorías³⁸”.

Por ello Moresso plantea como instrumento importante para evitar esa tiranía, la idea del precompromiso³⁹, la cual parte del hecho de que si aceptamos una teoría de la justicia que contiene principios que establecen derechos básicos para las personas, entonces estamos comprometidos con un diseño institucional que de alguna manera atrinchere en un *coto vedado* esos derechos básicos.

Esta idea se vuelve más ilustrativa y la refuerza Moresso al utilizar metafóricamente el pasaje de la Odisea en el que muestra a un Ulises sobrio que se ata de pies y de manos a su barco y ordena a sus ayudantes untarse de cera los oídos, con el objetivo de evitar que un Ulises embriagado por los hermosos cantos de las sirenas de la orden a estos de soltarlo y acercarlo hacia la orilla. Situación que conllevaría de manera inminente su muerte.

Dentro de este contexto una constitución se convierte en un remedio institucionalizado contra la miopía crónica, toda vez que quita poderes a mayorías temporales en nombre de la salvaguarda de normas obligatorias. Así en palabras de Stephen Holmes⁴⁰ una Constitución se constituye en un freno, mientras que el electorado se muestra como un caballo desbocado.

En este orden de ideas, los ciudadanos necesitan de una Constitución, así como Ulises necesitó que lo ataran al palo mayor. Puesto que si se permitiera a los votantes eufóricos realizar sus deseos inmediatos, inevitablemente naufragarían. En cambio, si se atan a esos electores a unas reglas rígidas, para proteger un coto de derechos básicos, podrá evitarse que se tropiecen con sus propios pies.

³⁷ Mill John Stuart. *On Liberty*. Alianza Editorial. 1970.

³⁸La democracia requiere límites para evitar estos excesos, y justamente esos límites son los que se encuentran en una verdadera Constitución

³⁹ Moreso José Juan. *Constitución: Un Modelo para Armar*. Marcial Pons. 2010.

⁴⁰ Holmes Stephen. *El Precompromiso y la Paradoja de la Democracia*. Tomado de Jon Elster y Rune Slagstad, *Constitucionalismo y democracia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1999, páginas 217 a 262.

6. LEGITIMACION DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

6.1 DE ORIGEN

En el esquema clásico la legitimidad de origen la detentan quienes han sido directamente elegidos como representantes del pueblo, tal como ocurre con los poderes legislativo y ejecutivo. Puesto que la lógica del constitucionalismo liberal del siglo XIX, planteaba que el poder político debía estar legitimado por el mandato del pueblo, de tal forma que no derivara en un ejercicio irregular contrario a la libertad y a las iniciativas individuales.

Por lo anterior, con regularidad se sostiene que la legitimidad de origen del Tribunal Constitucional, es indirecta, en la medida que es el Parlamento (Instancia legitimada directamente a través de elecciones populares) quien elige a los magistrados del Tribunal. Y que la elección de estos jueces constitucionales tiene un gran consenso por parte de las fuerzas políticas representadas en el Congreso, debido a la votación calificada que se exige para su elección (generalmente más de dos tercios del número legal de miembros del Congreso)

Asimismo, siguiendo el esquema de legitimación formulado por la democracia representativa, también existe cierta legitimidad de origen si se atiende al momento constituyente, en el que el pueblo soberano decide encargar a un órgano especializado el control final del poder, la defensa en última instancia de los derechos fundamentales y la interpretación de la Constitución misma.

No obstante, esta ficción de legitimidad por elección popular (es decir, una supuesta legitimidad, a pesar que la práctica de los poderes públicos pueda realizarse en contra o ajena al diálogo público y racional de la ciudadanía) es insuficiente. Por ello debemos referirnos a la legitimidad de ejercicio.

6.2. DE EJERCICIO

El fenómeno de la judicialización del Derecho invita a que los postulados clásicos de la legitimidad representativa sean revisados, e incluso reemplazados por otros,

que puedan dar respuesta acerca de cómo los órganos jurisdiccionales pueden resolver sobre los límites o insuficiencias de la ley, o sobre la corrección de la actuación administrativa. Puesto inicialmente parece imprescindible cuestionar cómo un poder sin representatividad popular puede oponerse y vencer a los poderes representativos ante presuntas violaciones a la Constitución.

Por ello, debe darse respuesta a un par interrogantes: ¿qué legitima al Tribunal Constitucional para que controle a los poderes políticos, verdaderos representantes del pueblo?, ¿cómo es que existe un Tribunal, sin origen popular directo, que resiste y se opone a algunas normas y actuaciones de un gobierno democráticamente elegido?

De allí que no sea suficiente con admitir el fenómeno de la judicialización como algo dado, menos aún en el caso de la justicia constitucional, diciendo simplemente que se trata de un positivismo jurisprudencial. Por lo que se deben volver a examinar algunas cuestiones que quedaron pendientes.

Por consiguiente, se harán varias aproximaciones, complementarias entre sí, que explicarán como la justicia constitucional se legitima democráticamente de acuerdo con sus posibilidades constitucionales y la auctoritas de sus decisiones. Aspectos que iremos decantando en las otras formas de legitimación.

6.3 POR SUBORDINACION A LAS LEYES Y LA CONSTITUCION.

6.3.1 SUBORDINACION A LA LEY

Sobre los jueces se ha afirmado que la única legitimidad democrática que pueden obtener es la que se desprende de la aplicación fiel de la voluntad popular contenida en las leyes. Lo anterior, porque en un Estado democrático el poder judicial se debe a los ciudadanos y, en esa medida, la limitación al ejercicio de la función jurisdiccional implica someter las decisiones judiciales a las normas del Parlamento, en su calidad de representante directo de la ciudadanía (en aras de

evitar una “aristocracia de la toga o dictadura judicial”). Por lo que no se admitirían soluciones fuera de la ley.

De allí que algunos autores⁴¹ afirmen que es precisamente la subordinación a la ley lo que garantiza la independencia del poder judicial. Puesto que no admite intromisiones de los poderes políticos por encontrarse solamente sometido a estas, las cuales son objetivas. Independencia judicial que será completa para el resto de la judicatura (independencia subordinada solo a la voluntad popular). Pero que en tales términos no debe entenderse para el tribunal constitucional.

En la medida que al analizar la constitucionalidad de las leyes, el Tribunal Constitucional le corresponde ajustar con claridad los contenidos legislativos a las normas constitucionales, e incluso completar los vacíos de la legislación, en caso de que estos crearan situaciones inconstitucionales a través de sentencias interpretativas y aditivas.

Incluso el Tribunal Constitucional podrá, en nombre de una mejor protección de los bienes constitucionales, desvincularse del derecho procesal establecido por el legislador, apelando a las nociones de “principio de autonomía procesal” y “Derecho procesal constitucional como derecho constitucional concretizado”. Y para estos efectos, una lectura a partir de la legitimidad como habilitación, pero también como límite, permitiría aceptar las innovaciones procesales formuladas por los Tribunales, en la medida que se traten de regulaciones supletorias a las dadas por el legislador democrático, es decir, que no las contradigan u obvien (salvo que la regulación prevista por en la ley sea inconstitucional) o no desnaturalicen la esencia del instituto o del proceso.

6.3.2 SUBORDINACION A LA CONSTITUCION

A pesar de que las normas constitucionales son vinculantes, algunas de estas presentan dispositivos de carácter abierto, que carecen de determinación

⁴¹ Pérez Royo, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*. Marcial Pons, Madrid, 2003. pág. 883. El autor señala: “Dependencia de la ley e independencia del juez son dos caras de la misma moneda”

(Identificándose más como principios que como reglas). Lo que permite una interpretación flexible al momento de concretizar tales principios y/o valores constitucionales. Labor interpretativa que es mirada con recelo, puesto que se considera por algunos detractores que se rebasa muchas veces, el ámbito de lo constitucional, asumiendo atribuciones políticas que no les corresponde (al exceder su grado de legitimación), decidiendo arbitrariamente o juzgando en contra de los valores sociales mínimos consensuados.

Aunque interpretar subordinándose a la Constitución implica, también, permitirse resolver el caso planteado hasta donde la legitimidad democrática lo permite. De allí que sea erróneo proponer de manera automática una concepción autorrestringida, dejando el activismo para circunstancias especiales, pues en todo caso el Tribunal Constitucional siempre estará habilitado para dar solución al conflicto planteado, sin traicionar a los diversos actores dialogantes en una sociedad abierta de intérpretes y dentro de sus competencias constitucionales.

Por ello, en tratándose de un tema controvertido, que le corresponde decidir, no puede alegar de manera evasiva que se trata de una cuestión política no judicial. Lo que sí es plausible y puede aceptarse, es la atenuación de su decisión de acuerdo al grado de consenso en el espacio político y jurídico.

6.4 POR DEFENSA DE LOS ASPECTOS PROCESALES Y SUSTANTIVOS DE LA DEMOCRACIA

Algunos autores⁴², vinculándose aun a las legitimidades democráticas de origen y al esquema tripartito de la división del poder del Estado, consideran que no corresponde a la judicatura constitucional revisar los contenidos materiales de las normas del legislador democrático, sino que su función debe restringirse a garantizar el correcto funcionamiento de los mecanismos que permiten formar la voluntad política colectiva. Visto de esta forma la legitimidad del Tribunal provendría de garantizar los procedimientos que permiten la deliberación, tanto en

⁴² Habermas, Jürgen. *Facticidad y Validez. Sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho en términos de Teoría del Discurso*. Trotta, Madrid, 1998, p. 336 y 337

el parlamento como en los diversos espacios públicos ciudadanos, donde se logran los consensos y compromisos.

Lo anterior, en aras, de evitar una jurisprudencia valorativa que pueda convertirse en tiranía de los valores, lo que desencadenaría cierto autoritarismo del Tribunal, basado en elecciones no normativas y hasta irracionales⁴³.

Por el contrario, si se parte de una concepción procedimental de la Constitución, como norma marco que permite el diálogo público y la formación de la voluntad política, el Tribunal se constituiría, en un guardián de los procedimientos democráticos, lo cual garantizaría unos adecuados canales de participación.

Sin embargo, a partir de una lectura de algunas constituciones modernas, se observa que la mayoría de estas no solo buscan que se respeten unos procedimientos democráticos, sino que tal labor supera a la que se cree encomendada tradicionalmente, al procurar que los Tribunales defiendan la vigencia de todo su contenido, lo que involucra sin lugar a dudas, su aspecto material.

Es cierto que la protección del sistema democrático y de los procesos de formación de consensos públicos es una labor que corresponde al Tribunal en su condición de principal garante de la Constitución, máxime si hemos hecho hincapié en que solo en el diálogo público y político es que el Tribunal puede encontrar verdadera legitimación.

Sin embargo, esta última afirmación no implica hacer del Tribunal un defensor de procedimientos, más aún, si entendemos que la democracia tiene un carácter sustantivo más allá de los procesos comunicativos para la producción de consensos, compromisos y normas. Lo contrario, implicaría caer en un “positivismo de procedimientos deliberativos”, en el que el Tribunal Constitucional

⁴³ Habermas, Jürgen. Op. cit., pp. 328 y 332.

no podría evaluar si las normas y objetivos legislados se ajustan materialmente a la Norma Máxima, pues solo habría de limitarse a contemplar si los mecanismos dialogales de formación de la voluntad política fueron observados.

Dicho esto, al Tribunal sí corresponde la defensa de la democracia, pero de todo su contenido, es decir, tanto sus aspectos procedimentales como los sustantivos. Esta tarea también, además de salvaguardar la existencia de espacios de comunicaciones libres y plurales, legitimará su participación en el diálogo público, y su función catalizadora de los diversos discursos y demandas de los ciudadanos.

Al respecto, el Tribunal Constitucional hará las veces de un “tribunal de los ciudadanos” en el que no solo dialogan las partes directamente implicada en los procesos (lo cual ya permite una participación legitimadora en términos democráticos, sino que también coadyuva –a través de los casos reales y el desarrollo de un rol pedagógico– a la formación de una cultura de la democracia como forma de vida, como diálogo cotidiano de todos y en todos nuestros ámbitos vitales.

6.5. POR LA CORRECCION DE SUS DECISIONES

A estos efectos, valga mencionar que la corrección jurídica de las decisiones del Tribunal Constitucional también importa una forma de legitimación, en la medida que constituye auctoritas para los intérpretes especializados. En efecto, el Tribunal no puede resolver de cualquier forma (más todavía si se tratan de temas complejos que requieren altas dosis de legitimación), sino que siempre estará obligado a racionalizar y hacer plausible sus decisiones.

Al respecto, entonces, no corresponde entender la legitimación democrática del Tribunal simplemente como legitimación política; pues una nota característica del actual tipo de Estado es justamente la dominación de la arbitrariedad mediante el Derecho. Y al ser el Tribunal la máxima instancia interpretativa de la máxima norma del ordenamiento jurídico, resulta insuficiente –otra vez– recomendar solo

la autorestricción. Se necesitan pautas objetivas para controlar la actividad interpretativa del Tribunal, ya desde un punto de vista más técnico.

De esta forma, las sentencias de los Tribunales Constitucionales siempre deberán contar con (a) una motivación razonada y suficiente; (b) deberá someter sus análisis a exámenes o parámetros objetivos de interpretación; (c) deberá conducirse, en la medida de lo posible, a través de teorías de los derechos y de las instituciones constitucionales; (d) deberá seguir la jurisprudencia reiterada y los precedentes vinculantes; y (e) deberá argumentar adecuadamente todo cambio en el sentido interpretativo con la finalidad de disminuir los riesgos de arbitrariedad e incertidumbre respecto de los resultados de la actividad hermenéutica.

Estos criterios de racionalización no pretender constituirse en simples camisas de fuerza para la interpretación; en tal sentido, no son solo asépticas pautas formales para la hermenéutica, sino que deben vincularse siempre a la realidad analizada o sobre la cual recaerá la interpretación. De esta forma, las pautas interpretativas han de ser entendidas como técnicas racionalizadoras, pero permeables a la realidad, que evitan posibles voluntarismos o subjetivismos y ayudan a mejorar la calidad de las decisiones.

7. JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y SU ROL CREATIVO EN COLOMBIA

7.1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

La verdadera dimensión creativa del Juez Constitucional colombiano no podría entenderse sin analizar los antecedentes, evolución y alcances de la institución jurídica del Tribunal Constitucional en el derecho comparado, así como de las objeciones y apoyos que ha recibido, tal como efectivamente se ha querido explicar en este breve recorrido. Sin embargo, consiente que la labor para ser integral requiere: de una aproximación a las Teorías Transnacionales del Derecho (TTD), en especial las que involucran un modelo doctrinal y jurisprudencial de

carácter antiformalista, que tuvieron influjo en nuestro país en las primeras décadas del siglo pasado; así como ubicar el contexto histórico, político y jurídico en que se produjeron los cambios constitucionales importantes hasta la Carta de 1991. Procederé en las siguientes líneas a retomar parte del camino transitado, mostrando de manera sucinta las distintas etapas de nuestra historia constitucional, identificadas con la recepción jurídica en nuestro país de la TTD y que muestran los grandes avances y retrocesos desde entonces, en el rol de creación pretoriana, el cual como ya se ha observado en el derecho comparado, no ha sido para nada ajeno a nuestra judicatura.

7.2. ETAPAS DEL CONSTITUCIONALISMO COLOMBIANO

7.2.1. DE INFLUENCIA NORTEAMERICANA (1911-1935)

Colombia se disputa con Venezuela la introducción del control constitucional de las leyes por la vía de una Acción Pública, la cual puede interponer cualquier ciudadano, sin necesidad de demostrar interés particular o agravio por la norma demandada.

Los constituyentes de 1910, reformaron la Constitución de 1886, y siguieron en este punto el modelo norteamericano de encomendar la guarda y control de la constitución al máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria. Pero introdujeron la importante innovación de la acción pública de inexecuibilidad, que liberó el procedimiento de revisión de las leyes de sus connotaciones privatistas propias del modelo original, afianzando la idea de que lo que se trataba a través de dicho procedimiento era la defensa de la supremacía e integridad plena de la Constitución frente a las leyes ordinarias.

A partir de dicha reforma constitucional, nuestro país se adelantó a las naciones europeas, las cuales que se habían mostrado reacias a la introducción de un control constitucional, en razón de su sometimiento a la ley en virtud de una

ideología legicentrista, que privilegiaba esta como fuente por excelencia del derecho y hacía de los jueces simples voces vivientes y esclavos de aquélla.

Tales ajustes hechos al Modelo Norteamericano de Control Constitucional, por la vía de la Acción Pública de Inexequibilidad, van a mejorar nuestro sistema sensiblemente. En la medida en que los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia Colombiana sobre la Constitucionalidad de las Leyes, tendrán efectos generales *erga omnes* directos y no de carácter indirecto como sucederá en aquél, los cuales se darán en virtud del principio del *Stare decisis*, que obligará a los jueces americanos a acatar los pronunciamientos de la Suprema Corte.

Por otra parte, al preservar el Modelo Americano de la *Judicial Review*, paralelamente, al lado del control abstracto de las leyes en cabeza de la Corte Suprema de Justicia, se facultaba a los jueces a inaplicar normas que fuesen manifiestamente contrarias a la Constitución, a través de la excepción de inconstitucionalidad.

Tales cambios en la institución del Control Constitucional, cercanos al Modelo Norteamericano, se explican sin duda, por la devaluación sufrida por la ley como -expresión de la voluntad general- durante el periodo de la Regeneración (1885-1903), régimen bajo el cual se expidieron un buen número de leyes dictatoriales encaminadas a perseguir a los opositores de dicho régimen y al afianzamiento de éste⁴⁴.

Este tipo de leyes promulgadas durante La Regeneración, y que sirvieron a las aspiraciones dictatoriales del General Rafael Reyes (1904-1909), llevaron al Movimiento del Republicanismo, una alianza de sectores de los partidos liberal y

⁴⁴ Durante este periodo se expidió la célebre Ley de los Caballos, Ley 61 de 1888, que autorizaba al Presidente de la República a imponer penas de destierro, confinamiento, prisión y pérdida de derechos políticos a quienes se acusara de “conspirar contra el Orden Público”, o el igualmente recordado art. 6 de la Ley 153 de 1887, que disponía que “toda ley se reputa Constitucional y se aplicará aún cuando pareciera contraria a la constitución”.

conservador y cuya bandera era la modernización del país y el restablecimiento del Estado de Derecho, a propugnar la consagración de la Justicia Constitucional en la reforma a la Constitución de 1910.

Este periodo se va a caracterizar, porque la Jurisprudencia Constitucional será marcadamente civilista, acorde con una tradición latinoamericana que hacía derivar todo el pensamiento jurisprudencial de las enseñanzas del Código Napoleónico, el cual fue adaptado por Andrés Bello para Chile y terminó convirtiéndose en el Código de la materia para todos los países Iberoamericanos.

El prestigio del Código Civil estuvo asociado, desde mediados del siglo XIX, a la búsqueda de la modernidad, por el hecho de introducir el análisis racional a la resolución de los problemas jurídicos, dominados hasta entonces por el dogmatismo y el predominio de las ideas morales de naturaleza religiosa. Lo anterior no impide, sin embargo, que en sus fallos la Corte Colombiana adopte fundamentaciones nacidas de su concepción sobre el derecho natural, cuyas - verdades morales son eternas y conocibles a través de la razón -.

Por lo demás, muchas de sus conceptualizaciones coinciden y son sin lugar a dudas tomadas de la Corte Americana durante su período llamado tradicional (1798- 1880). Así ocurre con la célebre noción elaborada por el Juez Marshall sobre los denominados *-Poderes implícitos-* de los cuales está investido el gobierno y que resultan necesarios y adecuados para el ejercicio de las facultades expresas consagradas en la Constitución.

Concepto que utiliza la Corte colombiana en una de sus sentencias, para legitimar la ampliación de las facultades de Policía del Presidente de la República, hechas realidad gracias al Decreto 707 de 1927. En dicho fallo sostiene que: *“la denominación de facultades incidentales o implícitas de los poderes nacionales no*

*es sino la aplicación del principio del Derecho Natural de que, quien debe realizar un fin lícito tiene derecho a emplear cuantos medios legítimos sean necesarios”.*⁴⁵

La referida sentencia abrió el camino a la Jurisprudencia posterior de la Corte acerca de las Facultades innominadas de que gozaba el Presidente durante los Estados de Sitio, que marcará su posición a lo largo de más de 20 años (1961 a 1988), período durante el cual el país vivió en condiciones casi continuas de anormalidad jurídica, al amparo del artículo 121 de la Constitución de 1886.

En materia económica, es conveniente destacar una decisión trascendental, la que declaró constitucional el Decreto Ejecutivo 1225 bis de 1919, que garantizaba la propiedad privada sobre el subsuelo donde existieran yacimientos petrolíferos, en desmedro de los derechos de la Nación sobre dicha riqueza natural.

En fallo posterior, la Corte precisó que el 28 de octubre de 1873, era la fecha clave para determinar cuándo una reserva de hidrocarburos pertenecía o no a la Nación, pues en dicha fecha había entrado a regir el Código Fiscal del Estado soberano de Antioquia, convertido a partir de 1887 en el Código Fiscal de toda la Nación. En dicho Código se había hecho cesión del derecho sobre el subsuelo donde existieron recursos petrolíferos a los particulares, los cuales podían, en consecuencia, conceder permisos a terceros para su explotación.

Fallo polémico que sacrificó los intereses del país sobre sus recursos naturales durante muchos años, hasta que en la década de los sesenta del siglo pasado se enmendó la legislación petrolera, estableciéndose acertadamente la soberanía plena del Estado sobre todo el subsuelo de la República.

Otro influjo del Constitucionalismo Norteamericano en los fallos de la Corte Colombiana se observará en la aplicación del criterio de razonabilidad,

⁴⁵ Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 13 de Noviembre de 1928.

particularmente en el ejercicio por el gobierno de las facultades de policía para el caso de la inspección y vigilancia sobre la actividad industrial⁴⁶.

Este primer período de la Corte será recordado porque se establecerá el principio de la cosa juzgada constitucional y la superioridad de la interpretación de la Constitución por la Corte, por encima de lo manifestado por el legislador.

7.2.2. DE INFLUENCIA FRANCESA. (1935-1940)

De acuerdo a la Reforma Constitucional de 1910, los Magistrados de la Corte Suprema eran elegidos por el Presidente de la República para períodos de cinco años. Alfonso López Pumarejo, elegido Presidente en 1934, tendrá la oportunidad de recomponer la Corte con juristas innovadores, influidos por la escuela de la libre investigación científica, los cuales se acomodarán de mejor manera al proceso de grandes transformaciones sociales impulsadas por su gobierno.

La Reforma Constitucional 1936 introducirá algunos derechos sociales (función social de la propiedad, expropiación por razones de utilidad pública e interés social, derecho al trabajo, derecho de huelga, dirección estatal de la economía), el reconocimiento legal del derecho de negociación colectiva y de asociación sindical, la reforma agraria a través de la célebre Ley 200 de 1936, el fortalecimiento de la educación pública universitaria por medio de la reorganización y financiamiento de la Universidad Nacional, entre otros muchos cambios impulsados por el gobierno de la Revolución en Marcha.

7.2.2.1. MODELO INSPIRADOR DESDE LA DOCTRINA. LA OBRA DE FRANÇOIS GENY

El teórico francés François Geny, es sin duda uno de los máximos exponentes del movimiento reformador o antiformal en la forma de concebir el derecho que surge

⁴⁶ C.S. de J. Sentencia del 25 de Octubre de 1918.

a fines del siglo XIX en Europa. Dicho movimiento sirvió de inspiración a quienes pretendieron redireccionar tanto el derecho público como el privado *hacia una concepción, en general más moderna, positivista, progresista, secular y liberal*⁴⁷. Autor del que vale la pena destacar como sus obras más importantes, *La Libre Investigación Científica y el Método*.

7.2.2.2. CRITICA AL MÉTODO TRADICIONAL

El grado de posicionamiento de este movimiento del que también hicieron parte Josserand, Bonnetcase, Ripert y en derecho público Duguit, se debió en gran parte a la crítica temprana que formularon sobre la teoría clasicista dominante, por su insuficiencia y rigidez a la hora de plasmar los nuevos cambios que se estaban presentando a nivel mundial, y respecto de los cuales esta no podía ofrecer respuestas satisfactorias.

El Antiformalismo Jurídico, va a criticar el fetichismo a la ley –que es la creencia ingenua en el carácter completo y sin fisuras de esta. Y se opondrán a la cultura legicentrista defendida por la escuela de la exégesis y el conceptualismo alemán. Además su crítica va ir dirigida a mostrar que el método tradicional reducía el Derecho a una fuente formal hegemónica; que en la esfera cultural franco-americana, será la ley, y por lo tanto, buscarán un sitio para reaccionar en contra de los excesos de esa cultura legicentrista y conceptualista.

7.2.2.3. LA INTERPRETACIÓN ANTIFORMALISTA

Este nuevo paradigma jurídico y de interpretación va a plantear que la realidad muchas veces va ir por delante de la ley (crítica sociológica), y que la misma como fuente exclusiva de solución judicial debe abandonarse; en virtud de los señalamientos hechos desde los movimientos obreros y sociales, de responder a

⁴⁷ López M. Diego. *Teoría Impura del Derecho*. Legis. Primera Edición. 2004. Bogotá. Pag.235

un ideal burgués, traducido en un derecho ideologizado plasmado en los códigos⁴⁸.

Tal situación de ilegitimidad e insuficiencia, por la lluvia de críticas que cernían sobre la corriente exegeta, fue la que llevó a que se acogieran unos postulados antiformalistas, sobre los cuales Geny manifestará: “*de poco tiempo acá se ha despertado con carácter general más o menos conocido, y entre los jurisconsultos de diversas naciones, un sentimiento de enérgica reacción contra los excesos del procedimiento tradicional de interpretación jurídica*”.⁴⁹

En este orden de ideas, el movimiento antiformalista, defenderá el poder pretoriano de los jueces y buscará la actualización del Derecho de acuerdo con las nuevas circunstancias sociales, por la vía de la interpretación y creación de derecho por parte de la judicatura.

7.2.2.4. LA CREACION JURISPRUDENCIAL: LA CORTE DE ORO

En Colombia en la década de los treinta va a surgir la denominada Corte de Oro, la cual va estar integrada por grandes juristas, quienes a partir de 1935, con *vigor, tiento y tino*, pusieron al día e introdujeron en nuestra jurisprudencia las corrientes novedosas vivificantes del derecho público y privado prevaleciente en Europa⁵⁰. Una gran proeza si se tiene en cuenta la angostura mental y la rigidez que existía para la época, a pesar de los cambios históricos que se estaban presentando fruto del fin de la hegemonía conservadora en nuestro país.

La llamada *La Corte de Oro* de 1935, ciertamente renovó la Jurisprudencia Nacional, particularmente en el campo del derecho privado, reemplazando los principios clásicos de aquél por otros más modernos; v.gr., por oposición al principio del *Pacta Sunt Servanda*, el de *Rebus Sic Stantibus*, que permite la

⁴⁸ Soriano Ramon. *Sociología del Derecho*. Ed. Ariel. Barcelona.

⁴⁹ Geny François. *Métodos de Interpretación y fuentes en Derecho Privado*. Hijos de Reus Editores. Madrid. Pag.7.

⁵⁰ Rengifo García Ernesto. *Del Abuso del Derecho al Abuso de la Posición Dominante*. Universidad Externado. Bogotá. 2002. Pág. 13

novación de los contratos por razón de circunstancias nuevas; contratos atípicos por oposición a los contratos tipificados en la ley según la dogmática clásica; frente al principio de derechos absolutos, la posibilidad del abuso del Derecho y el enriquecimiento ilícito; contra la culpa como fundamento de responsabilidad, la postulación de regímenes de responsabilidad objetiva, etc.

Todos estos institutos y doctrinas son producto de la Corte Suprema Alemana y constituyeron, un ejemplo de renovación no legislativa del derecho frente a nuevas necesidades de producción e intercambio. Recuérdese que Europa, especialmente Alemania, fue duramente golpeada por la Primera Guerra y la recesión económica, obligó a cambios muy profundos en el derecho de los contratos.

Además la Corte de Oro, se propuso realizar un cambio en el derecho privado que tuviera la misma profundidad que aquel realizado en el derecho público mediante la reforma constitucional de 1936. La reforma en el derecho privado, como hemos visto, le permitió imponer nuevos principios jurídicos que ocasionaron un reposicionamiento relativo de las partes contractuales, propietarios e inquilinos, dueños y colonos, etc. Para lograr este resultado, la Corte moderó jurisprudencialmente la fuerza del principio *pacta sunt servanda* con la importante consecuencia de crear cláusulas y deberes implícitos a los sujetos activos de derechos patrimoniales (reales o personales) que limitaban las posibilidades de extracción de la plusvalía. De la misma forma, la Corte se preocupó en reducir algunas de las potestades tradicionales del propietario por medio de la doctrina de abuso del derecho.

7.2.2.5 LA INVENCIÓN PRETORIANA⁵¹

⁵¹ Este papel la Corte lo reconoció en la citada sentencia C-109 de 1995, en la que rescató la brillante tradición jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia colombiana en este campo, la cual, mucho antes de que entraran en funcionamiento los tribunales constitucionales europeos, y

Los temas de función social de los derechos, comenzando por el de propiedad, la responsabilidad objetiva, abuso del derecho, enriquecimiento sin causa, el fraude a la ley entre otros. Fueron tocados y desarrollados por cuenta de una jurisprudencia abierta a las experiencias internacionales, pero adherida a la realidad nacional. Jurisprudencia creadora, fundada en los principios generales del derecho, que rebasaron los del ordenamiento nacional, alentada por el sentido común y la equidad⁵².

7.2.2.6. POSIBILIDADES ABIERTAS DESDE LA LEY: EL ARTÍCULO 8 DE LA LEY 153 DE 1887.

La legislación posibilitó que a los principios generales se les pudiera echar mano a falta de norma en el ordenamiento, conforme a la previsión del artículo 8º de la Ley 153 de 1887, en virtud del reenvió a estas pautas generales del derecho en subsidio de norma efectivamente aplicable al caso concreto. No debemos olvidar que la ley calificaba y sigue calificando la fuente a aplicar, creencia generalmente aceptada que hoy está en discusión, gracias a los notables aportes de Diego López Medina.

7.2.2.7. MODERNIZACIÓN IUSTEÓRICA Y REINTERPRETACIÓN

La modernización de la teoría jurídica colombiana, fue posible una vez la jurisprudencia incorporó en sus fallos creadores las figuras novedosas analizadas,

cuando ejercía el papel de guarda de la integridad y supremacía de la Constitución de 1886, expidió sentencias condicionales o interpretativas, que se mantuvieron como tradición a lo largo del siglo XX. Véanse, entre otros fallos de la Corte Suprema de Justicia: sentencia del 2 de agosto de 1912, MP Dr. Alberto Suarez Murillo en *Gaceta Judicial*, t. XXII, pág. 5; sentencia del 28 de julio de 1924, MP Dr. Luis R. Rosales en *Gaceta Judicial*, t. XXXI, pág. 53; sentencia del 7 de octubre de 1936, MP Dr. Eduardo Zuleta Ángel en *Gaceta Judicial*, t. XLIV, pág. 8, etc., citados por Martínez Caballero, Alejandro, “*Tipos de sentencias en el control constitucional de las leyes: la experiencia colombiana*” Conferencia dictada por el autor, dentro de la III Conferencia de Justicia Constitucional de Iberoamérica, España y Portugal. Ciudad de Guatemala. 22 a 27 de Noviembre de 1999.

⁵² Rengifo G. E. Op. Cit. Pag.15

aplicándolas, precisándolas y dotándolas de contenido concreto. Y cuando a través de la judicatura por medio de un proceso de reinterpretación, se adaptó la legislación a las circunstancias cambiantes de la vida, al interpretar las normas con base en los principios y valores que la informaron

Sin embargo, no dejará de ser paradójico, que a estas teorías se les pusiera cortapisas, por el hecho de ser amenazantes para el *statu quo*, y que se imponga la posición de los juristas más tradicionales, quienes no estarían dispuestos a aceptarlas, toda vez que no coincidían ampliamente con la exigencia de los sectores a quienes defendían.

Además llamará mucho la atención que, cuando nuestro derecho acogía las primeras tesis del Constitucionalismo Social -bajo la influencia ideológica de la Constitución Española de 1931 y, a través suyo, del constitucionalismo de Weimar de 1919-, que la Corte Colombiana se termine alejando de la jurisprudencia norteamericana, precisamente cuando ésta daba el viraje trascendental de 1937, hacia la comprensión de lo social, en virtud del *New Deal* de Roosevelt.

Por esto tal vez, la jurisprudencia de la Corte tuvo un impacto marginal en los grandes cambios sociales que desencadenó la Revolución en marcha de López Pumarejo. Con todo, cabe desatacar las similitudes que ofrece el período de la Corte del 35, con el de la actual Corte Constitucional a partir de 1991, en la medida en que en esos dos grandes momentos históricos, caracterizados por una gran energía constitucional y política, una y otra han incorporado a la cultura jurídica nacional los métodos de análisis y la dirección sustantiva del antiformalismo.

En dichos episodios, igualmente, la tradicional idea continental de la jurisprudencia como fuente auxiliar se ha desplazado notablemente hacia concepciones mucho más vinculantes y obligatorias de las sentencias que estas profieren. Generando las *ratio decidendi* de aquella jurisprudencia un gran cambio social y político, a

través de la expedición de subreglas judiciales, en campos específicos del derecho sustantivo y procedimental.

7.2.3. DEL NEOPOSITIVISMO KELSENIANO. (1940-1991)

La derrota de la tendencia jurisprudencial antiformalista de la Corte de Oro, en su intento de reformar el Código Civil, para introducir en este las nuevas conceptualizaciones producidas por aquélla, conduce al retorno a las viejas formas de pensar y decidir el derecho. En lo jurídico, este retorno coincide con una –*pausa*– en el proceso de reformas impuestas, lo que pronto dará paso a una conservatización de la vida política nacional y al desencadenamiento, un poco más tarde, de la violencia entre los partidos liberal y conservador.

A partir de ese momento, la vida institucional se verá afectada por la irrupción de los gobiernos autoritarios y dictatoriales de Gómez y Urdaneta (1950-1953) y la dictadura civico-militar de Rojas Pinilla (1953-1957). En esta atmósfera de crisis institucional, no habrá espacio para una producción jurisprudencial medianamente independiente, a partir de una Corte Suprema integrada por Juristas afectos a los regímenes autocráticos de este período.

A nivel doctrinal, se va a producir la recepción del pensamiento teórico del Kelsen, bajo una visión que pretende ser innovadora frente a la dogmática tradicional, textualista y exegética, a partir de las obras de dos grandes juristas colombianos, Luis Eduardo Nieto Arteta y Arturo Valencia Zea. Sin embargo, dicha visión no será compartida por el grueso de la jurisprudencia nacional, que se acogerá más bien a una renovada concepción positivista, que encuentra en el pensamiento de Kelsen su justificación teórica. Corriente para quien el jurista austriaco significará una continuidad, y no una ruptura, con el positivismo jurídico precedente.

El retorno a la democracia formal a partir de 1958, gracias al pacto de paz entre dos partidos contendientes, que se expresó en el Sistema Político del Frente Nacional, mediante el cual liberales y conservadores compartían el poder por espacio de 12 años, prolongados a 16 años más en virtud de la Reforma Constitucional de 1968, significó, a nivel de la producción jurisprudencial, el triunfo de la estirpe kelseniana en su versión dogmático- positivista.

El dogmatismo positivista, que fácilmente degenerará en el formalismo jurídico, se expresará durante este período en la tendencia *Casacionista* que la Corte Suprema le impondrá a la Acción de Inconstitucionalidad, al obligar a los accionantes a formular las proposiciones jurídicas completas, como requisito de admisibilidad de la demanda.

En efecto, la Corte se inhibía de fallar de fondo cuando encontraba que el demandante omitía citar en las acusaciones de inconstitucionalidad una norma que ella considera tenía conexidad o se derivaba de la norma acusada y que, por lo tanto, debería ser simultáneamente objeto de impugnación. Lo mismo cuando no se demandaban al tiempo las normas sustantivas y las adjetivas; jurisprudencia reiterada hasta bien entrados los años ochenta del siglo pasado.

Dentro de esta concepción excesivamente ritualista que restringía el ejercicio de la acción de inconstitucionalidad, la Corte Suprema elaboró la doctrina de la *Ineptitud Formal de la Demanda*, por la no precisión de las razones o motivos que inducen con cada una de ellas a la infracción de los textos constitucionales correspondientes y la doctrina de la *Ineptitud Sustancial de la Demanda*, rechazando la acción cuando el actor no expresaba claramente las razones de la violación, y simplemente presentaba argumentaciones meramente yuxtapuestas, sin pertinencia, ni conducencia alguna desde el punto de vista de la lógica, lo cual en su decir, conllevaba a una ausencia de razones.

Dentro de esta misma línea restrictiva y de autocontención de su poder controlador, desde sus inicios y reiterándolo durante este período, la Corte se negaba a pronunciarse sobre normas derogadas, al considerar que si éstas habían salido del ordenamiento jurídico por los medios ordinarios no eran ya susceptibles de inferir agravio a la Constitución, desconociendo el hecho de que, no obstante haber perdido vigencia, la norma podía seguir produciendo efectos contrarios a la constitución.

Será solamente hasta 1983, en sentencia de 23 de febrero de ese año, por una débil mayoría, que la Corte rectificará dicha posición, al proclamar su *magisterio moral* para pronunciarse sobre normas que, aunque derogadas, fuesen violatorias de la Carta. Sin embargo, más grave será la postura francamente claudicante de la Corte en su papel de defensora de los derechos ciudadanos con respecto a la reiterada implantación del *Estado de Sitio*, por parte de los distintos gobiernos a lo largo de casi 40 años -con breves períodos de interrupción-, convirtiendo dicho dispositivo excepcional de la anterior Constitución de 1886 (Art. 121), en mecanismo ordinario para el ejercicio del poder.

Cabrá a la Corte Suprema Colombiana buena parte de la responsabilidad por la prolongación del régimen excepcional durante tantos años, al haberse negado sistemáticamente a revisar el fundamento constitucional de las razones invocadas por el ejecutivo para la declaratoria del régimen de anormalidad en cada oportunidad en que así lo hizo. Período en el que se avaló el cercenamiento de derechos fundamentales, bajo el imperio del régimen de excepción, como los de reunión, asociación, locomoción, libertad de prensa, legalidad de los delitos y de las penas, etc., con el irrazonable argumento de que *“en los casos de alteración de la tranquilidad general, son prohibiciones usuales: la prohibición de manifestaciones, reuniones o desfiles de carácter político, estudiantil, laboral o de cualquier otro orden y los actos cívicos y espectáculos públicos que puedan*

*originar situaciones que afecten o estorben el normal desarrollo de las actividades ciudadanas*⁵³

Respecto a la violación del *Principio-Derecho* de la Legalidad penal, el sinnúmero de decretos dictados bajo la vigencia del Estado de Sitio, modificaron el Código Penal, tipificándose nuevos delitos y aumentando las penas para otras conductas punibles contempladas en dicho Código, permitiendo, que en uno y otro caso, las sanciones impuestas se prolongasen más allá de la vigencia del Estado de Sitio, dándole así a éste efectos permanentes en contra de su naturaleza temporal.

En todos estos casos, la Corte Suprema impartió el visto bueno de constitucionalidad a tales medidas. En contra de la tradición liberal-democrática que repudia los Tribunales y Cortes de excepción para el juzgamiento de los particulares, la Corte equiparó la llamada justicia militar con la ordinaria, para justificar el procesamiento de civiles por la primera, al manifestar que *“los Tribunales Militares son también creación de la Carta, como la Rama Jurisdiccional... y han sido organizados y reglamentados en ley previa; por lo tanto, el traslado de competencia de la justicia civil [para el juzgamiento de los particulares] a la militar y la aplicación de sus procedimientos... es constitucional”*⁵⁴

Debido a que la medida de someter ciertos delitos cometidos por civiles a conocimiento de la justicia castrense, se reproducía con cada nueva declaratoria de Estado de Sitio, la Corte debió reiterar la anterior posición jurisprudencial con idénticos o parecidos argumentos, con el fin de justificar constitucionalmente el traslado de competencia de la justicia ordinaria a la militar en el juzgamiento de los civiles.

⁵³ Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 23 de mayo de 1971.

⁵⁴ C.S. de J. Sentencia de 15 de febrero de 1973.

El punto culminante de este proceso regresivo de la Jurisprudencia Constitucional lo representa la Sentencia del 30 de octubre de 1978, mediante la cual la Corte Suprema sancionó la constitucionalidad del Decreto 2131 de septiembre de 1976, más conocido como “Estatuto de Seguridad”, que para muchos sectores democráticos significó la introducción en Colombia de la “doctrina de la Seguridad Nacional”, que inspiraba por esos años a las dictaduras militares del Cono Sur del Continente. Apoyándose en la frecuencia que registraban los delitos de homicidio, secuestro, actos terroristas, etc., la Corte llegó a afirmar que tales hechos “*no podían afrontarse dentro de la legalidad normal [situación] que justifica una drasticidad mayor que la ordinaria y una aceleración de los procedimientos aunque ello implique una modificación transitoria de los códigos*”.

Sólo a partir de la década de los ochenta, la Corte Suprema comenzó a manifestar en sus fallos una sensibilidad mucho más garantista, declarando nulas normas de excepción elevadas a legislación permanente, como las que autorizaban la conformación de grupos civiles de autodefensa o excluyendo definitivamente el juzgamiento de particulares por cortes o tribunales militares, retornando en esta forma a una jurisprudencia de 1961 que la Corte había abandonado por espacio de más de 20 años.

Finalmente, en una decisión polémica y controvertida, dándole tardíamente valor normativo al Preámbulo de la Constitución -si se tienen en cuenta los avances jurisprudenciales de los tribunales europeos sobre este punto en los veinte años anteriores-, avaló el proceso de reforma a la Constitución por la vía de un referendo popular que permitió la convocatoria de una Asamblea Constituyente, a la que correspondió la trascendental tarea de relegitimación de las instituciones políticas mediante la expedición de la Constitución vigente.

Otras importantes decisiones de la Corte Suprema tuvieron que ver con la revisión de una inveterada jurisprudencia suya, según la cual dicha Corporación carecía de competencia para conocer acerca de la constitucionalidad de los tratados públicos,

a través del examen de las leyes que los incorporaban a la legislación interna, lo mismo que sobre las enmiendas a la Constitución introducidas por el Congreso en ejercicio del poder constituyente derivado y que la anterior Constitución le encomendaba de manera exclusiva (art. 218).

En virtud de estas dos trascendentales decisiones, ningún ámbito del ordenamiento jurídico quedó inmune al examen de constitucionalidad de parte del máximo juez de la Constitución, abriendo así el camino a la consagración de ambas atribuciones en la nueva Carta Fundamental.

7.2.4. DE INFLUENCIA ANGLOSAJONA E HISPANOGERMANA. EXPEDICION DE LA CONSTITUCION DE 1991.

El cambio de los Paradigmas Constitucionales, a raíz de la promulgación de la Constitución de 1991, necesariamente redimensionó la labor de la justicia Constitucional a cargo de la Corte Constitucional, creada por esa misma Carta, provocando una renovación de la cultura jurídica nacional de mayor impacto en la vida social que la generada en su momento por la Corte de Oro de 1935.

La ampliación del espectro de los derechos (ya no solamente los individuales de los siglos XVIII y XIX, sino los económicos, sociales y culturales del Estado Social y los llamados de “tercera generación”), su extensión a todas las esferas de la vida social (familia, trabajo, educación, salud, recreación, medios de comunicación, etc.) y el énfasis por alcanzar su efectividad (naturaleza normativa del texto constitucional, acciones encaminadas a salvaguardar la vigencia de esos derechos) constituyen los más sobresalientes de los nuevos paradigmas constitucionales.

Desde su instalación a comienzos de 1992, la Corte entendió que su función no se circunscribía a la simple actividad negativa de exclusión de las normas halladas incompatibles con la Constitución, sino que era preciso, además, lograr la

efectividad material de sus mandatos, particularmente en lo relativo a los derechos de las personas.

Para ello, se vio obligada a construir un nuevo discurso teórico acudiendo a los materiales proporcionados por las teorías anglosajonas más recientes, lo mismo que a las conceptualizaciones jurídicas de importantes doctrinantes y a las aportaciones jurisprudenciales de Alemania y España.

La Corte Constitucional de los Noventa, al igual que la Corte Suprema de los Treinta, vio que su función la obligaba a formar parte de la vanguardia del pensamiento jurídico, buscando una nueva doctrina que permitiera racionalizar un campo del derecho en el que la cultura local no tenía mucha experiencia: los derechos fundamentales.

En la cultura jurídica local, dentro de la cual la Corte Constitucional ocupa el papel protagónico, la lectura de autores como Hart, no responderá al positivismo original de dicho autor, enfrentado al realismo norteamericano; sino a una comprensión antiformalista del derecho, con fundamento en su conceptualización de la textura abierta de las normas, que permite afirmar que en ellas hay una zona de ambigüedades, contradicciones y vacíos que el juez está llamado a solucionar.

Además el principio de legalidad no podía atar a los jueces al grado en que los había atado el positivismo dogmático, ni desconocer la presencia de la política en el Derecho. Por lo que en dicho punto se recogerá la teoría de la Corte de 1935, sobre los poderes pretorianos del juez en procura de la defensa de los derechos fundamentales del ciudadano.

Por otro lado, si para *Hart* el derecho positivo requerirá la complementación de la actividad creativa de los jueces, sin explicar cómo podrán resolver los casos difíciles; la recepción del pensamiento de *Ronald Dworkin*, complementado por el

de *Robert Alexy*, hecho por la Corte, permitirá encontrar soluciones a dicha problemática.

Se tratará, en definitiva, de resolver los -casos difíciles- producto de la vaguedad e indeterminación de las normas (como es el caso de la mayoría de las normas constitucionales sobre derechos) o de la ausencia de ellas, apelando a los principios internos del Derecho y particularmente de aquellos inscritos en la Constitución política.

El Sistema de ponderación utilizado por la Corte en casos de conflicto de derechos, igualmente protegidos por la Constitución, implicará armonización de valores en competencia o jerarquización según el puesto que ocupan dentro de la estructura del Estado Social de Derecho. Cuando tal armonización no fuere posible entre dos bienes o valores igualmente amparados por la Constitución, se debe dar primacía a aquel bien o derecho que mejor encarne los valores y principios que conforma el Estado social y democrático de Derecho.

A su vez, la iusteoría angloamericana y alemana ofrecerá, a la Corte, varios puntos de apoyo en su propósito de garantizar los derechos fundamentales: *(i)* se trataba de una teoría de la interpretación de principios en sede judicial y no de una teoría sobre la aplicación de reglas legisladas; *ii)* entendía el ideal del Estado de Derecho en el contexto de la interpretación judicial y no en el contexto de la producción legislativa; *iii)* ponía el énfasis en el papel de balanceo, la ponderación y la argumentación en derecho y no en la subsunción, deducción o aplicación llana de normas; *iv)* alababa el giro social en las decisiones judiciales hacia una situación de intervención welfarista que brindaba remedios a los desposeídos y excluidos sociales: se trataba, por lo menos en las intenciones, de un proyecto de intensificación de la equidad, la libertad y la protección judicial en un mundo donde el legislador no merecía ya la confianza irrestricta que generaba en el modelo político clásico.

Pero si en el campo de la protección de los derechos fundamentales en general la Corte supo utilizar los insumos teóricos proporcionados por las doctrinas jurídicas transnacionales, igualmente empleará éstos para justificar la protección directa de los derechos económicos, sociales y culturales a través de los fallos denominados redistributivos.

La Corte Constitucional insistirá en que estos derechos al bienestar social tienen un mínimo que los jueces pueden proteger directamente, aun si el Estado no ha implementado políticas públicas para la realización de tales derechos y sin importar las consecuencias financieras. Lo anterior, a pesar de que en la doctrina internacional este tipo de derechos no es de aplicación inmediata, por su naturaleza programática, que demanda su incorporación progresiva de acuerdo con las posibilidades financieras del Estado y a las cambiantes condiciones de la coyuntura económica.

De otra parte, también establecerá la Corte la tutelabilidad de los derechos económicos y sociales cuando exista conexidad entre éstos y otros derechos catalogados como fundamentales. Para establecer esta conexión, la Corte empleará el concepto alemán –también utilizado por la jurisprudencia española- de *-núcleo esencial de los derechos-*. Esta sensibilidad democrática en torno a la protección de los derechos ha conducido, por fuerza, a rebasar la comprensión del Tribunal Constitucional como un simple *legislador negativo*, -teorizada en su momento por Hans Kelsen- para transmutarlo en un verdadero *-legislador positivo-* con capacidad para suplir los vacíos que hubiere dejado el legislador en la producción de las normas, o para instarlo a cumplir con las previsiones constitucionales, todo ello en aras de la realización material del principio constitucional de la igualdad.

El jurista español Francisco Rubio Llorente, al hacer un estudio sistemático del tipo de sentencias proferidas por los tribunales constitucionales europeos, señalará: *“...es idea común que las sentencias aditivas han permitido la extensión de los*

derechos sociales, porque mediante la interpretación constitucional añaden... nuevos sectores o nuevos derechos, al contenido de las leyes, anulan parcialmente una norma para dar otro sentido a la ley, limitan algunos efectos de las propias sentencias, incluyen nuevos sectores sociales en las leyes que no los afectaban, dirigen mandatos al legislador... a menudo los tribunales constitucionales dejan de ser legisladores negativos para convertirse en legisladores positivos, en auténticos legisladores”⁵⁵

El poder de colegislación que ha asumido la Corte Constitucional Colombiana, y que ha sido objeto de crítica de parte de muchos sectores, no es, por lo tanto, ninguna novedad si se tienen en cuenta los desarrollos recientes de los tribunales constitucionales europeos. Dicho poder de legislación positivo parece derivarse de las exigencias que plantea el moderno Estado Social de Derecho, concepto definitorio del tipo de Estado postulado por la Constitución, tal como ocurre en los casos alemán (1949) y español (1978), y más recientemente en Colombia (1991).

Como se sabe, dicho tipo de Estado reformula los elementos del viejo Estado de Derecho del siglo XIX, con el fin de superar sus insuficiencias que particularmente en materia de derechos humanos se caracterizó por la consagración puramente formal de tales derechos en los textos constitucionales, dejando a la ley su cabal realización. Si algún propósito explícito cabe al moderno Estado Social de Derecho es lograr la efectivización de los derechos de las personas, haciendo descender las formulaciones retóricas del texto constitucional al plano de las realidades concretas.

Desde esa perspectiva, la Corte Constitucional Colombiana ha entendido que la encomendada defensa de la Constitución no se limita a salvaguardar la integridad del texto político, expulsando del ordenamiento jurídico aquellas disposiciones que resultan incompatibles con éste, sino que dicha defensa se extiende a lograr la

⁵⁵ Rubio Llorente, Francisco. *La Jurisdicción Constitucional Como Forma de Creación del Derecho*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid. Págs. 511 y ss.

realización de sus postulados y particularmente de aquellos que involucran los derechos fundamentales. Actividad que, de otra parte, no cree reservada exclusivamente al legislador democrático, pues éste, dentro de la variedad de opciones que se le ofrecen para materializar los contenidos de la Constitución, puede equivocarse en su elección –desconociendo principios esenciales como el de la igualdad, el pluralismo, la defensa de las minorías y de los sectores tradicionalmente discriminados– o mostrarse insuficiente en sus regulaciones o, más grave aún, no actuando en sentido alguno, desconociendo la voluntad del Constituyente.

La justicia constitucional constituye un control y una limitación al principio democrático que se manifiesta en la voluntad mayoritaria del legislador. El control abstracto (de normas) y el amparo individual frente a leyes, son expresión de la preocupación de que el legislador pueda violar a través de sus decisiones mayoritarias los derechos de las minorías y de los individuos. Éste es, en última instancia, el motivo y el sentido de fondo de un control del legislador, que en la actualidad se ha extendido a casi todos los ordenamientos jurídicos europeos; incluso puede hablarse de una “marcha triunfal” de la jurisdicción constitucional (y sobre todo del control constitucional de normas) en los países europeos del Oeste y en la actualidad, también, en el Este y en el Centro.⁵⁶

En el contexto de modificar, mejorar, corregir e incluso de suplir al legislador – funciones que se insiste han sido asumidas por los tribunales constitucionales contemporáneos con el beneplácito y la aceptación de la sociedad-, la Corte Constitucional Colombiana ha debido acudir al arsenal teórico elaborado de tiempo atrás por esos mismos tribunales. Arsenal integrado tanto por nuevas categorías jurídicas, tomadas de la jurisdicción del Tribunal Alemán (“núcleo esencial”, “carácter objetivo” y “fuerza expansiva” de los derechos, etc.), como por nuevas técnicas de interpretación del derecho (el sistema de ponderación por

⁵⁶ Weber, Albrecht. Alemania, La Tensión Entre La Justicia Constitucional y El Legislador. *En Las Tensiones Entre el Tribunal Constitucional y El Legislador en la Europa Actual*. Comp. Aja Eliseo. Ariel Derecho, Barcelona. 1998.

oposición al “clásico” de la subsunción legal). Gracias a ellos, la jurisprudencia nacional ha alcanzado significativos avances, incluso ha hecho aportes de trascendencia a la jurisprudencia constitucional de carácter internacional.

El instrumental interpretativo, en buena medida tomado de los lusterías transnacionales y adaptado a nuestra realidad, así como el distinto tipo de soluciones al problema de la Constitucionalidad de las leyes, proporcionado por los diversos tipos de sentencias adoptadas por la Corte durante este período ponen de presente, por un lado, el frecuente fracaso del legislador que obligó a aquélla a cumplir una función compensatoria o sustitutiva de éste y, por otra, la ampliación de los derechos, considerados como “orden objetivo de valores” que demandan deberes de protección del Estado, por virtud de su consagración Constitucional; todo esto ha provocado un fortalecimiento inequívoco del juez constitucional sobre el legislador.

7.3. A MODO DE CONCLUSION.

Es a partir de la década de los noventa, con la expedición de la Constitución de 1991, que una Colombia anacrónica en cuanto a las tendencias constitucionales contemporáneas, asume la figura jurídico-política de Estado Social de Derecho como instrumento para materializar una sociedad políticamente incluyente, pluralista y económicamente estable.

Constitución de 1991, que va a convertirse en pilar fundamental del Estado Social de Derecho en cuanto a protección de los ciudadanos, el respeto de las garantías y la defensa de la constitución, al consagrar unos instrumentos valiosos sustantivos y procedimentales para salvaguardar esta, erigiendo una naciente Corte Constitucional que es creación suya, como máxima protectora de la constitución e intérprete autorizada de la misma.

Desde ese momento se iniciará un camino en Colombia que ya lleva veinte años, en el cual la Corte Constitucional ha sido una abanderada en la protección y salvaguarda de los derechos humanos y fundamentales, a través del ejercicio de las diferentes competencias dadas por la Carta.

Labor que ha podido desplegar con suficiencia y credibilidad, en ejercicio del control de constitucionalidad y de tutela, a través de una jurisprudencia creativa en el plano sustantivo y procedimental, que queda evidenciada gracias a una muy variada tipología de sentencias⁵⁷, las cuales han contribuido a la aparición y consolidación de una nueva rama: el derecho procesal constitucional.

⁵⁷ Sobre los tipos de sentencias que profieren los tribunales constitucionales puede verse los trabajos de Nogueira Alcalá, Humberto. *Consideraciones sobre las sentencias de los Tribunales Constitucionales y sus efectos en América del Sur*. Ius et Praxis v.10 n.1 Talca 2004; Martínez Caballero, Alejandro. *Tipos de Sentencia en el Control Constitucional de Las Leyes. La experiencia Colombiana*. También puede encontrarse esta ponencia en Unirioja. [Revista Estudios Socio-Jurídicos, Vol. 2, N°. 1, 2000](#), págs. 9-32; García Olano, Hernán. *Tipología de Nuestras Sentencias Constitucionales*. Revista Vniversitas. Bogotá. 2004.

II. EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

Nos encontramos en el comienzo, en el amanecer de una disciplina procesal que promete un florecimiento inusitado, por la trascendencia que sus principios tienen para la salvaguardia de la constitución, de cuya integridad depende la vida misma de la sociedad y la de sus instituciones más preciadas.

Hector Fix-Samudio⁵⁸

1. ORIGEN

Existe consenso para decir que el derecho constitucional adquirió una nueva dimensión, una vez la Constitución se erigió en criterio único de legitimidad del conjunto de leyes y actos que dan vida a un particular ordenamiento jurídico. Tal momento crucial viene precedido de dos hechos significativos: la experiencia estadounidense de finales del siglo XVIII y principios del XIX, y las constituciones de posguerra, las cuales han tenido la capacidad de incorporarse a la dinámica de un autónomo y específico proceso constitucional, en la medida en que han sido referentes para la acción, de carácter práctico para la solución de las controversias constitucionales que surgen de su propio entorno.

Corresponde a la historia del DPC, en relación con estos hechos determinar la evolución de la tutela jurisdiccional de los textos fundamentales en su lucha por

⁵⁸ Fix-Samudio, Héctor. *La Garantía Jurisdiccional de la Constitución Mexicana. Ensayo de una Estructuración Procesal del Amparo*. UNAM. MEX. 1955. Pág. 62

hacer realidad los valores y principios en ellos enunciados. Y tomando en cuenta un referente temporal, se hará necesario indagar en qué momento surge y cómo evoluciona la idea de un DPC, bajo los planteamientos apenas anotados.

2. NOMEN IURIS

El primero en visualizar su existencia y otorgarle el *nomen iuris* DPC⁵⁹ fue el procesalista Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, quien con gran agudeza y de manera notable en 1947, advirtió la ampliación del ámbito de influencia del proceso y de la ciencia procesal hacía espacios nuevos e inusitados; y estableció por primera vez la existencia de un DPC⁶⁰ bajo la premisa de avanzar en una tipología de los procesos jurisdiccionales con base en la naturaleza del litigio.

El pensamiento de Alcalá-Zamora fue rápidamente atendido por el maestro Héctor Fix-Zamudio, a quien corresponde el mérito de haber establecido la primera aproximación científica al concepto de DPC. Al definirlo como la disciplina que se ocupa del estudio de las garantías de la constitución, es decir, de los instrumentos normativos de carácter represivo y reparador que tienen por objeto remover los obstáculos existentes para el cumplimiento de las normas fundamentales, cuando han sido violadas, desconocidas o existe incertidumbre acerca de su alcance o contenido o dicho en palabras carnelutianas, son las normas instrumentales establecidas para la composición de los litigios constitucionales⁶¹.

De allí, que a partir de las aportaciones de Alcalá-Zamora y Fix-Zamudio, pueda decirse que el DPC va a contar con referentes *temporales, espaciales, normativos y personales* bien delimitados. Existiendo acuerdo en que la disciplina nace en

⁵⁹ Ferrer Mac Gregor, Eduardo. *Héctor Fix- Samudio y El Origen Científico del Derecho Procesal Constitucional*. www.juridicas.unam.mx

⁶⁰ Hay que decir que el uso de la denominación apuntada llevaba implícita una decisión de orden metodológico tendente a ubicar el estudio científico de los mecanismos de tutela constitucional dentro de la órbita del derecho procesal.

⁶¹ Fix-Samudio, Héctor. *La Garantía Jurisdiccional de la Constitución Mexicana*. Op. Cit. Pags.90 y 91

1920, en Austria, con la Ley Fundamental, gracias a su principal impulsor, Hans Kelsen. La cual va a nutrirse con los aportes de Couture, Calamandrei y Capelletti. Y va ser realmente configurada, desde una concepción formal y material por Alcalá y Fix- Samudio.

Con el objeto de lograr una adecuada reconstrucción histórica del DPC, debe tenerse presente, que antes del empleo de este nuevo término, el estudio de las formas de salvaguarda de la Constitución, se ha hecho desde lo que se conoce como justicia y jurisdicción constitucional, o control de constitucionalidad de las leyes. Por ello, más que abordar el DPC desde un plano exclusivamente descriptivo, que ha planteado una evolución lineal y semántica, se intentará encontrar una noción prescriptiva del mismo, no sin antes decir, que existe la necesidad de advertir en donde se asienta la diferencia.

3. PRECEDENTES

Hasta el momento, la nota predominante que se ha consolidado muestra que la garantía de los ordenamientos constitucionales se realiza a través de mecanismos jurisdiccionales y formas procesales, y toda reconstrucción dogmática ha partido de la teoría general del derecho procesal⁶² y no desde la teoría general de la Constitución. Tal situación pareciera indicar que la historia del DPC no se remonta a un punto ininteligible del pasado, lo que facilitaría las indagaciones acerca de sus orígenes concretos.

Sin embargo, no debe perderse de vista, que a pesar de que el concepto de DPC lleva implícita una pretensión metodológica evidente, hay una riqueza de conocimientos desde la teoría de la constitución que lo nutren muy a pesar de desarrollarse sobre una orientación metodológica distinta. A esta conclusión nos lleva el hecho de considerar que, el conjunto de adjetivos utilizados por la doctrina tienen el denominador común de orientarse al análisis y estudio de las

⁶² Aquí podemos ubicar a Héctor Fix – Samudio, Eduardo Ferrer Mac- Gregor, Jose Ovalle Favella, Jesús González Pérez, Domingo García Belaunde, Juan Colombo Campbell, Andrés Bordalí Salamanca entre otros.

posibilidades de tutela que se han venido construyendo en el tiempo bajo la expectativa de lograr una adecuada justiciabilidad del texto fundamental.

Por ello, para una adecuada reconstrucción de la historia del DPC debe distinguirse, al menos, que este con cuenta con tres tipos de precedentes: remotos, positivos y doctrinales⁶³.

3.1. REMOTOS

Los precedentes remotos son aquellos que tienen la función de mostrar la riqueza alcanzada en torno a las distintas ideas, nociones, principios y métodos concretos de organizar la salvaguarda constitucional a lo largo de la historia. Hacen parte, sin duda alguna, de las manifestaciones más viejas, pero no menos importantes del DPC, en la medida en que muestran los aportes de los diferentes esquemas filosóficos, planteamientos políticos, precedentes jurisprudenciales y doctrinas jurídicas, que han abonado el terreno para que se dieran nuevas formas de tutela jurisdiccional en la máxima instancia normativa⁶⁴.

3.2. POSITIVOS

El precedente positivo del DPC señala en cambio el momento preciso, el concreto ámbito normativo y espacial en el que la tutela constitucional se va ejercer a través de instrumentos de carácter jurisdiccional; y sumado a esto, cuáles van a ser los referentes que van a justificar y apuntalar dicha decisión.

⁶³ Astudillo Cesar. *Doce Tesis en Torno al Derecho Procesal Constitucional*. Revista General de Derecho Público Comparado. 2008. Pág. 49.

⁶⁴ Siguiendo a Nestor Pedro Sagues como antecedentes judiciales remotos podemos ubicar el *Corpus Amendment Act Inglesa* de 1679, en que se regula con detalle un primer proceso constitucional que garantiza el derecho fundamental a la libertad personal, el de Habeas Corpus y el caso *Marbury vs. Madison*, resuelto por la Corte Suprema Norteamericana el 24 de febrero de 1803, que institucionaliza el sistema judicial de control de constitucionalidad en los Estados Unidos de Norteamérica y al que ya hemos hecho referencia. Sagüés, Néstor Pedro. *Derecho procesal constitucional. Logros y obstáculos*. Ed. Ad-Hoc y Konrad Adenauer Stiftung. Buenos Aires. 2006 Págs. 19-20.

Dentro del referente positivo deben destacarse dos elementos de gran trascendencia: uno normativo, representado por el primer ordenamiento constitucional que desde el plano jurídico instituyó normas concretas e instituciones específicas para su propia tutela (la Constitución austriaca de 1920), y uno doctrinal, representado por las bases teóricas que han sustentado en la actualidad la institucionalización de una jurisdicción constitucional. Toda vez que a quienes se les encomendó la misión del diseño institucional, han adoptado fielmente los conceptos kelsenianos como parte del canon oficial al momento de edificar sus órganos de garantía constitucional.

De allí la importancia de indagar cual ha sido el desarrollo del derecho constitucional y evidenciar como se ha enriquecido desde ese momento, una vez adquiere el atributo necesario para presentarse como un derecho superior y peculiar, dado su capacidad de constituirse en un derecho autogarantizado, cuya validez y efectividad va a depender exclusivamente de sí mismo.

Además, de entender la paradoja que muestra la institucionalización jurídica del DPC, de donde se desprende que si bien las garantías jurisdiccionales que se emplean para la tutela de la Constitución no pueden ser calificadas como eminentemente políticas, están insertas en un entorno plenamente político, haciendo que desempeñen una función de tal naturaleza de manera innegable.

3.3 DOCTRINALES

Los precedentes doctrinales presuponen que la materia o el objeto de estudio se encuentra ya establecido y delimitado, preocupándose por debatir el enfoque o grado de observación científica a partir del cual ese objeto habrá de ser sistematizado. Por lo tanto, no se está frente al problema de determinar en qué momento surgen los instrumentos de tutela constitucional como nuevo objeto de estudio, sino en el momento de determinarle su metodología científica más adecuada. Se trata, en consecuencia, de analizar cuál es la naturaleza de esa materia y cuáles sus peculiaridades a efecto de advertir donde está su espacio

dentro del concierto de las disciplinas jurídicas, y quiénes y bajo qué perfiles deben acometer a su estudio y racionalización.

Como un primer intento de indagar y aproximarnos una metodología adecuada del DPC, hay que manifestar que existen elementos para sostener que el debate en torno a su espacio jurídico se advierte tempranamente dentro de los trabajos del III y IV *Congresos de juristas alemanes* de 1862 y 1863, donde se hizo patente el debate en torno al carácter privado, público o procesal del control de constitucionalidad de las leyes⁶⁵.

La problemática aludida sufrió igualmente por la disputa metodológica surgida entre los seguidores del formalismo, con Kelsen a la cabeza, y Triepel, Schmitt, Smend y Heller, como sus principales detractores. Control de constitucionalidad de las leyes que se explicó bajo los principios de ambas metodologías hasta desembocar, como no podía ser de otra manera, en conclusiones totalmente contrarias.

En ese entorno resalta por su significación el doble debate en el que participó directamente el maestro de la escuela de Viena: primero con Triepel en 1928, en relación a la esencia y desarrollo de la justicia constitucional y después con Schmitt⁶⁶, entre 1929 y 1931, sobre quién debía ser el guardián de la Constitución en donde quedó fijada con total nitidez la doble concepción, política y jurídica, del control de constitucionalidad.

Finalmente, por su trascendencia, es inevitable referirse a los trabajos del *Congreso internacional de derecho procesal civil de Florencia* de 1950, pues es el ámbito en donde de forma más clara se produjo la disociación en dos tendencias,

⁶⁵ Rudolf von Ihering sostuvo que estábamos frente a un problema de fuentes del Derecho, concerniente al Derecho Civil, Bluntschli que era una cuestión de derecho público porque en buena medida de dicho control dependía la existencia misma del Estado y von Gneist, quien sostenía que era un tema relativo al poder de los jueces de abordar la cuestión prejudicial de la ley, lo que hacía del asunto un problema netamente procesal. En Astudillo, Cesar. Op. Cit. Pags 50 y 51.

⁶⁶ Debate al que nos hemos referido en sus líneas más importantes en el capítulo precedente.

una *constitucionalista* y otra de carácter *procesalista*, en la medida en que quedó constancia de que en torno al tema de la ponencia principal relativa al “control de constitucionalidad de las leyes”, era perfectamente posible fundar dos tipos de discursos jurídicos.

La discusión entre protagonistas de la talla de Esposito, Andrioli, Calamandrei y Carnelutti, intentó dilucidar el carácter jurisdiccional o político del Tribunal constitucional, la naturaleza del juicio de constitucionalidad, el método procesal o constitucional que debía emplearse en su análisis y el espacio científico que debía reconocerse a la disciplina jurídica encargada de su estudio.

Las cuestiones discutidas quedaron abiertas, tal cual permanecen en la actualidad, hecho que ameritó, como el mismo Carnelutti señaló en ese Congreso, “nuevas y más profundas reflexiones” sobre el particular; sin embargo, lo que no parece estar en duda es que la ruta de esas reflexiones no puede desconocer una evolución tan rica de perfiles y perspectivas que sólo la historiografía del DPC se encuentra en posibilidades de proporcionar.

4. FORMAS DE ACERCAMIENTO- NATURALEZA

En torno al DPC se han construido dos discursos autónomos y claramente identificados que sustentados en métodos propios y visiones específicas, han conducido el análisis de las garantías jurídicas de la Constitución sobre senderos distantes, provocando su desembocadura en conclusiones no del todo coincidentes. La bifurcación de ideas puede agruparse en torno a un discurso procesal y a un discurso constitucional.

La idea fundamental que subyace al discurso procesal se ancla en la intención histórica de generar la unidad de principios del derecho procesal, pues en cuanto pretensión originaria, constituye una de las exigencias elementales en que se asienta la disciplina desde el momento en que Carnelutti, en 1925, señalara: “el

derecho procesal es fundamentalmente uno” y sus distintas disciplinas deben distinguirse, no por el hecho de tener diversas raíces, sino por constituir las grandes ramas en que se divide un único tronco⁶⁷.

Anclados en dicha pretensión, se advierte un ensanchamiento de las ramas procesales identificadas por su nivel de especialización, en virtud que la jurisdicción constitucional se incorpora al ámbito procesal en calidad de jurisdicción especializada y el proceso constitucional, dentro de la tipología respectiva, pasa a considerarse como un proceso particularizado en función de su objeto.

Tal alineación realizada hace que el DPC comparta automáticamente los rasgos elementales o los principios comunes de las normas procesales, esto es, su naturaleza pública, su carácter instrumental y su imperatividad; produce también que su reconstrucción científica se guíe bajo el método sistemático, aglutinando los tres grandes conceptos en que se ancla la ciencia procesal y, finalmente, que la interpretación e integración de sus normas no suponga problemas distintos a los de cualquier otra norma jurídica.

A contrario sensu, la tendencia constitucionalista basa su argumentación en la necesidad de preservar la unidad de principios del derecho constitucional, advirtiendo que particularmente en esta materia, la disociación entre lo sustancial y lo procesal no debe concebirse de forma rígida ante la necesidad de que las constituciones dispongan de normas adjetivas que autogaranticen la preservación de estas en su carácter material⁶⁸.

Además la exigencia de unidad de principios constituye también una añeja aspiración de la doctrina constitucional desde la conocida prelación de Santi Romano, en 1903, donde se explicó con autoridad que el derecho constitucional representa la unidad esencial de principios generales del derecho público sin que

⁶⁷ Carnelutti, Francesco. *Proceso civil y Proceso Penal*. Revista de derecho procesal civil. V. II, parte I, Padova, Cedam. 1925. Pág. 3.

⁶⁸ Zagrebelsky, Gustavo. *El Derecho Ductil*. Editorial Trota. 1995

pueda considerarse solamente una rama del derecho público, en virtud de que constituye su tronco mismo, a partir del cual emanan las demás ramas particulares del derecho. Anclada en esta exigencia, se ha señalado la importancia de que las normas procesales constitucionales tengan un tratamiento específicamente constitucional por constituir una especie de *derecho constitucional concretizado*⁶⁹ y servir a las jurisdicciones constitucionales para materializar en concreto la Constitución.

El DPC adquiere, desde estas perspectivas, una especificidad manifiesta que implica que su sistematización deba realizarse a partir de una metodología decididamente constitucional que coadyuve a redefinir el valor que se les reconoce como normas jurídicas de peculiaridades indiscutibles, que identifique sus particulares criterios de interpretación e, incluso, sus puntuales métodos de integración.

La ausencia de un diálogo entre perspectivas ha motivado férreos posicionamientos teóricos que no hacen sino constatar la rigidez de los postulados en que se asienta tanto la ciencia procesal como la ciencia constitucional. Mientras para el derecho procesal la exigencia de abordar autónomamente lo adjetivo de lo sustantivo configura un presupuesto elemental, para el derecho constitucional esta separación es inviable ante la necesidad de integrar su derecho adjetivo y sustantivo en la unidad material del ordenamiento constitucional.

Mientras para el derecho procesal la necesidad de reconstruir las categorías del DPC sobre la certeza y predeterminación de las estructuras procesales es una exigencia que está en la base de su ideología, para el derecho constitucional es necesario que parte de esas categorías aparezcan bajo adecuadas dosis de ductilidad o maleabilidad para que el guardián de la Constitución pueda enfrentar

⁶⁹ En esta misma línea de Haberle quien acuñó tal expresión, se ubican Cesar Landa. *Teoría del Derecho Procesal Constitucional*. Urna, Ed. Palestra. Lima. 2004. Pág. 13 y José Julio Fernández Rodríguez. En respuesta a *Encuesta sobre Derecho Procesal Constitucional*. García Belaúnde, Domingo y Espinosa-Saldaña Barrera, Eloy (Coords). Ed. Porrúa, e Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional. México D.F. Pág.62

el conjunto de expectativas y vicisitudes que emanan de la complejidad intrínseca de los conflictos de naturaleza constitucional.

Si el derecho procesal necesita a la jurisdicción como fuente de autoridad externa para garantizar la eficacia de sus normas, el derecho constitucional no requiere de otra autoridad para procurar su vinculatoriedad pues se ha dotado directamente de su jurisdicción, al margen y por encima de la jurisdicción ordinaria, su órgano de tutela y sus procesos y procedimientos de autogarantía.

Un panorama como este demuestra que difícilmente podrá existir una salida adecuada al antagonismo de perspectivas si no se confiere autonomía al objeto de estudio del DPC, a fin de rescatarlo de los dos discursos que sólo limitan, constriñen y empobrecen su riqueza conceptual⁷⁰.

Por ello se hace necesario otorgar a las categorías jurídicas que posibilitan la tutela constitucional una *condición especial* para ubicarlas en un espacio de estudio independiente en el que pueda emplear los instrumentos de un método abierto y plural, donde puedan ir emergiendo todas aquellas especificidades que hacen del DPC un sistema de normas adjetivas de características excepcionales.

5. METODOS

Desde el punto de vista teórico-abstracto, el DPC encierra una importante decisión metodológica en torno al espacio y al perfil metodológico adecuado para abordar su objeto de estudio. La paradoja que se encierra en el hecho de vincular garantías jurisdiccionales al ámbito en donde se desarrolla el proceso político, ha dado pie a la existencia de dos discursos jurídicos basados en dos ópticas bien diferenciadas que sobre la misma sustancia o materia han avanzado dos formas de explicación alejadas una de otra.

⁷⁰ Quien muestra de manera excepcional la forma en que limitan los discursos jurídicos al DPC, si se persiste en su aislamiento y parcelación a la hora de abordar dichas formas procesales es Astudillo, Cesar. Op. Cit. Págs. 55 y 56.

Tener como categorías centrales una función de control o garantía, un tribunal u órgano de tutela y un proceso o procedimientos, todos bajo el adjetivo “constitucional” ha generado que la ciencia constitucional y la ciencia procesal intenten la reconstrucción sistemática de los principios del DPC bajo sus propios “códigos lingüísticos”, dando lugar a investigaciones ajenas a la multidisciplinariedad y asentadas en un exclusivo y excluyente “monismo metodológico”.

No obstante, si consideramos que el DPC representa el espacio en el que convergen las máximas garantías del ordenamiento jurídico debemos concluir que en esa coyuntura de convergencia existe una riqueza conceptual que difícilmente puede ser captada bajo un único ángulo de observación, so pena de generar un empobrecimiento notable y una visión parcial de toda la problemática que se gesta, que debe tenerse muy presentes para comprender a cabalidad las posibilidades de que los textos constitucionales acometan sus propias garantías.

La aseveración señalada conduce a escapar de los moldes tradicionales y discursos unilaterales, cerrados, rígidos y en cierto sentido parciales. Si se observa con detenimiento, la historiografía del DPC ha evidenciado que nos encontramos frente a un tema que involucra importantes conocimientos en torno a la producción del derecho, la unidad del poder y los órganos del Estado, las formas de autoprotección de los textos constitucionales y las formas jurisdiccionales que racionalizan métodos concretos para la pacificación de cualquier conflicto normativo. Por ello, más que seguir bregando en torno al discurso rígido y que avanza paralelamente entre lo procesal y lo constitucional, es necesario aproximarse al DPC a la luz de los principios fundamentales de las teorías jurídicas y no tanto de las disciplinas científicas.

El cambio de perspectivas sugiere poner la discusión en un nivel de análisis más concreto y especializado para integrar conocimientos provenientes de la *teoría de la Constitución*, la *teoría de la interpretación constitucional*, la *teoría de la justicia constitucional*, la *teoría de las fuentes del derecho* y la *teoría general del derecho*

procesal, sin olvidar el elemental apoyo que transversalmente puede brindar la ciencia del *derecho comparado*.

En este orden de ideas, parece más oportuno construir un método jurídico adecuado, de conformidad con los “fines” y las “expectativas” perseguidas, tal cual lo sugirió Orlando a finales del siglo XIX en sus relevantes *criterios técnicos para la reconstrucción jurídica del derecho público*⁷¹. Puede convenirse entonces que el análisis y la reconstrucción dogmática del DPC necesitan realizarse a través de una técnica particular y abierta que dé cuenta de los mecanismos o procedimientos lógicos y sistemáticos que confieran especificidad a la disciplina y de los que deba servirse para alcanzar sus propios fines analíticos.

Por ello, frente a las posibilidades ofrecidas por un “monismo metodológico”, y en aras de esa riqueza de perfiles, el camino del “pluralismo metódico” se presenta más atractivo y enriquecedor, pues representa una vía de escape a la rigidez de los códigos lingüísticos de cada disciplina y posibilita un diálogo interdisciplinario que deberá procurar en todo momento la integración y no la superposición de aquellas perspectivas que condicionan un objeto de estudio que es toral para el Estado constitucional en tanto afecta al mantenimiento de la supremacía del texto constitucional y la unidad y continuidad del ordenamiento jurídico.

6. CARACTERISTICAS

6.1. DUCTIBILIDAD O MALEABILIDAD

Como derecho instrumental, el DPC adquiere unos perfiles, una particularidad, o una especificidad propia en base a la naturaleza del derecho al que debe servir. En este sentido, empieza a ser común que se presente bajo el atributo de la ductilidad, ante su necesaria y manifiesta capacidad de adaptación o acomodación

⁷¹ Bologna, E. Garagnani, 1889, p. 4. Citado por Cesar Astudillo. *Doce Tesis en torno al Derecho Procesal Constitucional*. UNAM.

a las diversas situaciones, objetivos y finalidades constitucionales, lo que deja entrever que en el fondo demuestra su disposición para adquirir variadas estructuras de acuerdo a las exigencias que está llamado a satisfacer dentro del ordenamiento.

La lógica de esta manejabilidad descansa en que todas las exigencias que se desprenden del derecho de la Constitución tienen que encontrar su correspondiente reflejo en el campo adjetivo si quieren encontrar una óptima realización. En este contexto tan peculiar, el DPC difícilmente tiene más opción que presentarse como un sistema normativo dúctil, flexible y sobre todo abierto al acoplamiento a las concretas y muy distintas realidades y exigencias que se presentan en el entorno constitucional.

Su capacidad para representarse como un derecho instrumental versátil aparece como un atributo esencial por las posibilidades que ofrece para brindar una salida flexible a la tensión cambio-permanencia a la que está sujeto el ordenamiento jurídico. Por ello, no es de extrañar que se manifieste como un derecho con aptitudes para estabilizar los contenidos constitucionales cuando se requiera fijar en la conciencia social el sistema de valores que le subyacen; o que muestre su capacidad para facilitar la evolución de dichos contenidos cuando exista el imperativo de enriquecer su significado como consecuencia de la incesante transformación social. En síntesis, debe aparecer como el hilo conductor o la pieza de equilibrio entre la conservación de la Constitución “escrita” y la innovación que emerge de la Constitución “efectiva”.

El DPC debe ponerse en “línea de tensión” entre las exigencias que derivan del interés general y las que surgen del interés particular. Su ductilidad debe hacerlo proclive a sensibilizarse frente a las necesidades del sistema de gobierno por un lado, y frente a las expectativas de justicia que emanan del cuerpo social, por el otro; debe permitir una respuesta razonable cuando el conflicto constitucional acentúe el interés general y se ponga en términos de “macroconstitucionalidad”, o

cuando privilegie los intereses individuales y se represente en términos de “microconstitucionalidad”.

Incluso, debe estar en aptitud de facilitar vías de salida para aquél contexto en el que las necesidades apremiantes del sistema constitucional conduzcan a rechazar el conocimiento de conflictos particulares en ausencia de un interés general, o conflictos con alto contenido político, cuando esa actitud se considere indispensable para salvaguardar la autoridad, integridad, independencia y legitimidad de los guardianes de la Constitución.

Derivado de lo anterior, el DPC, debe permitir que sea el propio órgano de garantía el que determine las formas, los momentos, los lugares y el grado de intensidad de su intervención institucional, modulando el tiempo y el contenido de sus decisiones de acuerdo al impacto que puedan producir en el contexto institucional, y de conformidad con las necesidades que en cada momento emanen del ordenamiento jurídico⁷².

En consecuencia con lo anterior, la complejión más adecuada bajo la que puede representarse el DPC parece ser aquella que advierta un justo equilibrio entre la existencia inexorable de normas vinculantes para que la maquinaria garantista, la Constitución, se desarrolle conforme a cánones jurídicos preconstituidos, y la exigencia, igualmente trascendente, de preservar la natural necesidad de que cualquier guardián de la Constitución disponga de ámbitos propios de actuación, adecuados a la función y al papel que desarrolla dentro de su respectivo sistema constitucional.

En este sentido, no queda otro camino que armonizar la necesidad de contar con reglas que disciplinen el proceso constitucional, y la oportunidad de que el proceso mismo se conduzca con plena regularidad, de modo que al mismo tiempo de mostrar firmeza y claridad para encauzar el desarrollo de la dinámica jurisdiccional, aparezcan con una portada razonablemente flexible para cumplir

⁷² Bognetti, Giovanni “La Corte costituzionale tra procedura e politica”, VVAA, *Giudizio a quo e proumovimento del processo costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 226.

adecuadamente con la pluralidad de expectativas constitucionales que se desprenden de la Ley Fundamental⁷³.

6.2. ORIGINALIDAD O ESPECIFICIDAD

Con relación a esta característica, si bien se ha ido construyendo de forma paulatina desde el ámbito concreto y particular de la jurisprudencia constitucional, desde un punto de vista teórico-abstracto es posible advertir que el reconocimiento de sus particularidades ha chocado con obstáculos significativos, desvelando una debilidad importante dentro del sistema de garantías constitucionales, si se presupone al menos que dentro del entorno procesal y del constitucional, una idea constante y arraigada exige la plena y necesaria adaptación entre el espíritu y el cuerpo.

El desarrollo del DPC se ha ajustado a una concepción apegada a las ideas, principios y estructuras del proceso civil, aproximándose con el correr del tiempo a las líneas fundamentales del proceso administrativo, y más recientemente a la noción de proceso y procedimiento jurisdiccional. Esta forma de actuar ha detenido cualquier intento de avanzar en la reconstrucción de normas específicas para la realidad del proceso constitucional, pues como conjunto normativo de una especificidad manifiesta, por su “intrínseca ambigüedad” cuenta con los elementos para conformar una categoría “general” de normas.

Ha imposibilitado, igualmente, que se advierta a plenitud que la realidad del proceso constitucional tampoco es uniforme y que se necesita una tipología propia de los procesos constitucionales que dé pie a categorías “particulares”, en plural, con el objeto de dar cuenta de los perfiles que los individualizan dentro del contexto de un mismo género.

⁷³ Cfr. Ruggeri, Antonio, “*I giudizi di costituzionalità tra riforma delle norme integrative e autoriforma della giurisprudenza (ripensando a regole e regolarità in tema di processo costituzionale ed alle loro possibile innovazione)*”, PIZZORUSSO, Alessandro, ROMBOLI, Roberto, *Le norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale dopo quasi mezzo secolo di applicazione*, Torino, G. Giappichelli, 2002, p. 409.

Consecuentemente, una consideración amplia de DPC debe estar en condiciones de ofrecer un género propio de categorías normativas adecuadas al derecho diferenciado al que se encamina a servir, y a la vez, favorecer la creación de estructuras procesales coherentes con la particularidad de cada uno de los procesos constitucionales, en virtud de que cada uno obedece a una lógica distinta.

Una primera explicación en relación a la ausencia de especificidad puede encontrarse en la profunda influencia que la doctrina procesal italiana ejerció en Europa, y de forma más intensa en América, a partir de la segunda mitad del siglo XX. Sobre el particular, necesario es recordar que a partir de la expedición de la Constitución italiana, en 1947, gran parte de los esfuerzos de la doctrina procesal de ese País se encaminaron al análisis de la nueva *Corte costituzionale*, logrando consolidar en poco tiempo una importante masa de conocimientos en relación a las implicaciones de la justicia constitucional.

De la mayor relevancia fueron los estudios de Calamandrei, Carnelutti y Cappelletti, por ejemplo, pero sin duda alguna la figura de Virgilio Andrioli⁷⁴ debe ser resaltada, pues fue quién advirtió por vez primera las notables diferencias existentes entre las categorías procesales que se habían establecido para gobernar los procesos ordinarios y las que, en su caso, deberían gobernar a los procesos constitucionales⁷⁵.

A pesar de la convicción de Andrioli en relación a la inminente especificidad del DPC, el recorrido posterior fue aminorando esa carga de particularidad. Poco a poco comenzó a deslizarse una tendencia hacia la importación de categorías de

⁷⁴ Andrioli, Virgilio, “Profili processuali del controllo giurisdizionale delle leggi”, *Atti del Congresso Internazionale di Diritto Processuale Civile, Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile*, Padova, CEDAM, 1953, p. 50.

⁷⁵ Capelletti sostuvo al respecto que estamos ante la disyuntiva peculiar de dotar de substancia a esas reglas, conceptos y valores vagos y enigmáticos-evidentemente, una función ampliamente creativa- o bien concebir como no vinculantes el núcleo de las constituciones. En Capelletti, Mauro. *Necesidad y Legitimidad de la Justicia Constitucional*. Centro de Estudios Constitucionales. Editorial Ariel. Pág. 614.

otros procesos, incluidas sus explicaciones teóricas, al espacio del proceso constitucional.

Fueron básicamente las categorías del proceso civil, el proceso más añejo y mejor estructurado por la ciencia procesal, las que se utilizaron en la conformación del proceso constitucional, operando una simple y no siempre bien pensada ampliación de significados con objeto de ajustarlas, en lo posible, a la nueva institución.

La originalidad y autonomía del DPC sufrió, en consecuencia, una fuerte involución; en lugar de construirse presuponiendo su “emancipación”, pasó a convertirse en un conjunto de disposiciones producto de la “extensión” de categorías ya consolidadas en la tradición *iuscivilista*, generando, desde entonces, una dependencia procesal irregular, de “especie a especie” y no de “genero” a “especie”, colocando al DPC en un entorno de dependencia directa del derecho procesal civil y no del derecho procesal general.

Esa automática extensión de significados fomentó la pérdida de “identidad” de las cualidades intrínsecas que deberían mostrar las normas procesales constitucionales, al grado que no es difícil advertir que gran parte de los desajustes que en la actualidad se observan en su funcionamiento tienen su explicación en la ausencia de una plena adaptación entre el cuerpo y el espíritu, entre la forma y la sustancia⁷⁶.

La doctrina constitucional jugó un papel importante en esta cuestión ya que, convencida de la naturaleza jurisdiccional de la Corte, se interesó preponderantemente en el estudio de su función en el sistema constitucional, su *status*, sus elementos estructurales, sus relaciones con los demás poderes, y de

⁷⁶ Otro enfoque con relación al triunfo de la tendencia procesal civilista que no puede soslayarse, siguiendo los planteamientos de Weber y Marcuse expuestos por Habermas, es que se racionalizó y mecanizó la técnica procesal civil para defender un discurso iusprivatista y conservador. La técnica es en cada caso un proyecto histórico-social; en él se proyecta lo que una sociedad y los intereses en ella dominantes tienen el propósito de hacer con los hombres y con las cosas. Habermas Jürgen *Ciencia y Técnica como Ideología*. Tecnos. Madrid.1986.

los eventuales efectos de sus resoluciones, sin reparar en el tipo de normas instrumentales que implicaba su eficaz funcionamiento.

No obstante lo anterior, todo aquel que se aproxime a la doctrina alemana de la época de Weimar podrá darse cuenta que en su entorno existían importantes pronunciamientos a favor de la especificidad del DPC. En Carl Schmitt, por paradójico que pueda parecer, se encuentran enriquecedores argumentos a favor de la especificidad de lo que hoy conocemos como procesos constitucionales. En efecto, en su *Teoría de la Constitución*⁷⁷ y en el opúsculo en el que rebate la teoría kelseniana del guardián de la Constitución, el destacado profesor alemán estableció la existencia de una diferencia “fundamental” entre lo que representa un fallo procesal y un fallo de contenido político.

A su juicio, la premisa principal de la que debía partir la justicia constitucional se encontraba en el establecimiento de un concepto claro de proceso constitucional —o “litigio constitucional”, como le llamaba—; noción que sólo podía alcanzarse si se partía de un concepto “bien entendido” de Constitución; porque desde su perspectiva, las particularidades de la “estructura y el contenido” de dicho proceso se derivaban de forma exclusiva, “de su inmediata relación real con la Constitución”.

Es también Schmitt quien tempranamente intuye la individualidad de los procesos constitucionales al advertir que no es posible identificar un “conflicto constitucional”, una “reclamación constitucional” y un “procedimiento judicial” para resolver dudas y diferencias de opinión sobre la interpretación de leyes constitucionales, pues responden a lógicas diferentes que deben encontrar su adecuado reflejo normativo⁷⁸. Y es quien advierte que los futuros estudios dogmáticos sobre el tema deberán evitar caer en las redes de los rígidos caminos marcados por la metodología formalista y por la sistemática procesal, ya que el

⁷⁷ Schmitt Carl. *Teoría de la Constitución*. Alianza Editorial. 1928

⁷⁸ Schmitt Carl. *La Defensa de la Constitución*. Tecnos. Madrid. 1931

proceso constitucional, a diferencia de los demás, no puede recrearse sino es en consonancia con la esencia de la Constitución.

El pensamiento de Schmitt, en consonancia con el de Triepel, fue un referente para la plena reivindicación de la especificidad del DPC enunciada por el Tribunal constitucional alemán en el “Informe” de su *status* de 1952⁷⁹. En el importante documento aprobado por el pleno, destaca en primer lugar la particularidad del Tribunal constitucional en base a un criterio “teleológico y jerárquico” al autodesignarse como “supremo guardián de la Constitución” y como “órgano constitucional investido de la máxima autoridad”.

En segundo lugar, se establece su especificidad y la de los procesos constitucionales en base a un criterio “objetivo” al señalar que su singularidad frente al resto de tribunales radica en que se ocupa de “contenciosos jurídicos de naturaleza política, en los que se discute sobre Derecho político y lo político mismo se hace —en el marco de normas jurídicas con fuerza de obligar—objeto de un juicio de constitucionalidad”.

Finalmente, abunda en la particularidad del DPC, no por el órgano que lo ejerce o por la esencia de su naturaleza, sino por el órgano que lo produce. Desde este criterio “formal” se advierte que “la función creadora de derecho del Tribunal constitucional federal se observa también en el hecho de estar llamado a regular con mayor precisión su proceso en el marco de los principios generales regulados por la ley a través del uso del Tribunal o del Reglamento de funciones interno y así adaptar el proceso a las exigencias de los grupos de supuestos particulares”.

La construcción de la originalidad o especificidad del DPC parece tener un mayor y mejor desarrollo en el entorno alemán y no en el italiano, que siempre nos ha sido una realidad más próxima; al margen de ello, es necesario subrayar otro dato

⁷⁹ Informe”, citado por Schneider, Hans Peter. Jurisdicción Constitucional y Separación de poderes”, en *Democracia y Constitución*, prol. Luis López Guerra, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 196.

de la mayor significación: que la especificidad del DPC no se basa únicamente en la peculiar naturaleza de los conflictos constitucionales sino en sus concretas formas de producción, pues reconocer en el órgano de garantía constitucional una fuente autónoma de normas procesales significa modular el significado que hasta ahora ha tenido el principio de configuración procesal legislativa.

6.3. CARÁCTER INQUISITIVO

Hemos señalado que los instrumentos de tutela constitucional se encuentran arropados en primera instancia por el orden constitucional; si se admite este presupuesto y se conviene que a dicho orden subyace un elemental interés general, entonces es posible caracterizar al DPC como un derecho de carácter inquisitivo cuya positivización demuestra el significativo reforzamiento de la autoridad del Estado dentro de aquellos procesos y procedimientos dispuestos a la tutela de expectativas emanadas de la propia Constitución. La caracterización del DPC expresa un problema constitucional emanado de una particular forma de entender la relación entre el Estado, los órganos por medio de los cuales se manifiesta, y los individuos, en tanto titulares de derechos y libertades.

En este contexto, el análisis detenido de la posición y papel del juez constitucional dentro de un proceso constitucional en el que se resuelven las disputas entre los órganos estatales, o entre el Estado y el ciudadano, resulta de la mayor relevancia si se observa al menos que la aparición del Estado como auténtico “Estado constitucional”, ha supuesto un aumento de poderes de este peculiar “arbitro” con el objetivo de dotarlo no sólo de poder sino de autoridad para que pueda cumplir con eficacia y dignidad la relevante tarea de controlar las formas de expresión del poder estatal y garantizar las libertades fundamentales de los individuos.

Esa mayor autoridad encontró uno de sus extremos en la propuesta doctrinal de Kelsen de dotar al Tribunal constitucional de iniciativa “oficiosa”. La intención del maestro de la escuela de Viena no era que el Tribunal se erigiese como “procurador” permanente de la Constitución; le interesaba más bien establecer las bases para que una vez activado, tuviera amplias libertades en la inspección de

los vicios de inconstitucionalidad. La propuesta no fructificó en ese momento, pero al menos dejó entrever que la necesidad de incorporar el principio inquisitivo como elemento definidor de la garantía jurisdiccional de la Constitución ha sido una preocupación real.

Si se tiene en cuenta lo anterior, es fácil advertir las razones que justifican que en la actualidad el único elemento que el DPC mantiene del principio dispositivo sea el de “instancia de parte” o “justicia rogada”: a través de él se ha pretendido modular el poder de inspección tan intenso que se deposita en los guardianes de la Constitución.

Esto no quiere decir que se compartan las demás implicaciones de dicho principio; el interés superior a la constitucionalidad del ordenamiento y el acomodo estructural de los procesos constitucionales para dar cuerpo a ese interés, produce que algunas categorías y principios férreamente asentados en otro tipo de procesos jurisdiccionales difícilmente encuentren aplicación en este ámbito. En virtud que los procesos constitucionales no pueden considerarse procesos de partes, puede válidamente dudarse que categorías como la *suspensión*, la *interrupción*, la *caducidad*⁸⁰, el *desistimiento*; o incluso principios procesales tan importantes como el de “congruencia”, puedan emplearse en ellos.

Las pretensiones constitucionales que esta clase de procesos deben satisfacer niegan cualquier posibilidad de que sus promotores puedan disponer de su dinámica procesal desde el momento en que el tribunal los tiene bajo su gestión. La práctica de estos órganos evidencia una constante que determina que desde el momento en que son activados y entran en funcionamiento, se conducen bajo el principio de oficialidad. Esto supone dotarlos de suficiente autoridad para que puedan realizar cuantas gestiones sean necesarias para formarse un criterio sólido respecto a la constitucionalidad de determinadas normas o en relación a la existencia histórica de hechos que sean relevantes para la emisión de su

⁸⁰ Sobre esta categoría realizaremos un análisis acerca de su improcedencia en los procesos de tutela, el cual expondremos en el capítulo iv de esta investigación.

pronunciamiento, a fin de que tengan elementos para contemplar el problema “desde todos los ángulos y puntos de vista posibles” y aproximarse a la verdad constitucional.

El juez constitucional, en consecuencia, no solamente se distingue por realizar ejercicios abstractos de compatibilidad normativa, sino por conducir ejercicios de valoración concreta de hechos y situaciones que son los que a final de cuentas evidencian el ensanchamiento de su ámbito de gestión procesal. Estos poderes pueden emplearse en distintas etapas procedimentales y con diferentes finalidades, por ejemplo: en la dirección del proceso, ya que corresponde exclusivamente al juez marcar las pautas dentro del *iter* procesal como consecuencia de la máxima de instrucción.

También el juez desempeña un papel clave en la selección y determinación del material probatorio, pues está en posibilidad de ampliar el conjunto de pruebas aportadas por los promovientes, disponiendo de todos aquellos medios de prueba que crea oportunos para la “búsqueda de la verdad constitucional”, entre los que destacan la audiencia de los interesados, los testimonios, los peritajes, el consejo de expertos, la solicitud de documentos y actos, o de cualquier otra información de las diversas autoridades; en la investigación de los hechos materia del conflicto, pues está autorizado para indagar las situaciones que fundamentan la demanda de manera autónoma, sin vincularse a las alegaciones de las partes; en la valoración libre de las pruebas, a las que puede dar una u otra significación dependiendo de su fuerza para crear convicción en el juzgador respecto a la constitucionalidad de un acto, hecho o ley impugnada; y finalmente en la capacidad manifiesta para verificar de manera autónoma todas las hipótesis de inconstitucionalidad.

El desplazamiento de las alegaciones de los interesados y la consecuente disminución de sus poderes de impulso representa el elemento clave en la configuración de una mayor libertad decisoria del juez constitucional, ya que le permite interpretar ampliamente, e incluso replantear, el *thema decidendum* del

proceso, permitiendo que pueda abocarse al estudio, análisis y resolución de cuestiones que originalmente no fueron planteadas. Posibilita, además, que el juez ponga el proceso delante de la realidad concreta con el objeto de que valore las consecuencias de sus sentencias a fin de proceder a una eventual moderación de sus efectos inmediatos, o que lo sitúe frente al resto de valores constitucionales con la finalidad de realizar un juicio de ponderación para determinar el valor que debe prevalecer dentro de un caso concreto.

Como puede apreciarse, la caracterización del DPC como derecho inquisitivo, es necesaria para explicar la predisposición de los órganos de garantía a eliminar progresivamente los obstáculos para el ejercicio del control de constitucionalidad, como en los casos en que modulan los requisitos para la “admisibilidad procesal”; que dispongan con meridana libertad del objeto del proceso, ampliándolo y anulando normas que no fueron impugnadas originalmente como en los supuestos de la “inconstitucionalidad consecencial”; que ejerciten una autónoma iniciativa de control de normas infraconstitucionales, como cuando emplean la denominada “autocuestión de inconstitucionalidad”, o que atemperen la fuerza de sus decisiones mediante soluciones ponderadas caso por caso, como en aquellos casos, cada vez más extendidos en la actualidad, en la que dictan “sentencias manipulativas⁸¹”.

6.4. AUTOGARANTIZADO

Como un sistema “autogarantizado”, en función de que la Constitución se encuentra en una relación de superioridad frente al resto del sistema de las fuentes, por lo que cualquier norma jurídica, exceptuando a la Constitución misma, nace y se desarrolla como derecho problemático y contingente en la medida que es potencialmente ilegítimo.

Lo anterior justifica que sea la propia Constitución la que instrumente sus mecanismos de defensa, y que tanto el órgano de garantía como los instrumentos

⁸¹ En general, Rodríguez-Patrón, Patricia, La «*autonomía procesal*» del Tribunal Constitucional, Madrid, Civitas, 2003, p. 26. Id. “La libertad del Tribunal,...”, op. cit., p. 134 y ss.

procesales de tutela se eleven por encima de la ley para adquirir la fuerza de oponerse a ella y para que, eventualmente, puedan tutelarse las normas que dan vida a ambas categorías procesales cuando el espacio de la “Constitución-garantía” se encuentre amenazado por el legislador.

6.5. AUTOSUFICIENTE

Es autosuficiente, en virtud de que sus normas dependen únicamente de la Constitución y del reducido número de fuentes que deben regular el perfil garantista o procesal de la misma. El DPC, en consecuencia, es un sistema que se crea y recrea, se genera y se autogenera a partir de un sistema de fuentes de validez propias encaminadas a impedir cualquier posibilidad de injerencia del legislador ordinario.

6.6. AUTOREFERENTE

Es autoreferente, porque sus normas se utilizan e interpretan por un órgano especializado que sólo está sometido a la Constitución, en función de metro de su actividad fiscalizadora, el cual goza de la autoridad para determinar en única e última instancia el significado de sus prescripciones sin vincularse a un canon hermenéutico preestablecido y sin que exista la posibilidad de que el producto de su actividad interpretativa sea contestada en modo alguno.

El hoy presidente emérito de la Corte Constitucional Italiana, plantea que ha faltado una reivindicación coherente en los resultados, de autonomía de la reflexión constitucionalista con relación a la procesalista. Y afirma que un derecho procesal constitucional si, pero sui generis- es más: muy sui generis- que comprenda en si pluralidad de perspectivas, que deben reconstruirse alrededor de bienes jurídicos múltiples. Un derecho procesal capaz de comprender las razones

no siempre coincidentes de la tutela subjetiva de los derechos constitucionales, pero también las razones de la tutela objetiva de la constitución⁸².

Esto sin duda va lograrse en la medida en que se entienda y acepte que la especificidad y riqueza del DPC viene dada por su concreta forma de producción (pretoriana), que parte de *reconocer que el órgano de garantía constitucional es una fuente autónoma de normas procesales*⁸³, es decir, *tiene libertad de configuración legislativa*. Situación que representa la modulación o atenuación del significado que ha tenido hasta ahora el principio de configuración procesal legislativa.

El fundamento del principio de autonomía procesal constitucional reside en el fin del proceso constitucional. Si el fin esencial de los procesos constitucionales es garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales, la creación de normas procesales constitucionales cuando así lo requiriese el caso será un imperativo exigido por tal finalidad.

La idea más importante de la particularidad del derecho procesal constitucional es el replanteamiento del modo de pensar o concebir el proceso constitucional. Lo particular de tal contribución es la interpretación del derecho procesal constitucional desde o a partir de la Constitución, particularmente, a partir de los derechos y principios constitucionales.

⁸² Zagrebelsky, Gustavo. *¿Derecho Procesal Constitucional? Y otros ensayos de Justicia Constitucional*. FUNDA. Mex. 2004. Pag. 57

⁸³ Mendoza Escalante, Mijail. *La Autonomía Procesal Constitucional*. Justicia Constitucional, Año 2, No 4, 2010.

III. APARICION EN EL ESCENARIO CONSTITUCIONAL COLOMBIANO DE NUEVOS PRESUPUESTOS, PRINCIPIOS Y REGLAS EN MATERIA PROCESAL CONSTITUCIONAL- ACCION DE TUTELA*⁸⁴

1. PRECISIONES METODOLOGICAS

Como quiera que nuestra investigación es exploratoria, en cuanto al enfoque de un Derecho Procesal Constitucional, que en Colombia se desarrolla y adquiere unos contornos específicos, a partir de la fuente pretoriana por excelencia, la jurisprudencial. El objetivo principal de este apartado será mostrar de que forma la expedición de algunas decisiones relevantes por parte de nuestro tribunal constitucional, han contribuido y posibilitado la consolidación de una nueva disciplina el DPC, al suministrar unas pautas⁸⁵ que podrían servir a efectos de elaborar una dogmática apropiada en materia procesal constitucional.

Por ello, para la construcción de este Capítulo, hemos escogido, la línea temática que se ocupa del Proceso Constitucional y los Derechos fundamentales, delimitando nuestro trabajo de investigación al instituto de la tutela, y al análisis de algunos aspectos procesales, inmersos en importantes decisiones

⁸⁴ Tomamos como base este instituto, pues es uno de los más ricos y prolíficos en materia procesal constitucional y permite evidenciar el modelo mixto (difuso y concentrado) de control de constitucionalidad. Así como su reconfiguración procesal pretoriana en una doble vía, a través de Sentencias C- y T.

⁸⁵ A través de la creación de normas de carácter adscrito, que son las que produce el Alto Tribunal al realizar la interpretación o interpretaciones que pueden caberle al realizar el análisis de una disposición, tal como plantea la doctrina italiana, al ilustrar de manera interesante sobre la distinción entre disposición y norma.

jurisprudenciales de la Corte Constitucional Colombiana, relacionados, entre otros, con: la procedencia de la tutela contra providencias judiciales, la acumulación procesal de tal acción constitucional, la aparición de nuevos presupuestos de procedibilidad (derechos fundamentales innominados), las nulidades dentro del trámite constitucional, etc.

De allí que el presente trabajo no se limitará entonces a presentar las decisiones de la Corte Constitucional Colombiana, sino que intentará extraer y mostrar, a partir de esa evolución jurisprudencial, y de los debates que ha suscitado, algunas líneas doctrinales en cuanto la consolidación de unos principios y unas reglas jurisprudenciales que pueden servir a la construcción de una TPC.

En ese orden de ideas, no se trata pues de una investigación puramente descriptiva de una evolución jurisprudencial, ni de una propuesta dogmática separada de la praxis judicial, sino de un esfuerzo de reconstrucción crítica y racional, a partir de una práctica judicial real, de la estructuración de unos elementos centrales (presupuestos, reglas y principios) que podrían configurar una doctrina apropiada en materia procesal constitucional.

2. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

El instituto de la tutela, ha sido moldeado o reconfigurado en materia procesal por parte de la Corte constitucional. Esta labor ha sido posible en abstracto, en ejercicio del Control de Constitucionalidad sobre la normatividad que la ha reglamentado⁸⁶ y en concreto en virtud de la potestad conferida a esta de revisar los fallos de tutela que expiden los jueces en todo el territorio colombiano, en aras de unificar la jurisprudencia y asegurar la protección de los derechos fundamentales.

Estos nuevos presupuestos, principios y reglas en materia procesal constitucional, con relación al instituto de la tutela, son en nuestro ordenamiento jurídico una

⁸⁶ Decreto 2591 de 1991, Dto. 1382 de 2000

realidad gracias a la expedición por parte de la Corte Constitucional de las llamadas subreglas constitucionales, las cuales son consecuencia de la interpretación que esta hace al texto constitucional.

De allí que antes de avanzar en nuestro análisis, expliquemos de manera clara, en qué consisten:

3. NORMAS ADSCRITAS O SUBREGLAS CONSTITUCIONALES

3.1. NOMEN JURIS

Con relación a las subreglas constitucionales, es preciso decir que el *nomen juris* Norma adscrita o subregla se lo debemos a la H. Corte Constitucional⁸⁷ y a los teóricos jurídicos colombianos⁸⁸. Quienes extrapolaron del derecho germano la noción de normas adscritas desarrollada por Robert Alexy⁸⁹. Denominación jurídica de –Subreglas- que no ha estado exenta de críticas⁹⁰ y voces a favor⁹¹.

⁸⁷ Al respecto pueden verse las sentencias T-438/96, T-606/97, T-450/01, T-137/03).

⁸⁸ López Medina D. *El Derecho de los Jueces*. Legis. 2000 y López Medina y R. Gordillo. *Consideraciones sobre el Análisis Estático de Jurisprudencia*. Revista de Derecho Público No 15. Uniandes. Bogotá. 2002. Pag.9. Bernal Pulido C. *El Derecho de los Derechos*. Universidad Externado.2005. Botero Marino C. *La Acción de Tutela en el Ordenamiento Jurídico Colombiano*.

⁸⁹ Alexy Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1993. Las normas adscritas son aquellas elaboradas por la jurisdicción constitucional, asimiladas por Alexy, a la noción de normas de derecho fundamental. Utrera García, Juan Carlos, *Apuntes sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy, Derechos y Libertades*, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, año II, núm. 4, enero-junio de 1995, p. 358. También en el contexto constitucional la norma adscrita se le ha denominado “subnorma constitucional”, “norma subconstitucional” o “subregla jurisprudencial”.

⁹⁰ Algunos autores como Bernal estiman que la denominación de la norma adscrita como subregla no es apropiada porque puede dar la errada impresión de que este tipo de normas son reglas implícitas en otras reglas o una clase de normas de inferior jerarquía respecto de la fuente del derecho en la que se encuentra la disposición a la que se adscribe. Lo cual no es cierto porque al ser concreción de las disposiciones constitucionales o legales posee el carácter propiamente de regla o de principio, para resolver casos futuros.

⁹¹ Esta crítica ha sido desestimada por Uprimny, para quien dicho concepto es respetuoso del sistema de fuentes adoptado en Colombia y de la distinción entre los textos constitucionales en sí mismos y sus interpretaciones jurisprudenciales derivadas. Además sólo a partir de un exceso de racionalismo puede situarse al mismo nivel una regla construida jurisprudencialmente de la que, aunque respetable porque constituye precedente, el propio tribunal puede apartarse a partir de un proceso de argumentación. Idea que se planteó originalmente en Rodrigo Uprimny *et al. La igualdad en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional*. Manuscrito y se reiteró en la “Introducción metodológica” de Uprimny – Botero (2006: xviii-xix).

Aunque puede decirse que si existe consenso en cuanto al carácter vinculante de las mismas, la cual viene dada por su naturaleza y pedigree, conforme a lo expresado por la jurisprudencia⁹² y la doctrina más especializada⁹³.

Las normas adscritas se producen en un caso concreto ante vaguedades o inconsistencias en el lenguaje jurídico que surgen cuando la Constitución habla “con muchas voces”⁹⁴, y se tiene la imperiosa necesidad de establecer el significado normativo explícito de las normas constitucionales para determinar su contenido prescriptivo y resolver así la nueva situación que se somete al examen jurisdiccional.

En este orden de ideas, la situación sometida a un examen constitucional puede ser determinada, por medio de una norma adscrita, que resulta más específica que la norma constitucional directamente estatuida, tal como si fuera una norma propiamente originada por el constituyente o establecida a través del derecho legislado.

3.2. CARACTERÍSTICAS

Las características esenciales que distinguen a este tipo de normas son: (a) están vinculadas interpretativamente a una disposición iusfundamental o a la norma directamente estatuida que constituye su expresión deóntica, y (b) guardan una relación directa con el objeto del caso concreto explicitando un contenido normativo relevante para resolver el problema jurídico en debate.

La norma adscrita califica deónticamente un supuesto de hecho conformado por las características relevantes del nuevo caso. De otra parte, la validez de la norma

⁹² Ver Sentencias C-131/93, C-083/95, T-260/95, SU-047/99. Con relación a vía de hecho en la que se incurre por contradecir un precedente, SU-640/95.

⁹³ A la tesis que defiende el carácter obligatorio y vinculante de la jurisprudencia se le llama tesis optimista. Sobre los problemas teóricos y prácticos de esta tesis, y los aspectos en que se fundamenta. Bernal Pulido C. Op. Cit . Pag 204 y ss.

⁹⁴ José Juan Moreso se refiere así, respectivamente, a la vaguedad y a la inconsistencia del lenguaje normativo en *La indeterminación del derecho y la Interpretación de la Constitución*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1998.

que adscribe el intérprete dependerá enteramente de la fundamentación que se utilice para establecer una conexión rigurosa entre ésta y la norma positiva. De esta manera la argumentación va a justificar la adscripción. Por ello, la pretensión de corrección del derecho⁹⁵, en este contexto específico puede predicarse, si una norma adscrita sólo se considera válida, si su vinculación interpretativa se fundamenta correctamente en una disposición jurídica⁹⁶

3.3 ESTRUCTURA

La norma adscrita, que se determina para el caso concreto, va a operar como premisa mayor o *ratio decidendi*, en la estructura argumentativa que construye el operador judicial para resolver el caso. El principio justificativo de una sentencia a partir de su *ratio* se extrae para constituir una subregla que, como norma de derecho constitucional jurisprudencialmente derivada, sirva al juez de basamento normativo para resolver casos concretos que tengan hechos facticos sustancialmente análogos a los que la originan.

De conformidad con lo anterior, es necesario reiterar que para que una norma adscrita se constituya en proposición de derecho fundamental válida en un razonamiento judicial debe ser posible dar una argumentación iusfundamentalmente correcta; pues no puede perderse de vista el condicionante lógico respecto a la fundamentación de la adscripción entre la subregla y la norma de derecho positivo. De allí que las razones normativas *prima facie* que juegan a

⁹⁵ La pretensión de corrección del derecho consiste en que el enunciado jurídico normativo, en forma de sentencia judicial, debe ser racionalmente fundamentado en el contexto del ordenamiento jurídico vigente. En el discurso jurídico ninguna afirmación puede prescindir de la respectiva fundamentación y las razones que se aducen para tomar tal o cual decisión deben ser indicadas. Esta concepción implica una pretensión de justificabilidad. *Teoría de la argumentación jurídica*, Op. Cit

⁹⁶ Esta pretensión de corrección, se llama por parte de algunos autores como Bernal Pulido, *corrección interpretativa*, para quien el deber que tiene la Corte de fundamentar la validez de las normas adscritas se sustenta en: el deber general de motivación de las sentencias judiciales, la pretensión de corrección y la presunción de constitucionalidad de las leyes y la exigencia de sustentar la inconstitucionalidad de una ley en una argumentación correcta.

favor y en contra de la adscripción se ponderen para determinar la formulación de una subregla.

En este sentido, la nueva dinámica procesal constitucional va a propender y sustentar que las normas que hacen parte de un sistema jurídico no solo son las estipuladas explícitamente en la Constitución o en los decretos procesales que reglamentan tales institutos, sino también, las adscritas, que resultan de una ponderación de derechos fundamentales correctamente realizada por la Corte Constitucional, institución que ejerce el control constitucional en Colombia y que en ejercicio de tal labor ha reconfigurado dicha disciplina.

Lo anterior, puesto que independientemente que operen como regla o tenga estructura de principio (por lo que admitiría ponderación) – adquieren plena autonomía respecto a la disposición constitucional original y evidencian toda su fuerza normativa al ser aplicada por los jueces en un caso concreto a situaciones fácticas similares.

Sin embargo, con relación a estas norma adscritas, el interprete podrá apartarse en un caso determinado (*distinguish*) o cambiar del todo (*overruling*) un precedente jurisprudencial sentado, con el fin de precisar, corregir o establecer uno nuevo, ya que si bien es cierto que la Corte Constitucional debe ser consistente con sus fallos anteriores, en circunstancias especiales se puede apartar de los mismos, quedando obligada a una carga argumentativa que explique las razones de su decisión.

De esta manera en sentido objetivo, puede decirse que las subreglas como normas integrantes de un sistema jurídico, estarían en paralelo de bloques por debajo en la pirámide normativa respecto de las disposiciones constitucionales; y en sentido subjetivo, como regla para la solución de un caso concreto, puesto que al ser la única norma que regula el caso operará en sentido pleno, igual apoyándose en la reiteración mediante la coherencia y corrección que el propio tribunal, o en algunos casos concretos el intérprete, le otorga a sus sentencias con el fin de constituir sólidos precedentes.

En este orden de ideas, no sobra indicar en lo concerniente a esta investigación, la importancia de la jurisprudencia a la hora de comprender como surgen las reglas que regulan la acción de tutela. En efecto, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, como intérprete autorizado de la Constitución y de los decretos que reglamentan la misma, constituye una fuente de derecho que debe ser cuidadosamente atendida a la hora de definir el derecho procesal constitucional. Puesto que así como la jurisprudencia de casación resulta fundamental a la hora de comprender las reglas que regulan la procedencia de este recurso extraordinario, la jurisprudencia de la Corte Constitucional (autos y sentencias T y C) completa y dinamiza el sistema de derecho procesal constitucional que reglamenta la acción de tutela.

4. LA ACCION DE TUTELA Y EL DEBIDO PROCESO

El artículo 86 de la Constitución Política señala que la acción de tutela es un mecanismo concebido para la protección inmediata y efectiva de los derechos fundamentales, *“cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”*. Este instrumento ha dotado a los ciudadanos de facultades para reclamar como vinculantes ante los jueces sus derechos fundamentales. Así, *“los derechos fundamentales se asumen como facultades inviolables en tanto manifestaciones de la dignidad humana que vinculan a los poderes públicos e incluso, en algunos casos, a los particulares y que son susceptibles de judicializarse en aras de su reconocimiento efectivo gracias a un procedimiento preferente y sumario”*⁹⁷

Uno de los derechos que son susceptibles a ser protegidos por vía de tutela es el debido proceso. Para tal efecto, la Corte Constitucional ha indicado que el debido proceso son *“una serie de garantías con las cuales se busca sujetar a reglas*

⁹⁷ Ver C-590/05

*mínimas sustantivas y procedimentales, el desarrollo de las actuaciones adelantadas por las autoridades en el ámbito judicial o administrativo, con el fin de proteger los derechos e intereses de las personas vinculadas”.*⁹⁸ Siendo esto así, las garantías que están involucradas en el concepto de debido proceso pueden ser protegidas por medio de la tutela.

Las subreglas procesales creadas por la Corte Constitucional, a través de Sentencias de Constitucionalidad y de Tutela, que vamos a analizar en primer lugar, son las que corresponden a lo que inicialmente se conoció como vías de hecho; uso conceptual que fue reemplazado por el de causales o requisitos de procedibilidad de tutela contra providencias judiciales

5. TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES

La tutela contra providencias judiciales, se articula como punto medular dentro del proceso constitucional de amparo. Su desarrollo ha sido lento y nada pacífico, de allí que tal asunto de capital importancia, haya sido limitado a unas hipótesis descritas en la jurisprudencia constitucional en virtud de que: (a) las providencias judiciales son el medio ordinario de reconocimiento de los derechos fundamentales, que son proferidas por funcionarios capacitados y habilitados por la constitución y la ley, (b) se debe respetar el principio de seguridad jurídica y (c) en un régimen democrático la autonomía e independencia deben caracterizar a la jurisdicción. De allí que sea precisamente por tales razones que se hayan tejido una serie de críticas sobre la procedencia de la tutela contra sentencias.

5. 1 CRÍTICAS A LA PROCEDENCIA DE LA TUTELA CONTRA SENTENCIAS

En lo que concierne a las críticas que hacen los tribunales de cierre en las diferentes jurisdicciones, de las altas cortes con relación a la procedencia de la tutela contra providencias. Tenemos que para la Sala Laboral de la Corte Suprema

⁹⁸ Sentencia T-416/98

de Justicia, la tutela contra sentencias no procede en ningún caso, pues considera que tal posibilidad fue declarada contraria al ordenamiento jurídico, con efectos de cosa juzgada constitucional en la sentencia C-543 de 1992 de la Corte Constitucional. Al respecto ha sostenido dicha sala, que *“ninguna autoridad está facultada legal ni constitucionalmente para alterar el carácter inmutable de las sentencias de constitucionalidad de la Corte Constitucional, y por tanto no puede reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable”*⁹⁹

Por su parte la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en algunas de sus decisiones más recientes ha sostenido que si bien la tutela puede proceder contra sentencias, no procede contra pronunciamientos de casación. Argumentando que la Corte Suprema de Justicia es el máximo órgano de la jurisdicción ordinaria y que funcionalmente, no existe un grado superior de conocimiento de sus decisiones ni dentro ni fuera de la corporación, salvo que se trate del recurso de revisión en los términos legales. Considera en consecuencia, que sus pronunciamientos son intangibles y definitivos, y que hacen tránsito a cosa juzgada.

Pese a las grandes reticencias por parte de los altos tribunales con relación a la tutela contra sentencias judiciales de cierre, la Corte Constitucional ha decantado las hipótesis de procedibilidad contra providencias, creando unas **subreglas** procesales expuestas en el marco de la Sentencia C-590 de 2005, las cuales ha dividido en: (i) requisitos genéricos que habilitan la interposición y estudio de fondo de la tutela y (ii) otros específicos que permiten verificar si procede o no el amparo constitucional¹⁰⁰.

⁹⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia de 16 de junio de 1999, Rad. 3927. Ver también de la misma Sala de Casación, Sentencia de 3 de abril de 2000, Rad. 10797; Sentencia de 19 de marzo de 2002, Rad. 13396; Sentencia de 20 de agosto de 2004, Rad. 13034, Acción de Tutela N° 2192/2004.

¹⁰⁰ Entre otras puede consultar la sentencia T-774/04 *“(…) la Sala considera pertinente señalar que el concepto de vía de hecho, en el cual se funda la presente acción de tutela, ha evolucionado en la jurisprudencia constitucional. La Corte ha decantado los conceptos de capricho y arbitrariedad judicial, en los que originalmente se fundaba la noción de vía de hecho. Actualmente no ‘(…) sólo se trata de los casos en que el juez impone, de manera grosera y burda su voluntad sobre el*

5.2 SUBREGLAS FORMALES DE PROCEDIBILIDAD

Para que la tutela, que ataca fallos judiciales, sea admitida a su estudio de fondo, debe reunir los siguientes requisitos propuestos por la jurisprudencia:

- i. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional¹⁰¹.
- ii. Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable.¹⁰²
- iii. Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración¹⁰³.
- iv. Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora¹⁰⁴.
- v. Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible¹⁰⁵.
- vi. Que no se trate de sentencias de tutela.^{106''107}

ordenamiento, sino que incluye aquellos casos en los que se aparta de los precedentes sin argumentar debidamente (capricho) y cuando su discrecionalidad interpretativa se desborda en perjuicio de los derechos fundamentales de los asociados (arbitrariedad).

¹⁰¹ Ver sentencias T-173 de 1993 y C-590 de 2005.

¹⁰² Sentencia T-504/00. Sobre el agotamiento de recursos o principio de residualidad y su relación con el principio de subsidiariedad cuando se ejerce la acción de tutela para controvertir un fallo judicial, ver sentencia T-1049 de 2008.

¹⁰³ Ver entre otras la reciente Sentencia T-315/05.

¹⁰⁴ Sentencias T-008/98 y SU-159/2000

¹⁰⁵ Sentencia T-658-98.

¹⁰⁶ Sentencias T-088-99 y SU-1219-01

¹⁰⁷ Esta regla se desprende de la función unificadora de la Corte Constitucional, ejercida a través de sus Salas de Selección. Así, debe entenderse que si un proceso no fue seleccionado por la Corte

5.3. SUBREGLAS ESPECÍFICAS O MATERIALES

Adicionalmente a los requisitos generales, es menester acreditar la presencia de alguna de las causales específicas de procedibilidad. A este respecto, la jurisprudencia ha señalado que es indispensable que se pruebe la presencia de por lo menos una de las causales para que se configure la vulneración. Así pues, a diferencia de los requisitos generales, es suficiente la presencia de una de las hipótesis planteadas para poder afirmar que la providencia vulnera los derechos del accionante. Estas hipótesis son las siguientes:

- i. *Defecto orgánico*, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello.
- ii. *Defecto procedimental*¹⁰⁸ absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.
- iii. *Defecto fáctico*¹⁰⁹, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.
- iv. *Defecto material o sustantivo*, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales¹¹⁰ o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.
- v. *Error inducido*¹¹¹, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.

para su revisión, se encuentra acorde con los derechos fundamentales. T-590/05, en el mismo sentido se pueden consultar entre otras sentencias T-907/06, T-909/06, T-937/06, T-955/06, T-231/07, T-446/07.

¹⁰⁸ Al respecto, ver sentencias T-008 de 1998, SU-159 de 2002, T-196 de 2006, T-996 de 2003, T-937 de 2001.

¹⁰⁹ En razón a la independencia judicial, el campo de intervención del juez de tutela por defecto fáctico es supremamente restringido

¹¹⁰ Sentencia T-522/01 y Fallos T-008 de 1998 y T-079 de 1993.

¹¹¹ También conocido como vía de hecho por consecuencia, hace referencia al evento en el cual, a pesar de una actuación razonable y ajustada a derecho por parte del funcionario judicial, se produce

g. *Decisión sin motivación*¹¹², que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.

h. *Desconocimiento* del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado¹¹³.

i. *Violación directa de la Constitución.*¹¹⁴

La Sala ha reiterado que la acción de tutela es procedente contra providencias judiciales, pero sólo cuando se cumplen todos los requisitos generales que ha señalado la jurisprudencia, y sólo puede concederse cuando se cumple a cabalidad con al menos una de las hipótesis de procedibilidad específicas.

En relación con las causales genéricas de procedencia, la Corte Constitucional ha manifestado que no existe un límite indivisible entre estas, pues resulta evidente que la aplicación de una norma inconstitucional o el desconocimiento del precedente constitucional pueden derivar en un irrespeto por los procedimientos legales; o, que la falta de apreciación de una prueba puede producir una

una decisión violatoria de derechos fundamentales, bien sea porque el funcionario es víctima de engaño, por fallas estructurales de la Administración de Justicia o por ausencia de colaboración entre los órganos del poder público. Ver, principalmente, sentencias SU-014 de 2001, T-1180 de 2001 y SU-846 de 2000.

¹¹² En tanto la motivación es un deber de los funcionarios judiciales, así como su fuente de legitimidad en un ordenamiento democrático. Ver T-114 de 2002.

¹¹³ Ver sentencias SU-640 de 1998 y SU-168 de 1999. Cfr. Sentencias T-462/03; SU-1184/01; T-1625/00 y T-1031/01

¹¹⁴ Cuando el juez da un alcance a una disposición normativa abiertamente contrario a la constitución, sentencias SU-1184 de 2001, T-1625 de 2000 y T-1031 de 2001, o cuando no se aplica la excepción de inconstitucionalidad, a pesar de ser evidente y haber sido solicitada por alguna de las partes en el proceso. Ver, sentencia T-522 de 2001. C-590/05

aplicación indebida o la falta de aplicación de disposiciones normativas relevantes para la solución de un caso específico¹¹⁵

No sobra señalar que el criterio sostenido en la *ratio decidendi* de la sentencia C-543 de 1992 se mantiene incólume: la preservación de la supremacía de los derechos fundamentales a través de un entendimiento sustancial (es decir, respetuoso de los derechos fundamentales) de los principios de seguridad jurídica e independencia judicial¹¹⁶

De acuerdo con las consideraciones precedentes, para determinar la procedencia de la acción de tutela en contra de una sentencia judicial, es preciso que concurren tres situaciones: (i) el cumplimiento de los requisitos formales de procedibilidad, (ii) la existencia de alguna o algunas de las causales genéricas establecidas por la Corporación para hacer procedente el amparo material y, (iii) el requisito *sine que non*, consistente en la necesidad de intervención del juez de tutela, para evitar la consumación de un perjuicio *iusfundamental*¹¹⁷.

6. SUBREGLAS PROPUESTAS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL PARA LA PROCEDENCIA DE LA TUTELA POR AMENAZA DE VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La acción de tutela se encuentra consagrada en el artículo 86 de la Carta. Establece la citada norma que la tutela procede para la defensa de los derechos fundamentales siempre que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de una autoridad pública. En el mismo sentido el artículo 5 del Decreto 2591 de 1991 señala:

¹¹⁵ Ver Sentencia T-701 de 2004.

¹¹⁶ Es decir, que las sentencias judiciales deben tener un mínimo de justicia material, representado en el respeto por los derechos fundamentales.

¹¹⁷ Sentencia C-590 de 2005 y T-701 de 2004

“Artículo 5o. PROCEDENCIA DE LA ACCION DE TUTELA: La acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de los derechos de que trata el artículo 2o. de esta ley. También procede contra acciones u omisiones de particulares, de conformidad con lo establecido en el Capítulo III de este Decreto. La procedencia de la tutela en ningún caso está sujeta a que la acción de la autoridad o del particular se haya manifestado en un acto jurídico escrito.”

En virtud de lo dispuesto en las normas citadas resulta claro que la procedencia de la acción no se limita a aquellos casos en los cuales la lesión del derecho se produzca por una acción. Por el contrario, el Constituyente la extendió a amenazas o vulneraciones causadas por la inacción del Estado o de particulares, es decir, por el incumplimiento de sus deberes constitucionales y legales. Y ello, no sólo por que las omisiones son, en muchos casos la fuente de la violación, sino porque algunos de los derechos fundamentales, como el derecho de petición, son usualmente vulnerados por una omisión administrativa.

En este sentido, el artículo 86 señala que la protección que dispensen los jueces competentes para dar trámite a la acción de tutela *"consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo"*. Si la causa de la lesión es una actuación positiva la orden debe consistir en una abstención, pero si la misma proviene de una omisión, el derecho sólo se protege si el juez le ordena a la autoridad que cumpla sus deberes, es decir, que actúe.

De otra parte, la Constitución señala expresamente que la acción de tutela no sólo procede en los casos en los que el derecho fundamental se ve efectiva y actualmente vulnerado, sino también en aquellas situaciones que configuren una amenaza. Se presentan a continuación las situaciones que pueden dar lugar a una amenaza y la definición de ésta que hace procedente la acción de tutela. En los casos en los que el accionante alega la existencia de una amenaza de sus derechos fundamentales, la Corte Constitucional ha precisado a través de una

subregla que el juez debe asegurarse de que se cumplan los siguientes requisitos:¹¹⁸

- i. La situación de amenaza debe afectar potencialmente los derechos fundamentales
- ii. La amenaza debe ser cierta y no eventual
- iii. Debe ser actual o inminente y próxima

Estos requisitos, deben ser valorados en cada caso por el juez, para determinar si la tutela es procedente para evitar una vulneración de los derechos fundamentales del accionante.

Cabe destacar también que a través de otra subregla la Corte Constitucional, establece que la amenaza de los derechos fundamentales puede presentarse en cualquiera de los siguientes eventos:¹¹⁹

- i. Puede estar referida a la comprobada decisión de un sujeto capaz de ejecutar actos que configuren la violación del derecho.
- ii. Puede estar representada en la tentativa de un sujeto, con repercusión directa sobre el derecho de que se trata
- iii. Puede estar constituida por actos no deliberados pero que, atendiendo a sus características, llevan al juez de tutela al convencimiento de que si él no actúa mediante una orden, impidiendo que tal comportamiento continúe, se producirá la violación del derecho
- iv. Pueden corresponder a una omisión de la autoridad cuya prolongación en el tiempo permite que aparezca o se acreciente un riesgo iusfundamental.
- v. Puede configurarse por la existencia de una norma -autorización o mandato- contraria a la preceptiva constitucional, cuya aplicación efectiva en el caso concreto sería en sí misma un ataque o un desconocimiento de los derechos fundamentales.

¹¹⁸ Corte Constitucional, Sentencias T-349/93; T-1619/00; T-1206/01.

¹¹⁹ Corte Constitucional, Sentencias T-349/93; T-1619/00; T-1206/01

7. SUBREGLAS ANTE UN CONFLICTO DE COMPETENCIA EN TUTELA

Con relación a esta temática, en Auto¹²⁰ la Corte Constitucional, en relación con el tema de los conflictos de competencia que se suscitan entre los jueces de tutela ha fijado dos subreglas fundamentales que no presentan mayores dificultades para su comprensión:

- i. Los conflictos de competencia surgidos en el trámite de las acciones de tutela deben ser resueltos por el superior jerárquico común a las autoridades judiciales involucradas y,
- ii. Sólo deben llegar a la Corte Constitucional aquellos conflictos de competencia que no pueden resolverse dentro de las respectivas estructuras jurisdiccionales de origen, por no existir superior jerárquico común.

De esta manera la Corte Constitucional colombiana ha reducido a un ámbito meramente residual su competencia para dirimir los conflictos de competencia.

No obstante, a partir del Auto 159A de 2003¹²¹ la Corte Constitucional a pesar de la existencia de superior común a las autoridades judiciales en colisión, ha optado por dirimir directamente dichas controversias¹²² con el fin de dar aplicación a los principios fundamentales de garantía efectiva de los derechos fundamentales (Art. 2º Superior) y de primacía de los derechos inalienables de las personas (Art. 5º *ídem*), proteger materialmente el derecho constitucional al acceso a la administración de justicia (Art. 229 *ídem*), así como observar los principios de informalidad, sumariedad y celeridad que deben informar el trámite de la acción de tutela (Art. 86 *ídem* y artículo 3º del Decreto 2591 de 1991).

¹²⁰ Auto 177 de 2004. M.P. Jaime Córdoba Triviño

¹²¹ M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

¹²² En el mismo sentido, pueden estudiarse los Autos 123 M.P. Clara Inés Vargas Hernández, 142 M.P. Alvaro Tafur Galvis, 155 M.P. Alvaro Tafur Galvis, 159A M.P. Eduardo Montealegre Lynett, 160A M.P. Clara Inés Vargas Hernández, 169A M.P. Alfredo Beltrán Sierra, 170 M.P. Eduardo Montealegre Lynett, 195 M.P. Clara Inés Vargas Hernández, 202 M.P. Alfredo Beltrán Sierra, 216 M.P. Alfredo Beltrán Sierra, 223 de 2003 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

8. SUBREGLAS QUE ESTABLECEN LA PROCEDENCIA DE LA ACUMULACION DE PROCESOS CONSTITUCIONALES (TUTELA) PARA SER FALLADOS CONJUNTAMENTE

En la sentencia T- 025 de 2004, la Corte Constitucional va más allá de lo que hasta esa fecha había dicho en materia de derecho procesal constitucional, amparada en el principio de autonomía procesal del cual gozan los Tribunales Constitucionales y en ejercicio de esa libertad para configurarlo establece una nueva modalidad de acumulación de procesos de tutela, la cual es de carácter *sui generis* por las siguientes razones:

- i. Los procesos de tutela provenían de distintas regiones del país
- ii. En ellos estuvieron comprendidos mas de mil desplazados
- iii. Llegaron a sede de revisión con sentencias disimiles unos a favor y otros en contra de los tutelantes.

En este sentido se plantea su carácter *sui generis*, en la medida que tal concepción desconoce los presupuestos procesales tradicionales que para la acumulación de procesos, trae la normatividad referente, que es la procesal civil¹²³. Uno de ellos de carácter relevante plantea que su procedencia solo es posible si tales acciones van dirigidas contra el mismo demandado (accionado), situación que con relación a muchas de estas tutelas no se predica¹²⁴. Por el contrario el criterio que se impone para la procedencia de tal instituto, es el de la acumulación de procesos por unidad de materia¹²⁵

¹²³ Art. 157 C.P.C

¹²⁴ Los demandantes interpusieron de manera diversa acciones de tutela contra la Red de Solidaridad Social, el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, los Ministerios de Salud y del Trabajo y Seguridad Social (hoy Ministerio de Protección Social), el Ministerio de Agricultura, el Ministerio de Educación, el Inurbe, el Incora, el SENA, así como contra varias administraciones municipales y departamentales, por considerar que dichas autoridades no estaban cumpliendo con su misión de protección a la población desplazada y por la falta de respuesta efectiva a sus solicitudes en materia de vivienda y acceso a proyectos productivos, atención de salud, educación y ayuda humanitaria.

¹²⁵ Al respecto también puede verse, Corte Constitucional, Auto de 7 de Junio de 2001, y Auto de 7 de Septiembre de 2005.

Por otro lado, al acumularlos la Corte Constitucional decreto una serie de pruebas que uso para todos, con lo que se modificó las reglas que rigen en Colombia el derecho procesal y probatorio, respecto de la práctica, contradicción y apreciación de estas y empiezo a consolidarse con dicho pronunciamiento el principio de especificidad, informalidad y unidad en material procesal constitucional; en aras de salvaguardar los derechos fundamentales consagrados en la carta.

Además dictó una sentencia donde profundiza la figura del estado de cosas inconstitucional (aplicada anteriormente en el tema de POS y cárceles) al imponerle deberes a varias entidades del Estado y autoconferirse la función de controlar que las mismas cumplan con los deberes que la sentencia les imponen.

También con la expedición de la misma se rompe el esquema tradicional de las tutelas, ya que la parte resolutive deja de tener efectos inter partes. Al establecer que cualquier otro desplazado tendrá derecho a lo ordenado por la corte, aun cuando no figure en el listado de demandantes. En este evento, el estado de cosas inconstitucional va a tener efectos erga omnes y por primera vez estaremos frente a una tutela por violación abstracta de un derecho fundamental, con lo que se variarían los presupuestos originarios de esta acción.

9. SUBREGLAS QUE ESTABLECEN COMPETENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL PARA HACER CUMPLIR SUS FALLOS

En auto 96B del 17 de mayo de 2005, la Corte Constitucional establece que de conformidad con lo prescrito en los artículos 37 y 52 del Decreto 2591 de 1991, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que la competencia para hacer cumplir los fallos de tutela, incluso tratándose de sentencias de segunda instancia o de aquellas proferidas por la Corte Constitucional en sede de revisión, radica, *prima facie*, en cabeza de los jueces de primera instancia.

No obstante lo anterior, la jurisprudencia ha aclarado que el hecho de haberse radicado en cabeza del juez de primera instancia la competencia para velar por el cumplimiento del fallo y tramitar el desacato, esto no quiere decir que la Corte Constitucional no sea competente en algunos casos para hacer cumplir directamente sus órdenes cuando las mismas no han sido acatadas. Es decir que en ciertas circunstancias especiales, la Corte conserva la competencia preferente, de forma tal que se encuentra habilitada para intervenir en el cumplimiento de sus propias decisiones, “ora porque el juez a quien le compete pronunciarse sobre el cumplimiento de la sentencia dictada por ella no adopta las medidas conducentes al mismo, ya porque el juez de primera instancia ha ejercido su competencia y la desobediencia persiste”¹²⁶

Además de lo anterior, este Tribunal en el Auto 010 de 2004¹²⁷ señaló a través de unas *subreglas*, que la Corte está en capacidad de ejercer la competencia para hacer cumplir sus sentencias cuando se cumplan las siguientes condiciones:

- i. *Que se trate del incumplimiento de una sentencia emitida por la Corte Constitucional en virtud de la cual conceda el amparo solicitado - en teoría puede ser una confirmación -,*
- ii. *Que resulte imperioso salvaguardar la supremacía e integridad del ordenamiento constitucional y*
- iii. *Que la intervención de la Corte sea indispensable para la protección efectiva de los derechos fundamentales vulnerados o amenazados*¹²⁸

En ejercicio de esa competencia, la Corte es autónoma, tanto para determinar la oportunidad en la cual interviene, es decir, si lo hace antes o después del juez de primera instancia, como para definir que tipo de medidas son las adecuadas al propósito de dar cumplimiento al fallo. Ello, “porque de

¹²⁶ Auto del 6 de agosto de 2003, Sala Primera de Revisión.

¹²⁷ Este auto fue proferido con ocasión de la solicitud de cumplimiento de la sentencia SU-1185 de 2001.

¹²⁸ Corte Constitucional. Auto del 6 de agosto de 2003

constatarse el desacato la consecuencia sería la sanción del sujeto desobediente más no necesariamente la protección efectiva de los derechos fundamentales vulnerados o amenazados

En el mismo sentido, en auto A-184 de 2005, del 7 de septiembre 2005, la Corte Constitucional señaló que de conformidad con lo preceptuado en el artículo 241 de la Constitución Política y en los artículos 31 a 34 del Decreto 2591 de 1.991, la competencia asignada a ella en relación con las acciones de tutela radica en revisar eventualmente los fallos que en esta materia hayan sido proferidos por los jueces de la República , teniendo una competencia excepcional para verificar el cumplimiento de sus providencias, por ejemplo, cuando el juez a quien le compete pronunciarse sobre el cumplimiento de la sentencia dictada por ella no adopta las medidas conducentes al mismo, o cuando el juez de primera instancia ha ejercido su competencia y la desobediencia persiste, o incluso en aquellos casos en los que una Alta Corporación judicial se abstiene de dar cumplimiento a una orden de la Corte Constitucional.

10. SUBREGLAS QUE ESTABLECEN LA NULIDAD EN EL PROCESO CONSTITUCIONAL (TUTELA)

En varias oportunidades¹²⁹, la Corte Constitucional ha señalado que por razones de seguridad jurídica y de necesidad de certeza del derecho, la nulidad de una sentencia únicamente puede ser declarada frente a una grave afectación al debido proceso.

Se debe tratar de situaciones jurídicas de carácter excepcional, que tan sólo pueden provocar la nulidad del proceso cuando los fundamentos expuestos por quien la alega, muestran de manera clara y sin lugar a duda, que las reglas

¹²⁹ En el mismo sentido pueden consultarse, Auto 033 de 1995 MP. José Gregorio Hernández Galindo, Auto 035 de 1997 MP. Carlos Gaviria Díaz, Auto 022 de 1998 MP. Alejandro Martínez Caballero, Auto 173 de 2000 MP. Alfredo Beltrán Sierra

procesales aplicables a los procesos constitucionales, previstas en los decretos 2067 y 2591 de 1991, han sido transgredidas con notoria y flagrante vulneración del debido proceso. Tal infracción debe ser de importancia en la decisión adoptada, es decir, debe tener unas repercusiones sustanciales, para que la petición de nulidad pueda prosperar¹³⁰.

En relación con los presupuestos para la procedencia de la nulidad de sus sentencias, la Corte¹³¹ ha sentado las siguientes sub-reglas:

1. En relación con la oportunidad para interponer la solicitud de nulidad, se debe precisar:
 - i. Si el vicio se origina por situaciones anteriores al fallo, la nulidad sólo podrá ser alegada antes de proferir el fallo, de lo contrario se pierde toda legitimidad para invocarla.
 - ii. Si la vulneración al debido proceso se deriva de la propia sentencia o de su ejecutoria, entonces el vicio deberá ser alegado dentro de los 3 días siguientes a la notificación del fallo.

Por ello, vencido en silencio el término de ejecutoria cualquier eventual nulidad queda automáticamente saneada, no sólo por la carencia de legitimidad para pedirla, sino atendiendo al principio de seguridad jurídica y de la necesidad de certeza en el derecho, lo que hace imponer un término de caducidad para la presentación de la solicitud, ya que ésta resulta excepcional en las sentencias de tutela.

2. Quien invoca la nulidad está en la obligación de ofrecer parámetros de análisis ante la Corte y deberá demostrar mediante una carga argumentativa seria y coherente el desconocimiento del debido proceso, sin que sea suficiente razón alegar las diferentes interpretaciones que las Salas de Revisión den a los casos particulares.

¹³⁰ En este sentido, Auto de 5 de septiembre de 2001.M.P.Clar Inés Vargas Hernández.

¹³¹ Autos 012 de 1996, 050 de 2000, entre otros.

3. Los criterios de forma, tanto de redacción como de argumentación que utilice una Sala de Revisión, no configuran violación al debido proceso¹³².
4. Frente a la valoración de pruebas, la competencia de la Sala Plena de la Corte es restringida ante la solicitud de nulidad de una sentencia. Lo anterior se explica porque ésta no es una instancia para reabrir debates concluidos ni servir como recurso contra la sentencia revisión en sede de tutela.
5. La nulidad solamente opera cuando surgen irregularidades que afectan el debido proceso. Esa afectación debe ser significativa, es decir, que influya directamente y de forma sustancial sobre la decisión o en sus efectos¹³³.

Siguiendo la jurisprudencia constitucional, esta gravedad extrema se presenta, por ejemplo, en los siguientes casos:

- i. Cuando una Sala de Revisión cambia la jurisprudencia de la Corte. El artículo 34 del decreto 2591 de 1991 establece que todo cambio de jurisprudencia debe ser decidido por la Sala Plena; en consecuencia, si una de las salas de revisión se apropia de esa función, se extralimita en el ejercicio de sus competencias con grave violación al debido proceso¹³⁴. Sin embargo, no toda discrepancia implica cambio de jurisprudencia, puesto que ella debe guardar relación directa con la razón de la decisión en la sentencia de la cual se predica la modificación¹³⁵.
- ii. Cuando una decisión de la Corte es aprobada por una mayoría no calificada según los criterios que exige la ley¹³⁶.

¹³² Así lo dijo la Corte en Auto 003A de 2000 cuando señala que el estilo de las sentencias en cuanto puedan ser más o menos extensas en el desarrollo de la argumentación no incide en nada para una presunta nulidad. Además, en la tutela, la confrontación es entre hechos y la viabilidad de la prosperidad de la acción y nunca respecto al formalismo de la solicitud como si se tratara de una demanda de carácter civil

¹³³ Al respecto, consultar Autos 105 A de 2000 y 031 A de 2002.

¹³⁴ Autos 052 de 1997, 003A y 082 de 2000.

¹³⁵ Auto 053 de 2001.

¹³⁶ Auto 062 de 2000

- iii. Cuando existe incongruencia entre la parte motiva de una sentencia y la parte resolutive de ésta, lo que la hace sin sentido o ininteligible; igualmente, en aquellos eventos donde la sentencia se contradice abiertamente, o cuando la decisión carece por completo de fundamentación.
- iv. Cuando la parte resolutive de una sentencia de tutela da órdenes a particulares que no fueron vinculados o informados del proceso¹³⁷.
- v. Cuando la sentencia proferida por una Sala de Revisión desconoce la cosa juzgada constitucional, pues ello significa la extralimitación en el ejercicio de sus atribuciones¹³⁸.

En síntesis, únicamente si quien alega la nulidad demuestra que reúne los requisitos señalados para su procedencia, y si los argumentos planteados por el solicitante se enmarcan dentro de las hipótesis contempladas, la petición está llamada a prosperar¹³⁹. De lo contrario, su carácter excepcional y restrictivo obliga a denegarla¹⁴⁰.

La Corte Constitucional limita su estudio a los planteamientos formulados por el accionante que tengan relación directa con la vulneración al debido proceso, pues, como ha sido explicado, ésta no es una nueva etapa o instancia judicial para reabrir una discusión ya concluida. Para el efecto, la Corte ha tenido presente que quien alega la nulidad no puede simplemente exponer sus desacuerdos frente a la sentencia, sino que está en la obligación de presentar una carga argumentativa lo suficientemente clara y sólida para demostrar la procedencia de su solicitud.

¹³⁷ Auto 022 de 1999

¹³⁸ Auto 082 de 2000.

¹³⁹ Auto 008 de 1993, en donde se declaró la nulidad de la Sentencia T-120/93, porque efectivamente la Sala Séptima de Revisión de tutelas, contrarió la jurisprudencia de la Corte, en sentencia C-592 de 1992.

¹⁴⁰ En este sentido se puede consultar Auto de 15 de octubre de 2002. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

11. SUBREGLAS QUE ESTABLECEN ACLARACIÓN DE LAS SENTENCIAS PROFERIDAS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL

En varias oportunidades¹⁴¹, la Corte Constitucional ha sostenido que una solicitud encaminada exclusivamente a precisar el contenido de una decisión judicial, es innecesaria cuando el contenido de dicha decisión es claro, o corre el riesgo de modificar sus alcances, alterar su contenido, reducir su espectro de acción o modificar las condiciones en que se concedió el amparo de tutela. En criterio de la Corte, dado que admitir lo contrario implicaría la producción de una nueva providencia judicial y la consecuente afectación de los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica, en atención a la jurisprudencia constitucional, por regla general, la solicitud de aclaración de sentencias de la Corte Constitucional es improcedente.

En efecto, en el Auto 165 de 2007¹⁴², esta Corporación reiteró:

“La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado que, como regla general, no procede la aclaración de sentencias de control de constitucionalidad ni de revisión de tutela. Lo anterior, por cuanto admitir dicha posibilidad atentaría contra el principio de respeto por la cosa juzgada constitucional, e igualmente excedería el ámbito de competencias asignadas a la Corporación por el artículo 241 de la Constitución Política.

(...)

Este criterio ha sido reiterado en autos adoptados tanto en Sala Plena de la Corte como en distintas Salas de Revisión, (A- 031A de 2002, 013 de 2004, 204 de 2006, 285 de 2006, entre otros), donde se señaló que la Corte Constitucional carece de competencia para proferir, en principio, nuevas decisiones sobre asuntos ya fallados, para adicionar

¹⁴¹Autos A-162 de 2008, A-165 de 2007, A-100 de 2007, A-018 de 2004, A-058 de 2002

¹⁴² M.P. Humberto Sierra Porto

las sentencias ya dictadas o aclarar sus fallos, los cuales son de obligatorio cumplimiento.”

No obstante, cabe precisar que la jurisprudencia constitucional ha aceptado que en cumplimiento de lo indicado en el artículo 309 del Código de Procedimiento Civil, de manera excepcional, procederá la aclaración de una sentencia en los términos señalados en dicha norma¹⁴³:

*“La sentencia no es revocable ni reformable por el juez que la pronunció. Con todo, **dentro del término de la ejecutoria, de oficio o a solicitud de parte, podrán aclararse en auto complementario los conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda, siempre que estén contenidas en la parte resolutive de la sentencia o que influyan en ella.***

La aclaración de auto procederá de oficio dentro del término de su ejecutoria, o a petición de parte presentada dentro del mismo término.

El auto que resuelva sobre la aclaración no tiene recursos.”

Sobre la procedencia excepcional de la aclaración de una sentencia proferida por la Corte Constitucional, en el Auto 04 de 2000¹⁴⁴, esta Corporación estimó:

“Uno de los principios fundamentales del Derecho Procesal, es el del agotamiento de la competencia funcional del juzgador una vez dictada por este la sentencia con la cual culmina su actividad jurisdiccional, razón esta por la cual, dicha sentencia, como regla general, no es revocable ni reformable por el juez que la pronunció. Sin embargo, el artículo 309 del Código de Procedimiento Civil autoriza la aclaración de las sentencias, de oficio a solicitud de parte, respecto de "los conceptos

¹⁴³ Autos A- 001 de 2005, A-147 de 2004, A-050 de 2004, y A- 075A de 1999.

¹⁴⁴ M.P. Alfredo Beltrán Sierra

o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda, siempre que estén contenidas en la parte resolutive de la sentencia o que influyan en ella".

Conforme a este principio, se aclara lo que ofrece duda, lo que es ambiguo, lo que es susceptible de ocasionar perplejidad en su intelección y, solamente respecto de la parte resolutive de los fallos o cuando lo expuesto en la parte motiva influye en aquella. Es decir, mientras esa hipótesis no se encuentre establecida a plenitud, se mantiene incólume la prohibición al juzgador de pronunciarse de nuevo sobre la sentencia ya proferida, pues, se repite, ella es intangible para el juez que la hubiere dictado, a quien le está vedado revocarla o reformarla, aún a pretexto de aclararla."

De conformidad con lo expresado anteriormente, resulta claro que de manera excepcional, la aclaración de lo resuelto en una sentencia proferida por la Corte Constitucional, es procedente si:

- i. La solicitud de aclaración de la sentencia es presentada dentro del término de su ejecutoria por una parte con interés en la decisión.
- ii. Tiene fundamento en frases o conceptos que sugieren duda, son ambiguos o confusos para su interpretación.
- iii. Tales frases o conceptos deben estar contenidos en la parte resolutive de la sentencia o influyan en ella.

12. SUBREGLAS QUE CREAN NUEVOS DERECHOS FUNDAMENTALES SOBRE LOS CUALES PROCEDE LA PROTECCION CONSTITUCIONAL

En lo que se refiere a los derechos fundamentales innominados, la Corte Constitucional ha establecido, a través de una pluralidad de subreglas nuevas causales (dignidad humana, mínimo vital, la seguridad personal frente a riesgos extraordinarios y la estabilidad laboral reforzada de sujetos de especial protección

constitucional), sobre las cuales procede la protección constitucional a través del instituto de la tutela.

Dichas subreglas además de crear estos derechos fundamentales, los configuran al establecer su núcleo esencial, alcances y limitaciones. Además de señalar las condiciones en que proceden:

12.1 DIGNIDAD HUMANA

De acuerdo con la Corte, por regla general, la dignidad se “tutela” de manera paralela y simultánea con otros derechos fundamentales con los cuales guarda una estrecha relación, como la vida, la igualdad, el trabajo, el libre desarrollo de la personalidad, la salud, el mínimo vital, la identidad personal y la propia imagen, entre otros. Dada la amplitud de este concepto, la Corte ha sido particularmente exigente a la hora de demostrar o exigir la demostración de la existencia de una amenaza o vulneración de la dignidad humana. En este sentido, es fundamental tener en cuenta que en principio debe demostrarse la vulneración de alguno de los restantes derechos fundamentales cuyo contenido deóntico resulte más claro, pues no parece probable que la Corte admita o formule una argumentación más amplia que la expuesta.

En la Sentencia 881 de 2002¹⁴⁵ la Corte Constitucional con relación a este derecho ha expresado que los ámbitos de protección de la dignidad humana, deberán apreciarse no como contenidos abstractos de un referente natural, sino como contenidos concretos, en relación con las circunstancias en las cuales el ser humano se desarrolla ordinariamente. De tal forma que integra la noción jurídica de dignidad humana (en el ámbito de la autonomía individual) a la libertad de elección de un plan de vida concreto en el marco de las condiciones sociales en las que el individuo se desarrolle.

¹⁴⁵ M.P. Eduardo Montealegre Lynnet

Libertad que implica que cada persona deberá contar con el máximo de libertad y con el mínimo de restricciones posibles, de tal forma que tanto las autoridades del Estado, como los particulares deberán abstenerse de prohibir e incluso de desestimular por cualquier medio, la posibilidad de una verdadera autodeterminación vital de las personas, bajo las condiciones sociales indispensables que permitan su cabal desarrollo.

Así mismo integra la noción jurídica de dignidad humana (en el ámbito de las condiciones materiales de existencia), la posibilidad real y efectiva de gozar de ciertos bienes y de ciertos servicios que le permiten a todo ser humano funcionar en la sociedad según sus especiales condiciones y calidades, bajo la lógica de la inclusión y de la posibilidad real de desarrollar un papel activo en la sociedad. De tal forma que no se trata sólo de un concepto de dignidad mediado por un cierto bienestar determinado de manera abstracta, sino de un concepto de dignidad que además incluya el reconocimiento de la dimensión social específica y concreta del individuo, y que por lo tanto incorpore la promoción de las condiciones que faciliten su real incardinación en la sociedad.

El tercer ámbito también aparece teñido por esta nueva interpretación, es así como integra la noción jurídica de dignidad humana (en el ámbito de la intangibilidad de los bienes inmateriales de la persona concretamente su integridad física y su integridad moral), la posibilidad de que toda persona pueda mantenerse socialmente activa. De tal forma que conductas dirigidas a la exclusión social mediadas por un atentado o un desconocimiento a la dimensión física y espiritual de las personas se encuentran constitucionalmente prohibidas al estar cobijadas por los predicados normativos de la dignidad humana; igualmente tanto las autoridades del Estado como los particulares están en la obligación de adelantar lo necesario para conservar la intangibilidad de estos bienes y sobre todo en la de promover políticas de inclusión social a partir de la obligación de corregir los efectos de situaciones ya consolidadas en las cuales esté comprometida la afectación a los mismos.

Para la Corte Constitucional la nueva dimensión social de la dignidad humana, normativamente determinada, se constituye en razón suficiente para reconocer su condición de **derecho fundamental autónomo**, en consonancia con la interpretación armónica de la Constitución.

12.2 MINIMO VITAL

Este derecho se funda en el principio de solidaridad social y hace alusión a la obligación - del Estado o de un determinado particular - de satisfacer las mínimas condiciones de vida de una persona. La Corte se ha referido al mínimo vital de diversas maneras: (1) como derecho fundamental innominado que asegura los elementos materiales mínimos para garantizar al ser humano una subsistencia digna¹⁴⁶; y (2) como el núcleo esencial de los derechos sociales – como el derecho a la pensión o al salario - cuya garantía resulta necesaria para la satisfacción de los derechos fundamentales¹⁴⁷. En este último caso, la Corte sostiene que un derecho social puede adquirir el rango de fundamental por conexidad cuando se vulnera el mínimo vital¹⁴⁸

Para la Corte, el mínimo vital es un derecho a la subsistencia que aun cuando no se encuentra expresamente contemplado en la Constitución, “*puede deducirse de los derechos a la salud, al trabajo, y a la asistencia o a la seguridad social*”.¹⁴⁹ Este derecho incluye, el núcleo esencial de derechos sociales prestacionales y tiene como función lograr una igualdad material.

La Corte Constitucional ha definido el contenido del mínimo vital como “*los requerimientos básicos indispensables para asegurar la digna subsistencia de la persona y su familia, no solamente en lo relativo a alimentación y vestuario sino en lo referente a salud, educación, vivienda, seguridad social y medio ambiente, en*

¹⁴⁶ Corte Constitucional, Sentencias: T-426/92; T-263/97; T-1103/00

¹⁴⁷ Al respecto, Rodolfo Arango, Julieta Lemaitre. Jurisprudencia Constitucional sobre el derecho al mínimo vital. Estudios Ocasionales Cijus, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, 2002, p.11 y 12.

¹⁴⁸ Sentencia T-005/95; T-500/96; SU-111/97; T-289/98

¹⁴⁹ Sentencia T-426 de 1992.

*cuanto factores insustituibles para la preservación de una calidad de vida que, no obstante su modestia, corresponde a las necesidades más elementales del ser humano*¹⁵⁰.

12.3. DERECHO A LA SEGURIDAD PERSONAL

Mediante la sentencia T-719/03, la Corte precisó el contenido y el alcance del derecho fundamental a la seguridad personal, como derecho consagrado expresamente en tratados internacionales ratificados por Colombia, derivado de disposiciones de la Constitución y reconocido por la jurisprudencia de lo contencioso administrativo y constitucional.

En síntesis, considera la Corte que se trata de un derecho cuyo contenido es variable y su alcance – a la hora de identificar la obligación correlativa - debe ser determinado en función del contexto socio-político y jurídico en el cual se encuentra la persona amenazada. En este sentido, señala que si bien es un derecho de toda persona, debe ser particularmente garantizado – por ejemplo mediante la acción de tutela - a sujetos de especial protección por sus condiciones personales.

En la jurisprudencia mencionada, la Corte parte de una escala de riesgos que sirve como criterio fundamental para definir cuando se debe proteger *en sí mismo y a través de la tutela* el derecho a la seguridad personal, como manifestación del principio de igualdad frente a las cargas públicas. Según tal escala, existen cinco niveles de riesgo, caracterizados como sigue:

- (i) Nivel mínimo, por enfermedad y muerte natural,
- (ii) Nivel ordinario, soportado por la convivencia social,
- (iii) Nivel extraordinario y que las personas no están obligadas a soportar,
- (iv) Nivel extremo que amenaza la vida y la integridad, que da lugar a la protección directa e inmediata de estos derechos y,

¹⁵⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-011/98.

(v) Riesgo consumado, solo susceptible de reparación posterior. En caso de riesgo extremo se protege directamente el derecho a la vida y a la integridad.

12.4. DERECHO A LA ESTABILIDAD REFORZADA

La Corte Constitucional ha considerado que existen algunos casos en los que el derecho a la estabilidad en el empleo consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política merece mayor protección. En estos casos se ha indicado que existe un *derecho constitucional fundamental a la estabilidad laboral reforzada*¹⁵¹

Este derecho ha sido establecido a favor de los sujetos que gozan de una especial protección constitucional, tales como los trabajadores que gozan de fuero sindical y cuya estabilidad laboral resulta fundamental para garantizar el derecho de asociación sindical establecida en el artículo 39 de la carta política¹⁵²; las personas con discapacidades o desaventajadas por encontrarse en situación de debilidad manifiesta y dado el deber de especial cuidado que ordena la Constitución (Art. 54)¹⁵³; la mujer embarazada por tratarse de un sujeto tradicionalmente discriminado en materia laboral por su estado de gravidez¹⁵⁴; y los portadores de VIH-SIDA¹⁵⁵

La jurisprudencia ha considerado que en estos casos la indemnización por el despido, no constituye un amparo efectivo de los derechos de estos sujetos. En efecto, en el caso en el cual se demuestre que el despido tuvo como causa la pertenencia del empleado al sindicato, su estado de embarazo o su condición de discapacidad, el derecho a la estabilidad laboral reforzada de estos sujetos tendría como consecuencia el derecho al reintegro efectivo. En otras palabras, resulta nulo el despido que tiene origen en un abuso del derecho o en el acto del despido que tiene origen en un abuso del derecho o en el acto de discriminación que

¹⁵¹ Sentencias C-470/97; T-576/98; T-689/04.

¹⁵² Sentencias C-470/97; T-1328/01; T-203/04; T-792/04

¹⁵³ Sentencias T-519/03; T-689/04; T-530/05

¹⁵⁴ Sentencias C-470/97; T-925/04

¹⁵⁵ Sentencias SU-256/96; T-519/03; T-469/04; T-934/05

afecta al sindicato, a la mujer embarazada o a la persona enferma o discapacitada.

Ahora bien, el derecho a la estabilidad laboral reforzada puede ceder ante la existencia de una causa justa para el despido, y siempre y cuando se hubiere respetado el debido proceso laboral. En todos los casos, debe comprobarse el nexo de causalidad entre el despido y la condición protegida (embarazo, disminución física, pertenencia a un sindicato, VIH SIDA).

La Corte Constitucional ha enunciado de la siguiente forma las reglas y requisitos para que la acción de tutela proceda para la protección de este derecho y para el reintegro laboral¹⁵⁶.

- i. En principio no existe un derecho fundamental a la estabilidad laboral; sin embargo,
- ii. Frente a ciertas personas se presenta una estabilidad laboral reforzada en virtud de su especial condición física o laboral, o por encontrarse dentro de grupos poblacionales tradicionalmente marginados o discriminados.
- iii. Si se ha presentado una desvinculación laboral de una persona que reúna las calidades de especial protección la tutela no prosperará por la simple presencia de esta característica.
- iv. Será necesario probar la conexidad entre la condición protegida y la desvinculación laboral, constitutiva de un acto discriminatorio y un abuso del derecho.
- v. La tutela puede ser el mecanismo para el reintegro laboral de las personas que por sus circunstancias particulares ameriten la protección laboral reforzada. En todos los casos es necesario mostrar la afectación de un derecho fundamental como el mínimo vital, la dignidad o el derecho de asociación sindical.

¹⁵⁶ Sentencia T-519/03

- vi. El reintegro no tendría lugar, de presentarse una justa causa para la desvinculación y siempre que esta se hubiera producido con el respeto del debido proceso correspondiente. En estos casos para satisfacer esta condición se requiere el permiso previo del despido.

De esa forma, con respecto a los trabajadores aforados, la Corte ha sostenido que la acción de tutela procede como mecanismo transitorio para solicitar el reintegro, cuando no se ha surtido el debido proceso para los trabajadores con fuero sindical y el juez laboral de la acción de reintegro ha incurrido en vía de hecho. Esto último sucede por ejemplo, cuando el juez laboral ante quien se solicita el reintegro se pronuncia sobre la legalidad del despido pues no tiene competencia para ello¹⁵⁷.

En lo relacionado con las personas con discapacidad, la Corte ha sostenido que procede la tutela cuando se trata de un despido en razón de su condición. En estos casos, la Corte Constitucional ha señalado que la carga de la prueba se invierte de forma tal que es el demandado, el que debe demostrar que el despido se dio por una justa causa¹⁵⁸. Esta inversión de la carga de la prueba es aplicable según la Corte, a los grupos o personas en situación de desventaja, marginamiento o debilidad manifiesta, tales como los niños (C.P. Art. 44), los ancianos (C.P. Art. 46), los minusválidos (C.P. Art. 47), las minorías étnicas (C.P. Art. 7), entre otros.

Recientemente la Corte ha extendido el estatuto de protección de las personas discapacitadas a las personas con enfermedades permanentes – como la diabetes – cuando la enfermedad no sea claramente incompatible con las funciones que la persona debe desempeñar¹⁵⁹

Para el caso de la mujer embarazada, la Corte Constitucional ha tutelado el derecho a la estabilidad reforzada con la finalidad de protegerla contra la discriminación por causa del embarazo. La Corte ha considerado en estos casos,

¹⁵⁷ Sentencias T-731/01; T-203/04.

¹⁵⁸ Sentencia T-427/92

¹⁵⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-1219/05

que el despido es ineficaz cuando se da durante el embarazo, con previo conocimiento del estado de gravidez por parte del empleador, o durante los tres meses posteriores al parto, sin la debida autorización del funcionario del trabajo. Por consiguiente, dentro del año siguiente al parto, procede la tutela como mecanismo transitorio para solicitar el reintegro laboral¹⁶⁰.

En los eventos expuestos en líneas precedentes basta con demostrar, por cualquier medio, que el empleador conocía o debía conocer el estado de embarazo de la mujer y que la decisión afecta su derecho al mínimo vital. En todo caso se entiende afectado el mínimo vital de la madre cabeza de familia que no tiene otros ingresos¹⁶¹

13. PRINCIPIOS PROCESALES DE CREACION PRETORIANA

Entre los principios procesales creados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana y que pueden ser alegados por las partes o acogidos por el juez dentro del proceso constitucional de manera oficiosa encontramos, entre otros, los siguientes:

13.1 PRINCIPIO DE CONSTITUCIONALIDAD Y DE JERARQUIA NORMATIVA¹⁶²

Este principio ha sido contorneado y reconfigurado por la jurisprudencia^{163'} ^{164'}, aun cuando se desprende de lo consagrado en el artículo 4 de la Carta, que establece

¹⁶⁰ Sentencia T-568/96

¹⁶¹ Sentencia T-944/04

¹⁶² Sentencia T-556 de 1998. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

¹⁶³ Expreso este planteamiento puesto que se supone que el régimen del principio se encuentra determinado en su totalidad por el derecho positivo, y específicamente por la ley, dada la *idea feliz*, de que ésta es la fuente única de calificación, cuando en realidad el principio tiene fundamento en nuestras *costumbres y prácticas jurídicas*, y en nuestras creencias e ideas sobre el derecho. Al respecto puede verse Escobar Claudia y Marcela Vargas. *Evaluación Crítica del Principio de Jerarquía Normativa a Partir del Derecho Positivo Colombiano*. Tesis de Grado Universidad Javeriana. Bogotá. 2000. Con relación al sistema jerárquico, explicando el contenido de la sentencia constitucional, el profesor Humberto Sierra Porto ha dicho que, “la posición de la sentencia constitucional en el sistema de fuentes es de gran importancia para determinar el grado de circulación de los poderes públicos a las decisiones del Tribunal Constitucional, en este punto la

que en caso de incompatibilidad entre la Constitución y otra norma jurídica de rango inferior, deberá prevalecer esta. En consecuencia, la autoridad pública que detecte una contradicción entre tales normas está en la obligación de inaplicar la de menor jerarquía y preferir la aplicación de la Carta Política.

El principio de constitucionalidad pretende lograr la coherencia del sistema jurídico, en la medida en que los valores, postulados y reglas constitucionales tengan plena vigencia e irradien la creación, interpretación, aplicación y ejecución de las normas de rango inferior. De lo contrario, nos hallaríamos nuevamente de retorno a la época en que existía un principio inverso -la primacía de ley sobre la Constitución-, al tenor de lo consagrado por el artículo 6 de la Ley 153 de 1887, el cual, afortunadamente, fue derogado mediante la Reforma Constitucional de 1910.

Precisamente es en virtud del principio de la jerarquía normativa positiva o formal, que existen instancias especiales de carácter jurisdiccional que se encargan de declarar la nulidad de las normas que son contrarias al ordenamiento jurídico superior, tal como sucede en el caso de la inexecutable por inconstitucionalidad de las leyes o de los decretos con fuerza de ley, declarada por la Corte Constitucional¹⁶⁵

doctrina parece orientarse a situar las sentencias constitucionales en un lugar intermedio entre la Constitución y la ley (cuando en las sentencias se interpretan constitucionalmente las leyes), en todo caso no es un lugar inferior al que ocupan las leyes. El fundamento de esta posición privilegiada es consecuencia de la existencia misma de la justicia constitucional: la justicia constitucional encuentra su fundamento en la cadena ininterrumpida de razonamientos lógicos que conducen de la afirmación del poder constituyente a la existencia de una Constitución y de la necesaria supremacía de ésta sobre los poderes constituidos. En este sentido el Tribunal Constitucional (mediante sus decisiones, las sentencias) como garante de la Constitución frente a los demás poderes constituidos, debe estar en una posición superior al de estos, o, por lo menos, de sus decisiones”. Olano García Hernán A. *Tipología de Nuestras Sentencias Constitucionales. Op cit. p. 574.*

¹⁶⁴ Por su parte la jurisprudencia ha expresado que la legislación no es fuente formal de derecho constitucional, este aspecto quedó claro en la sentencia C-113 de 1993, cuando de manera inequívoca la Corte Constitucional dijo que el legislador no podía señalar el efecto de sus sentencias, sino ella y solo ella

¹⁶⁵ Numerales 4, 5 y 7 del artículo 241 de la Constitución Política

13.2 PRINCIPIO DE PRESUNCION DE CONSTITUCIONALIDAD¹⁶⁶

Como lo ha expresado la Corte, 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. En términos generales, la inobservancia de éste deber es lo que provoca, bajo el imperio de la actual Constitución, el ejercicio de la acción de cumplimiento, de la cual es titular toda persona. La verificación acerca de si este principio ha sido acatado o no; constituye el objeto específico de la sentencia dentro del proceso constitucional referido.

En lo referente a la aplicabilidad del principio de presunción de constitucionalidad por parte del operador judicial, éste parte del supuesto que 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, lo que trae como consecuencia que las personas -particulares o públicas- cobijadas por ella deben obedecerla. 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

¹⁶⁶ Sentencia C-600 de 1998. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

las leyes, y que los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

13.3. PRINCIPIO DE PRESUNCION DE INCONSTITUCIONALIDAD¹⁶⁷

Al respecto la Corte Constitucional ha expresado que sólo las razones que tengan suficiente fundamento constitucional y que demuestren la legitimidad y la necesidad de un trato diferenciado con base en un factor asociado al origen nacional o a la residencia, pueden en realidad desvirtuar la *presunción de inconstitucionalidad*.

Tal *presunción de inconstitucionalidad*, se desprende de las decisiones generales o particulares de los poderes públicos, que hagan uso los parámetros referidos (origen nacional o residencia) con el fin de regular o tratar de manera distinta situaciones aparentemente semejantes, las cuales se encuentran vedadas a la luz del art. 13 de la C.N. Sin embargo, la Corte Constitucional, no desconoce que, excepcionalmente, en algunas materias y en ciertas circunstancias, aspectos como la residencia pueda tener relevancia constitucional y admitirse como elemento de diferenciación.

13.4. PRINCIPIO DE RACIONALIDAD E INTERPRETACION SISTEMATICA-FINALISTA¹⁶⁸

Con relación al principio de racionalidad la Corte Constitucional ha establecido que cuando el efecto de la interpretación literal de una norma conduce al absurdo o a efectos contrarios a la finalidad buscada por la propia disposición, es obvio que la norma, a pesar de su aparente claridad, no es clara, porque las decisiones de los jueces deben ser razonadas y razonables. El intérprete tiene entonces que buscar a la luz de este principio el sentido razonable de la

¹⁶⁷ Sentencia T-147 de 1996. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹⁶⁸ Sentencia C-011/94

disposición dentro del contexto global del ordenamiento jurídico-constitucional conforme a una interpretación sistemática-finalista.

13.5 PRINCIPIO DE INTERPRETACION CONFORME¹⁶⁹

Según este principio 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:

- i. Que toda interpretación que no sea conforme a la Constitución, debe ser descartada;
- ii. 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;
- iii. 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.

13.6 EL PRINCIPIO DE LA DOCTRINA DEL DERECHO VIVIENTE¹⁷⁰

La aplicación de este principio es realmente novedosa, comporta un reconocimiento de que el ámbito de aplicación de las normas jurídicas no sólo se determina por su tenor literal sino por el uso que de ellas han realizado los operadores jurídicos y el entendimiento que de las mismas tienen la jurisprudencia y la doctrina.

En efecto, la Corte Constitucional ha precisado que el juez constitucional, cuando - en sede de tutela o de constitucionalidad- tiene que fijar el alcance de una norma, debe atender a la forma como ha sido aplicada en la realidad, de manera que se

¹⁶⁹ Sentencia C-1026 de 2001

¹⁷⁰ Sentencia C-557 de 2001. M.P. Manuel José Cepeda E.

tenga en consideración el contexto en que fue creada y aquél en que ha tenido aplicación, existiendo, entonces, una sujeción del juez constitucional a la interpretación dominante que ha sido consolidada por parte de la jurisprudencia y la doctrina autorizada, no obstante lo cual conserva la autonomía de separarse de ella cuando quiera que la encuentre contraria a la Constitución .

Con el fin de que el derecho viviente en la jurisprudencia se entienda conformado, se deben cumplir varios requisitos que muestren la existencia de una orientación jurisprudencial dominante, bien establecida. Entre ellos, son requisitos *sine qua non* los siguientes:

- i. 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);
- ii. 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,
- iii. la interpretación judicial debe ser relevante para fijar el significado de la norma objeto de control o para determinar los alcances y efectos de la parte demandada de una norma.

13.7 EL PRINCIPIO DE CONSERVACION DEL DERECHO¹⁷¹

Este principio plantea que los tribunales constitucionales deben no sólo potencializar la fuerza de los contenidos normativos de la Carta sino también evitar el desmantelamiento del orden jurídico. Por ello es siempre preferible aquella decisión constitucional que, dentro de los marcos de la Carta, permite preservar la legislación, que aquella que supone su anulación.

¹⁷¹ Sentencia C- 070 de 1996. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

La incorporación de este principio maximiza la eficacia de la actuación estatal y consagra una presunción en favor de la legalidad democrática. El costo social e institucional de declarar la inexecutable de una norma jurídica infraconstitucional debe ser evitado en la medida en que mediante una adecuada interpretación de la misma se respeten los postulados de la Constitución.

13.8 PRINCIPIO DE EFECTO UTIL¹⁷²

El principio hermenéutico del "efecto útil", plantea que se deben preferir aquellas interpretaciones que confieran una eficacia normativa específica a las distintas expresiones de la Carta.

De acuerdo al referido principio, cuando de dos sentidos jurídicos que se le otorga a una norma, uno produce consecuencias jurídicas y el segundo no, debe preferirse aquel del que se deriven plenos efectos, es decir, que conduzca a que se den las consecuencias jurídicas previstas en esta.

13.9 PRINCIPIO PRO ACTIONE

El principio *pro actione*, tiene como finalidad excluir el exceso de rigor procesal, cuando se realiza el examen de admisión de una demanda, en aras de garantizar la eficacia del procedimiento constitucional.

La Corte Constitucional, dando aplicación al *principio pro actione*¹⁷³, y con el fin de hacer prevalecer el derecho sustancial sobre el formal y garantizar los derechos a acceder a la justicia y a la participación democrática, así como el carácter ciudadano de la acción de inconstitucionalidad, ha subsanado distintos tipos de defectos de las demandas que, en principio, hubieran llevado a un fallo inhibitorio

¹⁷² Sentencia C-600 A de 1995. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

¹⁷³ Cfr. C-332 DE 2003. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

y que detectados en la etapa de admisión de la misma hubieran dado lugar a su rechazo.

Bajo tal precepto, se ha entendido que el sentido de interpretación del juez y en especial del juez constitucional, en cualquiera de las acciones constitucionales, debe permitir el acceso a la administración de justicia, interpretando el recurso o acción interpuesta, de la manera más favorable para la efectividad de los derechos.

Con relación a esta potestad y dinámica creadora de la Corte Constitucional Colombiana en lo referente a la aparición en el escenario procesal constitucional de novedosas subreglas, presupuestos, principios e institutos. Hay que decir que tal labor no se reduce a lo expuesto de manera detallada en el presente acápite, puesto que por razones metodológicas y de tiempo solo nos hemos circunscrito al proceso constitucional de tutela, y en relación con tal instituto solo se han presentado de manera exploratoria e introductoria algunas subreglas, presupuestos, principios e institutos, que evidencian como pretorianamente se está aportando importante insumo para el desarrollo y consolidación de una rama del derecho que crece a pasos acelerados, el Derecho Procesal Constitucional.

Quedará por establecer en el próximo capítulo si es posible construir a partir de las providencias de la Corte Constitucional y de su cuerpo de doctrina una teoría procesal constitucional que contribuya en parte a llenar los vacíos existentes en esta materia, y se constituya como pauta o referente a seguir por la academia, abogados y operadores judiciales, a la hora de resolver las dudas e interrogantes en los procesos constitucionales, muy especialmente en el de tutela.

IV. CONDICIONES DE POSIBILIDAD DE UNA TEORIA PROCESAL CONSTITUCIONAL

Luego de haber mostrado como la Corte Constitucional Colombiana a través de diferentes providencias ha propiciado la aparición de ciertos institutos, presupuestos, principios y reglas de naturaleza adjetiva en los procesos constitucionales, en especial en el de amparo, que es el proceso eje, sobre el cual, por razones metodológicas ha gravitado esta investigación, tal como se ha explicado con anterioridad. Queda ahora por establecer si a partir de dichas providencias expedidas por el máximo tribunal constitucional es posible construir todo un cuerpo de teoría procesal; es decir, se determinará si existen o están dadas las condiciones de posibilidad para erigir una teoría procesal constitucional.

1. PRECISIONES METODOLOGICAS

A pesar de haber mostrado como nuestra Corte Constitucional ha contribuido en la aparición de importantes presupuestos, institutos, pautas y principios creados pretorianamente; desafortunadamente no se encuentran ordenados, sistematizados y articulados en una teoría procesal. De allí que en el presente apartado, el camino que se ha seguido, tendrá por objeto mostrar: *i)* los aspectos problemáticos que dificultan la elaboración de una teoría; *ii)* la necesidad de adoptar un punto de vista externo moderado para estructurar la misma; *iii)* la conveniencia y utilidad del planteamiento de la vigilia, desarrollado por Moresso para tal propósito y *iv)* el papel clave de los casos paradigmáticos, para

desarrollar e identificar subreglas y principios procesales, que constituyen un insumo clave en la configuración de una teoría. Lo anterior en aras de mostrar porque están dadas las bases, y condiciones de posibilidad para desarrollar una teoría procesal constitucional, respecto del instituto de la tutela.

2. ASPECTOS PROBLEMATICOS

2.1. AUSENCIA DE JERARQUIAS PRINCIPALISTICAS

No existe una pirámide de derechos o de principios de raigambre constitucional, ni un trabajo dogmático suficiente en este sentido, tanto en materia jurisprudencial como doctrinal, que permita aminorar las tensiones existentes cuando se presentan colisión de derechos. Ni si quiere puede decirse que exista una jerarquía normativa en cuanto a la prelación de fuentes, dado el carácter problemático de este principio tal como ha sido explicado.

2.2. PLURALIDAD DE TENDENCIAS

Aunado a lo anterior, en materia procesal constitucional, en los procesos de tutela, existe una pluralidad de tendencias que dificultan la elaboración de un cuerpo de teoría procesal, que refleje la unidad, coherencia y armonía del sistema. Tal realidad viene dada por posturas de tinte formalista civilista, reflejada en el tratamiento iusprivatistas de ciertos institutos dentro del trámite de una tutela; un ejemplo de ello, es la sentencia expedida el 26 de mayo de 2010¹⁷⁴. También las posiciones de corte (pseudo)garantistas, que desnaturalizan la esencia del proceso de tutela. El cual se caracteriza por ser informal, expedito y flexible.

¹⁷⁴ La Corte Suprema de Justicia en esta sentencia confirma el fallo de primera instancia bajo la consideración de que la acción de tutela no procede contra fallos judiciales sino en casos muy excepcionales. Al respecto señala que para que prospere una tutela contra un fallo judicial, este debe ser abiertamente contrario a la ley y a la constitución. Además, brevemente, reitera los argumentos expuestos en la primera instancia en cuanto no se configuraban ninguna de las causales ni genéricas ni específicas para la existencia de una vía de hecho y que el auto atacado hace una adecuada interpretación del artículo 25 del decreto 2591 de 1991

El primer enfrentamiento o tensión se evidencia entre formalismo y antiformalismo, porque se quiere por parte de algunos privatistas-civilistas, que las reglas, principios y algunos institutos de la Teoría General del Proceso irradian el proceso de tutela, desconociendo el carácter esencialmente público de esta acción y la especificidad de esta rama tal como se explico en el segundo capítulo.

La misma Corte Constitucional colombiana en algunas ocasiones da pie para que se acentué la posición formalista-civilista de carácter sacramental al manifestar de manera *desafortunada* respecto de las notificaciones dentro del trámite procesal lo siguiente: *“la corte ha hecho énfasis en que lo ideal es la notificación personal y en (sic) que a falta de ella y tratándose de la presentación de una solicitud de tutela se proceda a informar a las partes e interesados **“por edicto publicado en diario de amplia circulación, por carta, por telegrama, fijando en la casa de habitación del notificado un aviso, etc.”**, y adicionalmente, valiéndose de una **radiodifusora** e incluso, **como recurso último, mediante la designación de un curador (...)**”*

175' 176'

La posición anterior contrasta con la expresada en Auto No 229 de 2003, en la que la Corte Constitucional manifiesta que: *“lo anterior significa que el juez tiene a su disposición distintos medios para notificar las providencias por él proferidas, y podrá escoger entre ellos el que objetivamente considere más idóneo, expedito y eficaz para poner la decisión en comunicación de los afectados, en atención a las circunstancias del caso concreto. También quiere decir lo anterior que, si bien el juez de tutela puede seguir las reglas prescritas por el código de procedimiento civil para efectuar las notificaciones, no necesariamente está obligado a seguir el*

¹⁷⁵ Al respecto puede consultarse: Auto No 012 A de 1996. M.P. Jorge Arango Mejía; Sentencia 247 de 1997

¹⁷⁶ Respecto a la expresión por otro medio expedito que asegure su cumplimiento, con relación a la notificación a que se refiere el artículo 30 del decreto 2591 de 1991, la Corte ha manifestado: *“Esta disposición no puede en ningún momento considerarse que deja al libre arbitrio del juez determinar la forma en que se debe llevar a cabo la notificación, pues ello equivaldría a permitir la violación constante del derecho fundamental al debido proceso.”* Sentencia C-548 de 1995. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

orden y el procedimiento allí dispuestos para llevar a cabo las notificaciones a que haya lugar, puesto que no siempre será ese el curso de acción más expedito para lograr esta finalidad; es decir, en materia de tutela, no es siempre necesario seguir las reglas sobre notificación prescritas por el estatuto procesal civil, puesto que el juez cuenta con la potestad de señalar el medio de notificación que considere más idóneo en el caso concreto, siempre que el medio escogido sea eficaz, y la notificación se rija por el principio de la buena fe."¹⁷⁷

El otro choque o tensión es el que se libra entre antiformalismo y garantismo, consecuencia este último, de los desarrollos jurisprudenciales que ha sufrido en los diferentes escenarios constitucionales, el debido proceso, el cual se encuentra en el art. 29 de la C.N.

Instituto complejo que muestra una doble naturaleza sustantiva y procedimental, y que es preciso *-para elaborar una adecuada teoría procesal-* delimitar su radio de acción, pues so pretexto de garantizar el mismo, no se puede desconocer la urgencia y celeridad que le imprimió el constituyente al trámite de las Acciones Constitucionales.

El carácter problemático se acentúa en la medida que el juez de tutela, no puede olvidar que tiene la obligación en primera instancia de fallar en diez días, toda vez, que están en juego derechos fundamentales, y puede darse el evento, que en aras de no vulnerar presuntamente el debido proceso en su connotación procedimental, dentro de tal acción constitucional, se termine afectando el mismo como derecho fundamental autónomo, al desconocer el operador judicial cual es el núcleo esencial de tal garantía dentro del trámite de la acción constitucional.

Lo anterior, se pone de relieve pues tal como lo ha dicho la jurisprudencia constitucional, no es de recibo dentro del trámite de tutela declarar la nulidad de lo actuado si existen remedios o vías procesales eficaces para salvaguardar el mismo, vgr. La impugnación de la tutela ante el superior jerárquico, si

¹⁷⁷ M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

evidentemente se desconoció dentro del trámite de la misma, estas garantías; así como la posibilidad eventual de ser examinado el fallo de tutela en sede de revisión por parte de la Corte Constitucional o de manera directa haciendo uso del recurso de insistencia.

Nótese que no procede la acción de tutela contra providencias judiciales dictadas dentro la acción de tutela, ni aun en los eventos de desconocimiento del debido proceso, pues lo que se busca es darle celeridad, a estos asuntos de tal naturaleza y no entorpecerlos, lo cual se logra, a través del expedito agotamiento de las vías consagradas, las cuales se constituyen en auténticas defensoras de tales derechos en aparente tensión.

Por otra parte, se plantea como aspecto problemático, en cuanto a la eficacia del incidente de desacato dentro del trámite de consulta, que siga haciendo carrera en los despachos judiciales, valiéndose de consideraciones garantistas, el no sancionar con multa o arresto, al funcionario moroso en acatar el fallo de tutela, porque supuestamente no se individualizo al sujeto infractor.

Así como declarar la nulidad de lo actuado, por presuntamente no existir requerimiento del *a quo* al funcionario infractor para que de cumplimiento al fallo; así como del superior jerárquico para que conmine al inferior e inicie contra éste las investigaciones a que haya lugar por su renuente desobedecimiento. En este apartado no sobra recordar, tal como se ha esbozado en líneas anteriores, que la nulidad dentro los procesos constitucionales es de carácter excepcional.

Lo anterior es así, puesto que si se declara la nulidad del incidente de desacato, se debe necesariamente rehacer toda la actuación en primera instancia, lo que dejar prácticamente, este instrumento procesal, que a todas luces pretende a través de sanciones fuertes y expeditas, el inmediato cumplimiento del fallo que salvaguarda los derechos consagrados en la carta.

2.3. DIFICULTADES EN CUANTO AL METODO HERMENEUTICO A APLICAR EN MATERIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES Y RESPECTO AL VALOR DE LA PONDERACION

Sobre la ponderación como mecanismo para solucionar conflictos entre derechos constitucionales existen variadas y disimiles posturas. Por un lado se encuentran aquellas que reivindican la utilidad teórica de la ponderación (Alexy, Dworkin), otras que critican su escasa relevancia (García Amado) y otras que se identifican con una teoría escéptica de la interpretación, pues dejan librada la ponderación a la discrecionalidad judicial, negando cualquier tipo de control racional de la decisión en los casos de contradicciones iusfundamentales (Guastini).

El modelo teórico referente y más recurrente en el escenario académico y jurisprudencial lo constituye la propuesta de Alexy¹⁷⁸, quien planteó una explicación de la estructura de los derechos fundamentales y una forma alternativa de aplicación y fundamentación de las decisiones judiciales que involucran a estos.

De manera sucinta, Alexy entiende los derechos fundamentales como principios con una estructura totalmente disímil a las reglas. Mientras estas últimas solo pueden ser cumplidas o no en forma definitiva, lo que al modo kelseniano implica que si el supuesto de hecho se cumple, cabe aplicar las sanciones correspondientes o los efectos jurídicos que la norma disponga. Con relación a los principios estamos ante mandatos de optimización que pueden ser cumplidos en diferentes grados dependiendo de las posibilidades jurídicas y fácticas que demarquen otros principios y reglas.

¹⁷⁸ Alexy, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1993

La propuesta de Alexy coincide con la teoría de Dworkin¹⁷⁹, en la medida en que este último entiende que las reglas tienen condiciones de aplicabilidad cerrada, las cuales se aplican al todo o nada, mientras los principios permiten márgenes de maniobra, puesto que son estándares que vienen dictados por la moralidad pública y adquieren rango institucional una vez son reconocidos por el sistema jurídico.

Tal sistema jurídico, es entendido en un sentido no positivista (derecho como integridad: el juez hercules), y en consecuencia tales pautas se convierten en vinculantes para el operador judicial, quien debe evaluar la dimensión de peso o importancia que comportan estas.

La propuesta de Alexy se concreta, en la llamada ley de la ponderación que expresa que cuanto mayor es el grado de no satisfacción o de afectación de un derecho o principio, tanto mayor debe ser la satisfacción del otro, según los distintos grados de intensidad o de importancia de los derechos en conflicto¹⁸⁰.

Desde la elaboración de formulas que den cuenta de la racionalidad estructural de la ponderación, como la fórmula del peso y la escala triádica que constituyen los elementos que demuestran el control racional sobre la ponderación, Alexy va a tratar de contrarrestar las críticas que señalan el sopesamiento libre y arbitrario de la decisión a partir de la ponderación.

Por su parte Guastini se va a ubicar en el extremo opuesto a Alexy en cuanto a la ponderación se trata. Este autor acepta que la estructura de los principios puede describirse en términos de condicionales derrotables, toda vez que las condiciones para su aplicación admiten excepciones implícitas y en esta medida no imponen

¹⁷⁹ Dworkin, Ronald. *Los Derechos en Serio*. Ariel. Barcelona. 1997.

¹⁸⁰ Alexy, Robert. *Comparación Estructural entre la Ponderación y la Subsunción*. Pensamiento Jurídico No 6. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá.

obligaciones absolutas, sino *prima facie* que pueden ser derrotadas por obra de principios de igual jerarquía¹⁸¹.

Sin embargo, va introducir distinciones trascendentales para que se entienda su planteamiento, tal como la que va a establecer entre disposición y norma y entre principios explícitos e implícitos. La primera distinción obedece al hecho que para Guastini, las normas surgen a partir de la interpretación de disposiciones legislativas o constitucionales, es decir, la disposición es el enunciado significativo elaborado por el legislador o el constituyente, que se reconocen institucionalmente en los artículos de la constitución o las leyes, las cuales solo adquieren sentido cuando el interprete le da una significación, una estructura que viene a ser en sí misma la norma.

Así mismo, los principios cuyo contenido normativo se traduce en la persecución de un fin, en la determinación del campo de aplicación de otras normas, actúan como metanormas o normas de segundo grado, o bien pueden contener valoraciones o finalidades normativas incondicionadamente; pueden estar formulados de manera expresa en la constitución y las leyes y se pueden obtener mediante la interpretación de algunas de estas disposiciones en forma relativamente sencilla, este es el caso de los principios explícitos. O por el contrario, los principios pueden no encontrarse en ninguna disposición de forma expresa, sino que se deben a la construcción de los intérpretes por obra de un ejercicio de integración del derecho, a partir de meras conjeturas sobre el sistema jurídico o de una multiplicidad de normas, o bien de normas en concreto.

Para Guastini el que una disposición exprese una norma o un principio no depende de la naturaleza objetiva de las entidades en comento, sino que bajo el entendido de que ambas entidades son objetos discursivos e interpretativos cargados de sentidos que se construyen, se entiende que son elaborados o formulados por el interprete y dependen no tanto de elementos cognoscitivos, sino

¹⁸¹ Guastini, Ricardo. *Distinguiendo*. Gedisa. Barcelona. 2000. Pág. 169-172

de valoraciones asumidas por el observador (interprete) de la disposición que se involucra desde ya con lo objeto bajo estudio (la disposición).

En este orden de ideas, no se puede predicar de estas interpretaciones su corrección o falsedad, por cuanto no son evaluables a partir de los valores de verdad o falsedad, en tanto, son actos de voluntad, decisiones de poder que escapan a ese tipo de controles, por demás artificiosos para Guastini, para defender de esta manera la teoría escéptica de la interpretación.

Por otra parte, existe otro grupo de posturas que abordan la ponderación en sentido negativo arguyendo razones de distinto índole. Entre estas tenemos aquellas que contemplan la ponderación como una figura retórica que no reporta ningún parámetro de control racional por cuanto no hay estándares racionales que ponderar, solo valores que terminan siendo orientadores de la decisión mas no permiten justificar el resultado y además trastocan postulados del control de constitucionalidad en el marco del estado de derecho, que se funda en una comprensión deontológica de los derechos fundamentales (Habermas).

Por último, debe resaltarse la crítica de García Amado¹⁸², quien intenta explicar que la ponderación es un esfuerzo inútil, siendo tan solo un término interesante para denotar un procedimiento de menor valía, en la medida en que el razonamiento judicial no funciona según sus designios y su relevancia es escasa como quiera que carece de autonomía metodológica al depender totalmente de la interpretación previa de los principios y la posterior subsunción que se efectuó con base en ellos, y bajo este esquema la ponderación no tendría mucho que hacer.

2.4 INEXISTENCIA DE JURISDICCION CONSTITUCIONAL PROPIA

La inexistencia de una jurisdicción constitucional propia, plantea inconvenientes a los jueces ordinarios cuando se trata de interpretar las disposiciones constitucionales y las reglas que se aplican a este tipo de procesos. Dificultades

¹⁸² García Amado, Juan A. *El Juicio de Ponderación y sus Partes*. Justicia Constitucional. Legis. Bogotá. 2006. Págs. 119-165

que también se presentan al momento de acatar los precedentes de la máxima corporación a la que pertenecen (ya sea Corte Suprema o Consejo de Estado), los cuales en muchas ocasiones se alejan de lo planteado por el tribunal constitucional.

Un ejemplo de lo anterior, lo constituye la procedencia de tutelas contra providencias judiciales, temática en donde la Corte Constitucional colombiana ha establecido unos lineamientos claros de su procedencia y respecto de los cuales la Corte Suprema de Justicia se aparta en la mayoría de los casos, pues solo acepta su procedencia *muy* excepcionalmente.

Esta situación genera resistencias de los jueces de los distintos circuitos, respecto de temáticas nada pacíficas, como la tutela contra providencias judiciales. Actuar del *a quo* que deviene lógico en la medida en que cada juez tiene que acatar las directrices de sus superiores, toda vez, que los mismos se constituyen en sus nominadores y evaluadores.

2.5 EXISTENCIA DE UNA TESIS ESCEPTICA EN CUANTO AL VALOR DE LA JURISPRUDENCIA COMO VINCULANTE Y OBLIGATORIA¹⁸³

La tesis escéptica en cuanto a la fuerza vinculante que pueda tener la jurisprudencia, se sustenta en la interpretación tradicionalista que se hace del artículo 230 de la C.N., el cual establece que los jueces en sus providencias solo están sometidos al imperio de la ley, y que la jurisprudencia constituye criterio auxiliar de la actividad judicial.

Quienes defienden la tesis escéptica¹⁸⁴ plantean que el constituyente se decantó por catalogar a la jurisprudencia como criterio auxiliar, pues el art. 230 de la C.N., lo que en realidad persigue es asegurar la autonomía funcional de los jueces, esto

¹⁸³ Bernal Pulido Carlos. *El Derecho de los Derechos*. La Fuerza Vinculante de la Jurisprudencia. Universidad Externado de Colombia. 2005. Págs. 195-227

¹⁸⁴ Julio Estrada Alexei. *El Precedente Jurisprudencial*. Un Breve Estudio del Estado de la Cuestión en la Jurisprudencia Constitucional durante el año 2001. AA. VV. Anuario de Derecho Constitucional. Análisis de Jurisprudencia de la Corte Constitucional, Eduardo Montealegre Lynett (Coord), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, Págs. 50 y ss.

es, la independencia externa e interna de los funcionarios judiciales frente a los otros poderes públicos y al interior de la misma rama, autonomía que resulta claramente amenazada con una teoría fuerte del precedente.

Esta tesis según nos cuenta el profesor Diego López Medina¹⁸⁵, tuvo importantes defensores en la primera magistratura de la Corte Constitucional Colombiana y se mantuvo como doctrina constitucional reinante gracias a las sentencias C-131 de 1993 y C-083 de 1995. Sin embargo, a pesar que dicha postura se mantiene, también ha calado en nuestra tradición jurídica una tesis optimista, que si reconoce como fuente por excelencia a la jurisprudencia, le otorga obligatoriedad y confiere a ésta carácter vinculante.

3. INTENTO DE TEORIA PROCESAL CONSTITUCIONAL

Pese al carácter problemático de construir una teoría procesal constitucional y de lo esencialmente inacabado de nuestras reflexiones sobre el tema, se ha necesario para avanzar sobre el mismo y exponer -las bases- de una TPC adecuada que contribuya a allanar dicho camino, al menos, superar dos concepciones opuestas del fenómeno jurídico, cuyo carácter tanto irreal como pernicioso podemos fácilmente percibir en algunas de las tendencias esbozadas con anterioridad.

La primera encuentra una ilustración caricaturesca en la figura de Ubu Rey, para quien el derecho se reduciría a ser una sucesión de decisiones puntuales y arbitrarias desprovistas de cualquier principio de cohesión. La segunda encuentra una expresión sintomática en la utopía benthamiana de un orden jurídico

¹⁸⁵ López Medina Diego. El Derecho de los Jueces. Bogotá. Legis. 2000. Cap. I.

perfectamente sistematizado, transparente, coherente, completo y que persigue uniformemente la realización del mayor interés de la mayoría¹⁸⁶.

Aunque estas dos representaciones sin duda, ocupan un lugar cuantitativa y cualitativamente muy diferente en la historia del pensamiento jurídico, nos parece que están sujetas a lo que Gaston Bachelard ha llamado la Ley de la bipolaridad de los errores, consistente en el hecho de que los obstáculos a la cultura científica se presentan siempre por pares.¹⁸⁷

En efecto, tal como es posible demostrar para otras muchas concepciones antinómicas del fenómeno jurídico¹⁸⁸, nos parece que la oposición entre una representación del derecho en términos exclusivos, sea de orden o de desorden, no puede servir de otra cosa que de obstáculo para el conocimiento satisfactorio de este. Sin embargo, parece que los obstáculos no son, en ambos casos, estrictamente de la misma naturaleza.

El dogmatismo inherente a una concepción plenamente sistemática a menudo prueba la excesiva complacencia con la que los autores del sistema jurídico contemplan las representaciones de su propia disciplina. En esto manifiesta una autentica adhesión al punto de vista interno del objeto estudiado, privando a la reflexión de la indispensable ruptura epistemológica para la elaboración de una teoría científica.

Por el contrario, el escepticismo inherente a una concepción anti-sistemática del derecho a menudo atestigua una voluntad de ruptura excesiva con relación a las representaciones internas del objeto estudiado. Adoptando así lo que se ha llamado un punto de vista externo radical, se viene, esta vez, a ignorar una

¹⁸⁶ Van de Kerchove Michael y Ost Francois. *El Sistema Jurídico entre Orden y Desorden*. Universidad Complutense de Madrid. 1997.

¹⁸⁷ Bachelard Gaston. *La Formación del Espíritu Científico*. Siglo XXI Editores. 10ª edición. México. 1982

¹⁸⁸ Van de Kerchove Michael y Ost Francois. *De la Bipolarité des Erreurs ou de Quelques Paradigmes de la Science du Droit*. Archives de Philosophie du Droit. t. 33. 1988.

dimensión esencial del fenómeno jurídico y a desconocer la especificidad del mismo.

3.1 NECESIDAD DE LA ADOPCION DE UN PUNTO DE VISTA EXTERNO MODERADO Y DE LA TESIS DE LA VIGILIA

De acuerdo a lo anterior, la adopción de un punto de vista externo moderado se constituye en el único camino capaz de superar esta doble aporía, conduciéndonos a la posibilidad de desarrollar las bases de una (TPC), teoría crítica de la sistematicidad jurídica, que no solo de cuenta de la realidad del fenómeno y de su lugar recurrente en el pensamiento de los juristas, sino, también de su diversidad y relatividad. De esta manera la teoría crítica procesal constitucional podrá desembocar en una concepción a la vez plural y relativista de la sistematicidad del derecho, lo cual le va permitir lograr una coherencia (orden), sin olvidar el dinamismo, la evolución y cambios que se presentan dentro del sistema jurídico (desorden).

De allí que nos parezca adecuado para superar tal tensión entre concepciones opuestas, en el plano de la ponderación, la propuesta teórica del español Juan José Moreso, quien plantea una posición intermedia denominada la concepción de *la Vigilia*, retomando los términos que usa H.L.A. Hart¹⁸⁹, para referirse a la disputa teórica americana, la cual resume en cuatro tesis básicas, que señala así:

- i. Una tesis metafísica según la cual no existe un mundo jurídico más allá de los constructos humanos;
- ii. Una tesis semántica que entiende los enunciados jurídico-constitucionales como significativos en relación con el sistema jurídico originario (constitución);

¹⁸⁹ Hart llama pesadilla (the nightmare), a las posturas que pregonaban el cataclismo de la concepción del juez, es decir, la imposibilidad de seguir considerándolo como una mera instancia de aplicación del derecho. Y noble sueño (the noble dream) a la concepción que insistía en poder explicar y justificar el hecho de que el juez debiera aplicar el derecho preexistente y no crear uno nuevo. De esta manera muestra las dos reacciones que se contraponen, y que sirven de disputa. *American Jurisprudence through English Eyes: the Nightmare and the Noble Dream*. En *Essays in jurisprudence and Philosophy*, Oxford University Press, 1983, Pags. 123 y ss.

- iii. Una tesis lógica que admite la posibilidad de que algunas proposiciones constitucionales pueden ser calificadas como falsas o verdaderas; y
- iv. Una tesis jurídica que refiere la existencia de únicas respuestas correctas en algunos casos, que no en todos, y la creación del derecho a partir de las elaboraciones jurisprudenciales de los tribunales que no siempre, pues también existen casos de mera aplicación¹⁹⁰.

A partir de la última tesis esbozada por Moreso, que él va a llamar jurídica, se estructurará su posición respecto de la ponderación. Autor que entenderá los principios como deberes o derechos incondicionales derrotables, a su vez por un deber o derecho del mismo talante. Los cuales operan como razones *prima facie*, o referente inicial para la toma de decisiones. Y para el que la distinción entre principios y reglas debe ser determinada según el grado de apertura o concreción de dichas pautas¹⁹¹, siendo más abiertas e implícitas las de los principios.

Ahora bien, la estructuración de Moreso se encamina a convertir la ponderación en una operación de subsunción, entendida en términos deontológicos como la operación lógica consistente en tratar un caso individual, como una instancia particular de un caso paradigmático o general; y en este sentido rebatir el particularismo de la ponderación, que comporta la teoría escéptica de la interpretación, y para la cual la teoría de Alexy no suministra una respuesta contundente.

Por ello la propuesta de Moreso, para los efectos de establecer las condiciones favorables para la construcción de una teoría procesal constitucional, es adecuada porque el autor propone una reformulación ideal de los principios explicitando en su totalidad las condiciones de aplicación de cada uno y poniendo en juego las propiedades potencialmente relevantes que puedan entrar en conflicto, lo cual trae como consecuencia una reconstrucción de los principios, estableciendo jerarquías condicionadas, consistentes y universalizables entre ellos, que permitan subsumir

¹⁹⁰ Moreso, Juan José. *Indeterminación del Derecho e Interpretación Constitucional*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1997

¹⁹¹ Moreso. Juan José. *Sobre la Ponderación*. Revista Isonomía No 17. Octubre de 2007

los casos particulares en las sedes genéricas de que dispongan los universos de casos sistemáticos.

Esta articulación de los principios en un sistema normativo (master system) de este tipo estaría en la capacidad de *aproximar* a respuestas unívocas y consistentes para la *mayoría* los casos posibles, dado que mediante la subsunción se correlacionaría un problema con su solución.

Hablamos de aproximación de respuesta a la mayoría de casos, porque es posible comparar universos de casos relevantes, que al momento de hacer tránsito a la instancia ideal puedan entrar en conflicto, dada la vaguedad inherente de las expresiones usadas en la formulación de principios. En estos supuestos, las contradicciones entre los valores que soportan los principios son inconmensurables, haciendo necesaria la ponderación entre ellos con la consecuente indeterminación de la respuesta.

3.2. CONSTRUCCION DE LAS BASES DE UNA TEORIA PROCESAL A TRAVES DE CASOS PARADIGMATICOS

Siguiendo los planteamientos y la nomenclatura de Moreso, las bases de una teoría procesal constitucional, de acuerdo a lo planteado pueden estructurarse a través de casos paradigmáticos, los cuales pueden ser reales¹⁹² o hipotéticos¹⁹³.

¹⁹² Según Moreso el caso de la muerte de Lady D en París es un caso paradigmático real, puesto que ese caso individual tiene las propiedades que se instanciaron en el momento del accidente y del posterior fallecimiento de la princesa Diana. Para este autor los casos individuales paradigmáticos son únicamente un síntoma de un trasfondo inarticulado con el cual percibimos las situaciones de la realidad, las revisiones son intentos de articular dicho trasfondo y la admisibilidad de dichas revisiones viene guiada por la capacidad de nuestro esquema articulado de capturar nuestras intuiciones más sólidas. Moreso José Juan. *La Constitución: Un Modelo para Armar. Sobre Revisiones Estables, Casos Paradigmáticos e Ideales Regulativos*. Marcial Pons. Madrid. 2009. Pag. 288 y ss.

¹⁹³ La mejor forma de concebir los casos hipotéticos es como casos individuales de un mundo posible distinto del mundo real. Al respecto es relevante recordar que existen dos conceptos de mundo posible. El primer concepto concrecionista, concibe los mundos posibles como objetos espacio-temporales que existen del mismo modo que existe el mundo real. Decir entonces que un caso hipotético es un caso individual de un mundo posible significa que dicho caso es una parte de la suma mereológica de determinado universo. El segundo concepto que ha de llamarse

Estos casos paradigmáticos tendrán la función de constreñir el ámbito de reconstrucciones admisibles, siendo sólo válidas aquellas reconstrucciones que lo hagan adecuadamente¹⁹⁴. Por ello, los casos paradigmáticos constituyen el trasfondo, a menudo inarticulado, en el cual el razonamiento práctico tiene lugar.

A partir de la identificación y estructuración de casos paradigmático reales o hipotéticos, es posible, ir sentando las bases de una teoría procesal constitucional respecto del instituto de la tutela. Un ejemplo de caso paradigmático, puede ser el siguiente:

*Negar la indemnización de perjuicios por condena abstracta en tutela, por caducidad de la acción, es un ejemplo de un supuesto en el cual los derechos constitucionales a la seguridad jurídica y la cosa juzgada formal ceden ante el **debido proceso**¹⁹⁵.*

La importancia de los casos paradigmáticos, estriba en mostrar como las propiedades de ese universo de discurso (principios, pautas, institutos) sirven en la formulación de las reglas, que posteriormente permiten resolver de modo unívoco todos los casos del universo del discurso.

Teniendo presente que el asunto de la negativa a indemnización de perjuicios, por condena en abstracto en tutela, por caducidad de la acción se constituye en un caso paradigmático¹⁹⁶ en materia procesal constitucional, presentaremos los

abstraccionista, concibe los mundos posibles como objetos abstractos de algún tipo, como conjunto de propiedades, proposiciones o estados de cosas. Por ej. Para los abstraccionistas, un caso hipotético es un caso individual de un mundo A, tal que si A fuera el mundo real, dicho caso individual existiría en A. Moresso José Juan. Op. Cit. 289-290

¹⁹⁴ Para esta función de los casos paradigmáticos en el ámbito del razonamiento jurídico, Ronald Dworkin, *Law's Empire*, (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1986), pp. 255-257; Susan Hurley, *Natural Reasons*, supra en nota 24, p. 212 y Timothy Endicott, 'Herbert Hart and the Semantic Sting', *Legal Theory* 4 (1998): 283-301.

¹⁹⁵ Tal como hemos acotado en líneas precedentes el debido proceso puede ser afectado en su connotación sustantiva o procedimental

¹⁹⁶ Planteamos que los hechos que dieron origen a la tutela en que la Corte Constitucional condena en abstracto por violación de los derechos fundamentales (entre ellos el de igualdad, por discriminación racial) en sede de revisión a los establecimientos la Carbonera y Q-Kayito a favor de Johana Luz Romero, y las demás actuaciones que se derivan del mismo, también contribuyen a

planteamientos más relevantes que hace la Corte Constitucional respecto del tratamiento del instituto de regulación de perjuicios y su interpretación a la luz del art. 25 del decreto 2591 de 1991, y de las nuevas tendencias constitucionales.

La norma en cita reza:

Indemnizaciones y costas. *Cuando el afectado no disponga de otro medio judicial, y la violación del derecho sea manifiesta y consecuencia de una acción clara e indiscutiblemente arbitraria, además de lo dispuesto en los dos artículos anteriores, en el fallo que conceda la tutela el juez, de oficio, tiene la potestad de ordenar en abstracto la indemnización del daño emergente causado si ello fuere necesario para asegurar el goce efectivo del derecho así como el pago de las costas del proceso. La liquidación del mismo y de los demás perjuicios se hará ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo o ante el juez competente, por el trámite incidental, dentro de los seis meses siguientes, para lo cual el juez que hubiere conocido de la tutela remitirá inmediatamente copia de toda la actuación.*

La condena será contra la entidad de que dependa el demandado y solidariamente contra éste, si se considerará que ha mediado dolo o culpa grave de su parte, todo ello sin perjuicio de las demás responsabilidades administrativas, civiles o penales en que haya incurrido.

Si la tutela fuere rechazada o denegada por el juez, éste condenará al solicitante al pago de las costas cuando estimare fundadamente que incurrió en temeridad. (Negrillas y Subrayas fuera del texto).

darle entidad de *caso paradigmático*, puesto que el auto que liquidó los perjuicios que se causaron, proferido por el juez octavo civil municipal de Cartagena, fue revocado en segunda instancia por el juez primero civil del circuito de Cartagena, por caducidad de la acción, pues se considero que no se presentó dentro del término previsto por la ley para tal efecto. Decisión que fue objeto de tutela por considerarse que la providencia adolecía de defecto sustantivo, Acción de tutela que tanto en primera instancia (Tribunal Superior de Cartagena, Sala Civil Familia) como en segunda (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil) es negada y que la Corte Constitucional nuevamente conoce en atención a otras razones, poniendo punto final a la controversia.

3.2.1. EL ARTÍCULO 25 DEL DECRETO 2591 DE 1991 A LA LUZ DEL PRINCIPIO DE CELERIDAD

Específicamente, esta lectura de la Corte ha partido de la interpretación que ha hecho del artículo 3 del decreto de 1991¹⁹⁷, que establece el principio de celeridad en la actuación de tutela, según el cual, en lo atinente a la protección de derechos fundamentales la resolución de los procedimientos debe darse sin dilaciones injustificadas. Este principio puede rastrearse hasta el artículo 86 de la Carta Política que señala que la acción de tutela se tramita “*mediante un procedimiento preferente y sumario*” y más adelante indica que “[e]n ningún caso podrán transcurrir más de diez días antes de la solicitud de tutela”.

Siendo esto así, en la Constitución encontramos la firme intención de que el procedimiento de tutela sea expedito y sin dilaciones. Ante una duda en la interpretación de una norma infraconstitucional debe entenderse que la intención del constituyente siempre fue darle la mayor celeridad al trámite de tutela y al ser el incidente de liquidación un desarrollo directo del fallo, los seis meses a los cuales se refiere el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991, a la luz de principio de celeridad, deben referirse a un plazo máximo para que el juez se pronuncie.

No se podría entender que el constituyente impusiera un término perentorio para proferir el fallo de tutela y que disposiciones de inferior jerarquía permitieran a los jueces que liquidan los perjuicios, es decir, que materializan la reparación del derecho fundamental, tomarse un tiempo indefinido para adoptar una decisión. Cuando se ha configurado una vulneración de los derechos fundamentales y no existe posibilidad de reparación diferente a la indemnización, esta última queda estrechamente ligada a la reparación y goce del derecho fundamental. En estos casos, el restablecimiento del goce efectivo de los derechos fundamentales se materializa con el pago efectivo de la indemnización. En los casos descritos, de

¹⁹⁷ ARTICULO 3o. PRINCIPIOS. El trámite de la acción de tutela se desarrollará con arreglo a los principios de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia

poco serviría un fallo dentro de los diez días que señala la Constitución, si su reparación se demora injustificadamente.

El caso que se estudia es un buen ejemplo en el cual a pesar de que el fallo de la Corte Constitucional es del 26 de octubre de 2005, el auto llamado a resolver finalmente el incidente se profirió el 28 de julio de 2009. Casi cuatro años transcurrieron entre que la Corte Constitucional declarará la existencia de perjuicios morales y ordenará su liquidación y que el juez de segunda instancia en el incidente profiera un fallo. Por todo esto, a la luz de del principio de celeridad debe entenderse que la norma que se encuentra en estudio establece un término de seis meses para que el juez competente practique pruebas y liquide los perjuicios que se ordenaron en el fallo de tutela.

3.2.2. EL ARTÍCULO 25 DEL DECRETO 2591 DE 1991 A LA LUZ DEL PRINCIPIO DE EFICACIA

En el mismo sentido, el artículo 3 del decreto ya citado consagra el principio de eficacia, el cual en estos casos está íntimamente ligado a la liquidación y pago de perjuicios. En casos como los descritos hay que señalar que la indemnización no sólo pretende resarcir el daño causado, sino que está estrechamente ligado con el goce efectivo del derecho fundamental. Sin un término claro en el cual el juez deba pronunciarse sobre el monto de los perjuicios, la acción de tutela pierde su eficacia en la protección de los derechos fundamentales.

A lo largo del Decreto 2591 de 1991 se encuentran algunas otras aplicaciones del principio de eficacia, tal es el caso del artículo 18 en virtud del cual cuando “[e]l juez que conozca de la solicitud podrá tutelar el derecho, prescindiendo de cualquier consideración formal y sin ninguna averiguación previa”. Este artículo pretende que el proceso de tutela sea realmente efectivo en la protección de los derechos, que el fallo del juez sea oportuno para evitar un daño irremediable. Siendo esto así, en el decreto ya citado, existe la clara intención de dotar al juez las herramientas necesarias para que la protección que realice de los derechos fundamentales sea realmente eficaz. Por tanto, ante dos opciones interpretativas,

el principio de eficacia nos lleva pensar que la correcta es aquella donde se le impone un límite temporal a la actuación del juez.

3.2.3 ARTÍCULO 25 DEL DECRETO 2591 DE 1991 A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DE INFORMALIDAD Y OFICIOSIDAD

Sumadas a estas características, la jurisprudencia constitucional ha indicado que dicha acción se rige por los **principios** de *informalidad y de oficiosidad*¹⁹⁸, los cuales son el parámetro de orientación de toda la actuación judicial “*y deben ser aplicados al trámite que se le dé a la misma durante todas la etapas procesales*”¹⁹⁹.

En virtud del principio de informalidad la acción de tutela “*no se encuentra sujeta a formulas sacramentales ni a requisitos especiales, que puedan desnaturalizar el sentido material de protección que la propia Constitución quiere brindar a los derechos fundamentales de las personas por conducto de los jueces*”. Siendo esto así, el trámite de acción de tutela no está sujeto a ritos y procedimientos que puedan entorpecer el restablecimiento y goce efectivo del derecho fundamental conculcado.

Por su parte, el principio de oficiosidad se expresa en el “*papel activo que debe asumir el juez de tutela en la conducción del proceso, no sólo en lo que tiene que ver con la interpretación de la solicitud de amparo, sino también, en la búsqueda de los elementos que le permitan comprender a cabalidad cuál es la situación que se somete a su conocimiento para tomar una decisión de fondo que consulte la justicia, que abarque íntegramente la problemática planteada, y de esta forma provea una solución efectiva y adecuada, de tal manera que se protejan de manera inmediata los derechos fundamentales cuyo amparo se solicita si hay lugar a ello*”²⁰⁰. Esto significa que el juez de tutela durante todo el procedimiento

¹⁹⁸ Ver sentencia T-288 de 1997.

¹⁹⁹ Ver C-483/08

²⁰⁰ Ver C-483/08

encaminado a reconocer la vulneración de un derecho fundamental y el de restablecimiento del goce efectivo del mismo, debe tener un papel activo en procura del objetivo de detener la vulneración presente, evitar futuras y restablecer los derechos del accionante.

El papel oficioso del juez se encuentra a través de todo el procedimiento de tutela. Así, por ejemplo, cuando el juez de tutela observa que en el caso en estudio se violan derechos fundamentales diferentes a los convocados por el accionante, debe entrar, en virtud al principio de informalidad, oficiosidad y prevalencia del derecho sustantivo a estudiar y fallar sobre los derechos vulnerados, hayan sido invocados o no. Al respecto, ha señalado esta Corporación que:

“En cuanto a los derechos invocados, la informalidad de la tutela y la necesidad de pronta resolución son características, suficientemente escudriñadas por la doctrina constitucional, que impiden exigir al solicitante un mínimo de conocimientos jurídicos, menos todavía si se pretende que haga encajar sus circunstancias, con absoluta precisión, en el articulado de la Carta Política.

Por ello, si el juez encuentra afectados derechos no invocados por el petente, no sólo puede sino que debe referirse a ellos en su sentencia y decidir lo pertinente, impartiendo las órdenes necesarias para su cabal y plena defensa. De tal empeño depende la eficacia de la acción y el consiguiente imperio de los mandatos constitucionales.

El juez, especialmente en materia de tutela, tiene a su cargo un papel activo, independiente, que implica la búsqueda de la verdad y de la razón, y que riñe con la estática e indolente posición de quien se limita a encontrar cualquier

*defecto en la forma de la demanda para negar el amparo que de él se impetra*²⁰¹.

Igualmente, en virtud al principio de oficiosidad, es obligación del juez de tutela conformar debidamente el contradictorio, cuando observe que en el proceso *“advierta que la demanda ha debido dirigirse contra varias entidades, autoridades o personas, alguna o algunas de las cuales no fueron demandadas,*²⁰² (...) Así pues, es claro que al juez constitucional corresponde integrar correctamente la litis en sede de tutela, en cumplimiento de los principios oficiosidad y eficacia de los derechos fundamentales que rigen ese trámite particular, que se caracteriza por la sumariedad, celeridad, informalidad y la prevalencia del derecho sustancial²⁰³.

Otro ejemplo de la oficiosidad del juez en el trámite de tutela, se encuentra en el propio artículo 25 del decreto 2591 de 1991 en el cual se señala que el *“juez, de oficio, tiene la potestad de ordenar en abstracto la indemnización del daño emergente causado si ello fuere necesario para asegurar el goce efectivo del derecho así como el pago de las costas del proceso”*. Es decir, que la condena de perjuicios en abstracto la puede ordenar el juez de tutela de oficio, sin que el accionante lo solicite. Es suficiente para que el juez pueda constatar la necesidad de ordenar su liquidación en abstracto. Con estos ejemplos, queda claro que la oficiosidad es un eje fundamental en toda la regulación que se hace del procedimiento de tutela.

De tal suerte, que cuando el juez de tutela debe interpretar una norma de procedimiento debe hacerlo a la luz de este principio. Esto es, que cuando se le presenten dos opciones interpretativas posibles sobre la misma norma de

²⁰¹ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-463/96. También pueden consultarse las sentencias T-501/92 y T-390/97.

²⁰² Corte Constitucional, Auto No.116A de 2002

²⁰³ Ver T- 505/05

procedimiento de tutela, debe preferir aquella en la cual su papel sea activo en la protección y restablecimiento del derecho y, por el contrario, desechar aquella en que su papel se limite a ser un espectador de conflictos inter-partes. Por lo tanto, en el caso que nos ocupa, entre las dos opciones interpretativas posibles, bajo la óptica del principio de oficiosidad de la acción de tutela el juez debió preferir aquella en la cual los seis meses a los que hace alusión el artículo 25 del decreto 2591 de 1991 no se refieren a un término de caducidad, en perjuicio del accionante, sino a un término impuesto al juez para que una vez iniciada la actuación de oficio este resolviera la solicitud.

Al estar íntimamente ligada la indemnización y el pago de la misma con el goce efectivo del derecho fundamental conculcado, suponer que se tiene seis meses para solicitar la liquidación o se pierde el derecho a la misma, es tanto como afirmar que se está renunciando al ejercicio de un derecho fundamental. Por tanto, la imposición de una caducidad implica hacer nugatorio el ejercicio del derecho del demandante.

4. REFLEXIONES FINALES

Los planteamientos relevantes expuestos en el presente apartado con relación a la adopción de un punto de vista externo moderado y la tesis de la vigilia. En el que desempeñan un papel clave los casos paradigmáticos, a partir de la identificación de subreglas y principios; así como la labor realizada en el capítulo precedente referente a la aparición en nuestro escenario constitucional colombiano de presupuestos, pautas e institutos creados por la Corte Constitucional en ejercicio de su autonomía procesal. Van a servir *-como punto de partida-* a una teoría procesal constitucional, pues se constituyen como piezas indispensables, que permiten integrar y articular las subreglas procesales expuestas como *-ratio decidendi-*, los principios explícitos e implícitos, así como los institutos procesales surgidos del proceso de construcción pretoriana.

Sin embargo, uno de los aspectos claves -que no debe dejarse de lado- en la construcción de esta TPC que consideramos posible, partirá de entender que los conceptos jurídicos fundamentales que la integran o estructuran, son (históricamente) contingentes y culturalmente contextuales²⁰⁴, no universales e inherentes, como creía Kant, por lo que deberá buscarse -en este intento- de alguna manera reformular las categorías a priori del maestro alemán, sin dejar de considerar que dichas categorías tal como este planteó existen y permiten conocer el mundo.

No podemos olvidar que la reflexión acerca del derecho sufre los mismos impulsos contradictorios y complementarios que permean la imaginación jurídica: la razón (conforme a la cual buscamos ordenar el mundo jurídico en un sistema coherente) y la voluntad (conforme a la cual buscamos reformarla en pos de un supuesto ideal que el derecho debe alcanzar).

El derecho debe ser analizado como un universo de significado, como un marco simbólico que permite entender el mundo a partir de una perspectiva particular (y política). Busca entender y explicar la imaginación jurídica, entendida como las categorías que hacen posible interpretar los hechos y a los sujetos como jurídicos.

De allí que durante toda esta exposición se plantee la necesidad de construir las bases de una **teoría** procesal constitucional y no de un código, idea que algunos como el profesor Velandia²⁰⁵ preconizan, considerando que se debe emular a

²⁰⁴ Paul W. Kahn. *El Derecho Como Imaginación*. Revista Cauces, Año I, Num 2, Abril –Junio 2002 y *The Cultural Study Of The Law: Reconstructing Legal Scholarship*. El Análisis Cultural Del Derecho: Una Reconstrucción De Los Estudios Jurídicos. Trad. Daniel Bonilla. Gedisa Y Yale University Press, Barcelona, 2001, Pag 96-98.

²⁰⁵ El profesor Eduardo Velandia Canosa, plantea como un gran desafío la expedición del Código procesal Constitucional, siguiendo al tratadista y maestro Nestor Pedro Sagues, por razones de seguridad, perfeccionamiento y eficacia, robustecimiento académico e ideológico, del derecho procesal constitucional. En *Desafíos del Derecho Procesal Constitucional*. Memorias del Primer Congreso de Derecho Procesal Constitucional. VC Editores. Bogotá. Mayo 26-28 de 2010, Págs. 13-41. Con relación a nuestro desacuerdo en cuanto a la codificación, nos apoyamos también en el profesor Sagues, quien además de plantear lo inconveniente de descender al plano legal la regulación de los derechos fundamentales, cita como otros riesgos: la impericia del legislador; la regresión, que se da cuando en vez de desenvolver y desplegar de manera positiva tales institutos se les castra, el conflicto, que se presenta cuando se reavivan disputas ya superadas y la

través de un derecho normado o reglado de carácter legislativo, la reglamentación que se hizo en tan novísima materia en el Perú²⁰⁶.

Por ello será imperativo para la construcción de una teoría procesal constitucional, tener presente: el camino recorrido por los tribunales constitucionales y la misma justicia constitucional a nivel mundial; los contornos particulares de nuestra realidad latinoamericana y colombiana; la naturaleza y especificidad del DPC; y la labor pretoriana desarrollada por nuestra Corte Constitucional, quien apoyada en nuevas corrientes interpretativo-argumentativas, ha contribuido de manera decidida en la creación y reconfiguración de importantes pautas, presupuestos, principios e institutos que nutren esta nueva disciplina.

Resulta muy pertinente para estos fines, las reflexiones del profesor Diego López Medina quien expresa que: “ El nacimiento de la Corte Constitucional a finales de 1991 dio nuevo ímpetu al valor del precedente en Colombia (...) Para ello el gobierno de aquel entonces, investido con poderes constitucionales especiales para regular los procedimientos de la Corte (...) se encargó de expedir a finales de 1991, el decreto 2067 (...) Ello dentro de la idea, muy característica de nuestra teoría del derecho, según la cual es a través de disposiciones de derecho positivo como mejor se define el papel concreto que la jurisprudencia (y que las otras fuentes) han de jugar en el razonamiento jurídico. Esta idea iuspositivista menosprecia el papel que juega en el derecho la *cultura* del derecho.

Desde una perspectiva *cultural*, el razonamiento jurídico, no espera a que normas jurídicas lo regulen: el razonamiento jurídico se ve también influido por nuevas concepciones o teóricas o necesidades sociales y políticas. Por tanto, los intentos de la norma positiva por reglar la argumentación jurídica o sus fuentes son de

esclerotización, rara de evitar si el legislador por excesivo reglamentarismo o simplemente por un deseo patológico de aherrojar la realidad, corta las alas de los operadores (en particular de los jueces) y los encierra en una suerte de jaula regulatoria que impide el desarrollo de nuevas variables procesales o remodelación ágil de las existentes. Sagues Nestor Pedro. *Reflexiones sobre la Codificación Procesal Constitucional*. En Masciotra y Carelli. Derecho Procesal Constitucional. Buenos Aires. Editorial Ad hoc, 2006, Págs. 35 y ss.

²⁰⁶ Ley 28237 del 28 de mayo de 2004.

utilidad muy restringida. En este sentido resulta correcto afirmar que el sistema de fuentes, así como los métodos de interpretación e integración del derecho no pueden ser completamente “normados” o “reglados”.

Percepciones cambiantes del derecho renuevan frecuentemente los protocolos interpretativos de los abogados. En nuestro siglo varias “revoluciones argumentativas” han ocurrido en el derecho colombiano y todo ello sin que nadie haya tocado las reglas que nos vienen del siglo pasado. Esa es en general lo que podría denominarse la *falacia positivista*: se asume, sin precaución alguna, que el sistema de fuentes, así como el de interpretación e integración del derecho, son reglados o normados, esto es, responden a las reglas positivas que la ley misma da sobre su valor, jerarquía y función. Ni los tradicionalistas mismos son coherentes con el principio, como bien lo muestra su derogación informal de las reglas sobre ‘doctrina legal probable’²⁰⁷.

Para finalizar esta investigación, es importante recordar las palabras de Kahn: “estamos vinculados al mundo en que vivimos el cual se construye a partir de los significados que en común (imaginamos) construimos (y que nos construyen) y mediante los cuales operamos. En el caso del derecho, construimos y operamos principalmente un mundo de poder. El ejercicio de separarnos temporal e imaginativamente de él, nos permite estar conscientes de que el poder no puede cubrir todas las necesidades humanas”²⁰⁸

²⁰⁷ López Medina, Diego. *El Derecho De Los Jueces: Obligatoriedad del Precedente Constitucional, Análisis de Sentencias y Líneas Jurisprudenciales y Teoría del Derecho Judicial*, Mimeo, Pag. 2.

²⁰⁸ Paul Kahn, Citado por Gómez Gallardo Perla. En *Filosofía del Derecho*. Iure Editores. Ciudad de México. Pag. 174.

CONCLUSIONES

Una vez realizada la presente investigación nos encontramos en capacidad de señalar de manera conclusiva lo siguiente:

- El Tribunal Constitucional es una pieza inventada totalmente por el constitucionalismo norteamericano y reformulada en la primera mitad del siglo XX por Hans Kelsen. Siendo este fruto de una realidad histórica y política, que se verá reflejada en su naturaleza político-jurídica.
- La labor activa que han ejercido los jueces en aras de salvaguardar la carta y proteger los derechos constitucionales, es lo que ha permitido en diferentes latitudes y tradiciones jurídicas diversas, el aumento de sus competencias y la extensión de los alcances de sus fallos
- La tensión existente entre constitucionalismo y democracia, solo se presenta de manera aparente, pues en un sistema democrático se ha hecho necesario e imperioso contar con un Tribunal independiente, que equilibre los derechos que tienen las mayorías de ser escuchados y los de unas minorías a que los mismos no se desconozcan.
- La incorporación de Teorías Transnacionales del Derecho, posibilitaron que nuestro país experimentara importantes avances jurídicos, como la reforma de 1910, que posibilitó el control judicial sobre las leyes y la irradiación de una corriente antiformalista, en la década de los 30's, nada ajena a nuestra judicatura. Pero también que se dieran grandes retrocesos a nivel constitucional, marcados por una lectura dogmática y conservadora de las tesis kelsenianas.
- Con la expedición de la Constitución de 1991, las teorías angloamericanas y alemanas, han servido de apoyo a la Corte para garantizar los derechos fundamentales: al abordar la interpretación de principios en sede judicial; entender el ideal del Estado de Derecho en el contexto de la interpretación

judicial; poner énfasis en el papel de balanceo, la ponderación y la argumentación en derecho; y alabar el giro social en las decisiones judiciales hacia una situación de intervención welfarista.

- El poder de colegislación que ha asumido la Corte Constitucional Colombiana, y que ha sido objeto de crítica de parte de muchos sectores, no es, por lo tanto, ninguna amenaza al principio de separación de poderes, si se tienen en cuenta los desarrollos recientes de los tribunales constitucionales europeos. Toda vez, que este poder de legislación se deriva de las exigencias que plantea el moderno Estado Social de Derecho.
- En ejercicio del control de constitucionalidad y de tutela, a través de una jurisprudencia creativa en el plano sustantivo y procedimental, la Corte Constitucional ha expedido variada tipología de sentencias, que han contribuido a la aparición y consolidación de una nueva rama: el Derecho Procesal Constitucional.
- El DPC, como disciplina que se nutre del constitucionalismo y el derecho procesal, debe ser abordado desde una perspectiva metodológica pluralista y atendiendo además de sus constructos históricos, lo relacionado con su especificidad, ductilidad y autonomía.
- La especificidad y riqueza del DPC viene dada por su concreta forma de producción –pretoriana-, que parte de reconocer que el órgano de garantía constitucional es una fuente autónoma de normas procesales, al tener libertad de configuración legislativa.
- La potestad dinámica y creadora de la Corte Constitucional Colombiana ha posibilitado, la aparición en el escenario procesal constitucional de novedosas subreglas, presupuestos, principios e institutos, lo cual ha contribuido al desarrollo y reconfiguración de dicha disciplina.
- Es posible la construcción de una Teoría Procesal Constitucional, siguiendo la postura intermedia de Moressio y Mendoca de la Vigilia; a través de la estructuración de casos paradigmáticos, dejando de lado las posturas escéptica- nihilistas (Comanducci) y las ultraracionalistas sistemáticas

(Bentham), que no permiten un control racional y no dan cuenta de la realidad procesal constitucional.

- Las interpretaciones y las subreglas o normas adscritas producto de dicho ejercicio hermenéutico, que deberán privilegiarse serán aquellas que reflejen la esencia y naturaleza de un derecho procesal constitucional -que como se ha dicho- tiene sus características particulares y peculiares. Realidad que deberá atenderse también a la hora de precisar sus institutos y los principios jurídicos que la rigen.
- Por último, habrá que entender que los conceptos y categorías, que deberá tratar dicha teoría, no podrán ser absolutos a la manera Kantiana, sino relativos, históricos y específicos. Puesto que hay que concebir el derecho como cultura.

BIBLIOGRAFIA

Agamben Giorgio. *Estado de Excepción*. Adriana Hidalgo Editora. Segunda Edición. Buenos Aires.2004

Alcalá, Humberto. *Consideraciones sobre las sentencias de los Tribunales Constitucionales y sus efectos en América del Sur*. Ius et Praxis v.10 n.1 Talca 2004

Alexy Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1993.

Alexy, Robert. *Comparación Estructural entre la Ponderación y la Subsunción*. Pensamiento Jurídico No 6. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá.

Andrioli, Virgilio, "Profili processuali del controllo giurisdizionale delle leggi", *Atti del Congresso Internazionale di Diritto Processuale Civile, Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile*, Padova, CEDAM, 1953

Astudillo Cesar. *Doce Tesis en Torno al Derecho Procesal Constitucional*. Revista General de Derecho Público Comparado. 2008

Bachelard Gaston. *La Formación del Espíritu Científico*. Siglo XXI Editores. 10ª edición. México. 1982

Beltrán de Felipe Miguel y González García Julio V. *Las Sentencias Básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*. Boletín Oficial del Estado. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid. Segunda Edición 2006.

Bernal Cano Natalia. *El control de Constitucionalidad de la Ley*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. 2003

Bernal Pulido Carlos. *El Derecho de los Derechos*. Universidad Externado.2005.

Bickel Alexander. *The Least Dangerous Branch*, Indianápolis, Bobbs-Merril Educational Publishing, 1978.

Bognetti, Giovanni "La Corte costituzionale tra procedura e politica", VVAA, *Giudizio a quo e proumovimento del processo costituzionale*, Milano, Giuffré, 1990,

Botero Marino Catalina. *La Acción de Tutela en el Ordenamiento Jurídico Colombiano*.

Capelletti, Mauro. *Necesidad y Legitimidad de la Justicia Constitucional*. Centro de Estudios Constitucionales. Editorial Ariel.

Carnelutti, Francesco. *Proceso civil y Proceso Penal*. Revista de derecho procesal civil. V. II, parte I, Padova, Cedam. 1925.

- Comanducci Paolo. *Constitución y Teoría del Derecho*. Ed. Fontamara.2007.
- De Otto, Ignacio. *Derecho constitucional*. Sistema de fuentes. Barcelona: Ed. Ariel S.A., 1987.
- Dorado Porras, Javier, *El debate sobre el control constitucional en los Estados Unidos*, Madrid, Dykinson, Cuadernos "Bartolomé de Las Casas", núm. 3, 1997,
- Dworkin Ronald. *El Imperio de la Justicia*, trad. de C. Ferrari, Barcelona, Gedisa, 1988
- Dworkin Ronald. *Los Derechos en Serio*, trad. de Martha Guastavino, Barcelona, Ariel, 1989.
- Elster Jon y Slagstad Rune, *Constitucionalismo y democracia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1999,
- Ely Jhon Hart. *Democracia y Desconfianza. Una Teoría del Control Constitucional*. Siglo de Hombre Editores. Uniandes. 1997
- Escobar Claudia y Vargas Marcela. *Evaluación Crítica del Principio de Jerarquía Normativa a Partir del Derecho Positivo Colombiano*. Tesis de Grado Universidad Javeriana. Bogotá. 2000.
- Fernández Segado. *La Defensa Jurídica De La Constitución*; Arballo Gustavo. *Un Constitucionalismo Expandido*. Revista Evocatti.
- Ferrajolli Luigi. *Democracia y Garantismo*. Trotta. 2010.
- Ferrer Mac Gregor, Eduardo. *Héctor Fix- Samudio y El Origen Científico del Derecho Procesal Constitucional*. www.juridicas.unam.mx
- Fix-Samudio, Héctor. *La Garantía Jurisdiccional de la Constitución Mexicana. Ensayo de una Estructuración Procesal del Amparo*. UNAM. Mexico. 1955
- García Amado, Juan A. *El Juicio de Ponderación y sus Partes*. Justicia Constitucional. Legis. Bogotá. 2006.
- García de Enterría, Eduardo. *La Posición jurídica del Tribunal Constitucional Español: Posibilidades y Perspectivas*. Revista Española de Derecho Constitucional. Vol 1. Num 1. Enero-abril 1981.
- García Olano, Hernán. *Tipología de Nuestras Sentencias Constitucionales*. Revista Universitas. Bogotá. 2004
- Gargarella Roberto. *La Dificultad de Defender el control Judicial de las Leyes*. Revista Isonomia.
- Gargarella Roberto. *La Justicia frente al Gobierno. Sobre el Carácter Contramayoritario del Poder Judicial*. Ariel, Barcelona. 1996.

Geny François. *Métodos de Interpretación y fuentes en Derecho Privado*. Hijos de Reus Editores. Madrid.

Gómez Gallardo Perla. *Filosofía del Derecho*. Iure Editores. Ciudad de México. 2004

Groter Rainer. *Las Relaciones entre Jurisdicción Constitucional y Justicia ordinaria en el Sistema Alemán: tutela contra sentencias*.

Guastini, Ricardo. *Distinguiendo*. Gedisa. Barcelona. 2000.

Guastini Ricardo. *Estudios de Teoría Constitucional*. Ed. Fontamara. 2007.

Haberle Peter. *Estado Constitucional Europeo. Nueve Ensayos Constitucionales y una Lección Jubilar*. Asociación Peruana de Derecho Constitucional. Editorial Palestra. 2004

Haberle Peter. *La Jurisdicción Constitucional en la Fase Actual de Desarrollo del Estado Constitucional*. Editorial N. P. Engel, Kehl am Rhein/Strassburgo/Arlington/, fascículos 5-8 de 26 de abril de 2004.

Habermas Jürgen *Ciencia y Técnica como Ideología*. Tecnos. Madrid. 1986.

Habermas, Jürgen. *Facticidad y Validez. Sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho en términos de Teoría del Discurso*. Trotta, Madrid, 1998,

Hans Peter. *Jurisdicción Constitucional y Separación de poderes*”, en *Democracia y Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991

Hart H.L.A. *American Jurisprudence through English Eyes: the Nightmare and the Noble Dream*. En *Essays in jurisprudence and Philosophy*, Oxford University Press, 1983.

Herrera Carlos Miguel. *La Polémica Schmitt – Kelsen Sobre el Guardián de la Constitución*. Revista de Estudios Políticos No 86.

Julio Estrada Alexei. *El Precedente Jurisprudencial*. Anuario de Derecho Constitucional. Análisis de Jurisprudencia de la Corte Constitucional, Eduardo Montealegre Lynett (Coord), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003

Kahn Paul W. *El Derecho Como Imaginación*. Revista Cauces, Año I, Num 2, Abril –Junio 2002

Kahn Paul W. *The Cultural Study Of The Law: Reconstructing Legal Scholarship. El Análisis Cultural Del Derecho: Una Reconstrucción De Los Estudios Jurídicos*. Gedisa y Yale University Press, Barcelona, 2001,

Kelsen Hans. *¿Quién Debe ser el guardián de la constitución?* Editorial Tecnos. Madrid

Landa Cesar. *Teoría del Derecho Procesal Constitucional*. Una, Ed. Palestra. Lima. 2004.

López M. Diego. *Teoría Impura del Derecho*. Legis. Primera Edición. 2004. Bogotá.

López Medina Diego y Gordillo Roberto. *Consideraciones sobre el Análisis Estático de Jurisprudencia*. Revista de Derecho Público No 15. Uniandes. Bogotá. 2002.

López Medina Diego. *El Derecho de los Jueces*. Legis. 2000

Lyon Jean. *Le Controle de la Constitutionnalité des Lois en France*. Informations Constitutionnelles et parlementaires, num 105, primer trimestre de 1976

Martínez Caballero, Alejandro. *Tipos de Sentencia en el Control Constitucional de Las Leyes. La experiencia Colombiana*. Revista Estudios Socio-Jurídicos, Vol. 2, N°. 1, Unirioja 2000,

Mendonca Daniel, *Análisis Constitucional. Una Introducción. Como Hacer Cosas Con la Constitución*. Editorial Universidad del Rosario. 2009

Mendoza Escalante, Mijail. *La Autonomía Procesal Constitucional*. Justicia Constitucional, Año 2, No 4, 2010.

Mill John Stuart. *On Liberty*. Alianza Editorial. 1970

Moreso José Juan. *Constitución: Un Modelo para Armar*. Marcial Pons. 2010.

Moreso José Juan. *La indeterminación del derecho y la Interpretación de la Constitución*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1998.

Moreso. José Juan. *Sobre la Ponderación*. Revista Isonomia No 17. Octubre de 2007}

Pérez Royo, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*. Marcial Pons, Madrid, 2003.

Perry M.J. *The Constitution in the Courts*. New York, Oxford University Press. 1994.

Perry M.J. *The Constitution, the Courts and Human Rights. An Inquiry into the Legitimacy of Constitutional Policymaking by the Judiciary*, New Haven-London, Yale University Press. 1982.

Pizzorusso Alessandro, Romboli Roberto *Le norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale dopo quasi mezzo secolo di applicazione*, Torino, G. Giappichelli, 2002,

Prieto Sanchís Luis. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Trotta. 2003.

Rengifo García Ernesto. *Del Abuso del Derecho al Abuso de la Posición Dominante*. Universidad Externado. Bogotá. 2002.

Rodríguez-Patrón, Patricia, *La Autonomía Procesal del Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 2003

Rubio Llorente, Francisco. *La Jurisdicción Constitucional Como Forma de Creación del Derecho*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

Sagüés, Néstor Pedro. *Derecho procesal constitucional. Logros y obstáculos*. Ed. Ad-Hoc y Konrad Adenauer Stiftung. Buenos Aires. 2006

Sagues Nestor Pedro. *Reflexiones sobre la Codificación Procesal Constitucional*. En Masciotra y Carelli. *Derecho Procesal Constitucional*. Buenos Aires. Editorial Ad hoc, 2006,

Schmitt Carl. *La Defensa de la Constitución*. Tecnos. Madrid. 1931

Schmitt Carl. *Teoría de la Constitución*. Alianza Editorial. 1928

Schwartz, Bernard, *The New Right and the Constitution, turning back the legal clock*, Boston, Northeastern University Press, 1990

Soriano Ramon. *Sociología del Derecho*. Ed. Ariel. Barcelona.

Utrera Juan Carlos, *Apuntes sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy, Derechos y Libertades*, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, año II, núm. 4, enero-junio de 1995.

Van de Kerchove Michael y Ost Francois. *De la Bipolarité des Erreurs ou de Quelques Paradigmes de la Science du Droit*. Archives de Philosophie du Droit. t. 33. 1988.

Van de Kerchove Michael y Ost Francois. *El Sistema Jurídico entre Orden y Desorden*. Universidad Complutense de Madrid. 1997.

Weber, Albrecht. Alemania, *Tensiones Entre el Tribunal Constitucional y El Legislador en la Europa Actual*. Comp. Aja Eliseo. Ariel Derecho, Barcelona. 1998

Zagrebelsky Gustavo. *El Derecho Dúctil*. Editorial Trotta. 2003

Zagrebelsky, Gustavo. *¿Derecho Procesal Constitucional? Y otros ensayos de Justicia Constitucional*. FUNDA. Mex. 2004.