

Legitimidad por mayoría pretérita constituyente, de la Corte Constitucional como veedora de la salvaguarda tanto del tipo y modelo de estado, como de la carta política*

*Andrés Felipe Ortíz Suárez, Jeraldine Tatiana Mora Herrera,
María Alejandra Flórez Varela, Luis Felipe Ochoa Moreno
y Miguel Parra Sanabria***

“El hombre puede crear sistemas de justicia perfectos, pero si esta justicia está administrada por hombres, valdrá lo que valgan los hombres.”

Eduardo Couture

INTRODUCCIÓN Y FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA

Los seres humanos somos innegablemente históricos, cada acontecimiento comporta grandes transformaciones. Para Jacobo Pérez,¹ en el caso de la

constituyente colombiana, después de 1968 con su reforma a la Constitución de 1886, se presentaron dificultades políticas, de administración, justicia y del poder legislativo: pues existieron cambios en la economía y en el ámbito social, ocasionando el

* Ponencia presentada en IV Concurso Internacional de Derecho Procesal Constitucional del IV Congreso Colombiano de Derecho Procesal Constitucional y el XII Encuentro de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional, celebrado en la ciudad de Santa Marta, mayo de 2013, por estudiantes de 4° y 5° año de la Universidad Libre.

** Los autores agradecen la colaboración para el desarrollo de esta ponencia a Camilo Fonseca Pérez, Tania Luna Blanco, Juan David Díaz Díaz y Daisy Paola López Cely.

¹ PÉREZ ESCOBAR, Jacobo. *Derecho constitucional colombiano*. Octava edición. Bogotá: Temis, 2010, p. 228.

aumento de las fuerzas subversivas y el narcotráfico.

La crisis que se presentaba conlleva a la desesperación colectiva, lo que impulsa a las autoridades que gobernaban para ese entonces, a la búsqueda de herramientas que permitan fortalecer el Estado en su organización.

En el gobierno de Virgilio Barco se acrecentaron los problemas sociales de orden público: “El país se volvió casi invivible, con gran deterioro de su economía y de la relaciones con Estados Unidos de Norteamérica. Un hecho importante de destacar fue la ruptura de la armonía del gobierno con la rama jurisdiccional por motivos de fallos de la Corte Suprema de Justicia relacionados con la extradición de colombianos juzgados en el extranjero, así como también por providencias del Consejo de Estado”¹ La población exigía la búsqueda de medidas eficaces de protección, hecho que no era evidente con las reformas a la Constitución de 1886.

Se plantea como respuesta a esta situación una propuesta plebiscitaria para convocar al pueblo y someterlo a un referéndum para que se pronuncie sobre las reformas institucionales del país; enfáticamente en la creación de una Corte Constitucional, establecimiento de derechos civiles y garantías sociales, la protección del medio natural y de las comunidades indígenas. Lo que terminó en el “acuerdo de la Casa de Nariño”.

Tiempo después Cesar Gaviria presentó al Congreso el 27 de junio de 1988 un proyecto de reforma constitucional, que pretendía un cambio más amplio; dicho proyecto fue debatido entre 1988 y 1989, finalmente cuando estaba a punto de culminar satisfactoriamente, se introdujeron reformas frente a la extradición que no fueron de agrado para la sociedad ni para el gobierno, que desistió de él.

Con el fracaso de este intento de reforma constitucional se presentaron afectaciones al orden social; el 18 de agosto de 1989 fue asesinado Luis Carlos Galán Sarmiento y a consecuencia de esto el 25 de agosto del mismo año se realizó la “marcha del silencio” impulsada por los estudiantes bogotanos, quienes lideraron el movimiento de la “séptima papeleta”. Según García Pelayo, en cuanto a las bases ideológicas de la carta política, se podría decir que “La sola enunciación de la palabra Constitución nos convoca una serie de representaciones de índole Estatal, jurídica y política. La pensamos como una suprema organización de los poderes del Estado, como un conjunto de normas jurídicas con un determinado contenido, y quizá también con ciertas garantías formales, y, en fin, cómo algo que en su estructura y funcionamiento está condicionado por ideales políticos y como una forma a través de la cual el poder político-social se convierte en poder Estatal”².

1 Ibid., p. 231.

2 GARCÍA PELAYO, Manuel, *Derecho constitucional comparado*, quinta edi-

Con ello, en la Constitución de 1991 como lo señala Jacobo Escobar, se busca la consagración de un Estado en forma de República democrática liberal con tendencia socialista; un Estado que se oriente en el servicio a la comunidad con la intención de garantizar la prosperidad general de toda la población, y para ello este Estado debe establecer los deberes de todos sus asociados junto con sus Derechos. Se pretendía que la participación de la sociedad fuese directa en aquellos aspectos que los afectasen para que se den garantías de paz y de un orden justo para todos. Con fundamento en esto, la Constitución en el artículo 20 consagra que el Estado designa a sus autoridades para “proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”³.

En la Constitución de 1991 se orienta la actuación de los poderes del Estado, al respecto señala la Corte en su sentencia C-449/92:

...Así, a la seguridad jurídica que proporciona la legalidad se le aúna la efectividad de los Derechos humanos que se desprenden del concepto de lo social. El respeto por los Derechos humanos, de un lado, y el acatamiento de unos principios rectores de la actuación estatal, por otro lado,

constituyen las consecuencias prácticas de la filosofía del Estado...” “... se desarrolla en tres principios orgánicos: legalidad; independencia y colaboración de las ramas del poder público para el cumplimiento de los fines esenciales del Estado; y criterios de excelencia.

El tipo y modelo de Estado concebido por la asamblea nacional constituyente, con miras a velar por la inclusión de la minorías, por el pluralismo social, por el reconocimiento de los Derechos y las garantías de todos, por la efectiva participación de los ciudadanos en la administración de su territorio, convierte al pueblo en el fin primero de las políticas públicas, en el instrumento para legitimar la actividad de los poderes estatales.

Con esta nueva Constitución y en miras al fortalecimiento del Estado que se pretende y la salvaguarda en cabeza de una nueva institución como la Corte Constitucional, “existe una nueva estrategia para el logro de la efectividad de los derechos fundamentales. La coherencia y la sabiduría de la interpretación y, sobre todo, la eficacia de los derechos fundamentales en la Constitución de 1991, están asegurados por la Corte Constitucional. Esta nueva relación entre derechos fundamentales y jueces significa un cambio fundamental en relación con la Constitución anterior; dicho cambio puede ser definido como una nueva estrategia encaminada al logro de la eficacia de los derechos, que consiste en otorgarle de manera prioritaria al juez, y no a la administración o al legislador,

ción, *Manuales de la revista de occidente*, Madrid, p. 99.

³ Constitución Política de Colombia 1991.

la responsabilidad de la eficacia de los derechos fundamentales”⁴ se ha hecho evidente la existencia de que dicha Corte se pronuncie frente a acontecimientos que comportan el desconocimiento de los Derechos y las garantías constitucionales, como lo es el caso de las omisiones legislativas; llevándonos así a una nueva etapa del Tribunal Constitucional, como el de ente regulador de la armonía, tanto entre los poderes mismos, como de estos en relación con la Constitución y los fines del tipo de Estado deseado por la constituyente.

De ahí que a través de una sentencia exhortativa la Corte, debido a la inexistencia de legislación frente a determinada materia, hace una solicitud al legislador a que se pronuncie con respecto a ese vacío normativo. En el caso colombiano, la aplicación de las sentencias de carácter exhortativo se ha caracterizado porque no solamente el juez constitucional las ha dirigido al legislador, sino también al Gobierno, entes de control, autoridades de policía y establecimientos públicos de carácter descentralizado.

Es así como podemos realizar la siguiente relación:

1. Exhortos dirigidos al Gobierno: en la sentencia C-031/09 que tiene como temática el Acuerdo de complementación económica de 1993 ACE 24 entre Colombia y Chile; se

hace una remisión al Congreso del texto del Acuerdo.

2. Exhortos al congreso: En las sentencias C-317/12 sobre la Consulta previa de comunidades indígenas y afrodescendientes, se pide la regulación del proceso de consulta en los casos en que este derecho se haga exigible. C-577/11 sobre el Déficit de protección que afecta a las parejas del mismo sexo y se solicita que se haga la legislación de manera sistemática y organizada sobre los derechos de las parejas del mismo sexo.
3. A los Entes de control en sentencia C-614/09 Contratación pública de prestación de servicios; en los casos de práctica ilegal de la norma constitucional.
4. Al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), en sentencia C-804/09 para desarrollo de protocolos e instrumentos de evaluación integral de idoneidad con fines de adopción.
5. A las autoridades de policía, en sentencia T-629/10; en denuncia de las actuaciones que puedan suponer la comisión de delitos relacionados con la explotación sexual de seres humanos.

Según *sentencia C-728/09*, “el exhorto es un requerimiento al legislador, con o sin señalamiento de plazo, para que produzca las normas cuya expedición aparece como obligada a la luz de la Constitución”. Y aunque en este caso solo se refiere a los exhortos hechos al legislativo, de esto se colige

⁴ Sentencia T-406 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón.

la búsqueda de los fines esenciales del Estado, y por consiguiente, de las garantías, Principios y Derechos contemplados en el articulado de la Carta Política.

El exhorto por parte de la Corte Constitucional al Congreso de la República dependerá del efecto que podría llegar a producir dentro del ordenamiento jurídico, o de una eventual omisión en materia legislativa. En el primero de los casos, se requiere una nueva regulación legal de una determinada temática, para lo que se da un plazo determinado el cual dependerá de la importancia de la materia; el segundo caso, difiere del primero, en cuanto a que no se le puede dar un efecto inmediato al exhorto pues sería lesivo al dejar un vacío normativo en la Constitución.

Pero el evento de una omisión legislativa absoluta, su solución se sale del ámbito de competencia del juez constitucional colombiano: no existe un contenido de carácter constitucional que la pueda entrar a regular, para lo cual se ha dicho que el legislador puede adoptar cualquier solución siempre y cuando sea constitucionalmente admisible, excluyendo la posibilidad de que el juez constitucional subsane la omisión acaecida, por ello solo puede el juez otorgarle un plazo al Congreso de la República para revisar el asunto en cuestión.

En materia de omisión legislativa, se deben determinar los escenarios en los que puede actuar directamente el

juez constitucional al ser el garante de la norma superior, tratando de no invadir el ámbito de configuración del legislador. En este punto, la Corte rescata que el control de constitucionalidad aplicable solo se podrá predicar de las omisiones de carácter relativo, entendidas éstas como aquellas en las que “el legislador al regular o construir una institución omite una condición o un ingrediente que, de acuerdo con la Constitución, sería exigencia esencial para armonizar con ella”. So pena de esto, no ha habido reparo por la Corte en acudir a los exhortos para que haya actividad por parte del Congreso de la República en aquellos temas que la Constitución le ordenó fijara y que dejó de regular.

Lo anterior significa que un órgano distinto al que en primera medida se le ha encomendado una labor, de forma subsidiaria e inmediata, adquiere la facultad de decidir frente a la presencia de la omisión, esto fundado en la protección, validez y efectividad del mandato constitucional, pues el no hacerlo, implicaría el desconocimiento de los fines esenciales del Estado colombiano y demás normatividad contenida en la carta política.

Tratándose de emprender una colaboración entre la Corte y el legislador, se debe advertir, como se expone en Sentencia C-577/11 “no hay que desconocer que los exhortos realizados al Congreso en la mayoría de casos han sido ineficaces y que existe poca voluntad política de ese órgano para regular aspectos relacionados con los

derechos fundamentales...” De ello se dice que “la vinculatoriedad deriva del efecto que tienen las normas aplicadas en conjunción con el Derecho Procesal que atribuye a los tribunales una función de control autoritativo de respetar el orden jurídico”⁵. Esto significa que no solamente se cuentan con las herramientas sustanciales, sino también procesales en favor de la integridad de la Constitución Política, debido a que ésta misma contempla la función que, en nuestro caso, cumple la Corte Constitucional como veedora de la estabilidad dentro del ordenamiento jurídico, en lo que respecta a la función de cada uno de los órganos del poder sobre quienes recaen unos deberes específicos, pero todos tendientes al establecimiento de un equilibrio en los aspectos social, político y jurídico.

Siendo el legislador, el facultado para la expedición de las leyes como manifestación de la voluntad del constituyente primario, debe en primera medida entrar a ejecutar lo que la Carta Política le solicita realice. Pero ¿qué sucede si hace caso omiso a lo contemplado en ella? y aún más grave, teniendo el juez constitucional, la posibilidad para entrar a exhortar

al Congreso de la República en favor de que entre a regular ciertas materias que de no estudiarse, generarían un desequilibrio y vulneración a los Derechos constitucionales: ¿qué efectos y consecuencias tendría su desatención? Esto en últimas se reduce a una vulneración de los principios y garantías constitucionales, y por tanto, desconocimiento de la supremacía constitucional en favor de la protección de los Derechos de los asociados.

Es por esto, que se hace exigible, la presencia de una institución que a falta del idóneo y correcto funcionamiento de uno de los tres poderes públicos entre a regular y determinar la manera en la que se debe entrar a proceder. No pasando por alto que los tres poderes, coinciden en una misma finalidad, que es la del desarrollo de lo concebido dentro de la Carta Política, y la Corte Constitucional es su guardiana.

El profesor Rubén Hernández⁶ quien realiza un estudio de la función que desempeña el Tribunal Constitucional Federal en Alemania, establece que éste no tiene como objeto principal entrar a subsanar el yerro producto de la controversia jurídica para el eventual restablecimiento del ordenamiento jurídico, sino que tiene una actuación netamente futura, es decir, el evitar se vuelvan a presentar las mismas situaciones que originaron el conflicto y determinar cómo se proce-

⁵ HARTWIG, Matthias. “La vinculatoriedad de las sentencias constitucionales”. Max-Planck-Institut de derecho público comparado y derecho internacional público. Disponible en internet: http://sitios.poder-judicial.go.cr/salaconstitucional/documentos%20varios/seminario_2011/.pdf

⁶ *Ibíd.* p.1.

derá a actuar frente a la regulación de las mismas.

La vinculatoriedad del fallo, produce efectos distintos tratándose de la aplicación del Derecho procesal constitucional, esto para el doctor *Matthias Hartwig*⁷ se manifiesta en los siguientes aspectos: No vinculan únicamente a las partes del conflicto, sino al orden constitucional, específicamente a todos los órganos estatales; su efectividad se sustenta en el orden jurídico (Constitución y Ley), esto al prever una forma de auto-ejecución de la decisión, al darse la obligatoriedad de respetar las decisiones del tribunal; en cuanto a qué órganos estatales son los que deben acatar las decisiones proferidas, dependiendo ello del compromiso que cada uno asuma en la consecución de lo que se le ha encomendado.

¿FORMALISMO JURÍDICO VS. NUEVO DERECHO?

Para entrar al quid histórico de la controversia en lo que refiere a la pugna entre el legalismo jurídico y el denominado 'nuevo Derecho', es importante pues reseñar La Relación del civil law con el common law en el contexto actual puesto que estas tendencias determinan el funcionamiento del Tribunal Constitucional:

Hay dos tradiciones jurídicas que predominan en el campo de la contemporaneidad. Una de ellas, es conocida

como el civil law, a la cual pertenece al ordenamiento jurídico colombiano; y otra con el nombre de common law, desarrollada en los principales países de habla inglesa en el mundo.

Uno de los elementos fundamentales en los que el common law diverge del civil law, fue en el establecimiento de decisiones judiciales como la base en el common law, y las decisiones legislativas como la base del civil law.

1. El Common Law es generalmente incodificado. Esto significa que no hay recopilaciones comprensivas de las reglas, estatutos legales y realmente confía en algunos estatutos dispersos, los cuales son las decisiones legislativas, este está en gran manera basado en los precedentes, significando esto el peso de las decisiones judiciales que ya han sido tomadas en casos similares. Esos precedentes se han mantenido en el tiempo a través de las documentaciones de las cortes, así como en documentos históricos en colecciones de casos legales, conocidos como 'anuarios y reportes'. Los precedentes a ser aplicados en las decisiones de cada nuevo caso son determinados por el juez que preside.

Como resultado, los jueces tienen un rol enorme en la formación de la ley americana y británica. El common law funciona como un sistema adversarial, un concurso entre dos partes opositoras ante el juez que modera. Un jurado de gente ordinaria sin entrenamiento legal decide sobre los hechos del caso. El juez entonces determina la

⁷ *Ibíd.* p. 13.

sentencia apropiada basándose en el veredicto del jurado.

2. El civil law, en contraste, es codificado. Los países con este sistema, tienen comprensivos, continuos y actualizados códigos legales que especifican todas las materias capaces de ser vistas ante una corte, el procedimiento aplicable, y el apropiado castigo para cada ofensa. Cada código distingue entre diferentes categorías de ley. El juez usualmente trae los cargos formales, investiga la materia, y decide sobre el caso. Ellos trabajan usando un compilado de leyes establecido y la decisión del juez es consecuentemente menos crucial en la ley civil, que las decisiones de los legisladores y las colegiaturas legales quienes interpretan los códigos.⁸ Teniendo en cuenta lo anterior, se pueden establecer, grosso modo, dos particularidades pertinentes para el presente tema, acerca del civil law en contraste con el common law, en lo atinente al tema de la jurisprudencia:

- a. En el civil law se contempla a la Jurisprudencia como fuente auxiliar del Derecho, mientras que en el common law se la concibe como una fuente formal del Derecho.
- b. En el civil law se encuentra un carácter persuasivo del precedente jurisprudencial, cuando en el common law se concibe el precedente con un carácter vinculante.

⁸ Berkeley University. *Common Law & Civil Law Traditions*. The Robins Collection. School of Law. California.

Para el caso colombiano, José Rogério Cruz e Tucci define la Jurisprudencia como

“(...) un conjunto de decisiones que forman el entendimiento de un determinado tribunal y, por tanto, representan la uniformidad de su entendimiento después de haber analizado varias decisiones.”

“Resulta paradójico entonces que en los países del Civil Law, ha ido creciendo la tendencia del precedente vinculante.” “La autoridad que era por excelencia un atributo de la ley, pasó a estar presente en el precedente judicial...”⁹

Con respecto a este fenómeno de mestizaje que se está presentado en los sistemas jurídicos de la actualidad, se han establecido dos principales posturas: la de los opositores a la inclusión de caracteres del common law en el civil law, y la de aquellos que consideran inevitable y necesario para la prevalencia de los ordenamientos jurídicos, que esto se siga presentando.

Algunos de los argumentos que esgrimen los opositores en la inclusión de caracteres del common law, al civil law son: En el civil law es más marcada la tendencia a separar el poder legislativo, del judicial, y por ello, las

⁹ CREPALDI MENDES, Bianca y NOTARIO LIGERO, Gilberto. “O Modelo Constitucional de Processo Brasileiro e os Precedentes Judiciais na prestação da Tutela Jurisdicional no Processo Civil”. *Derecho Procesal Constitucional*, Cali, Valle, 2012.

decisiones de órganos judiciales no pueden tener carácter vinculante para la rama legislativa del poder. Si el judicial decide sobre cosas que competirían por cuestión de autonomía de funciones al legislativo, pueden auspiciarse las conductas arbitrarias y la inseguridad jurídica. El juez no puede ni debe legislar, ya que los asuntos de las leyes que regirán el ordenamiento jurídico del país, deben ser tomados por un órgano cuyos miembros sean designados por elección popular; caso que no es el de la rama judicial del poder.

Lo dicho teniendo en cuenta que el civil Law adopta la postura de Kelsen, que concibe al juez como un legislador negativo, mas nunca positivo.

Defensores de la inclusión de caracteres del common law, en el civil law. El derecho tiene el deber de adaptarse a la constante transformación de las circunstancias sociales, y es por ello que tiene la obligación intrínseca de adoptar nuevas tendencias en la medida de que esas vayan siendo necesitadas para poder cumplir los fines esenciales del mismo, como por ejemplo el de propender por la justicia y regular las interacciones humanas en sociedad. Por la misma seguridad jurídica que afirman podría verse dañada, el juez no puede dejar de interpretar la ley en el juzgamiento de un caso, así como debe buscar solucionar las posibles Litis que se presentasen, incluso si estas no tienen una solución clara vigente y aplicable. Según el tipo

de Estado constitucional, el juez debe propender por hacer efectivos los Derechos de las personas en un ámbito de garantismo jurídico, donde no solo se busque normativizar todos aquellos Derechos de la población, sino también velar por la real satisfacción de los mismos.

El juez, por eso, se debe contemplar tanto como un legislador negativo, como en un legislador positivo en todos aquellos casos que no tengan un desarrollo normativo suficiente para dar la solución eficiente al caso concreto; y en pos a garantizar no solo formal sino efectivamente que los fines esenciales del Estado en miras a la satisfacción de las necesidades básicas de sus asociados sean cumplidas y respetadas.

Esta tendencia nace en la ya mencionada Alemania, después de la Segunda Guerra Mundial, con el caso de la sustitución pensional dada a las viudas de los muertos en guerra; y se hizo menester ser hecha por el judicial, dado a la inminente situación de indefensión y discriminación en la que habían quedado los viudos frente a esta norma dado que a ellos por el hecho de ser hombres, no se les contempló en los beneficios del texto normativo original y no podían acceder a los que ellos alegaban merecían tanto por equidad, como para la preservación de su vida digna, ligada directamente con el mínimo vital.

Esto se hizo con el criterio de la celeridad procesal por la siguiente razón:

Si en ese caso el judicial modificaba la ley, estaría entrando en conflicto de competencia en algo que de por sí pertenecía era al parlamento, además de tener una razón histórica para ello; pero si no se pronunciaba, estas personas quedaban en una situación de indefensión con respecto a la obtención de la sustitución pensional. En miras a que la no protección de la dignidad humana afectaría los fines mismos del Estado, se decidió proteger los Derechos de los susodichos, dando facultad al judicial para legislar con miras a que estas personas no vieran vulnerados sus Derechos mientras una nueva ley era sacada por el legislativo.

Observando estas discusiones concernientes a la necesidad y posibilidad de que los tradicionales sistemas jurídicos comiencen a fundirse el uno con el otro, principalmente en estos días debido al entorno de la gran aldea global, Marcelo Alves Dias de Souza dice que lo importante es que “todos los precedentes poseen autoridad. La cuestión radica en saber cuál es el grado o fuerza de esa autoridad. Hasta qué punto un determinado precedente influencia la decisión judicial de un caso semejante.”¹⁰ “Es por esto que la globalización facilitó mucho el diálogo entre las dos grandes formas de sistematización del ordenamiento jurídico, proporcionando lo

que Sergio Gilberto Porto llamó la CommonLaw-lización.”¹¹

El quid del asunto en estos países tradicionalmente ligados al civil law, después de la sistemática adopción de tendencias del common law, ya no recae solamente como se discutía antes, si el juez era meramente la boca de la ley, o si podía interpretarla, sino que va más allá, hasta tocar el eje mismo de la distribución de poderes propuesta por Montesquieu: y se profundiza la discusión sobre si el juez simplemente interpreta y aplica el Derecho, o también es en sí mismo un creador del Derecho en determinados casos.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Teoría: La Corte Constitucional como institución que, a falta del idóneo y correcto funcionamiento que se pudiese presentar en alguno de los tres poderes públicos clásicos, primero entre a exhortar al ente encargado de realizar aquello que es de su función y no está realizando, so pena de entrar ella misma, de manera particular y transitoria, a regular y determinar la manera en la que se debe proceder. Por ejemplo, cuando hay omisiones legislativas absolutas por parte del legislador.

¹⁰ ALVES DIAS DE SOUZA, Marcelo. *Do Precedente Judicial à súmula vinculante*. Curitiba: Jurú, pp. 52 y 53.

¹¹ PORTO, Sérgio Gilberto. “Sobre a common law, civil law e precedente judicial”. In: Marioni, Luiz Guilherme. *Estudos de direito Processual Civil*. São Paulo: RT, 2005, p. 764.

Esto en razón de que la la Corte Constitucional como veedora de la salvaguarda e interpretación de la Constitución y por ende del tipo mismo de Estado, es la idónea encargada para regular el funcionamiento de los demás poderes, ya que por sí mismos no se regulan (Poder Neutral de Benjamin Constant).

Jaime Córdoba Triviño, en sus clases recalca que el deber del Tribunal Constitucional, es volver la Constitución una categoría real para los ciudadanos; además de que la Corte no solo está hecha para frenar la vulneración de los Derechos, sino también para protegerlos antes de que haya un daño craso.

El fin del Estado debe ser siempre asegurar la justicia en equidad, que para Manuel José Cepeda, no es dar por gracia lo mismo a todos, pero lo que si debe garantizarse es dar oportunidad a todos para alcanzar a superarse a sí mismos. Justicia en Equidad se refiere a las posibilidades que debe tener cada individuo para luchar por llegar cada vez más alto, y que esta lucha no sea un imposible de conquistar, sino relativo a los esfuerzos y logros que cada quien se labra con su vida misma.

¿Cuál es el vínculo entonces, entre esta justicia en equidad, con el deber de volver la Constitución una categoría real para los ciudadanos? Tomando a Cesar Landa como referente, se podría relacionar partiendo del problema epistémico generado a partir de si la democracia constitucional está inevitablemente ligada a los

Tribunales Constitucionales, caso en el cual necesariamente se debe consagrar a los susodichos como ejercientes de la protección del equilibrio de poderes, de la protección de los derechos, y de los garantes que no permiten a los poderes, tanto públicos como privados, salirse de la Constitución (por ejemplo, a través tanto del control abstracto de constitucionalidad de leyes y decretos, como del control concreto de constitucionalidad, tal como en el caso de la acción de tutela).

Realidad: Pero como el derecho no puede ser una argumentación teórica, sino que este debe ir ligado a la realidad misma, encontramos un problema, y este se manifiesta cuando hay exceso del principio *Jura Novit Curia*.

¿Qué pasa cuando la Corte Constitucional, aunque teniendo buenas intenciones, lo que termina haciendo con sus sentencias es afectar la Constitución misma por ignorancia en un tema determinado, mal manejo del mismo, o negligencia al no hacerse asesorar de aquellos que son los especialistas y directos concedores de ciertos temas específicos?

Por ejemplo, en la sentencia T-760 del 2008, en Tema de Salud (Leer Numeral 6), la Corte Constitucional quiso entrar a mejorar el flujo de los recursos de la salud para que los prestadores recibiesen los pagos más rápido y de esta manera mejorar el acceso a los servicios de salud; pero la Corte no pidió concepto a los entes que

por su función son los directos concedores del sistema de salud, como el ministerio de salud, el ministerio de hacienda; y a entidades expertas como la comisión de regulación en salud CRES, y la asociación de entidades prestadoras de salud ASEMI. Además que al desconocer las consecuencias de implementar desmesuradamente el Principio de Buena Fe, sin tener en cuenta el factor realidad del contexto colombiano: profirió una sentencia que aunque proporciona un elegante toque de filantropía de lo que debería ser la salud en Colombia, termina desconociendo las actuaciones y situaciones de facto en el país. Dando esto como resultado puntual, que al desear omitir requisitos para el pago de los recobros originados en acciones de tutela por servicios no POS (constancia de ejecutoria), lo que de hecho se generó es que se propició a que se incrementara el índice de falsedad en las sentencias de tutela referidas a esto, para poder cobrar de manera fraudulenta dineros por prestación de servicios que se alegaban supuestamente brindados en aras de proteger el derecho fundamental a la Salud.

¿Qué se hace cuando un Tribunal Constitucional hace las cosas mal?
¿Cabe algún recurso o hay alguna manera de solucionar errores por parte de la Corte Constitucional?

“Para que haya democracia es menester que se critiquen los fallos de los Tribunales... lo que no se puede hacer, es desacatar el fallo” (Jaime Córdoba Triviño).

En la actualidad, teóricamente no se tiene la concepción sofista de que el derecho es la aplicación de la normatividad establecida por el que tiene más fuerza; por esto mismo, tampoco se debe tener la concepción del mandato llano por mayorías, porque si las mayorías mandasen siempre, una ley ordinaria podría modificar la Constitución cuantas veces quisiera.

Desde el contrato social, se entiende que la comunidad elige delegar a alguien para que tome las decisiones definitivas en miras a un orientación soberana estable, y de esta manera terminar la figura de lo que Rousseau llama El Soberano. Ergo, la Corte Constitucional alcanza su legitimidad no por delegación de la mayoría actual, sino va más allá, y alcanza su validez y reconocimiento por la configuración de la mayoría pretérita constituyente; dando así que el mecanismo idóneo para controlar y vigilar los excesos o defectos de la misma, es una asamblea constituyente institucionalizada: temporal, electiva, representativa, democrática, pluralista facultada solamente para reformar ya sea un texto normativo, o una norma de carácter constitucional.

Caso parecido es el establecido en el artículo 30 de la Constitución de la República Argentina, para toda reforma –total o parcial– del texto de la Ley Suprema: Asamblea que se forma al simple efecto de ella y se disuelve una vez producida esa enmienda.

Ello en razón a que tanto el Tribunal Constitucional como la Carta Política han sido emanados de la asamblea constituyente, y por tanto, ella no sólo legitima su accionar sino que también le da la carga obligatoria y real de velar por preservar y evaluar la validez de toda actuación que pudiese amenazar el espíritu constituyente.

¿En qué consiste y de dónde proviene la novedad investigativa en cuanto la aplicabilidad de la teoría del Poder Neutral en el caso concreto?

“El poder ejecutivo, el poder legislativo y el poder judicial son tres resortes que deben cooperar, cada uno en su esfera, al movimiento general; pero cuando, descompuestos, se cruzan, entrechocan y se traban, se necesita una fuerza que los ponga de nuevo en su sitio. Tal fuerza no puede residir en uno de los resortes en particular, porque se serviría de ella para destruir a los demás. Es preciso que esté situada fuera y que sea, en alguna medida, neutral, a fin de que su acción se aplique en cuantos puntos se requiera y lo haga con un criterio preservador, reparador, no hostil (...) de ahí los excesos del Parlamento, los de las Asambleas Populares en las Repúblicas de Italia o los de la Convención durante algunas de sus etapas... Cuando esa misma suma de autoridad se ha reunido en el poder ejecutivo, ha habido despotismo. La usurpación a que dio lugar la dictadura en Roma.”¹²

Cesar Landa habla de una relación entre derecho y política, y se refiere a este tema en cuanto a la colisión de poderes. Al respecto, denota que este choque de trenes es parte de la democracia misma, en donde un elemento esencial son los pesos y contra pesos, la dicción y la contradicción. Se ha evidenciado que estas colisiones aunque normales, solo llegan a ser buenas en la medida de que exista una democracia fuerte; en aquellos Estados donde la democracia no tiene tanta estabilidad, estos choques configuran un peligro inminente a la ya precaria estabilidad del mismo.

Constant entendía que, de acuerdo con la teoría de la separación de poderes, “los [tres] poderes políticos [...] el ejecutivo, el legislativo y judicial son tres resortes que deben cooperar cada uno por su parte al movimiento general del cuerpo constitucional”, el árbitro que integra el poder neutral debe ser pues para Constant un poder constitucional que no condena o encarcela, sino que limita el funcionamiento arbitrario de los demás poderes para salvaguardar las garantías constitucionales. Dicho fin de un poder moderador y regulador se logra dejando esta función a cargo de un cuerpo individual o colectivo que tiene como ventaja poner límites a sus atribuciones respectivas, de allí que el interés primordial del poder

¹² CONSTANT, Benjamin. “Principios de política aplicables a todos los gobiernos

representativos”. Comentarios al Acta adicional a las constituciones del Imperio del 22 de abril de 1815.

moderador es tender al equilibrio constitucional de los poderes.

Es pues la neutralidad una característica fundamental de dicho poder moderador o neutral lo que lo coloca “por encima de las turbulencias humanas, [al mismo tiempo que se ubicaba] en el seno mismo de los disentimientos, sin los cuales ninguna libertad es posible, [y constituir] una esfera inviolable de seguridad, de majestad, de imparcialidad que permite el despliegue de esos disentimientos sin ningún peligro siempre que no excedan ciertos límites, y que, cuando aquel se perfila, le pon[e] término por medios legales, constitucionales y no arbitrarios”¹³.

Los límites primordiales de dicho poder en la primera y segunda versión de los pronunciamientos de Constant radican esencialmente en que este a pesar de ostenta una función de supremacía sus pronunciamientos no pueden en ninguna medida exceder las garantías y derechos constitucionales en el entendido que son estas las que debe proteger y las que legitiman su accionar dentro de la estructura de los Estados:

Por lo anterior, se infiere que las sentencias proferidas por la Corte Constitucional en Colombia, en miras a satisfacer los fines del tipo de Estado colombiano deben tener carácter vinculante frente a los órganos de poder, incluyendo los poderes clásicos de Montesquieu, si a estos

se les ha exhortado previamente a hacer lo que les compete, y estos no lo hubiesen hecho; ya que la Corte Constitucional como veedora de la salvaguarda e interpretación de la Constitución y por ende del tipo mismo de Estado, es la idónea encargada para regular el funcionamiento de los demás poderes, ya que en sí mismos no se regulan (Poder Neutral de Benjamin Constant)¹⁴.

¿Cuál es el campo de esta propuesta – Pierre Bordieu–, o cuáles son los límites y parámetros de aplicabilidad de esta teoría?

Hay que entender con lo anteriormente expuesto que la Corte Constitucional en su función de poder neutral no toma las decisiones o suple las funciones de las otras instituciones, “pero es un órgano que tiene competencias bastante activas para moderar, frenar y calmar las decisiones tomadas por los otros.”¹⁵ la corte vería supeditado su accionar a los límites constitucionales que la Carta Política establezca, la interpretación y pronunciamientos en materia de omisiones legislativas.

En el claro entendido que:

“Hay una notable diferencia técnica entre los preceptos de la Constitución que prohíben cierto contenido y los que prescriben un determinado contenido en relación con leyes futuras.

¹⁴ *Ibíd.*

¹⁵ Zbigniew Witkowski, *Prezydent Republiki w systemie ustrojowym współczesnych Włoch*, Wydawnictwo UMK, Toruń, 1991, p. 58.

¹³ *Ibíd.*, pp. 34-35.

Por regla general, los primeros tienen efectos jurídicos, no así los segundos. Si el órgano legislativo expide una ley cuyos contenidos están prohibidos por la Constitución, se producen todas las consecuencias que de acuerdo con la Constitución van enlazadas a una ley inconstitucional. Sin embargo, si el órgano legislativo deja simplemente de expedir la ley prescrita por la Constitución, resulta prácticamente imposible enlazar a esa omisión consecuencias jurídicas¹⁶.

En este sentido la Corte, como facultada legítimamente para moverse en ese caso específico y regular la materia conforme a la carta política fundante del Estado y sus directrices, no tendría un accionar permanente donde entre a suplir las funciones del legislativo, solo entraría a proteger los derechos conculcados con dichas omisiones, cuando se presente conflicto, es decir, cuando aún con el exhorto realizado por la Corte el poder legislativo en cabeza del Congreso no toma las medidas necesarias y no ejerce sus funciones, causando un peligro inminente, o un daño grave a la sociedad, que puede eventualmente hacerse más gravoso en la medida que no se regule la materia.

¹⁶ Miguel Carbonell cita de un párrafo de la *Teoría General del Derecho y del Estado*, trad. de Eduardo García Maynez. México: UNAM, 1988 (4a. reimpr), p. 310. En: CARBONELL, Miguel. "Presentación la inconstitucionalidad por omisión y los retos del Estado constitucional". Disponible en internet: www.bibliojuridica.org/libros/2/544/2.pdf

EJEMPLO DE LA APLICABILIDAD DE LO PROPUESTO, LAS OMISIONES LEGISLATIVAS ABSOLUTAS COMO DESARROLLO DEL TEMA EN UN CASO CONCRETO

¿El Pronunciamiento de un Tribunal respecto de una Omisión Legislativa Absoluta representa un exceso en la competencia o por el contrario resulta en ocasiones necesario en aras de una seguridad y confianza Jurídico-Constitucional?

La discusión en torno al Estado Social y Democrático de Derecho cada vez ha tomado más matices y perspectivas frente a su contenido, son diversas las opiniones que se encuentran sobre su efecto en el ordenamiento jurídico y sobre su proyección alrededor de la Constitución del 91; Así pues, dentro de este novísimo modelo constitucional se han esbozado fórmulas y cláusulas con el ideal de materializar la protección de los Derechos constitucionales, por lo que la Corte Constitucional máximo intérprete constitucional por mandato del pueblo ha desarrollado a través de la jurisprudencia los alcances y limitaciones de cada una de ellas; Bajo ese orden de ideas al expedirse una ley como atribución del poder legislativo es comprensible que esta no puede contrariar la Ley Suprema, porque ello podría traducirse en inestabilidad e inseguridad jurídica, que es precisamente lo que se intenta evitar dentro de este modelo de Estado.

¿Pueden aplicarse sentencias exhortativas a ambas modalidades de omisión en el contexto colombiano, o se presenta algún tipo de tensión, que impide su plena ejecución?

En un principio se podría afirmar que en relación con los fallos constitucionales, de manera reiterada, pero en especial en la sentencia C-073 de 2003 con ponencia del profesor Carlos Gaviria Díaz, se ha dicho que en Colombia solo es posible hablar de omisiones legislativas relativas, porque la Corte no puede fiscalizar sobre una norma inexistente que no ha sido creada por el legislador, por otro lado en la sentencia C- 073 de 1996 con ponencia del Magistrado José Gregorio Hernández se ha declarado que en el dado caso de entablarse una acción de inconstitucionalidad, esta misma no puede entablarse en contra de una norma jurídica por lo que en ella no se expresa, sino por el contrario solo cabe lugar respecto del contenido normativo de la disposición acusada.

Entonces queda claro que en nuestro país sólo es admisible en dado caso respecto de una norma ya expedida, por lo que la Corte por medio de una sentencia exhortativa conmina al congreso a que subsane aquel vacío so pena de regular por medio de una sentencia sustitutiva o integradora el precepto omitido. El eje medular de esta discusión se centra en la existencia de un contenido normativo como presupuesto de una omisión legislativa, producto de ello es la línea jurisprudencial. Pero si existen ordenamientos

como el mexicano o incluso el ecuatoriano que si permiten el ejercicio de la regulación por parte de los tribunales constitucionales en una omisión legislativa absoluta, ¿por qué Colombia se concentra en la postura única y exclusivamente de una omisión relativa?

El principal argumento de ello se exterioriza en las circunstancias en que el tribunal constitucional como garante de la Constitución no puede extralimitarse de sus funciones, sino solamente dentro del espectro de sus competencias.

¿Pero cuáles son los fines y competencias axiológicas de los tribunales constitucionales?

No debe ser extraño el evento que aunque la Corte se ha hecho ajena a la omisión legislativa absoluta, argumentando que no puede entrar a configurar lo que por iniciativa el legislador ha silenciado, de permanecer vigente ese vacío jurídico se podría generar cierto tipo de perjuicios al colectivo, manteniéndose dicha fisura por la sencilla razón que la Corte Constitucional es incompetente para pronunciarse en tales eventos. Aunque en fallos la Corte se ha declarado inhibida sobre este asunto, lo ideal es calcular una fórmula que sea viable constitucionalmente, para que la Corte pueda tener capacidad de emitir veredictos de esta índole.

El profesor Juan Luis Requejo Pages en lo que corresponde a esta circunstancia ha dicho que para que un tribunal se pueda pronunciar sobre una

omisión legislativa absoluta, la Constitución debe permitir la auto aplicación de sus normas propias, cuestión que es interesante ya que ello implicaría una reforma constitucional que permitiera dicha aplicación en una ampliación de las competencias que la Constitución ha atribuido a la Corte Constitucional. Por otro lado es de imperiosa trascendencia hacer un estudio al arquetipo alemán, español e italiano que en asuntos de gran importancia a través de sentencias hito han fallado en relación a las omisiones legislativas absolutas.

Pues bien en un primer aspecto encontramos el reconocido veredicto del 29 de enero de 1969, en el cual el Tribunal Federal de Alemania (Bundesverfassungsgericht) a través de un recurso de amparo (*Verfassungsbeschwerde*) se pronunció sobre la decisión de un tribunal de Kiel, quien dio preponderancia a cierto tipo de disposiciones preconstitucionales en el Código Civil, bajo las cuales se presentaba una eminente y acentuada vulneración al concepto de igualdad a los hijos habidos fuera del matrimonio respecto de los hijos matrimoniales; principio rector de la Constitución (*Grundgesetz*) contemplado en su artículo 6.5, lo cual era una coyuntura en ese entonces pendiente de desarrollo.

Sin embargo el Tribunal Constitucional Federal alemán en vista de la notable demora del legislador y suponiendo que había transcurrido un plazo más que razonable (20 años en este caso) para que el legislador subsanara tal

omisión, y en vista de que no lo hizo (aun así el legislador habiendo dictado normas al respecto pero de mínima trascendencia e impacto), procedió a exponer que los tribunales y jueces podrían entrar directamente a tomar decisiones con miras a la equidad y protección de los derechos.

Por otra parte el Tribunal Constitucional de España en la polémica sentencia STC 31/1994, en un glorioso veredicto daba reconocimiento al derecho a la libertad de expresión y comunicación, consagrados en el inciso a y d, del artículo 20.1 de la Constitución Nacional, por lo cual el Tribunal manifestó: “Lo que no puede el legislador es diferir «sine die», más allá de todo tiempo razonable y sin que existan razones que justifiquen la demora, la regulación de una actividad, como es en este caso la gestión indirecta de la televisión local por cable, que afecta directamente al ejercicio de un derecho fundamental”; lo que ponía de presente una injerencia y decisión respecto de una destacada omisión legislativa absoluta.

Ahora bien, y en una crítica a la Jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana, vale la pena hacer un parangón con la clara y acertada distinción que de las omisiones legislativas se hace en el modelo constitucional Mexicano, en el que al hacer alusión a las Omisiones Legislativas Absolutas las clasifica en aquellas con competencia de carácter obligatorio y con carácter potestativo, siendo las primeras cuando hay un mandato

constitucional al legislador de desarrollar determinada materia, y en efecto no lo ha hecho, y las segundas cuando el legislador decide no intervenir, porque no hay alguna obligación que se lo imponga.

Para ilustrar, Condorcet pensaba que como el pueblo era el verdadero soberano, la Constitución no podría permanecer rígida frente a las nuevas dinámicas de futuras generaciones, por lo que el contenido constitucional (en cuanto a la norma, no al texto normativo) deberá variar de acuerdo al contexto; todo esto, porque sencillamente se podría dilucidar que cuando se habla de omisiones legislativas absolutas de carácter potestativo, se estaría dejando una disposición abierta para aquellas situaciones posteriores que ante la aparición de nuevos derechos constitucionales, todos pudiesen tener la cobertura necesaria que hasta la fecha no fue contemplada por el legislador.

Tribunales como el español y el alemán, en manifiestas ocasiones y como resultado de la negligencia del legislador han tenido en aras de la estabilidad jurídica y el equilibrio en la administración de justicia que emitir fallos que aunque puedan generar tropezones funcionales, era menester hacerlo, ello porque más allá de ese impedimento, su principal función es la de la salvaguarda de la Constitución que en su columna vertebral vela por la solidez de un ordenamiento jurídico, evidenciando esto que "...esta intervención no se manifiesta sólo

como el mecanismo necesario para solucionar una disfunción, sino también, y sobre todo, como un elemento indispensable para mejorar las condiciones de comunicación entre el derecho y la sociedad"¹⁷.

Los sistemas actuales tienen la finalidad de maltratar al individuo, pero hacerlo creer que está protegido y es para su beneficio. Andrés Felipe Ortíz Suárez.

¿Pero cuál es el remedio a estas perversas finalidades del sistema?

Eduardo Couture lo vio en nosotros, colegas, y estableció que "el deber de todo abogado es luchar por el derecho; pero el día que se encuentre en conflicto el derecho con la justicia, hay que luchar por la justicia".

REFERENCIAS

ALVES DIAS DE SOUZA, Marcelo. *Do Precedente Judicial à súmula vinculante*. Curitiba: Jurú.

AVALOS DÍAZ, Sofía Verónica. Disponible en internet: <http://www.scjn.gob.mx/Transparencia/>

BERKELEY UNIVERSITY. *Common Law & Civil Law Traditions*. The Robins Collection. California: School of Law.

CONSTANT, Benjamin. "Principios de política aplicables a todos los gobiernos representativos". Comen-

¹⁷ Sentencia T-406 de 1992. M.P. Ciro Angarita Barón.

tarios al Acta adicional a las constituciones del Imperio del 22 de abril de 1815.

CREPALDI MENDES, Bianca y NOTARIO LIGERO, Gilberto. "O Modelo Constitucional de Processo Brasileiro e os Precedentes Judiciais na prestacao da Tutela Jurisdiccional no Processo Civil". *Derecho Procesal Constitucional*, Cali, Valle, 2012.

Criminal Justice. Disponible en internet: <<http://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/1546/2116>>

Derecho Procesal Constitucional. Tomo III, Volúmenes I, II Y III. Bogotá: VC Editores Ltda, 2012.

PORTO, Sérgio Gilberto. "Sobre a common law, civil law e precedente judicial". In: Marioni, Luiz Guilherme. *Estudios de direito Processual Civil*. São Paulo: : RT, 2005.

GARCÍA PELAYO, Manuel, *Derecho constitucional comparado*. Quinta edición. Madrid: Manuales de la Revista de Occidente, 1959.

Historia de la Asamblea Nacional Constituyente. Disponible en internet: <http://www.constitucioncolombia.com/historia.php>

PEREZ ESCOBAR, Jacobo. *Derecho constitucional colombiano*. Octava edición. Bogotá: Temis, 2010.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-449/92. Relatoría de la Corte Constitucional. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Sentencia T-406 de 1992. M.P. Ciro Angarita Barón.

Respecto del modelo español y de la teoría de la auto aplicación de normas constitucionales, como fórmula para poderse pronunciar respecto de omisiones legislativas absolutas. Disponible en internet: http://www.confcoconsteu.org/reports/rep-xiv/report_Spain_sp.pdf

Respecto de las omisiones legislativas absolutas en el tribunal federal alemán y tribunal constitucional español, los casos estudiados en concreto y el fallo sobre asuntos preconstitucionales que contravengan la Constitución. Disponible en internet: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-52002009000200002&script=sci_arttext

Para revisión acuciosa de los fallos citados y postura sucesiva del tribunal respecto de omisiones legislativas absolutas y relativas. Disponible en internet: <http://www.corteconstitucional.gov.co/>

Renovar el consenso democrático. Disponible en internet: <http://www.elespectador.com/impreso/politica/articulo-249056-renovar-el-consenso-democratico>