

## El control de constitucionalidad: entre aciertos y objeciones\*

*Control Of Constitutionality : Between Success And Objections*

Yennesit Palacios Valencia \*\*

Walter Valencia Jiménez \*\*\*

### Resumen

Este texto compendia algunos desacuerdos y objeciones con respecto al modelo de constitucionalismo fuerte en Colombia –control de constitucionalidad– realizado por la Corte Constitucional en el escenario de control abstracto y específico; en este caso, el objetivo es presentar algunas de las principales objeciones y debates frente al control de constitucionalidad ejercido por la Corte Constitucional Colombiana para concluir con el reconocimiento de la racionalidad de algunas decisiones consideradas aciertos en los treinta años del modelo de constitucionalismo fuerte.

**Palabras clave:** control de constitucionalidad, constitucionalismo fuerte, objeción democrática

### Abstract

This text summarizes some disagreements and objections regarding the model of strong constitutionalism in Colombia -constitutionality control- carried out by the Constitutional Court in the scenario of abstract and specific control; in this case, the objective is to present some of the main objections and debates

---

\* El presente artículo de reflexión es resultado de investigación.

\*\* Abogada, PhD en Derechos Humanos y Desarrollo de la Universidad Pablo de Olavide. Magíster en Derechos Humanos, Interculturalidad y Desarrollo de la Universidad Pablo de Olavide. Magíster en Relaciones Internacionales. Especialista en Pedagogía de los Derechos Humanos. Docente Tecnológico de Antioquia Institución Universitaria. ORCID: 0000-0003-3581-439X. Correo: yennesit.palacios@tdea.edu.co

\*\*\* Abogado, Candidato a Doctor en Derecho Privado de la Universidad de Salamanca. Magíster en Derecho. Magíster en Educación. Especialista en Derecho Administrativo. Docente de la Universidad La Gran Colombia, Sede Bogotá. ORCID: 0000-0002-0935-5583. Correo: walgerval@gmail.com. walter.valencia@ugc.edu.co

regarding the control of constitutionality exercised by the Colombian Constitutional Court to conclude with the recognition of the rationality of some decisions considered successes in the thirty years of the model of strong constitutionalism.

**Keywords:** judicial review, strong constitutionalism, democratic objection.

## 1. Introducción

¿Es aplicable la doctrina de Jeremy Waldron en el contexto colombiano? Esta y otras preguntas serán resueltas en el presente texto, en el cual, de manera sucinta, se pretende mostrar las principales objeciones al modelo de control de constitucionalidad, así como evidenciar algunos aciertos de este modelo, registrados en las decisiones de la Corte Constitucional colombiana en expedientes de tutela.

El artículo resulta necesario, dada la escasez de análisis como este en la doctrina local, que permitan examinar, en forma crítica, los planteamientos de uno de los doctrinantes más citados en el control de constitucionalidad – *judicial review* –, como lo es el profesor Waldron. De esta forma, se realiza un aporte para evitar el trasplante de doctrinas foráneas a contextos en los cuales no es útil; tal como lo afirmó en su teoría impura del derecho López Medina (2004).

En cuanto al diseño metodológico, el presente artículo contó con un enfo-

que cualitativo, desde el *método dogmático* con perspectiva de análisis ideológico, mediante el empleo de la técnica de análisis documental y, como instrumento, fue usado el fichaje bibliográfico.

En el texto se aborda un marco de referencia que compone el control de constitucionalidad. Igualmente, se plantea la diferencia entre el constitucionalismo fuerte y el constitucionalismo débil, y se presentan algunas de las principales objeciones al control de constitucionalidad. Por último, se expone la propuesta de Waldron para la Corte Constitucional colombiana. En este sentido, se resalta como resultado cuatro casos de control de constitucionalidad en expedientes de tutela, con sus respectivas objeciones.

El *objetivo* principal del presente artículo es el de identificar algunos aciertos y objeciones al modelo de constitucionalismo colombiano creado con la Constitución de 1991, con respecto a decisiones tomadas por la Corte Constitucional colombiana en expedientes de tutela.

Finalmente, se pone de manifiesto la dificultad de aplicar la propuesta de Waldron al contexto colombiano, para lo cual se invita a continuar con la lectura.

## 1.1 Problema de investigación

En 2017, el profesor Jeremy Waldron, de la Universidad de Nueva York, fue invitado a la Corte Constitucional colombiana a presentar algunas ideas sobre su conocido escepticismo sobre el control de constitucionalidad –*judicial review*– en “democracias muy estables”; así lo presentó su traductor, el magistrado Carlos Bernal Pulido (anthony223, 2017). Durante su intervención formuló algunas propuestas que resultan atractivas en el constitucionalismo colombiano, al menos para un sector de la doctrina; el formalista, o, si se quiere, el más conservador. El profesor Waldron hizo la salvedad del caso, esto es, que lo dicho era aplicable a democracias maduras, donde se garantiza, como mínimo, la regla de derecho, y una adecuada participación ciudadana en las decisiones democráticas, a través de sus representantes en el Congreso.

De esta manera, para un sector de la doctrina local, la teoría de Waldron resulta perfectamente aplicable al contexto colombiano; sin embargo, se debe recordar que el profesor de

la Universidad de Nueva York escribe para otros contextos, tal como afirma Gargarella (2006):

El autor parece tener una perspectiva, o bien parroquial de las constituciones (centrada en la de los Estados Unidos, que casi no impone deberes al Estado) o bien anacrónica, pues las cartas de muchos países están hoy infladas por la inclusión de deberes estatales: intente el lector decir a un indio, un sudafricano o un colombiano que su constitución es puramente libertaria.

Por cierto, en el contexto colombiano, al menos algunos de los planteamientos de Waldron resultan perfectos para afianzar la postura formalista que ha venido criticando la labor de la Corte Constitucional como intérprete legítima de la Constitución, aduciendo que sus decisiones están en contra de las mayorías. Lo anterior no resulta del todo cierto, si se entiende cuál ha sido la cultura jurídica colombiana, y cuál ha sido el papel que ha desempeñado la Corte Constitucional colombiana en la garantía de derechos de las poblaciones menos favorecidas.

Por tal razón, es necesario desarrollar un trabajo que permita identificar la conveniencia de la aplicación de las tesis de Waldron en el contexto colombiano, para lo cual cabe formular este

interrogante: ¿cuáles son los principales aciertos y objeciones presentadas por la doctrina y la jurisprudencia al modelo de control de constitucionalidad colombiano? Este cuestionamiento se abordará desde el control ejercido por la Corte en expedientes de tutela, dado que, en el control abstracto, no se registran mayores desacuerdos en la doctrina local.

## 1.2 Objetivos

En el presente texto se ha trazado como objetivo principal identificar algunos aciertos y objeciones al modelo de constitucionalismo colombiano creado con la Constitución de 1991, con respecto a decisiones tomadas por la Corte Constitucional colombiana en expedientes de tutela. Asimismo, se busca poner de manifiesto el actual debate sobre el control de constitucionalidad y su importancia en el constitucionalismo contemporáneo.

## 2. Marco de referencia

### 2.1 Control de constitucionalidad

El control de constitucionalidad o *judicial review* es entendido por la doctrina comparada (Merriam y Grossman, 2015) como la capacidad y autoridad institucional de los tribunales de

justicia para revisar la validez de las medidas adoptadas por los tribunales inferiores y coordinar las ramas del poder público. En el contexto colombiano, este control no es nuevo; ya el Acto Legislativo 03 de 1910, que reforma la Constitución de 1886, declaraba: “En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la Ley, se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales”. A su vez, Sanín Greiffenstein afirmaba de antaño: “se instituyó así la inconstitucionalidad de la ley como medio exceptivo que puede ser invocado cuando, en un procedimiento judicial o administrativo, se pretenda resolver aplicando una disposición viciada” (1971).

En el citado Acto, se crea el control por vía de acción (artículo 41):

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 confieren esta y las leyes, tendrá la siguiente:

Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los actos legislativos que hayan sido objetados como inconstitucionales por el Gobierno, o sobre todas las leyes o decretos acusados ante ella por cualquier ciudadano como inconstitucionales, previa audiencia del procurador general de la Nación.

En lo concerniente a la Constitución de 1991, se puede decir que las competencias asignadas a la naciente Corte Constitucional continuaron con la propuesta de Nicolás Esguerra, creador de la doctrina, tal como afirma Sanín Greiffenstein:

Fue el doctor Nicolás Esguerra, gran jurista y demócrata sincero, quien inspiró la doctrina sobre la inexecuibilidad, consagrada en el artículo 41, en forma tan jurídica y tan precisa que bien puede compararse con los textos civiles de don Andrés Bello o con los constitucionales de don Miguel Antonio Caro. (1971)

Dicho de otra manera, la Constitución de 1991 replica, en gran medida, la redacción creada por Esguerra en la reforma de 1910; léase el 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” (Constitución Política de 1991, s. f.).

## 2.2 Del constitucionalismo débil al constitucionalismo fuerte

Por lo que atañe al constitucionalismo moderno, vale la pena resaltar algunas tipologías hasta el momento bien difundidas (Comanducci, 2002)

pero también criticadas (Alvear Téllez, 2012). Es el caso de la ya tradicional distinción entre constitucionalismo con control judicial fuerte –*strong constitutionalism*– y constitucionalismo débil o con control judicial débil.

Para comenzar, los autores resaltan del constitucionalismo fuerte el poseer una corte guardadora o fideicomisaria de la Constitución:

Los tribunales tienen la autoridad para negarse a aplicar una ley en un caso particular (a pesar de que la ley sea claramente aplicable al caso) o para modificar los efectos de esa ley, de modo de volver su aplicación conforme con derechos individuales (en un modo en que la ley misma no prevé). Además, los tribunales, en estos sistemas, tienen la autoridad de establecer que una ley o disposición legislativa dada no sea aplicada, lo que la convierte, de hecho, en letra muerta. Una forma aún más fuerte de control judicial otorga poder a las cortes para suprimir directamente una parte de la legislación del cuerpo legislativo. (Alterio, 2014)

Por otro lado, en el constitucionalismo débil es común encontrar una corte a la que se le asignan funciones de control; sin embargo, la posibilidad de configurar acuerdos exige de grandes consensos en la misma corte. Un

ejemplo de ello puede evidenciarse con la Sentencia 138 de 1990, en la cual la Corte Suprema de Justicia, a través del voto de 26 magistrados, define por mayoría simple el cambio constitucional. Con respecto al constitucionalismo débil, Comanducci señala lo siguiente:

Es la ideología que requiere una constitución solamente para limitar el poder existente, sin prever una específica defensa de los derechos fundamentales. El constitucionalismo fuerte (o liberal) es la ideología que requiere una constitución para garantizar los derechos y las libertades fundamentales frente al poder estatal. (2002)

Por su parte, Bayón (2010) distingue por constitucionalismo débil “el modelo de supremacía parlamentaria incondicionada (eso que se ha dado en llamar “Estado legislativo de derecho”, o “modelo de Westminster” (p. 351); además, identifica una tercera posibilidad para distinguir el constitucionalismo débil, que consiste en reservar la “última palabra” a la mayoría parlamentaria ordinaria (2010).

Así las cosas, la fundada (Alterio, 2014; Bayón, 2010; Comanducci, 2002) o artificiosa distinción (Alvear Téllez, 2012) entre constitucionalismo fuerte y débil es útil para identificar el tipo de discurso predominante en el sistema jurídico; en el caso colombiano, un

control de constitucionalidad fuerte desde la entrada en vigor de la Constitución de 1991.

## 2.3 Principales objeciones al control de constitucionalidad

A propósito de las principales objeciones presentadas al modelo de control de constitucionalidad, vale la pena diferenciar, al menos, dos tipos de control. En primer lugar, el control realizado a la actividad del legislador o a las leyes, del cual se conocen la mayor parte de las críticas, y, en segundo lugar, el control de constitucionalidad de las distintas actividades tanto del Estado como de los particulares, que transgreden derechos fundamentales, y de las cuales se pretende aplicar las mismas objeciones que al primero de los controles.

Las objeciones presentadas por la mayoría de los autores al modelo de control de constitucionalidad de los actos del legislador no resultan aplicables, al menos en todos los casos, al control realizado en casos concretos de transgresión de derechos fundamentales; esto es, no se ha cuestionado la legitimidad de los magistrados para remediar situaciones, en su mayoría de desigualdades históricas frente a grupos históricamente discriminados. De hecho, se expondrán las objeciones

realizadas al modelo de control de constitucionalidad presentado por distintos autores, y se discutirá si son o no aplicables al control en sede de tutela para el caso colombiano.

Para comenzar, vale la pena resaltar cómo, ya desde 1893, James Thayer propuso reducir o eliminar la capacidad para revisar judicialmente las leyes; sugirió que la inconstitucionalidad sólo debiera ser procedente si el legislador hubiera incurrido en un error que no dejara lugar a dudas. Nótese cómo el autor propone el mayor estándar para el ejercicio del control por parte de los magistrados, esto es, *error claro que no deje lugar a dudas*.

Por otra parte, Bickel (1986) presentó lo que autores como Verdugo han catalogado como la dificultad contra mayoritaria, debido a que la revisión judicial de las leyes invalida decisiones adoptadas por órganos representativos de las mayorías políticas: “Para Bickel, los jueces no electos, que sirven inamovible y vitaliciamente, no le rinden cuentas al pueblo, como sí lo hacen los representantes electos mediante procesos democráticos periódicos, lo que altera la primacía de la regla de mayorías” (Verdugo, 2013). El argumento presentado por Bickel se ha convertido en el argumento estándar al control de constitucionalidad de las leyes, aunque autores como Waldron (2019) afirmen presentar una variación.

Posteriormente, Dahl (2003), al centrar su atención en el análisis ético de la Constitución norteamericana, identifica, a juicio de Silva Abelenda, lo siguiente:

Los obstáculos que el autor reconoce para alcanzar este objetivo [análisis ético de la constitución] están relacionados con el cruce entre la distorsión institucional y la sacralización moral de la ciudadanía al sistema constitucional, en general, y a la figura presidencial, en particular, las que aumentan el mal funcionamiento y constituyen dos trabas para aspirar a cualquier reforma.

El centro de sus críticas gira en torno a la representación desigual en el Senado. La tensión entre la necesidad y el derecho de obtener sobrerrepresentación por parte de los Estados pequeños en la constitución original fue utilizada para aumentar los privilegios de grupos geográficamente minoritarios, que, actualmente, se definen como verdaderos actores de veto dentro de la arena parlamentaria. (2004)

La principal crítica presentada por Dahl al modelo de control de constitucionalidad consiste en que ese control implica que los jueces están capacitados para crear reglas sustentadas

en sus convicciones personales<sup>1</sup>. En esta misma línea escribe Raz: “¿qué es lo que la moral requiere a los jueces al decidir casos mediante la ayuda de medios interpretativos?, ¿qué y cómo deben ellos interpretar?” (1997, p. 232); esto para decir si los jueces son o no adecuados razonadores morales.

Entretanto, Kramer (2006) inaugura lo que Gargarella (2006) llamó “constitucionalismo popular”, entendido de la siguiente manera:

La visión conforme a la cual “quienes gobiernan tienen la obligación de hacer lo mejor para interpretar la Constitución mientras llevan adelante sus tareas de gobierno cotidianas, pero donde su interpretación no resulta autoritativa, sino que se encuentra sujeta a la directa supervisión y corrección por parte del mismo pueblo, entendido este como un cuerpo colectivo capaz de actuar y expresarse independientemente. (2006)

Por su lado, Mark Tushnet defiende un “populismo constitucional” cuyo principal objetivo, como lo advierte Gargarella (2006) es “quitar la Constitución de las manos de los tribunales” (p.2). Tushnet entiende por “populismo”

el derecho a realizar los principios de la declaración de independencia y del preámbulo de la Constitución (Tushnet, 1999); en palabras de Gargarella, “es un derecho comprometido con un principio de derechos humanos universales, justificable por medio de la razón, y al servicio del autogobierno” (2006).

Sin ir más lejos, Waldron ha sido tal vez uno de los más aguerridos opositores al control constitucional de las leyes (2019), aunque, desde su multicitado artículo *The Core of the Case Against Judicial Review* (2006), ha venido, si se quiere, morigerando su discurso, pero continúa, como afirman Kaufman y Runnels, sosteniendo que los tribunales, en una sociedad democrática, no pueden reclamar legítimamente la autoridad de la Constitución para derogar la legislación promulgada por una legislatura elegida democráticamente; con el argumento de que el legislador viola derechos (Kaufman y Runnels, 2016).

Aún más, vale la pena señalar que, para Kaufman y Runnels, el *The Core of the Case* de Waldron es, en realidad, un *case* contra la protección de derechos (2016, p. 166.). En lo concerniente al texto de Waldron, se pueden resaltar dos ideas: la primera, no hay ninguna razón para suponer que los derechos están mejor protegidos por el control de constitucionalidad que en legislaturas democráticas y, la segunda, que la

<sup>1</sup> Tal como afirma Verdugo (2013), al evocar a Dahl, “la justicia constitucional es sinónimo de legislación nueva creada judicialmente, lo que él [Dahl] rechaza firmemente”.

revisión judicial es democráticamente ilegítima.

Por consiguiente, los autores consideran necesario resaltar cuatro presupuestos presentados por este mismo autor:

- a. La existencia de instituciones democráticas saludables que funcionan razonablemente bien.
- b. Jueces independientes que trabajen razonablemente, proporcionando respuestas jurídicas a demandas individuales y aplicando el derecho (*rule of law*).
- c. La existencia de un fuerte compromiso con los derechos individuales y con la protección de las minorías.
- d. La existencia de desacuerdos generales en la sociedad respecto de materias importantes.

Finalmente, se debe destacar la visita que realizó el profesor Waldron, en 2017, a la Corte Constitucional colombiana, donde, haciendo las aclaraciones del caso (anthony223, 2017), propone algunas ideas que considera aplicables a Colombia. Sin embargo, a juicio de los autores, no son útiles en el contexto colombiano, dada la tradición y realidad jurídica nacional; no se puede olvidar que, como lo expresó Darío Echandía, “este es un país de cafres” (Fajardo, 2016).

En cuanto a la propuesta de Waldron, se quieren resaltar dos de las ideas que más llaman la atención: I. La cualificación de las decisiones importantes y II. Evitar la demonización.

## 2.4 Jeremy Waldron en Colombia

En relación con la propuesta de Waldron en la Corte Constitucional colombiana, vale la pena destacar que el profesor de la universidad de New York inicia reconociendo el valor de la Corte en el sistema colombiano, y aplaude las razones para sentirse orgulloso de ella. En el texto se resalta lo siguiente:

César Gaviria, presidente liberal, en un discurso ante la Asamblea Constituyente:

Lo que se requiere es darles poder a los ciudadanos, y crear mecanismos para que ellos lo ejerzan de forma específica y ordenada, mediante canales institucionales, en cualquier momento y lugar.

Eso es, precisamente, lo que se logra con una carta de derechos y derechos como los que estamos sometiendo a examen de la Asamblea: darles el poder a los ciudadanos comunes para que, cuando sean tratados de manera arbitra-

ria, puedan tener alternativas a la agresión, la protesta violenta o la resignación sumisa y alienante. Lo que proponemos, y lo que es apropiado en una democracia, es que los ciudadanos puedan acudir a los jueces, [...] ante la jurisdicción constitucional encabezada por la Corte Constitucional. (Waldron, 2018, p. 21)

### 2.4.1 La cualificación de las decisiones importantes

En lo relativo a la cualificación de las decisiones importantes, Waldron reitera su argumento fundamental sobre la dificultad democrática, e insiste en que los jueces no están legitimados para tomar decisiones en contra del legislador; por tal motivo, las decisiones importantes deberían ser tomadas por la mayoría de los jueces, esto es, en el caso colombiano, de siete votos contra dos, y no de cinco contra cuatro, como se toman actualmente. A juicio de Waldron, así se menguaría el poder que poseen los jueces sobre el parlamento y se aplicaría el tradicional criterio de “más allá de toda duda razonable”, de David Watson.

¿Es posible decir que una ley viola claramente la Constitución cuando cinco magistrados así lo declaran, y cuatro, con igual énfasis, declaran que evidentemente no es así? Toda

duda debe ser resuelta a favor de la constitucionalidad de la ley, y la Corte debe tener certeza al concluir que una ley es inconstitucional. Sin embargo, ¿puede materializarse esta condición de certeza cuando cuatro de los magistrados son igualmente sinceros, enfáticos y persistentes, y están igualmente convencidos en su posición de que la ley es claramente constitucional? (Waldron, 2018, p. 25)

La antigua valoración realizada por Thayer (1893) era similar; la inconstitucionalidad sólo debiera ser procedente si el legislador ha incurrido en un claro error que no deje lugar a dudas. Para Waldron, las dudas se ven reflejadas en los desacuerdos entre los magistrados.

### 2.4.2 Evitar la demonización

En sistemas constitucionales consolidados o saludables no se debería demonizar al perdedor (Waldron, 2018); dado que, por lo regular, en los constitucionalismos fuertes se tiende a la judicialización de asuntos políticos para enriquecer el debate en las cortes, se debería respetar la postura del perdedor, esto es, quien fue derrotado por mayorías; de tal forma que quien fue derrotado lo fue por falta de representatividad; es así como se debe estimar, como un desacuerdo

razonable. El anterior planteamiento puede interpretarse como una posibilidad de dejar los debates abiertos a nuevas configuraciones de las cortes, o sea, es un argumento en contra de la cosa juzgada constitucional.

### 3. Método

El presente trabajo fue desarrollado con un enfoque cualitativo propio de las ciencias sociales, cuyo interés se enmarca en la clasificación realizada por Habermas en ciencias histórico-hermenéuticas (Habermas y Husserl, 1997). Asimismo, se usó el método dogmático, desde la perspectiva de análisis ideológico (Courtis, 2010), dado que se pretendió develar algunas ideologías que sustentan los planteamientos teóricos analizados; por otra parte, la técnica utilizada fue el análisis documental (Jurado Rojas, 2005). Finalmente, se empleó como instrumento el fichaje bibliográfico; todo ello con el objeto de reivindicar de alguna forma los estudios dogmáticos, que, por estos días, han perdido protagonismo para dar paso a la investigación sociojurídica (Courtis, 2010).

### 4. Resultados

Una vez realizado el estudio propuesto, se encontraron algunas decisiones que, en forma anecdótica, muestran

la importancia y protagonismo de la Corte Constitucional colombiana en la construcción de derechos de las poblaciones históricamente excluidas; dejando de lado el control de constitucionalidad de los actos del legislador, escenario donde se hallaron la mayor parte de las objeciones.

Por otro lado, vale la pena resaltar también lo que un sector de la doctrina (López Medina, 2016) ha mostrado como aciertos de la Corte Constitucional:

#### 4.1 Tutela para protección del derecho a la paz y la tranquilidad

*T-102-93. Corte Constitucional de Colombia*

*T-226-95. Corte Constitucional de Colombia*

##### 4.1.1 Objeciones

La principal objeción ha sido presentada por la misma Corte Constitucional, cuya interpretación minimalista del derecho a la paz le permitió afirmar: “si bien el derecho a la paz ocupa un lugar trascendental en el ordenamiento constitucional colombiano, puesto que es de obligatorio cumplimiento, no es, en sentido estricto, un derecho funda-

mental, por lo cual no tiene reserva de ley estatutaria.” (Corte Constitucional, 1995). Además, la propia Corte ha considerado lo siguiente:

La acción de tutela resulta improcedente para la protección de la paz e intimidad en el ámbito familiar, comoquiera que la Ley 294 de 1996 prevé un mecanismo judicial especial, expedito e idóneo para la protección estos derechos.

La Corte también ha indicado que, aun cuando existen circunstancias excepcionales en las que la acción de tutela puede proceder como mecanismo transitorio para la protección de estos derechos, el juez debe examinar, en cada caso, cuál es el mecanismo judicial más idóneo para la protección de los derechos de quien es víctima de violencia intrafamiliar. (Corte Constitucional, 2002)

## 4.2 Tutela para la protección de derechos colectivos

208

*SU1116-01. Corte Constitucional de Colombia*

*T-099-16. Corte Constitucional de Colombia*

### 4.2.1 Objeciones

La principal objeción radica en que la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia no es el mecanismo idóneo, toda vez que los derechos colectivos cuentan con sus propios mecanismos judiciales; no obstante, procede de manera excepcional bajo las siguientes exigencias:

- 1.) Debe existir una conexidad entre la vulneración del derecho colectivo y la violación o amenaza a un derecho fundamental, y es necesario que este perjuicio a la norma constitucional perturbe el interés colectivo de manera directa e inmediata.
- 2.) El peticionario debe ser la persona directamente afectada en su derecho fundamental, puesto que la acción de tutela es de naturaleza subjetiva.
- 3.) La vulneración o la amenaza del derecho de rango constitucional debe estar expresamente probada dentro del expediente.
- 4.) La orden judicial debe buscar el restablecimiento del derecho fundamental afectado, y no del colectivo, pese a que, con su decisión, resulte protegido.

### 4.3 Tutela para reconocer a un ente como sujeto de derechos

como consecuencia de los derechos morales preexistentes de sus habitantes. (Corte Constitucional, 2020)

*T-622-16 Corte Constitucional de Colombia*

#### 4.3.1 Objeciones

Una de las objeciones más concurrente se puede resumir en el análisis hecho por la propia Corte Constitucional, en la Sentencia SU016 de 2020, al enfatizar citando a una de las intervinientes:

*Así, “mientras que, jurídicamente, un río puede tener derechos, siempre que las instituciones competentes se los concedan, en filosofía no se acepta la idea de que un río pueda tener derechos. Filosóficamente, es normal hablar de los derechos de un animal, pero no de un río. Un río carece de subjetividad y no tiene un bien ni una vida que pueda ir mejor o peor”<sup>2</sup>. Para la interviniente resulta extraño que un país reconozca los derechos de la cuenca de un río, pero no de sus habitantes, pues, al analizarlo desde la filosofía, ello sólo tiene sentido si se entiende que es una forma abreviada de referirse a los sujetos que viven allí, es decir, sólo si se acepta que los colombianos tienen derechos, podría entenderse que un bosque o la cuenca de un río tenga derechos,*

### 4.4 Tutela contra (ECI) Estado de Cosas Inconstitucional

*T-153-98. Corte Constitucional de Colombia*

*T-068-98. Corte Constitucional de Colombia*

*SU250-98. Corte Constitucional de Colombia*

*T-388-13. Corte Constitucional de Colombia*

*T-762-15. Corte Constitucional de Colombia*

*T-025-04. Corte Constitucional de Colombia*

*T-302-17. Corte Constitucional de Colombia*

#### 4.4.1 Objeciones

En los casos de declaración de estado de cosas inconstitucionales, aparece como principal objeción aquella mediante la cual los jueces no son llamados a garantizar el diseño de la política pública o, lo que es lo mis-

<sup>2</sup> Folio 877, cuaderno de revisión.

mo, exigirle al ejecutivo que lo haga. En este orden, los jueces no están llamados a exigir el diseño de una política pública específica, como es el caso de las enunciadas sentencias; debe limitarse a remediar el derecho fundamental a exigir.

Por otro lado, en algunas de las decisiones citadas, las personas que solicitan el amparo constitucional no reciben ese remedio, sino que, por el contrario, deben esperar a que el legislador y el ejecutivo mejoren sus condiciones; tal es el caso de las personas privadas de su libertad, a quienes, paradójicamente, les toca esperar a que el ejecutivo mejore las instalaciones penitenciarias y carcelarias.

#### 4.5 Tutela como estrategia para la construcción de los derechos

##### *SU214-16. Corte Constitucional de Colombia*

##### 4.5.1 Objeciones

La principal objeción a esta estrategia, catalogada por algunos como “activismo judicial” (Quijano y Caballero, s. f.; Russi, 2019), es, precisamente, que el foro adecuado para la construcción de los derechos por excelencia

es el escenario representativo, esto es, el Congreso de la República, y no un puñado de jueces que no pueden apartarse de sus convicciones morales (ver salvamentos de voto Sentencia SU214 de 2016).

## 5. Conclusiones

Una de las principales conclusiones a la que se ha llegado en este trabajo es considerar la tutela como “la caja de Pandora del constitucionalismo colombiano”, en alusión a la mitología griega (Jünger, 2014), donde, precisamente, la hermosa Pandora abre el cofre del que salen todos los males conocidos, del cual, sin embargo, sale también la esperanza. Del mismo modo, con la acción de tutela se podría decir que surgen un sin número de objeciones válidas (ya enunciadas), pero que, sin duda, un gran número de la población más vulnerable deposita toda su esperanza de satisfacer sus derechos en la tutela.

Por otro lado, respecto a la aplicación de la doctrina de Waldron, se debe tomar en consideración, en primer lugar, el público al que está dirigida, esto es, el constitucionalismo norteamericano, en el cual los jueces de la Suprema Corte son postulados de manera exclusiva por el presidente; mientras que, en el modelo constitucional colombiano, los magistrados de

la Corte Constitucional son postulados, tres por parte de la Corte Suprema de Justicia, tres por parte del Consejo de Estado y tres por parte del presidente. Esto quiere decir que, si cualificadas las decisiones importantes, como lo propone el autor, se presentara, en la práctica, un derecho de veto por parte de aquellos magistrados postulados por el ejecutivo, esto, en conclusión, contribuiría a la materialización de un hiperpresidencialismo, del que tanto se ha cuidado el constituyente; como ejemplo, se puede ver el artículo 197 de la Constitución, donde, claramente, se busca limitar el poder ejecutivo, al evitar la perpetuación en el poder.

Es lógico concluir que, en la propuesta de la no demonización del perdedor, de Waldron, se presenta la posibilidad de no cerrar el debate respecto de algunos temas importantes como, por ejemplo, la dosis personal, la eutanasia, el aborto, el matrimonio de parejas del mismo sexo, entre otros; lo cual resulta un contrasentido en relación con el pacto de San José de Costa Rica, toda vez que la Corte ya ha reconocido el nacimiento de un nuevo derecho que, en ese orden, deberá garantizar la progresividad en los derechos fundamentales.

De lo anterior es preciso afirmar que no se trata sólo de la judicialización de un asunto político, sino que, más bien, se está frente a la reivindicación de un

derecho de poblaciones, por lo general, históricamente excluidas; no se puede equiparar la discusión política con la lucha por los derechos de los menos favorecidos.

En resumidas cuentas, los postulados de Waldron no resultan de aplicación en la cultura jurídica colombiana, por cuanto, de antaño, el legislador, sólo para nombrar un ejemplo, no ha sido capaz de configurar mayorías respecto a la reivindicación y reconocimiento de los derechos de la población LGTBIQ, dado que estos asuntos están sometidos a la dictadura de las mayorías; por lo cual, en un país como Colombia, con mayorías religiosas, jamás se reivindicaría un derecho de esa población.

Por último, vale la pena resaltar que el constitucionalismo fuerte no admite las críticas realizadas por Waldron, dado que el constituyente le ha asignado expresamente la competencia a la Corte para que decida si el legislador transgrede o no derechos constitucionalmente protegidos. Como consecuencia de ello, se puede afirmar que, en Colombia, a diferencia de los Estados Unidos, la legitimidad sí deriva del mandato del constituyente; por lo que no podría afirmarse la existencia de una usurpación de competencias, como se ha criticado fuertemente en el caso *Marbury vs. Madison* (Carbo-nell, 2006).

En definitiva, intentar la aplicación de la doctrina de Waldron en Colombia no es más que una jugada política de un sector del poder político colombiano que desconoce los consensos logrados en 1910 y 1991, en beneficio de sus fines políticos y aspiraciones de controlar el ejecutivo por largo tiempo.

## Referencias

- Acto Legislativo 3 de 1910. (1910, 31 de octubre). Asamblea Nacional de Colombia. <http://suin-juriscal.gov.co/viewDocument.asp?id=1825559>
- Alterio, A. M. (2014). Corrientes del constitucionalismo contemporáneo a debate. *Problema anuario de filosofía y teoría del derecho*, 8, 227-306.
- Alvear Téllez, J. (2012). *Constitucionalismo "fuerte" y "débil": Una mitología de la modernidad*.
- anthony223. (2017). *Profesor Jeremy Waldron de la Universidad de Nueva York, en la Corte Constitucional*. [https://www.youtube.com/watch?v=8l\\_WGqY-3qMA&t=1s](https://www.youtube.com/watch?v=8l_WGqY-3qMA&t=1s)
- Bayón, J. C. (2010). Democracia y derechos: Problemas del constitucionalismo. *El canon neoconstitucional*. Editorial Trotta.
- Bickel, A. M. (1986). *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. Yale University Press. /z-wcorg/.
- Carbonell, M. (2006). Marbury vs. Madison: En los orígenes de la supremacía constitucional y el control de constitucionalidad. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, 5, 289-300.
- Comanducci, P. (2002). Formas de (neo) constitucionalismo: Un análisis metateórico. *Isonomía*, 16, 89-112.
- Constitución Política de Colombia. (1991). <https://app-vlex-com.sibulgem.unilibre.edu.co/#search/jurisdiction:-CO/1991/WW/vid/42867930>
- Courtis, C. (2010). *Observar la ley: Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*. Editorial Trotta. /z-wcorg/.
- Dahl, R. A. (2003). *¿Es democrática la Constitución de los Estados Unidos?* Fondo de Cultura Económica.
- Fajardo, C. (2016). Colombia y su interminable paternalismo feudal. *Artelogie. Recherche sur les arts, le patrimoine et la littérature de l'Amérique Latine*, 9.
- Gargarella, R. (2006). El nacimiento del constitucionalismo popular. Sobre *The people Themselves*, de Larry Kramer. *Revista de libros de la Fundación Caja Madrid*, 56.
- Habermas, J. y Husserl, E. (1997). *Conocimiento e interés*. Universitat de València. /z-wcorg/.
- Jünger, F. G. (2014). *Los mitos griegos*. Herder Editorial.

- Jurado Rojas, Y. (2005). *Técnicas de investigación documental: APA, MLA y ML: manual para la elaboración de tesis, monografías, ensayos e informes académicos*. International Thomson; /z-wcorg/.
- Kaufman, A. y Runnels, M. B. (2016). The Core of an Unqualified Case for Judicial Review: A Reply to Jeremy Waldron and Contemporary Critics. *Brooklyn Law Review*, 82(1). /z-wcorg/.
- Kramer, L. (2006). *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*. Oxford Univ. Press; /z-wcorg/.
- López Medina, D. E. (2004). *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Legis.
- López Medina, D. E. (2016). *Cómo se construyen los derechos: Narrativas jurisprudenciales sobre orientación sexual*. /z-wcorg/.
- Merriam, J. y Grossman, J. B. (2015). *Judicial Review*. /z-wcorg/.
- Quijano, A. A. y Caballero, M. A. (s. f.). *Activismo judicial y derechos de los lgtb en Colombia*.
- Raz, J. (1997). *La intención en la interpretación*.
- Russi, Á. M. V. (2019). Activismo judicial en Latinoamérica: Movimientos sociales y derecho. Una aproximación. *Estudios Latinoamericanos*, 44-45, 137-152.
- Sanín Greiffenstein, J. (1971). *La defensa judicial de la Constitución*. Editorial Temis; /z-wcorg/.
- Sentencia 138\_0910. (1990). Corte Suprema de Justicia, Sala Plena E. [www.redjurista.com](http://www.redjurista.com). [https://www.redjurista.com/Documents/corte\\_suprema\\_de\\_justicia,\\_sala\\_plena\\_e.\\_no.\\_sl38\\_0910\\_de\\_1990.aspx](https://www.redjurista.com/Documents/corte_suprema_de_justicia,_sala_plena_e._no._sl38_0910_de_1990.aspx)
- Sentencia T-102-93. (1993). Corte Constitucional de Colombia. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/T-102-93.htm>
- Sentencia C-055-95. (1995). Corte Constitucional de Colombia. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-055-95.htm>
- Sentencia T-226-95. (1995). Corte Constitucional de Colombia. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/T-226-95.htm>
- Sentencia SU250-98. (1998). Corte Constitucional de Colombia. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/SU250-98.htm>
- Sentencia T-068-98. (1998). Corte Constitucional de Colombia. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-068-98.htm>
- Sentencia T-153-98. (1998). Corte Constitucional de Colombia. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>
- Sentencia SU1116-01. (2001). Corte Constitucional de Colombia. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/SU1116-01.htm>

- [corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/SU1116-01.htm](https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/SU1116-01.htm)
- Sentencia T-282-02. (2002). Corte Constitucional de Colombia. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/T-282-02.htm>
- Sentencia T-025-04. (2004). Corte Constitucional de Colombia. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>
- Sentencia T-388-13. (2013). Corte Constitucional de Colombia. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/t-388-13.htm>
- Sentencia T-762-15. (2015). Corte Constitucional de Colombia. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-762-15.htm>
- Sentencia SU214-16. (2016). Corte Constitucional de Colombia. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/su214-16.htm>
- Sentencia T-099-16. (2016). Corte Constitucional de Colombia. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-099-16.htm>
- Sentencia T-622-16. (2016). Corte Constitucional de Colombia. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-622-16.htm>
- Sentencia T-302-17. (2017). Corte Constitucional de Colombia. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/t-302-17.htm>
- Sentencia SU016-20. (2020). Corte Constitucional de Colombia. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/SU016-20.htm>
- Silva Abelenda, B. (2004). Reseña de ¿Es democrática la Constitución de los Estados Unidos? de Robert Dahl. *Revista de ciencia política (Santiago)*, 24(1), 234-236.
- Thayer, J. B. (1893). *The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*. Little Brown.
- Tushnet, M. (1999). Foreword: The New Constitutional Order and the Chastening of Constitutional Aspiration. *Harv. L. Rev.*, 113, 29.
- Verdugo, R. (2013). La discusión democrática sobre la revisión judicial de las leyes de diseño institucional y modelos constitucionales. *Revista chilena de derecho*, 40(1), 183-225.
- Waldron, J. (2006). The Core of the Case against Judicial Review. *Yale Law Journal*, 115(6), 1346-1406. /z-wcorg/.
- Waldron, J. (2018). Control de constitucionalidad y legitimidad política. *Dikaion: Revista de actualidad jurídica*, 27(1), 7-28.
- Waldron, J. (2019). *Contra el gobierno de los jueces: Ventajas y desventajas de tomar decisiones por mayoría en el Congreso y en los tribunales*. Siglo XXI Editores.