



*Escuela Judicial
"Rodrigo Lara Bonilla"*

CONTENCIOSO CONSTITUCIONAL

República de Colombia



**PROGRAMA DE FORMACIÓN
PARA EL ÁREA CONSTITUCIONAL
CONTENCIOSO CONSTITUCIONAL**

PLAN NACIONAL DE FORMACIÓN
DE LA RAMA JUDICIAL

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
SALA ADMINISTRATIVA

HERNANDO TORRES CORREDOR
Presidente

LUCÍA ARBELÁEZ DE TOBÓN
Vicepresidenta

CARLOS ENRIQUE MARÍN VÉLEZ
FRANCISCO ESCOBAR HENRÍQUEZ
JESAEI ANTONIO GIRALDO CASTAÑO
JOSÉ ALFREDO ESCOBAR ARAÚJO
Magistrados

ESCUELA JUDICIAL
“ RODRIGO LARA BONILLA ”

GLADYS VIRGINIA GUEVARA PUENTES
Directora



Consejo Superior de la Judicatura
Sala Administrativa

Escuela Judicial
"Rodrigo Lara Bonilla"



UNIVERSIDAD
SERGIO ARBOLEDA

OSCAR JOSÉ DUEÑAS RUIZ

**PROGRAMA DE FORMACIÓN
PARA EL ÁREA CONSTITUCIONAL
CONTENCIOSO CONSTITUCIONAL**

**CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
SALA ADMINISTRATIVA
ESCUELA JUDICIAL “ RODRIGO LARA BONILLA”**

ISBN 978-958-8331-36-2

OSCAR JOSÉ DUEÑAS RUIZ, 2007

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, 2007

Derechos exclusivos de publicación y distribución de la obra

Calle 85 No. 11 - 96 pisos 6 y 7

www.ramajudicial.gov.co

Primera edición: Diciembre de 2007

Con un tiraje de 1000 ejemplares

Asesoría Pedagógica y Metodológica: Carmen Lucía Gordillo Guerrero

Diseño editorial: Grafi-Impacto Ltda.

Impresión: Grafi-Impacto Ltda.

Impreso en Colombia

Printed in Colombia

PRESENTACIÓN DEL PLAN INTEGRAL DE FORMACIÓN ESPECIALIZADA PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE LOS MÓDULOS DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO PARA EL PROGRAMA DE FORMACIÓN PARA EL ÁREA CONSTITUCIONAL

El Plan Integral de Formación Especializada para la Implementación de los Módulos de Aprendizaje Autodirigido en el **Programa de Formación para el Área Constitucional**, construido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, a través de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, de conformidad con su modelo educativo y su enfoque curricular integrado e integrador de casos reales de la práctica judicial, constituye el resultado del esfuerzo articulado entre Magistradas, Magistrados, Jueces, Juezas, Empleadas y Empleados de la Rama Judicial, la Red de Formadores y Formadoras Judiciales, el Comité Nacional Coordinador, los Grupos Seccionales de Apoyo y cuyo autor **Oscar José Dueñas Ruiz, profesor de la Universidad Sergio Arboleda**, quien con su gran compromiso y voluntad, se propuso responder a las necesidades de formación planteadas para el **Programa de Formación para el Área Constitucional**.

El módulo **Contencioso Constitucional** que se presenta a continuación, responde a la modalidad de aprendizaje autodirigido orientado a la aplicación en la práctica judicial, con absoluto respeto por la Independencia del Juez o Jueza.

La construcción del módulo responde a las distintas evaluaciones que se hicieron con Magistrados, Magistradas, Jueces, Juezas, Empleados y Empleadas, con la finalidad de detectar las principales áreas problemáticas de la implementación del Programa, alrededor de las cuales se integraron los objetivos, temas y subtemas de los distintos microcurrículos como apoyo a los funcionarios, funcionarias, empleadas y empleados de la Rama Judicial. Los conversatorios organizados por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura a través de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” sirvieron para determinar los problemas jurídicos más delicados y ahondar en su tratamiento en los módulos. Posteriormente, el texto entregado por el autor, fue enviado para su revisión por los Magistrados, Magistradas, Jueces y Juezas que participaron en el proceso, quienes leyeron los textos e hicieron observaciones para su mejoramiento. Una vez escuchadas dichas reflexiones, el autor complementó su trabajo para presentar un texto que respondiera a las necesidades de formación jurídica especializada para los Jueces y Juezas Colombianos.

Se mantiene la concepción de la Escuela Judicial en el sentido de que todos los módulos, como expresión de la construcción colectiva, democrática y solidaria de conocimiento en la Rama Judicial, están sujetos a un permanente proceso de retroalimentación y actualización, especialmente ante el control que ejercen las Cortes.

Enfoque pedagógico de la Escuela Judicial

La Escuela Judicial como Centro de Formación Judicial Inicial y Continuada de la Rama Judicial presenta un modelo pedagógico que se caracteriza por ser participativo, integral, sistémico y constructivista; se fundamenta en el respeto a la dignidad del ser humano, a la independencia del Juez y la Jueza, el pluralismo y la multiculturalidad, y se orienta hacia el mejoramiento del servicio.

Es *participativo*, más de mil Magistrados, Magistradas, Jueces, Juezas, Empleadas y Empleados judiciales participan como formadores y formadoras, generando una amplia dinámica de reflexión sobre la calidad y pertinencia de los planes educativos, módulos de aprendizaje autodirigido y los materiales utilizados en los procesos de formación que se promueven. Igualmente, se manifiesta en los procesos de evaluación y seguimiento de las actividades de formación que se adelantan, tanto en los procesos de ingreso, como de cualificación de los servidores y las servidoras públicos.

Es *integral* en la medida en que los temas que se tratan en los módulos resultan recíprocamente articulados y dotados de potencialidad sinérgica y promueven las complementariedades y los refuerzos de todos los participantes y las participantes.

Es *sistémico* porque invita a comprender cualquier proceso desde una visión integradora y holista, que reconoce el ejercicio judicial como un agregado de procesos, que actúa de manera interdependiente, y que, a su vez, resulta afectado por el entorno en que tienen lugar las actuaciones judiciales.

El modelo se *basa en el respeto a la dignidad humana*. El sistema de justicia representa uno de los pilares del sistema social de cualquier comunidad, representa la capacidad que la sociedad tiene para dirimir los conflictos que surgen entre sus integrantes y entre algunos de sus miembros y la sociedad en general. De ahí que el modelo educativo fundamenta sus estrategias en el principio del respeto a la dignidad humana y a los derechos individuales y colectivos de las personas.

El modelo *se orienta al mejoramiento del servicio* pues las acciones que se adelanten para el mejoramiento de las condiciones de trabajo y bienestar de las personas que hacen parte de la Rama Judicial, se hacen teniendo en la mira un mejoramiento sostenido del servicio que se le presta a la comunidad.

Lo anterior, en el marco de las políticas de calidad y eficiencia establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura en el Plan Sectorial de Desarrollo, con la convicción de que todo proceso de modernización judicial ya sea originado en la implantación de nuevos esquemas jurídicos o de gestión, o de ambos, implica una transformación cultural y el fortalecimiento de los fundamentos conceptuales, las habilidades y las competencias de los y las administradoras de justicia, fiscales y procuradores, quienes requieren ser apoyados a través de los procesos de formación.

En este sentido, se desarrollan procesos formativos sistemáticos y de largo aliento orientados a la cualificación de los servidores y servidoras del sector, dentro de criterios de profesionalismo y formación integral, que redundan, en últimas, en un mejoramiento de la atención de los ciudadanos y ciudadanas, cuando se ven precisados a acudir a las instancias judiciales para ejercer o demandar sus derechos o para dirimir conflictos de carácter individual o colectivo.

Aprendizaje activo

Este modelo educativo implica un *aprendizaje activo* diseñado y aplicado desde la práctica judicial para mejorar la organización; es decir, a partir de la observación directa del problema, de la propia realidad, de los hechos que impiden el avance de la organización y la distancian de su misión y de sus usuarios y usuarias; que invita a compartir y generalizar las experiencias y aprendizajes obtenidos, sin excepción, por todas las y los administradores de justicia a partir de una dinámica de reflexión, investigación, evaluación, propuesta de acciones de cambio y ejecución oportuna, e integración de sus conocimientos y experiencia para organizar equipos de estudio, compartir con sus colegas, debatir constructivamente los hallazgos y aplicar lo aprendido dentro de su propio contexto.

Crea escenarios propicios para la multiplicación de las dinámicas formativas, para responder a los retos del Estado y en particular de la Rama Judicial, para focalizar los esfuerzos en su actividad central; desarrollar y mantener un ambiente de trabajo dinámico y favorable para la actuación de todos los servidores y servidoras; aprovechar y desarrollar en forma efectiva sus cualidades y capacidades; lograr estándares de rendimiento que permiten calificar la

prestación pronta y oportuna del servicio en ámbitos locales e internacionales complejos y cambiantes; crear relaciones estratégicas comprometidas con los “usuarios” clave del servicio público; usar efectivamente la tecnología; desarrollar buenas comunicaciones, y aprender e interiorizar conceptos organizativos para promover el cambio. Así, los Jueces, Juezas y demás servidores y servidoras no son simples animadores del aprendizaje, sino gestores y gestoras de una realidad que les es propia, y en la cual construyen complejas interacciones con los usuarios y usuarias de esas unidades organizacionales.

Aprendizaje social

En el contexto andragógico de esta formación, se dota de significado el mismo decurso del aprendizaje centrándose en procesos de *aprendizaje social* como eje de una estrategia orientada hacia la construcción de condiciones que permitan la transformación de las organizaciones. Es este proceso el que lleva al desarrollo de lo que en la reciente literatura sobre el conocimiento y desarrollo se denomina como la promoción de *sociedades del aprendizaje “learning societies”, organizaciones que aprenden “learning organizations”, y redes de aprendizaje “learning networks”*.¹ Esto conduce a una concepción dinámica de la relación entre lo que se quiere conocer, el sujeto que conoce y el entorno en el cual él actúa. Es así que el conocimiento hace posible que los miembros de una sociedad construyan su futuro, y por lo tanto incidan en el devenir histórico de la misma, independientemente del sector en que se ubiquen.

Los procesos de aprendizaje evolucionan hacia los cuatro niveles definidos en el esquema mencionado: (a) nivel individual, (b) nivel organizacional, (c) nivel sectorial o nivel de las instituciones sociales, y (d) nivel de la sociedad. Los procesos de apropiación de conocimientos y saberes son de complejidad creciente al pasar del uno al otro.

En síntesis, se trata de una formación que a partir del desarrollo de la creatividad y el espíritu innovador de cada uno de los y las participantes, busca convertir esa información y conocimiento personal, en *conocimiento corporativo* útil que incremente la efectividad y la capacidad de desarrollo y cambio de la organizacional en la Rama Judicial, trasciende al nivel sectorial y de las instituciones sociales contribuyendo al proceso de creación de “lo público” a través de la apropiación social del mismo, para, finalmente, en un cuarto nivel, propiciar procesos de aprendizaje social que pueden involucrar cambios en los valores y las actitudes que caracterizan la sociedad, o conllevar acciones

1 *Teaching and Learning: Towards the Learning Society*; Bruselas, Comisión Europea, 1997.

orientadas a desarrollar una capacidad para controlar conflictos y para lograr mayores niveles de convivencia.

Currículo integrado-integrador

En la búsqueda de nuevas alternativas para el diseño de los currículos se requiere partir de la construcción de *núcleos temáticos y problemáticos*, producto de la investigación y evaluación permanentes. Estos núcleos temáticos y problemáticos no son la unión de asignaturas, sino el resultado de la integración de diferentes disciplinas académicas y no académicas (cotidianidad, escenarios de socialización, hogar) que alrededor de problemas detectados, garantizan y aportan a la solución de los mismos. Antes que contenidos, la estrategia de integración curricular, exige una mirada crítica de la realidad.

La implementación de un currículo integrado-integrador implica que la “enseñanza dialogante” se base en la convicción de que el discurso del formador o formadora, será formativo solamente en el caso de que el o la participante, a medida que reciba los mensajes magistrales, los reconstruya y los integre, a través de una actividad, en sus propias estructuras y necesidades mentales. Es un diálogo profundo que comporta participación e interacción. En este punto, con dos centros de iniciativas donde cada uno (formador, formadora y participante) es el interlocutor del otro, la síntesis pedagógica no puede realizarse más que en la interacción- de sus actividades orientadas hacia una meta común: la adquisición, producción o renovación de conocimientos.

Planes de Estudio

Los planes de estudio se diseñaron de manera coherente con el modelo educativo presentado y en esta labor participó el grupo de pedagogos y pedagogas vinculados al proyecto, expertos y expertas en procesos formativos para adultos, con conocimientos especializados y experiencia. Así mismo, participó la Red de Formadores y Formadoras Judiciales constituida por Magistrados, Magistradas, Jueces, Juezas, Empleados y Empleadas, quienes con profundo compromiso y motivación exclusiva por su vocación de servicio, se prepararon a lo largo de varios meses en la Escuela Judicial tanto en la metodología como en los contenidos del programa con el propósito de acompañar y facilitar el proceso de aprendizaje que ahora se invita a desarrollar a través de las siguientes fases:

Fase I. *Reunión inicial*. Presentación de los objetivos y estructura del programa; afianzamiento de las metodologías del aprendizaje autodirigido; conformación

de los subgrupos de estudio con sus coordinadores y coordinadoras, y distribución de los temas que profundizará cada subgrupo.

Fase II. *Estudio y Análisis Individual*. Interiorización por cada participante de los contenidos del programa mediante el análisis, desarrollo de casos y ejercicios propuestos en el módulo, consulta de jurisprudencia y doctrina adicional a la incluida en los materiales educativos. Así mismo, elaboración y envío de un informe individual con el fin de establecer los intereses de los participantes y las participantes para garantizar que las actividades presenciales respondan a éstos.

Fase III. *Investigación en Subgrupo*. Profundización colectiva del conocimiento sobre los temas y subtemas acordados en la reunión inicial y preparación de una presentación breve y concisa (10 minutos) para la mesa de estudios o conversatorio junto con un resumen ejecutivo y la selección de casos reales para enriquecer las discusiones en el programa.

Fase IV. *Mesa de estudios o Conversatorio*. Construcción de conocimiento a través del intercambio de experiencias y saberes y el desarrollo o fortalecimiento de competencias en argumentación, interpretación, decisión, dirección, etc., alrededor de las presentaciones de los subgrupos, el estudio de nuevos casos de la práctica judicial previamente seleccionados y estructurados por los formadores con el apoyo de los expertos, así como la simulación de audiencias. Identificación de los momentos e instrumentos de aplicación a la práctica judicial y a partir de éstos, generación de compromisos concretos de mejoramiento de la función judicial y de estrategias de seguimiento, monitoreo y apoyo en este proceso.

Fase V. *Pasantías*. Son experiencias concretas de aprendizaje, dirigidas a confrontar los conocimientos adquiridos, con la realidad que se presenta en los despachos y actuaciones judiciales (sean escritas u orales), mediante el contacto directo de los discentes y las discentes (pasantes), con las situaciones vividas en la práctica judicial, en las diferentes áreas (civil, penal, laboral, administrativo, etc.) bajo la orientación y evaluación de los Magistrados y Magistradas Jueces, Juezas, titulares de los respectivos cargos.

Fase VI. *Aplicación a la práctica judicial*. Incorporación de los elementos del programa académico como herramienta o instrumento de apoyo en el desempeño laboral mediante la utilización del conocimiento construido en la gestión judicial. Elaboración y envío del informe individual sobre esta experiencia y reporte de los resultados del seguimiento de esta fase en los subgrupos.

Fase VII. *Experiencias compartidas*. Socialización de las experiencias reales de los y las discentes en el ejercicio de la labor judicial, con miras a confirmar el avance en los conocimientos y habilidades apropiados en el estudio del módulo. Preparación de un resumen ejecutivo con el propósito de contribuir al mejoramiento del curso y selección de casos reales para enriquecer el banco de casos de la Escuela Judicial.

Fase VIII. *Actividades de monitoreo y de refuerzo o complementación*. De acuerdo con el resultado de la fase anterior se programan actividades complementarias de refuerzo o extensión del programa según las necesidades de los grupos en particular.

Fase IX. *Seguimiento y evaluación*. Determinación de la consecución de los objetivos del programa por los y las participantes y el grupo mediante el análisis individual y el intercambio de experiencias en subgrupo.

Los módulos

Los módulos son la columna vertebral en este proceso, en la medida que presentan de manera profunda y concisa los resultados de la investigación académica realizada durante aproximadamente un año, con la participación de Magistrados y Magistradas de las Altas Cortes y de los Tribunales, de los Jueces y Juezas de la República y expertos y expertas juristas, quienes ofrecieron lo mejor de sus conocimientos y experiencia judicial, en un ejercicio pluralista de construcción de conocimiento.

Se trata entonces, de valiosos textos de autoestudio divididos secuencialmente en unidades que desarrollan determinada temática, de dispositivos didácticos flexibles que permite abordar los cursos a partir de una estructura que responde a necesidades de aprendizaje previamente identificadas. Pero más allá, está el propósito final: servir de instrumento para fortalecer la práctica judicial.

Cómo abordarlos

Al iniciar la lectura de cada módulo el o la participante debe tener en cuenta que se trata de un programa integral y un sistema modular coherente, por lo que para optimizar los resultados del proceso de formación autodirigida tendrá en cuenta que se encuentra inmerso en el **Programa de Formación para el Área Constitucional**. A través de cada contenido, los y las discentes encontrarán referentes o remisiones a los demás módulos del Plan, que se articulan mediante

diversos ejes transversales, tales como Derechos Humanos, Constitución Política de 1991, Bloque de Constitucionalidad, la Ley específica, al igual que la integración de los casos problemáticos comunes que se analizan, desde diferentes perspectivas, posibilitando el enriquecimiento de los escenarios argumentativos y fortaleciendo la independencia judicial.

Por lo anterior, se recomienda tener en cuenta las siguientes sugerencias al abordar el estudio de cada uno de los módulos del plan especializado:

1. Consulte los temas de los otros módulos que le permitan realizar un diálogo de manera sistémica y articulada sobre los contenidos que se presentan.
2. Tenga en cuenta las guías del discente y las guías de estudio individual y de subgrupo para desarrollar cada lectura. Recuerde apoyarse en los talleres para elaborar mapas conceptuales, esquemas de valoración de argumentaciones y el taller individual de lectura del plan educativo.
3. Cada módulo presenta actividades pedagógicas y de autoevaluación que permiten al y la discente reflexionar sobre su cotidianidad profesional, la comprensión de los temas y su aplicación a la práctica. Es importante que en el proceso de lectura aborde y desarrolle con rigor dichas actividades para que críticamente establezca la claridad con la que percibió los temas y su respectiva aplicación a su tarea judicial. Cada módulo se complementa con una bibliografía básica seleccionada, para quienes quieran profundizar en el tema, o acceder a diversas perspectivas.

El Plan integral de Formación Especializada para la Implementación de los módulos de aprendizaje autodirigido en el **Programa de Formación para el Área Constitucional**, que la Escuela Judicial entrega a la judicatura colombiana, acorde con su modelo educativo, es una oportunidad para que la institucionalidad colombiana, con efectiva protección de los derechos fundamentales y garantías judiciales, cierre el camino de la impunidad para el logro de una sociedad más justa.

Finalmente, agradecemos el envío de todos sus aportes y sugerencias a la sede de la Escuela Judicial en la Calle 85 No. 11 — 96 piso 6 y 7, de Bogotá, o al correo electrónico escujudcendoj@ramajudicial.gov.com, que contribuirán a la construcción colectiva del saber judicial alrededor del **Programa de Formación para el Área Constitucional**.

CONTENIDO

PRESENTACIÓN	9
1. LA CONSTITUCION Y SU JURISPRUDENCIA COMO OBJETOS DEL CONOCIMIENTO	24
1.1 Hermenéutica de primer nivel, círculo y diálogo hermenéutico.	24
1.2. Hermenéutica de segundo nivel	25
1.3. Los observadores de la jurisprudencia constitucional	27
1.4 Jurisprudencia	28
1.5 Actividades pedagógicas	28
1.6 Autoevaluación	29
Bibliografía seleccionada	31
2. UNA NUEVA IDEA DE CONSTITUCION.	34
2.1. Transformación del derecho constitucional	34
2.1.1. El bloque de constitucionalidad	34
2.1.2. Carta de los derechos	35
2.1.3. La constitución como norma	36
2.1.4. Constitucionalización del acceso a la justicia	36
2.1.5. Prevalencia del derecho material	37
2.1.6. La constitución ilumina la interpretación de todas las normas jurídicas.	38
2.1.7. El enorme poder del juez y de la jueza	39
2.2 Actividad pedagógica	40
2.3 Jurisprudencia	41
2.4 Autoevaluación	41

3.	CONTROL JUDICIAL CONSTITUCIONAL	48
3.1.	Sistema concentrado, en el control constitucional	48
3.2.	El control constitucional difuso	50
3.3.	Resumen del control judicial constitucional, en las constituciones de colombia	51
3.4	Jurisprudencia	54
3.5	Actividad pedagógica	54
3.6	Autoevaluación	54
	Bibliografía seleccionada	56
4.	LA ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD	58
4.1.	Objeto de la acción	58
4.2.	Competencia de la corte constitucional	58
4.3.	Los guardianes de la constitución colombiana	60
4.4.	Procedimiento de la actual acción de inconstitucionalidad	64
4.4.1	Presentación de la demanda	64
4.4.2	Inadmisión, rechazo de la demanda	64
4.4.3	Recurso de súplica	65
4.4.4	Admisión de la demanda	65
4.4.5	Legitimación, oportunidad y requisitos	65
4.5	Jurisprudencia	67
4.6	Actividad pedagógica	68
4.7	Autoevaluación	68
	Bibliografía seleccionada	
5.	SENTENCIAS SOBRE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD	72
5.1.	Jurisdicción constitucional	72
5.2.	Desarrollo orgánico de la corte constitucional	72
5.4.	Parte resolutive en las sentencias de inconstitucionalidad	74
5.5.	La parte motiva en las sentencia de inconstitucionalidad	75
5.6.	La cosa juzgada constitucional	78
5.7	Jurisprudencia	79
5.8	Actividades pedagógicas	80
5.9	Autoevaluación	80

	Bibliografía seleccionada	84
6.	VALOR VINCULANTE DE LA “RATIO DECIDENDI”	86
6.1.	La “ratio decidendi” en las sentencias de constitucionalidad	86
6.2.	La “ratio decidendi” y la igualdad interpretativa	87
6.3.	Existe la cosa juzgada, respecto de la “ratio decidendi”?	89
6.4.	“La ratio decidendi” y su poder vinculante	93
6.5.	Jurisprudencia	95
6.6.	Actividad pedagógica	96
6.7.	Autoevaluación	96
	Bibliografía seleccionada	97
7.	CULTURA DEL PRECEDENTE	100
7.1.	El escritor y el lector de sentencias	100
7.2.	Distinción entre precedente y antecedente	101
7.3.	Manera de buscar el precedente jurisprudencial	102
7.4.	Jurisprudencia	106
7.5.	Actividad pedagógica	107
7.6.	Autoevaluación	107
	Bibliografía seleccionada	
8.	TEMAS Y SUBTEMAS PRINCIPALES EN LA CONSTITUCION Y EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL	112
8.1.	Apreciación previa: necesidad de conocer las dos jurisprudencias constitucionales: corte suprema y corte constitucional)	112
8.1.1	Diferencias en los pronunciamientos de las dos cortes	112
8.1.2	Coincidencias en los pronunciamientos de las dos cortes	114
8.2.	Derechos a la libertad	115
8.3.	Derecho a la igualdad	118
8.4.	Derechos adquiridos	123
8.5.	Función social y ecológica de la propiedad	125
8.6.	Derechos sociales, en conjunto	126

8.6	Salarios	129
8.7.	Derecho a la educación	130
8.8.	Derecho a la vivienda	130
8.9.	Protección al menor	131
8.10	Jurisprudencia	132
8.11	Actividad pedagógica	133
8.12	Autoevaluación	133
	Bibliografía seleccionada	136

CONVENCIONES

A_e

Autoevaluación

A_p

Actividades pedagógicas

B

Bibliografía

G

Glosario

O_e

Objetivos específicos

O_g

Objetivo general

Unidad 1 | LA CONSTITUCIÓN Y SU JURISPRUDENCIA COMO OBJETOS DE CONOCIMIENTO

Qg

Examinar la importancia de la hermenéutica de primer nivel, o sea la interpretación de la norma y la interpretación de la interpretación, segundo nivel hermenéutico, que en el universo jurídico corresponde a la observación de la jurisprudencia.

Qe

- *Reconocer que la Corte Constitucional en su accionar, sostiene un diálogo hermenéutico entre la Carta Fundamental y su Jurisprudencia;*
- *Concluir que las sentencias de la Corte Constitucional deben ser leídas en forma crítica y no solamente lineal;*
- *Identificar el comportamiento de los observadores y observadoras de la jurisprudencia constitucional, quienes, o se dejan impresionar por ella, o expresan en la jurisprudencia su particular forma de pensar jurídico, o ven en la jurisprudencia un proceso dialéctico.*

1. LA CONSTITUCION Y SU JURISPRUDENCIA COMO OBJETOS DEL CONOCIMIENTO

1.1 HERMENÉUTICA DE PRIMER NIVEL, CÍRCULO Y DIÁLOGO HERMENÉUTICO.

El conocimiento de la Constitución y el ejercicio del control judicial constitucional concentrado, obligan a acudir a la hermenéutica, porque interpretar la norma se torna tan importante como expedirla.

La hermenéutica es la teoría científica del arte de interpretar los diferentes elementos o textos. Hay quienes se inclinan por la hermenéutica como el arte del entendimiento. Se dice que el arte de hablar y de escribir implica la necesidad del arte de la comprensión. Dentro de esta dimensión, la hermenéutica será más comprensión que interpretación. Por eso, Schleiermacher define a la hermenéutica como el arte de evitar el malentendido, superando lo sistemáticamente deformado.

Otros agregan que para evitar los malentendidos, se requiere de un conocimiento metodológico controlado. A principios del siglo XIX, la hermenéutica era algo más que un método. Era una capacidad de comprensión por parte del ser humano. En la cosmovisión occidental, interpretar es captar subjetivamente el significado de las cosas.

La interpretación jurídica, en un sentido amplio, es asignar significado a expresiones del lenguaje jurídico; y, en un sentido más preciso, determinar el significado de una expresión jurídica dudosa. El primer comportamiento hace parte de la tradición científica de la época moderna y va mucho más allá de la comprensión, es algo así como darle vida al texto. Los hermanos Mazeau decían que la jurisprudencia (interpretación de la norma) es la fuente de la eterna juventud jurídica.

En el siglo XX, al hablar de hermenéutica, se incluyen los temas del círculo y del diálogo hermenéutico.

En el círculo existen dos hemisferios, el de la norma y el del intérprete. El primero, el hemisferio de la norma jurídica, controla el hemisferio del intérprete para que no haya abuso en la interpretación; y en el segundo, el intérprete da dinamismo a la norma. Pero, como todo círculo, es cerrado¹.

¹ Por eso hay quienes prefieren hablar de espiral hermenéutica y no de círculo hermenéutico

Por otro aspecto, surge un diálogo constante entre la norma (pasado) y el intérprete (presente). En consecuencia, el diálogo hermenéutico consiste en una explicación o interpretación permanente, inagotable, siempre enriquecedora y transformadora, lo cual significa que no puede haber una interpretación única correcta.

Al hablar de diálogo se presume el manejo del lenguaje, pero en un contexto de pluralismo ideológico progresista, en cuanto sea un diálogo interpretativo contra la injusticia, la desigualdad y el respeto a los derechos humanos.

Un primer nivel del conocimiento resulta de la relación entre el sujeto y el objeto (entre la norma jurídica y el magistrado que la interpreta). Se tiene la pretensión de la verdad objetiva (la certeza que daría la jurisprudencia), pero ese conocimiento (jurisprudencia) se convierte a su vez en objeto para un nuevo conocimiento y se ingresa a un segundo nivel.

1.2. HERMENÉUTICA DE SEGUNDO NIVEL

Las sentencias de los órganos límite de las respectivas jurisdicciones contienen jurisprudencia². Esa jurisprudencia, a su vez, se convierte en permanente objeto de estudio. Es aquí donde surge la hermenéutica de segundo nivel, porque implica la comprensión de la jurisprudencia y, en ocasiones, la interpretación de ella, ya que un acucioso observador de las sentencias, por el sólo hecho de efectuar un acto de observación a profundidad, puede modificar lo observado³.

Para comprender una jurisprudencia y para que sea objeto del conocimiento, hay que superar las lecturas lineales de los fallos porque el lector debe ser activo y no pasivo. Con apoyo en las normas de la investigación científica y en la epistemología, puede lograrse una seria comprensión, es viable trazar una línea jurisprudencial, y, por consiguiente, es factible elaborar un precedente. En otras palabras, las razones de una decisión de la Alta Corte, que se desprenden del caso decidido, se van a trasladar a un caso posterior, con el calificativo de jurisprudencia, pasan a ser objeto de interpretación, pero, en ocasiones, no pueden quedarse en el terreno de la copia literal, ya que en esta última situación, se pierde todo proceso creador.

² La producción de jueces de instancia no es jurisprudencia, es doctrina

³ El físico alemán Werner Heisenberg, dentro de la física cuántica demostró que al emplear un microscopio potente para determinar la posición de un electrón, la partícula de la luz (fotón) que lanza el microscopio, hace cambiar al electrón observado

La hermenéutica de segundo orden tiene que ajustarse a parámetros de honestidad y respeto; tiene sentido en cuando se realice mediante construcciones metodológicas sujetas a las reglas de una seria investigación científica; tiene la ventaja de conformar una corriente. Habría peligro si se cae en la manipulación al interpretar la interpretación o si se hacen relatos o análisis sesgados o mentirosos. La hermenéutica de segundo orden tiene relevancia en cuanto pueda ser calificada por “pares académicos”. Para superar cualquier dificultad, hay que emplear capacidad de análisis y de síntesis, apropiarse correctamente los conceptos, reflexionar y explicitar las posturas y, en fin, hacer una lectura analítica de los textos.

En esta dimensión, en la hermenéutica de segundo nivel, tiene enorme importancia la epistemología, porque cuando el conocimiento se convierte, a su vez, en objeto de conocimiento, se sitúa en un segundo nivel, el del conocimiento epistemológico, el del conocimiento del conocimiento, animado por la pretensión de clarificar tales condiciones, reglas, límites, validez, del conocimiento científico. Sea de aclarar que, generalmente, quien acude a la epistemología, es un tercero, diferente al autor o autora del conocimiento original.

La hermenéutica de segundo nivel viene a ser la expresión del saber hacer, porque, con elementos científicos, el operador jurídico deja de ser simple lector de jurisprudencia. La capacidad de observación, la ubicación de la “ratio decidendi”, las habilidades para organizar datos e información, sirven para proyectar en el trabajo diario la Constitución y su interpretación.

Sobra resaltar la importancia de adelantar investigaciones permanentes, dentro de la denominada hermenéutica de segundo grado, es decir la interpretación de la interpretación jurídica. Esto significa conformar un acumulado histórico de las influencias ideológicas e históricas de la producción jurídica nacional, con líneas de investigación que analicen toda la vida judicial republicana.

La concepción anterior implica adoptar científicamente la cultura del precedente jurisprudencial, no de una forma sectaria, sino armonizándola con el principio de igualdad y con el apoyo de la información que se ha logrado a través de los computadores. Es decir, la tarea del momento es convertir a la jurisprudencia en algo trascendental, sin endiosarla, y, por supuesto, respetando a toda la jurisprudencia no a un segmento de ella.

Hay quienes afirman que, tratándose de ciencias sociales y específicamente del derecho, no puede afirmarse que la investigación sea científica. Sin embargo, fue precisamente en Norte América donde ese afán de convertir el derecho en algo científico, permitió la jurisprudencia analítica.

1.3. LOS OBSERVADORES DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL⁴

La producción jurisprudencial de la Corte Constitucional en buena parte, se aparta del formalismo jurídico y del imperio de la exégesis. Esta novedosa jurisprudencia impresiona. Son muchos, quienes ven con buenos ojos un manejo del derecho que poco tenga que ver con la ilusión de una seguridad jurídica de raíz positivista. También causa impresión que las sentencias se llenan de cosas extrañas: pies de página, anexos, palabras que antes no eran frecuentes dentro del léxico jurídico (razonabilidad, test, ponderación, núcleo esencial, bloque de constitucionalidad).

Algunos de los admiradores, llegan al extremo de afirmar que la jurisprudencia crea subreglas (no falta quien diga que son reglas), a las cuales dan más valor práctico que a las propias normas. En resumen, son post-impresionistas.

Otros observadores y de la jurisprudencia constitucional colombiana, inmersos en las corrientes jurídicas alemanas y norteamericanas de finales del siglo XX, se consideran, con justo título o sin él, la vanguardia en el mundo del derecho y dan por sentado que la correcta teoría jurídica es la que esos observadores expresan. No se dejan impresionar por la jurisprudencia, más bien la acomodan a su particular modo de ver los temas jurídicos. Es decir, que expresan en el objeto (jurisprudencia) las concepciones y teorías que profesan y sus investigaciones van más allá de la jurisprudencia que analizan. Se advierte entonces, que ‘expresión’ aparece como un concepto opuesto a ‘impresión’. Son los expresionistas.

En algunos casos, esos expresionistas, que por supuesto no son magistrados ni magistradas, también imprimen, deliberadamente, su huella en la jurisprudencia. Se trata de una conducta comprometida con teorías que corren el peligro de convertirse en abstracciones. Se convierten en expresionistas abstractos. Es el deseo ardiente de crear más allá de lo que explicate la jurisprudencia, el anhelo de convertirse en profetas de un pensamiento único, hegemónico, indudablemente proveniente de los países del norte.

Otro sector, el tradicional, el de los “primitivos-modernos”, satanizan lo que se aleje del formalismo jurídico. Y, como se ven ante una realidad nueva, la simplifican en proposiciones ingenuas y la consideran como una producción jurisprudencial muy elemental. Son los observadores “naif”.

⁴ Fernando Garavito y Francisco Tafur Morales, fueron extraordinarios analistas de la producción de la Corte Suprema de Justicia

Existen, también, dentro de quienes hacen hermenéutica de segundo nivel, los dialécticos, al mismo tiempo modernos, que critican las injusticias, anhelan el respeto a los derechos humanos. Aceptan lo nuevo, pero ven con cierta sospecha a las vanguardias, no creen que la vanguardia es intocable, en esta posición es inevitable poner en tela de juicio lo contemporáneo, pero no se regresa a lo tradicional. La diferencia entre esta corriente, de profundo contenido humanista, y los calificados como “expresionistas”, radica en que los dialécticos consideran que el hombre y sus derechos no pueden ponerse al servicio de la economía y que no es prudente abogar por el método consecuencialista⁵, ya que tal método permite atar la resolución de los conflictos jurídicos a las leyes del mercado.

1.4 JURISPRUDENCIA

J

Lea y analice las siguientes sentencias relativas a la hermenéutica y destaque en ellas los argumentos con base en los cuales se desarrolla el tema central.

C-806/01, Corte Constitucional. Se refiere a la interpretación auténtica; analiza el artículo 14 del Código Civil.

T-1026/01, Corte Constitucional. Tiene que ver con la interpretación judicial, aventura reglas hermenéuticas.

Sentencia de 7 de julio de 1942, Sala Plena de la corte Suprema, que declaró inexecutable el artículo 62 del Código Contencioso Administrativo, en la parte que señala al consejo de Estado competencia y jurisdicción para conocer de la inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno. Es interesante la interpretación directa de la Corte y la remisión a los doctrinantes (G.Y.T.L III, # 1984-5, pág. 231.

1.5 ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS

Ap

Realice las siguientes actividades:

A partir de una investigación sobre la producción de la Corte Constitucional, cómo se calificaría ésta:

1) ¿Cómo un respeto irrestricto a la Constitución?

⁵ El juez en el momento de fallar debe tener en cuenta las consecuencias de su decisión



2) *¿Cómo una creación de Derecho Constitucional Colombiano, al rededor de la norma constitucional?*

3) *¿Cómo un objeto del conocimiento para que los observadores de la jurisprudencia constitucional edifiquen una teoría constitucional nacional?*

1.6 AUTOEVALUACIÓN



Realice su auto evaluación con base en el análisis del siguiente caso: para autoevaluación

La Corte Suprema, en el año 1900, declaró exequible un decreto proferido por el gobierno de don José Manuel Marroquín. Fue una decisión en la cual, sin competencia y oficiosamente, la Corte Suprema analizó un decreto cualquiera con el propósito de calificar que Marroquín sí estaba desempeñando funciones de Presidente de la República y que el Presidente no era el señor Sanclemente. En verdad, no “legitimó” el golpe de estado, lo refrendó porque éste ya se había producido, por la fuerza de las armas, continuaban haciéndose contactos, inclusive a través de prelados de la iglesia, para buscar soluciones amigables; pero la sentencia aspiró reforzar la presunta legitimidad de quien dio el golpe.

En efecto, por ACUERDO 865 de 21 de septiembre de 1900, ponente Lucio Pombo, se declaró exequible el decreto legislativo 46 de 1900 sobre términos judiciales, dictado por el vicepresidente Marroquín. Este ACUERDO NUMERO 865 (así se denominaba en ese entonces a los fallos de inconstitucionalidad), expresó:

“La Corte Suprema de Justicia de la Nación declara que el vicepresidente de la República, en virtud del título de que está investido, ha podido asumir, por derecho propio, el Poder Ejecutivo para ejercer las atribuciones de Presidente, y que en consecuencia, el Decreto número 46, de 24 de agosto último, es exequible”.

Se trataba, como ya se dijo, de una norma sobre procedimientos judiciales, que sirvió de disculpa para que oficiosamente la Corte Suprema de Justicia refrendara (no legitimara) el mandato presidencial del señor Marroquín.

La Corte consideró que los altos poderes nacionales residen y ejercen sus funciones en la capital de la República, y que “sería absurdo y



enteramente contrario al Derecho Público interpretar que las licencias que del Senado pueda obtener el Presidente de la República, ya para separarse temporalmente del ejercicio de sus funciones, ya para ejercerlas fuera de la capital, deban entenderse indefinidas y sujetas en su duración a ala voluntad discrecional del agraciado, con perjuicio evidente de la buena marcha de la Administración” Y, continúa diciendo el fallo: la ausencia del Presidente de la capital debe considerarse como falta que ha de llenarse por el vicepresidente.

El Magistrado Casas Rojas en el tema constitucional hizo una consideración bastante audaz para la época, que sin embargo no fue recogida en el texto del fallo, sino de una aclaración. Dijo el doctor Casas Rojas: “La ley escrita nunca es completa: cuando ella es deficiente, como sucede a menudo, entra en su lugar la jurisprudencia, que es conjunto de sabios consejos y principios invariables, recogidos en el curso de los siglos. La propia conservación del individuo y la propia conservación de la sociedad, particularmente en casos excepcionales, como en el de la presente época, son, antes que todo, asuntos de derecho natural”. En consecuencia, con la disculpa de examinar una norma frente a la Constitución, se hicieron interpretaciones que ubicaron a la Corte Suprema casi como constituyente. Y, a la decisión de la Corporación se le hizo la interpretación de que era un refuerzo al golpe de estado que Marroquín le dio a Sanclemente el 31 de julio de 1900.

Con base en el análisis del caso anterior resuelva los siguientes ejercicios de auto evaluación:

- 1) ¿Tiene algún respaldo hermenéutico el comportamiento de la Corte Suprema al expedir el Acuerdo 865?*
- 2) ¿ Puede afirmarse que la jurisprudencia llena vacíos constitucionales?*
- 3) ¿En hermenéutica de segundo nivel, se puede dar al mencionado Acuerdo la connotación político-jurídica de legitimar un golpe de estado?*

BIBLIOGRAFÍA SELECCIONADA

Bs

MONROY CABRA, Marco Gerardo. *Interpretación constitucional*, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 2003.

Estudio ecléctico de la interpretación jurídica y, específicamente, de la interpretación constitucional

TAFUR MORALES, Francisco. *La Nueva Jurisprudencia de la Corte*, Editorial Óptima, Bogotá, 1939.

El mejor estudio hecho a la jurisprudencia de la Corte Suprema de la época de López Pumarejo.

RESTREPO HERNANDEZ, Julián. *Lógica*, 1907. Impresión hecha por el Colegio del Rosario, de las conferencias que el autor dictó en su cátedra de filosofía.

Demuestra la importancia que se le daba en las facultades de Derecho a la búsqueda de la verdad.

Unidad 2 | UNA NUEVA IDEA DE CONSTITUCIÓN

Qg

Demostrar que la teoría clásica ha sido superada por una moderna teoría constitucional, que incluye no solamente la organización del Estado, sino el reconocimiento de los derechos, valores y principios y, especialmente, la consagración de garantías judiciales para los derechos subjetivos fundamentales.

Qe

- *Explicar el Bloque de constitucionalidad;*
- *Resaltar la inclusión en la Constitución de una carta de los derechos;*
- *Trabajar la Constitución como norma jurídica;*
- *Ubicar el acceso a la justicia como expresión de un nuevo manejo constitucional;*
- *Manejar el derecho sustancial como algo prevalerte;*
- *Indicar la interpretación de las normas a la luz de la Constitución, y*
- *Resaltar el gran poder que hoy tienen el Juez o la Jueza según el constitucionalismo contemporáneo.*

2. UNA NUEVA IDEA DE CONSTITUCION.

2.1. TRANSFORMACIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

El derecho se constitucionalizó y se internacionalizó. En Colombia, la Constitución adquirió enorme importancia a partir de 1991. Se contó, por supuesto, con un gran apoyo: la supremacía de la Constitución era una postura que ya venía desde el Acto Legislativo # 3 de 1910 y se reafirmó en el artículo 4° de la actual Constitución Política.

Antes de 1991, se veía a la Constitución como el fundamento del Estado de derecho. Era un texto escrito, sistematizado, coherente. Visión formal y centrada del modelo de Estado. A partir de 1991, la Constitución va a tener una parte orgánica: separación de los poderes públicos, organización del Estado; y una parte dogmática, en la cual ya no se hace solamente una reseña programática de los derechos y libertades individuales, sino que los derechos ascienden cualitativamente por la protección que se da a los derechos de libertad, de igualdad, a los derechos sociales, económicos y culturales, al reconocimiento de valores y de principios, a la protección a las minorías a los subordinados y a los indefensos. Todo ello es parte integrante de un constitucionalismo posterior a las viejas constituciones simplemente liberales que, en Colombia, se conoce como Estado Social de Derecho. Hay quienes califican este hecho como post-constitucionalismo o neo-constitucionalismo, en realidad estas denominaciones no son relevantes, lo importante es reseñar que hoy la Constitución debe materializarse en hechos que repercuten en el bienestar y en la dignidad del hombre.

Es una nueva idea de la constitución, con proyecciones prácticas respecto al modelo de Estado y al manejo del derecho. Dentro de los variados temas que se manejan en ese nuevo universo, vale la pena resaltar, por incidir en el módulo, los siguientes:

2.1.1. El bloque de constitucionalidad

La Constitución deja de ser formal, pasa a ser material y por eso queda integrada por el texto del articulado, por el Preámbulo de la misma y por las normas internacionales relacionadas con los derechos humanos. A esta integración se la califica como bloque de constitucionalidad.

El Preámbulo es la manifestación anterior al articulado. No sólo identifica la voluntad de una comunidad política, sino la suma de las rutas jurídicas para la

acción del Estado, que a su vez constituyen los cimientos del mismo. Según lo acotó la Corte Constitucional:

“Quitar la eficacia jurídica al Preámbulo, llamado a guiar e iluminar el entendimiento de los mandatos constitucionales para que coincida con la teleología que les da sentido y coherencia, equivale a convertir esos valores en letra muerta, en vano propósito del constituyente toda vez que al desaparecer los cimientos del orden constitucional se hace estéril la decisión política soberana cuyo amparo se ha establecido en la Constitución. Busca la Corte Constitucional que el preámbulo goza de poder vinculante en cuanto al sustento el orden que la carta instaure y, por tanto toda norma sea de índole legislativo o de otro nivel - que desconozca o quebrante cualquiera de los fines en el señalados, lesiona la Constitución por que traiciona sus principios⁶.

La aplicación de los Convenios sobre derechos humanos se establece en el artículo 93 de la C.P.

2.1.2. Carta de los derechos

La Constitución de 1991 incluye una Carta de Derechos. Sus primeros 102 artículos contienen los principios fundamentales, derechos, garantías, derechos colectivos y las formas de protección y aplicación de los mismos. Este listado de derechos no es cerrado porque existe expresa remisión a los instrumentos internacionales cuando consagran derechos humanos.

El desarrollo de esa Constitución lleva hacia la importancia de los derechos subjetivos fundamentales, reclamables ante los jueces o juezas. La labor de los mismos, como protectores de los derechos fundamentales, acerca la labor judicial a la cotidianidad y por consiguiente, da enorme poder al juez y a la jueza dentro de la sociedad. Particular importancia tiene la tutela o amparo. En la tutela, se ha superado la visión monista (identificándolos sólo con los derechos de libertad y de igualdad) y hoy se admite la visión dualista donde también son derechos fundamentales los derechos prestacionales, denominados en ocasiones como derechos de solidaridad, empleando la terminología del frustrado proyecto de Constitución de la Unión Europea. Todo lo anterior se enmarca dentro de un replanteamiento del pacto social inmerso en el Estado democrático de derecho.

La presencia de los derechos fundamentales prácticamente desplazó a la soberanía (bastante erosionada, por cierto) del centro del espacio constitucional.

⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia agosto 13 de 1992, expediente D-020, D-025-D-031 D-040.M.P.: Jose Gregorio Hernández y Alejandro Martínez Caballero

De ahí que sociológicamente principia a sostenerse que la legitimidad de las decisiones judiciales está en relación directa con la garantía de los derechos fundamentales, y postulado que esto debe ser tenido en cuenta por el juez o la jueza en el instante de interpretar y decidir.

Haciendo una sutil diferenciación entre derechos fundamentales y derechos humanos, en cuanto a su origen, se dice que los derechos fundamentales son reconocidos por la Constitución (directa o indirectamente, caso del artículo 93 C.P.), mientras que los derechos humanos son creación de instrumentos internacionales.

2.1.3. La constitución como norma

La Constitución está concebida de tal manera que la parte orgánica de la misma adquiere razón de ser en cuanto respete al ser humano y ponga en práctica los principios y derechos consagrados en la parte dogmática de la misma. No es posible, entonces, desarrollar e interpretar la Constitución por fuera de los contenidos materiales y en contra de los derechos fundamentales.

El artículo 230 de la C. P. establece que los jueces están sometidos al imperio de la ley, y se entiende que la Constitución es norma jurídica.

Bajo éste enfoque, las acciones constitucionales que garantizan los derechos establecidos en la Carta Fundamental, adquieren un valor enorme.

2.1.4. Constitucionalización del acceso a la justicia

El acceso a la justicia es un derecho constitucional (artículo 229 de la C.P., en armonía con el artículo 29 ibidem). Implica no solo la posibilidad de presentarse ante los Tribunales y Juzgados, sino también el derecho a que los recursos interpuestos sean tramitados y las pruebas practicadas sean aportadas.

El acceso a la justicia es, además, un derecho fundamental, lo ha reiterado (dicho) la Corte Constitucional desde la sentencia T-06/1992.

En la jurisprudencia extranjera, está el caso de Rigoberta Menchú, en acción de amparo que prosperó y en la cual se invocó el acceso a la justicia penal (Sentencia 237/05 del Tribunal Constitucional Español); allí se dijo, al aplicar el principio *“pro actione”* que se debe *“obligar a los órganos judiciales a interpretar los requisitos procesales en forma proporcionada”*, satisfaciéndose el test de razonabilidad.

El derecho de acceder a la justicia se proyecta, en sus vertientes de derecho de acceso al recurso, a la prueba, a la jurisdicción.

Se dice que impedir el acceso a la justicia implica una violación al derecho a la jurisdicción. Por eso, en la sentencia 63 de 2006, que también prosperó, el mencionado Tribunal Constitucional Español dijo:

“Como consecuencia de la incidencia del citado principio, los cánones del control de constitucionalidad de las decisiones judiciales –ausencia de arbitrariedad, irrazonabilidad o error patente– se amplían cuando se trata de acceso a la jurisdicción, ... La efectividad del derecho a la jurisdicción no consiente interpretaciones y aplicaciones de los requisitos legales caracterizadas por el rigorismo, el formalismo o la desproporción entre los fines que preservan y la consecuencia del cierre del proceso que conllevan, con eliminación u obstaculización injustificada del derecho a que un órgano judicial resuelva sobre el fondo de la pretensión a él sometida”.

2.1.5. Prevalencia del derecho material

Una interpretación simplemente formal, por perfecta que sea, en ocasiones puede afectar el derecho sustancial. El formalismo, en la interpretación, se confunde a veces con la aplicación de las reglas que pueden entrar en colisión con los principios jurídicos. Prima facie, los principios se imponen sobre las reglas y de ahí se colige la prevalencia del derecho material que está consagrada en las Constituciones Políticas (artículo 228 de la C.P). Sin embargo, se debe ser muy cuidadoso al respecto, porque pueden existir situaciones en las cuales no prevalece de manera absoluta el derecho material. En la sentencia T-058/95 se hicieron las siguientes salvedades:

“1. La prevalencia absoluta de la justicia material es insostenible teóricamente e impracticable judicialmente. Ello entrañaría el desconocimiento de toda formalidad en beneficio de las consideraciones fácticas; el derecho se desvanecería en una especie de actividad política.

2. El principio de la prevalencia de la justicia material no puede traducirse en una eliminación de todas aquellas reglas que aplicadas de manera clara y específica a un caso concreto no producen el fin propuesto desde el punto de vista del sujeto afectado. Existe un ámbito de imponderables personales que pueden ser determinantes en el resultado que el derecho produzca en los individuos y que no pueden ser previstos por las normas jurídicas. Una visión completamente consecuencialista del derecho introduciría variables de tipo psicológico, ideológico, sociológico, etc., que serían imposibles de controlar. La

aplicación del derecho sería totalmente impredecible y la práctica jurídica se convertiría en un juego de azar.

3. Un principio constitucional tienen una fuerza normativa que inspira y proporciona sentido a todo el ordenamiento jurídico pero que no es suficiente para imponerse por sí mismo ante cualquier regla inferior del sistema. Esta insuficiencia proviene de la necesidad de ponderación y adecuación que es propia de la aplicación de principios.

4. Los principios juegan un papel esencial en la interpretación jurídica, en especial cuando se presentan casos difíciles, producto del conflicto de varias normas.

5. Las excepciones a las reglas que los jueces o juezas introducen en la interpretación del derecho con fundamento en la justicia material tienen que ser el resultado del carácter abiertamente contraproducente de la aplicación estricta de la misma. Las normas jurídicas son una especie de previsión de la realidad futura. En esta tarea el creador del derecho no siempre logra contemplar todas las variaciones fácticas posibles. Por eso se presentan casos en los cuales la aplicación directa y estricta de la norma contemplada, conduce a un resultado odioso o contraproducente que debe ser remediado mediante una interpretación que de prioridad a consideraciones de tipo material.

En estos eventos el juez o la jueza obra como un intermediario que pone en sintonía el derecho con la realidad.”

Sin embargo, no puede existir duda alguna sobre la prevalencia del núcleo esencial o contenido sustancial de los derechos humanos. Los derechos humanos no son concepciones abstractas, son otorgados en concreto y así deben ser apreciados al ser interpretados.

2.1.6. La constitución ilumina la interpretación de todas las normas jurídicas.

El módulo aspira a que el juez, jueza, magistrada o magistrado, conocedores y respetuosos de la Constitución, vean en el texto constitucional el eje de la normatividad nacional; y, por consiguiente, consideren que la acción pública de inconstitucionalidad y, concretamente, las sentencias que se han pronunciado al respecto, son un elemento indispensable para interpretar todas las normas jurídicas.

Eso no quiere decir que las funcionarias y los funcionarios judiciales se conviertan en copiadore de jurisprudencia, sino que tengan la capacidad suficiente

para comprenderla y unas y otros, como observadores de la jurisprudencia constitucional, la proyecten en sus decisiones, en la dimensión correspondiente. Es, en cierta forma, participar de tal jurisprudencia, con un sentido crítico. Así se defiende la Constitución y se la democratiza en forma científica.

En consecuencia las normas, se interpretan a la luz de la Constitución⁷.

En virtud del artículo 4° de la Constitución Política de Colombia, existe la supremacía de ella y la obligación de obedecerla⁸. Dice la norma:

“La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la Ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.

Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades”.

2.1.7. El enorme poder del juez y de la jueza

En Latinoamérica, los jueces y las juezas aplican e interpretan las normas jurídicas (su oficio propio), pero, además, se les ha entregado la protección de los derechos fundamentales y, consecuentemente, la potestad de dar órdenes para que no se violen tales derechos (una especie de función de alta policía); como si fuera poco, los organismos jurisdiccionales pueden expulsar del mundo jurídico las normas inconstitucionales, mediante la declaratoria de inexecutable o, no aplicar la norma jurídica al caso concreto, donde existe la excepción de inconstitucionalidad. En otras palabras, el juez es poderoso, en cuanto, mediante sentencias, concreta las facultades enumeradas anteriormente.

Además, en la Constitución de 1991 se crearon nuevas instituciones en la Rama Judicial, tales como el Consejo Superior de la Judicatura, órgano de carácter administrativo y con función de control disciplinario de la rama judicial, la Corte Constitucional, encargada de la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución y de la revisión de los fallos de tutela; y la Fiscalía General de la Nación. Se constitucionalizó el recurso de casación. Se precisaron las funciones de la jurisdicción contencioso administrativa. Todo lo cual esto, implica que la Rama Judicial, como pilar estructural del Estado, se fortaleció.

⁷ Actualmente, también, según los estándares internacionales

⁸ El Acto Legislativo # 3 de 1910, artículo 41, estableció una disposición similar. A ello se le da la denominación de excepción de inconstitucionalidad.

La Constitución de 1991 se preocupa por la administración de justicia; por la justicia material y por la prestación del servicio público. Ubica estas metas dentro del llamado Estado Social de Derecho⁹.

El artículo 228 de la Constitución, establece parámetros constitucionales para el (al) trabajo del juez o de la jueza:

“La administración de justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo”.

2.2 ACTIVIDAD PEDAGÓGICA

Ap

Como actividad pedagógica para reforzar los contenidos de la unidad desarrolle el siguiente temario:

Investigue usted la diferencia existente entre bloque de constitucionalidad en sentido estricto y bloque de constitucionalidad en sentido amplio.

Señale usted las diferencias y concordancias entre derechos fundamentales y derechos humanos.

Indique si el exceso de rigorismo en los juzgados afecta el acceso a la jurisdicción.

⁹ El poder enorme del juez, se dice que proviene del sistema norteamericano. Sin embargo, surge la siguiente paradoja: en el sistema acusatorio en dicho país, el abogado tiene iniciativa, por eso debe tener el máximo de cuidado porque sus palabras ligan al juez. Esto no puede conducir, como está aconteciendo en Colombia, al casuismo, o lo que es peor, a la cositería porque desvirtúan el derecho fundamental de acceso a la justicia y va en contravía de la política de fortalecer al juez.

2.3 JURISPRUDENCIA

J

Estudie y analice críticamente las siguientes sentencias de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia y desentrañe en ellas los argumentos que soportan el tema central

T – 02/92, Corte Constitucional. Sentencia básica para saber qué entiende la jurisprudencia constitucional como derecho fundamental.

T-406/92, Corte Constitucional. La principal jurisprudencia que explica las dimensiones cualitativa y cuantitativa del Estado Social de Derecho.

Sentencia de 22 de junio de 1955, Corte Suprema de Justicia. Se defiende el Constitucionalismo social y el interés público. (G.J.T. LXXX, # 2154, pág. 277).

2.4 AUTOEVALUACIÓN

Ae

CASO: Para su auto evaluación en esta unidad estudie con todo cuidado el siguiente caso:

Se trata de un caso civil, que se desarrolló en la primera mitad del siglo XX, cuando no existían la tutela, ni los derechos fundamentales, ni la vía de hechos y los jueces y magistrados tenían que ceñirse obligatoriamente al Código Judicial y específicamente a los dictámenes periciales. El objetivo es analizar el caso bajo la nueva idea de Constitución existente a partir de 1991.

Aconteció lo siguiente: El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el veintinueve de mayo de mil novecientos cuarenta y dos, confirmó la decisión del Juzgado 5° Civil del Circuito que declaró en interdicción judicial definitiva a la señorita Julia E. U., a quien, en consecuencia declaró separada de la administración de sus bienes. Se fundamentó, normativamente, en el artículo 8° de la ley 95 de 1890, que decía: “El adulto que se halle en estado habitual de imbecilidad o idiotismo, de demencia o locura furiosa, será privado de la administración de sus bienes, aunque tenga intervalos lucidos”. El Tribunal determinó que se habían demostrado todas las exigencias formales y de fondo; cumplido a cabalidad y minuciosamente todas y cada una de las ritualidades del juicio de interdicción judicial y todos los elementos procesales concurren a demostrar plenamente que la señorita Julia E. U., es una alienada o demente.



El Tribunal, no se apartó, porque no podía hacerlo, procesalmente, del dictamen rendido por Edmundo Rico y Luis López de Mesa. Algunos de los apartes de dicho dictamen, dicen:

“Desde su infancia, la señorita Julia E. U. distinguiéndose por su carácter voluntarioso y harto díscolo. Sistemáticamente rechazaba admoniciones y consejos así de sus padres como de sus hermanos. Dueña de inteligencia brillante aunque de afectividad egoísta y susceptible, hacia a toda costa su voluntad e imponía sus caprichos bizarros y vehemente sin importarle un ardite las zozobras crecientes que esta conducta anormal e incorregible causaba a sus familiares.

“Con la adolescencia, y particularmente con el advenimiento de la pubertad, tan tenaces anomalías del carácter y del comportamiento lejos de moderarse, se perfilaron en más salientes relieves. Por aquella época, una incontenible crisis de misticismo se apoderó de la señorita Julia, y como hacia, desde entonces, lo que quería, ingresó a varios conventos con el animo de hacerse monja. En efecto: estuvo dos veces con las Salesianas y con las Hermanas de la Caridad. Pero su temperamento orgulloso unido a su independencia altanera y a su irreductible indisciplina, la hicieron chocar pronto con las religiosas de aquellas mansiones. A tal extremo llegó esta que podríamos llamar desavenencia conventual, que, a la larga, la señorita Julia publicaba folleto diatriba contra las hermanas de la caridad.

A raíz de su crisis mística y de los diversos incidentes surgidos, a este respecto, con las religiosas, Doña Julia manifestó una amistad profunda verdadera cristalización afectiva de su temperamento impetuoso por la señorita Margarita V. G., hija del honorable caballero don Francisco V. Esta amistad sostenida por el colorido religioso que ligaba a las dos damas, no tardó en tornarse alarmante, tanto para la Señorita Margarita, como para todos sus familiares y los de Julia.

Así las cosas, cuando en 1914, estando la familia E. U. en la población de Madrid, doña Julia, sin el consentimiento de su padre, abandonó el hogar, y vino a Bogotá, donde se internó luego, espontáneamente, por propia voluntad, en la casa de salud denominada el Campito. Allí habló con la Superiora, la Rda Madre San Felipe, arguyéndole que como “era loca” debía recibirla.

Ae

decirse sin hipérbole – de día y de noche y en todos los sitios en donde la hallara, a la Señorita V., ante situación tan anómala y desesperante, don Eugenio Martínez Montoya en representación de la Familia V. G. llevó el asunto a conocimiento de las autoridades. Con el objeto de conducir a la señorita Julia a la oficina Médico- Legal, el Director de la Policía expidió órdenes perentorias a fin de que fuera sometida al examen de los peritos oficiales. Para facilitar su cumplimiento y evitar las resistencias de Doña Julia, esta orden la tenía consigo doña Margarita V. G., quien ante la reiterada persecución de su fogosa amiga, no tuvo otro remedio que entregarla en su presencia a tres agentes de la policía secreta.

En Marly permaneció la Señorita Julia por espacio de ocho meses, acabando en ese lapso con la tranquilidad, la disciplina y la paciencia de los Directores, de las hermanas de la caridad, de los enfermos y, en una palabra, con todo el personal de sanatorio.

Tan insoportable fue la discordia, desasosiego y cizaña que allí sembraba, que los dirigentes se vieron en la necesidad imprescindible de obligarla a dejar esta casa.

Y naturalmente, la señorita Julia no pudo menos de exhibir contra Marly y su incoercible delirio de persecución. No tardó en publicar una encendida diatriba, en formato de periódico y en ocho páginas que llevan por título La Verdad, diatriba esta está que, en nuestro sentir, es la mas bella historia clínica escrita por un enfermo de la mente y cuya lectura cuidadosa instamos al señor Juez (véase anexo número 5 de este peritazgo).

Ante la negativa rotunda de los Directores de Marly a que la señorita Julia continuara viviendo en el sanatorio, ésta, saliéndose del certificado de los profesores Lombana Barreneche y Fajardo Vega, fuese a El Aserrío o manicomio del Gobierno en donde logró ser recibida por la Superiora, Rda. Madre Anatolia.

Aquí

Huelga decir que todos estos incidentes iban entremezclados con otras muchas peripecias morbosas y anómalas de Doña Julia, peripecias e incidentes de los cuales era el núcleo de la familia V. G. Así, por ejemplo cuando los temblores de 1917 Doña Margarita se fue con los suyos para Cajicá, no tardaba mucho a llegar a la misma población su fervorosa e incansable amiga la Señorita Julia. De nuevo la autoridad hubo de

Ae

Al fin la señorita Escallón se fugó, una buena tarde, del Campito, escalando las redes pero con tan mala suerte que la policía de vigilancia, al observar el procedimiento, la condujo esa misma noche, hasta la casa correccional del Buen Pastor.

“ Ante tan difícil situación, los médicos opinaron que era preferible llevarla a Medellín e internarla en un manicomio.

“ Hay algo muy significativo en los telegramas que desde Medellín enviara la Señorita Escallón al Doctor García: la tendencia manifiesta a creerse víctima de todo el mundo, y a considerarse ella sola como la persona justa entre todos. En efecto, de Julia que firmara en un principio, acabó por trocar ese nombre en de Justicia

“Disfrazada y valiéndose de hábiles subterfugios, la Señorita Julia acabó por fugarse del manicomio de Medellín. “ Soy libre, escribe al Doctor García, me fugué de la prisión, ayúdeme Ud. A darle gracias a Dios por este inmenso favor

“En la Capital de Antioquia le dio por un ir y venir por las calles y plazas, por residencias y consultorios médicos; por tribunales y bufetes de abogados. Deseaba, a todo trance, que se promoviera un juicio de interdicción a fin de que se practicara en su personara un examen referente a sus facultades mentales.

“El doctor Pedro P. Betancourt promovió, denunció ante le Fiscal del Tribunal Superior en demanda de Interdicción. Contra el parecer de los Directores y expertos del manicomio, quiénes rehusaron emitir concepto favorable, dos facultativos antioqueños –los dos muy distinguidos pero no psiquiatras– declararon en referencia a la señorita Julia, “que no se inclinaban a creer que en ninguna época había sufrido perturbaciones mentales que pudieran hacerla considerar como enajenada“. Y en tal virtud, en fecha 5 de junio de 1916, el Juez de Medellín sentenciaba favorablemente.

“ Vuelta a Bogotá, Julia E. U. se abstuvo de vivir con los suyos. Más que nunca, integra su afectividad ansiosa y pasional, sufrió desde entonces una polarización sistemática en torno a la señorita V. G.

Las alarmas, a este respecto, tanto de las familias E. U. como V. G. se intensificaron muy justamente. Por que Doña Julia asedió –puede

Ae

intervenir y nuevos enemigos se engastaron dentro de la exaltada y susceptible afectividad de nuestra examinada. Los Directores de policía, Generales Roberto Urdaneta, Salomón Correal Caba, Indalecio Rodríguez y el Alcalde de Cajicá señor José Vicente García fueron desde entonces blanco de sus aceradas persecuciones.

Desesperado don Julián E. con la reiteradas incorregibles manifestaciones del carácter de su hija, resolvió enviarla a que viajara por varios países de Europa. En el viejo mundo permaneció la Señorita Julia por bastante tiempo. Desde allí continuaba asediando con interminables, cartas a diferentes personas de su relativa confianza.

Desde épocas remotas es costumbre en la señorita Julia empapelar las esquinas con hojas manuscritas o impresas, en demanda de justicia, así como es hábito suyo sentarse largas horas a la puerta de la casa en que viviera su familia en actitud meditabunda y lastimosa, con papeles reivindicatorios sobre el pecho y reuniendo el turno, multitud de curiosos que silenciosa o airadamente protestan contra tan inmisericorde injusticia y despojo humanos.

Recientemente –con posterioridad a nuestros exámenes doña Julia fue sorprendida por el repórter gráfico del Espectador, prendiendo varios carteles manuscritos no solamente en diversas esquinas fijo en su antigua mansión de la calle 13. Otro tanto hizo en casa de su hermano Don Luis como objetiva protesta, a todo lo largo y ancho de su folletinesca odisea patológica, contra la injusticia de los suyos y la ignorancia del poder judicial.

Agregan los peritos:

“ Por poco que se analice la constitución paranoica de la señorita Julia –y sin acudir a la lenta de aumento de la deformación profesional– inmediatamente el observador cae en la cuenta de que está gravemente enferma de la mente está afectada, de manera sería incurable, por un deliro sistematizado crónico de interpretación y de persecución, engastado ahora, dentro de la categoría manifiesta de una paranoia querellante, litigante, reivindicatriz o pleitista como antaño, en su juventud, ese mismo delirio estuvo polarizado enº torno de doña Margarita V., bajo la forma de una paranoia erótica o sea de lo que la Escuela Francesa apellida con el título de “passionnel amoureux “.

Ae

“La señorita Julia, sufre de una enfermedad constitucional, congénita e incurable; vive en perpetuo conflicto con la sociedad y, todas las manifestaciones y reacciones de su comportamiento la hacen impropia para vivir en ella. Luego, es una alienada, una alienada crónica irremediable.

Los peritos dictaminan:

“Primera.- Desde su infancia y, de manera particular, desde su pubertad, la señorita Julia, posee una constitución que se denomina paranoica y en la que se injertó, al principio un delirio pasional de interpretación, bajo la modalidad de una paranoica erótico-mística, hacia la señorita V. G.

“Segunda.- Posteriormente en esta constitución congénita paranoica de doña Julia, se desarrolló y estabilizó un delirio crónico sistematizado de persecución, de variedad querellante, litigante o pleiteante que perdurará hasta el fin de su existencia, puesto que esta clase de delirios son incurables.

Como ejercicio de auto evaluación y con base en el análisis del caso anterior resuelva las siguientes cuestiones:

1) ¿Dentro de una nueva idea de Constitución, es decir, bajo los parámetros de la Constitución de 1991, podía tenerse ese comportamiento contra la señorita Julia?

2) ¿Dentro de la praxis constitucional actual, se podría considerar que la decisión judicial es susceptible de catalogarse como vía de hecho?

2.5 BIBLIOGRAFÍA SELECCIONADA

Bs

HABERMAS, Jürgen. Facticidad y validez. Editorial Trotta, Madrid, 1988. Profundiza sobre el derecho moderno y el Estado democrático de derecho. En uno de sus capítulos examina el papel de la jurisprudencia constitucional.

PECES – BARBA, Gregorio y FERNANDEZ GARCIA, Eusebio. Historia de los derechos fundamentales; Editorial Dykinson, Madrid, 1998.

Para comprender el nuevo derecho Constitucional es indispensable conocer la historia y conceptualización (conceptualizada) de los derechos humanos y de los derechos fundamentales, como parte integral de la modernidad y del humanismo.

Unidad 3 | CONTROL JUDICIAL CONSTITUCIONAL



Formarse una idea cabal sobre la naturaleza del control judicial constitucional.



Identificar las características del control judicial constitucional en los dos sistemas jurídicos (continental y anglosajón) y su desarrollo en el constitucionalismo colombiano.

- *Establecer las diferencias entre sistema concentrado y sistema difuso;*
- *Determinar en el caso colombiano, el control judicial constitucional adquiere importancia a partir de 1910;*
- *Reconocer que en Colombia también produjo jurisprudencia constitucional la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia.*

3. CONTROL JUDICIAL CONSTITUCIONAL

3.1. SISTEMA CONCENTRADO, EN EL CONTROL CONSTITUCIONAL

El control de los jueces y de las juezas sobre las normas de inferior categoría a la Constitución, permite a tales operadores jurídicos inaplicar o expulsar del mundo jurídico aquellas disposiciones normativas contenidas en leyes, decretos, resoluciones, ordenanzas, acuerdos, etc., que violan la Carta Fundamental.

Los doctrinantes distinguen dentro de dicho control, **al concentrado y al difuso**. Al sistema **concentrado también se lo denomina sistema europeo continental** porque tuvo su origen en la Constitución de Austria y en la Constitución de Weimar; en él se le otorga a un órgano especializado (Tribunal Constitucional) la decisión de todas las cuestiones relativas a la prevalencia de la Constitución sobre las normas inferiores. Es, por consiguiente, general, principal y constitutivo.

La Constitución de Weimar, es el principal antecedente por mencionar en el control constitucional concentrado. No se trata de (hay que) idealizar dicha Constitución, ni menos a la llamada República de Weimar¹⁰. Vale la pena mencionar que la Ley Fundamental de la República Federal Alemana de 1949 ratificó la primacía de la Constitución, reconoció que la Constitución es norma (directamente aplicable al caso concreto) y que los derechos fundamentales vinculan a las tres ramas del poder público.

En el campo operativo, para salvaguardar la Constitución, en Alemania existe el recurso de inconstitucionalidad abstracto, porque es la ley, en cuanto tal, el objeto del recurso, el cual se plantea a petición de un órgano político, bien sea un tercio de los miembros del Bundestag (Parlamento), o el gobierno Federal o los gobiernos de los Lander. El objeto: las leyes federales o las leyes de los Lander. En el fallo, el Tribunal Constitucional declara a la norma inferior como incompatible con la Ley Fundamental y generalmente anula la norma inferior inconstitucional desde su origen, “ex tunc”. En ocasiones se permite una inconstitucionalidad simple, es decir sin la nulidad de la ley y, con mucha frecuencia se determina la ley “todavía constitucional”, porque se hace una llamada al legislador para que actúe en el sentido de propiciar una situación jurídica plenamente constitucional, o para prevenir una futura inconstitucionalidad. Es decir, que se le ordena al Parlamento dictar una nueva ley que reemplace la inconstitucional, mientras tanto ésta sigue vigente (constitucionalidad temporal). Existe también

¹⁰ Se las responsabiliza de crear una situación política y social que le facilitó el ascenso al nazismo

la cuestión de inconstitucionalidad, en la cual un juez o jueza puede aplazar su decisión en un caso concreto y presentar la cuestión jurídica de la validez ante el Tribunal Constitucional Federal a fin de obtener una resolución de carácter obligatorio. La decisión del Tribunal tiene fuerza de cosa juzgada, el juez del conocimiento prosigue el proceso que estaba suspendido.

En Italia, es de resaltar el procedimiento incidental de constitucionalidad u “ordenanza de reenvío”, según la cual, si un juez o jueza que debe aplicar una norma legal considera que su esto puede ser inconstitucional, insta al Tribunal Constitucional para que estudie y defina, entre tanto suspende el proceso en curso.

La situación en Francia, es diferente a la alemana. Las razones históricas para que no sea tan importante el control judicial, son las siguientes: para Rousseau la sola existencia de una Constitución era suficiente para demostrar el respeto a la libertad; para Montesquieu el freno entre las tres ramas del poder aseguraba la libertad; para Carré de Malberg la ley era expresión de la voluntad general y la soberanía es ilimitada; para los Revolucionarios de 1789 el poder del juez era peligroso porque significaba la proyección de la voluntad del monarca, de ahí que las primeras constituciones no establecieron ningún mecanismo para la protección de la Constitución. En Francia, los jueces solo podían censurar decretos y actos del ejecutivo, jamás leyes porque “la ley todo lo puede”. Se idearon otros caminos para el control: el recurso por exceso de poder (ante el juez administrativo), la vía de hecho¹¹ y la excepción de ilegalidad de los decretos. Sólo en la Constitución de 1946 se estableció un débil Comité Constitucional y en la Constitución de 1958 se creó un Consejo Constitucional. El 16 de julio de 1971 hubo una presencia efectiva del control constitucional cuando el Consejo Constitucional se declaró competente para censurar leyes contrarias a los derechos y libertades fundamentales, con base en una demanda del Presidente del Senado, el Consejo se opuso a una ley que no reconocía la libertad de asociación. Una reforma constitucional en 1974 permitió que 60 diputados o 60 senadores plantearan la inconstitucionalidad de una ley ante el Consejo Constitucional; pero esta norma respondió más a la defensa de los derechos de las minorías que al respeto por la Constitución.

En España, la Constitución de 1978 le encomendó al Tribunal Constitucional el control sobre toda la actividad del Estado para que no se vulneren o incumplan los preceptos constitucionales; se le asignaron tres grupos de competencias: asuntos de inconstitucionalidad (a propuesta de autoridades

¹¹ La vía de hecho en la teoría administrativa es diferente a la vía de hecho como causal para la prosperidad de la tutela.

del Estado o Tribunales), protección de los derechos fundamentales (recurso de amparo), conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas o de éstas entre sí.

3.2. EL CONTROL CONSTITUCIONAL DIFUSO

En el sistema difuso, el control es incidental, especial y declarativo. Es el empleado por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos.

Christopher Wolfe considera que la jurisprudencia norteamericana ha tenido tres etapas:

1) **La tradicional (1798-1890).** El juez o jueza es guardián de la Constitución y respeta la supremacía de ésta sobre la ley. La más importante sentencia de la época fue la del juez Marshall en el caso *Marbury vs. Madison*.

2) **La de transición (1890-1937).** La defensa no es solo de la Constitución sino del derecho natural, considerándose la propiedad como derecho natural y por consiguiente no pudiendo ser afectada ésta sino mediante un debido proceso sustantivo. Esto también significó viabilizar en forma radical el “laissez-faire”, lo cual contribuyó al expansionismo norteamericano. El ejemplo clásico es el caso *Lockner vs. New York* (1905). En dicho fallo se aprecia cómo el Tribunal Supremo le hizo el juego a la autonomía contractual y al “laissez faire”, afectando los derechos sociales.

3) **La era moderna se inició en 1937.** Se modifica el criterio jurisprudencial anterior y hubo en Estados Unidos una “revolución constitucional Ltda.”. Sus grandes impulsores: en lo político el Presidente Roosevelt y en lo judicial los jueces Oliver Holmes y Benjamín Cardozo. El juez Holmes enfatizó que la interpretación constitucional no es tanto una cuestión de encontrar el significado del texto; es equilibrar diferentes intereses sociales en contra de otros y elegir lo es mejor para la sociedad. Dentro de este contexto Holmes hace una interpretación diferente a la cláusula del debido proceso, convirtiéndolo en la prohibición de la legislación injusta (arbitraria e irrazonable). Cuando el juez Holmes se retira del Tribunal Supremo, a él lo reemplaza Benjamín Cardozo, de la misma escuela, porque tiene en cuenta el bienestar de la sociedad como la causa final del derecho. Según Cardozo la interpretación va más allá de la intención de los legisladores y complementa su declaración. Admitió la discrecionalidad del juez, y colocó así lo razonable por encima de lo racional, e hizo ver a la Constitución como algo vivo y en desarrollo.

3.3. RESUMEN DEL CONTROL JUDICIAL CONSTITUCIONAL, EN LAS CONSTITUCIONES DE COLOMBIA

En materia de expedición de normas sobre control constitucional y de la competencia para hacer interpretación de la Constitución, el itinerario normativo se simplifica así:

- **En la Constitución de 1830 (Congreso Admirable)**, se estableció que el Congreso pudiera resolver las dudas que surgieran respecto de la Constitución, es decir que no se pensó que fuera la interpretación constitucional una competencia de los jueces o juezas. Esta atribución de que el Congreso resolviera las dudas sobre los artículos de la Constitución, se mantendrá en las Constituciones de 1832 y de 1843.

- **La Constitución de 1853** permitió un tenue control judicial constitucional porque, aunque se decía que la Constitución podía ser “aclarada” por ley, de todas maneras se le otorgó a la Corte Suprema (artículo 42) competencia para resolver sobre la nulidad de las ordenanzas municipales, contrarias a la Constitución y las leyes.

- **La Constitución de 1858**, en su artículo 50, adscribió competencia a la Corte Suprema de Justicia para suspender la ejecución de los actos de las legislaturas de los Estados Soberanos, en cuanto sean contrarias a la constitución y a las leyes de la Confederación, y el Senado decidía sobre su validez o nulidad. En similar sentido se pronunció **la Constitución de 1863** (artículo 72).

- **La Constitución de 1886** significó un retroceso en materia de control judicial constitucional. Más bien, se inclinó por la “legalización” de los derechos constitucionales. En efecto, el título III de la Constitución ingresó al Código Civil de acuerdo con el artículo 52 de la Constitución y el artículo 4 de la ley 57 de 1887. En el Consejo de Delegatarios no fue fácil que se aceptara tal incorporación, ya que había quienes eran reacios a que los jueces y magistrados aplicaran en sus fallos la Constitución. Es más, en el Consejo Legislativo, que se reunió luego de expedida la Constitución, dentro del texto de la ley 153 de 1887, se estableció la presunción de constitucionalidad en el artículo 6° que dijo:

“Una disposición expresa de la ley, posterior a la Constitución se reputa constitucional, y se aplicará aun cuando parezca contraria a la Constitución. Pero si no fuere disposición terminante sino oscura o deficiente, se aplicará en el sentido más conforme con lo que la misma Constitución preceptúa”¹²

¹² El señor Caro opinaba: “Si el soberano dicta una ley inconstitucional, esta ley sancionada y promulgada debe ser obedecida, mientras no haya, como no lo hay, un poder superior que tenga la facultad de anularla”

Este artículo de la ley 153 de 1887 derogó el artículo de la ley 57 de 1887, según la cual *“en todo caso de incompatibilidad entre la constitución y la ley se aplicará aquélla”*¹³.

Es más, El artículo transitorio “L” de la Constitución de 1886, estableció que *“Los actos de carácter legislativo expedidos por el Presidente de la República antes del día en que se sancione esta Constitución continuarán en vigor, aunque sean contrarios a ella, mientras no sean expresamente derogados por el cuerpo legislativo o revocados por el gobierno”*.

El escaso control establecido por la Constitución de 1886, se expresaba en las atribuciones otorgadas a la Corte Suprema, artículo 151, numeral 4º, figuraba la siguiente: *“Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de actos legislativos que hayan sido objetados por el gobierno como inconstitucionales”*. A su vez, el artículo 90 de la Constitución se refería a las objeciones presidenciales, puesto que la Constitución de 1886 le adscribió a la Corte Suprema de Justicia la facultad para decidir sobre la exequibilidad o inexecuibilidad de proyectos de ley objetados por el Presidente de la República y sobre la validez o nulidad de las ordenanzas suspendidas por el gobierno o denunciadas ante los Tribunales de Distrito por los interesados en cuanto *“sean lesivas a derechos civiles”* (numeral 5º del artículo 151 de la C.N.)¹⁴.

- **El Acto Legislativo No. 3 de 1910**, realmente estableció el control judicial constitucional como hoy se conoce. Se expidieron dos normas que limitarían los abusos del legislador.

El artículo 40 del A. L. No. 3/10 estableció: *“En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley, se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales”*. El artículo 41 del mismo Acto Legislativo reza:

“A la Corte Suprema de Justicia se le confía la guarda de la integridad de la Constitución. En consecuencia, además de las facultades que le confiere ésta y las leyes, tendrá las siguientes:

“Decidir definitivamente sobre la inexecuibilidad de los actos legislativos que hayan sido objetados como inconstitucionales por el gobierno, o sobre todas las leyes o decretos

13 Esta norma de la ley 57 de 1887 fue defendida por el Magistrado de la Corte señor Manuel José Angarita; pero el mismo magistrado, al discutirse la ley 153 de 1887 justificó el cambio como expresión de una hermenéutica racional, ya que según él, el legislador es quien mejor puede determinar cuando una ley se ajusta o se aparta del espíritu de la Constitución.

14 La ley 2ª de 1904, artículo 2º permitió que la Corte Suprema de Justicia declarara la validez o invalidez de los decretos legislativos dictados en virtud del artículo 121 de la Constitución. Fue un relativo avance del control constitucional judicial, que no tuvo operatividad alguna

acusados ante ella por cualquier ciudadano como inconstitucionales, previa audiencia del Procurador General de la Nación”.

Es decir, que se consagraron, al mismo tiempo, la acción de constitucionalidad (sistema concentrado de control) y la excepción de inconstitucionalidad (sistema difuso).

El Acto Legislativo No. 3 de 1910 determinó que a la Corte Suprema de Justicia se le entregaba la guarda de la constitución. En la codificación proveniente de la reforma constitucional de 1936 se reiteró esta determinación.

El artículo 53 del Acto Legislativo No. 1 de 1945, agregó algo a la competencia de la Corte Suprema de Justicia: *“se le confía la guarda de la integridad de la Constitución”*. La adición no significó en la práctica un cambio conceptual.

En la Reforma Constitucional de 1968, la Corte Suprema de Justicia asume un nuevo rol en materia de garantías, porque se estableció el control automático de constitucionalidad sobre los decretos que hubiesen sido dictados en desarrollo de las potestades presidenciales derivadas del estado de sitio del artículo 121 y del estado de emergencia económica del artículo 122. Además, la reforma fijó términos perentorios para la adopción de decisiones, y creó dentro de la Corte Suprema de Justicia, la Sala Constitucional para que proyectara lo que luego sería estudiado y fallado por la Sala Plena¹⁵.

La constitución de 1991 crea la Corte Constitucional y le señala competencias, que se analizarán en el capítulo siguiente.

¹⁵ A partir de la creación de la Sala Constitucional (con mayor razón cuando aparece la Corte Constitucional) la acción pública de inconstitucionalidad es empleada por los demandantes de leyes y decretos, no solamente con el fin altruista de proteger la integridad de la Constitución, sino también para tratar de defender intereses privados afectados por normas inferiores a la Constitución. Las personas naturales o jurídicas, al ver que sus intereses eran afectados por una ley, la demandaban, aspirando lograr en la Corte lo que habían perdido en el Parlamento. Esta faceta, también será palpable en la Corte Constitucional. Es el ciudadano quien democráticamente fija los temas en las acciones constitucionales. La acción pública de inconstitucionalidad va dando un giro hacia reclamación práctica de colectivos que se consideran afectados por la normatividad que se va expidiendo y desean agotar la posibilidad de una declaratoria de inconstitucionalidad. En otras palabras: una acción pública que se va convirtiendo en una acción de reclamación por intereses privados afectados por la norma expedida.

3.4 JURISPRUDENCIA

J

Lea y analice las siguientes sentencias: dos de la Corte Constitucional y una de la Corte Suprema de Justicia. Constate si la enunciada es la temática central de las mismas y los argumentos que sustentan dichas temáticas.

- C-04/92, Corte Constitucional. Dice que el control debe ser integral y no se contrae a una parte de la Constitución sino que se refiere a toda ella.

- C-222 de 1997, Corte Constitucional. Se refiere al control constitucional sobre aspectos de trámite en la expedición de leyes y de Actos Legislativos.

- Sentencia de 28 de julio de 1952, Corte Suprema de Justicia. La Corporación modifica la jurisprudencia anterior y considera que sí es competente para conocer por vicios de forma en la expedición de leyes.

3.5 ACTIVIDAD PEDAGÓGICA

Ap

Para el desarrollo de esta actividad desarrolle las siguientes cuestiones:

La reforma constitucional de 1910 es similar a lo establecido en la Constitución de 1991, en materia de Control de Constitucionalidad. ¿Cómo explica usted esto?

¿Por qué desde 1910 se establecieron coetáneamente la acción y la excepción de inconstitucionalidad?

¿Cómo caracteriza la guarda de la integridad de la Constitución?

¿Cómo caracteriza la guarda de la integridad de la Constitución?

3.6 AUTOEVALUACIÓN

Ae

CASO. Para el desarrollo de su “autoevaluación” sobre el control constitucional, estudie y analice en el siguiente caso la evolución legislativa del mismo.



El control constitucional, en los temas de política social, ha existido, tanto en la jurisprudencia de la Corte Suprema como de la Corte Constitucional. Pero antes se hablaba de Estado de Derecho y ahora se habla de Estado Social de Derecho. Distinción (Eso), que en teoría plantearía la hipótesis de que a partir de 1991, habría un mayor compromiso jurisprudencial con los derechos laborales. Sin embargo, parece que no es así.

Pues bien, antes de 1930, (existía) la escasa legislación laboral existente era muy atrasada. El triunfo de los liberales en 1930 coincide con una mentalidad nueva, de ahí el acceso al poder de la burguesía industrial, sin que lo lograran a través de una revolución. Los liberales, especialmente el gobierno de López Pumarejo, tienen como política una alianza táctica con los obreros. Con esa visión se expide la ley 83 de 1931, que es la respuesta a las luchas obreras anteriores. En 1942 asume otra vez la presidencia Alfonso López. En su propósito de mantener dentro de su colectividad a la clase obrera y de agradecerle su colaboración política, impulsa, especialmente en 1944, reformas laborales, dentro de una visión del nuevo derecho de la época y de la función social; como desarrollo de esta política (por eso) se dictó el decreto 2350 de 1944, de carácter laboral, a raíz del estado de sitio decretado por el frustrado golpe de Pasto, como luego en la ley 6ª de 1945, se complementa la reforma fundación de la normatividad laboral y prestacional colombiana. Estas normas son reformas de primer nivel o reformas fundación.

Durante el régimen conservador, habrá numerosas leyes y decretos laborales. En este contexto se expide el Código de Procedimiento Laboral (decreto legislativo 2158 de 1948). Y, más tarde, ya durante el gobierno de Laureano Gómez, el Código Sustantivo del Trabajo (decretos legislativos 2663 y 3743 de 1950), que comenzó a regir el 1º de enero de 1951. Estos códigos son unas reformas, una adecuación a la normatividad expedida durante el gobierno liberal. Luego, la producción fue prolífica. Por ejemplo, la ley 187 de 1959 crea el Consejo Nacional de Salarios (reglamentado por el decreto 2837 de 1960) que tiene, entre sus funciones, la de determinar el salario mínimo. La ley 1ª de 1963 diseña mejor lo salarial. La ley 171 de 1971 se refiere a las pensiones y a la estabilidad laboral. Y, por supuesto, habrán varias leyes que desarrollaran las diferentes facetas de la relación laboral y del tema pensional. Pero, también se sigue legislando mediante decretos. Son muchísimos los que se dictan. Vale la pena destacar el decreto 1611 de 1962 sobre reliquidación de pensiones, reajustes y aumentos y, en 1965,

Ae

la expedición del decreto legislativo 2351 que tuvo las pretensiones de un Código, “adaptado a las nuevas realidades de la relación obrero patronal”, como se dice en sus considerandos.

En 1990, bajo la orientación del Consenso de Washington, se delinea otra política laboral, dentro de sus postulados jugará un papel determinante la globalización y, por consiguiente, se impone el modelo neoliberal que abre el camino a las reformas refundación (ley 50 de 1990, ley 100 de 1993, son las más conocidas).

Esas leyes, expedidas dentro de un modelo económico, colisionan con la manifestación de que Colombia es un Estado Social de Derecho, sin embargo, no fueron declaradas inconstitucionales.

Con base en el desarrollo legal expuesto en el caso anterior responda para su auto evaluación las siguientes cuestiones:

- 1) ¿Por qué la Corte Constitucional consideró que las reformas refundación, en material laboral y de seguridad social, no atentan contra la Constitución?*
- 2) ¿Cree usted que La corte Suprema de Justicia, fue más garantista en sus sentencias de control constitucional, referentes a políticas sociales?*
- 3) ¿Explique si el Estado Social de Derecho se identifica o no con el Estado de Bienestar?*

BIBLIOGRAFÍA SELECCIONADA

Bs

PARDO SCHLESINGER, Cristina, PARRA DUSSAN, Carlos y otros; Teoría Constitucional, en homenaje a Vladimiro Naranjo.

Contiene varios temas sobre la visión constitucional actual.

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

El autor hace hermenéutica de segundo nivel a la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, en sus tres etapas: tradicional, transición y moderna.

Unidad⁴ | LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

Qg

Reconocer (Interpretar) (este es objetivo específico y estaba como general) la competencia de la Corte Constitucional y el trámite que allí se le da a las demandas de inconstitucionalidad.

Qe

- *Resaltar que entre los guardianes de la Constitución Colombiana han estado, primero la Corte Suprema de Justicia y ahora la Corte Constitucional;*
- *Establecer (Hacer) un rápido itinerario del comportamiento de esas dos Cortes de 1886 hasta la actualidad;*
- *Identificar y señalar los puntos a favor de la Corte Constitucional cuando inició sus labores en 1992.*

4. LA ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD

4.1. OBJETO DE LA ACCIÓN

El Principal objetivo de la acción de inconstitucionalidad es realizar el control abstracto de las normas, con el fin de preservar el imperio de la Carta Fundamental.

En la Sentencia C – 131 de 1993, se dijo: *“No todas las normas jurídicas...”*

En el artículo 241 de la Constitución de 1991, establece:

“A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo” (Subraya fuera de texto).

Confiar simplemente la guarda de la constitución tiene un sabor conservador, pero decir que lo que se guarda es la integridad y supremacía de la Constitución es darle un sentido dinámico a las atribuciones de la Corte Constitucional, y así (lo cual) aconteció y ahí se marca una de las diferencias entre la competencia que tuvo la Corte Suprema y la que ahora tiene la Corte Constitucional.

4.2. COMPETENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

El artículo 241 de la C.P. dice cuál es la competencia de la Corte Constitucional. En lo pertinente de la acción de inconstitucionalidad, establece:

“Artículo 241. *A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones:*

1. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación.
2. Decidir, con anterioridad al pronunciamiento popular, sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una Asamblea Constituyente para reformar la Constitución, sólo por vicios de procedimiento en su formación.
3. Decidir sobre la constitucionalidad de los referendos sobre leyes y de las consultas populares y plebiscitos del orden nacional. Estos últimos sólo por vicios de procedimiento y en su convocatoria y realización.

4. decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.
5. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra los decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno con fundamento en los artículos 150 numeral 10 y 341 de la Constitución, por su contenido material o por vicios de procedimiento en su formación.
6. ...
7. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los decretos legislativos que dicte el gobierno con fundamento en los artículos 212, 213 y 215 de la Constitución.
8. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el gobierno, como inconstitucionales, y de los proyectos de leyes estatutarias, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación
9. ...
10. Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben. Con tal fin, el gobierno los remitirá a la Corte, dentro de los seis días siguientes a la sanción de la ley. Cualquier ciudadano podrá intervenir para defender o impugnar su constitucionalidad. Si la corte los declara constitucionales, el gobierno podrá efectuar el canje de notas; en caso contrario no serán ratificados. Cuando una o varias normas de un tratado multilateral sean declaradas inexecutable por la Corte Constitucional, el Presidente de la República sólo podrá manifestar el consentimiento formulando la correspondiente reserva..."

Control material y control por vicios de forma

Los demandantes, en las acciones de inconstitucionalidad, bien pueden hacer las peticiones que consideren necesarias y el estudio de su pertinencia es labor que debe cumplir la Corte Constitucional, y si las encuentra impertinentes o improcedentes las desecha. La Corte, de oficio, confronta la norma acusada con la integridad de la Constitución; como también, debe examinar normas legales no demandadas, pero que ostensiblemente están conectadas con lo demandado, ya que "sería absurdo que la Corte se abstuviera de estudiar una norma que tiene visos de inexecutable y hace parte de un mismo decreto, por el solo hecho de no haber sido incluida en la demanda" (C-113/93)

Pero la Corte Constitucional no conoce solamente por afectación material sino por vicios de forma. No son extrañas a los juicios constitucionales por vicios de procedimiento en la formación de las leyes, pues si la Corte al efectuar el

examen correspondiente encuentra vicios formales de carácter subsanable, debe proceder de conformidad con lo ordenado en el parágrafo del artículo 241 de la Constitución, esto es, devolver la ley a la Cámara correspondiente para que enmiende el defecto observado, ya sea ordenando que se ejecute una actividad que no se realizó, se repita un trámite legislativo por no haberse respetado los términos fijados, se incluya un artículo que se omitió a pesar de haber sido debidamente aprobado, etc., ya que la declaración de inexequibilidad en estos eventos sólo opera por vicios insubsanables.

4.3. LOS GUARDIANES DE LA CONSTITUCIÓN COLOMBIANA

Debe hacerse una somera relación sobre la labor y los comportamientos de la **Corte Suprema** y de la **Corte Constitucional** como las Corporaciones que han proferido los fallos de constitucionalidad. Se toma, para simplificar, como punto de partida el año de 1886.

- El 3 de septiembre de 1886 se instaló la recién designada Corte Suprema de Justicia, en cumplimiento del artículo transitorio “A” de la Constitución de ese año que establecía: *“Los nuevos magistrados de la Corte Suprema Nacional tomarán posesión de sus empleos el día primero de septiembre del año en curso”*.

Según el artículo 146 de esa Constitución eran siete los magistrados, con siete suplentes; a los magistrados los nombraba el Presidente de la República¹⁶.

- La reforma constitucional de 1910 estableció la acción y la excepción de inconstitucionalidad con perfiles muy semejantes a los adoptados posteriormente en la Constitución de 1991.

El 27 de abril de 1910, se nombra una nueva Corte, la cual va a decidir las demandas a partir de 1911. Muchos de los magistrados provenían de la Corte conformada en el siglo anterior, pero van a tener un comportamiento mucho más ágil al contar con el apoyo del establecimiento pleno del control judicial constitucional¹⁷.

16 El primer Presidente de la Corte Suprema fue, por orden alfabético, el señor Manuel J. Angarita, quien intervino en el Consejo Legislativo que funcionó durante un año a partir de la sanción de la Constitución hasta el 31 de agosto de 1887, y promulgó leyes tan importantes como la 57 y 153 de 1887. Dentro de los magistrados de la Corporación figuraba el señor José María Samper, quien en la Constitución de 1886 había sido Delegatario por el Estado Soberano de Bolívar y dentro de la Asamblea Constituyente había sido contradictor de don Miguel Antonio Caro. Desafortunadamente falleció al poco tiempo de asumir el cargo y no pudo plasmar en sentencias su pensamiento.

17 El 28 de marzo de 1911 se aprueba el reglamento de la Corporación. El 25 de abril de 1911 se aprueba el Acuerdo Operativo sobre los fallos de inconstitucionalidad y es a partir de entonces, cuando verdaderamente se puede afirmar que se inicia un control judicial constitucional importante en la Corte Suprema de Justicia y un aporte relevante en cuanto a jurisprudencia.

En ese período del siglo XX, aunque la sociedad colombiana era estamentaria, clerical, agraria y provincial, la Corte Suprema¹⁸ fue liberal en lo procedimental, dúctil en cuanto a la modulación de los fallos. pero no fue ágil en el manejo de los temas sustantivos porque se dejó enredar en el método exegético, y, cuando adoptó otros criterios, fue lamentablemente para favorecer intereses económicos extranjeros (por ejemplo la sentencia sobre petróleos, para darle entrada a las compañías norteamericanas y la sentencia de los poderes implícitos al ejecutivo para proteger a la United Fruit Company de la insurrección popular en la zona bananera).

- El 2 de abril de 1935, hubo un cambio masivo de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia¹⁹. Se posesionó la brillante Corte de la época del presidente López Pumarejo, integrada en su mayoría por juristas jóvenes, muy influidos por las enseñanzas francesas, que además expresaban la agilidad mental de un liberalismo impregnado de una ideología burguesa progresista.

- Después de la segunda guerra mundial, Colombia vivió una etapa de estado de sitio casi permanente, durante medio siglo. Los límites al gobierno en el ejercicio de las atribuciones legislativas que le confería el artículo 121 de la anterior constitución eran objeto de amplios debates teóricos pero en la mayoría de las ocasiones la Corte Suprema de Justicia le daba vía libre al Presidente de la República en cuanto a la pertinencia de las medidas legislativas que tomara. Eso implicó un afianzamiento de la ideología conservadora y una interpretación amplia de esas facultades extraordinarias que eran señaladas por la propia norma constitucional, en los siguientes términos: “además” de las facultades legales las que le confiere el derecho de gentes.

La Corte Suprema, aunque estuviera conformada por los juristas más prestantes de la República, no va a poder escapar de la ideología dominante, ni de la conocida orientación de la guerra fría. La jurisprudencia queda aprisionada por la excepcionalidad y solo en contadas ocasiones romperán los magistrados o magistradas el cuello de botella del antiguo artículo 121 de la Constitución, que se constituye en útil herramienta para la que, posteriormente, se denominaría “seguridad nacional”.

18 La mayor parte de los magistrados habían sido educados en la época del Radicalismo

19 Ingresan a la Corporación, en ese año y en los siguientes, juristas de reconocido conocimiento jurídico y variadas fuentes ideológicas: Ricardo Hinestroza Daza, Fulgencio Lequerica Vélez, Liborio Escallón, Arturo Tapias Pilonieta, Hernán Salamanca, Aníbal Cardozo Gaitán, José Antonio Montalvo, Antonio Rocha, Eduardo Zuleta Angel, Juan Francisco Mújica, Eleuterio Serna, Pedro A. Gómez Naranjo, Miguel Moreno Jaramillo.

La Corte Suprema fue proclive, en general, a poner la argumentación jurídica a favor de una expresión fuerte del orden público. Lo corriente era el temor reverencial al estado de sitio.

- El Presidente de la República Gustavo Rojas Pinilla promulgó el decreto 1762 de 26 de julio de 1956, por medio del cual se suspendió el artículo 30 del Código Judicial, convirtió al Tribunal Supremo del Trabajo en Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia y creó dentro de ésta la Sala de Negocios Constitucionales, integrada por ocho magistrados para que dicha Sala estudiara y decidiera las demandas de inconstitucionalidad, sin necesidad de que fallara la Corte en pleno. La mayoría de los magistrados se resintieron por el nacimiento de la Sala Constitucional. Doce de ellos presentaron renuncia, porque no estaban de acuerdo con que perdieran los integrantes de las otras salas (civil, penal, negocios generales) la atribución de estudiar las leyes y decretos que se demandaran, pese a que dicha Sala de Negocios Constitucionales era integrada por magistrados ya existentes y no por magistrados recién nombrados. El 10 de mayo de 1957, una Junta Militar asume la dirección del gobierno y una de las primeras medidas que se toman es la de derogar el decreto 1762 de 1956. Murió así el primer intento de una jurisdicción constitucional propia.

- Ya bien avanzado el Frente Nacional, se expidió la reforma de 1968 que en materia de control constitucional presenta un avance: la creación de la Sala Constitucional en la Corte Suprema de Justicia.²⁰ Se integró con cuatro magistrados especialistas en derecho público, quienes debían elaborar los proyectos de sentencia relacionados con los asuntos de inexequibilidad, pero, para evitar lo que aconteció en la época de Rojas Pinilla, la reforma determinó que la votación definitiva correspondería a la Corte en pleno, es decir que la Sala Constitucional efectuaba el trabajo, pero sometía sus proyectos a la consideración de todos los magistrados, así fueran de las salas civil, penal, laboral.

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia cumplió una tarea destacada que ha debido tenerse en cuenta cuando la Corte Constitucional inició sus labores, pero desafortunadamente no fue así, se dejó de lado una jurisprudencia existente y valiosa.

En la década de 1980, al clima jurídico que existía en la Corte Suprema de Justicia (antes de la toma sangrienta del Palacio de Justicia en noviembre de 1985), era muy influenciado por la Escuela Crítica del Derecho:

²⁰ El procedimiento que se desarrollaría aparece en el decreto 432 de 1968

Pasados seis años y cuando aún no se había repuesto la Corte Suprema de Justicia de las enormes pérdidas, se expide la Constitución de 1991 y nace la Corte Constitucional.

- La Constitución de 1991, artículo transitorio 22, permitió que durante un año hubiera una Corte Constitucional integrada por siete magistrados, dos elegidos por el Presidente de la República, uno por la Corte Suprema, uno por el Consejo de Estado, uno por el Procurador General de la Nación y dos elegidos por los cinco nuevos magistrados de la Corte Constitucional pero de ternas presentadas por el Presidente de la República.

De los siete magistrados, cuatro provenían de la Corte Suprema de Justicia (Fabio Morón, Simón Rodríguez, Jaime Sanín y José Gregorio Hernández). La Corte Suprema de Justicia supuso que la cabeza de la jurisdicción ordinaria continuaría siendo el organismo supremo de la justicia en Colombia, no midió el alcance, ni de la Corte Constitucional, ni de la tutela, su interés principal se va a centrar en el tema de proteger la seguridad jurídica de sus decisiones de casación. Enclaustrarse en ese deseo absorbente de mantener intocables las decisiones (cuestión que se aprecia en la sentencia C-543 de 1992, que dijo, con la firma de los cuatro magistrados provenientes de la Corte Suprema, que no hay tutela contra sentencias judiciales), curiosamente permitió el desenvolvimiento del “nuevo derecho” sin contradictor visible ni poderoso.

En la conformación de una nueva forma de ver el derecho van a ser determinantes los otros tres magistrados de la Corte Constitucional: Ciro Angarita, Eduardo Cifuentes y Alejandro Martínez, ellos no habían hecho parte de la rama judicial. Los dos primeros provenían de la escuela jurídica de la Universidad de los Andes, imbuidos por los tratadistas norteamericanos y europeos (diferentes a los franceses), como por ejemplo, Dworkin, Alexy, Habermas, Perelman; el tercer magistrado, Martínez Caballero, de la Universidad del Rosario, era admirador del tratadista de derecho administrativo García de Enterría, ese español que había logrado hacer del derecho administrativo un derecho activo, pese a vivir en la era franquista. Adicionalmente, en la base de la Corte Constitucional van a trabajar, especialmente como magistrados auxiliares, personas conocedoras del sistema jurídico anglosajón y esto va a ser determinante en la conformación de una cultura del precedente jurisprudencial, particularmente del precedente que surge de las sentencias de la Corte Constitucional²¹.

21 Una gran importancia van a tener las orientaciones de Ciro Angarita, el más importante de los magistrados con que ha contado la Corte Constitucional colombiana, desafortunadamente no reelegido por el Senado, en un error histórico imperdonable.

Viene una nueva Corte a partir de 1993.

Según el artículo 239, la composición de la Corte Constitucional, a partir del año 1993, responde a una elección basada en ternas presentadas por el Presidente de la República, la Corte Suprema y el Consejo de Estado, enviadas al Senado para que escoja a los nueve magistrados²².

4.4. PROCEDIMIENTO DE LA ACTUAL ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

El Decreto 2067 de 1991, desarrolló los artículos 241 a 243 de la Constitución, sobre el procedimiento de los juicios ante la Corte Constitucional. Respecto a la acción de inconstitucionalidad, las partes más relevantes del trámite, son las siguientes:

4.4.1 Presentación de la demanda

La demanda debe presentarse personalmente ante la secretaría de la Corte Constitucional, o ante cualquier notaría o despacho judicial del país, para demostrar la calidad de ciudadano del demandante.

A partir del día siguiente a la fecha que llega el expediente al despacho del Magistrado Ponente, éste tiene diez días hábiles para evaluar si procede a:

4.4.2 Inadmisión, rechazo de la demanda

1) El magistrado ponente inadmite la demanda porque no cumple con cualquiera de los requisitos que determina el artículo 2º del Decreto 2067 de 1991. Esa decisión se notifica por estado, para que, dentro de los tres días a su notificación, el demandante realice la corrección.

2) El Magistrado Ponente rechaza la demanda :

i) cuando hay cosa juzgada respecto de la norma acusada,

ii) cuando la Corte Constitucional no es competente para conocer respecto de la norma acusada y,

²² El número de nueve magistrados es de origen legal

iii) cuando ordenada la corrección de la demanda, no se corrige.

4.4.3 Recurso de Súplica

Rechazada la demanda, este auto también se notifica por estado y se conceden tres días para presentar recurso de súplica. Si se presenta ese recurso, la decisión corresponde a la Sala Plena de la Corte, la cual podrá: confirmar la decisión y, en consecuencia, la demanda se archiva o, revocar el auto de rechazo y, en su lugar, ordenar la admisión de la demanda; caso en el cual corresponde al magistrado ponente adelantar el trámite correspondiente.

4.4.4 Admisión de la demanda

Si el Magistrado Ponente admite la demanda, esta sigue su curso.

- En el auto de admisión se pueden solicitar y ordenar pruebas, ordenar conceptos de expertos. El término probatorio es de diez días hábiles, pero se puede prorrogar.

- Se ordena comunicar la admisión a los Presidentes del Congreso y de la República, a quienes participaron en la elaboración de la ley y a todas las entidades públicas y privadas interesadas. La intervención es facultativa.

- El Magistrado Ponente ordena fijar en lista el negocio por diez días para que cualquier ciudadano intervenga para coadyuvar o impugnar la demanda.

- Ordena dar traslado al Procurador, por treinta días hábiles. El concepto del Procurador no obliga y los impedimentos y recusaciones son iguales a los de los magistrados.

Vencido el término para que el Procurador conceptúe, corren treinta días hábiles para que el Magistrado ponente elabore el proyecto de fallo y, luego, la Sala Plena cuenta con sesenta días hábiles para fallar, después de que el proyecto se reparte a cada uno de los Magistrados y que se cita en el orden del día.

4.4.5 Legitimación, oportunidad y requisitos

La Corte Constitucional en sentencia C-592 de 1998, dijo que las acciones públicas de inconstitucionalidad con naturaleza política tienen por objeto la preservación del orden institucional, con independencia de intereses individuales propios o ajenos.

1) Legitimación

Sólo los ciudadanos y ciudadanas en ejercicio de sus derechos políticos pueden ejercer la acción pública de inconstitucionalidad. Por esa razón, ni las personas que han sido condenadas a pena de prisión o con interdicción de derechos políticos, ni los extranjeros, ni las personas jurídicas pueden ejercerla, pues sólo gozan de ciudadanía las personas naturales.

El Defensor del Pueblo y el Procurador General de la Nación, pueden ejercer la acción de inconstitucionalidad en ejercicio de sus funciones, pues la Ley 24 de 1992 (artículo 9º) y el Decreto 262 de 2000 (artículos 26 y otros), disponen como atribución expresa de estas autoridades la de velar por la vigencia del ordenamiento jurídico e interponer las acciones públicas para la defensa de los derechos humanos.

2) Oportunidad

En relación con la oportunidad para demandar, la jurisprudencia constitucional ha señalado que, mientras la norma esté produciendo efectos jurídicos, puede formularse en cualquier tiempo. Si se trata de demandar por vicios de forma, por las irregularidades que se cometen en el trámite que antecede a la promulgación de la ley, hay un término de caducidad de un año, contado desde la publicación del respectivo acto, de acuerdo con lo prescrito en el artículo 242, numeral 3º, de la Constitución.

3) Requisitos

Respecto a los requisitos, en principio, la demanda de inconstitucionalidad es informal y no requiere de reglas sacramentales porque es una acción ciudadana. Sin embargo, el artículo 2º del Decreto 2067 de 1991, declarado exequible por Sentencia C – 131/93, exige un mínimo de requisitos para que el control constitucional se ejerza por vía de acción. En la demanda **se deben presentar razones** que generen el debate constitucional frente a la validez de la ley que se acusa de inconstitucionalidad, **debe hacerse la determinación de las normas acusadas** como inconstitucionales (mediante su transcripción literal o acompañando el ejemplar del Diario Oficial donde aparece publicada); deben **enunciarse las normas constitucionales infringidas**.

El requisito, de **la señalización de cargos de inconstitucionalidad**, es uno de los más importantes de la demanda. La efectividad del ejercicio de la acción

pública de inconstitucionalidad depende de la claridad, veracidad, pertinencia y suficiencia de los argumentos del actor.

En los cargos de inconstitucionalidad, las razones:

i) Deben ser **pertinentes**, porque debe existir una oposición objetiva, verificable entre lo que dispone el precepto acusado y lo que establece la Constitución, C-504/95. Las razones deben ser pertinentes, especialmente porque los cargos de la demanda deben guardar un vínculo de conexidad con el supuesto normativo contenido en la disposición impugnada (C-390/02)

ii) deben ser razones **inteligibles**, en tanto que deben recaer sobre un texto real y no simplemente sobre uno deducido por el actor, es decir que “*se refiera a proposiciones existentes, suministradas por el legislador y no a hipótesis arbitrariamente inferidas de la norma*” (C-504/95, C-509/96)

iii) deben ser **suficientes** para iniciar, al menos, un análisis que conduzca a desvirtuar la presunción de constitucionalidad, porque el ciudadano, al demandar, lo hace por “algo” C- 131/93.

4.5 JURISPRUDENCIA

J

Estudie y analice cada una de las dos sentencias de la Corte Constitucional y la de la Corte Suprema e infiera argumentalmente si la temática enunciada es la apropiada.

C – 0370 de 1996, Corte Constitucional. Contiene la revisión Constitucional del proyecto de la ley estatutaria de la administración de justicia. Incluye dentro de la misma lo concerniente a las funciones de la Corte Constitucional.

C – 568 de 2000, Corte Constitucional. Indica que el control impulsado por las acciones de inconstitucionalidad, implica un juicio relacional entre la norma inferior y la Constitución.

Sentencia de 23 de febrero de 1983, Corte Suprema, en tema de emergencia económica. Es una “sentencia tipo” que permite conocer cuál era el pensamiento y las discusiones jurídicas de los Magistrados, poco tiempo antes de la toma del Palacio de Justicia.

4.6 ACTIVIDAD PEDAGÓGICA

Ap

Como actividad pedagógica para reforzar los contenidos de esta unidad responda las siguientes cuestiones:

¿Cuál es el comportamiento de la Corte Constitucional cuando se incurre en vicios de forma al expedirse una Ley?

¿Considera usted que la jurisprudencia constitucional de la Corte Constitucional debe analizarse conjuntamente con la jurisprudencia constitucional proferida por la Corte Suprema?

¿Las exigencias de la Corte Constitucional para la confección de la demanda afecta la acción pública de inconstitucionalidad?

4.7 AUTOEVALUACIÓN

Ae

Antes de realizar su auto evaluación, examine con atención el siguiente caso:

Se trata en el presente caso de estudiar si el incumplimiento a una Recomendación de la OIT, sirve de fundamento (argumento) para justificar argumentativamente una acción de inconstitucionalidad.

En el caso No. 2434 adelantado en Ginebra, en la OIT, (queja contra el Gobierno de Colombia por parte de Atelca y otras organizaciones sindicales), adelantado en el Comité de Libertad Sindical de la OIT, en el año del 2007, se habló sobre la imprescindible participación ciudadana en la conformación de las normas pensionales. Dijo la OIT:

“...788. El Comité observa, en primer lugar, que si bien la adopción por parte del Gobierno de un nuevo sistema de pensiones excede su competencia, puede sin embargo examinar en qué medida al hacerlo se han respetado los principios de la libertad sindical y en particular el derecho de negociación colectiva.

“795. En cualquier caso, tanto en el sector privado como en el sector público, el Comité estima, que cualquier limitación a la negociación colectiva por parte de las autoridades debería estar precedida de consultas con las organizaciones de trabajadores y de empleadores, intentando

Ae

buscar el acuerdo de ambas. En este sentido, el Comité observa que según los alegatos del querellante, la reforma de la legislación se llevó a cabo a pesar de la oposición de los interlocutores sociales, expresada en un Referendo. El Comité observa que a pesar de la solicitud expresa que le formulara al Gobierno y a las organizaciones querellantes en marzo de 2006 para que enviaran información suplementaria sobre dicho Referendo, no se ha recibido ninguna comunicación al respecto. En estas condiciones, el Comité pide al Gobierno que teniendo en cuenta las circunstancias particulares de este caso, y con el fin de garantizar la armonía de las relaciones laborales del país, realice de nuevo consultas detalladas con las partes interesadas a cerca de las jubilaciones y las pensiones, a fin de encontrar una solución negociada aceptable para todas las partes interesadas, de conformidad con los Convenios sobre Libertad Sindical y Negociación Colectiva ratificados por Colombia”.

Por eso el Comité de la OIT recomendó, entre otras cosas:

“iii) En cuanto a los convenios celebrados después de la entrada en vigor del Acto Legislativo No. 1, teniendo en cuenta el resultado del Referendo, el Comité pide al Gobierno que teniendo en cuenta las circunstancias particulares de este caso, y con el fin de garantizar la armonía de las relaciones laborales del país, realice de nuevo consultas detalladas con las partes interesadas acerca de las jubilaciones y las pensiones, a fin de encontrar una solución negociada aceptable para todas las partes interesadas y de conformidad con los convenios sobre libertad sindical y negociación colectiva ratificados por Colombia”.

El Gobierno, al proponer el Plan Nacional de Desarrollo para 2006-2010 y en la ley que lo aprobó se hizo todo lo contrario: inconsultas decisiones, nada menos que respecto a los principales organismos gestores de pensiones en Colombia; acabando con la labor del ISS respecto de pensiones y creando COLPENSIONES con una estructura diferente. Por otro aspecto, en los temas que han sido definidos por convenciones colectivas, protegidas constitucionalmente, hay consecuencias que son afectadas al suprimirse el ISS. Entonces, al acabar con éste, se ocasionan perjuicios que afectan no sólo la libertad sindical, establecida en el artículo 39 de la C. P., sino los derechos adquiridos, protegidos por el artículo 58 de la C. P. y el derecho colectivo del trabajo, constitucionalmente protegido por el artículo 55 ibidem.

Ae

Con base en el análisis del caso planteado responda las siguientes cuestiones:

- 1) *¿Al demandar la ley aprobatoria del Plan de Desarrollo, por inconstitucional, es válido invocar que se afectó la democracia participativa y se incurrió en violación de derechos humanos, mediante la invocación del bloque de constitucionalidad?*
- 2) *¿Puede invocarse el bloque de constitucionalidad cuando se trata de Recomendaciones de la OIT?*

BIBLIOGRAFÍA SELECCIONADA

Bs

DUEÑAS RUIZ, Oscar José. Control Constitucional, 2ª. Edición. Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 1997.

Contiene el análisis de un siglo del control judicial constitucional en Colombia y la jurisprudencia constitucional, tanto de la Corte Constitucional, como de la Corte Suprema de Justicia.

TOBO GUTIERREZ, Javier. La Corte Constitucional y el Control de Constitucionalidad en Colombia, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, 1999, Bogotá.

Explica los mecanismos del control de constitucionalidad en Colombia.

Unidad 5 | SENTENCIAS SOBRE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Qg

| *Explicar las sentencias sobre “Control de Constitucionalidad”*

Qe

- *Caracterizar la parte motiva y la parte resolutive de las sentencias de constitucionalidad.*
- *Indicar que, si se modula un fallo, la cosa juzgada es tanto para la parte resolutive como para la “ratio decidendi”.*
- *Establecer las diferencias entre cosa juzgada relativa y cosa juzgada absoluta.*
- *Señalar algunas formas peculiares para confeccionar sentencias en la Corte Constitucional.*

5. SENTENCIAS SOBRE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

5.1. JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

La palabra jurisdicción es derivada del Latín *“jus dicere”*: decir, proclamar, declarar el derecho; el antiguo Código Judicial era muy preciso, en su artículo 139 señalaba: *“Jurisdicción es la facultad de administrar justicia, la cual corresponde únicamente al poder judicial”*.

La jurisdicción constitucional ha sido adscrita a la Corte Constitucional, **por la Ley 585 de 2000, artículo 1º, literal c) en armonía con el artículo 48 de la Ley 270 de 1996**. La jurisprudencia ha explicado que existe **la jurisdicción constitucional orgánica** (solamente le corresponde a la Corte Constitucional) y **la jurisdicción constitucional funcional** (Corte Constitucional, Consejo de Estado y jueces y corporaciones que conocen de acciones constitucionales, especialmente de la tutela)²³.

La Corte Constitucional, es la corporación “límite” de la interpretación constitucional, es la encargada de conservar el principio de supremacía constitucional (artículo 241 de la Constitución). Por eso, sus determinaciones son fuente de derecho para las autoridades y particulares.

5.2. DESARROLLO ORGÁNICO DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Muchos factores favorecieron el trabajo inicial de la Corte Constitucional.

- Han finalizado la guerra fría y las dictaduras del Cono Sur, luego el tema de la defensa de los derechos humanos va a estar en el centro de la vida política y jurídica;
- La nueva Constitución reintegra el derecho a la igualdad dentro de su texto (la igualdad no figuraba en la constitución de 1886, ni en sus reformas).
- Ingresan a la Constitución los derechos sociales, económicos y culturales;
- La Constitución de 1991 es una Constitución seglar, pluralista; establece el bloque de constitucionalidad; refuerza el control judicial constitucional;

²³ Sentencia C-1290/2001

- El nuevo texto constitucional acaba con el estado de sitio (aunque permite unos estados de excepción);
- Se caracteriza a la República como un Estado Social de Derecho;
- Lo principal: se consagran los derechos constitucionales fundamentales y se los garantiza mediante la acción de tutela, dándosele la última palabra jurisprudencial en el tema a la Corte Constitucional.

A partir de 1993, la Corte Constitucional es elegida según el artículo 239 de la Carta. Los magistrados o magistradas escogidos en el siglo XXI para reemplazar a quienes integraron a la primera Corte mantuvieron y hasta profundizaron y avanzaron en la jurisprudencia garantista en las acciones de tutela²⁴.

5.3. NOVEDAD FORMAL: LA CONFECCIÓN DE SENTENCIAS EN LA CORTE CONSTITUCIONAL

La Sala Plena de la Corte profiere la sentencia, de acuerdo con lo aprobado por la mayoría de la Corporación. Puede haber uno o varios ponentes para la redacción del texto definitivo. Los Magistrados que no están de acuerdo, salvan el voto y, se permite también, la aclaración del voto²⁵.

Desde su nacimiento, la Corte Constitucional adoptó un estilo de escribir diferente al tradicional. **Se preocupó más por la fuerza argumentativa** que por el relato de los hechos o de las incidencias procesales. Incluyó pies de página en los textos de los fallos. La manera de confeccionarse una parte motiva es muy variada: en contadas ocasiones es breve ya que se da por sentado que el lector conoce los antecedentes teóricos y prácticos sobre los cuales se basa la decisión. Pero, generalmente son sentencias muy extensas en cuanto a la argumentación²⁶.

²⁴ Especialmente garantista ha sido en lo referente a los derechos a la salud, las pensiones, la protección a la maternidad y aún en el tema de las vías de hecho.

²⁵ Es costumbre, en la Corte Constitucional, expedir un boletín de prensa, inmediatamente termina la sesión de Sala Plena correspondiente. En ese boletín se incluye textualmente la parte resolutive y se hace un resumen de los argumentos, tanto de la mayoría como de quienes salvan el voto. El texto definitivo del fallo se pone en conocimiento del público solamente cuando se han hecho las correcciones que resultan de las discusiones en Sala Plena y se han suscrito la sentencia, los salvamentos y las aclaraciones.

²⁶ Existe un sistema de confeccionar las decisiones judiciales, consistente en ir narrando la argumentación que pasa por la mente del operador jurídico, desechando las inconsistencias, hasta arribar a una interpretación que se considera la correcta; este sistema cae bien en los estudiantes de derecho, pero crea dificultades para el ciudadano común y corriente que no entiende cómo se incluyen proposiciones encontradas. También existe otro sistema que disloca la parte motiva de la resolutive, es decir, que la argumentación apunta hacia un lado pero la decisión es contraria. Las únicas finalidades de esta forma de escribir los fallos son las de hacer pedagogía, o alarde de erudición o poner una pica en Flandes, para una decisión posterior.

Hay un fallo que se sale de todos los moldes. Es la sentencia T-025/2004, sobre desplazamiento interno forzado. Es una decisión sui generis porque no solamente está el texto del fallo, que finaliza en la decisión, sino que adicionalmente contiene cinco anexos: resumen de todas las sentencias de instancia motivo de revisión; resumen de las pruebas aportadas en todos los expedientes, tanto por quienes instauraron la acción como por las entidades públicas contra quienes iban dirigidas las tutelas; enumeración de los deberes del Estado con fundamento en los principios Rectores del Desplazamiento forzado Interno; resumen de los precedentes jurisprudenciales sobre el tema; descripción y observaciones relevantes para la decisión adoptada. Es decir, que el contenido de los anexos corresponde a lo que tradicionalmente integra una decisión judicial. La Corte formalmente separa lo anterior del cuerpo de la sentencia para simplificar la lectura del propio fallo que se centra en básicamente dos puntos: estado de cosas inconstitucional y niveles mínimos de satisfacción de los derechos constitucionales de las personas en situación de desplazamiento. Se aprecia que la Corte, en la configuración de la providencia judicial y las determinaciones tomadas en el fallo T-025 de 2004, adopta un camino pragmático, muy propio de quien ha sido formado jurídicamente dentro de la escuela norteamericana.

5.4. PARTE RESOLUTIVA EN LAS SENTENCIAS DE INCONSTITUCIONALIDAD

Es el “*decisum*”, en las sentencias. En los procesos ordinarios, la resolución es lo que más interesa a quienes son partes en el proceso, puesto que decide la controversia (lo que se pide o lo que se exceptúa), o da órdenes (como en la acción de tutela). Es ahí donde se ve si se le reconoció o no la razón, total o parcialmente, al demandante o al demandado. En la acción de inconstitucionalidad, la parte resolutive interesa, tanto a los gobernantes como a los gobernados, tanto a quien demanda como a quien no lo hizo, puesto que mediante la parte resolutive se mantiene o expulsa del mundo jurídico a una norma inferior a la Constitución. Por consiguiente, los efectos de la parte resolutive, en las sentencias de inconstitucionalidad, son efectos “*erga omnes*”.

Los efectos de sus fallos los puede señalar la misma Corte. En la sentencia C-113/93, se dijo:

“...la facultad de señalar los efectos de sus propios fallos, de conformidad con la Constitución, nace para la Corte Constitucional de la misión que le confía el inciso 1° del artículo 241, de guardar la integridad y supremacía de la Constitución, porque para

cumplirla, el paso previo e indispensable es la interpretación que se hace en la sentencia que debe señalar sus propios efectos”.

Las sentencias C-113 de 1993 y C-131 de 1993 que estudiaron la constitucionalidad de varios artículos del Decreto Ley 2067 de 1991 hicieron varias precisiones:

Los **fallos de control abstracto** tienen fuerza obligatoria porque **tienen efectos “erga omnes” y no simplemente “inter partes”**, conforme al artículo 243 de la Carta;

La Corte, puede fijar autónomamente tales efectos: *“...sólo la Corte Constitucional, de conformidad con la Constitución, puede, en la propia sentencia, señalar los efectos de ésta. Este principio, válido en general, es rigurosamente exacto tratándose de las sentencias dictadas en asuntos de constitucionalidad”* (C-113/93);

Frente a las sentencias que hacen tránsito a cosa juzgada y por las mismas razones no se puede juzgar la misma norma nuevamente, a fin de respetar la seguridad jurídica.

No sobra repetir, que según el criterio de la Corte Constitucional, la decisión en una sentencia de constitucionalidad es fuente obligatoria. Así lo dispone el artículo 243 superior, el artículo 21 del Decreto 2067 de 1991, que dice: *“Las sentencias que profiera la Corte Constitucional tendrán el valor de cosa juzgada constitucional y son de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades y los particulares.* En el mismo sentido, lo determina la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, artículos 45, 48 de la Ley 270 de 1996. La parte resolutive, debe ser entendida, entonces, como la determinación de si la norma es o no compatible con la Constitución. Esta parte de la decisión tiene efectos *“erga omnes”* en las sentencias de constitucionalidad (artículos 243 de la Constitución y 48 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia –Ley 270 de 1996) y *“fuerza vinculante para todos los operadores jurídicos”*, porque por disposición del artículo 243 de la Carta genera cosa juzgada formal al juzgar una disposición del ordenamiento, y cosa juzgada material frente al contenido normativo de dicha disposición.

5.5. LA PARTE MOTIVA EN LAS SENTENCIA DE INCONSTITUCIONALIDAD

En toda decisión judicial, hay una parte motiva que contiene la relación de los hechos, de las pruebas y la argumentación que sustenta la otra parte del fallo que se denomina resolutive.

Debe tenerse en cuenta, que la parte resolutive de los fallos puede estar ligada a la parte motiva, bien sea porque expresamente se remite a ella o porque conforma un todo inescindible. En caso contrario, se estaría ante lo que se denomina *“obiter dicta”* (dicho de paso).

La jurisprudencia y la teoría han distinguido entre *“obiter dicta”* y *“ratio decidendi”*, para sostener que el carácter vinculante se refiere a esta última y no a la primera. (También se dice *“obiter dictum”*).

Particular importancia tiene la *“ratio decidendi”* en las sentencias condicionadas. En la sentencia C-239 de 1997 se establece:

“La Corte Constitucional puede dictar sentencias condicionadas o interpretativas, con el objeto de evitar la forzosa inexequibilidad de una norma que admite varias interpretaciones, unas ajustadas a la Carta y otras contrarias a ella, para lo cual, como ha ocurrido varias veces, el correspondiente fallo identifica los sentidos del precepto que se avienen a los postulados y mandatos constitucionales, declarando su exequibilidad, a la vez que hace lo propio con el entendimiento contrario a la Constitución, declarando su inexequibilidad. De tal modo que, bajo los supuestos excepcionales, la disposición objeto de examen es exequible solamente si es entendida o aplicada en su comprensión constitucional, según el análisis de la Corte y de acuerdo con lo dispuesto por ella”.

Desde la sentencia C-113 de 1993, la Corte Constitucional reconoció expresamente que tiene facultad para proferir fallos que modifican los efectos usuales de los mismos o, al mismo tiempo, cambiar y modificar algunos de los sentidos de la ley, declarada por el legislador ordinario o extraordinario.

La variedad o modulación de sentencias es una práctica ordinaria de los tribunales constitucionales que ejercen el control de constitucionalidad concentrado, para garantizar la supremacía de la Constitución por un lado y, respetar principios y valores muy importantes en las sociedades democráticas por otro.

Modulación del fallo, según la jurisprudencia

i) Las **sentencias condicionadas o interpretativas**. La Corte ha dicho que si una *“disposición legal admite varias interpretaciones, de las cuales algunas violan la Carta, pero otras se adecuan a ella, entonces corresponde a la Corte proferir una constitucionalidad condicionada o sentencia interpretativa que establezca cuáles sentidos de la disposición acusada se mantienen dentro del ordenamiento jurídico y cuáles no son legítimas constitucionalmente.* (C-496/94)

ii) Las **sentencias integradoras**. Estos fallos buscan solucionar el problema de la inconstitucionalidad por omisión relativa, en tanto que existe una disposición que, en sí misma es constitucional, pero tiene un vacío normativo que la hace contraria a la Carta. De este modo, la Corte no podría retirar del ordenamiento jurídico una norma conforme a la Carta, pero tampoco podría dejar una norma cuyo vacío la hace contraria a la norma superior. Por esa razón, la Corte llena el vacío normativo y proyecta los mandatos constitucionales en la legislación ordinaria, para de esa manera integrar vacíos normativos o hacer frente a las inevitables indeterminaciones del orden legal. (C-109/95)

iii) Las **sentencias con efectos diferidos**. En la sentencia C-221 de 1997, se dijo que es aquella, *“según la cual se difiere la declaratoria de inconstitucionalidad por el paso del tiempo”*. En otras palabras, se mantiene en el ordenamiento jurídico una norma que es inconstitucional, por un tiempo suficiente para que el Legislador llene el vacío.

iv) Las **sentencias con efectos retroactivos**. Excepcionalmente, en ciertas sentencias de inexecutable, la Corte ha dado efectos retroactivos a su decisión, puesto que, con una ley abiertamente inconstitucional, se evidenciaron graves daños a los derechos constitucionales de los ciudadanos. (C-023/94)

La modulación se explica, en la filosofía clásica, mediante el estudio que se le hace a las PROPOSICIONES. Se habla de las proposiciones modales. Julián Restrepo Hernández explica el tema ²⁷, de la siguiente forma:

“Modales. En estas proposiciones se expresa, el modo como el predicado se atribuye al sujeto. Hay cuatro modos: necesario, imposible, contingente, y posible; pero las proposiciones son tres: apodícticas, asertóricas, y problemáticas.

*Las **apodícticas** expresan que el predicado conviene con el sujeto o discrepa de él necesaria, o imposiblemente:..., ‘es imposible que la injusticia sea virtud’.*

*Las **asertóricas** expresan una realidad que puede ser de otro modo que es; en una palabra, que el predicado y el sujeto convienen o discrepan contingentemente: ‘el pueblo está sumiso’.*

*Las **problemáticas** apenas indican la posibilidad de que el predicado y el sujeto convengan o discrepen: ‘es posible el perdón de las injurias’.”*

Trasladada esa enseñanza filosófica al valor de la argumentación dentro de las sentencias de constitucionalidad, se tiene lo siguiente:

²⁷ RESTREPO HERNÁNDEZ Julián, *Lecciones de lógica, publicación de su materia en la cátedra de la Universidad del Rosario, 1907, Bogotá, pág. 249*

La razón de la decisión es necesaria cuando la sentencia es condicionada o integradora porque la modulación se le aplica necesariamente a la parte resolutive, es, pues, una proposición apodíctica, tiene fuerza de cosa juzgada. Si la proposición es asertórica, es decir, si la razón de la decisión es contingente, la parte motiva en relación con la parte resolutive del fallo, ni es integradora, ni es condicionada, luego la razón de la decisión puede convenir o discrepar, es criterio auxiliar, como dice la Constitución. Cuando se trata de un *“obiter dictum”*, es una posibilidad, la proposición es problemática, puede convertirse, en otra ocasión, en *“ratio decidendi”*.

5.6. LA COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL

El artículo 243 de la C. P. tantas veces citado, dice:

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

La noción de cosa juzgada indica que no es permitido volver, directa o indirectamente, a intentar acción alguna sobre lo ya fallado. Dentro del pensamiento tradicional, se entiende la cosa juzgada como verdadera, *“res judicata pro veritate habetur”*.

En la sentencia C-543 de 1992, se hizo la siguiente caracterización:

“La cosa juzgada, que confiere a las providencias la fuerza de verdad legal dentro del ámbito individualizado del asunto litigioso resuelto, se funda en el principio de la seguridad jurídica, la cual para estos efectos, reside en la certeza por parte de la colectividad y sus asociados en relación con la definición de los conflictos que se llevan al conocimiento de los jueces”.

“El principio de la cosa juzgada hace parte indiscutible de las reglas del debido proceso aunque no se halle mencionado de manera expresa en el artículo 29 de la Constitución. Todo juicio, desde su comienzo, está llamado a culminar, ya que sobre las partes no puede cernirse indefinidamente la expectativa en torno al sentido de la solución judicial a su conflicto. En consecuencia, hay un verdadero derecho constitucional fundamental a la sentencia firme y, por tanto, a la autoridad de la cosa juzgada”.

La cosa juzgada vincula a todas las autoridades, incluida la misma Corte Constitucional.

Existe la cosa juzgada absoluta; eso significa que con posterioridad no puede volver a demandarse. La cosa juzgada es relativa, cuando después puede volver a demandarse, pero por otros motivos distintos a los que dieron base a la primera demanda.

En la sentencia C-783 de 2001 se estableció:

“Es necesario distinguir entre las sentencias de cosa juzgada relativa y las sentencias de constitucionalidad condicionada. Así, la limitación de la cosa juzgada tiene que ver con la posibilidad de que una disposición que ya fue analizada por la Corte, pueda o no ser estudiada en el futuro. Por ende, existe cosa juzgada relativa cuando la disposición es declarada exequible pero, por diversas razones, la Corte ha limitado su escrutinio a los cargos del actor, y autoriza entonces que la constitucionalidad de esa misma norma pueda ser nuevamente reexaminada en el futuro”.

5.7 JURISPRUDENCIA

J

Estudie analíticamente las sentencias de la Corte Constitucional y la de la Corte Suprema y establezca inductivamente, la relación entre la parte motiva y la parte resolutive para llegar al concepto de “cosa juzgada constitucional”-

- C-113 de 1993 de la Corte Constitucional. Distingue, en las acciones de constitucionalidad, el régimen procesal y el procedimiento; señala los efectos de los fallos de la Corte, en materia de constitucionalidad.

- C-131 de 1993 de la Corte Constitucional. Desarrolla los temas: fuentes obligatorias, fuentes auxiliares, criterios auxiliares. Caracteriza la cosa juzgada constitucional y los efectos de las sentencias.

- Sentencia de 11 de abril de 1932 de la Corte Suprema de Justicia. Profundiza sobre la autoridad de la cosa juzgada constitucional y emplea el término: excepción de cosa juzgada.

5.8 ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS

Ap

Como actividad pedagógica de refuerzo responda las tres siguientes cuestiones:

¿En que consiste la jurisdicción constitucional funcional?

¿Comparte usted la manera como se escriben en la Corte Constitucional algunas sentencias?

¿La modulación de los fallos ha sido hecha exclusivamente por la Corte Constitucional o también, en alguna época, la hizo la Corte Suprema?

5.9 AUTOEVALUACIÓN

Ae

Examine y analice con atención los siguientes casos y proceda después a responder las preguntas de “autoevaluación” propuestas para cada caso.

CASO No. 1

Dentro de las sentencias condicionadas, figuran las sentencias aditivas. Situación que plantea problemas en la práctica. Valga un ejemplo, En la sentencia C-239 de 1997 se establece:

“La corte Constitucional puede dictar sentencias condicionadas o interpretativas, con el objeto de evitar la forzosa inexequibilidad de una norma que admite varias interpretaciones, unas ajustadas a la Carta y otras contrarias a ella, para lo cual, como ha ocurrido varias veces, el correspondiente fallo identifica los sentidos del precepto que se avienen a los postulados y mandatos constitucionales, declarando su exequibilidad, a la vez que hace lo propio con el entendimiento contrario a la Constitución, declarando su inexequibilidad. De tal modo que, bajo los supuestos excepcionales, la disposición objeto de examen es exequible solamente si es entendida o aplicada en su comprensión constitucional, según el análisis de la Corte y de acuerdo con lo dispuesto por ella”.

Además, desde la sentencia C-113 de 1993, la Corte Constitucional reconoció expresamente que tiene facultad para proferir fallos que modifican los efectos usuales de los mismos o, al mismo tiempo, cambiar y modificar algunos de los sentidos de la ley, declarada por el legislador ordinario o extraordinario.



Ello, por cuanto la dinámica del control de constitucionalidad exige al juez constitucional no sólo interpretar la Constitución, sino también la ley que es sometida al análisis constitucional, por lo que es indispensable adecuar la hermenéutica que más se acomode al espíritu y al tenor literal de la norma constitucional.

Dentro de este contexto están las denominadas sentencias aditivas. Un ejemplo es C-1037/03 que declaró exequible el parágrafo 3º. del artículo 9º, (que se refiere a la terminación de la relación laboral cuando el trabajador cumple con los requisitos para la pensión). Mediante sentencia aditiva, se indicó que además de la notificación del reconocimiento de la pensión se exigirá, para hacerla conforme con la constitución, la notificación de su inclusión en la nómina de pensionados correspondiente. Por supuesto que la Corte admite que el legislador pueda establecer causales adicionales a las previstas en la constitución para terminar una relación laboral o para disponer el término durante el cual se puede ocupar un cargo público; sin embargo, la Corte advierte: “no puede existir solución de continuidad entre la terminación de la relación laboral y la iniciación del pago efectivo de la mesada pensional, precisamente para asegurar al trabajador y a su familia los ingresos mínimos vitales, así como la efectividad y primacía de sus derechos (C.P., arts. 2º. y 5º.). Por tanto, la única posibilidad de que el precepto acusado devenga constitucional es mediante una sentencia aditiva para que el trabajador particular o servidor público sea retirado sólo cuando se le garantice el pago de su mesada pensional, con la inclusión en la correspondiente nómina, una vez se haya reconocido su pensión.

EJERCICIOS. Con base en el estudio del caso No. 1 responda las siguientes cuestiones:

- 1) ¿El empleador y el organismo gestor de la seguridad social en pensiones pueden impulsar el reconocimiento de la pensión de un trabajador e incluirlo en nómina, pero, si no ha llegado a la edad de retiro forzoso, tratándose de empleados públicos, puede obligarse al trabajador a dejar su cargo y pasar de activo a pasivo?*
- 2) ¿Si la propia Corte Constitucional ha dicho que existe la facultad de laborar por cinco años más para mejorar la tasa de reemplazo, entonces, el trabajador no está obligado a retirarse para gozar de su pensión?*



CASO No 2

Las sentencias condicionadas se prestan para que se les hagan interpretaciones que las desvirtúan. Un ejemplo:

Mediante el Decreto Ley 1750 del 26 de Junio de 2003, se escindió el sector salud del Instituto de los Seguros Sociales y creó siete ESE (Empresas Sociales del Estado) del Orden Nacional, de tal manera que todos los trabajadores fueron vinculados sin su consentimiento a la nueva empresa creada, pasando de trabajadores oficiales a empleados públicos.

Los derechos convencionales adquiridos por los trabajadores, en el instante en que se escindieron las ESE del Seguro Social, son derechos consolidados. En efecto, el artículo 5 del Decreto 1919 del 27 de agosto de 2002 ordena que “ los derechos adquiridos considerados como las situaciones jurídicas consolidadas a favor de los empleados públicos y trabajadores oficiales que para efectos del presente Decreto se entienden como aquellas prestaciones sociales causadas, así como las que hayan ingresadas al patrimonio del servidor, no podrían ser afectadas”.

La mayor parte de esos derechos concretos habían sido establecidos en convención colectiva de trabajo vigente a la fecha en que se escindió la ESE del Seguro Social.

La Corte Constitucional, mediante Sentencia 314 de 2004 ordenó que la Convención Colectiva vigente entre el ISS y sus trabajadores, al momento de la escisión, se tenía que seguir aplicando a los servidores de las Empresas Sociales del Estado creadas, así el trabajador pasara a tener la condición de empleado público.

El Ministerio de la Protección social y las ESE mediante circulares internas, se han referido a la sentencia de la Corte Constitucional y han dicho que los empleados de las ESE no pueden invocar la convención colectiva porque las ESE no han firmado ninguna Convención.

EJERCICIO: Con base en el estudio y el análisis del caso No. 2 responda las siguientes preguntas:

1) ¿Tienen poder vinculante esas circulares, frente a la jurisprudencia constitucional?



2) ¿A quienes eran antes trabajadores oficiales y ahora son empleados públicos en las ESE, se les continuarán o no pagando los beneficios convencionales, así ya no pertenecieran al ISS y las ESE no hubieren firmado convenciones colectivas?

CASO No. 3

Dentro de la teoría procedimental, las sentencias, como los actos administrativos, se cumplen o no se cumplen. Y es obvio que para que se cumplan deben serlo en forma total. No obstante, en la parte motiva de una sentencia de tutela, la T-025 de 2004, se habló de niveles de cumplimiento; precisa la Corte Constitucional:

“Sin embargo, dadas las magnitudes del problema de desplazamiento en Colombia, así como el carácter limitado de los recursos con los que cuenta el Estado para satisfacer este cometido, es forzoso aceptar que al momento de diseñar e implementar una determinada política pública de protección a la población desplazada, las autoridades competentes deben efectuar un ejercicio de ponderación y establecimiento de áreas prioritarias en las cuales se prestará atención oportuna y eficaz a dichas personas. Por lo tanto, no siempre se podrá satisfacer, en forma concomitante y hasta el máximo nivel posible, la dimensión prestacional de todos los derechos constitucionales de toda la población desplazada, dadas las restricciones materiales y las dimensiones reales de la evolución del fenómeno del desplazamiento.”

Un año y medio después del fallo, según análisis hecho por la misma Corte, el nivel de cumplimiento a lo ordenado por la sentencia judicial había sido bajo. Con esta apreciación la Corte Constitucional se lanza contra el esquema formal procesal y considera que es su deber readquirir la competencia para monitorear el cumplimiento de lo ordenado y tratar de lograr, en cierta forma, pequeños horizontes parciales. Pareciera que se admitiera como mal menor la inserción y los niveles de ayuda, para reducir el daño ocasionado.

EJERCICIO: Después de examinar el caso No. 3 proceda a responder los siguientes interrogantes:

1) ¿Esa teoría de los niveles de cumplimiento va contra el mandato del artículo 86 de la C. P.?

Ae

2) ¿ Para evitar tal amenaza, tal vez en el único caso en el cual se justificarían excepcionalmente esos niveles de cumplimiento, sería cuando las órdenes del juez de tutela se den de manera general por existir un estado de cosas inconstitucional, siempre y cuando tales órdenes se refieran a servicios sociales, porque éstos, tienen entre sus objetivos específicos: servir de remedio para las fisuras que ha dejado la crisis del sistema y una situación de crisis estructural no se soluciona por sentencias?

BIBLIOGRAFÍA SELECCIONADA

Bs

ENCICLOPEDIA IBEROAMERICANA DE FILOSOFÍA, EL DERECHO Y LA JUSTICIA. Editorial Trotta, Madrid, 1996. Entre los numerosos artículos que contiene, es de resaltar el de sistemas jurídicos (anglosajón, continental)

SOLAR CAYON, José Ignacio. Política y derecho en la era del New Deal. Editorial Dykinson, Madrid, 2002. Analiza la producción del Tribunal Supremo de Estados Unidos, el sistema de estudio de casos, la influencia de la jurisprudencia en la sociedad y el paso del formalismo al pragmatismo.

Unidad 6 | VALOR VINCULANTE DE LA “RATIO DECIDENDI”

Qg

Plantear la contradicción dialéctica entre la autonomía judicial y el valor vinculante de la “ratio decidendi”.

Qe

- *Respaldar el valor vinculante de la “ratio decidendi” en el derecho a la igualdad;*
- *Plantear el interrogante de si la “ratio decidendi” es cosa juzgada;*
- *Criticar la aspiración de convertir la “ratio decidendi” en una regla de derecho.*

6. VALOR VINCULANTE DE LA “*RATIO DECIDENDI*”

6.1. LA “*RATIO DECIDENDI*” EN LAS SENTENCIAS DE CONSTITUCIONALIDAD

La “*ratio decidendi*” del Latín: razón o fundamento de decidir, incluye las razones inescindiblemente relacionadas con la decisión que el juzgador ha tomado y sin las cuales la decisión del caso no sería comprensible o carecería de fundamento. “*A contrario sensu*”, no constituyen “*ratio decidendi*”, ni las recomendaciones que hagan un juez o una jueza en una sentencia, ni los consejos, ni los argumentos que no tienen que ver con la parte resolutive de la sentencia²⁸.

Al observarse una “*ratio decidendi*”, el lector, no siempre, va a captar fielmente lo que lee. No se trata de tergiversar, ya que eso sería ir del conocimiento a la ignorancia, sino de admitir la dificultad para reproducir exactamente un criterio jurídico expresado en una sentencia y captado por un estudioso de la jurisprudencia. Kant decía que solo conocemos la apariencia pero no la cosa en sí. Es por eso que, no es un despropósito hablar de interpretar la interpretación. Máxime cuando pueden existir, lo cual generalmente acontece, muchos criterios encontrados y expresados en sentencias de diferentes jurisdicciones, o, inclusive, de la misma jurisdicción. En este último evento, calificado por algunos como el caos jurisprudencial, hay que decir que existen modelos ordenados y modelos desordenados de actuar. Lo sano es que el modelo sea ordenado, puesto que sobre él se levanta la cultura del precedente. Sin embargo, aún en el caos, surge la auto-organización (por ejemplo, en un huracán). Enseña Aristóteles, que el mundo no es una colección de individuos aislados, de alguna manera están conectados los unos con los otros. Lo mismo acontece con la jurisprudencia, alguna conexión aparece entre sentencias aparentemente contradictorias. No hay que tenerle miedo a la dialéctica, es ella la que permite las soluciones.

En la **SU-1219 de 2001**²⁹ se precisó la “*ratio decidendi*” de la siguiente forma: “*la ratio decidendi exhibe un grado mayor de abstracción que el decisum, el cual surte efectos en el caso concreto. La ratio decidendi se proyecta – en virtud del principio de igualdad, de la seguridad jurídica, del principio de confianza legítima, y de la supremacía de la Constitución– más allá del caso concreto y tiene la fuerza y el valor de precedente para todos los jueces en sus decisiones. Una vez fijado con autoridad, por el órgano*

²⁸ Lo curioso es que la Corte Constitucional colombiana, en famosas sentencias, por ejemplo la T-06/92 y la T-02/92, hizo consideraciones jurídicas totalmente contrarias a lo que decidió en la parte resolutive; y, sin embargo, tales argumentaciones tuvieron tal impacto que se les dio la trascendencia de *ratio decidendi*

²⁹ Compendio de la Relatoría de la Corte Constitucional

competente y siguiendo el procedimiento para ese fin, el significado de la norma se integra a ella y adquiere fuerza vinculante al ser parte del derecho a cuyo imperio están sometidas todas las autoridades en un Estado Social de Derecho”.

Según la citada Sentencia, el artículo 230 de la Constitución establece que los jueces o juezas están sometidos al imperio de la ley, concepto que no abarca exclusivamente las leyes en sentido formal, sino que comprende obviamente la Constitución y, en un sentido amplio, el derecho dentro del cual “la ratio” de las sentencias ocupa un lugar primordial puesto que le confieren efectividad a las normas, al concretar sus alcances.

La Corte Constitucional ha recordado que en el sistema del Common Law, el precedente vinculante es la “ratio decidendi” del caso, ya que ese principio abstracto es la base necesaria de la decisión, y por consiguiente, debe ser aplicado por los jueces o juezas en otras situaciones similares. Resalta la Corte que en Inglaterra, en el caso *Osborne v Riley* de 1880, se dijo que “la única cosa que es vinculante en una decisión judicial es el principio que sirvió de base a la decisión”³⁰.

6.2. LA “RATIO DECIDENDI” Y LA IGUALDAD INTERPRETATIVA

En el Estado liberal se admitió la igualdad formal³¹. Dentro de esa igualdad formal, es coherente que la interpretación que se le da a una norma sea igual para casos idénticos y, de no serlo, debe darse una explicación plausible para romper la igualdad interpretativa. Precisamente el respeto al precedente jurisprudencial se fundamenta en el principio constitucional de la igualdad.

Además, con los métodos computarizados, que democratizan la información, la jurisprudencia va a ser conocida por muchas personas y, en principio, no tiene sentido, ni político, ni práctico, ni de equidad, que se proceda de manera diferente frente a casos similares.

No obstante, la sentencia T-553/97 reconoce las dificultades:

“En esta medida, las interpretaciones distintas deben estar fundamentadas en razones suficientes que sustenten el trato diferenciado que se produce en razón de esa divergencia.

³⁰ Citado por Denis Kenan. **Op-cit**, p 133

³¹ la igualdad que admitió el Estado Liberal fue la que políticamente identificaba la igualdad con la democracia representativa (a través del voto) o la formal equivalente a la presunción de que todos somos iguales ante la ley, este derecho no adquirió la trascendencia que se merecía. Por eso, Carlos Marx decía que el derecho burgués se edificaba sobre la desigualdad (Crítica al Programa de Gota).

Sin embargo, el hecho de que deba existir una única aplicación, no permite al intérprete saber cuál de las interpretaciones posibles sea la correcta, ni indica cuál debe ser el sentido de la igualación. Tan sólo establece, se insiste, que, en principio, los funcionarios deben interpretar las normas en forma homogénea”.

Para tratar de solucionar las dudas que surgen sobre por qué puede haber diferentes interpretaciones de los jueces o juezas y de los tribunales respecto a un mismo texto normativo, se maneja la idea de que, como cada vez debe ser mas importante el precedente jurisprudencial, por tal razón la modificación no razonada en las actuaciones judiciales, afecta el derecho a la igualdad. Cuestión precisada en (Esto lo precisó) la sentencia T-334/98, recordando que en el art. 13 de la Constitución se establece el principio de igualdad ante la ley, o sea en la creación de la norma e igualmente en la aplicación de la ley.

En otra sentencia, la SU-097/99 se da un respaldo a la igualdad en las interpretaciones jurídicas con base en la teoría de la argumentación y se admite la fuerza de la ética protestante:

“Aunque la noción de precedente tiende a ser usualmente relacionada con el respeto que los tribunales o jueces de inferior jerarquía están obligados a guardar frente a las decisiones proferidas por los jueces o tribunales superiores, las teorías contemporáneas de la argumentación jurídica prefieren centrar la importancia del precedente en su relación con el principio de universalidad, en el que toda forma de argumentación (moral o jurídica) encuentra uno de sus basamentos principales”.

“Este principio, fundado entre otras cosas en el primer imperativo categórico kantiano (“Haz sólo aquello que al mismo tiempo puedas querer se convierta en ley universal”), se traduce, a nivel de la argumentación jurídica, en la necesidad de que el juez sólo adopte aquellas decisiones que, en el futuro, esté dispuesto a aplicar a casos similares. En efecto, cuando, en el proceso interpretativo, el juez debe adoptar una de las múltiples elecciones que se derivan de la combinación de los hechos del caso que debe resolver con la normatividad y la jurisprudencia vigentes, la racionalidad de su elección sólo puede ser “controlada” a partir de los dictados del principio de universalidad de la decisión judicial.”

Es mejor sustentar la uniformidad jurisprudencial en el principio y derecho constitucional a la igualdad que en posiciones éticas o del principio de autoridad. Pero, debe recalcarse que cuando un juez o un Tribunal o una Corte toma una decisión frente a un caso concreto, y, posteriormente, frente a otro idéntico caso, se pronuncia en forma contraria, sin explicar por qué modificó su comportamiento, viola el artículo de la Constitución Política que establece la igualdad, en cuanto se incurre en un comportamiento objetiva e irrazonablemente desigual que

ubica al sujeto procesal en situación de indefensión, afectando la confianza legítima frente al Juez-Estado, y por ende, se afecta el principio de buena fe. Este planteamiento se acerca a la esencia de la teoría constitucional, aunque debe manejarse con mucho cuidado porque constitucionalmente también existe la autonomía judicial.

La sentencia C-400/98 dijo al respecto:

*“En ese orden de ideas, un tribunal puede apartarse de un precedente cuando considere necesario hacerlo, pero en tal evento tiene la carga de argumentación, esto es, tiene que aportar las razones que justifican el apartamiento de las decisiones anteriores y la estructuración de una nueva respuesta al problema planteado. Además, **para justificar un cambio jurisprudencial no basta que el tribunal considere que la interpretación actual es un poco mejor que la anterior**, puesto que el precedente, por el solo hecho de serlo, goza ya de un plus, pues ha orientado el sistema jurídico de determinada manera. Por ello, para que un cambio jurisprudencial no sea arbitrario es necesario que el tribunal aporte razones que sean de un peso y una fuerza tales que, en el caso concreto, primen no sólo sobre los criterios que sirvieron de base a la decisión en el pasado sino, además, sobre las consideraciones de seguridad jurídica e igualdad que fundamentan el principio esencial del respeto del precedente en un Estado de derecho”.*

6.3. EXISTE LA COSA JUZGADA, RESPECTO DE LA “RATIO DECIDENDI”?

La sentencia C-113 de 1993 determinó que el inciso 1º del artículo 21 del decreto 2067 de 1991 no contraría la Constitución. Dicho inciso establece que *“Las sentencias que profiera la Corte Constitucional tendrán el valor de cosa juzgada constitucional y son de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades y los particulares”*.

En las sentencias de inconstitucionalidad, **no existe duda sobre la fuerza de cosa juzgada que posee la parte resolutive**. La discusión radica en la cosa juzgada de la “ratio decidendi” que **aparece en la parte motiva**.

En la sentencia SU-640 de 1998 la Corte Constitucional revocó un fallo del Consejo de Estado por considerar que desconoció la cosa juzgada constitucional en cuanto a la razón de la decisión. Dijo la Corporación:

“La sentencia del Consejo de Estado, al separarse de la ratio decidendi de los fallos de la Corte Constitucional, viola la Constitución Política, suprema fuente del ordenamiento jurídico y, por contera, desconoce los derechos a la participación política del actor y

sus electores, los que fueron inequívocamente determinados por esta jurisdicción constitucional en el sentido de que el período de los alcaldes elegidos popularmente es de tres años, independientemente de la causa que de lugar a su elección. El Consejo de Estado descartó expresamente la aplicación de las sentencias de la Corte Constitucional en las que se fijaban criterios insoslayables de decisión. En su lugar, pese a la existencia de doctrina constitucional reiterada sobre el punto, el Consejo de Estado consideró que los fallos de la Corte Constitucional, al excluir del orden jurídico un conjunto de disposiciones electorales, habían producido un vacío normativo que, en su concepto, debía suplirse con la tesis según la cual el período de los alcaldes es institucional y no personal. De este modo se terminó por sostener la postura que ya había sido desechada por inconstitucional en los referidos fallos de inexequibilidad. La violación de la cosa juzgada constitucional no puede ser más patente”.

Dentro de esta proyección surge la inclinación de elevar casi a norma la “*ratio decidendi*”.

Si se observa con detenimiento la sentencia C-131 de 1993, se llega a la conclusión que no fue tan radical como la SU-640 de 1998. En efecto, el fallo C-131/93 hizo algunas aclaraciones:

“¿Qué parte de las sentencias de constitucionalidad tiene la fuerza de la cosa juzgada? La respuesta es doble: poseen tal carácter algunos apartes de las sentencias en forma explícita y otros en forma implícita.

Primero, goza de cosa juzgada explícita la parte resolutive de las sentencias, por expresa disposición del artículo 243 de la Constitución.

Segundo, gozan de cosa juzgada implícita los conceptos de la parte motiva que guarden una unidad de sentido con el dispositivo de la sentencia, de tal forma que no se pueda entender éste sin la alusión a aquéllos.

En efecto, la parte motiva de una sentencia de constitucionalidad tiene en principio el valor que la Constitución le asigna a la doctrina en el inciso segundo del artículo 230: criterio auxiliar –no obligatorio–, esto es, ella se considera obiter dicta.

Distinta suerte corren los fundamentos contenidos en las sentencias de la Corte constitucional que guarden relación directa con la parte resolutive, así como los que la corporación misma indique, pues tales argumentos, en la medida en que tengan un nexo causal con la parte resolutive, son también obligatorios y, en esas condiciones, deben ser observados por las autoridades y corrigen la jurisprudencia.

La ratio iuris de esta afirmación se encuentra en la fuerza de la cosa juzgada implícita de la parte motiva de las sentencias de la Corte Constitucional, que consiste en esta Corporación realiza en la parte motiva de sus fallos una confrontación de la norma revisada con la totalidad de los preceptos de la Constitución Política, en virtud de la guarda de la integridad y supremacía que señala el artículo 241º de la Carta. Tal confrontación con toda la preceptiva constitucional no es discrecional sino obligatoria. Al realizar tal confrontación la Corte puede arribar a una de estas dos conclusiones: si la norma es declarada inexecutable, ella desaparece del mundo jurídico, con fuerza de cosa juzgada constitucional, como lo señala el artículo 243 superior, y con efecto erga omnes, sin importar si los textos que sirvieron de base para tal declaratoria fueron rogados o invocados de oficio por la Corporación, porque en ambos casos el resultado es el mismo y con el mismo valor. Si la norma es declarada executable, ello resulta de un exhaustivo examen del texto estudiado a la luz de todas y cada una de las normas de la Constitución, examen que lógicamente se realiza en la parte motiva de la sentencia y que se traduce desde luego en el dispositivo.

Son pues dos los fundamentos de la cosa juzgada implícita: primero, el artículo 241 de la Carta le ordena a la Corte Constitucional velar por la guarda y supremacía de la Constitución, que es norma normarum, de conformidad con el artículo 4º idem. En ejercicio de tal función, la Corte expide fallos con fuerza de cosa juzgada constitucional, al tenor del artículo 243 superior. Segundo, dichos fallos son erga omnes, según se desprende del propio artículo 243 constitucional.

Considerar lo contrario, esto es, que únicamente la parte resolutive tiene fuerza de cosa juzgada, sería desconocer que, admitiendo una norma diferentes lecturas, el intérprete se acoja a lo dispositivo de una sentencia de la Corte Constitucional e ignore el sentido que la Corporación –guardiana de la integridad y supremacía de la Carta-, le ha conferido a dicha norma para encontrarla conforme o inconforme con la Constitución. Ello de paso atentaría contra la seguridad jurídica dentro de un ordenamiento normativo jerárquico, como claramente lo es el colombiano por disposición del artículo 4º superior”.

La pretensión de convertir a la “ratio decidendi” en subregla

El “common law”, propio del sistema jurídico anglosajón, da lugar al examen de los casos y torna vinculante la “ratio decidendi”. Por tal razón, el sistema de casos, implica el estudio de las sentencias de los tribunales. En este aspecto, la enseñanza del derecho es mas informativa que formativa.

Por el contrario, el sistema jurídico del “*legal law*”, propio de los países de la Europa continental y de Latinoamérica, tiene a la norma legislativa como la fuente principal del derecho, es ella el objeto principal de los estudios jurídicos.

La fortaleza de un modelo de casos es su carácter científico, pero, puede derivar y está derivando, en un estudio de capacidad, destrezas y técnicas que permitan adquirir el conocimiento, a través de la jurisprudencia, de ahí el “*leading case*”.

Dice Barnett, que en la actualidad el conocimiento se define a través de los conceptos siguientes: habilidad, resultados, aprendizaje experimental, capacitación o empresa, que implican una educación más profesional que académica.

Aunque la inclinación en nuestros países sea cada día más proclive al sistema norteamericano, el comportamiento cotidiano de los jueces y juezas permite pensar que la jurisprudencia muy difícilmente alcanzará la posición de precedente obligatorio; las leyes continuarán como la columna vertebral del sistema. El estudio en la biblioteca se complementa pero no se desplaza por el estudio en los tribunales.

Hay que poner de presente, no obstante, que la sentencia C- 131 de 1993, se remitió a una jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, proferida en 1916, que por lo pertinente y esclarecedora vale la pena recordar:

*“La cosa juzgada ha de hallarse en lo general en la parte definitiva de la sentencia, pero los motivos de ésta carecen de fuerza de fallo, porque son simples elementos de la convicción del juez, que pudiendo ser idóneos en ocasiones, no afectan sin embargo la decisión misma. Empero tiene una excepción este principio, también aceptada generalmente en teoría y en jurisprudencia, y es que cuando los motivos son, no ya simples móviles de la determinación del juez o jueza sino que se liga (sic) internamente al dispositivo y son como “el alma y nervio de la sentencia” constituye entonces un todo con la parte dispositiva y participa entonces de la fuerza que ésta tenga. Numerosos son los casos en que sin conexionar los motivos determinantes de un fallo, ella sería incompatible e inejecutable.”*³²

Como se observa, el tema ha sido planteado desde hace mucho tiempo y no puede afirmarse que haya quedado suficientemente aclarado.

32 Cfr. Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 20 de octubre de 1916. Magistrado Ponente Juan Méndez. Gaceta Judicial No 25 pag. 250

6.4. “LA RATIO DECIDENDI” Y SU PODER VINCULANTE

Una simplificación de la importancia de la “*ratio decidendi*”, se expresaría en la frase: la “*ratio decidendi*” es *vinculante*. Vinculante es lo que ata, lo que une una cosa con otra. Es decir, qué aspectos de la parte motiva se enlazan con la parte resolutive. El interrogante sigue siendo, si vinculante es sinónimo de obligatorio.

No hay duda de que el valor vinculante de la jurisprudencia constitucional es obligatorio en el caso de las sentencias moduladas porque la parte resolutive se remite al condicionamiento que figura en la parte motiva

En sentencias que no tienen condicionamiento, de todas maneras la Corte Constitucional da a entender que la “*ratio decidendi*” de sus sentencias es casi una camisa de fuerza. Prueba de ello, el fallo de tutela T-292 de 2006.

Sentencia T-292/06, valor vinculante

“El fundamento constitucional del carácter vinculante de tales aspectos de la parte motiva de estas providencias, es:

El respeto a la cosa juzgada constitucional reconocida en el artículo 243 de la Carta, que se proyecta a algunos de los elementos de la argumentación, conforme a las consideraciones previamente indicadas.

La posición y la misión institucional de esta Corporación que conducen a que la interpretación que hace la Corte Constitucional, tenga fuerza de autoridad y carácter vinculante general, en virtud del artículo 241 de la Carta.

Igualmente, y en especial respecto de las sentencias de tutela, la Corte resaltó con posterioridad otros fundamentos de la fuerza vinculante de la ratio decidendi, tales como el principio de igualdad, la seguridad jurídica, el debido proceso y el principio de confianza legítima, como se comentará en el apartado e) de este capítulo”.

Esa interrelación obliga a analizar críticamente la sentencia T-292/06, que contiene uno de los estudios más profundos sobre la “*ratio decidendi*”. No sobra decir que allí también se precisa:

“En este sentido, y dada su importancia, surge, sin embargo, la siguiente inquietud a la hora de determinar un precedente: ¿debe entenderse por precedente cualquier antecedente que se haya fijado en la materia, con anterioridad al caso en estudio? La respuesta a

esta inquietud es negativa por varias razones. La primera, es que no todo lo que dice una sentencia es pertinente para la definición de un caso posterior, como se ha visto (v. gr. la “ratio” es diferente al “óbiter dicta”). La segunda, es que aunque se identifique adecuadamente la ratio decidendi de una sentencia, resulta perentorio establecer para su aplicabilidad, tanto en las sentencias de constitucionalidad como en las de tutela, qué es aquello que controla la sentencia, o sea cual es el contenido específico de la ratio. En otras palabras, si aplica tal “ratio decidendi” para la resolución del problema jurídico en estudio o no. En este sentido, en el análisis de un caso deben confluír los siguientes elementos para establecer hasta que punto el precedente es relevante o no”.

Para la mencionada sentencia, “la ratio decidendi” es una regla relacionada con el caso a resolver posteriormente; porque la ratio debió haber servido de base para solucionar un problema jurídico semejante, o a una cuestión constitucional semejante. De ahí que la T-292/06 exige que los hechos del caso o las normas juzgadas en la sentencia anterior deben ser semejantes o plantear un punto de derecho semejante al que debe resolverse posteriormente. En este sentido será razonable que “cuando en una situación similar, se observe que los hechos determinantes no concuerdan con el supuesto de hecho, el juez esté legitimado para no considerar vinculante el precedente”. Es decir, le quita fuerza al planteamiento de la obligatoriedad, porque, en la práctica, un juzgador puede opinar que el nuevo caso no es semejante al precedente.

Hay que resaltar que la sentencia SU-1300/01 ya había expresado:

“... la ratio decidendi, entendida como la formulación general del principio, regla o razón general que constituyen la base necesaria de la decisión judicial específica, también tiene fuerza vinculante general. Los obiter dicta o ‘dichos de paso’, no tienen poder vinculante, sino una ‘fuerza persuasiva’ que depende del prestigio y jerarquía del Tribunal, y constituyen criterio auxiliar de interpretación...”.

En un terreno práctico, se puede decir que, tratándose de sentencias proferidas por la Corte Constitucional, al decidir acusaciones contra una ley o un decreto, surgen las siguientes situaciones:

Si la declaratoria es de inexequibilidad, es tal el impacto de la parte resolutive (expulsar del mundo jurídico una norma) que la razón de la decisión queda opacada, sin desaparecer, porque a partir del fallo, autoridades y particulares, no podrán aplicar la norma y, ni el legislador, ni ninguna otra autoridad, la pueden reproducir, por expreso mandato del artículo 243 de la C.P.

Si la declaratoria es de constitucionalidad condicionada o interpretativa o integradora, la “ratio decidendi” adquiere tal relevancia que irá siempre unida a la decisión tomada, y todas las autoridades y los particulares, al aplicar la norma, en casos futuros, obligatoriamente deben tener en cuenta la modulación que inescindiblemente se une a la parte resolutive del fallo.

En todos los casos, si la sentencia contiene, como es lo normal, jurisprudencia que, además, es la razón de la decisión, esa jurisprudencia, separada del caso que dio origen al fallo y, adquiriendo entidad propia, se convierte en objeto del conocimiento, es criterio auxiliar para otros casos semejantes y, mediante el empleo del método inductivo, agrupándose lo determinado en varias sentencias, asciende, mediante una investigación científica, a la categoría de precedente jurisprudencial.

6.5 JURISPRUDENCIA

J

Lea con atención las sentencias de la Corte Constitucional, en especial la T-292 y la de la Corte Suprema y constate en ellas si realmente la “ratio decidendi” es parte integrante de la parte motiva de las sentencias.

T-292 de 2006 de la Corte Constitucional. Es una sentencia paradigmática que explica y detalla el valor de la “ratio decidendi”, desde una posición muy influida por el sistema jurídico norteamericano.

SU-1219 de 2001 de la Corte Constitucional. Liga la ratio decidendi a la seguridad jurídica, a la confianza legítima, al derecho a la igualdad y a la supremacía de la Constitución.

Sentencia de 7 de diciembre de 1911 de la Corte Suprema de Justicia. En dicho fallo, se analiza por primera vez, luego de expedido el Acto Legislativo No. 3 de 1910, los efectos de los fallos de inconstitucionalidad. Es interesante anotar que antes de esa fecha a las decisiones de la Corte Suprema, en materia de constitucionalidad, se las denominaba Resoluciones y, es en la decisión del 7 de diciembre de 1911, cuando se le da la connotación de sentencia (G.J. T. XX, No. 1019-20, página 242).

6.6. ACTIVIDAD PEDAGÓGICA

Ap

Como actividad pedagógica de refuerzo conceptual, desarrolle el siguiente cuestionario:

¿Si una sentencia de la Corte Constitucional indica que la “ratio decidendi” es obligatoria, puede el Juez o la jueza apartarse de ella invocando la autonomía?

¿Qué hace el Juez o jueza si una de las partes en un proceso le cita una sentencia de otro Juez o jueza en un caso idéntico?

¿Cómo puede apartarse el Juez o la jueza de una ratio decidendi?

6.7 AUTOEVALUACIÓN

Ae

CASO. Antes de resolver las preguntas de la auto evaluación examine atentamente el siguiente caso:

Muchos problemas prácticos se han presentado cuando se permite la revocatoria directa de los actos administrativos. En el tema pensional con mayor razón.

El Acto Legislativo # 1 de 2005 permite la revisión excepcional de los actos administrativos que tienen que ver con pensiones, siempre y cuando se respete el debido proceso y se actúe de acuerdo con el procedimiento que fijará una ley posterior. La ley no se ha expedido. Podría pensarse, en gracia de discusión, que mientras se expide la ley estarían vigentes los artículos 19 y 20 de la ley 797 de 2003. Si ello es así, tratándose del citado artículo 19, la Corte Constitucional condicionó esta facultad de revisión.

En efecto, el artículo 19 de la ley 797 de 2003, fue declarado constitucional por la Corte pero en forma condicionada, por sentencia C-835 de 2003. La ratio decidendi consiste en que la excepcional revisión se debe adelantar respetando el debido proceso, solo puede darse en el evento de cometerse un delito de falsedad, excluye aspectos de interpretación jurídica y además, la propia culpa de la entidad que reconoció la pensión no puede ser motivo de revocatoria directa ya que “nemo auditur propiam turpitudinem allegans”.

Ae

La Corte deja claramente establecido que cuando el litigio versa sobre problemas de interpretación del derecho; como por ejemplo, el régimen jurídico aplicable, la aplicación de un régimen de transición; o la aplicación de un régimen especial frente a uno general; estos litigios deben ser definidos por los jueces competentes de conformidad con el artículo 20 de la Ley 797 de 2003 y que en consecuencia no procede la revocatoria directa del acto administrativo sin el consentimiento del particular.

EJERCICIO: Después de estudiado el caso anterior responda las dos preguntas siguientes:

- 1) ¿Puede un organismo gestor de la seguridad social, invocando la revocatoria directa, apartarse de lo que aparece en la parte motiva del la sentencia C-835/2003?*
- 2) ¿Puede ese organismo gestor iniciar acción de lesividad, apartándose de las argumentaciones expresadas en la C-835/2003?*

BIBLIOGRAFÍA SELECCIONADA

Bs

- BOEHMER, Gustav; El derecho a través de la jurisprudencia, Editorial Bosch, Barcelona, 1959.

Se trata de la aplicación y creación del derecho, resumida en la frase "ley y poder del juez", desde el punto de vista europeo.

LOPEZ MEDINA, Diego Eduardo, El derecho de los jueces, Legis, Bogotá, 2001.

Defiende el precedente judicial, las líneas jurisprudenciales, el poder del juez. Texto guía para operadores jurídicos.

Unidad 7 | CULTURA DEL PRECEDENTE

Qg

Estudiar y analizar el tema de actualidad: influencia o contradicción entre el sistema jurídico norteamericano y el sistema jurídico que tradicionalmente se había usado en la Latinoamérica, a saber el sistema jurídico continental.

Qe

- *Establecer las diferencias entre precedente jurisprudencial y antecedente.*
- *Señalar algunos parámetros para hallar el precedente jurisprudencial.*
- *Identificar el procedimiento para hacer una investigación donde el objeto es la jurisprudencia.*

7. CULTURA DEL PRECEDENTE

7.1. EL ESCRITOR Y EL LECTOR DE SENTENCIAS

Las sentencias, son generalmente textos escritos. Quien los escribe aporta sus razones o propósitos y el texto habla. A la tarea del escritor corresponde la tarea del lector. El lector puede opinar que al texto le asiste la razón o la sinrazón. Por otro lado, el contenido de lo consignado ofrece dificultades o es incierto, lo cual implica hallar la correcta comprensión. Se penetra, entonces, en el terreno de la interpretación de las sentencias.

Puede ocurrir que el juzgador esté equivocado, y, entonces, la seguridad jurídica, que surgió hace años como algo intocable, propio de la racionalidad burguesa, porque constituía un freno a la arbitrariedad del monarca feudal, se convertiría, a su vez, en una seguridad jurídica arbitraria. De ahí que se establezcan los recursos (reposición, apelación, revisión, anulación, casación) y, por sobre ellos, la acción de amparo o tutela que cabe contra las decisiones judiciales cuando éstas incurren en una vía de hecho, o, como lo dice el Tribunal Constitucional español: *“error material patente, arbitrariedad, manifiesta irrazonabilidad”*, con relevancia constitucional.³³ Solo así, con esos múltiples controles, se puede garantizar que la creencia no verdadera pueda ser cuestionada.

El juez o la jueza que interpreta la norma, debe acercarse, en su comportamiento, al grado más alto de certeza de los hechos y no aceptar las apariencias. La certeza o certidumbre significa que ante una variedad de conceptos se discierne el que se cree que es el verdadero. Por eso la certeza vence a la duda.

La certeza como conocimiento seguro y claro no reemplaza a la verdad, pero es usada en el mundo jurídico.

La razón tiene sentido en cuanto logre la identidad del sujeto con el objeto. Tratándose de la judicatura, el objeto es el orden justo, la garantía de los derechos fundamentales y, en la medida de lo posible, acercarse a la verdad, con el empleo de la razón³⁴.

33 Sentencia No. 64 de 2006

34 El cuestionamiento al mal manejo de la razón, se le puede hacer especialmente a quienes tienen el poder militar o el poder económico o el poder político, y sólo en grado menor al poder judicial, ya que éste tiene la fuerza de la ley pero no tiene fuerza militar, ni política, ni económica y por eso, en sus decisiones, no se debiera identificar la razón con el poder, aunque en la realidad, no faltan los operadores jurídicos que hacen gala de “sus razones” para congraciarse con quienes tienen el poder, económico, o político, o religioso, o, simplemente gubernamental.

Lo normal durante muchas décadas fue que quienes proferían sentencias, tuvieran la ilusión de aprehender la verdad; como corolario, la escuela de la exégesis también creó la ilusión de haber logrado una verdadera interpretación de las normas. Debido a ello va a ser fácil la confusión de derecho y ley, llegándose al fetichismo de la ley escrita. Según Bonnetcase la codificación condujo al *“dogma de la presencia real del legislador en la universalidad de la vida social”*. Dice Luis Eduardo Nieto Arteta que la exégesis ligada al principio de la seguridad jurídica fue el producto del optimismo de la burguesía triunfante.

El tema de la verdad fue desplazado, en el positivismo, por el de la validez y, éste es superado por la posición pragmática de la evidencia.

En el pensamiento anglosajón, existe ligazón entre el conocimiento y la creencia, dando lugar a la EVIDENCIA. Se admiten grados de evidencia, de ahí que entren en juego los márgenes de error. Es ésta una concepción evidentemente pragmática, pero alejada de la búsqueda de la verdad.

Actualmente, se parte de la base de que los jueces, juezas, magistradas y magistrados están formados e informados. Y, en los últimos años, existe en Colombia, una inclinación hacia el sistema jurídico norteamericano y con ella el uso frecuente de la palabra “evidencia”, ligada al sistema de casos.

7.2. DISTINCIÓN ENTRE PRECEDENTE Y ANTECEDENTE

Se puede definir el precedente, como aquella jurisprudencia anterior y pertinente, dados unos hechos y un problema jurídico, o una cuestión de constitucionalidad específica, semejantes, que permite resolver un caso posterior.

Estar al tanto de la última producción de una Corte, es útil para el operador jurídico, pero no es cierto que ese es el precedente o la línea jurisprudencial. No se puede calificar el último antecedente como algo mecánicamente determinante, ya que apenas se conocería el comportamiento ocasional y un aspecto aislado del todo. La última jurisprudencia no puede convertirse en certeza, porque al cambiar, posteriormente, ocasiona incertidumbre.

La ardua labor de la búsqueda del precedente, dentro de miles de sentencias, obliga a adoptar el siguiente procedimiento:

1) Se parte de la base de que el precedente no es la última sentencia sobre un tema, puede serlo, en casos muy precisos, ni que la cultura del precedente es una “codificación” de varias “*ratio decidendi*”.

Lo anterior ofrece muchas dificultades prácticas, en el caso colombiano, porque existe la idea de que basta con conocer la última jurisprudencia expida por una Alta Corte para no apartarse de allí. A veces, esa última jurisprudencia es un rompimiento abrupto de posiciones anteriores, es una reconsideración total de lo que se venía diciendo, responde a cambios en la correlación de fuerzas dentro de una Corporación Judicial y no a una evolución jurisprudencial. Pues bien, no existe la cultura del precedente allí donde se da la idolatría por la última jurisprudencia de las Altas Cortes. Se trata más bien de una “posición continuista” adoptada para no contrariar la posición del Magistrado de turno.

También existe la costumbre equivocada, por parte de los investigadores de jurisprudencia, de compilar sin eliminar la producción irrelevante o la extraña a una línea jurisprudencial³⁵. Este comportamiento, de hacer transcripciones de jurisprudencias, se debe a que subsiste el prurito del afán codificador, propio de la escuela pandectista, que es una posición lejana a la doctrina del precedente.

No faltan quienes desean convertir a la jurisprudencia en norma jurídica que obligaría a subsumir el caso concreto posterior dentro de aquella. Eso sería regresar a un formalismo jurídico a ultranza, y podrían aparecer como normas jurídicas la “*ratio decidendi*” de sentencias que indudablemente afectaron los derechos humanos.

La confusión entre precedente y antecedente obstaculiza la dinámica creadora del operador jurídico.

7.3. MANERA DE BUSCAR EL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL

La cibernética permite el acceso rápido y democrático a la información y eso significa, en la práctica, la repetición de la jurisprudencia, en cuanto permite reproducirla con facilidad. Además, es lo que hace la Corte Constitucional, en la denominada reiteración de jurisprudencia, tratándose de casos de tutela. Copiar no es crear y los precedentes jurisprudenciales son fruto de la creación. Pero, el fenómeno de la repetición, es un camino fácil para llevar

³⁵ Sentencias de coyuntura, ligadas a aspectos políticos. Por ejemplo, la que en 1900 legitimó el golpe de estado de Marroquín; las que viabilizaron el Plebiscito en 1957 y la Constitución de 1991, las que dejaron sin piso las rdeformas constitucionales durante los gobiernos de López Michelsen y Turbay Ayala, la de la reelección inmediata

la idea de que sí puede existir un precedente. Además, por más de que se trate de repetición, de repente, algo nuevo se agrega. En la mayor parte de las ocasiones, la interpretación de una norma evoluciona insensiblemente, sobre puntos particulares y no sobre principios básicos.

Dentro de este contexto, la sentencia SU-047/99, hace estas precisiones:

“Para entender el fundamento de esa diferencia es necesario tener en cuenta que, como ya se indicó, el respeto al precedente se encuentra íntimamente ligado a una exigencia que pesa sobre toda actuación judicial, para que pueda ser calificada de verdaderamente jurídica y racional, y es la siguiente: los jueces y juezas deben fundamentar sus decisiones, no en criterios ad-hoc, caprichosos y coyunturales, sino con base en un principio general, en una regla universal que han aceptado en casos anteriores, o que estarían dispuestos a aplicar en casos semejantes en el futuro. Y no puede ser de otra forma, pues de los jueces o juezas se espera que resuelvan adecuadamente los conflictos, pero no de cualquier manera, sino con fundamento en las prescripciones del ordenamiento. El juez o jueza debe entonces hacer justicia en el caso concreto pero de conformidad con el derecho vigente, por lo cual tiene el deber mínimo de precisar la regla general o el principio que sirve de base a su decisión concreta...”

Este fenómeno explica entonces ciertas técnicas inevitables que modulan la fuerza vinculante de los precedentes: así, en algunos eventos, el juez o la jueza posterior “distingue” (distinguishing) a fin de mostrar que el nuevo caso es diferente del anterior, por lo cual el precedente mantiene su fuerza vinculante, aunque no es aplicable a ciertas situaciones, similares pero relevantemente distintas, frente a las cuales entra a operar la nueva jurisprudencia. En otros casos, el tribunal posterior concluye que si bien en apariencia, la ratio decidendi del caso anterior parece aplicarse a la nueva situación, en realidad ésta fue formulada de manera muy amplia en el precedente, por lo cual es necesario concluir que algunos de sus apartes constituyen una opinión incidental, que no se encontraba directamente relacionada a la decisión del asunto. El tribunal precisa entonces la fuerza vinculante del precedente, ya que restringe (narrowing) su alcance. En otras situaciones, la actuación del juez ulterior es contraria y amplía el alcance de una ratio decidendi que había sido entendida de manera más restringida. En otras ocasiones, el tribunal concluye que una misma situación se encuentra gobernada por precedentes encontrados, por lo cual resulta necesario determinar cuál es la doctrina vinculante en la materia. O, a veces, puede llegar a concluir que un caso resuelto anteriormente no puede tener la autoridad de un precedente por cuanto carece verdaderamente de una ratio decidendi clara.”

Los magistrados y magistradas que producen jurisprudencia son los más llamados a establecer las líneas jurisprudenciales que sirvan de precedente. Claro

que, quíerose o no, en la producción del precedente debe existir un proceso democrático, no dictatorial. No puede olvidarse que antes del fallo de una Alta Corte, generalmente han existido, previamente, los fallos de instancia (de jueces y tribunales de distrito); casi siempre se confirma lo dicho por el inferior, de manera que la producción de los jueces y juezas de instancia también incide en las determinaciones finales. Es decir, que el precedente debe ser de doble vía para que adquiera validez sociológica. Es más, quien no es funcionario judicial, como simple observador de jurisprudencia, también puede presentar hipótesis sobre líneas jurisprudenciales, actitud que contribuye a enriquecer la cultura jurídica nacional.

Por otro aspecto, la propia Constitución Política, en su artículo 230, al señalar los criterios auxiliares de la actividad judicial, menciona a la doctrina. Se entiende como doctrina la producción del doctrinante, y, tan lo es, un experto profesor de derecho como un juez o jueza que falla en primera instancia.

Buscar el precedente, es una labor de todos. Esa comprensión es el resultado del trabajo, científicamente adelantado, por uno o varios observadores. Ninguna jurisprudencia tiene connotación, sino cuando es una jurisprudencia observada.

Valga un ejemplo:

En Estados Unidos, sólo hasta finales del siglo XIX, se pasó de la interpretación histórica a la jurisprudencia analítica, que es el paso previo a una jurisprudencia de conceptos. En todo caso, como ejercicio, es útil la metodología señalada en el texto: “Módulo sobre Interpretación Constitucional” de autoría de Diego Eduardo Medina López.

Depurar la información es el instrumento que permite ascender de la jurisprudencia analítica a la jurisprudencia de conceptos. La observación de la “*ratio decidendi*” en varios fallos, la escogencias de algunos y la exclusión de otros, permite darle cuerpo a un acumulado de principios rectores en el campo de los derechos.

Para ello, como lo señala Solar Cayón:

“Una vez definidas las categorías fundamentales que formaban el armazón del sistema y establecidos los principios básicos que habían de articular sus relaciones recíprocas, los esfuerzos del jurista se dirigieron a la identificación y depuración de “anomalías”, esto es de todos aquellos materiales jurídicos particulares que se resistían a ajustarse a dicho esquema racional. Así, aquellas decisiones judiciales que no podían ser acomodadas en las coordenadas lógicas del sistema quedaban

*relegadas a la condición de inevitables irregularidades o impurezas carentes en todo caso de fuerza obligatoria como precedentes*³⁶

Para lograr la articulación, se hará uso de estándares, *“que permitan contrarrestar los efectos formalistas que inevitablemente cristalizan en toda organización de normas como sistema”*³⁷. Es acá donde la hermenéutica de segundo nivel va a tener una gran trascendencia porque, conforma categorías y nociones que son un acumulado histórico, con una enorme carga jurídica, política, social, condiciones indispensables para lograr una sociedad justa.

El problema práctico radica en si es necesario o no conocer a fondo todas y cada una de las sentencias proferidas. G. Gilmore dice lo siguiente:

“cuando el número de casos recopilados llega a ser tan grande como los granos de arena en una playa, un sistema basado en el precedente no funciona y no puede hacerse que funcione, la teoría del precedente depende, para su funcionamiento ideal, de la existencia de un número confortable de precedentes, pero no demasiados.” (subrayado fuera de texto)³⁸

La labor más difícil es, pues, la de saber cuáles son esos precedentes, “no demasiados” que hay que examinar y cuáles los que no se tendrán en cuenta, empleando la llamada “navaja de Occam”, o sea el recorte de gran parte de la información almacenada para centrar la observación en lo determinante.

Para poder seleccionar lo más relevante (a riesgo de incurrir en algunas omisiones) no se puede perder de vista que el objetivo es conformar un precedente.

Para dilucidar este propósito, dentro de la escogencia de la jurisprudencia, no se puede trabajar al azar, es indispensable tener en cuenta que primero se conforma una línea y luego se tienen en cuenta las denominadas sentencias “hito”. Diego López Medina dice al respecto:

“Las sentencias hito son aquellas en las que la Corte trata de definir con autoridad una sub-regla de derecho constitucional. Estas sentencias, usualmente, originan cambios o giros dentro de la línea. Estas variaciones se logran mediante técnicas legítimas en las que se subraya la

36 SOLAR CAYON José Ignacio, *Política y derecho en la era del New Deal*, Editorial Dykinson, 2002, Madrid, pág. 25

37 De Trazegnies Granda, *Postmodernidad y derecho*, Editorial Temis, Bogotá 1993, pág. 64

38 Gilmore G., *Legal Realism: Its Cause and Cure*, *The Yale Law Journal*, 70, No. 7

*importancia de la sentencia: cambio jurisprudencial, unificación jurisprudencia, distinción de casos, distinción entre ratio y óbiter, y otras técnicas análogas*³⁹

Esa prudencia investigativa, para resolver las inquietudes, no puede alejarse de los pasos que el profesor Diego López indica: i) el punto arquimédico de apoyo (“identificación de las sentencias-hito de la línea y su sistematización en un gráfico de línea”); ii) la ingeniería de reversa (“estudio de la estructura de citas”); iii) los puntos nodales de jurisprudencia, *“dentro del nicho citacional”*⁴⁰. El objetivo es, como lo señala el citado autor, definir la existencia de un balance constitucional, *“esto es, de una doctrina jurisprudencial vigente más o menos definida que sirva como regla de conducta a la actividad de jueces, juezas, funcionarias, funcionarios y litigantes interesados en aplicar el derecho jurisprudencial a casos futuros”*⁴¹.

Con esta ayuda metodológica se encontrará la jurisprudencia más relevante para poder elaborar líneas, captar criterios, siempre y cuando no se pierda de vista el orden justo y el respeto y protección a los derechos humanos.

La cultura del precedente hace parte de la cultura jurídica, pero no puede ser absorbente. Garapon y Papadopoulos, dicen:

*“La cultura jurídica interna está constituida por las actitudes, las creencias, los razonamientos, las percepciones y los valores, más o menos explícitos, comunes a un grupo de profesionales del derecho.”*⁴²

7.4 JURISPRUDENCIA

J

En el estudio de las siguientes sentencias de La Corte Constitucional y de la Corte Suprema encontrará referencias concretas al “precedente”, examine si en ellas mismas se utiliza la teoría del precedente para llegar a sus decisiones.

SU- 047 de 1999 de la Corte Constitucional. Respalda el precedente jurisprudencial en el respeto al derecho de igualdad.

T-553 de 1997, de la Corte Constitucional. Se refiere a la necesidad de presentar razones suficientes, si se adopta una interpretación distinta a la del precedente.

39 Lopez Medina, Diego. El derecho de los jueces. Bogotá: Legis, 2001. p.68

40 López Medina, diego. El derecho de los jueces. Bogotá: Legis, 2001. p.69 y ss.

41 Ibidem, p. 56

42 Garapon Antoine y Papadopoulos Ioannis, Juzgar en Estados Unidos y en Francia, Legis Editores, Bogotá, 2006, página 13

J

Sentencia del 29 de febrero de 1968, con su salvamento de voto, de la Corte Suprema de Justicia, Sala Plena. Mantiene un comportamiento inclinado a no cuestionar la normatividad expedida durante el estado de sitio. Contra ello se rebela el Magistrado Fernando Hinestrosa Forero, quien consideró que la competencia del gobierno, en ejercicio de las facultades otorgadas por el estado de sitio, es para tomar medidas relacionadas con el control del orden público y no con cualquier materia que el ejecutivo quiera desarrollar.

7.5 ACTIVIDAD PEDAGÓGICA

Ap

Para reforzar los conceptos estudiados en esta unidad desarrolle el siguiente cuestionario:

¿Usted como Juez o jueza trabaja primordialmente con criterios de verdad, validez o evidencia?

¿Qué hace usted si al mismo tiempo y sobre el mismo tema hay jurisprudencia encontrada entre la Corte Constitucional en sentencias de Constitucionalidad y la Corte Suprema en sentencias de casación?

¿Qué hace usted frente a sentencias de coyuntura, es decir, sentencias de impacto político pero que se alejan del precedente jurisprudencial?

7.6 AUTOEVALUACIÓN

Ae

Recuerde que toda autoevaluación debe basarse en un caso o casos. Se toma un caso como base de la evaluación

CASO. Antes de resolver las el ejercicio de auto evaluación planteado estudie y analice con atención el siguiente caso:

La jurisprudencia constitucional ha sido extensa en el tema salarial. Sin embargo, es muy difícil trazar una línea jurisprudencial.

Sobre salarios, la Corte Constitucional oscila entre una posición garantista a un matiz neoliberal. La jurisprudencia de la Corte Suprema es variada, no permite formar una línea.



La jurisprudencia de la Corte Constitucional parte de la base de que el salario es un derecho inalienable, intangible, irrenunciable, como corolario, debe protegerse el salario valor. Al menos, esa fue su posición inicial. Para la Corte, no tenía sentido romper el contexto de un salario digno porque esto afectaría la estructura de la Constitución, los compromisos internacionales, los derechos de las personas y el avance doctrinal y jurisprudencial. Dentro de esa visión existen numerosas sentencias, tanto en constitucionalidad como en tutela. De ellas se deriva:

La tensión entre valorismo y ponderación, para la progresividad del salario, se aprecia en las siguientes sentencias: en la C-710/99 y en la SU-995/99 donde se señaló que los incrementos salariales son útiles e indispensables para atender a las necesidades de los trabajadores, golpeados por el proceso inflacionario; en la T-102/95 se ordenó reajustar salarios en un equivalente a la variación porcentual del índice de precios al consumidor; la acción de tutela ha sido invocada y ha prosperado en casos de desequilibrio (T-102/95, SU-342/95, T-261/97, entre otras) y es particularmente sensible la jurisprudencia a la afectación del mínimo vital, dándosele a esta figura una connotación cualitativa y no cuantitativa (T-439/00); la sentencia C-1433/00 plantea la caracterización del salario-valor; pero, posteriormente, la sentencia C-1064/01 estableció la ponderación para el aumento salarial, es decir una progresión hacia abajo, rompiendo la estructura del salario-valor; luego, la sentencia C-1017/03, buscó cierto equilibrio y volvió al aumento salarial teniendo como eje el IPC (Índice de Precios al Consumidor) y como fundamento el principio de la progresividad, aunque el aumento según el IPC también se va a ponderar.

Sin embargo, hay profundas contradicciones: la sentencia C-1433/00 plantea la caracterización del salario-valor y consideró como un deber jurídico el reajuste salarial, lo cual conllevó a un aumento según el índice de precios al consumidor. Pero, la C-1064/01 estableció la ponderación para el aumento salarial. Y, luego, la sentencia C-1017/03 volvió al aumento salarial teniendo como eje el IPC y como fundamento el principio de la progresividad. Es difícil explicar esos virajes. Es más, la Corte Constitucional defiende a capa y espada el Estado Social de Derecho y sus expresiones concretas, pero afirma que no se puede identificar con el Estado de Bienestar. En efecto, en una sentencia de constitucionalidad, la C-1064 de 2001, cuando se discutió el aumento anual de sueldos para los empleados públicos, la Corte dijo que “el Estado Social de Derecho no impone un modelo económico” y, agregó.

Ae

“El Estado Social de Derecho como fórmula política no es idéntico, ni su relación necesaria, con el modelo económico del Estado de Bienestar”.

Es obvio que la jurisprudencia ha seguido la línea político social, impulsada desde la Corte Suprema en la década de 1950, luego causa extrañeza que sea precisamente la Corte Constitucional la que diga que el Estado de Bienestar es un modelo económico y no un modelo político con un profundo ligamen con el Estado Social de Derecho.

EJERCICIO:

1) *¿Cómo justifica usted la afirmación de la Corte Constitucional, en el sentido de que el Estado Social de Derecho no es sinónimo de Estado de Bienestar?*

2) *¿Se puede afirmar que la línea jurisprudencial es la de darle al salario la connotación de salario-valor?*

¿Qué hace usted frente a sentencias de coyuntura, es decir, sentencias de impacto político pero que se alejan del precedente jurisprudencial?

BIBLIOGRAFÍA SELECCIONADA

Bs

BERNAL PULIDO, Carlos. *El derecho de los derechos. Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2005.*

Desde una perspectiva moderna, analiza varios temas del derecho, entre ellos el del precedente constitucional.

GARAPON, Antoine y PAPADOPOULOS, Ioannis. *Juzgar en Estados Unidos y en Francia. Editorial Legis, 2006.*

Inicia con la pregunta: ¿Qué es una cultura jurídica?, para, en las conclusiones, tratar sobre el acceso desviado a la verdad.

Unidad 8 | TEMAS Y SUBTEMAS PRINCIPALES EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL



Presentar los precedentes jurisprudenciales que surgen de la jurisprudencia tanto en la Corte Suprema de Justicia cuando tenía el control judicial constitucional como en la Corte Constitucional



- *Establecer las diferencias y los denominadores comunes de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia, Sala plena.*
- *Identificar el comportamiento de la jurisprudencia constitucional respecto de algunos derechos.*
- *Priorizar la jurisprudencia sobre derechos humanos.*

8. TEMAS Y SUBTEMAS PRINCIPALES EN LA CONSTITUCION Y EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

8.1. APRECIACIÓN PREVIA: NECESIDAD DE CONOCER LAS DOS JURISPRUDENCIAS CONSTITUCIONALES: CORTE SUPREMA Y CORTE CONSTITUCIONAL)

En las sentencias de la Corte Constitucional, existe un indudable avance, en comparación con la producción de la Corte Suprema de Justicia, en temas como la libertad, la igualdad, los derechos de la familia y del menor; y, una evidente novedad en relación con los derechos colectivos y con la función social y ecológica de la propiedad. Pero, eso no quiere decir que se deban dejar de lado las 2.682 sentencias que, en materia de control judicial constitucional, profirió la Corte Suprema de Justicia, desde 1886 hasta 1991.

Se tiene como base de la presente unidad, en este módulo de Contencioso constitucional, una investigación efectuada en la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, denominada: “ITINERARIO DE LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA DE CONTROL CONSTITUCIONAL, COMO MECANISMO DE PROTECCION DE DERECHOS HUMANOS”. Entre las muchas conclusiones de tal investigación, se comparó la producción de la Corte Constitucional con la de la Corte Suprema, y se señalaron algunas diferencias. Por ejemplo:

8.1.1 Diferencias en los pronunciamientos de las dos Cortes

1) Si se analiza el derecho de igualdad, se tiene que no figuraba este derecho en la Constitución de 1886, por eso, durante más de un siglo, sólo en pocas ocasiones se invocó el derecho a la igualdad. Por el contrario, la Constitución de 1991 consagra el derecho a la igualdad en toda su dimensión y la Corte Constitucional va a elaborar reglas y tests, que tienen como eje el derecho a la igualdad.

2) En cuanto al derecho a la libertad, durante la vigencia de la Constitución de 1886, la presencia casi constante del estado de sitio implicó una jurisprudencia poco garantista de las libertades cuando la Corte Suprema de Justicia conocía de demandas de inconstitucionalidad. La Corte Constitucional y la Constitución de 1991 tienen por el contrario perfiles muy liberales.

3) Examinada la producción de la Corte Suprema de Justicia entre 1886 y 1991, hay que decir que se trabajaba con la lógica formal, el método interpretativo era generalmente el exegético. Se efectuaba una interpretación de primer nivel,

donde en un extremo estaba la Constitución y en el otro la norma acusada que se examinaba para ver si era o no inexecutable. Se privilegiaba el método deductivo. Por el contrario, en la Corte Constitucional, después de varios meses de su funcionamiento, se preferencia el método inductivo porque al conformarse una jurisprudencia propia, permanentemente se reitera, muchas veces profundizando sobre lo ya escrito, o explicando por qué se hacen modificaciones, es decir, se efectúa una ordenación racionalista de la producción jurisprudencial y se impulsa la cultura del precedente.

4) Otro aspecto que no puede pasar desapercibido es la tremenda importancia que tuvo el Código Civil antes de la Constitución de 1991. Ello respondía, entre varias razones, al avance del racionalismo que tenía la ilusión de aprehender la verdad; como corolario, la escuela de la exégesis también creó la ilusión de haber logrado una verdadera interpretación de las normas. Debido a ello va a ser fácil la confusión de derecho y ley, llegándose al fetichismo de la ley escrita. Además, en la práctica, se mantuvo una férrea protección jurídica a la estructura agraria, estamentaria de la propiedad privada rural; se puede afirmar que la ideología feudal de los terratenientes, de manera palpable, orientó comportamientos políticos y judiciales; aunque hubo excepciones, como fue lo acontecido en la década del treinta cuando la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia moduló las pétreas normas del Código Civil. Por el contrario, la Corte Constitucional supera las orientaciones privatistas del Código Civil, su labor está muy ligada a la acción de tutela, preferencia una jurisprudencia sobre temas urbanos, en ocasiones trabaja con la ideología de la burguesía inteligente

5) En cuanto a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, su elaboración en materia penal, civil, laboral, quedaba aprisionada por la técnica de casación. Este recurso extraordinario, va a manejarse siempre con un tecnicismo exagerado y será campo propicio para el formalismo jurídico. Por el contrario, en la Corte Constitucional, el quehacer cotidiano de sus funcionarios y funcionarias va a tener como trabajo mayoritario el de la revisión y decisión en los casos de tutela, que por centenares llegan diariamente a la Corporación, porque son casos vividos por cualquiera, en cada uno de esos expedientes se tratan problemas de profundo contenido humano, generalmente ligados a la cotidianidad de las personas y especialmente cercanos a quienes están en situaciones de indefensión o dependencia o inferioridad, y como si fuera poco, en medio de la complejidad de una sociedad violenta, intolerante e inmersa en un gravísimo conflicto social, militar y político. En consecuencia, el derecho privado, cuya máxima expresión era el derecho civil, es reemplazado por una faceta nueva del derecho público: el amparo o tutela.

8.1.2 Coincidencias en los pronunciamientos de las dos Cortes

Pese a las diferencias anotadas, existen **denominadores comunes**, entre el comportamiento de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional:

1) El humanismo. Una prueba de ello, lo que tiene que ver con los derechos sociales, que solamente se consagraron en la Constitución de 1991. No obstante, cuentan desde antes con una jurisprudencia que permite una ilación entre la producción de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional, salvo cuando últimamente se atraviesa la ideología neoliberal. Esa visión social responde al humanismo cristiano y al humanismo liberal, curiosamente positivista, de la casi la totalidad de los magistrados y magistradas de las dos Cortes. Particularmente interesante es ver cómo, desde la Corte Suprema y luego en la Corte Constitucional, se ha podido elaborar una cultura del precedente en algunos aspectos de pensiones (pese a que este tema sólo ingresa a la Constitución en 1991) y de derechos adquiridos (que anteriormente respaldaban más que todo al derecho de propiedad). Inclusive, se puede decir que la jurisprudencia garantista en los fallos de tutela, en lo referente a los derechos sociales, responde al humanismo que ha sido característico de varias generaciones de colombianos, es decir, que ese espacio humanista existe prácticamente desde los albores de nuestra nacionalidad.

2) Por otro aspecto, las diferencia entre el Estado de Derecho y el Estado Social de Derecho, en las dos constituciones, la de 1886 y la de 1991, no es tan determinante porque **derechos que no existían en la primera constitución se protegían en sentencias de inconstitucionalidad como se aprecia fácilmente y ya se indicó en casos como **pensiones, salario, derechos adquiridos**.**

3) No se pueden pasar por alto dos características comunes: **el grado de ilustración de los magistrados y magistradas, sean de la Corte Suprema, sean de la Corte Constitucional; y la probidad y la honradez que mayoritariamente los ha caracterizado.**

Es importante, ahora, presentar en resumen, algunas de las conclusiones que se refieren a los parámetros, en ocasiones se dirá líneas, como palabra sinónima a parámetros, que surgen de la ya mencionada investigación hecha por la Universidad del Rosario sobre el itinerario jurisprudencial, en sentencias de control constitucional. Solamente se relacionarán las opiniones planteadas por los investigadores sobre algunos derechos, puesto que la investigación es muy extensa y el presente módulo no tiene por objeto recopilar jurisprudencia.

8.2. DERECHOS A LA LIBERTAD

Los derechos a la libertad fueron conculcados durante la época de aplicación del artículo 121 de la Constitución de 1886. Especialmente grave fue la sentencia de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, de 12 de junio de 1945, que hizo un catálogo de los derechos constitucionales que no se aplicarían durante el estado de sitio. Esta posición tiende a radicalizarse en jurisprudencias de 1948 (después del 9 de abril), en el primer semestre de 1956 y a finales de la década de 1960, como mecanismo de la guerra fría y ante la amenaza de la influencia de la revolución cubana.

Esa línea restrictiva, en materia de libertades individuales, se va a modificar con la Corte Constitucional. Aunque no se puede soslayar una discusión concreta: la tensión entre libertad positiva y libertad negativa.

En el actual itinerario jurisprudencial, la línea es la del garantismo. El precedente de lo que se constituirá en el núcleo de la línea garantista en derechos de libertad, es palpable en la sentencia C-221 de 1994. El tema sobre el tipo y la concepción sobre libertad que asumirá la Corte Constitucional en relación con las libertades individuales, se presenta en el debate en torno a la filosofía de las libertades, en sus dos versiones mas profundas. El tema de la libertad de los antiguos confrontada con la libertad de los modernos⁴³. En esos dos aspectos se realizará por la Corte el debate sobre la despenalización de la dosis personal en materia de alucinógenos. La Corte Constitucional en cabeza de Carlos Gaviria como Magistrado Ponente, con el voto mayoritario, impondrá el tema de la libertad de los modernos o libertad liberal defendida por Benjamín Constant. La deliberación y decisión, como núcleo de la línea jurisprudencial, es el derecho de libertad en su sentido negativo, es decir, de autonomía personal, por oposición a la libertad de los antiguos o libertad como autonomía política o libertad positiva, que permite al Estado intervenir en la esfera privada de los individuos en provecho del bienestar colectivo y que será el argumento principal de quienes salvaron el voto en esa sentencia de constitucionalidad. El sentido de la argumentación va a permitir que se sienta la filosofía que caracterizará el desarrollo de esa línea, en tanto, se protege la libertad negativa, la línea se hace más garantista. No sobra insistir en que en tanto la argumentación alega el proteccionismo, el paternalismo del Estado, se aproxima hacia el concepto de la libertad de los antiguos, se imponen limites a las libertades individuales y se sacrifica el interés individual al interés general o por razones de orden público,

⁴³ Benjamín Constan, *La libertad de los modernos confrontada con la de los antiguos*.

claro está que la garantía de las libertades individuales, estará puesta en su relación con el tema de la dignidad, en tanto ésta se centra en el sujeto moral.

Ese fue el primer eslabón de la línea jurisprudencial, su núcleo, la protección de las libertades negativas o libertades individuales.

Sin embargo, el criterio de coherencia de la línea jurisprudencial se va a afectar en su desarrollo sucesivo. Puede apreciarse como se corre la línea hacia el concepto de libertad positiva según el derecho que se pretende proteger y la colisión que se presenta entre derechos. En ese sentido, ese mismo año se presentará en la Corte constitucional el debate sobre la despenalización del aborto y en la colisión o confrontación entre derechos, con el mismo argumento que se garantizó el derecho de libertad para la despenalización de la dosis personal por consumo de alucinógenos, la Corte negará el derecho a la despenalización del aborto. Para los magistrados y magistradas que votaron a favor de la inconstitucionalidad de la penalización de la dosis personal de alucinógenos, el Estado no debe asumir una concepción paternalista en materia de derechos. Para ellos la constitución garantiza una esfera de autonomía individual que solo puede ser limitada por los derechos de los demás cuando con una determinada actuación se les haga daño. La jurisprudencia previa sobre el tema de la autonomía no era uniforme. Se había afirmado la prevalencia del derecho al libre desarrollo de la personalidad sobre razones de moralidad y orden públicos. Posteriormente, con el mismo argumento pero en sentido contrario, se declaró constitucional la penalización del aborto, aduciendo que el derecho de la madre al libre desarrollo de la personalidad debía ceder ante el derecho de la vida del que esta por nacer, sentencia C-133/94⁴⁴. En estos dos casos previos se habían establecido dos precedentes distintos conforme a dos visiones distintas del concepto de libertad.

Otros aspectos muy importantes, en esta orientación, es la conjunción de los derechos a **la libertad, la vida y la dignidad y la seguridad**:

1) *El derecho a la vida. “Es el derecho del hombre a mantener y conservar del mejor modo posible su existencia humana, su vida plenaria, su salud corporal, su ser de hombre, que es el requisito indispensable para poder llegar a ser lo que está llamado a ser. Y es que el ser no existente no puede realizar función alguna; el ser mermado en sus facultades sólo puede ejercer sus funciones imperfectamente; sólo el ser sano puede cumplir a cabalidad su destino. El derecho a la vida, por tanto, se desglosa,*

44 ver Pág. 66 a 68 Estudio preliminar de Cesar Rodríguez. La decisión judicial el debate Hart –Dworkin, siglo editores siglo xxi, universidad de los andes. Bogotá, 1999.

a su vez, en una serie de derechos más concretos: el derecho a la vida saludable e íntegra se mantiene en pie en cualesquiera circunstancias.”⁴⁵

2) El derecho a la dignidad. *“La dignidad, como principio fundante del Estado, tiene valor absoluto no susceptible de ser limitado ni relativizado bajo ninguna circunstancia, lo que a menudo sí acaece con los derechos que deben necesariamente coexistir con otros y admiten variadas restricciones”.*⁴⁶

“La dignidad humana exige pues que al hombre, en el proceso vital, se le respeten también su salud y su integridad física y moral, como bienes necesarios para que el acto de vivir sea digno. De ahí que el derecho a la integridad física y moral consiste en el reconocimiento, respeto y promoción que se le debe a todo individuo de la especie humana de su plenitud y totalidad corpórea y espiritual, con el fin de que su existencia sea conforme a la dignidad personal.”⁴⁷

La dignidad humana es por tanto la base para la organización social, es en última instancia el fin del contrato social, la finalidad del Estado

3) El derecho a la seguridad. *“El derecho a la vida no implica la mera subsistencia, sino el vivir adecuadamente en condiciones dignas. Obviamente, este deber de asistencia del Estado, no lo obliga sino en la medida de las capacidades reales de su estructura protectora, pues nadie está obligado a lo imposible. Pero la incapacidad del Estado no puede ser tal, que razonablemente justifique la indigencia y la miseria humanas y deje de asistir, siquiera con los recursos mínimos exigidos por la condición humana, a quienes estén en circunstancias de extrema necesidad, sobre todo cuando esta es padecida por menores de edad”⁴⁸*

4) Existe línea jurisprudencial garantista en derechos de libertad en materia de seguridad jurídica, en la especificidad de **la no privación de la libertad, por hechos que afectan los bienes y derechos jurídicamente tutelados por el derecho penal.** Se ha evolucionado históricamente de una libertad basada en la seguridad colectiva que sometía las libertades individuales a la visión unitaria de una nación con una sola religión, un solo idioma, que desconocía el reconocimiento la diversidad y se reflejaba en el tema de los derechos a una visión anclada en un positivismo jurídico, asumido como defensa social, bajo la figura del “peligrosismo social”, que desvinculaba el derecho penal de todo asomo de libertad en términos de autonomía y de responsabilidad por los actos individuales. De tal forma que la sospecha de peligrosismo, era base para

45 Corte Constitucional, Sentencia T-123 de 1994 MP. Vladimiro Naranjo Mesa.

46 Corte Constitucional, Sentencia T-401 de 1992 MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

47 Corte Constitucional, Sentencia T-123 de 1994 MP. Vladimiro Naranjo Mesa.

48 Corte Constitucional, Sentencia T-029 de 1994 MP. Vladimiro Naranjo Mesa.

limitar la libertad, sin embargo, la línea garantista ha protegido la libertad, hasta llegar a tratarse como una excepcionalidad extrema en el proceso acusatorio recientemente aprobado en Colombia.

8.3. DERECHO A LA IGUALDAD

En la Constitución de 1886 no se estableció el derecho a la igualdad. Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia, en una sentencia de 25 de noviembre de 1935, planteó una de las discusiones más importantes sobre el tema. Se había demandado un decreto que permitía pagar dinero para que los jóvenes no prestaran el servicio militar obligatorio. Un ciudadano consideró que esto afectaba el derecho a la igualdad porque se perjudicaba a las familias que no tenían medios de fortuna. La Corte consideró que el decreto no afectaba ninguno de los artículos vigentes de la Constitución y declaró la exequibilidad.

Pero, vale la pena examinar, en este caso, el salvamento de voto de los magistrados Antonio Rocha Alvira y Juan Francisco Mújica, porque es el anuncio de una ruptura ideológico-jurídica que desafortunadamente no tuvo eco inmediato, sino medio siglo después en la Corte Constitucional.

Juan Francisco Mújica y Antonio Rocha Alvira, se identificaron en la caracterización del estado de derecho y lo hicieron magistralmente porque veían en la ideología feudal y tradicional algo que debería superarse. La argumentación que hicieron, se resume así: a) Existe la libertad de todo miembro de la sociedad como ser humano; b) existe la igualdad del mismo, respecto de todos los demás, como súbdito; c) existe la independencia de todo miembro de una comunidad, como ciudadano. Para los dos magistrados: la ley presupone, como condición esencial, que sea general. Este elemento esencial de la ley presupone el de la igualdad ante ella, porque el principio de la igualdad ante la ley es inmanente al concepto de ley propio del estado de derecho, tal como lo consagra nuestra Constitución, porque no puede existir una norma general sin que contenga en sí misma la posibilidad de una igualdad. La Constitución no establece de manera expresa que todos los ciudadanos y ciudadanas son iguales ante la ley, pero desconocer que este precepto está contenido implícitamente y de manera fundamental en la decisión política de ella, sería negar que el Estado Colombiano reviste la forma de una República democrática. La democracia se basa en el derecho igual de todos los ciudadanos y ciudadanas, de manera que la inevitable diferencia entre gobernantes y gobernados no se convierte en Colombia en una distinción y singularización cualitativas de las personas gobernantes. El gobernante no lo es porque pertenezca a una capa social superior o menos valiosa. Desde el

momento que el poder emana del pueblo, el gobernante se diferencia a través del pueblo pero no frente al pueblo. Se supone que el gobernante, lo es, porque tiene la confianza del pueblo, pero no porque esté colocado sobre éste, porque la igualdad democrática descansa sobre la homogeneidad sustancial de los ciudadanos y ciudadanas como tal. Por este motivo, el legislador no puede por medio de una ley, crear y establecer privilegios a favor de determinados ciudadanos y ciudadanas o de ciertas clases sociales, o de especiales situaciones también sociales. En tratándose de cuestiones de derecho público, el principio de la igualdad es absoluto en sus consecuencias y aplicaciones, porque prima de manera incondicional lo público sobre lo privado. La igualdad del derecho privado se toma, de acuerdo con la decisión política constitucional, no en el sentido de la igualdad económica de bienes, sino en el de que las leyes de derecho privado valen igual para todos. El principio de la igualdad ante la ley, no es solamente aplicación igual de la ley vigente, sino también protección contra quebrantamiento, dispensas y privilegios. Se aprecia también en el salvamento, la lógica de Rocha y el historicismo de Mújica.

La Corte Constitucional, al tratar el tema de la igualdad, no va a tener obstáculos en la Constitución porque el artículo 13 la consagra. Pero, la jurisprudencia va a tratar también la existencia de la diferenciación, como componente del derecho a la igualdad. Algunos parámetros son los siguientes:

1) Es posible afirmar que el derecho a la igualdad en Colombia goza de un reconocimiento internacional – a través de los Tratados y Convenciones ratificados e integrados al bloque de constitucionalidad -, de un reconocimiento constitucional, tanto como principio, como derecho fundamental que obedece a postulados esenciales de un Estado Social de Derecho y de un reconocimiento jurisprudencial ya que la Corte Constitucional a través de los numerosos fallos sobre el derecho a la igualdad, se ha encargado de delimitar los parámetros en que este derecho se desenvuelve y de establecer un desarrollo al contenido del artículo 13 Constitucional, en cuanto a la aplicación a casos concretos que merecen especial protección por parte del Estado, observando las circunstancias especiales de ciertos grupos y teniendo en cuenta que exista una razón suficiente que haga considerar la diferencia como válida.

2) En esa medida, según reiterada Jurisprudencia de la Corte Constitucional, debe entenderse que el principio de igualdad no impide que la ley establezca tratos diferentes sino que exige que éstos tengan un fundamento objetivo y razonable, de acuerdo con la finalidad perseguida por la autoridad.

3) Respecto del análisis de los casos concretos que llevan implícita una alusión al derecho de igualdad, éstos pueden ser abordados desde dos enfoques fundamentalmente:

a) El primero de ellos ha sido desarrollado principalmente por la Corte Europea de Derechos Humanos y por los tribunales constitucionales de España y Alemania, y se basa en el llamado test o juicio de proporcionalidad, que comprende distintos pasos. En un primer momento el juez o jueza estudia si la medida es o no adecuada, determinando si constituye un medio idóneo para alcanzar un fin constitucionalmente válido; posteriormente examina si el trato diferente es o no “necesario” o “indispensable”. Finalmente, el juez o jueza realiza un análisis de “proporcionalidad en estricto sentido” para determinar si el trato desigual no sacrifica valores y principios constitucionales que tengan mayor relevancia que los alcanzados con la medida diferencial.

b) La segunda tendencia, aplicada en la Corte Suprema de Estados Unidos, se funda en la existencia de distintos niveles de intensidad en los “tests” de igualdad (estrictos, intermedios o suaves). Si el test es estricto, el trato diferente debe constituir una medida necesaria para alcanzar un objetivo constitucionalmente imperioso, si el test es flexible o de mera razonabilidad, basta con que la medida sea potencialmente adecuada para alcanzar un propósito que no esté prohibido por el ordenamiento.

Nuestra Corte Constitucional ha adoptado un “juicio integrado” de igualdad, que aprovecha lo mejor de las dos metodologías. De esta manera, se realiza un escrutinio judicial siguiendo los pasos del sistema europeo pero sin el mismo rigor en todos los casos, por lo cual, se gradúa en intensidad cada una de dichas etapas.

La evolución jurisprudencial ha determinado para la aplicación en los casos concretos del derecho a la igualdad, que el escrutinio judicial debe ser más intenso en los siguientes casos: cuando la ley limita el goce de un derecho constitucional a un determinado grupo de personas; cuando el Congreso utiliza como elemento de diferenciación un criterio prohibido o sospechoso, como la raza (La Constitución y los tratados de derechos humanos excluyen el uso de esas categorías); cuando la Carta señala mandatos específicos de igualdad; y cuando la regulación afecta a poblaciones que se encuentran en situaciones de debilidad manifiesta ya que éstas ameritan una especial protección del Estado.⁴⁹

⁴⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-093 de 2001 MP: Alejandro Martínez Caballero

El concepto de igualdad ha ido evolucionando en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, así: en un primer pronunciamiento, la Corporación sostuvo que la igualdad implicaba el trato igual entre los iguales y el trato diferente entre los distintos. En un segundo fallo la Corte agregó que para introducir una diferencia era necesario que ésta fuera razonable en función de la presencia de diversos supuestos de hecho. En una tercera sentencia la Corporación ha defendido el trato desigual para las minorías. Ahora, la Corte desea continuar con la depuración del concepto de igualdad en virtud de la siguiente afirmación:

“El principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Carta permite conferir un trato distinto a diferentes personas siempre que se den las siguientes condiciones:

- En primer lugar, que las personas se encuentren efectivamente en distinta situación de hecho;
- En segundo lugar, que el trato distinto que se les otorga tenga una finalidad;
- En tercer lugar, que dicha finalidad sea razonable, vale decir, admisible desde la perspectiva de los valores y principios constitucionales;
- En cuarto lugar, que el supuesto de hecho -esto es, la diferencia de situación, la finalidad que se persigue y el trato desigual que se otorga- sean coherentes entre sí o, lo que es lo mismo, guarden una racionalidad interna;
- Y en quinto lugar, que esa racionalidad sea proporcionada, de suerte que la consecuencia jurídica que constituye el trato diferente no guarde una absoluta desproporción con las circunstancias de hecho y la finalidad que la justifican.

Si concurren pues estas cinco circunstancias, el trato diferente será admisible y por ello constitutivo de una diferenciación constitucionalmente legítima; en caso contrario, el otorgar un trato desigual será una discriminación contraria a la Constitución....”⁵⁰

⁵⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-454 de 1999 MP. Fabio Morón Díaz

Particular importancia tiene también la igualdad por razones de género

Este tema constituye un paradigma en la evolución jurídico cultural de la sociedad colombiana en los últimos 15 años de aplicación y afianzamiento de la Constitución de 1991. En efecto, la jurisprudencia constitucional ha marcado hitos que constituyen un verdadero avance hacia la igualdad de trato entre hombres y mujeres que oscilan entre asuntos sencillos de manejo de lenguaje jurídico, hasta los problemas más complejos de dirección de políticas públicas en aspectos relacionados con el acceso y permanencia en la función pública, ingreso y estabilidad en el empleo privado, el trato en las relaciones familiares, los derechos económicos y responsabilidades sociales de las parejas, entre otros asuntos.

Dentro del derecho a la igualdad, están las acciones afirmativas como mecanismo para la equiparación de género. En cuanto a la constitucionalidad de acciones afirmativas o de discriminación positiva a favor de la mujer se encuentran sentencias como la C-964 de 2003, en la que la Corte Constitucional manifestó que, la protección legal sólo a las madres cabeza de familia, no viola el derecho a la igualdad.

En la búsqueda de la protección de quienes se encuentran en circunstancia de debilidad manifiesta, la Corte ha reconocido la figura de las acciones afirmativas o discriminación positiva consistente en la adopción de medidas dirigidas a favorecer a determinados grupos con el fin de eliminar o reducir desigualdades sociales, culturales o económicas que los afectan y lograr que los miembros de un grupo que ha sido discriminado, tengan una mayor representación. En sentencia C – 174 de 2004, la Corte Constitucional señaló:

“Con dichas acciones si bien se acude a criterios que como la raza o el sexo, en principio resultan discriminatorios y si bien ellas significan que el beneficio que se concede a ciertas personas, tiene como forzosa contrapartida un perjuicio para otras, ello no significa que con las mismas se contravenga el principio de igualdad.

La jurisprudencia ha hecho énfasis en que el trato diferencial positivo no solo responde a los fundamentos del Estado Social de Derecho, que se traducen en el deber del Estado de proteger a las personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, sino que con ellas se atiende el mandato expreso del artículo 13 superior para hacer que la igualdad sea real y efectiva.”

8.4. DERECHOS ADQUIRIDOS

La jurisprudencia constitucional colombiana, en el tema de los derechos adquiridos, ha producido, entre muchas, las siguientes sentencias:

1) **Sentencia de 2 de marzo de 1918**, con fundamento en el viejo artículo 30 de la Constitución, recuerda que **los derechos adquiridos no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores** (es decir, la visión del derecho adquirido ligada a la aplicación de la ley en el tiempo), pero agrega algo: que conforme a la ley derogada, no podrán las personas naturales o jurídicas adquirir en lo sucesivo derechos derivados de aquella.

2) **Sentencia de 28 de octubre de 1925**. En aquél entonces, **caracterizó el derecho adquirido como un derecho real**, porque es algo sometido a nuestra denominación y viene a formar parte de nuestro patrimonio. Recuerda la Corte Suprema que el tema de los derechos adquiridos tiene que ver con el respeto que le debe tener la nueva ley que se expida, sin embargo, dice que principios de seguridad pública, necesidades sociales, cuestiones que tengan que ver con “la salud del Estado” afectan el principio de la no retroactividad de la ley.

3) **Sentencia de 9 de noviembre de 1929**, se refiere a la reglamentación de los derechos adquiridos; pone de presente la Corte que el artículo 28 de la ley 153 de 1887 establece: *“Todo derecho real adquirido bajo una Ley y en conformidad con ella, subsiste bajo el imperio de la otra, pero en cuanto a su ejercicio y cargos y en lo tocante a su extinción, prevalecen las disposiciones de la nueva ley”*.

4) **Sentencia de 12 de noviembre de 1937**, da un enorme salto cualitativo sobre **derechos adquiridos y retrospectividad**. Es interesante decir que la Corte se remite al tratadista Fiore para quien es derecho adquirido el derecho perfecto, o sea, aquel que se debe tener por nacido por el ejercicio integralmente realizado o por haberse íntegramente verificado todas las circunstancias del acto idóneo, según la ley en vigor.

5) Particular importancia tiene la **sentencia de 28 de febrero de 1946**. Es la **jurisprudencia clásica en materia de pensiones**. En ese fallo, siendo ponente el magistrado Aníbal Cardoso Gaitán, se declara inexecutable el artículo 9º del decreto 136 de 1932, que puso límite a las mesadas pensionales. Es la primera sentencia donde se habla de status del pensionado, se supera el concepto de beneficio.

6) Hay otro salto cualitativo en la **sentencia de 6 de febrero de 1967**. La Corte Suprema encuentra imprecisa la noción tradicional de derecho adquirido,

considera que no es suficiente para explicar la aplicación de la ley en el tiempo, por eso **se inclina por la denominación de situación jurídica concreta** y sostiene que la prohibición del efecto retroactivo de la ley nueva, significa que ésta no puede ser aplicada a aquellas situaciones jurídicas que se han constituido o extinguido con anterioridad a su vigencia, ni a los efectos producidos por ellas o que están en vía de producirse; tales situaciones y efectos quedan sometidos a la regulación de la ley antigua.

7) Sentencia de 12 de diciembre de 1974, de la Corte Suprema de Justicia, sobre **situación jurídica concreta y subjetiva**; se **abandona el criterio anterior de que se trataba de un derecho objetivo**, es, pues, otro avance muy importante.

8) Durante la vida de la Corte Constitucional, la sentencia C-168 de 1995, define el concepto de derecho adquirido sin apartarse de la proyección que había señalado la Corte Suprema.

9) En un aspecto muy puntual, la sentencia C-262 de 1995 de la Corte Constitucional, señala que **la redefinición del régimen laboral no puede afectar los derechos adquiridos**. Reafirma así el empleo del derecho adquirido en el derecho público (del cual hace parte el derecho laboral).

10)) Sentencia C-584 de 1997, Corte Constitucional, reitera la **diferenciación entre derechos adquiridos y simples expectativas**; es decir que vuelve a “jugar” con los derechos adquiridos y la aplicación de la ley en el tiempo. En este sentido, la sentencia C-453 de 2002, se refiere a las simples expectativas.

11) Sentencia C-314 de 2004 de la Corte Constitucional, puede considerarse como una **jurisprudencia paradigmática en cuanto a los derechos adquiridos**, su visión amplia, amparando inclusive a los derechos convencionales de funcionarios y funcionarias que pasan a la categoría de empleadas o empleados públicos. Allí se dice: *“Los derechos adquiridos son aquellos que han ingresado definitivamente en el patrimonio de la persona. Así, el derecho se ha adquirido cuando las hipótesis descritas en la ley se cumplen en cabeza de quien reclama el derecho, es decir, cuando las premisas legales se configuran plenamente”*.

8.5. FUNCIÓN SOCIAL Y ECOLÓGICA DE LA PROPIEDAD⁵¹

Las nociones de función ecológica y social de la propiedad privada han desbordado el concepto tradicional de propiedad como derecho individual y fundamental, toda vez que a partir de la reforma de 1936, se pretendió morigerar su carácter y darle un nuevo enfoque, el cual se basó en la comprensión del mismo a partir de sus propios límites, siendo estos el beneficio para los demás y la conservación del medio ambiente sobre la base de la responsabilidad con las generaciones futuras.

Se puede afirmar que **la jurisprudencia relativa a la función social y ecológica** proveniente de las dos Cortes (Suprema de Justicia y Constitucional), **plantea un reto constante a las rígidas normas del Código Civil** y cuestiona así su ideología y la forma de entender el derecho de dominio.

Así mismo se evidenció que la Corte Suprema de Justicia fijo muchas de las bases de la jurisprudencia desarrollada posteriormente por la Corte Constitucional y las declaraciones garantistas de la primera de estas cortes se dio a partir del estudio de los casos relativos a la expropiación de tierras.

En lo atinente a la función social, es decisiva la labor desarrollada por la Sala Civil de la Corte Suprema, la cual sienta en algunos casos las bases para lo que luego conceptúa la Sala Plena de esta misma Corte en relación con este tema.

La función ecológica de la propiedad resulta ser una conquista de la Carta de 1991, siendo ésta un elemento integrante de la función social, no obstante la Corte Suprema de Justicia en su Sala Plena, poco tiempo antes de la vigencia del nuevo orden constitucional, habló de ella como elemento importante a tener en cuenta a la hora de valorar un caso en el que se involucrase la propiedad privada.

La constitución ecológica, tal y como ha sido llamada la de 1991, mostró su nueva perspectiva no sólo a través del reconocimiento de la función ecológica como refuerzo a la función social de esta, sino también por medio de la consagración de derechos colectivos y mecanismos de protección a los mismos. No obstante, se plantea como un reto la verdadera materialización del respeto por la función social, incluyendo por su puesto su dimensión ecológica.

⁵¹ Este tema tuvo como base de estudio, entre varias sentencias, las siguientes: sentencias de Sala Plena de la Corte Suprema de 18 de febrero de 1972, 11 de agosto de 1988, 17 de agosto de 1989; sentencias de la Corte Constitucional: C-006/93, C-216/93, C-295/93, C-352/98, C-126/98, C-595/99,, C-1172/04

La jurisprudencia relacionada con la función social si bien **no es de gran abundancia**, contiene importantes declaraciones que han sido reiterativas a lo largo de los tiempos; por su parte la función ecológica merece mayor atención de parte de la jurisprudencia constitucional, pues es precario su tratamiento y en muchos de los casos se trata de manera tangencial con ocasión de la función social.

En este sentido se puede afirmar que la tendencia jurisprudencial de las Cortes frente a la función social y ecológica es más o menos uniforme en lo que se refiere a la garantía de este derecho y no existen mayores variaciones respecto de su conceptualización, por lo que no resulta inadecuado afirmar que estas nociones han sido incorporadas fácilmente a la jurisprudencia colombiana.

En consecuencia, se puede afirmar que la línea actual es la de apartarse del Código Civil, con un avance conceptual, por ejemplo, en desarrollo sostenible, responsabilidad, problemática ambiental. Aunque existe la tendencia a avalar licencias ambientales, pero en la práctica es una estrategia, porque se utilizan decretos, resoluciones, circulares, para desmontar el garantismo.

8.6. DERECHOS SOCIALES, EN CONJUNTO

La aceptación normativa de los derechos sociales, especialmente los que tienen que ver con el derecho al trabajo, tanto individual como colectivo, no son graciosas concesiones sino, especialmente, el resultado de la lucha de los grandes sectores sociales (los trabajadores, los campesinos, los estudiantes, las mujeres), en su grado de organización gremial y política, su capacidad para movilizarse y cuestionar las bases mismas de la sociedad.

La jurisprudencia de control constitucional, en ocasiones se puede calificar como proteccionista de los derechos de los trabajadores. Analizados en su conjunto, los fallos de constitucionalidad de la Corte Suprema y de la Corte Constitucional, se aprecia en ellos un sostenido avance conceptual en materia de pensiones, oscilaciones en cuanto a los temas salarial y de estabilidad laboral⁵²; un moderado ascenso en la protección al derecho de asociación, y, en ocasiones, tratándose del derecho colectivo del trabajo y, especialmente, del derecho de huelga, existen las jurisprudencias restrictivas.

⁵² La investigación no analiza los fallos de la Corte de Casación de la Corte Suprema

Se puede plantear, como conclusión, que en materia de política social, la visión conceptual de la jurisprudencia constitucional ha sido relativamente aceptable. El modelo neoliberal, no tuvo presencia alguna cuando la jurisprudencia constitucional estuvo en manos de la Corte Suprema de Justicia, por la sencilla razón de que dicho modelo sólo viene a conocerse en Colombia, a finales de la década de 1980. A partir de 1991, la Corte Constitucional, en ocasiones, ha “coqueteado” con el modelo neoliberal, pero los juristas de profunda formación, bien sea por las encíclicas de la iglesia, bien sea por una intuición social, bien sea por mantener las corrientes humanistas, han impedido la apoteosis de la liberación de las leyes económicas. Por eso, es prudente examinar, sin prevención, lo expresado por la Corte Suprema y la Corte Constitucional en las sentencias, no solo de constitucionalidad sino, últimamente, en las de tutela.

En el tema de derechos sociales existen varias paradojas:

1) Antes de 1991, fueron numerosas las **demandas por derechos que no estaban en la Constitución**. Los ciudadanos y ciudadanas acusaban leyes y decretos que tenían que ver con pensiones, con salario, no obstante que esos derechos no estaban constitucionalizados.

Por el contrario, es curioso resaltar que aunque a partir de la reforma constitucional de 1936 se permitió el derecho de huelga y se consagró el derecho de asociación, sin embargo son pocas y además restrictivas, las sentencias de constitucionalidad que sobre estos dos aspectos profirió la Corte Suprema, salvo contadas excepciones.

Entonces, la paradoja es que respecto a lo que no se sustentaba en norma constitucional, existía respuesta en la jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema de Justicia, mientras que los temas referentes a la huelga y a los sindicatos, que sí estaban en la Constitución, no tenían un tratamiento acorde con su consagración constitucional.

2) La otra paradoja es que la Constitución de 1991 dice que **Colombia es un Estado Social de Derecho, pero la Corte Constitucional indica que no se identifica con un Estado de Bienestar**, es ahí donde surge la gran inconsistencia de la jurisprudencia de la Corte Constitucional: defiende a capa y espada el Estado Social de Derecho y sus expresiones concretas, pero afirma que no se puede identificar con el Estado de Bienestar. En efecto, en una sentencia de constitucionalidad, la C-1064 de 2001, cuando se discutió el aumento anual de sueldos para las empleadas y empleados públicos, la Corte dijo que “*el Estado Social de Derecho no impone un modelo económico*” y, agregó. “*El Estado Social de*

Derecho como fórmula política no es idéntico, ni su relación necesaria, con el modelo económico del Estado de Bienestar”.

Es obvio que la jurisprudencia ha seguido la línea político social, impulsada desde la Corte Suprema en la década de 1950, luego causa extrañeza que sea precisamente la Corte Constitucional la que diga que el Estado de Bienestar es un modelo económico y no un modelo político con un profundo ligamen con el Estado Social de Derecho.

3) También es paradójico que, en tutela, prosperen casi todas las acciones por pensiones y salud, y, sin embargo, se protegió la ley 100 de 1993. Los magistrados y magistradas de la Corte Constitucional, por unanimidad, en sentencia C-408 de 1994, le dieron mucha importancia a la discutible teoría genética de los derechos, dividiéndolos en derechos de primera, segunda y tercera generación. Afirmó la Corte que la seguridad social está dentro de los derechos de segunda generación y que los derechos fundamentales son únicamente los de primera generación. Esta tesis le permitió a la Corte Constitucional declarar que se había expedido correctamente la ley 100 de 1993, sobre seguridad social⁵³.

Dentro de los derechos a la seguridad social, hay dos temas puntuales: salud y pensiones.

Respecto a la salud, en las sentencias de constitucionalidad, la jurisprudencia se enfoca especialmente hacia su calificación como servicio público, a la labor de vigilancia y control estatal. El tema, en las sentencias de constitucionalidad, se maneja en forma muy rigurosa, como si se tratara de reglamentos y, poca referencia se hace a su característica de derecho fundamental, es más, en los fallos de tutela se dice que la salud no es un derecho fundamental⁵⁴.

En cuanto a las pensiones, la evolución es muy interesante: es palpable en la jurisprudencia constitucional de principios del siglo XX, la inclinación a proteger las pensiones de los militares de alto rango, (aspecto que tenía y tiene su sustento en la Constitución, lo cual muestra el talante ideológico de la sociedad colombiana), mientras que las pensiones de los civiles seguían ubicándose en la categoría de simples “gracias”; aunque, desde entonces, se aprecia una fuerte jurisprudencia que impide la revisión de las pensiones. En los primeros años del Frente Nacional, entre 1959 y 1968, no solo la jurisprudencia de la Sala Plena, sino,

⁵³ Para salvaguardar la garantía a los derechos a la seguridad social, se los ha venido protegiendo con la teoría de la conexidad con otros derechos que no admiten duda sobre su carácter *jusfundamental*.

⁵⁴ C-221 de 1994, C-134 de 1993

curiosamente, también la de la Sala de Casación Laboral, fueron respetuosas de los derechos de los pensionados. Existe, no obstante, un momento culminante de la jurisprudencia en pensiones, cuando se indica que la base de ellas es la solidaridad y la irrevocabilidad. En efecto, El 15 de diciembre de 1965, se avanza mucho en cuanto al garantismo porque se habla del principio de solidaridad humana en el caso de las pensiones. El 15 de marzo de 1968, se decidió sobre la irrevocabilidad de las pensiones jubilatorias, e inclusive las remuneratorias y las graciosas ya causadas, se estimó que se trataba de un derecho perfecto. Después, la Corte Constitucional va a proyectar lo ya dicho por la Corte Suprema en sus fallos: son garantistas y la cúspide se halla en la sentencia C-314 de 2004, en la cual, además, se fortalece el derecho colectivo del trabajo.

8.6 SALARIOS

La Corte Constitucional oscila entre una posición garantista y un matiz neoliberal. La jurisprudencia de la Corte Suprema también fue variada, no permite formar una línea, pero se puede decir casi lo mismo de la Corte Constitucional. En efecto, La jurisprudencia de la Corte Constitucional parte de la base de que el salario es un derecho inalienable, intangible, irrenunciable y como corolario, debe, entonces protegerse el salario valor. Al menos, esa fue su posición inicial. Para la Corte, no tenía sentido romper el contexto de un salario digno porque esto afectaría la estructura de la Constitución, los compromisos internacionales, los derechos de las personas y el avance doctrinal y jurisprudencial. Dentro de este contexto vale la pena resaltar las siguientes sentencias, tanto en constitucionalidad como en tutela:

La tensión entre valorismo y ponderación, para la progresividad del salario, se aprecia en las siguientes sentencias: en la **C-710/99** y en la **SU-995/99** se señaló que los incrementos salariales son útiles e indispensables para atender a las necesidades de los trabajadores, golpeados por el proceso inflacionario; en la **T-102/95** se ordenó reajustar salarios en un equivalente a la variación porcentual del índice de precios al consumidor; la acción de tutela ha sido invocada y ha prosperado en casos de desequilibrio porque se propugna por el SALARIO VALOR (sentencias **T-102/95**, **SU-342/95**, **T-261/97**, entre otras) y es particularmente sensible la jurisprudencia a la afectación del mínimo vital, dándosele a esta figura una connotación cualitativa y no cuantitativa (**T-439/00**); la sentencia **C-1433/00** plantea la caracterización del salario-valor; pero, posteriormente, la sentencia **C-1064/01** estableció la ponderación para el aumento salarial, es decir una progresión hacia abajo, rompiendo la estructura del salario-valor; luego, la sentencia **C-1017/03**, buscó cierto equilibrio y volvió

al aumento salarial teniendo como eje el IPC y como fundamento el principio de la progresividad, aunque el aumento según el IPC también se va a ponderar.

8.7. DERECHO A LA EDUCACIÓN⁵⁵

En cuanto a la educación, la jurisprudencia la trata más como servicio público y no se analiza su contenido, ni su proyección como derecho fundamental. Es muy abundante, especialmente en tutela, la jurisprudencia proferida por la Corte Constitucional. Dentro de esta acción, se ha analizado la educación como derecho-deber, las edades protegidas constitucionalmente, la educación para personas especiales, la responsabilidad del Estado, la de los padres y la de la sociedad, la autonomía universitaria, la observancia del debido proceso en los procesos disciplinarios contra los alumnos, los manuales de convivencia y los reglamentos universitarios, la educación religiosa, la dignidad del maestro. En las sentencias originadas por demandas de inconstitucionalidad, la producción es menor, pero va en el mismo sentido de los fallos de tutela. Quizás **la línea se puede hallar en la Sentencia C-016 de 1993**: *“ la educación -aun la privada- debe prestarse en condiciones tales que garantice la igualdad de oportunidades en el acceso a ella, por lo cual repugna a su sentido de servicio público con profundo contenido social cualquier forma de trato discriminatorio o “elitista” que, en virtud de un exagerado requerimiento económico, excluya per se a personas intelectualmente capaces cuyo nivel de ingresos sólo les hace posible sufragar las proporcionales contraprestaciones legalmente autorizadas que se adecuan al nivel educativo buscado, pero no cantidades extraordinarias ajenas al servicio mismo y a su categoría”*

8.8. DERECHO A LA VIVIENDA

En el tema de la vivienda, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, analiza más los créditos de vivienda, la inflación, y establece reglas, pero no hay rediseño, ni efectos hacia el futuro, ni contenidos mínimos. Por consiguiente, no se tratan otras formas de acceso. Un ejemplo clásico es la **C-383 de 1999** sobre el sistema para la financiación de vivienda.

Sin embargo, sí **constituye línea jurisprudencial, la protección a la vivienda familiar digna, Sentencia C-936 de 2003**. Allí se analizó el artículo 1 de la Ley 795 de 2003 *“por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema*

⁵⁵ El tema tuvo como base, entre otras sentencias las siguientes: de la Corte Suprema, Sala Plena: sentencias de 16 de diciembre de 1966, 29 de noviembre de 1969, 16 de diciembre de 1969, 4 de junio de 1981; de la Corte Constitucional: C-493/94, C-547/94, C-555/94, C-008/96, C-918/02, C-653/03, C-170/04, C-1093/03, C-114/05,

Financiero y se dictan otras disposiciones”. Se declaró la exequibilidad condicionada de la disposición. La Corte concluye que el derecho a la vivienda digna no implica únicamente el derecho a la propiedad sobre la vivienda, resultando admisibles distintas formas seguras de tenencia. La existencia de sistemas adecuados de financiación a largo plazo, no supone que (i) necesariamente todo sistema de financiación esté por fuera de las condiciones mercantiles ordinarias; (ii) que todos los sistemas de financiación tengan los mismos parámetros financieros; (iii) que deba existir un único régimen de financiación de vivienda a largo plazo; (iv) que necesariamente todo sistema de financiación a largo plazo deba ser igualitario; por el contrario, es pertinente y posible que se distinga entre quienes tienen capacidad adquisitiva y quienes, por sus condiciones financieras, estén excluidos de la posibilidad de pagar precios ordinarios. Además, se establece que la vivienda que la Constitución protege es la familiar como una forma de proteger a la familia.

8.9. PROTECCIÓN AL MENOR

Muy importante para la jurisprudencia es la igualdad dentro de la esfera familiar y esta es una de las líneas elaboradas en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Ese garantismo se ve respaldado no solamente por la Constitución, sino por los tratados internacionales.

En las sentencias C-047 de 1994 y C-105 de 1994, entre otras, se aprecia lo siguiente:

- 1) La Constitución pone en un plano de igualdad a la familia constituida por vínculos naturales o jurídicos, es decir, a la que surge de la “voluntad responsable de conformarla” y a la que tiene origen en el matrimonio.
- 2) El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia, independientemente de su constitución por vínculos jurídicos o naturales, como consecuencia lógica de la igualdad de trato.
- 3) Por lo mismo, la honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables, sin tener en cuenta el origen de la misma familia.
- 4) La igualdad está referida a los derechos y obligaciones, y no implica identidad.

En conclusión, en aras de la protección del menor, son igualmente dignas de respeto y protección las familias originadas en el matrimonio o las constituidas al margen de éste.

Respecto a la protección de los menores, adquiere particular importancia la sentencia **C-994/04**. Allí se indica que *“Las razones básicas de esta protección a los niños y a los adolescentes son: i) el respeto de la dignidad humana que, conforme a lo previsto en el Art. 1º de la Constitución, constituye uno de los fundamentos del Estado Social de Derecho colombiano; ii) su indefensión o vulnerabilidad, por causa del proceso de desarrollo de sus facultades y atributos personales, en su necesaria relación con el entorno, tanto natural como social, y, iii) el imperativo de asegurar un futuro promisorio para la comunidad, mediante la garantía de la vida, la integridad personal, la salud, la educación y el bienestar de los mismos”*.

Desde un punto de vista más institucional, dentro de la estructura del Estado, la jurisprudencia constitucional ha indicado que la protección reforzada de los derechos de los niños y de las niñas encuentra sustento en varias razones, entre las cuales se resaltan tres. La primera es la situación de fragilidad en que están los menores frente al mundo, en mayor o menor grado dependiendo de su desarrollo personal, que impone al Estado cargas superiores en la defensa de sus derechos frente a lo que debe hacer para defender los de otros grupos que no se encuentran en tal situación. La segunda es la necesidad de promover una sociedad democrática, cuyos miembros conozcan y compartan los principios de la libertad, la igualdad, la tolerancia y la solidaridad. La tercera razón tiene que ver con la situación de los menores en los procesos democráticos. La protección especial otorgada por el constituyente a los menores es una forma de corregir el déficit de representación política que soportan los niños y las niñas en nuestro sistema político, al no poder participar directamente en el debate parlamentario.

Esta sinopsis en materia de **investigación sobre el itinerario jurisprudencial**, configura una hermenéutica de segundo nivel o de segundo grado, y es, en cierta forma, **una ayuda para elaborar líneas jurisprudenciales**.

8.10 JURISPRUDENCIA

J

Como esta Unidad se refiere exclusivamente a un aspecto evolutivo relevante de la jurisprudencia constitucional en las dos Cortes, e incluso se hace un análisis en conjunto a varios derechos, la referencia al estudio de la jurisprudencia debe concretarse al examen de las Sentencias más relevantes tanto de la Corte Constitucional como de la Corte Suprema de Justicia aquí presentadas.

8.11 ACTIVIDAD PEDAGÓGICA

Ap

Para reforzar los contenidos de la unidad ocho desarrolle las siguientes actividades pedagógicas:

¿En cuál de los temas de esta unidad considera usted que la jurisprudencia de la Corte Suprema, Sala plena fue más garantista que la jurisprudencia de la Corte Constitucional?

¿Por qué considera usted que la Corte Constitucional tiene una jurisprudencia libertaria?

¿Cuál será la razón para que antes de la Constitución de 1991 se invocaran derechos que no existían en la Constitución como susceptibles de la acción de inconstitucionalidad?

¿En qué puntos o temas concretos los pronunciamientos de las Cortes plantean un reto al Código Civil colombiano?

¿Cuáles son, en su concepto, los hitos más importantes de la evolución jurisprudencial en materia de “derechos adquiridos”, entre los años 1918 y 2004?

¿Cuál es la paradoja que se plantea en los pronunciamientos de la Corte Constitucional entre el “Estado Social de Derecho y el “Estado de bienestar”?

8.12 AUTOEVALUACIÓN

Ae

Desarrollar la autoevaluación mediante un caso o casos

CASO: Antes de realizar los ejercicios de auto evaluación, analice el siguiente caso de tenor jurisprudencial.

Dentro de los derechos tratados jurisprudencialmente, en tutela prosperan casi todas las acciones por pensiones y salud, y, sin embargo, se protegió la ley 100 de 1993 y allí se dijo que la seguridad social no es un derecho fundamental. Esto pareciera una contradicción.

Los magistrados de la Corte Constitucional, por unanimidad, en sentencia C-408 de 1994, le dieron mucha importancia a la discutible teoría genética de los derechos, dividiéndolos en derechos de primera, segunda



y tercera generación. Afirmó la Corte que la seguridad social está dentro de los derechos de segunda generación y que los derechos fundamentales son únicamente los de primera generación. Esta tesis le permitió a la Corte Constitucional declarar que se había expedido correctamente la ley 100 de 1993, sobre seguridad social.

Dentro de un esquema de contenido liberal clásico, ha calado la idea de que los derechos prestacionales, entendiendo por tales a los derechos sociales económicos y culturales, o como otros perversamente los denominan “derechos de segunda generación” no son derechos fundamentales.

La Sentencia C-408 de 1994 expresó:

“Se trata de un derecho calificado por el tenor literal de la Carta como de la Segunda Generación; tiene además por su contenido material una naturaleza asistencial o prestacional que no permite su eficacia con la sola existencia de la persona titular, sino que, requiere una reglamentación que lo organice y una agencia pública o privada autorizada que le suministre los bienes y servicios que lo hacen realidad. Adicionalmente, un aspecto relacionado con la capacidad fiscal o financiera del ente encargado de la asistencia o prestación, le da a este derecho a la seguridad social un carácter temporo-espacial, reconocido por el constituyente, que en proyecciones sentadas por la propia Carta (art. 48), lo viene a diseñar con una cobertura progresiva que comprenda todos los servicios que, como parte de él, determine la ley.”

La Corte hace esta sutil aclaración, en la sentencia en mención:

“Sin embargo, debe aclararse que la seguridad social se considera derecho fundamental sólo sobre la base de los siguientes supuestos: primero, que opere en conexión con otro derecho fundamental; segundo, entendida como la asistencia pública que debe prestarse ante una calamidad que requiera, de manera urgente, la protección del Estado y de la sociedad, por afectar de manera grave e inminente la vida humana o la salud; tercero, ante casos de extrema necesidad, y cuarto, que se pueda prestar de acuerdo con las posibilidades reales de protección de que disponga el Estado para el caso concreto.”

Por supuesto, que puede afirmarse que la radicalización de la postura de la Corte Constitucional, ha sido dejada de lado. En efecto:

Ae

En la T-06/92 ya se había dicho que “existe el derecho fundamental de toda persona a la integridad y primacía de la Constitución” lo cual incluye la cláusula del Estado social de derecho y dentro de ella por supuesto la seguridad social.

En la T-111/94 se consideró como derecho fundamental el derecho a la seguridad social respecto de los ancianos.

En la T-568/99 se catalogó a los derechos sociales como derechos humanos, con la proyección práctica de ubicarlos dentro del bloque de constitucionalidad y por ende, como objeto de protección tutelar, como en efecto ocurrió.

En las sentencias: T-516/93, T-068/94, T-426/93, T-456/94, la jurisprudencia ha dicho que un derecho adquiere el carácter de fundamental, cuando, según las circunstancias del caso, su no reconocimiento tiene la potencialidad de poner en peligro otros derechos y principios fundamentales como la vida (CP. artículo 11), la dignidad humana (CP. artículo 1o.), la integridad física y moral (CP. artículo 12) o el libre desarrollo de la personalidad (CP. artículo 16), o derechos de las personas de la tercera edad (CP. artículo 46). Esta es una posición evidentemente distinta a la de la de únicamente conectar el derecho a la seguridad social con el derecho a la vida.

Por otro aspecto el artículo 1° de la C. P. establece el Estado social de derecho e históricamente dicho modelo le da una extraordinaria importancia a los derechos sociales, económicos y culturales, y dentro de los sociales, están, por supuesto, las pensiones.

Las personas consideran que los derechos sociales son derechos fundamentales. La verdad es que dentro de más de un millón ochocientas mil tutelas que se han presentado en 16 años, casi el 75% corresponden a temas como el reclamo de jubilación, la atención en salud, el pago de salarios, la protección a la maternidad; es decir, aspectos muy sentidos por la comunidad y de marcado contenido social. Los fallos favorables a las reclamaciones le han dado validez sociológica a la tutela y, de paso, han fortalecido a la Corte Constitucional que con sus sentencias garantistas ha abierto la puerta a la aceptación de la cultura del precedente. Todo lo anterior se enmarca dentro de un replanteamiento del pacto social inmerso en el Estado democrático de derecho.

Ae

En el Proyecto de Código Iberoamericano de la Seguridad Social se cataloga a la seguridad social como un derecho inalienable del ser humano (artículo 1°).

EJERCICIO: Con base en el análisis del caso anterior realice el siguiente ejercicio de auto evaluación:

1) ¿La posición jurisprudencial, consistente en no admitir que los derechos a la seguridad social tienen la connotación de fundamentales, debería ser modificada en este aspecto?

2) ¿Debe haber hacerse un tránsito de lo cuantitativo (enorme cantidad de sentencias de tutela favorables a quienes afirman que se les violó el derecho a la seguridad social) a lo cualitativo, para reconocer, de una vez por todas que la seguridad social es un derecho fundamental?

BIBLIOGRAFÍA SELECCIONADA

Bs

- CEPEDA ESPINOSA, Manuel José. *Derecho Constitucional Jurisprudencial, grandes decisiones de la Corte Constitucional*; Legis Editores, 2001, Bogotá.

Relación y profundización sobre la jurisprudencia más relevante de la Corte Constitucional.

- INVESTIGACION hecha en la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, denominada: ITINERARIO DE LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA DE CONTROL CONSTITUCIONAL, COMO MECANISMO DE PROTECCION DE DERECHOS HUMANOS. Investigadores: DIRECTOR: Oscar José Dueñas Ruiz. INVESTIGADORES DE LA UNIVERSIDAD: Beatriz Londoño Toro, Carlos Parra Dussán, María Teresa Palacios, Johanna Cortés Nieto. INVESTIGADORES EXTERNOS: Gloria Ortiz Delgado, Patricia Orjuela, Dídima Rico Chavarro, Edgar Ospina Duque. INVESTIGADORES AUXILIARES (Semillero de investigación): Juliana Acuña Ardila, Daniel Agudelo Parra, María José Amaya, Ana María Briceño Campos, Daniel Camelo, Andrea Canal, Claudia Isabel Dussán, Carolina Escandón Buchelli, Andrés Figueroa Samper, Diana Moreno González, Lina Muñoz Avila, Carmen Muñoz

| *Ramírez, Silvia Navarrete Forero. La investigación está en proceso de publicación, en la editorial del Rosario.*

Impreso en los talleres de
Grafi-Impacto Ltda
Diciembre de 2007