

**DISCORDANCIAS DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE
CONSTITUCIONAL COLOMBIANA CON LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA.
CLASES, CONSECUENCIAS, CORRECTIVOS. LÍMITES A LA
INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL**

JOHN REYMON RUA CASTAÑO

**UNIVERSIDAD DE MEDELLÍN
DOCTORADO EN DERECHO
COHORTE I
MEDELLÍN
2017**

**DISCORDANCIAS DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE
CONSTITUCIONAL COLOMBIANA CON LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA.
CLASES, CONSECUENCIAS, CORRECTIVOS. LÍMITES A LA
INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL**

JOHN REYMON RUA CASTAÑO

Asesor Temático:

Dr. RAÚL GUSTAVO FERREYRA

Asesor Metodológico:

Dr. CARLOS MARIO MOLINA BETANCUR

UNIVERSIDAD DE MEDELLÍN

DOCTORADO EN DERECHO

COHORTE I

MEDELLÍN

2017

CONTENIDO

	Pág.
A MANERA DE INTRODUCCIÓN.....	8
Descripción del problema.....	10
Pregunta	17
Objetivo General	18
Objetivos específicos	19
Hipótesis	19
Justificación.....	20
Marco teórico	23
Metodología de trabajo	29
CAPÍTULO I. PRINCIPIOS, TÉCNICAS Y LÍMITES DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL.....	30
Sección primera. De la interpretación conversacional a la creativa (Sentencia C-836 /01) en materia de interpretación constitucional	34
Sección segunda. Razonabilidad y coherencia con las disposiciones constitucionales en las decisiones de la Corte constitucional	40
Sección tercera. Decisionismo judicial y la inconmensurabilidad.....	46
Sección cuarta. Límites externos o institucionales.....	47
4.1 ¿En quién radica la soberanía en Colombia?	47
4.2 Principio de Legalidad.....	54
4.3 Principio de División de poderes.....	56
4.4 Autolimitación Judicial.....	58
4.5 Estado social de Derecho	73
4.6 Seguridad jurídica	79
Sección quinta: Límites internos.	81

Sección sexta: El formalismo como defensa del principio de legalidad y del imperio normativo.....	85
Conclusión de capítulo.....	89
CAPÍTULO II. DISCORDANCIAS CONSTITUCIONALES	95
Sección primera. Por Conflictos de derechos fundamentales	96
1.1 Estructura de la ponderación	113
1.2 La Corte Constitucional colombiana y su forma de ponderar.....	117
Sección segunda. Por interpretaciones valorativas que inaplican la Constitución	123
2.1 Civil Rights cases.....	126
2.2 Interpretación constitucional en materia económica y social	127
2.3 Interpretación constitucional en materia educativa	132
2.4 Sentencia T-406/92 (El juez como instrumento de presión ante el legislador para que este asuma sus responsabilidades. Redefiniendo la separación de poderes)	144
2.5 Sentencias C-815/99 (Concertación de políticas salariales y laborales/salario mínimo) y C-1433/00 (Igualdad de trabajadores en materia salarial, conservación e incremento).....	146
2.6 Sentencia C-383/99 (El derecho a la vivienda y la democratización del crédito, entre la competencia y la equidad)	148
2.7 Sentencia C-221/94 (Despenalización de la dosis personal).....	148
2.8 Sentencia T-844/11 (revocabilidad de la adopción por omisión de requisitos en la declaratoria de adoptabilidad).....	161
2.9 Sentencias T-349/96, T-523/97 (Protección a la diversidad étnica y cultural de las comunidades indígenas).....	168
2.10 Sentencia C-836/01(importancia del precedente jurisprudencial y forma de apartarse de él).....	171
2.11 Sentencia C-370/06 (Responsabilidad subsidiaria del Estado en procesos de justicia transicional, por insuficiencia de recursos de los perpetradores)	171
2.12 Sentencia C-113/93. (Competencia de la Corte constitucional para determinar los efectos de sus propias decisiones)	174
2.13 Sentencia C-109/95. (Modulación de efectos de la sentencia, ampliando las causales de impugnación)	175

2.14 Sentencia C-037/96. (Efectos de las sentencias de la Corte, tanto de Constitucionalidad, como de Tutela y alcance de la interpretación del Congreso)	175
2.15 Sentencia C-551/03. (Alcance del control constitucional de una ley que convoca un referendo constitucional)	177
2.16 Sentencia C-1040/05. (Constitucionalidad de la reelección presidencial de Álvaro Uribe)	178
2.17 Sentencia C-006/96. (Reconocimiento de prestaciones a los docentes de cátedra, principio de primacía de la realidad sobre las formalidades)	179
2.18 Sentencia T-153/98. (Estado de cosas inconstitucional en establecimientos carcelarios).....	181
2.19 Sentencias T-717/11, y T-716/11. (Declaratoria de unión marital de hecho entre compañeros permanentes de igual sexo, y pensión de sobrevivientes para parejas del mismo sexo)	181
2.20 Sentencia SU-047/99. (Acción de tutela contra providencia judicial por vía de hecho prospectiva).....	181
2.21 Sentencia T-476/14. (Libreta militar y personas transgénero)	182
2.22 Sentencia T-314 de 2011. (Negativa de ingreso a un establecimiento o evento abierto al público a persona transgénero)	186
2.23 Sentencia C-239/97. (Autoriza la eutanasia).....	187
 Sección tercera: Por vulneración a los propios precedentes jurisprudenciales en la interpretación de los derechos.....	 202
3.1 Sentencias, C-577 de julio 26 de 2011, (Declara exequible la definición; del matrimonio como la unión de un hombre y una mujer); y sentencia T-716 de septiembre 22 de 2011. (En el matrimonio no importa el sexo de las partes, sino los lazos de solidaridad.)	202
3.2 Sentencias SU-111/97 (derechos sociales, económicos y culturales no son de aplicación inmediata) y T-406/92. (Los derechos económicos y sociales tienen justiciabilidad directa)	208
3.3 Sentencias C-276/93 (la Corte Constitucional no es competente para ejercer control de constitucionalidad sobre una ley aprobatoria de tratado público) y C-027/93 (Declara su competencia para control de la ley aprobatoria)	210
3.4 Sentencias SU-047/99 (Acción de tutela contra providencia judicial por vía de hecho prospectiva) y C-543/92 (Excluye la tutela contra providencias judiciales) y SU-515/13(Relaciona los requisitos de la acción de tutela contra sentencias).....	212

3.5 Sentencias C-551 de 2003 (El constituyente derivado no tiene competencia para sustituir la Constitución), C-970/04 (Reforma constitucional. Distinción entre insustituibilidad e intangibilidad), y C-1200/03 (Diferencia entre reformar la Constitución y sustituir la Constitución)	221
3.6 Sentencias C-377/98(Régimen salarial de los empleados públicos, competencia para fijarlo) y C-1433/00(Pérdida de poder adquisitivo del salario)	224
3.7 Sentencias T-179 de 1993(Respeto por la vida, desde la concepción), C-133 de 1994 (Declara exequible la tipificación del delito de aborto), y C-355 de 2006(Despenalización del aborto).....	226
3.8 Sentencias T-926 de 1999(Vida sexual normal Incluye viagra no POS), T-348 de 1997(Ligadura de trompas para paciente con retardo mental) T-1104/00 (no autoriza fertilización, por ser no POS)	228
Sección cuarta. Por enfrentamientos con otras ramas del poder público y los altos tribunales del país	230
Conclusión de capítulo.....	250
CAPÍTULO III. CONSECUENCIAS Y MECANISMOS DE CORRECCIÓN DE LAS DISCORDANCIAS CONSTITUCIONALES.	256
Sección Primera. Consecuencias.	256
1.1 Sobre el consumo de la marihuana.	257
1.2 Sobre la Eutanasia.....	257
1.3 Sobre el aborto.	257
1.4 Sobre la diversidad étnica.....	268
1.5 Sobre la familia	270
1.6 Megapensiones.....	285
1.7 Arancel Judicial.....	285
Sección segunda. Mecanismos de corrección	303
2.1 Autolimitación judicial.....	303
2.2 Recurso Extraordinario de Revisión.....	304
2.3 Extensión del Control previo	308
2.4 Modificación de algunos artículos constitucionales.....	308

Sección Tercera. La Corte constitucional colombiana entre la juridicidad, lo populista, lo político y lo justo.....	315
Conclusión de capítulo.....	320
CONCLUSIONES.....	329
BIBLIOGRAFÍA	337
CIBERGRAFÍA.....	360
ANEXO.....	368

A MANERA DE INTRODUCCIÓN

Con esta investigación se pretende identificar y analizar las decisiones de la Corte Constitucional colombiana que pueden generar: inseguridad jurídica, incertidumbre social o entropía¹, sustitución del constituyente primario, posibles contradicciones con la misma Constitución política colombiana, “darwinismo jurídico”, activismo judicial que no puede tomarse como sinónimo de progreso, y así verificar sus efectos, generadores de discordancias y de contradicciones, de crisis del Estado Social de Derecho.

En ese contexto, se procura proponer mecanismos de corrección, como la “autolimitación judicial”, al identificar las posibles contradicciones entre esas decisiones y los principios de razonabilidad y coherencia, propios de la teoría de la interpretación, para establecer la existencia o no, de decisionismo judicial por parte del juez constitucional en Colombia, e identificar los criterios básicos orientadores de las decisiones constitucionales teniendo en cuenta la racionalidad de la ponderación como derrotero de esos criterios básicos².

En este mismo orden de ideas, se propone que las decisiones de tutela y de constitucionalidad de la Corte Constitucional que generen polarización social, por diversos motivos, como: contrariar a la Constitución misma y que vulneren el principio de confianza legítima, los derechos adquiridos, las garantías ciudadanas y no otorguen seguridad jurídica, deben tener recurso extraordinario de revisión, como otra propuesta de corrección para evitar una anarquía constitucionalizada

¹Desorden inherente de un sistema. Se traduce en que todo sistema tiende progresivamente a presentar un conjunto de eventos cada vez más desordenados. http://entropia1020.blogspot.com.co/2009/02/ley-de-la-entropia_05.html

²Criterios básicos como: Claridad y consistencia conceptual, consistencia normativa, saturación, consistencia argumentativa, consistencia normativa, coherencia, respeto a la lógica deductiva. Carlos Bernal Pulido. *El Derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado, 2008 págs. 63-64

que pueda estimular un proceso lento e imperceptible que conduzca hacia la ineficacia de la tutela o el derrumbe del Estado Social de derecho.

En general, toda construcción jurídica de una comunidad en determinado tiempo y espacio queda o debe quedar sustentada, fundamentada por el propio derecho que emana de la Constitución o cuya validación esta autoriza³.

No obstante lo expresado, asumiendo un rol de agente de cambio, la Corte Constitucional colombiana busca disminuir las tensiones axiológicas entre la tradición y la modernidad, al tratar de trazarle al país un ignoto camino que permita un aprendizaje del difícil valor de la igualdad y de la tolerancia, camino en el que, a través de sus decisiones, puede ir socavando el concepto de la identidad cultural colectiva, entendida como la forma común de sentir y pensar de un grupo humano, en la medida que deslegitime y desapruebe las políticas de un gobierno democráticamente constituido.

Como lo plantea Alejandro Nieto en su obra *“El Desgobierno Judicial”* tendría diferentes efectos negativos en la función judicial, tales como: justicia imprevisible, justicia desgarrada, justicia sin independencia o justicia sin responsabilidad⁴, para de esta forma establecer propuestas de corrección que más adelante se describen.

Lo anterior permite plantear hasta qué punto la Corte Constitucional, desearía disminuir la tensión existente entre constitucionalismo y democracia, entendida esa tensión, como el enfrentamiento de dos fuerzas contrarias. La innovación permanente de la democracia y la perpetuidad poco mutable del constitucionalismo⁵.

³Raúl Gustavo Ferreyra. *Fundamentos Constitucionales*. Buenos Aires: Ediar, 2015 p. 12

⁴Alejandro Nieto.. *El Desgobierno Judicial*, Madrid, Trotta. 2004 p. 29-61

⁵Stephen Holmes. *El Precompromiso y la paradoja de la democracia*. En: *Constitucionalismo y democracia*. México D.F. Fondo de cultura económica, 1999, p.1,2,4,26

La referida imprevisibilidad de la Justicia, se deriva en que las normas constitucionales y las leyes son entendidas de modo diferente por los abogados, por tanto, corresponde al juez constitucional, aclarar las normas, disipar las dudas, dar a cada uno lo suyo.

Descripción del problema

Interpretar deviene del latín *interpretor*, que dimana de *interpres*, que designa al traductor, al que hace accesible lo que no se entiende. El *interpres* era el intermediario capaz de lograr el entendimiento entre las partes. Por tanto, interpretar significa “servir de intermediario” o “venir en ayuda de”. En el derecho primitivo, era evidente la relación entre la religión y la magia. En los orígenes del Derecho romano, los primeros jurisconsultos eran sacerdotes, y eran quienes disponían de fórmulas rígidas para la celebración de contratos y ritos procesales, fórmulas registradas en los *libri pontificales*. Solamente los pontífices patricios tenían el monopolio de dotar de significado ciertos hechos. Solo ellos conocían las *formulae* del Derecho⁶.

Lo anterior, permite plantear parte del problema a investigar, en el sentido de saber si la Corte Constitucional colombiana, cumple con su tarea de “venir en ayuda de” la sociedad, o *cooperar* con esta, otorgándole en su interacción jurisprudencial una contribución pertinente, verdadera y clara.

Las discordancias constitucionales, involucran inconsistencias lógicas del sistema o no ausencia de contradicciones, antinomias, posibles situaciones de dilemas morales⁷, situaciones como la elección entre dos bienes diferentes protegidos por

⁶Rolando Tamayo y Salmorán. *La interpretación constitucional. La falacia de la interpretación cualitativa*. En: *Interpretación jurídica y decisión judicial*. Rodolfo Vásquez, (compilador) México D.F. Fontanamara, 1998 p.90-91

⁷David Martínez Zorrilla. *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa* Madrid, Marcial Pons, 2007 págs. 86. 89

derechos fundamentales, o la obtención de la protección de un derecho fundamental sin importar lo que implique la decisión de la Corte constitucional. La mayoría de las discordancias entre derechos fundamentales implican conflictos constitucionales totales o parciales. Son los denominados, conflictos interderechos⁸.

Esta investigación no tratará de conflictos entre derechos fundamentales y valores constitucionalmente protegidos, como el conflicto entre el derecho al trabajo y el interés del Estado por promover la prosperidad general. Esta distinción, a decir de Lorenzo Zucca, en su obra "*Dilemas constitucionales*" permite distinguir conflictos *stricto sensu* y los conflictos *lato sensu*, los primeros, entendidos como los conflictos entre normas que protegen derechos fundamentales y los segundos como conflictos entre derechos fundamentales y otros bienes o intereses constitucionales⁹.

En este orden de ideas, es pertinente referir los choques entre la soberanía colectiva y la soberanía individual, entendida esta última como la esfera de poder que la misma Constitución le ha otorgado a cada individuo, también producen conflictos constitucionales, especialmente, cuando la Corte Constitucional tratando de delimitar las fronteras entre la soberanía colectiva y las soberanías individuales inaplica textos constitucionales, en aras de encontrar una única solución correcta. Decisiones contra las cuales no procede recurso alguno, porque el sistema jurídico colombiano está diseñado para que la Corte sea el órgano de cierre de la jurisdicción constitucional y no existen límites definidos.

En consecuencia, esta investigación busca formular correcciones a los posibles desmanes de la Corte constitucional colombiana cuando se presuman potenciales vulneraciones a los principios de razonabilidad y coherencia, o se pueda deducir

⁸ Lorenzo, Zucca. *Dilemas Constitucionales*. Madrid, Marcial Pons, 2011 p. 19

⁹Ibídem., p. 11

interpretación creativa, de lo cual se ocupará esta investigación al tratar sobre “Los principios y técnicas de la interpretación jurídica.” En otro orden de ideas, se puede afirmar que la competencia de la Corte Constitucional Colombiana debe evitar situaciones como las que se enuncian a continuación:

- Pretender gobernar y no impartir justicia.
- Intentar invadir órbitas que deben estar fuera de su alcance para que no se presente el coloquial “choque de trenes”, entendido este como el enfrentamiento con las otras ramas del poder público o con los diferentes altos tribunales del país.
- Sugerir u ordenar al Congreso de la República o al ejecutivo que actúe en determinado sentido.
- Aplicar el “darwinismo jurídico”, también conocido como la prevalencia del derecho presumiblemente más fuerte.
- Enunciar principios aplicables a la ley o a la Constitución Política, que no fueron previstos en tales disposiciones y que cambian su sentido.
- Formular de forma vaga, abstracta e imprecisa principios que conducen a interpretaciones y decisiones valorativas.

Como se observa, esta investigación, conduce a serios cuestionamientos a la interpretación constitucional evolutiva y al darwinismo jurídico.

A manera de ejemplo, como clases de interpretación se puede hacer referencia a las siguientes¹⁰:

- ❖ La interpretación que suele llamarse “correctora”, que atribuye a un texto normativo un significado diverso del literal, el cual sólo puede ser más restrictivo o más amplio que el literal, surgiendo de este modo dos tipos de

¹⁰Riccardo Guastini. *Estudios sobre la Interpretación jurídica*. México D. F., UNAM, 1999 págs. 25-52

interpretación correctora: la interpretación “restrictiva” y la “extensiva. Que incluye en su campo de aplicación supuestos de hecho que, según la interpretación literal, no entrarían en él.

- ❖ La interpretación “adecuadora”, que se desprende de la interpretación sistemática.

En primer lugar, este tipo de interpretación se utiliza al adaptar el significado de una disposición al significado ya establecido por otras disposiciones jerárquicamente superiores. En segundo lugar, se hace interpretación adecuada cuando se adapta el sentido de un texto normativo a los principios generales del derecho. Este modo de interpretar se rige por la tácita asunción de que el legislador respeta los principios generales del derecho y no es su intención derogarlos.

- ❖ La interpretación que, conforme a la tradición, se suele denominar “evolutiva”, es aquella que le asigna a una disposición un significado nuevo y distinto de aquel que históricamente había tenido, adaptando, de este modo, los textos normativos a las circunstancias del tiempo en que han de ser aplicados.
- ❖ La interpretación “teleológica”, que pretende descubrir los principios de valor y la finalidad que el texto normativo encierra; esto es, a través de ella se intenta descubrir el *telos* de la disposición normativa.
- ❖ La interpretación “comparativa”, también llamada método *ius comparado*, que toma en consideración preceptos paralelos de ordenamientos jurídicos internos, extranjeros o de convenciones internacionales. Este método, según Häberle, es de trascendental importancia en el derecho internacional, específicamente en el tratamiento de los derechos fundamentales.

- ❖ La interpretación “extensiva”, que se aplica porque toda Constitución contiene lagunas y no puede regular la totalidad de la vida social y política, por tanto, es menester “extender” la Constitución más allá de su texto estricto, identificando valores y principios “básicos”, no explícitos.

Adicionalmente, la doctrina constitucional ha señalado algunos criterios que se debe tener en cuenta para interpretar las disposiciones constitucionales, a saber¹¹:

- El principio de la unidad de la Constitución, que busca evitar contradicciones entre las normas constitucionales. Las normas constitucionales no pueden interpretarse de manera aislada.
- El principio de la concordancia práctica, que se traduce en que los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos deben ser coordinados, teniendo en cuenta que para realizar un bien jurídico no se puede descartar o eliminar otro bien jurídico igualmente protegido por la Constitución.
- El principio de la corrección funcional, con el cual se busca evitar interpretaciones que conduzcan a restricciones para el legislador más allá de los límites señalados por la Constitución o convertir al juez mismo en un legislador.
- El principio de la eficacia integradora. La Constitución debe ser un instrumento de unión, de integración y no de disociación política de la comunidad, es decir debe velar por la unidad política.

¹¹Giovanni A Figueroa Mejía. *Duplicidad interpretativa: Interpretación jurídica en general e interpretación constitucional en particular*. En: Revista Dikaion. N° 19 p. 139-161 En: <http://dialnet.unirioja.es>

- El principio de la fuerza normativa de la Constitución. La interpretación constitucional es una interpretación de límites, debe hacerse valer la Constitución sobre la ley y el texto constitucional no se puede desnaturalizar por vía de interpretación.

- El Principio de interpretación conforme a la Constitución. Responde a una lógica clara de supremacía de la Constitución sobre todas las normas jurídicas, y su posición central en la construcción y en la validez del ordenamiento jurídico en su conjunto; por tanto, obliga a interpretar éste en cualquier momento de su aplicación en el sentido que tengan los principios y las reglas constitucionales. Además, la aceptación de este principio jurisprudencialmente es evidente en todos los sistemas de justicia constitucional.

Para ir decantando el problema planteado alrededor de las discordancias se requiere indagar por estas posibles situaciones:

- ¿Existen discordancias constitucionales por conflictos de derechos fundamentales?
- Por interpretaciones valorativas que inaplican la Constitución.
- Por vulneración a los propios precedentes jurisprudenciales en la interpretación de los derechos.
- Por enfrentamientos con los diferentes altos tribunales del país.

Para fundamentar los cuestionamientos a las interpretaciones valorativas que hace la Corte Constitucional en algunas decisiones, se recurrirá a Paul Grice, quien en su artículo “Lógica y conversación”, señala que cualquier interacción verbal está regida por el principio de cooperación según el cual: "*Haz que tu*

*contribución sea la requerida para la finalidad del intercambio conversacional en el que estas implicado*¹²ⁿ.

Este principio básico se desglosa en cuatro máximas:

De cantidad: Haz que tu contribución sea tan informativa como sea necesario.

De cualidad: Haz que tu contribución sea verdadera.

De relevancia: Sé pertinente, no digas algo que no viene al caso.

De manera: Sé claro, evita la ambigüedad, sé breve, sé ordenado.

La existencia de una Constitución escrita supone el uso de un lenguaje compartido por el órgano constituyente como por los ciudadanos y autoridades destinatarios, es decir supone la existencia de una unidad lingüística a la que pertenezcan todos los involucrados¹³. Toda Constitución, se funda en el sistema de pesos y contrapesos para tener un control recíproco entre los poderes del Estado, impidiendo que uno de ellos se imponga sobre los demás adquiriendo la totalidad del poder público que le permita en la práctica, ejercer funciones despóticas¹⁴.

A manera de ejemplo del denominado “choque de trenes” se hace referencia a la sentencia SU-515/13, acción de tutela instaurada por Flora Perdomo Andrade contra la sección primera del Consejo de estado que le decretó la pérdida de investidura. La Corte Constitucional determinó que la sentencia dictada por la Sección Primera del Consejo de Estado que decretó la pérdida de investidura de la accionante, no configura una vía de hecho, por no haberse incurrido en los defectos sustantivo y fáctico alegados por la peticionaria. No obstante, existe una incompatibilidad actual entre la sanción con el principio de favorabilidad. Toda vez que la base de la sanción proferida por la Sección Primera del Consejo de Estado

¹²Luis Valdés Villanueva. *La Búsqueda del significado*. Madrid, Tecnos, 1991 p. 516

¹³Daniel Mendonca. *Análisis Constitucional: una introducción. Cómo hacer cosas con la Constitución* Bogotá: Editorial U. del Rosario 2 edición, 2009, p. 26

¹⁴ *Ibídem.* p. 15

fue el artículo 32 de la Ley 617 de 2000, norma que fue modificada por el párrafo 3º del artículo 29 de la Ley 1475 de 2011, la cual redujo la inhabilidad de 24 meses desde el momento de ejercicio del cargo a 12 meses anteriores a la elección. Así, la conducta por la que fue sancionada la señora Perdomo Andrade al haberse desempeñado como mandataria departamental, 20 meses antes de su inscripción como candidata a la Asamblea Departamental, no está prohibida ni puede ser reprochada, y por tanto, no existe razón para que se mantengan las consecuencias derivadas de la pérdida de su investidura, pues la base de la sanción proferida perdió su fundamento jurídico a partir del 14 de julio de 2011, circunstancia que impide que el fallo que decretó la pérdida de investidura se siga ejecutando.

Lo descrito permite cuestionar la irrevocabilidad de las decisiones de la Corte Constitucional, por el tránsito a cosa juzgada que hacen las decisiones, cuando esas decisiones lo que hacen es generar inseguridad jurídica, o incertidumbre social; o tocan la médula de una sociedad con una arraigada tradición religiosa e identidad cultural. Porque finalmente es el ciudadano quien se tiene que enfrentar con decisiones o medidas jurisprudenciales que oscurecen los contenidos jurídicos y valorativos de un Estado.

Pregunta

¿Existen discordancias jurídicas entre la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la Constitución de 1991 que generen consecuencias para el Estado colombiano o para el ciudadano?

Objetivo General

Verificar las decisiones de la Corte Constitucional que podrían vulnerar la seguridad jurídica o generar una crisis del Estado Social de Derecho, produciendo consecuencias graves para el Estado y el individuo.

Crisis que ahondaría las dificultades, de una democracia que no ha podido afrontar claramente los siguientes cuatro desafíos, identificados por Przeworki: (1) La incapacidad de generar igualdad en el terreno socioeconómico, (2) La de hacer sentir a la gente que su participación política es efectiva, (3) La de asegurar que los gobiernos hagan lo que supuestamente deben hacer y no hagan lo que no deben hacer, (4) equilibrar el orden con no interferencias¹⁵.

Del mismo modo, existe doctrina nacional que clasifica tales dificultades así: a) El difícil aprendizaje de la Igualdad que impide la construcción de un mínimo sentimiento de identidad entre diferentes sectores sociales. b) Legitimidad condicionada del poder político que permite que la falta de organización social haga que la sociedad civil sea una masa amorfa sin identidad y sin principios morales que permite que se tenga una sociedad desmoralizada y expuesta a los daños y abusos de los políticos, sociedad en la cual nadie cumple sus obligaciones con los demás¹⁶. O evidenciar la necesidad de modificar el artículo 230 de la C.P. de Colombia para permitir que se acceda el reconocimiento de la jurisprudencia como fuente formal de derecho.

¹⁵Adam Przeworki. *Qué esperar de la democracia? Límites y posibilidades del autogobierno*. Buenos Aires: Siglo veintiuno editores, 2010 p. 33

¹⁶ Iván Darío Arango. *Dificultades de la Democracia*. Bases de ética política. Medellín: Editorial Universidad de Antioquia, 2010

Objetivos específicos

1. Verificar el conflicto entre la interpretación libre y el textualismo, en el caso colombiano, para establecer la existencia de contraposición entre la Constitución como “norma abierta” y las demás normas de Derecho positivo en las decisiones de la Corte constitucional.

2. identificar los alcances en torno a la seguridad jurídica, a la certeza jurídica, confrontando decisiones de la Corte Constitucional para presentar si hay o no variación de los criterios de interpretación y demostrar la coherencia o incoherencia del sistema jurídico y la existencia o no de previsibilidad razonable de las decisiones de la Corte Constitucional como órgano de cierre de esa jurisdicción.

3. Formular la necesidad de implementar un recurso extraordinario de Revisión, frente a las decisiones de la Corte Constitucional, o que la Corte Constitucional Colombiana se imponga una autorestricción judicial, también conocida como *judicial Self Restraint* o reserva judicial, garantizando una efectiva seguridad jurídica para evitar la anarquía constitucionalizada. se propondría la necesidad de una autorestricción judicial por parte de la Corte Constitucional y una revisión especial de las decisiones encontradas por parte de la sala plena de la misma Corte constitucional u otros mecanismos, previa reforma constitucional, que permitan corregir las eventuales vulneraciones a los principios de razonabilidad, coherencia y seguridad jurídica que pueden afectar el Estado Social de derecho.

Hipótesis

La Corte Constitucional debe ser la suprema garantía para que funcione un mecanismo estatal garantizador. Alejandro Nieto, expresa: “*Iniciar un pleito es interrogar a un adivino que, después de consultar unas cartas confusamente*

*barajadas, nos dará la respuesta más inesperada*¹⁷.” Un pleito no puede ser una partida de dados en la que cualquier cosa pueda salir. El margen de maniobrabilidad del magistrado de la Corte Constitucional colombiana, no puede ser tan monumental que le permita adoptar una solución que minimice la previsibilidad y con esta, la seguridad jurídica¹⁸. La Corte Constitucional colombiana no puede desconocer el Artículo 1° de la Constitución política que afirma que Colombia es un Estado Social de Derecho. Ser de Derecho, se traduce en estar sometido a la división de poderes y al cumplimiento del orden normativo vigente, creado por los órganos facultados para ello. Ser social, significa reconocer todos los derechos de las personas dentro de las posibilidades fácticas y jurídicas del Estado. Ambos conceptos: “social” y “de Derecho”, son complementarios y no es posible sacrificar el Estado de Derecho, para realizar el Estado Social. Además el artículo 4° de la C.P. señala el deber de todos los colombianos de acatar la Constitución y las leyes¹⁹. Desbordar los límites, es convertir el sistema judicial en un laberinto de inseguridad, donde cada uno haga lo que le parezca²⁰.

Lo anterior, permite pensar que existen discordancias en las decisiones de tutela y constitucionalidad de la Corte Constitucional, y la Constitución Política de 1991, que generan graves consecuencias para el Estado y el ciudadano.

Justificación

Esta investigación se justifica, para esclarecer en el contexto colombiano, la polémica doctrinal en la teoría constitucional del control y delimitar el ámbito de aplicación de los principios jurídicos o principios generales del derecho, entendiéndolos como prescripciones interpretativas, como prescripciones

¹⁷ Alejandro Nieto. Op. Cit. P.53

¹⁸ *Ibíd.*, P. 53

¹⁹ Javier Tamayo Jaramillo. *La Decisión Judicial*. T.I Medellín: Biblioteca jurídica Diké, 2011 p.1001-1004

²⁰ Alejandro Nieto. Op., Cit. P. 53

integradoras de “lagunas” legales, como fuentes supletorias de interpretación, no como cumplidores de una función de justicialidad directa. Para verificar el respeto del principio de confianza legítima por parte del órgano de cierre de la jurisdicción constitucional, para que las personas no queden sometidas a los cambiantes criterios de los jueces. Confianza legítima, entendida como

“El Estado no puede súbitamente alterar unas reglas de juego que regulaban sus relaciones con los particulares, sin que se les otorgue a estos últimos un período de transición para que ajusten su comportamiento a una nueva situación jurídica. No se trata, por tanto, de lesionar o vulnerar derechos adquiridos, sino tan solo de amparar unas expectativas válidas que los particulares se habían hecho con base en acciones u omisiones estatales prolongadas en el tiempo, bien que se trate de comportamientos activos o pasivos de la administración pública, regulaciones legales o interpretaciones de las normas jurídicas. De igual manera, como cualquier otro principio, la confianza legítima debe ser ponderada, en el caso concreto, con los otros, en especial, con la salvaguarda del interés general y el principio democrático.

Entonces, este principio actúa como mediador y límite a las actividades de la administración que rompen una situación que había sido perpetuada por particulares de buena fe, alterando también el principio de seguridad jurídica que debe respetarse en nuestro ordenamiento. Así, cuando se alteran las condiciones de alguna manera ya consolidadas, el particular no debe verse sometido a cambios inesperados que afecten sus derechos fundamentales y la estabilidad con la que contaba, sino que por el contrario se le deben brindar alternativas de transición y un tiempo razonable para que pueda ajustarse al nuevo escenario que se le presenta”²¹.

Desde el punto de vista político, no se puede soslayar, que el papel protagónico de la Corte Constitucional al ejercer su poder de control inexorablemente está ligado a la conformación de las instituciones políticas del Estado. En Colombia, la primera gran reforma, respecto al control de constitucionalidad se da en 1910 con el Acto legislativo 03, que reformó la Constitución de 1886, confiándole a la Corte Suprema de Justicia la guarda de la integridad y de la supremacía de la Constitución.

Posteriormente, para 1957, se plantea la creación de un tribunal Constitucional, por algunos miembros de la COMISIÓN PARITARIA DE

²¹ Corte Constitucional Sentencia T-192 de 2011

REAJUSTE INSTITUCIONAL, la cual fue la encargada de redactar el plebiscito que se pondría a consideración de los colombianos ese año. Darío Echandía, Eduardo Zuleta A, y Fernando Isaza, al plantear la creación del referido órgano, consideraban que los problemas del control de constitucionalidad de los actos del gobierno y del Congreso se resolverían de un modo más expedito con la creación de un órgano de control especializado. Esta propuesta no fue estimada por el Ejecutivo y aunque en 1968 se creó la sala constitucional de la Corte Suprema de Justicia, los constituyentes de 1991, retomaron la propuesta desestimada en 1957 y crearon la Corte Constitucional²²

Desde la perspectiva histórica, es necesario recordar que la ley fundamental contiene la proclamación formal de un orden superior de valores jurídicos, y en consecuencia la característica de la ley como declaración de la voluntad soberana, soberanía que en Colombia reside en el pueblo (art. 3° C.P.), ya no tiene la fuerza con la que irrumpió en el siglo XVIII durante la revolución francesa, en la cual era la expresión de la voluntad general. A lo cual se agrega que es preciso que la autoridad se legitime mediante la voluntad de todos, porque el resultado de las elecciones no puede ser el único patrón de legitimidad, ya que ese poder debe someterse permanentemente a control y validación para que sea considerado verdaderamente democrático, controles y validación que deben ser certeramente deliberativos. Además se justifica, porque para lograr el objetivo ya planteado es necesario identificar la influencia de las normas internacionales sobre derechos humanos y de los instrumentos internacionales suscritos por Colombia que hacen parte del bloque de constitucionalidad, que en las decisiones de la Corte Constitucional pueden generar perplejidad social, afectar la sostenibilidad fiscal, e inseguridad jurídica. Y para debatir la magnitud de la Constitución como garante de la estabilidad normativa de un Estado. Identificando equívocos en la interpretación de la Corte Constitucional Tasando la producción masiva de jurisprudencias heréticas como patologías de la seguridad jurídica y de la Justicia, debatiendo, que el desconcierto extremo de jurisprudencias contrarias al espíritu

²²Eduardo Cerra Nolasco. *El control de constitucionalidad. Análisis de la doctrina de la Corte en los 10 años de vigencia constitucional*. Revista de Derecho, Barranquilla: Universidad del Norte. N° 16, 2001. P.162-179

del constituyente, además de su carácter ocasional e incompleto afectan los valores centrales del derecho, como la justicia y la seguridad jurídica, lo que conduce a cuestionar sobre quién es el verdadero constituyente, verificando si es el pueblo como autoridad suprema, o si lo es la Corte Constitucional que, como poder constituido, pareciera tener un poder ilimitado que decide sobre el significado final de todo vínculo que se presente entre la Constitución política y el pueblo.

Como justificación jurídica, se pretende descubrir cuáles pueden ser los límites al control ejercido por la Corte Constitucional, para plantear posibles correcciones a un modelo de control que en ocasiones aparenta funcionar como constituyente, como legislador, como colegislador. Las correcciones que se plantearán permitirán controlar al órgano controlador, para garantizar el adecuado funcionamiento de las instituciones y evitar un gobierno de los jueces²³.

Finalmente, desde la perspectiva sociológica, se evidencia el alcance social y transformador de las decisiones de la Corte al pretender interpretar la realidad social en sus decisiones, generando nuevos órdenes políticos, económicos y sociales.

Marco teórico

La discusión que se plantea, se inscribe en el actual debate del Derecho constitucional, sobre si la interpretación constitucional debe ser una interpretación con límites, y que no debe ser el instrumento que permita desnaturalizar la Constitución. Porque la Corte Constitucional debe ser la suprema garantía para que funcione un mecanismo estatal garantizador.

²³Carlos Mario Molina B. *¿Limitar o fortalecer la Corte Constitucional?* En: Corte Constitucional 10 años balances y perspectivas. Bogotá: editorial Universidad del Rosario, 2003 págs.302-303

Las interpretaciones valorativas, o las que contrarían sus propios precedentes jurisprudenciales, se tornan en subjetivas, contradictorias o arbitrarias de acuerdo a la libertad del intérprete y aplican un método de jerarquía de valores que torna insegura esa interpretación toda vez que no respeta el canon objetivado en la Constitución.

Además, que inaplican la Constitución o se dedican a suplir al ejecutivo en su función de ordenar el gasto público, sin evaluar el principio de sostenibilidad fiscal en muchas oportunidades, generan discordancias constitucionales, por conflictos de derechos fundamentales, (T-210/94, T-83/09); por interpretaciones valorativas que inaplican la Constitución, (Sent. T-406/92, C-815/99, C-143/00) por conflictos jurisprudenciales en la interpretación de los derechos humanos, por enfrentamientos con las otras ramas del poder público o con los diferentes altos tribunales del país²⁴ (Sent. SU-515/13, T-511/11). Toda vez que las interpretaciones valorativas hechas en algunas oportunidades por la Corte Constitucional rayan en la inconmensurabilidad, entendida esta como la imposibilidad de comparar dos teorías cuando no hay un lenguaje teórico común y se desbordan los consensos interculturales que existen alrededor de un determinado concepto.

En tal sentido, es dable afirmar que garantizar es dar garantía, ofrecer confianza y no generar con algunas decisiones una incertidumbre social, por las posibles contradicciones entre esas sentencias y los principios de razonabilidad y coherencia, que cuestionen la seguridad jurídica y la certeza que deben estar aparejadas.

Además, la Corte Constitucional colombiana, no puede ir socavando el concepto de identidad cultural colectiva entendida como la forma común de sentir y pensar de un grupo humano, ni vulnerar el principio de cooperación, que conlleva toda

²⁴Javier Tamayo Jaramillo. *La Decisión Judicial* T. II, Medellín, Diké, 2011 págs.1305-1465

interacción comunicativa, porque la polisemia semántica de un término, no puede ser excusa para crear.

En general, las Cortes Constitucionales, como órganos especiales del Estado de Derecho, tienen como finalidad institucional asegurar en todo momento la efectiva supremacía de la Constitución sobre el resto del ordenamiento jurídico. Como marco tempo-espacial de esta investigación se señala a las Sentencias de la Corte Constitucional colombiana, expedidas desde 1992 hasta 2013. El marco jurídico lo delimita la misma C.P. colombiana en sus artículos 241 y siguientes, y en diferentes sentencias de tutela y de constitucionalidad, emitidas por ese órgano judicial. El tema se matricula en un estudio de Derecho constitucional de corte jurisprudencial.

Palabras claves: seguridad jurídica, entropía, identidad cultural, activismo judicial, razonabilidad y coherencia, conflicto constitucional, límites, división de poderes, soberanía, interpretación constitucional, autolimitación judicial, recurso extraordinario de revisión, extensión del control previo, control jurídico constitucional, control político, Estado social de Derecho, modificación constitucional, revocabilidad.

Lo que no debe hacer el órgano al que el artículo 241 de la Carta Magna *colombiana* le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, es:

*Pretender imponer un gobierno de los jueces, o activismo judicial,

*Tomar decisiones que vulneran o sustituyan la misma Constitución política que están llamados a defender.

*Generar con sus decisiones perplejidad social, en vez de aportar seguridad jurídica.

Algunas sentencias que pueden generar perplejidad social, permiten cuestionar la irrevocabilidad de las sentencias de la Corte Constitucional. A manera de ejemplo, se pueden citar estas:

Sentencia **T-523/97**) contrariando lo dispuesto por la Constitución colombiana en su art. 12 que prohíbe las torturas, los tratos crueles y degradantes y en su art. 34, prohíbe la pena de destierro.

En la Sentencia **T-716/11**, dió una nueva definición al concepto de familia, es desproteger a la familia, que paradójicamente está protegida por la Constitución en su dignidad y honra y como núcleo fundamental de la sociedad (art. 42 C.P.)

Por Sentencia **C-836/01**, la Corte fija criterios respecto a la interpretación constitucional, al plantear la obligatoriedad del precedente jurisprudencial, y la creatividad de juez. Imposición que desconoce el art. 230 de la C.P.

La obligación del Estado de darle salida al estado de cosas inconstitucional del sistema carcelario, planteada en la Sentencia **T-153/98**) y la **C-370/06** que obliga al Estado a responder por todos los daños individuales y colectivos causados por los paramilitares que se hayan acogido a la ley 975 de 2005, dejan en vilo las finanzas estatales, **sustituyendo al ejecutivo en su función de ordenador** del gasto, entre otras como la T-160/08, dan un *marco jurisprudencial* que permite fijar algunos límites para investigar los posibles desmanes interpretativos de la Corte Constitucional Colombiana, que conduzcan a sometimiento, entropía o confusión social.

Si se parte de la premisa de que nuestra auténtica libertad no es absoluta, deben cuestionarse los diferentes pronunciamientos de la Corte Constitucional que señalan la dignidad humana como fundamento del derecho en los que pareciera

que hiciera el siguiente razonamiento: “El hombre es digno porque es libre y es libre porque hace lo que quiere sin limitación alguna”²⁵.

Igualmente, es permisible plantear que la Corte Constitucional colombiana en sus decisiones se mueve entre lo legal, lo político y lo justo. Este, será un aparte que esta investigación pretende dilucidar, sin perder de vista que los fundamentos de la corriente conocida como Nuevo derecho, se basan en tres aspectos:

- 1) La llamada constitucionalización de los códigos.
- 2) El respeto al precedente.
- 3) La implementación de la filosofía analítica o del lenguaje profundo²⁶.

Y sin olvidar que ninguna institución por muy importante que sea es inalterable.

Sobre el tema de la identidad cultural colectiva respecto al concepto “familia”, fue bien estudiado por Federico Engels, éste expresó:

Un sistema que prevalece en toda América, que existe en Asia entre pueblos de razas bastante distintas y que, bajo formas más o menos modificadas, suele encontrarse por todas partes en África y Australia requiere ser explicado históricamente, y no con frases vacías como, por ejemplo, quiso hacer MacLennan. Los apelativos de padre, hijo, hermano, hermana, no son simples títulos honoríficos, sino que conllevan serios deberes recíprocos perfectamente definidos y cuyo conjunto forma una parte esencial del régimen social de esos pueblos. Y se encontró la explicación del hecho²⁷.

Como posición personal que acompaña este marco teórico, es permisible afirmar que la Corte Constitucional debe ser la suprema garantía para el funcionamiento de un mecanismo estatal que otorgue garantías al ciudadano, porque éste aparte

²⁵Alejandro Ordoñez Maldonado. *El nuevo derecho, el nuevo orden mundial y la Revolución Cultural*. Bogotá, Ediciones doctrina y ley Ltda., 2007 Págs. 275-287

²⁶Jesús Alberto Gómez Gómez,.. *El Nuevo Derecho*. En: Revista Foro Autónomo. Corporación Universitaria autónoma del Cauca, Popayán Colombia, 2010

²⁷Federico Engels. *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*. Fundación Federico Engels. España: 2006 file:///D:/INF%20SAL%2017%2003%202015/Downloads/el-origen-de-la-familia.pdf

da cuenta general de unas situaciones que, en razón de las interpretaciones valorativas que en oportunidades generan activismo judicial, permiten cuestionar la Irrevocabilidad de las decisiones de la Corte como órgano de cierre de la jurisdicción constitucional. El referido activismo pretende modificar una conducta social arraigada. La familia como una relación heterosexual, igualmente, descrita por Engels, cuando afirmó en su obra ya referida:

“La situación no es mejor en lo concerniente a la igualdad jurídica entre hombre y mujer en el matrimonio. Su desigualdad legal, que hemos heredado de condiciones sociales anteriores, no es causa, sino efecto, de la opresión económica de la mujer...”

... La familia individual moderna se funda en la esclavitud doméstica, franca o más o menos disimulada, de la mujer”.

En esta introducción, la pretensión fundamental, es presentar algunas decisiones de la Corte Constitucional colombiana que dan una idea de lo que Colombia debe evitar: una justicia sin límites, sin responsabilidad, sin previsiones, para impedir la deslegitimación y el caos que pueden ir minando los conceptos de Estado y de democracia.

Método de Investigación

Como método de investigación se utiliza el método de investigación analítico-inductivo, para la obtención de un saber nuevo en el campo del Derecho Constitucional al desentrañar el alcance y las consecuencias de las decisiones de la Corte, analizadas. Análisis que tendrá en cuenta los tres aspectos esenciales que individualizan el Derecho: a) su normativa, en este caso la jurisprudencia de la Corte Constitucional; b) Su facticidad, que contempla efectos históricos y sociales de esas decisiones judiciales; y c) Su axiología, en el sentido de la valoración social que se tiene de la jurisprudencia estudiada.

Desde el punto de vista jurídico-propositivo, se pretende evaluar posibles discordancias constitucionales entre la misma jurisprudencia de la Corte, entre aquella y la Constitución Política a fin de aportar o proponer posibles soluciones.

Metodología de trabajo

De otro lado, la metodología empleada es el análisis documental, teniendo como documentos fuente, algunas decisiones de la Corte que pueden inaplicar la Constitución Política, vulnerar sus propios precedentes jurisprudenciales, o que han generado enfrentamientos con otros altos tribunales del país, y las que plantean desplazamiento o subordinación de otros derechos fundamentales cuando la Corte da un valor superior a un derecho fundamental sobre otro de análoga condición de fundamentalidad.

La estructura para desarrollar este trabajo, es la siguiente: En la introducción, se describirá el problema, se plantean: la pregunta, el objetivo general, los objetivos específicos, la hipótesis, la justificación, el marco teórico de la investigación; para desarrollar el trabajo en los siguientes tres capítulos, y proponer unas conclusiones.

CAPÍTULO I	Principios, técnicas y límites de la interpretación jurídica.
CAPÍTULO II	Discordancias constitucionales.
CAPÍTULO III	Consecuencias y mecanismos de corrección de las discordancias constitucionales.
CONCLUSIONES	

CAPÍTULO I

PRINCIPIOS, TÉCNICAS Y LÍMITES DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

La tarea de la Corte Constitucional al interpretar no puede ser refundar la moral social, ni crear normas valorativamente, irrespetando el material normativo vigente. En el Derecho, el intérprete no puede crear libremente su propia interpretación. Desconocer un texto para crear uno nuevo, no es interpretar, es legislar. Los jueces no pueden arrogarse capacidades creativas, bajo el manto de la interpretación, porque esto se convertiría en la negación del Estado de Derecho; debe partirse de cómo el significado del discurso ordinario de las personas, difiere del significado en el sentido condicional veritativo, es decir, en tanto objeto susceptible de valoración en términos de verdad o falsedad y precisamente esa modificación interpretativa es la que permite la creatividad normativa por vía jurisprudencial de la Corte Constitucional. La polisemia semántica de un término no puede ser excusa para crear.

Toda interpretación debe ser coherente, razonable, sensata y moderada con el significado objetivo que los términos de la Constitución le confieren. Si un concepto no es ambiguo no debe la Corte Constitucional darle un significado que no tiene. En un Estado social de Derecho, la Constitución es la creada por el constituyente y no lo que la Corte decide que sea. Actualmente, es claro que el positivismo no niega al juez que falla un proceso, la posibilidad de aplicar ciertas valoraciones y discrecionalidad en la interpretación de los casos difíciles, pero sin reconocer principios y valores que no están consagrados expresamente en el ordenamiento positivo. Si bien es cierto que todo intérprete judicial debe hacer realidad la justicia, es también cierto que esto no es posible en aquellas sociedades donde no se respeten el principio de legalidad y la seguridad jurídica. Hasta Dworkin acepta que Hércules su juez imaginario debe someterse a los

límites impuestos por el derecho positivo²⁸. Para Robert Alexy el sistema de valoraciones es insuficiente para fundamentar una decisión jurídica.²⁹ Todo intérprete debe estar limitado por el lenguaje del texto normativo, salvo en los casos oscuros en los cuales la discrecionalidad es mayor. Los valores están en las normas y no pueden ser creados por el intérprete. Los intérpretes no pueden convertirse en axiólogos que toman una posición sobre el valor del objeto interpretado. Según Dworkin, el juez no crea derecho en absoluto, sino que descubre el derecho preexistente que no es el escrito, sino el basado en la moral y en la única solución correcta.³⁰

En la interpretación conversacional, no existe función creadora del intérprete, ya que simplemente desentraña lo que el texto manifiesta. Los jueces al interpretar no pueden buscar significados allende lo literal, pensando en las expectativas jurídicas de la comunidad, que es lo pretendido por Dworkin cuando refiere su concepto de *interpretación constructiva*, que significa interpretar un concepto jurídico abstracto solo es posible cuando se interprete la práctica social que utiliza ese concepto jurídico abstracto.

Vg. La decisión de permitir el consumo de marihuana en dosis mínimas, la de despenalizar el aborto en unos casos puntuales, darle un significado amplio al concepto de familia, no puede buscar una identificación homogénea al interior de la comunidad y su práctica social. La Corte Constitucional no debe y no puede, pretender aplicar una interpretación de fines o valores ajenos al lenguaje normativo, debe partir de la base de que fines y valores, son conceptos diferentes, no son sinónimos. Los valores, condicionan a los fines y no los fines a los valores.

²⁸Ronald Dworkin. *El Imperio de la Justicia*. Barcelona: Ed. Gedisa, 1992, p. 282

²⁹Javier Tamayo Jaramillo. *La Decisión Judicial*. T. I, Medellín, Ed. Diké, 2011 p.125

³⁰Ronald Dworkin. *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002. P.238

Los fines son objetivos que se persiguen mediante la acción. *Contrario sensu*, los valores son cualidades valiosas o anti valiosas de aquellos objetivos.³¹

Es verdad que no existen significados de las palabras unívocos y universales, pero sí es necesario saber cuál es el objetivo que persigue la norma que se va a interpretar, para saber cuál de los potenciales significados es el más apropiado para el logro de la idea de justicia como un fin estatal. La interpretación creativa, es en la que el intérprete imprime su propia interpretación, así sea diferente de la que le dio el autor., como la que se hace de las obras artísticas, que es una valoración que el intérprete hace de las obras artísticas que es una valoración que el intérprete hace con las prácticas sociales de su entorno, lo que conduce a una verdadera interpretación creadora. Lo anterior, permite inferir que no es igual interpretar un objeto descriptivo, una obra artística, a interpretar un objeto imperativo, como una norma jurídica.

Por interpretación, generalmente se entiende el descubrimiento del significado de los objetos culturales en la que el intérprete busca conocer diferentes aspectos: 1) Lo que el autor quiso expresar en forma directa y clara, mediante el lenguaje convencional. 2) lo que el texto, ya sea descriptivo o imperativo significa objetivamente al momento de su interpretación, independientemente de lo que quiso significar el autor. Toda interpretación jurídica consiste en desentrañar o comprender el significado de las normas jurídicas y de las conductas regidas por ellas.³²

Empero, el concepto de *interpretación* no ha sido pacífico, al respecto existen corrientes: antisemánticas, semánticas, valoristas, escépticas. Las primeras conciben la interpretación jurídica como el descubrimiento de los valores que deben contener las normas, independientemente del tenor literal de las normas. La

³¹Javier Tamayo Jaramillo. Op. Cit. p. 291

³²Javier Tamayo Jaramillo. *Manual de hermenéutica jurídica*. Medellín: Biblioteca jurídica Diké, 2013,p.107-108

corriente valorista concibe la interpretación jurídica como la aplicación de los valores constitucionales, acorde a determinada ideología política, prescindiendo igualmente del contenido lingüístico de la norma para lograr una solución más axiológica que jurídica. En estricto sentido, interpretación se emplea para referirse a la atribución de significado a una formulación normativa en presencia de dudas o controversias en torno a su campo de aplicación. Un texto requiere interpretación sólo cuando su significado es oscuro o discutible, cuando se duda si es aplicable o no a determinado supuesto de hecho. El objeto de la interpretación jurídica son los textos normativos, no el significado que contienen aquellos. En este caso se entendería la norma, no como el objeto, sino el producto de la actividad interpretativa.³³

La corriente escéptica de la interpretación, plantea que esta no es una actividad de conocimiento, sino de valoración y decisión, porque toda palabra puede tener dos significados: a) el que le incorpora quien la reciba, b) el que le ha incorporado quien la emite y la coincidencia entre uno y otro significado no está garantizada. Según esta teoría, todo texto puede entenderse de diferentes formas y estas diversas interpretaciones dependen de las diferentes posturas valoristas de los intérpretes. Esta corriente, seguida por los seguidores del llamado “realismo jurídico” (americano, escandinavo), desdeña los límites objetivos que tiene el intérprete, como los usos lingüísticos corrientes, los estándares de racionalidad acogidos normativa y culturalmente³⁴.

³³Riccardo Guastini, *La interpretación: objetos, conceptos y teorías* En: Interpretación jurídica y decisión judicial. Compilador, Vásquez, Rodolfo. México D.F: Distribuciones Fontamara, 1998, p.21-32

³⁴Ibidem.

Sección primera. De la interpretación conversacional a la creativa (Sentencia C-836 /01) en materia de interpretación constitucional

Para fundamentar los cuestionamientos a las interpretaciones valorativas que hace la Corte Constitucional en algunas decisiones, se recurrirá a Paul Grice, quien en su artículo “Lógica y conversación”, señala que cualquier interacción verbal está regida por el principio de cooperación según el cual: *"Haz que tu contribución sea la requerida para la finalidad del intercambio conversacional en el que estas implicado"*³⁵.

Este principio básico se desglosa en cuatro máximas:

De cantidad: Haz que tu contribución sea tan informativa como sea necesario.

De cualidad: Haz que tu contribución sea verdadera.

De relevancia: Sé pertinente, no digas algo que no viene al caso.

De manera: Sé claro, evita la ambigüedad, sé breve, sé ordenado.

La polisemia semántica de un término, no puede ser excusa para crear. La sentencia C-836/01 fija criterios respecto a la interpretación constitucional, al plantear la posibilidad creativa jurisprudencial, imposición que desconoce el art. 230 de la C.P que indica que: *“Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.”* Para definir la interpretación conversacional, es necesario definir el concepto “conversar”, como la forma de comunicación que busca que los participantes (emisor y receptor) traten de favorecer la interacción que llevan a cabo, de tal modo que esta discurra armónicamente para todos los participantes facilitando el intercambio comunicativo y favoreciendo las relaciones sociales con fundamento en los buenos modales o en reglas de Cortesía que implican respeto por el

³⁵Luis Valdés Villanueva. *La Búsqueda del significado*. Madrid, Tecnos, 1991 p. 516

interlocutor y por el contexto cultural en donde se realiza, ya que toda conversación debe tener un carácter cooperativo.³⁶ Ergo, por interpretación conversacional debe entenderse aquella en donde el intérprete simplemente determina el significado lingüístico de lo que las personas dicen o quieren decir. Para Dworkin las personas interpretan en muchos contextos diferentes y distingue entre interpretación conversacional (como la ocasión más familiar de interpretación), la interpretación científica y la interpretación artística.³⁷ En la interpretación conversacional no existe función creadora del intérprete, ya que este lo que hace es desentrañar lo que el hablante o el texto manifiestan. *Contrario sensu*, en la interpretación creativa, el intérprete imprime su propia interpretación, así sea diferente de la del autor, como la que se hace en la interpretación artística, en la que los críticos interpretan para defender algún propósito de su significado o sentido. Esencialmente, esa interpretación artística es una valoración que el intérprete hace de acuerdo a su esquema axiológico y según las prácticas sociales de su entorno y esto es lo que conduce a una verdadera interpretación creadora o constructiva.³⁸

Igualmente, Dworkin propone una similitud entre la interpretación artística y la interpretación de la práctica social, en el sentido de que ambas apuntan a interpretar algo creado por personas como una entidad distinta de ellas, a diferencia de la conversación. De esa similitud, concluye que ambas son formas de interpretación creativa, para diferenciarlas de las interpretaciones científica y conversacional.

A esta propuesta de similitud, se hace una crítica porque tal pretensión desconoce el principio hermenéutico que afirma “no es lo mismo interpretar

³⁶ Josefa Contreras Fernández. *El uso de la Cortesía y las sobreposiciones en las conversaciones*. Un análisis contrastivo alemán-español. Tesis doctoral. Universidad de Valencia, 2005 sitio web: <http://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/9785/contreras.pdf?sequence=1>

³⁷ Ronald Dworkin. *El imperio de la justicia*. Barcelona, Editorial Gedisa, 1992. P. 47

³⁸ Javier Tamayo Jaramillo. *Análisis de la interpretación valorista del Derecho*. En: Controversias constitucionales. Coordinador, Fabricio Mantilla. Bogotá: editorial Universidad del Rosario, 2009

pensamientos descriptivos como las obras artísticas que interpretar pensamientos imperativos como el Derecho³⁹.

Interpretación conversacional, es la que se hace adoptando un lenguaje convencional, es decir el significado natural y obvio de las palabras y no desconoce el tenor literal-contextual de la norma, tenor que se refiere a los términos convencionalmente aceptados dentro de un contexto determinado. En esta clase de interpretación no es sensato que el intérprete pretenda descubrir el sentido metafórico o invisible que no tienen los pensamientos imperativos del Derecho. Ese sentido metafórico sólo es predicable de las obras artísticas. La norma imperativa superior, la Constitución Política no tiene mensajes subyacentes o cifrados. El juez constitucional no puede ni debe sacrificar el cumplimiento de las disposiciones constitucionales, por aplicar conceptos metajurídicos que no son admisibles en un juzgador⁴⁰.

La necesidad del uso de un lenguaje convencional, se corrobora de dos maneras:

a) Doctrinalmente, se expresa que la existencia de una Constitución escrita supone el uso de un lenguaje compartido por el órgano constituyente como por los ciudadanos y autoridades destinatarios, es decir supone la existencia de una unidad lingüística a la que pertenezcan todos los involucrados⁴¹. Y, b) son escasamente practicables las interpretaciones en las que el intérprete no pueda argumentar de modo convincente según los estándares de racionalidad acogidos en su ambiente cultural⁴².

³⁹Javier Tamayo Jaramillo. *La Decisión judicial*. T. I, Medellín, Ed. Diké, 2011 p. 267

⁴⁰ Tribunal Constitucional Español. Sentencias 20/1987 y 23/1988. Citadas por Tamayo Jaramillo en el tomo I de "La Decisión judicial"

⁴¹Daniel Mendonca. *Análisis Constitucional: una introducción. Cómo hacer cosas con la Constitución* Bogotá: Editorial U. del Rosario 2 edición, 2009,p.26

⁴²Riccardo Guastini. *La Interpretación: Objetos, conceptos y teorías*. En: Interpretación jurídica y decisión judicial. Compilador Rodolfo Vásquez. México D F:Fontamara, 1998,p.32

Normativamente, en el caso colombiano, la Constitución política en su artículo 10 establece que: el castellano es el idioma oficial de Colombia.⁴³ Por tanto, las palabras de la Constitución se deben interpretar acorde con el significado que tengan en el idioma castellano y no debe el juez constitucional dar un significado diferente a un término convencionalmente definido, creando una noción de metasemántica que le permita formular y aplicar significados ajenos al discurso jurídico cotidiano.

*La sentencia C-836/01 de la Corte Constitucional permite la actividad creativa a los jueces, cuando indica: “Especificando la labor de colaboración armónica entre las ramas del poder en nuestro contexto actual, es necesario reconocer que el **papel creador** del juez en el Estado contemporáneo no se justifica exclusivamente por las limitaciones materiales de la actividad legislativa y el aumento de la complejidad social. Esta función **creadora** del juez en su jurisprudencia se realiza mediante la construcción y ponderación de principios de derecho, que dan sentido a las instituciones jurídicas a partir de su labor de interpretación e integración del ordenamiento positivo. Ello supone un grado de abstracción o de concreción respecto de normas particulares, para darle integridad al conjunto del ordenamiento jurídico y atribuirle al texto de la ley un significado concreto, coherente y útil, permitiendo encausar este ordenamiento hacia la realización de los fines constitucionales. (Negrillas extratexto)*

Interpretar algo, según Dworkin, es mostrarlo en su mejor perspectiva, es mostrar el objeto interpretado como el mejor ejemplo posible dentro del género de objetos al que se le considera perteneciente⁴⁴. Empero, el mismo Dworkin, fija los límites a la creatividad de su hipotético juez Hércules, al afirmar: La Constitución es un tipo de Estatuto y Hércules tiene una manera especial de considerar los estatutos. Interpreta cada uno de ellos de modo que su historia sea la mejor posible, teniendo todo en cuenta. Eso requiere juicios políticos, pero estos son especiales y complejos... *Sus propias convicciones sobre la justicia o la buena política están restringidas en su propio juicio interpretativo, no sólo por el texto de estatuto sino también por una variedad de consideraciones de equidad e integridad.*⁴⁵ Y hace

⁴³ Constitución Política de Colombia

⁴⁴ Pablo Raúl Bonorino. *Integridad, derecho y justicia. Una crítica a la teoría jurídica de Ronald Dworkin*. Bogotá: Siglo del hombre editores y Universidad Nacional de Colombia, 2003, p.39

⁴⁵ Ronald Dworkin. Op. Cit. Pág 267

otra afirmación: *El deber de un juez es interpretar la historia que encuentra, no inventarse una historia mejor*⁴⁶.

Como ejemplos de la interpretación creativa de la Corte, inevitablemente, la sentencia “clave” en este tema es la T-406/92, donde se encuentran consideraciones de la siguiente clase:

*“3. Estos cambios han producido en el derecho no sólo una transformación cuantitativa debida al aumento de la creación jurídica, sino también un cambio cualitativo, debido al surgimiento de una nueva manera de interpretar el derecho, cuyo concepto clave puede ser resumido de la siguiente manera: **pérdida de la importancia sacramental del texto legal entendido como emanación de la voluntad popular y mayor preocupación por la justicia material y por el logro de soluciones que consulten la especificidad de los hechos.** Estas características adquieren una relevancia especial en el campo del derecho constitucional, debido a la generalidad de sus textos y a la consagración que allí se hace de los principios básicos de la organización política. De aquí la enorme importancia que adquiere el juez constitucional en el Estado social de derecho”.*

Acá la Corte, lo que hace es cuestionar la importancia de la ley como expresión de la voluntad general. Ese replanteamiento de la teoría de la división de los poderes, no es competencia de la Corte Constitucional.

La misma providencia, afirma:

12. 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 ya a la administración o al legislador, la responsabilidad de la eficacia de los derechos fundamentales.** En el sistema anterior la eficacia de los derechos fundamentales terminaba reduciéndose a su fuerza simbólica. Hoy, con la*

⁴⁶Ronald Dworkin. *Cómo el derecho se parece a la literatura*: Harvard University Press, 1985, p.169

nueva Constitución, los derechos son aquello que los jueces dicen a través de las sentencias de tutela ⁴⁷ .

El juez, en el Estado social de derecho también es un portador de la visión institucional del interés general. El juez, al poner en relación la Constitución - sus principios y sus normas- con la ley y con los hechos hace uso de una discrecionalidad interpretativa que necesariamente delimita el sentido político de los textos constitucionales. En este sentido la legislación y la decisión judicial son ambos procesos de creación de derecho.

Acá la Corte, deja su obligación de “proteger” la Constitución, por la de volverse garante de derechos fundamentales, y creador de Derecho. Esa justicia co-legisladora no solamente desconoce la separación tradicional de poderes, sino también la interpretación real del Derecho, olvidando la seguridad jurídica⁴⁷

La Sentencia **T-716/11**, dió una nueva definición al concepto de familia, es desproteger a la familia, que paradójicamente está protegida por la Constitución en su dignidad y honra y como núcleo fundamental de la sociedad (art. 42 C.P.)

En esta providencia, la Corte hace el siguiente planteamiento:

“han sido erróneas las interpretaciones que se han hecho sobre el artículo 42 de la Carta Política en el sentido de que una familia era, supuestamente, solo el vínculo entre un hombre y una mujer.

La Corte manifestó que la característica de la familia es la concurrencia de una relación de solidaridad y ayuda mutua y añade que aspectos como el parentesco o la conformación de parejas son rasgos que pueden suceder o no., planteamiento abiertamente contrario a lo expresado por el art. 42 de la C.P. Es evidente, el ánimo creativo de la Corte, que no aplicó la diferencia entre interpretación y creación mediante la valoración.

⁷H.L. Hart. *El concepto del derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1977, p. 125 y ss

⁴⁷Carlos Mario Molina B. *Problemas actuales de la justicia en Colombia: el protagonismo de la Corte Constitucional*. En: *Controversias constitucionales*, Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2009, p.234

Una cosa es una decisión valorativa de los hechos y otra una interpretación de la Constitución.

Sección segunda. Razonabilidad y coherencia con las disposiciones constitucionales en las decisiones de la Corte constitucional

Toda interpretación debe ser coherente y razonable, sensata y moderada con el significado objetivo que un artículo de la Constitución le confiere. Si un concepto no es ambiguo, no debe la Corte pretender darle el significado que no tiene. La Interpretación constitucional resulta necesaria y se plantea cada vez que se debe dar respuesta a un asunto constitucional que la Constitución no permite resolver de forma concluyente. Donde no hay dudas, no se interpreta. La teoría tradicional de la interpretación, busca revelar la voluntad objetiva de la norma o la voluntad subjetiva del legislador⁴⁸. Pero nunca la interpretación debe utilizarse para revelar la voluntad subjetiva del intérprete. Toda decisión judicial debe soportarse en el texto positivo del cual se pueda probar el supuesto de hecho que ella consagra. La Corte Constitucional deja de lado este axioma jurídico cuando acude al criterio de aplicar un principio jurídico como una prescripción interpretativa, en forma exclusiva.

El ámbito de aplicación de los principios jurídicos es más amplio, toda vez que se aplican como fundamentos de derecho, como prescripción integradora de lagunas legales. Respecto a la referida función como prescripción interpretativa, ésta implica que los jueces tienen el deber de interpretar todos los actos normativos de conformidad con los valores imperantes en la sociedad⁴⁹. La consecuencia práctica de desarrollar la función interpretativa con fundamento en principios jurídicos es que el intérprete tiene que elegir entre todos los sentidos posibles que puede tener el acto normativo aquel que esté más acorde con el principio elegido.

⁴⁸Konrad Hesse. *Escritos de derecho constitucional*. Madrid: Fundación coloquio jurídico Europeo Centro de estudios políticos y constitucionales, 2011, p.59

⁴⁹Margarita Beladiez Rojo. *Los principios jurídicos*. Navarra: Ed. Civitas, 2010, p.152

Pero sea cual fuere el fundamento interpretativo utilizado, el intérprete no puede soslayar dos principios fundamentales en toda interpretación: La Razonabilidad y la Coherencia.

La Razonabilidad implica que el cumplimiento del propósito de promover y proteger al ciudadano no puede provenir de evidentes inconsistencias del razonamiento que llevan al órgano judicial a individualizar una regla general como norma de decisión⁵⁰. La Razonabilidad de las decisiones con los contenidos normativos de la Carta Política, busca proteger a la comunidad de los excesos o abusos de poder que se deriven del uso indiscriminado de la facultad interpretativa atribuida a la Corte Constitucional. Esa facultad debe guardar proporcionalidad con los fines buscados por las normas positivadas en la Constitución y compartir un carácter de legitimación social. Que avale el carácter democrático de las sentencias de la Corte, especialmente, en sede de tutela.

En otros términos, la Razonabilidad conlleva a que la finalidad de la decisión sea admisible desde la óptica de los valores y principios que la Constitución proclama desde su expedición por la Asamblea Nacional Constituyente. La Razonabilidad se traduce en que una decisión judicial debe estar conforme con la prudencia, la justicia o la equidad que rigen para el caso concreto. A diferencia del concepto “racionalidad” que expresa el ejercicio de la razón humana como regla y medida de los actos humanos⁵¹. En su sentido más genérico, la razonabilidad marca el límite de lo justificable, de lo jurídicamente aceptable. La necesidad de ser razonable se plantea cuando en relación con un tema puede existir, en principio, un margen para decidir de una u otra manera, pero para seleccionar la opción definitiva no se pueden cometer errores inferenciales o dejar de utilizar el sistema

⁵⁰Javier Jiménez, Campo. *Sobre la cuestión de constitucionalidad*. En: Rubio Llorente, Francisco y Jiménez Campo, Javier. Estudios sobre jurisdicción Constitucional, Madrid: Editorial McGraw Hill, Colección Ciencias jurídicas, 1998, p. 195

⁵¹Edgar Andrés Quiroga Natale. *Proporcionalidad y ponderación en la sentencia constitucional*. Tunja: Universidad pedagógica y Tecnológica de Colombia, 2011,p.52

de fuentes establecido para recurrir a cánones interpretativos extravagantes o que resulten incoherentes con otra interpretación que se haya hecho de los valores del ordenamiento.

Es irrazonable insistir en la necesidad de interpretar en sentido literal una norma, si el tenor literal de la misma no impide otra interpretación que evite vulnerar un valor de considerable importancia. Ergo, la razonabilidad viene a ser la eficiencia entendida como el adecuado balance entre costos y beneficios al momento de tomar una decisión. Esto es coincidente con la teoría de Alexy que entiende por principio de proporcionalidad el más elemental y básico del razonamiento jurídico y que a su vez se subdivide en tres subprincipios: idoneidad, necesidad, ponderación, como razonabilidad en sentido estricto. La noción de razonabilidad implica otro factor, la Aceptabilidad entendida como la decisión que logra una articulación óptima entre las exigencias contrapuestas y evita que el discurso de justificación llegue a niveles muy profundos que afecten los valores más fundamentales y sea más difícil obtener un consenso⁵². La razonabilidad es uno de los criterios que avalan la tesis de la objetividad del ordenamiento jurídico, junto con la universalidad, la coherencia, la adecuación de las consecuencias, la moral social y la moral justificada. La razonabilidad pretende evitar razonamientos judiciales excesivamente indeterminados. Como quiera que el criterio de razonabilidad no es usado con un criterio unívoco y constante dentro de la multiplicidad de conceptos, es permisible destacar dos:

a) La Razonabilidad como concepto subsidiario de la estricta racionalidad.

b) La Razonabilidad como interdicción de la arbitrariedad.

En el primer caso, una decisión es estrictamente racional cuando, 1) respeta las reglas de la lógica deductiva, 2) si respeta los principios de la racionalidad práctica

⁵²Manuel Atienza. *Curso de Argumentación jurídica*. Madrid: editorial Trotta, 2013,p.564

(consistencia, coherencia, generalidad y honestidad), 3) si encuentra fundamento en una fuente jurídica, 4) si no está fundada en criterios éticos o políticos no previstos en el ordenamiento jurídico.⁵³ De acuerdo con Atienza, Bernal Pulido afirma que una decisión es razonable cuando la decisión es admisible por la comunidad. Respecto al segundo concepto, que es más restringido, una decisión razonable, es una decisión no arbitraria, que se traduce en la que se fundamenta en una razón jurídica legítima. La decisión será irrazonable cuando carezca de fundamento y no tiende a realizar objetivos jurídicamente relevantes. En la sentencia T-230/94 la Corte Constitucional plantea que la lógica de lo razonable es la lógica de la prudencia que se deriva de la experiencia.

Todo lo anterior deja claro que así como la moral social está incorporada explícitamente a las normas jurídicas, los jueces deberían decidir a favor de la moral social o como mínimo seguir las pautas trazadas por la moral social para que la decisión tomada goce de la receptividad esperada por el consenso social. Los criterios socialmente mayoritarios están más vinculados con la idea de democracia. La admisibilidad por la comunidad, presenta diferentes obstáculos:

- No es fácil saber cuál es la opinión mayoritaria respecto a un tema en particular.
- No puede desconocerse la probabilidad de que esas opiniones mayoritarias sean prejuicios que contraríen los propios valores del ordenamiento.
- El elemento democrático, no se fundamenta en criterios objetivos y más aún, cuando estos se derivan del consenso moral.
- El código moral implícito en toda Constitución, no puede interpretarse como la existencia de una moral preestablecida.⁵⁴

⁵³Manuel Atienza. *Para una razonable definición de lo razonable*, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* N°4, 1987, p.193 <http://www.cervantesvirtual.com/obra/para-una-razonable-definicion-de-razonable/>

⁵⁴Manuel Atienza. Op.Cit. p.560

En lo referente al concepto de coherencia, es un criterio que sirve como garantía de la tesis de la objetividad del razonamiento jurídico. Todo el derecho de un país, es una estructura sistemática, lo que deviene en coherente y esa coherencia supone que el intérprete no puede validar conductas con una interpretación generadora de incompatibilidades con el texto constitucional. La tarea del intérprete es eliminar las contradicciones que pueda tener el ordenamiento normativo, para conservar el principio de coherencia. Si bien es cierto, para que haya una antinomia jurídica es indispensable que el intérprete se encuentre con dos normas que tengan idéntico ámbito de validez material, temporal, la solución que entregue debe garantizar la congruencia de la solución con las normas constitucionales. La Corte Constitucional colombiana, en ocasiones ha planteado antinomias por conflictos entre un artículo de la Constitución y un principio constitucional. La mayoría de autores, están de acuerdo en que la solución debe ser mediante el juicio de ponderación, que consiste en comparar los dos derechos para determinar cuál debe primar.

No se ve muy claro que el intérprete constitucional haga una ponderación entre un bien constitucionalmente protegido, como el ya referido artículo 42 de la Constitución Política que define a la familia como el núcleo fundamental de la sociedad y un valor, como lo hizo en la Sentencia T-717 de 2011. Al cotejar un canon constitucional explícito, con un valor implícito, se violenta el principio de la unidad de la Constitución que lo que exige es una labor de optimización. Ponderar un valor es producto de la ponderación abstracta a diferencia de ponderar normas explícitas en la que se usa una ponderación debidamente coordinada. En Colombia la Corte Constitucional debe establecer los límites entre una norma explícita y un valor implícito, para que ambos alcancen una efectividad óptima.⁵⁵ La comparación de dos teorías cuando no hay un lenguaje teórico común y se desbordan los consensos interculturales que existen alrededor de un determinado

⁵⁵Konrad Hesse. Op. Cit.p.68

concepto deriva en la denominada inconmensurabilidad, lo que hace imposible el referido cotejo.

La coherencia lógica del orden o principio de la concordancia práctica, conocido también como principio de la compensación menos gravosa, implica que los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos deben ser coordinados para solucionar los problemas presentados ante la Corte Constitucional, sin sacrificar a uno por otro, es decir, se debe respetar el núcleo duro de cada bien constitucional en conflicto, de tal modo que la afectación mutua que se dé, sea únicamente en su modo o forma, siempre que exista razonabilidad y proporcionalidad⁵⁶.

A lo anterior, debe agregarse que la Corte debe tener un mínimo de criterios básicos orientadores de sus decisiones, como éste:

- Racionalidad de la Ponderación.

La ponderación es irracional por razones tales como, que la ponderación es una técnica de poder, que carece de estructura jurídica precisa y de claros criterios jurídicos que garanticen resultados objetivos del proceso de interpretación de principios, carece de criterios que sean vinculantes para el juez y que sólo es útil para justificar distintas clases de decisiones judiciales.

Para diferenciar los principios de las reglas se acude al criterio de la generalidad. Autores como Aragón Reyes⁵⁷, sostienen que los principios enuncian cláusulas generales y que las Reglas contienen disposiciones específicas. La referida distinción que hace Alexy entre Reglas y Principios como mandatos de optimización y mandatos definitivos, lo que hace es excluir la distinción del criterio de generalidad y plantea unas diferencias de orden cualitativo. Los Principios,

⁵⁶Hernán Alejandro Olano García. *Hermenéutica Constitucional*. Bogotá: Ibáñez, 2009, p.132

⁵⁷, Manuel Aragón Reyes. *Constitución, Democracia y control*. México D.F.: UNAM, 2002, p.47,53

pueden ser cumplidos en diferente grado y su cumplimiento no sólo depende de las realidades fácticas, sino de las jurídicas. En cambio, con las Reglas debe hacerse lo que ellas exigen, no se puede hacer nada diferente. Las reglas contienen un deber definitivo. Igualmente, la forma de aplicación de ambas (Reglas y Principios) es diferente. La de los principios es la ponderación, la de las reglas es la Subsunción. Los conflictos entre principios se deciden según su peso, por el contrario, los conflictos entre Reglas se deciden en la dimensión de su validez.⁵⁸

La distinción entre Reglas y Principios conduce a un cuestionamiento básico y es el de cómo dimensionar el ámbito de garantía efectiva de un derecho garantizado mediante reglas y el de un derecho garantizado mediante principios.

En el primero de los casos, ese derecho está garantizado por una norma que no admite el sistema de ponderación y son derechos no restringibles, porque su contenido está completamente determinado. En el segundo caso, esos derechos garantizados mediante principios son derechos restringibles. Los derechos fundamentales y las otras normas constitucionales que garantizan aquellos derechos son por esencia, derechos no limitables.

Sección tercera. Decisionismo judicial y la incommensurabilidad

En el decisionismo judicial, el juez escudado en una férrea defensa de la Constitución se permite un protagonismo mediático para intervenir en toda suerte de asuntos ajenos a su competencia y se vuelve un practicante de la justicia distributiva, sin tener conocimiento de la realidad general, tanto fiscal, como presupuestal y no en pocas oportunidades, el juez constitucional en vez de ejercer el poder conferido, termina es haciendo ostentación de ese poder. Y las

⁵⁸Martín Borowski. *La estructura de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p.49

interpretaciones valorativas hechas en algunas oportunidades por la Corte Constitucional rayan en la inconmensurabilidad, entendida esta como la imposibilidad de comparar dos teorías cuando no hay un lenguaje teórico común y se desbordan los consensos interculturales que existen alrededor de un determinado concepto.

Sección cuarta. Límites externos o institucionales.

A estos principios y técnicas referidas, es menester agregar que algunos límites institucionales de la Corte en su interpretación y que se deducen directamente de la Constitución Política que sirven para que la Corte limite el arbitrario ejercicio del legislador y son estos:

4.1 ¿En quién radica la soberanía en Colombia?

El artículo 3° de la Carta política colombiana, expresa que La soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público. El pueblo la ejerce en forma directa o por medio de sus representantes, en los términos que la Constitución establece. El artículo 133 de la Constitución política colombiana, reafirma el principio de la soberanía popular y la responsabilidad del elegido frente a sus electores, al expresar:

“Los miembros de cuerpos colegiados de elección directa representan al pueblo, y deberán actuar consultando la justicia y el bien común. El voto de sus miembros será nominal y público, excepto en los casos que determine la ley.

El elegido es responsable políticamente ante la sociedad y frente a sus electores del cumplimiento de las obligaciones propias de su investidura.

En una de sus primeras Sentencias de constitucionalidad, la Corte Constitucional colombiana, expresó respecto al artículo 3°:

“A partir de la soberanía popular, cada una de las ramas y órganos del Estado ejercen un poder reglado (artículos 3º, 6º, 121, 122 y 123 constitucionales). El artículo 3º de la Carta afirma que todos los poderes constituidos de la República se ejercen en los términos consagrados en la Constitución, de suerte que el único soberano es el pueblo. Ello constituye una diferencia respecto del régimen del siglo XIX, en el cual el poder legislativo era soberano. Hoy en día entonces, el propio Congreso se encuentra, como los demás órganos del Estado, sujeto a los límites que la Carta le establece.

La teoría de la separación de poderes ha sido reelaborada por la doctrina constitucional, pasando de su concepción clásica inicial de Montesquieu, en la que cada rama del poder hacía una sola y misma cosa -legislar, ejecutar, juzgar-, a una nueva concepción en la que los diversos órganos del poder se articulan mediante funciones separadas, destinadas a la consecución de unos mismos y altos fines del Estado (artículos 2º, 3º, 113, 365 y 366 de la Constitución). Es por eso que el Congreso y el Gobierno deben coordinarse pero no duplicarse en las actividades que requieren su concurso simultáneo⁵⁹. Posteriormente, la Corte Constitucional respecto a la soberanía popular, al resolver una demanda contra algunos artículos de la ley 115/94 manifestó: El principio de soberanía popular que da origen a la organización política colombiana no tiene ningún sentido sin reglas que organicen y protejan el debate público. En los centros educativos tanto la Constitución Política (Artículo 68 inciso 2º) como la Ley 115 de 1994 (Artículo 6º) se ocupan de reproducir el principio constitucional y establecer las reglas dentro de las cuales se debe desarrollar la democracia⁶⁰.

Llama la atención, la invitación al trabajo coordinado que hace la Corte para evitar la duplicidad en actividades que implican simultaneidad, cuando como se evidenciará, la Corte ha asumido roles de ordenación del gasto, de legislador positivo, desbordando las competencias otorgadas por el Constituyente primario.

La soberanía es el poder absoluto y perpetuo de la República y *la República es un recto gobierno de varias familias, y de lo que les es común, con poder soberano⁶¹*. La soberanía es la fuerza de cohesión de la comunidad política, sin la

⁵⁹ Sentencia C-449/92 M.P. Martínez Caballero, Alejandro.

⁶⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-866 de 2001 M.P Jaime córdoba Triviño

⁶¹ Jean Bodin. *Los seis libros de la República*, Libro primero, Edición virtual. http://www.antorcha.net/biblioteca_virtual/politica/seis_libros/1_1.html

cual esta se dislocaría⁶². Bodin, aclara el concepto de poder soberano así: *Digo que este poder es perpetuo, puesto que puede ocurrir que se conceda poder absoluto a uno o a varios por tiempo determinado, los cuales, una vez transcurrido este, no son más que súbditos. Por tanto, no puede llamárseles príncipes soberanos cuando ostentan tal poder, ya que solo son sus custodios o depositarios, hasta que place al pueblo o al príncipe revocarlos. Es este quien permanece siempre en posesión del poder*⁶³.

En el concepto de soberanía, en la potestad soberana es donde toda comunidad social encuentra la fuerza que le permite al grupo estar unido. Si bien es cierto, el concepto de soberanía absoluta e inalienable se ha ido abandonando por las necesidades externas o internas para ceder el paso a actividades comerciales, culturales, de mantenimiento de la paz,⁶⁴ A esto se debe agregar la tutela de los derechos fundamentales, normas fundamentales a las que quedó subordinada la soberanía al suscribirse en 1948 la Declaración Universal de los derechos del hombre, por tanto la Corte Constitucional no debe por la vía de la interpretación constitucional, modificar el significado de unos conceptos claros y atávicos.

En aras de no entorpecer la globalización que permite la cooperación científica, cultural y económica no puede desconocer los quince siglos de diferencia entre la cultura europea y la colombiana en aspectos tales como: matrimonio homosexual, legalización de drogas, el aborto, el suicidio asistido, utilizados allende las propias fronteras, so pretexto de garantizar los derechos humanos. Eso sería pretender imponer por vía de jurisprudencia unos novísimos y foráneos conceptos culturales que de un modo u otro horadan la identidad cultural propia. De lo expuesto es permisible preguntar ¿Quién es el soberano en Colombia?. Textualmente, la

⁶² Jean Jacques Chevalier. *Las grandes obras políticas. Desde Maquiavelo hasta nuestros días*. Bogotá: ed. Temis, 2011, p.37

⁶³ Jean Bodin. Op. Cit.

⁶⁴ Jairo Enrique Correa Rangel. *Evolución del Estado o crisis de soberanía*. Bogotá: ediciones Nueva Jurídica, 2010, p.61-62.

Constitución Política colombiana expresa que es el pueblo, pero en las actuaciones de la Corte Constitucional se presentan distintas circunstancias que demuestran lo contrario:

- Las declaratorias de exequibilidad condicionada de algunas leyes, en las que la Corte condiciona la validez de una ley o de alguno de sus artículos a que se deben entender como ella ordena y no como fue aprobada por el Congreso, deja sin piso el canon constitucional que refiere en quién radica la soberanía: el pueblo que la ejerce directamente o a través de sus representantes (Congreso), ya que la potestad de hacer y de derogar las leyes propia del Congreso, se supedita a los condicionamientos interpretativos fijados por la Corte.
- Por fallos de tutela, la Corte Constitucional, imparte órdenes respecto al Presupuesto, que constitucionalmente debe ser ejecutado por el Ejecutivo, fuere cual fuere su nivel.
- Desconoce en algunos fallos, con interpretaciones valoristas lo evidente de algunos artículos constitucionales, soslayando un principio simple de hermenéutica: “donde no hay dudas no se interpreta.”
- Determinar cómo obligatorio el precedente jurisprudencial de sus propios fallos, desconociendo el Art. 230 de la C.P. que expresa que el juez sólo está sometido al imperio de la ley, es asumir una competencia ignota que le permite permear la autonomía judicial.
- Negar al pueblo la posibilidad de reformar la Constitución por medio de Referendo, que es un mecanismo válido autorizado por el Artículo 374 de la Carta Política.

- Anular decisiones de las otras altas Cortes, como la CSDJ, el Consejo de Estado, es contrariar la teoría de la separación de los poderes.

Por tanto, un órgano que controla, modifica y crea el Derecho en forma incontrolada, se arroga competencias de otras ramas, sustrae al pueblo (detentador de la soberanía), alguna de sus funciones, es una demostración de omnipotencia que debe generar el establecimiento de un contrapeso que proteja al ciudadano común de esos vaivenes que generan incertidumbre, de ese activismo judicial, disfrazado de progresismo, porque el ánimo de la Corte de buscar una verdadera justicia social, no puede sacrificar el Estado de Derecho.

En última instancia la Corte se arroga una calidad que no tiene. Las discordancias constitucionales, involucran inconsistencias del sistema, antinomias, posibles situaciones de dilemas morales⁶⁵, situaciones como la elección entre dos bienes diferentes protegidos por derechos fundamentales o la obtención de la protección de un derecho fundamental sin importar lo que se derive de esa decisión de la Corte constitucional. Los conflictos entre derechos fundamentales implican discordancias constitucionales. Los choques entre la soberanía colectiva y la soberanía individual, entendida esta última como la esfera de poder que la misma Constitución le ha otorgado a cada individuo, también producen discordancias constitucionales, cuando la Corte Constitucional tratando de delimitar las fronteras entre la soberanía colectiva y las soberanías individuales inaplica textos constitucionales, en aras de encontrar una única solución correcta, decisiones contra las cuales no procede recurso alguno, porque el sistema jurídico colombiano está diseñado para que la Corte sea el órgano de cierre de la jurisdicción constitucional y no existen límites definidos, se presenta un desplazamiento del constituyente primario en quien radica la soberanía.

⁶⁵David Martínez Zorrilla, *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*. Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 89, 123, 277, 292

Como se advirtió en la sentencia C-449/92, la Corte justifica sus intromisiones en que todos los órganos del poder se articulan y coordinan para cumplir los altos fines del Estado. Tal afirmación, se presta para un desmonte paulatino de la estructura del Estado. Algo así como: si el Congreso no expide las leyes, la Corte lo puede suplir en aras de cumplir los fines estatales. Idéntica consideración puede predicarse al sustituir al presidente y sus Ministros. Una reelaboración de la teoría de Montestequieu no puede derivar en un gobierno de jueces, fungiendo como planeador y ejecutor de las políticas públicas. La concentración de autoridad en un solo órgano lleva al despotismo y con la separación de poderes se evita el fraccionamiento de la autoridad pública y que un solo órgano instaure un régimen autoritario como sucedía en los absolutismos monárquicos y actualmente con los totalitarismos de izquierda o de derecha. El propósito principal de la separación de poderes es garantizar las libertades civiles frente al poder público. La división de poderes es esencialmente un mecanismo de limitación de las atribuciones de los órganos estatales mediante un sistema de “pesos y contrapesos” en el cual “el poder detiene al poder” e impide los abusos de autoridad.

Este es, desde el punto de vista axiológico, el sentido de esta teoría. Pero ella responde también a una finalidad funcional, determinada por el principio de la división del trabajo, que demanda órganos especializados para cada una de las funciones del Estado. La eficacia en las acciones de gobierno lo exige. De modo que bien puede decirse que la división de poderes obedece a preocupaciones de libertad tanto como a exigencias técnicas del ejercicio del gobierno⁶⁶.

No es muy fácil a nivel práctico, plantear una reelaboración de la teoría de separación de poderes, concebida desde Aristóteles⁶⁷, elaborada por Locke, quien habló de las repúblicas bien ordenadas, teoría, posteriormente decantada por Montesquieu en el libro XI de “El espíritu de las leyes.” Capítulo VI, así:

⁶⁶ <http://www.encyclopediadelapolitica.org/Default.aspx?i=&por=d&idind=491&termino=>

⁶⁷ Aristóteles, *La Política*. Madrid: Tecnos, 2004, p. 287, 290, 295

En cada Estado hay tres clases de poderes: el poder legislativo, el poder ejecutivo de las cosas relativas al derecho de gentes, y el poder ejecutivo de las cosas que dependen del derecho civil.

En virtud del primero, el príncipe o jefe del Estado hace leyes transitorias o definitivas, o deroga las existentes. Por el segundo, hace la paz o la guerra, envía y recibe embajadas, establece la seguridad pública y precave las invasiones. Por el tercero, castiga los delitos y juzga las diferentes entre particulares. Se llama a este último poder judicial, y al otro poder ejecutivo del Estado⁶⁸.

Para seguir profundizando sobre el tema de la soberanía como un límite de la interpretación constitucional, se puede afirmar que la teoría de la interpretación ha elaborado unos principios nuevos que corroboran los límites interpretativos que debe tener el juez constitucional e su actuación, A saber⁶⁹:

- Conciencia del principio de la unidad de la Constitución.
- Eficacia integradora de la Constitución.
- Supremacía de la Constitución.
- Presunción de legitimidad de las leyes.
- Prevalencia de los tratados internacionales.
- Conservación del derecho., para evitar el desmantelamiento del ordenamiento jurídico.
- Interpretación conforme a la Constitución, indagando por las distintas interpretaciones posibles, para conservar la norma y declarar la inexecutable de una norma, cuando no sea posible encontrar su adecuación a los mandatos constitucionales.

Como quiera que el concepto de la soberanía del pueblo, es de orden constitucional (art. 3° C.P.), esta limitación, encuadra perfectamente en la prelación constitucional que predica el art. 4 de la carta política colombiana y a ese respeto de la norma superior debe ceñirse el juez constitucional,

⁶⁸ Montesquieu, *Del Espíritu de las leyes*. Barcelona: ediciones Altaya, 1993, p.115

⁶⁹ Carlos Mario Molina B. ¿Limitar o fortalecer la Corte constitucional? En: Corte Constitucional 10 años balance y perspectivas. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2003, p.320-321

especialmente, cuando Montesquieu afirmaba, que no hay Estado de Derecho sin distinción real de poderes y de esto es posible inferir que las funciones de regulación constitucional se alteran cuando una decisión política, propia del constituyente primario o del derivado, es asumida por el juez.

Permitir el poder superlativo que tienen los jueces constitucionales al interpretar el contenido de la Constitución y adaptar sus contenidos a los nuevos tiempos, no los convierte en constituyentes con atribuciones de modificar la Constitución, porque su propio límite es la misma Constitución. El juez constitucional no tiene en sus funciones, ignorar o desnaturalizar la norma de normas. Una providencia de la Corte Constitucional, no puede sustituir a la Constitución. Tal desborde de competencias, permitiría que el pueblo, como constituyente primario se pronunciara respecto a una sentencia que considere abusiva, porque como titular de la soberanía, el pueblo puede reivindicar su autoridad solicitando un referendo derogatorio para revocar una decisión dictada por el órgano que debe salvaguardar la Constitución, que finalmente es un órgano constituido. Si el titular de la soberanía puede modificar la Constitución, nada impide que pueda prescindir de una decisión constitucional que estime contraria a la misma Constitución⁷⁰.

4.2 Principio de Legalidad

Que también se denomina de la supremacía de la ley sobre cualquier función del Estado, se traduce en que toda manifestación de éste debe regirse por la ley, nunca por la voluntad del funcionario o del ciudadano o del particular. En otros términos, quien detenta un poder público no puede actuar de forma contraria a lo que establece la Constitución. La actuación estatal tiene un límite en la propia Constitución. Un Estado es de Derecho si respeta ese principio de legalidad, que busca que todas las actuaciones estatales estén legitimadas y previstas en la ley,

⁷⁰José Gregorio Hernández Galindo. *El concepto de inconstitucionalidad en el derecho contemporáneo*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana y Editorial Temis, 2013, p.168

lo que también implica la sujeción a todas las normas jurídicas (constitucionales y legales) por parte de todos, especialmente de los funcionarios públicos para limitar el poder discrecional, entendido como el poder que tiene toda autoridad para obrar libremente cuando su conducta no ha sido fijada previamente por reglas jurídicas claras y expresas. El hecho de que el Estado colombiano haya variado de Estado de Derecho a Estado social de Derecho, no se convierte en una patente para que se subordine lo legal a lo social. Al principio de legalidad, están ligados estrechamente el principio de jerarquía normativa, el de publicidad normativa, el de seguridad jurídica que produce certeza y confianza del ciudadano en el ordenamiento.

La legalidad es tan favorable al mantenimiento del Estado, que sin ella caería en la decadencia y se haría inferior a los demás Estados.⁷¹ El derecho no escrito no puede hallarse en contradicción con la *constitutio scripta*, esta última se convierte en un límite infranqueable de la interpretación constitucional, porque donde el intérprete se impone a la Constitución deja de interpretarla para cambiarla o quebrantarla. Interpretar de otro modo, implica violentar el principio interpretativo de la interpretación conforme a la Constitución. La existencia de ese límite es presupuesto de la función racionalizadora, estabilizadora y limitadora del poder que le corresponde a la Constitución.⁷² Pero una cosa es adecuar la Constitución y otra bien diferente es quebrantarla. Por su parte, Alexy plantea que quien desee conocer cuál concepto de derecho es el correcto o adecuado, tiene que relacionar tres elementos: el de la legalidad conforme al ordenamiento, el de la *eficacia* social y el de la *corrección* material⁷³.

Richard A. Posner, al citar la audiencia ante el Comité Judicial del Senado norteamericano para el nombramiento de John Roberts como presidente del Tribunal Supremo, hace referencia al símil expresado por Roberts en el sentido

⁷¹ Montesquieu. Op. Cit. p.196

⁷² Konrad Hesse, Op. Cit., p.70

⁷³ Robert Alexy. *El Concepto y la validez del Derecho*. Barcelona: Editorial Gedisa, 1997, p.21

que un juez es sólo como un árbitro de béisbol, que se limita a cantar las bolas buenas, las bolas malas y los strikes, en el sentido que los árbitros de béisbol no pueden cambiar las reglas del juego. No pueden decidir que un bateador salga tras seis strikes, en vez de tres que es lo establecido⁷⁴.

Sobre este tema del principio de legalidad, sostiene Ferreyra:

“Una de las peculiaridades de la interpretación constitucional, cuyas notas lógicamente se trasladan al control judicial de la constitucionalidad, consiste en que, en ella, notoriamente se destaca su carácter indeterminado pero determinable. Esta genuina indeterminación —que evidencia lo verdaderamente compleja que es la tarea de interpretar el sistema constitucional— no significa una ausencia de restricciones ni que toda interpretación quede, en principio, habilitada⁷⁵”.

Ergo, El principio de legalidad, exige priorizar una exégesis restrictiva dentro del límite semántico del texto legal.

4.3 Principio de División de poderes

La división de poderes es esencialmente un mecanismo de limitación de las atribuciones de los órganos estatales mediante un sistema de “pesos y contrapesos” en el cual “el poder detiene al poder” e impide los abusos de autoridad. Y la Corte Constitucional colombiana no puede desconocer el Artículo 1° de la Constitución política que afirma que Colombia es un Estado Social de Derecho. Ser de Derecho, se traduce en estar sometido a la división de poderes y al cumplimiento del orden normativo vigente, creado por los órganos facultados para ello. Ser social, significa reconocer todos los derechos de las personas dentro de las posibilidades fácticas y jurídicas del Estado. Ambos conceptos: “social” y “de Derecho”, son complementarios y no es posible sacrificar el Estado de Derecho, para realizar el Estado Social. Además el artículo 4° de la C.P. señala el

⁷⁴Richard A Posner. *Cómo deciden los jueces*. Madrid: Marcial Pons, 2011, p.95

⁷⁵Raúl Gustavo Ferreyra. *Fundamentos constitucionales*, Buenos Aires: Ediar, 2015, p.413

deber de todos los colombianos de acatar la Constitución y las leyes, bien puede decirse que la división de poderes obedece a preocupaciones de libertad tanto como a exigencias técnicas del ejercicio del gobierno. Toda Constitución, se funda en el sistema de pesos y contrapesos para tener un control recíproco entre los poderes del Estado, impidiendo que uno de ellos se imponga sobre los demás adquiriendo la totalidad del poder público que le permita en la práctica, ejercer funciones despóticas⁷⁶.

En la providencia C-754 de 2015, que alude al aborto, es evidente la pérdida del concepto esencial de división de poderes, cuando la Corte Constitucional, declara inexecutable la expresión “facultad” del artículo 23 de la ley 1719 de 2014 y la sustituye por la expresión “obligación”.

Textualmente, el art. 23 referido es del siguiente tenor:

*ARTÍCULO 23. ATENCIÓN INTEGRAL Y GRATUITA EN SALUD. Las víctimas de violencia sexual tienen derecho a la atención prioritaria dentro del sector salud, su atención se brindará como una urgencia médica, independientemente del tiempo transcurrido entre el momento de la agresión y la consulta, y de la existencia de denuncia penal. La atención integral en salud a cualquier víctima de violencia sexual es gratuita. Todas las entidades del sistema de salud están en la **facultad** de implementar el Protocolo y el Modelo de Atención Integral en Salud para las Víctimas de Violencia Sexual, que contendrá dentro de los procedimientos de interrupción voluntaria del embarazo la objeción de los médicos y la asesoría de la mujer en continuar o interrumpir el embarazo.”*

Decisión que la Corte fundamenta con el argumento de que la Constitución política, en los arts. 241 y 243 le permiten fijar los efectos de sus fallos y que el juez constitucional tiene la facultad de adoptar distintas alternativas al momento de proferir una decisión y que sus decisiones pueden ser moduladas, mediante sentencias integradoras interpretativas aditivas y sustitutivas. Sobre éstas últimas, afirma que la Corte ha establecido que ciertas disposiciones deben ser sustituidas

⁷⁶Daniel Mendonca. Op. Cit. p.15

o reemplazadas cuando su significado es contrario a principios y valores constitucionales, tales como la prohibición de discriminación o el principio de dignidad humana, por, por cuanto la aplicación de un condicionamiento interpretativo de la disposición acusada, sería una medida insuficiente para proteger los derechos de las personas y el orden Constitucional. Otro ejemplo del desborde de éste límite, por parte de la corte es la sentencia T-406/92, en la cual afirmó que el juez, en el Estado social de derecho también es un portador de la visión institucional del interés general. El juez, al poner en relación la Constitución -sus principios y sus normas- con la ley y con los hechos, hace uso de una discrecionalidad interpretativa que necesariamente delimita el sentido político de los textos constitucionales y que legislación y la decisión judicial son ambos procesos de creación de derecho.

4.4 Autolimitación Judicial

La Judicial Self Restraint de ser una consigna en Norteamérica, para jueces paulatinamente perdió su auge. Este concepto tiene diferentes enunciados, destacando los siguientes:

- Los jueces aplican la ley, más no la hacen.
- Los jueces difieren en gran medida de las decisiones de otros funcionarios.
- Los jueces deben ser demasiado reacios a declarar una ley como inconstitucional por el respeto que deben tener hacia los poderes popularmente elegidos y movidos por la creencia de que el poder legislativo puede ofrecer un mejor desarrollo a las políticas de Estado, que las que ofrecería una Corte. Por lo anterior, se debe impedir al máximo reducir la fuerza del poder legislativo.

La Autolimitación judicial, surge hacia 1.893 en Estados Unidos de América, cuando el profesor James Bradley Thayer sostiene que un Estatuto debe ser invalidado solo si su carácter inconstitucional es tan claro que no dé lugar a

dudas Razonables⁷⁷. La Autolimitación surgió como un mecanismo para evitar el activismo judicial e inicialmente su fundamento teórico se centró en distinguir lo que era estrictamente incorrecto y lo que era irracional, dilema equivalente a distinguir lo que era claramente erróneo y lo que es un abuso del poder discrecional. Como un Legado de Thayer se destaca la noción de limitación como un desempate pragmático con una lista de control que abogaba por la Limitación en algunos casos específicos. Indirectamente, la Autolimitación se puede plantear constitucionalmente, para que la Corte evite conjeturas judiciales o especulaciones jurídicas en algunos casos.

Las principales sustentaciones del Concepto de Autolimitación judicial que merecen destacarse, son:

- La Corte debe ser cautelosa de competir con otros poderes gubernamentales porque la competencia atribuida de invalidar las leyes siempre ha sido controversial en virtud del déficit democrático en la conformación de la Corte Constitucional.
- El poder de la Corte para salvar de la pauperización al pueblo es inexistente en cualquier sistema político y el mecanismo de protección debe encontrarse allende las fronteras de la competencia de la Corte.
- El debate legislativo, entraña una gran importancia que no puede ni debe ser minimizada e irrespetada por la Corte Constitucional como si se pretendiera acorralar al poder legislativo.

Como toda postura teórica, sin mayores fundamentos científicos, la Autolimitación, tuvo diferentes matices representados por los sucesores de Thayer, como Holmes,

⁷⁷Richard A Posner. *The Rise and fall of judicial Self-restraint*. California Law Review, volumen 100 edición 3, junio 2012, p. 520

Brandeis, Frankfurter y Bickel. Por ejemplo, Holmes no sentía admiración por el poder legislativo, ni tampoco consideraba que los legisladores pudieran ser intérpretes reflexivos de la Constitución, como lo pensaba Thayer. Holmes, igualmente asumía que los jueces que pensaban en términos políticos eran más proclives a invalidar una ley impugnada cuando su ideología política era diferente a la de la mayoría legislativa que hubiese aprobado la disposición o el Estatuto impugnado. Si bien es cierto, actualmente en Norteamérica quedan solo unos cuantos vestigios de la Autolimitación judicial, ello no impide que ese Límite se aplique en Colombia, por la Corte Constitucional para evitar las situaciones como las aquí, descritas. La Autolimitación implicaría la expedición de unas guías ortodoxas por parte de la Corte para la toma de decisiones en sede de constitucionalidad y de tutela.

Para J. H. Ely, la limitación judicial cedió terreno frente al activismo judicial en defensa de la Democracia⁷⁸.

La práctica de la Autolimitación exige consistencia, la cual tiene el riesgo de ser de la duración del periodo de ocho años que es el periodo de los magistrados de la Corte Constitucional en Colombia. En lo referente a las impugnaciones de tutela, las mismas deben tener vocación de prosperidad, sólo si se determina que la decisión impugnada es claramente errónea, lo que hace necesario establecer una prueba de racionalidad. Si bien es cierto no existe un catálogo unívoco de criterios de racionalidad, es posible enunciar aquellos que tienen mayor respaldo en la doctrina, a saber:

- Claridad y consistencia conceptual. Las sentencias serán más racionales cuando se construyen con argumentos claros y consistentes desde el punto de vista conceptual y lingüístico.
- Consistencia normativa. Que se reduce al tratamiento coherente en casos análogos.
- Saturación Todo argumento debe ser completo.

⁷⁸Ibídem. p. 534

- Respeto a la lógica deductiva que se traduce en que el fundamento de toda decisión constitucional será más racional en cuanto respete al máximo las reglas de la lógica deductiva. En la cual toda conclusión se infiere de las premisas.
- Consistencia argumentativa y coherencia. Implica ausencia de contradicciones entre las proposiciones que componen los argumentos de las decisiones de la Corte y la coherencia, establece que esas proposiciones tengan sustento en la normatividad vigente y en los valores comunes o en los principios generales. Ergo, una proposición interpretativa es más coherente, cuanto más se fundamente en conceptos generales propios del sistema o en cuanto más responda a las reglas de preferencia o de prioridad estatuidas en el sistema⁷⁹.
-

Respecto al comportamiento judicial frente al activismo se han encontrado diferentes posturas⁸⁰, a saber:

Posturas Antiactivistas

- Interpretativismo estricto u originalistas: Proponen que debe seguirse el tenor literal de la Constitución.
- No Interpretativismo moderado: Sostiene que la última palabra la debe tener el legislador y practica la autolimitación judicial, por considerar que los jueces carecen de origen democrático y de responsabilidades con electores.

Posturas Activistas

- Interpretativismo moderado: Encabezado por Dworkin, proclive a la idea de omnipotencia del juez, pero que para tomar sus decisiones el juez debe consultar el ordenamiento jurídico junto a la filosofía moral y la política y que el juez está investido de un rol progresista.
- No Interpretativismo estricto: Propone que cada generación debe interpretar la Constitución de acuerdo a su realidad, entendiendo que la carta política equivale a "Constitución viva".

La necesidad de Autolimitación se infiere del Art. 241 de la C. P. colombiana del cual se deduce la voluntad del constituyente de no sujetar a la Corte Constitucional al control de una autoridad externa, pero de ese texto, se advierte

⁷⁹Carlos Bernal pulido. *El Derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado, 2008, p. 64-65

⁸⁰Jairo Andrés Castaño Peña. Análisis económico del Activismo judicial: el caso de la Corte constitucional colombiana. *Revista Derecho del Estado*. N°31 Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013, p.129

que el poder conferido a la Corte para cumplir con la guarda de la Constitución debe ser ejercido en los estrictos y precisos términos de ese artículo.

“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”

De lo anterior, se deduce que si bien la Corte no tiene controles, sí tiene límites. Porque el verbo rector “decidir” presente en siete de las once funciones atribuidas en el citado artículo 241 tiene como significado “formar juicio definitivo sobre algo dudoso o contestable.” A lo anterior, se debe agregar que la Corte Constitucional en el ejercicio de sus funciones ha mostrado una tendencia activista en el sentido de extraer principios y valores del texto constitucional y de precisar de criterios interpretativos valorativos que le permiten cierta creatividad⁸¹.

Con la Autolimitación no se busca proclamar una sumisión absoluta de la Corte a los cánones establecidos pero sí se busca que la adecuación de las normas a las realidades nacionales obedezca a criterios de razonabilidad que sirvan como límites a una potencial arbitrariedad por una anarquía constitucionalizada, toda vez que según Montesquieu, quien tiene un poder tiende a abusar de él. La Corte no es la excepción.

En referencia al tribunal constitucional federal alemán, Schneider esboza que el principio de la autolimitación judicial en vez de iluminar la relación de la jurisdicción constitucional con los otros órganos del Estado, lo que hace es encubrir esa relación, partiendo de la premisa de la inexistencia de una sistematización provisional de las reglas de decisión y de los modelos argumentales del Tribunal

⁸¹Juan Carlos Esguerra P. *Nuestro Control de constitucionalidad no tiene controles, pero ciertamente tiene límites.* En: Justicia Constitucional. El rol de la Corte Constitucional en el Estado contemporáneo. Bogotá: Editorial Legis, 2006, p.82-89

constitucional⁸². La autolimitación judicial, no puede entenderse como una forma de poner a la Corte Constitucional colombiana en una situación de no cumplir sus funciones. Dicha figura no intenta evitar o dificultar el control constitucional.

Schneider, plantea que el Tribunal federal alemán practica de hecho, diversas formas de autolimitación judicial, limitando sus propias competencias de control sobre actos del legislativo y del gobierno, valiéndose de diferentes argumentos; pero el autor alemán, igualmente plantea que si bien es cierto el Tribunal federal constitucional ha desarrollado diferentes instrumentos, como tipos de control, modelos de argumentación y variadas decisiones con diferente intensidad de control, ese conjunto de instrumentos deben ser unificados y sistematizados, en aras de la seguridad jurídica.

Otro autor alemán, Rudolf Mellinghoff, cuestiona sobre si las amplias facultades que poseen los tribunales constitucionales los convierten en un probable actor político y agrega que hasta qué punto esa injerencia político-constitucional es admisible, necesaria o deseable y clama por soluciones que sean compatibles con el equilibrio de poderes en el Estado democrático de Derecho, agrega que no puede pasar inadvertido el hecho de que los tribunales constitucionales hacen parte de la estructura judicial de un país, con competencias definidas, específicas y plantea la necesidad de la autolimitación judicial, especialmente, en las cuestiones políticas. Argumenta que en algunos países se plantearon diferentes opciones sobre como limitar el poder de los tribunales constitucionales, pero que siempre se advertía un círculo vicioso en esta tarea, toda vez que los límites de la influencia político-constitucional del Tribunal, sólo pueden deducirse de la misma Constitución o norma fundamental y su deducción o definición es tarea del mismo tribunal, por tanto, existirá siempre el peligro de la extralimitación en la interpretación; de tal suerte que la última *ratio*, es que los magistrados integrantes

⁸²Peter Schneider. Jurisdicción constitucional y separación de poderes. Revista española de Derecho Constitucional. Núm.5. online,1982
file:///D:/INF%20SAL%2017%2003%202015/Downloads/REDC_005_035.pdf

del Tribunal constitucional contrarresten la necesidad de autolimitarse, mediante el apego estricto a la Constitución y a la fundamentación racional de sus decisiones, más el respeto por los estándares internacionales relativos a la interpretación constitucional⁸³.

En un salvamento de voto, al Auto 368/15 de la Corte Constitucional, Auto que rechazó por improcedente la solicitud de medida provisional, contra algunos artículos de Acto legislativo 02 de 2015, los magistrados Alberto Rojas Ríos y Jorge Iván Palacio Palacio, hacen un análisis de la doctrina de la autocontención judicial, así:

“A partir de la Segunda Guerra Mundial y con la consolidación del Estado Social de Derecho⁸⁴, muchos países establecieron Constituciones que se consideraron normas jurídicas que consagraron derechos y normas que son aplicables directamente por parte de las autoridades públicas.

En ese proceso, se crearon tribunales constitucionales que tenían la función de proteger la supremacía jurídica de la Carta Política y de materializar sus contenidos. De esta manera, la norma superior asignó a los órganos legislativos de cada Estado y en general todas las entidades públicas la obligación de respetar sus mandatos.

Sin embargo, con la supremacía de la Constitución, los jueces encargados de defenderla se verían revestidos de una amplia competencia. Esa atribución de funciones ha generado múltiples críticas contra las cortes constitucionales en todo el mundo, escenario que ha permitido el desarrollo de importantes discusiones acerca de los límites que estos tribunales deben tener.

En ese debate, se ha desechado la creación de un tribunal con una jerarquía superior a la corte constitucional con el fin de que controle a este juez, toda vez que esa medida duplicaría el problema y continuaría el dilema de quién vigila a los vigilantes.

Las tensiones derivadas del reparto de competencias entre el legislador, y en este caso el constituyente derivado, y los Tribunales Constitucionales, han sido resueltas por la jurisprudencia foránea acudiendo a principios tales como la autocontención judicial (judicial self-restraint), las “cuestiones políticas”

⁸³ Rudolf Mellinghoff, *Los tribunales constitucionales entre la autolimitación judicial y la injerencia político constitucional*. En: Anuario de Derecho constitucional latinoamericano. Montevideo, 2011

⁸⁴ Jorge Carpizo *El tribunal constitucional y el control de la reforma constitucional*. Instituto de investigaciones jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México (2011).

(political questions), entre otras. Ese concepto hace referencia a que los miembros de los tribunales constitucionales deben restringir el poder de las corporaciones a las que pertenecen, cuando son inexistentes los límites externos.

En términos generales, según el texto clásico de Thayer (1893), la autocontención judicial configura una limitante competencial de las decisiones adoptadas por cada uno de los poderes públicos del Estado⁸⁵.

Más recientemente, Posner⁸⁶ (1983) entiende la auto limitación judicial en términos de antónimo del vocablo “activismo judicial” (judicial activism). Así, el citado autor ha propuesto las siguientes 5 consecuencias de ese concepto, las cuales se traducen en límites al ejercicio de la función judicial, a saber: i) identificación de las posibles consecuencias institucionales que podría traer el ejercicio de un poder judicial excesivo; ii) el funcionario jurisdiccional no admitirá que sus decisiones se produzcan con el fin de posicionar sus posturas políticas; iii) el juez debe ser cauteloso y prudente en sus providencias cuando en ellas se discutan sus posiciones personales y políticas⁸⁷; iv) el funcionario jurisdiccional debe evitar los fallos que impliquen creación de derecho o normas de rango constitucional; y v) el juez debe ser consciente de las competencias que la Constitución asignó y su papel en el sistema político del Estado. Así mismo, debe respetar las otras ramas del poder público⁸⁸.

En ese mismo sentido, el profesor Posner sostiene que el concepto de autolimitación implica que el juez tenga una disciplina propia que restringe sus decisiones. Entre esas delimitaciones, se encuentra la sujeción a los estatutos de la entidad, el respeto por el precedente o las opiniones de sus colegas, así como poseer un firme compromiso que con la razón y con el Derecho se buscan decisiones justas.

Históricamente, la doctrina de la autocontención judicial fue creada por la Corte Suprema americana para delimitar los ámbitos de aplicación de la judicial Review, en las decisiones adoptadas por otros órganos estatales⁸⁹. Dicha garantía se concreta mediante una abstención del juez constitucional de abocar el examen de asuntos que desbordan sus competencias.

En concreto, la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América ha utilizado el concepto de autolimitación judicial en dos hipótesis. De un lado, ese tribunal ha usado esa doctrina para rechazar su jurisdicción sobre los

⁸⁵James Thayer, “The origins and the scope of the American Doctrine of Constitutional Law”, *Harvard Law Review*, 7 (1893), pp. 129.156.

⁸⁶Richard Posner, “The meaning of judicial self-restraint”, *Indiana Law Journal*, Vol. 59, No. 1, 1983.

⁸⁷Richard Posner, (1983). *The meaning of judicial self-restraint*. University of Chicago Law School. Journal Articles

⁸⁸Ibídem.

⁸⁹Jorge Portocarreño Q. “El rol de los principios formales en la determinación del margen de control de constitucionalidad”, *En Revista Derecho del Estado*, Núm. 27, 2011, p.82

temas relativos a la “doctrine of political question”, que significa desechar los casos que implican una pregunta política y no jurídica. De otro lado, dicha corporación ha aplicado la autolimitación cuando ha decidido declarar una ley inválida, siempre que vulnera claramente una norma de la Constitución⁹⁰.

Según Roche, las técnicas de la judicial self-restraint pueden ser de naturaleza procedimental o sustantiva. Se estará ante la primera cuando se evite avocar conocimiento, in limine, de temas que estén por fuera de su competencia; será la segunda, en los supuestos en que el juez entienda que no se está ante un tema de carácter judicial.⁹¹

El Tribunal Constitucional Federal alemán acogió en su momento la doctrina de la autocontención judicial, en los siguientes términos:

“El principio del judicial self-restraint, que se impone al Tribunal Constitucional Federal, no significa, de ninguna manera, el debilitamiento o limitación de sus competencias, sino que implica la prohibición de intervenir en asuntos de carácter político, es decir, de afectar el espacio de configuración política que ha sido creado y delimitado por la propia Constitución. Se refiere entonces a mantener intangible el espectro de decisión política de otros órganos constitucionales”⁹².

Al respecto, el ex-Magistrado del Tribunal Alemán, el Doctor Rudolf Mellinghoff, ha manifestado que:

“Los jueces del tribunal constitucional tendrán que delimitar sus competencias por sí mismos. Ante la ausencia de un límite inequívocamente establecido claramente delimitado entre la jurisprudencia y la política...

El ejercicio de las enormes atribuciones de poder de las cuales pueden gozar los jueces del tribunal constitucional requiere además que actúen con responsabilidad personal, integridad moral y respeto por la ética judicial y profesional. Los jueces serán merecedores de la confianza de la población si adoptan los estándares más altos en el ejercicio de su función y actúan de conformidad con las virtudes de un juez. Solo entonces personificarán con credibilidad su obligación de proteger la Constitución sin que se sospeche de su posible participación en la formulación de políticas bajo la protección de la toga.”⁹³

Del mismo modo, el entonces director de la Universidad de Wurzburg de Alemania, el profesor Reinhard Gunther, explica el funcionamiento del Tribunal alemán y la manera en que éste llega a una decisión sobre la validez de una

⁹⁰Vincent M. Barnett jr. (1940). *Constitutional Interpretation and Judicial Self-Restraint*. The Michigan Law Review Association. Vol. 39, No. 2, pp.213-217

⁹¹John Rocher, “Judicial Self-Restraint”, *American Political Science Review*, (1955), pp. 762-772.

⁹⁰Jorge Portocarreño Q. Op. Cit. p. 83.

⁹³Rudolf Mellinghoff, Op. cit.

norma de rango legal, decisión que significa discutir sobre el auto control de dicha corporación:

“Sustancialmente, las decisiones constatan la compatibilidad o incompatibilidad de una norma con la Ley Fundamental. A causa del principio de la autolimitación judicial, el tribunal emplea su competencia de reprobación solo en casos de inconstitucionalidad evidente. El “judicial self-restraint” obliga igualmente a considerar las consecuencias de una decisión, especialmente si se entrevé el peligro de perjudicar el funcionamiento normal del Estado”⁹⁴.

En pocas palabras, la doctrina de la autocontención judicial se orienta a limitar el grado de subjetivismo que puede acompañar las decisiones de los jueces respecto a la extensión de sus ámbitos competenciales”.

La autolimitación judicial, es un principio mediante el cual, la jurisprudencia foránea ha resuelto las tensiones derivadas del reparto de competencias entre el legislador y los tribunales constitucionales. En el caso colombiano, entiéndase Corte Constitucional.

Roberto Gargarella, ha hecho una defensa del activismo judicial para proteger derechos y lograr reformas sociales. Sostiene que “el Derecho maltrata a quienes debe cuidar, persigue a quienes debe proteger, ignora a quienes debe atención y sirve a quienes debe controlar⁹⁵”. Considera que uno de los fundamentos del Activismo judicial es una idea deliberativa de democracia.

El autor argentino, como solución al conflicto de derechos, plantea la jerarquización de derechos fundamentales basada en que el derecho que más hay que defender y proteger es el que está más cerca del nervio democrático de la Constitución y ese núcleo básico es el que tiene que ver con las reglas del juego democrático. Soporta su afirmación en el caso “*New York Times vrs.*

⁹⁴Reinhard Gunther, *El Tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania*. Versión escrita de la conferencia dictada el 13 de septiembre de 1984 en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Revista chilena de Derecho N°12, 1985, p. 89

⁹⁵Roberto Gargarella. *El derecho a la protesta, el primer derecho*. Buenos Aires: Adhoc,2005

*Sullivan*⁹⁶. Con base en ésta decisión, expone que el poder judicial debe prohijar hasta el final al que protesta con un debate vigoroso y deshinbido y abstenerse de ponerle límites generalizantes, como “el interés general” y “el bien común”, al que protesta. Igualmente, estima que el poder judicial no se hizo para combatir al que se expresa libremente y que mientras más dificultad tenga un individuo para acceder al poder, más razones existen para asegurarle especial protección⁹⁷.

Para el doctrinante, Riccardo Guastini, la doctrina de la *judicial self restraint*, se fundamenta en la deferencia que debe tenerse hacia el legislador democrático, ya que los jueces carecen de legitimidad democrática por no ser elegidos popularmente y agrega que los jueces no deben invadir las competencias del poder legislativo y que una ley no debe declararse inconstitucional, salvo cuando sea evidente e indiscutible su contradicción con la Constitución. Considera que aparentemente la autolimitación favorece la interpretación literal y permite a los intérpretes reconocer lagunas en el texto constitucional, en las cuales el legislador goza de discrecionalidad para decidir cómo aplica el texto⁹⁸. Por lo anterior, es evidente que el autor lo que quiere significar es que la discrecionalidad, ante las lagunas, es para el legislador, no para el intérprete.

Afirma que lo que busca la autocontención judicial, es poner un alto a la libre creación, busca adaptar los valores constitucionales a las necesidades de la vida real y que el activismo favorece la construcción de normas implícitas a partir de los principios constitucionales. Aclara que así como no existe una teoría de la

⁹⁶En la década de los años 60, ante una represión policial ordenada por el jefe de la policía contra unos manifestantes adeptos a Martin Luther King, los cuales actuaron contra el Director de la policía y en su acción utilizaron algunas mentiras en contra de éste. La Suprema Corte, tuvo que decidir entre el derecho al honor del jefe de policía quien sostenía que había sido injuriado por los activistas y el derecho de quienes protestaron en la manifestación. La Corte, se inclinó por defender el derecho a criticar el poder, porque en una sociedad representativa los ciudadanos delegan en el gobierno el control de las armas y del dinero y en ese contexto no se puede recortar el derecho a protestar contra el gobierno.

⁹⁷ Roberto Gargarella. *Carta abierta sobre la intolerancia. Apuntes sobre Derecho y protesta*. Buenos Aires: siglo XXI editores, 2006, p.27-28

⁹⁸ Riccardo Guastini. *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, Madrid: Trotta, 2008, pp.63-64

interpretación constitucional a la letra, deben distinguirse dos clases de interpretación literal: a) el primer tipo involucra utilizar las reglas lingüísticas vigentes al momento de emisión del texto constitucional, que es una forma de interpretación originalista. b) El segundo tipo, consiste en utilizar las reglas lingüísticas vigentes al momento en que se interpreta. Complementa, planteando que la diferencia entre esas dos clases de interpretación es válida cuando se interpretan textos constitucionales de vieja data y especialmente cuando el texto implica cláusulas abiertas⁹⁹.

Además, agrega que la teoría de la argumentación jurídica, sirve como medio para el desarrollo del autocontrol de la función judicial, en la medida que al funcionario judicial le compete legitimar su decisión con suficiente rigurosidad jurídica en el proceso de argumentación, ya que siempre, al interpretar el juez condiciona el sentido de la norma y ese condicionamiento implica que el fallo está más y mejor fundamentado, es decir, mejor justificado. Una interpretación se considera justificada cuando tiene respaldo en argumentos interpretativos admisibles. Cuando la decisión se fundamenta en argumentos inadmisibles se tiene por arbitraria¹⁰⁰.

Para entender el concepto de admisibilidad argumentativa y distinguirlo del concepto de inadmisibilidad argumentativa, se debe afirmar que lo que los diferencia son la habitualidad y la vinculación a algún valor central del sistema jurídico-político, características fundamentales de los argumentos interpretativos admisibles. La habitualidad se traduce en que esos argumentos interpretativos reúnen estas características:

⁹⁹Riccardo Guastini. Op. Cit. pp.65-68

¹⁰⁰Juan Antonio García Amado. Interpretar, argumentar y decidir. En: Anuario de Derecho penal. Lima, 2005 <http://www.geocities.ws/jagamado/currypub.html>. p.40

- a) Son muy usados en determinado momento histórico, su uso es frecuente en las sentencias y en la literatura jurídica, al momento de fundamentar las interpretaciones.
- b) Tienen gran aceptación y consenso previo entre los expertos en Derecho, sin cuestionamientos.
- c) Sientan preferencias significativas, lo que hace que el significado que avalan pase a verse como un significado justificado de la norma.

La vinculación con algún valor central del sistema jurídico-político, significa que el uso de ese argumento contribuye a asegurar el cumplimiento de la vigencia de ese valor y a incrementar la legitimidad del derecho que se interpreta¹⁰¹.

Para Nino, el amplio ámbito de discreción del que gozan los jueces y magistrados plantea dificultades especiales, como la dificultad contramayoritaria (los jueces no son elegidos por el pueblo y su procedimiento de elección carece de control popular directo, por tanto, es muy cuestionable que los jueces tomen decisiones con base en puntos de vista valorativos, concepciones ideológicas o con principios que no cuentan con la homologación de los poderes estatales que tienen representatividad popular, claro que establece una salida tangencial a su propio cuestionamiento, al afirmar: “¿qué otra cosa pueden hacer si tienen necesariamente que resolver casos que no están solucionados por normas originadas en esos otros poderes del Estado?”¹⁰².

De este modo, Nino justifica el uso de elementos extrasistemáticos, reglas o principios que no forman parte del sistema jurídico, porque la insuficiencia normativa no es una autorización para abstenerse de juzgar. Para Nino, el

¹⁰¹ Sergio Estrada En: *Algunas reflexiones en torno a la necesidad de una teoría del Derecho y de los casos difíciles acorde al contexto del Estado constitucional colombiano*. Rev. Opinión jurídica N° 15, U. de Medellín, 2009, pp.110-11

¹⁰² Carlos Santiago Nino. *Introducción al análisis del Derecho*. Buenos Aires: Ed. Astrea, 2005, p.433

concepto de Autolimitación o autocontención judicial es aplicable y lo respalda al afirmar: “los jueces no pueden ignorar los derechos sociales colectivos, pero deben atenerse a los que están homologados por los órganos que gozan de representatividad democrática”, empero, no pueden renunciar sobre la base de argumentos de autoridad, a su responsabilidad moral de decidir en virtud de principios válidamente considerados por ellos. Agrega, que esta es la única forma que tienen los jueces para cumplir con la intermediación encomendada, entre la coacción y la justicia¹⁰³.

Dworkin, a pesar de su crítica al positivismo jurídico, plantea como forma de restricción a la discrecionalidad, la distinción entre principios que establecen derechos, por un lado y las políticas que fijan objetivos sociales colectivos, por el otro. Planteando que los que establecen derechos se diferencian de los que fijan objetivos colectivos en dos rasgos: 1) los derechos son distributivos e individualizados, mientras que los fijan objetivos colectivos son agregativos y no individualizados. 2) Los derechos constituyen un límite o umbral en contra de medidas fundadas en objetivos colectivos, y que si un supuesto derecho cediera ante cualquier objetivo social legítimo, no sería un verdadero derecho. Dworkin, afirma que los jueces deben atenerse a juzgar de acuerdo con principios, pero que lo referido a políticas debe dejarlas a consideración de los otros poderes estatales, preferentemente a los órganos democráticamente electos¹⁰⁴.

Siguiendo con Dworkin, señala que otra forma de restricción a la discrecionalidad, es el requisito de “consistencia articulada” que significa que los principios utilizados por los jueces en sus decisiones, deben formar parte de un sistema teórico que además de justificar las otras decisiones que los jueces vayan a tomar, justifique también todas las normas institucionalmente reconocidas, de origen legislativo o jurisprudencial.

¹⁰³Ibídem. p.436

¹⁰⁴Ronald Dworkin. *Los derechos en serio*. Barcelona: Editorial Ariel, 1997. P. 150,158 ss

En España, el tema de la autolimitación judicial se ha concebido por parte de la doctrina como un mecanismo de articulación a las libertades ideológicas del juez, como su libertad de expresión, libertad religiosa y objeción de conciencia. Esa autolimitación judicial, también es utilizada en Bélgica y Francia como el “*Devoir de reserve*”, que implica para jueces y magistrados la obligación de abstenerse de realizar cualquier actividad que pueda dañar la imagen de independencia de la institución judicial para evitar dudas razonables sobre la capacidad de actuar como juez imparcial. De hecho, la Carta Europea sobre el Estatuto del juez, de 1998, en su artículo 42 regula este mecanismo que busca salvaguardar la imagen de imparcialidad de los jueces. Por tanto, se plantea que dado el importante coeficiente de discrecionalidad con que opera el juez, debe desarrollar un hábito de reflexiva tendencia a la autocontención y a la prudencia¹⁰⁵.

Ana Aba-Catoria, estima que entre más alto sea el nivel jerárquico del funcionario judicial, mayor es su obligación de expresarse con prudencia en los asuntos que puedan tener mayor repercusión en la función pública y agrega que debe terminarse con la predisposición existente, de creer que el juez que manifiesta su ideología no es capaz de proferir decisiones judiciales, imparciales¹⁰⁶.

Nino, considera que cuando los jueces deciden un caso con base en una regla o principio que no forma parte del sistema jurídico, es como si aplicaran retroactivamente una ley para derivar en una sorpresiva adjudicación de derechos, deberes o sanciones que las partes no habían anticipado, sin embargo, como ya se expresó, justifica una actuación así por la obligación del juez o magistrado de no abstenerse de fallar, alegando insuficiencia de leyes¹⁰⁷.

¹⁰⁵Rosario Serra Cristóbal. *La libertad ideológica del juez*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004 ,p.197

¹⁰⁶Ana Aba-Catoria. *La limitación de los derechos fundamentales por razón del sujeto: parlamentarios, funcionarios, reclusos*. Madrid: Tecnos,2001,p.181

¹⁰⁷ Carlos Santiago Nino. Op. Cit.p.433

4.5 Estado social de Derecho

Para precisar este concepto como un límite de las decisiones de la Corte Constitucional, es menester plantear que el principal dilema del Estado Social de Derecho a resolver es: Igualdad o libertad. Problema de vieja data planteado por Locke y por Hobbes cuando explicaban la necesidad de formar el Estado para concentrar en él todo el poder arrebatado a la sociedad como única posibilidad de garantizar la convivencia pacífica, ciertos márgenes de seguridad para el logro de la construcción de proyectos de vida menos traumáticos, evitando el caos que se deriva de las luchas internas. El sometimiento del individuo y de la sociedad a un único poder en esa primera etapa de la formación del Estado, implicó elegir entre la anarquía caótica o la tiranía del “Dios mortal” o Leviatán de Hobbes y obviamente lo más razonable fue escoger la segunda opción.¹⁰⁸ El “Estado de naturaleza” referido por los citados autores, establecía un estado de Igualdad en Libertad y no la disyuntiva actual del Estado social de Derecho: Igualdad o Libertad. Esa situación de igualdad en libertad aparentemente tan buena tenía una debilidad que afectaba la sana convivencia, la cual consiste en que en ese estado de naturaleza primigenio, todo hombre tiene derecho a castigar al culpable de cualquier falta que afectara esa convivencia, por tanto ese castigo derivaba en subjetivo y parcializado, Luego, para evitar la prolongación o perpetuidad de los castigos entre víctimas y agresores era preciso tener una autoridad suprema por encima de las partes que impartiera justicia. En lo referente al dilema planteado entre igualdad y libertad, actualmente se arrastra el dogma de que la libertad es consustancial a la naturaleza del hombre y que el Estado debe procurar una sana convivencia que permita mantener la libertad e igualdad originales propias del estado de naturaleza. La razón fundamental del Estado Social es que se estableció como el mecanismo idóneo para corregir la desigualdad social que se evidencia en las grandes diferencias de riqueza, poder y honores.

¹⁰⁸ Ignacio Sotelo. *El Estado Social. Antecedentes, Origen, Desarrollo y Declive*. Madrid: Ed. Trotta, 2010, p.33

Si se parte de la base de que el Estado surgió para proteger la propiedad, es evidente que en vez de nacer para garantizar los derechos y garantías individuales, lo que hizo el Estado fue fomentar la desigualdad social respecto a la propiedad y hacer diferencias entre quienes detentaban el poder y los que deben someterse al mismo, y entre las minorías económicamente beneficiadas y las mayorías carentes de lo básico para subsistir. Empero, sobre la riqueza, Rousseau expresa en “El Contrato Social” que “ningún ciudadano sea tan opulento que pueda comprar a otro, ni tan pobre que tenga que venderse”¹⁰⁹. Según Rousseau, el fin mayor de todos los bienes se reduce a la libertad y la igualdad. La igualdad, exige que el poder esté siempre exento de toda violencia y se ejerza sólo en virtud del rango y de las leyes. Para Rousseau, la libertad debe entenderse en su acepción de autonomía, toda vez que el individuo es libre porque él mismo establece las normas por la que se regirá y se autocontendrá, principio de autonomía que la tradición histórica ha demostrado que no es aplicable a las modernas democracias. Esencialmente se puede afirmar que el cumplimiento de toda obligación jurídica impuesta desde fuera, implica pérdida o disminución de la libertad. Siguiendo este concepto, puede afirmarse que en el caso de Colombia se da una doble pérdida de libertad, porque inicialmente, debe obedecerse la Constitución política y la ley, debidamente expedidas por la ANC (Asamblea Nacional Constituyente) y el Congreso y en un segundo momento deben obedecerse las decisiones de la Corte constitucional que al establecer el carácter obligatorio de su jurisprudencia para todos los operadores judiciales, so pena de incurrir en el delito de “Prevaricato por omisión.

Lo anterior, se torna potencialmente dañino para toda democracia, ya que se es libre en cuanto menos se dependa de los demás. Una cosa es cuando el Estado impone el cumplimiento de las normas para que exista el derecho, y otra bien diferente es que la Corte Constitucional imponga su propia jurisprudencia. El Estado social, surge en Alemania hacia 1881 con la implementación de un sistema

¹⁰⁹Jean Jacques Rousseau. *El Contrato Social*. Capítulo XI. Biblioteca virtual Universal, 2003

de seguridad social y su rango distintivo, que lo distingue del Estado bienestar, es que fortalece las relaciones capitalistas de producción, buscando la protección de los obreros, sin cuestionar esas relaciones. Por el contrario, el Estado bienestar cuestiona el sistema capitalista de producción al plantear la necesidad de reformas sustanciales que no vulneren la dignidad de las personas¹¹⁰. El Estado social de derecho, se soporta sobre el valor supremo de la dignidad, al igual que en Colombia, cuyo principio fundante se fija en el art. 1° de la Carta Política. Diferentes artículos de la Carta política nacional, soportan el concepto de Estado bienestar, como:

- ✓ La protección especial para el trabajo, aplicando el principio de favorabilidad para el trabajador y los convenios internacionales ratificados por la legislación interna. (art. 53)
- ✓ El establecimiento de un sistema de seguridad social integral. (art. 48)
- ✓ La protección especial para maternas, tercera edad, niños, adolescentes y discapacitados físicos y cognitivos. (arts. 43, 44, 45,46,47)
- ✓ La garantía de vivienda digna. (art. 51)
- ✓ Cogestión de las empresas por parte de los trabajadores (art. 57)

El Estado bienestar, parte de la premisa de que el capitalismo genera un orden social injusto y que el Estado debe intervenir corrigiendo y remodelando el orden económico con diferentes medidas como las ya descritas y la función social de la propiedad privada (art. 58).

El sostenimiento de una política de Estado Bienestar, así en teoría se hable de un Estado social de Derecho, involucra un alto costo de gasto público para obtener el éxito social y garantizar el cumplimiento de los fines esenciales del Estado descritos en el art. 2° de la Constitución Política: a) servir a la comunidad, b) promover a la prosperidad general, c) garantizar la efectividad de los principios,

¹¹⁰Ignacio Sotelo. Op. Cit. p.197

deberes y derechos consagrados en la Constitución y d) Asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Indudablemente, Con ese alto costo público se corre el riesgo que al igual que la república de Weimar se cause una debacle fiscal y financiera que haga imposible garantizar todos los derechos establecidos por la Carta Política y a esta situación potencialmente negativa para la viabilidad fiscal y financiera del Estado, no debe la Corte Constitucional, imponer otras cargas al gasto público. Colombia tiene un modelo económico y de Estado, diferente al que necesita la realidad social colombiana. Esa deficiencia estructural, debe ser corregida mediante los mecanismos de modificación que se autorizan en la ley y la C.P. y no por vía de decisiones de la Corte Constitucional.

Igualmente, el Estado colombiano no puede olvidar el fracaso de la República de Weimar que en Alemania permitió el ascenso del Nacionalsocialismo al poder. El histórico fracaso del Estado bienestar, que se percibe como una utopía irrealizable, debe servir como ejemplo histórico para que también la Corte Constitucional se imponga la Autolimitación judicial, que es una de las razones principales de esta tesis doctoral.

El límite que fija el Estado social de Derecho, deviene en el respeto por la división de poderes, esencia del constitucionalismo, como el medio más idóneo que el hombre tiene para asegurar su libertad y dignidad ante el Estado¹¹¹. El principio de legalidad nace como oposición al absolutismo que establecía que las acciones del soberano no tenían límite alguno, Por tanto, actualmente, todo acto jurídico debe derivar su fuerza de la ley o de la Constitución y por tanto la Corte Constitucional no puede reencarnar ese absolutismo que el principio de legalidad limitó. Si bien es cierto, la Corte Constitucional ha tenido amplia influencia en la

¹¹¹ Beatriz Elena Arcila Giraldo y Juan Carlos Hoyos Loaiza. *El rol del juez en el Estado social de Derecho*. Medellín: Editorial Universidad de Medellín, 2010, p.28

solución de “la cuestión social”, en otras oportunidades ha exigido intervención estatal directa e inmediata para combatir los efectos de la pobreza que indudablemente atenta contra la vigencia de los derechos fundamentales (sentencia T-533/92), no es menos cierto que la inmediatez y lo directo de la solución no puede ser en sede judicial por vía de la Acción de Tutela. Así se pierde la esencia de la división de poderes (art. 113 C.P) que únicamente autoriza la colaboración armónica entre las diferentes ramas del poder público y no la intromisión de alguna de ellas en las competencias de otra.

Dejar que la Corte asuma un rol diferente, provoca que ese órgano vulnere sus propios precedentes jurisprudenciales cuando en providencias como la C-776/03 y la C-1172/01, ha considerado que en el Estado social de Derecho no están permitidos los poderes ilimitados, porque lo que caracteriza al Estado democrático es la imposición de límites al ejercicio de la autoridad pública. Como ejemplo se puede citar el salvamento de voto de la sentencia C-700 de 1999, con el que dos magistrados de la Corte se separaron de la decisión mayoritaria que declara inexequibles en su totalidad los algunos artículos del decreto 663 de 1993 (estatuto orgánico del sistema financiero), que estructuraban el sistema UPAC, en virtud del cual Las corporaciones de ahorro y vivienda tenían como finalidad promover el ahorro privado y canalizarlo hacia la industria de la construcción, dentro del sistema de valor constante.

La UPAC se definía como la Unidad del poder adquisitivo constante. El fomento del ahorro para la construcción se orientaría sobre la base del principio del valor constante de ahorros y préstamos, determinado contractualmente. Para efectos de conservar el valor constante de los ahorros y de los préstamos, unos y otros se reajustarán periódicamente de acuerdo con las fluctuaciones del poder adquisitivo de la moneda en el mercado interno, y los intereses pactados se liquidarán sobre el valor principal reajustado.

En desarrollo del principio de valor constante de ahorros y préstamos consagrado se estableció la unidad de poder adquisitivo constante, UPAC, con base en la cual las corporaciones de ahorro y vivienda debían llevar todas las cuentas y registro del sistema, reducidos a moneda legal. Los magistrados disidentes, argumentaron que *“El papel institucional de la Corte le impide intervenir políticamente en los avatares y accidentes históricos de un producto financiero, por definición sujeto a las más variadas evoluciones y transformaciones, salvo desde luego que en la ley en la que ocasionalmente se reflejen esas vicisitudes pueda, en verdad, descubrirse un verdadero “vicio constitucional”. Si ha llegado la hora de eliminar un producto financiero o de transformarlo o mejorarlo, la democracia o el mercado se encargarán de hacerlo. Si no lo hacen, mal puede en su lugar hacerlo una sentencia de inexequibilidad, así ello le represente a la Corte ganarse la simpatía de grupos de interesados o de ciudadanos. El cometido de la Corte es otro y se ubica en un ámbito de acción y de responsabilidad bien distinto.”*, una pequeña reseña histórica del nacimiento de la UPAC, da cuenta de lo siguiente:

“Los intereses de las cuotas de los préstamos a largo plazo adquiridos en ese sistema variarían teniendo en cuenta la inflación. De esa forma la variación en las cuotas era proporcional a los cambios inflacionarios y los usuarios no perdían capacidad de compra y se les hacía más fácil ahorrar.

La UPAC (Unidad de Poder Adquisitivo Constante), que durante años promovió el ahorro y la compra de vivienda en Colombia y, además, dinamizó la construcción; sin embargo, un ‘mico’ en la Ley 31 de 1992 le dio al Banco de la República la potestad de fijar la forma en que se establecerían los valores a pagar dentro del sistema UPAC, procurando que se reflejen “los movimientos de la tasa de interés en la economía” y todo cambió.

Las variaciones en las cuotas dejaron de estar relacionadas con la inflación y empezaron a depender de las tasas de interés, específicamente a la tasa para

Depósitos a Término Fijo (DTF), una variable más voluble que la inflación. El cambio se hizo patente en la Resolución N° 18 del 30 de junio de 1995, en la que la junta directiva del Banco de la República estableció que desde el 1° de agosto de ese año el valor de la UPAC sería igual al 74% de la DTF de cada día¹¹². La Corte realizó una intromisión en funciones del Congreso, al no limitarse a su actividad de control judicial y dedicarse a fijar parámetros para la financiación para la adquisición de vivienda.

Pérez Luño, al explicar el tránsito al Estado social de Derecho expone que el paso del Estado liberal al Estado social de Derecho supuso una mutación en su significación jurídico-política, pero sin que ello implique que el Estado social haya dejado de ser Estado de Derecho. Y cuando refiere las principales condiciones que delimitan la actividad interpretativa y su incidencia en el plano constitucional, expone, entre otros: La interpretación no se realiza en el vacío, sino que se trata de una actividad contextualizada que se lleva a cabo en condiciones social e históricamente determinadas generadas por los usos lingüísticos de los que debe partir cualquier atribución de significado¹¹³. Los jueces que conocen de acciones de tutela y de constitucionalidad de temas exclusivamente económicos, no pueden excusarse por una posible incompetencia temática, pero lo anterior no les permite arrogarse competencias que no les corresponden¹¹⁴.

4.6 Seguridad jurídica

Como límite para la Corte Constitucional, debe entenderse la Seguridad Jurídica como la garantía de una interpretación previsible que evite o disminuya la problemática que puede generar una interpretación judicial discrecional. La

¹¹² <http://www.elespectador.com/noticias/economia/corte-constitucional-reabre-debate-el-upac-articulo-417361> publicado el 20 de abril de 2013 y leído el 17 de agosto de 2015

¹¹³ Antonio Enrique Pérez Luño. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos, 2010, p.263

¹¹⁴ Carlos Molina Betancur. *La Corte Constitucional, autoridad económica*. En: Corte Constitucional y economía. Medellín: Universidad de Medellín, 2010, p.16

seguridad jurídica entraña situaciones como: el respeto por los derechos adquiridos, el principio de irretroactividad de la ley y de los Actos Administrativos, el de la prohibición de la aplicación analógica para el régimen de prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades, la aplicación del principio de favorabilidad en la interpretación de las normas que regulan las relaciones laborales, la existencia del principio de progresividad y movilidad de la remuneración para todos los trabajadores, el principio de presunción de responsabilidad cuando se desarrollan Actividades peligrosas, el principio del *indubio pro reo*, la obligatoriedad de solemnidades para traspasar bienes inmuebles, la existencia de un Estatuto del consumidor que garantice los derechos de los consumidores frente a las empresas productoras y vendedoras de bienes y servicio o de servicios públicos domiciliarios, para los casos en que se puedan afectar su calidad de vida¹¹⁵.

La existencia de estos principios genera certidumbre en el ciudadano.

Por lo anterior y siguiendo a Ortega y Gasset, la Corte Constitucional colombiana a fuerza de hablar de justicia, no puede aniquilar el Derecho irrespetando su imperdurabilidad y su invariabilidad, para hacerlo inestable y mudable. A fuerza de interpretaciones poco ortodoxas. En lo referente a la estabilidad y el orden económico, la seguridad jurídica debe ser un claro límite que los jueces no deben cruzar tomando decisiones que afecten el equilibrio económico, generen inestabilidad y disminuyan el desarrollo económico. La seguridad jurídica implica que los destinatarios del Derecho puedan saber de antemano aquello que les está permitido o prohibido bajo pautas razonables de previsibilidad.

Radbruch, planteaba que la seguridad jurídica exige positividad del Derecho. La positividad es la que crea las bases de la seguridad jurídica. Conceptos que Pérez Luño critica, toda vez que la seguridad jurídica es un valor que puede darse o no,

¹¹⁵Gregorio Peces-Barba Martínez. *Diez lecciones sobre ética, poder y Derecho*. Madrid: Edit. Dickinson, 2010, p.156-157

ya que históricamente hubo casos de ordenamientos jurídicos con mínima seguridad jurídica, pero ninguno de esos ordenamientos jurídicos adoleció de positividad¹¹⁶.

La estabilidad del Derecho, es un presupuesto básico para generar climas de confianza en los destinatarios de la norma. Retomando el plurimencionado ejemplo, el art. 44 de la Carta política colombiana define el concepto de familia, pero por vía jurisprudencial la Corte da un alcance diferente a este concepto, actuación que contraría el dogma de plenitud, como característica de todo ordenamiento jurídico, porque ese dogma lo que hace es establecer un sistema de fuentes de derecho que son permitidos a los jueces como medio de integración de posibles lagunas que se presenten al momento de tomar una decisión judicial. Con base en el dogma de plenitud, se encuentran fuentes como los principios generales del Derecho, la ley, la costumbre, pero nunca el precedente jurisprudencial, al cual el art. 230 de la Constitución política, sólo le da un alcance de mero criterio auxiliar de la actividad judicial y no la obligatoriedad que la Corte impuso en forma autónoma.

Empero, a pesar de la existencia de esos límites explícitos en la C.P. el ejercicio de su función controladora, La Corte se muestra como un órgano, sin límites aparentes, con actividades que generan polémica.

Además de los referidos límites, se puede dar cuenta de otros límites de carácter orgánico y funcional.

Sección quinta: Límites internos.

A diferencia de los mencionados en la sección anterior, estos internos, existen como límites que sirven para inspeccionar al órgano controlador, es decir, como

¹¹⁶Antonio Enrique Pérez Luño. *La Seguridad jurídica*. Barcelona: Ed. Ariel, 1991, p.22

límites propios para el ejercicio del control que ejerce la Corte, como imperativos impuestos por la Teoría de la interpretación¹¹⁷. De estos límites, se destacan los siguientes:

- Principio de la Unidad de la Constitución. Según el cual, la Constitución debe ser abordada como un sistema armónico y coherente, de tal forma que la aplicación de una norma superior no debe contradecir o agotar el contenido de otras disposiciones constitucionales, sino que debe buscarse, en lo posible, interpretaciones que permitan la máxima efectividad de todas las normas de la Constitución¹¹⁸.
- Principio de la eficacia integradora de la Constitución. Este principio tiende a promover la integración social, al mantenimiento de la unidad política de la Constitución y a evitar las posibles desagregaciones políticas de la comunidad¹¹⁹.
- Principio del efecto útil, y Principio de eficacia. El efecto útil, se traduce en que el sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, debe preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno¹²⁰. El principio de eficacia, que busca “revertebrar” el ordenamiento jurídico, producto de leyes inconstitucionales¹²¹.
- Principio de la concordancia práctica o de coherencia lógica del orden. También denominado “principio de la compensación menos gravosa”, según el cual los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos deben

¹¹⁷ Carlos Mario Molina B. ¿Limitar o fortalecer la Corte constitucional? En: Corte Constitucional 10 años balance y perspectivas. Bogotá: editorial Universidad del Rosario, 2003 pág. 302 ss

¹¹⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-255 de 1997

¹¹⁹ Javier Pérez Royo, *Curso de Derecho Constitucional*, Madrid: Marcial Pons, 2014 p. 150

¹²⁰ Art. 1620 del Código civil colombiano.

¹²¹ Hernán Alejandro Olano García. *Tipología de nuestras sentencias constitucionales*. En: Revista Universitas, Bogotá: Universidad Javeriana N° 108,2004, p. 595-596

coordinarse de un modo tal que en la solución del problema, todos ellos conserven su identidad, a través de la ponderación coherente y proporcional de valores o bienes.

- Principio de permanencia constitucional. Significa que no hay práctica alguna o desuso que la pueda derogar o excuse su observancia¹²².
- Principio de respeto al precedente. Implica que los jueces deben de respetar el precedente jurisprudencial, toda vez que por la vía de la unificación jurisprudencial se respeta el principio de la igualdad, para dar trato igual a los casos análogos, y que los jueces para apartarse del precedente deben exponer clara y razonadamente los argumentos que tengan para apartarse de los precedentes. Principio que deviene en un rompimiento del sistema de fuentes romano-germánico que establece el art. 230 de la Constitución, mutándolo por el sistema del *Common law*, donde prima la concordancia de fallos para casos análogos, es la que guía a los demás poderes públicos para ejecutar y aplicar la norma.
- Principio de congruencia. para mantener la más estricta correspondencia entre lo que se solicita y lo que se resuelve, es decir evitar fallos más allá de lo pedido o cosas diferentes a lo pedido.
- Principio de armonización concreta. Este principio, impide que se busque la efectividad de un derecho mediante el sacrificio o restricción de otro. De conformidad con este principio, el intérprete debe resolver las colisiones entre bienes jurídicos, de forma que se maximice la efectividad de cada uno de ellos. La colisión de derechos no debe, por lo tanto, resolverse mediante una ponderación superficial o una prelación abstracta de uno de los bienes

¹²²Hernán Alejandro Olano García. *Hermenéutica constitucional*, Bogotá: Grupo editorial Ibáñez, 2009, p.143

jurídicos en conflicto. Esta ponderación exige tener en cuenta los diversos bienes e intereses en juego y propender su armonización en la situación concreta, como momento previo y necesario a cualquier jerarquización o prevalencia de una norma constitucional sobre otra. El principio de armonización concreta implica la mutua delimitación de los bienes contrapuestos, mediante la concordancia práctica de las respectivas normas constitucionales, de modo que se asegure su máxima efectividad¹²³.

- Principio de ponderación. En el caso de colisión entre derechos constitucionales, corresponde al juez llevar a cabo la respectiva ponderación. Mediante ésta, se busca un equilibrio práctico entre las necesidades de los titulares de los derechos enfrentados. Para Alexy, la ponderación NO formula nada diferente a la máxima de proporcionalidad en sentido estricto¹²⁴. Esta última determina que el medio necesario, sea coherente con el ordenamiento jurídico.

- Principio de interpretación conforme a la Constitución. Este principio, se traduce en que una ley no ha de ser declarada nula, cuando pueda ser interpretada en consonancia con la Constitución. En este caso se precisa que la inconstitucionalidad debe ser evidente para que la ley pueda declararse como nula¹²⁵.

- Principio de prevalencia legislativa. Según el cual, el juez debe tener en cuenta que el Congreso, es el representante directo del pueblo y es quien puede interpretar inicial y preferentemente las disposiciones que aplica¹²⁶. Además, la concretización de la Constitución corresponde al

¹²³Corte constitucional. Sent. T-425/95

¹²⁴Robert Alexy. *El concepto y la validez del Derecho*. Barcelona: Ed. Gedisa, 1997, p.171

¹²⁵Konrad Hesse, Op. Cit. p.72

¹²⁶Art. 150, nral 1. Constitución política

legislador y la Corte está vedada para cuestionar esa primacía del legislador, que es a quien le corresponde la conformación jurídica de las relaciones sociales¹²⁷

Sección sexta: El formalismo como defensa del principio de legalidad y del imperio normativo

Diversos fallos de la Corte Constitucional colombiana, lo que hacen algunas veces, es desconocer los textos constitucionales, cuya nítida, estructura semántica, respaldada en el principio de legalidad, debe derivar en una interpretación clara. Algunas de las providencias lo que permiten es convertir al juez constitucional en legislador, aumentan, en virtud de la aplicación de la teoría del precedente jurisprudencial, los márgenes de discrecionalidad de los jueces de menor jerarquía y en otros casos, la Corte se permite usurpar funciones del poder ejecutivo para convertirse en ordenador del gasto público y en otros eventos se permite ataques al positivismo semántico con interpretaciones proclives a la aplicación de los valores constitucionales, allende de lo expresado en los textos constitucionales. La interpretación así gestada erosiona los principios de legalidad y seguridad jurídica, socavando inexorablemente cualquier Estado de Derecho.

Otrora, Karl Schmitt propuso una doctrina de la existencia de una constitución material o de valores, que permitiría que el Estado constitucional estuviese fundado únicamente en valores subyacentes en el alma de la cultura alemana, toda vez que el autor alemán atacó la Constitución y el Estado de Derecho, y tenía animadversión por la ley, el poder legislativo, y consideraba que únicamente los valores históricos y culturales del pueblo alemán, debían importar. Así mismo, consideraba que la Constitución no es una norma o grupo de normas, sino que es una decisión del pueblo, que detenta el poder de *facto*¹²⁸.

¹²⁷Konrad Hesse. Op. Cit. p.73

¹²⁸Javier Tamayo Jaramillo. Op.Cit.. T.II, Medellín: Editorial Diké, 2011, p. 1412, 1449

Esta idea de Schmitt, legitima al juez constitucional para que no tenga en cuenta las normas constitucionales escritas

Como una crítica a la actuación “ilimitada” de la Corte Constitucional, es pertinente plantear que una situación que debe impedirse en las decisiones de la Corte Constitucional, es evitar que El juez se torne un colegislador o coordinador del gasto público y ahí radica la importancia de los límites referidos.

Como ejemplo se citan las siguientes providencias:

T-406/92 Para la Corte. El juez, en el Estado social de derecho también es un portador de la visión institucional del interés general. El juez, al poner en relación la Constitución -sus principios y sus normas- con la ley y con los hechos, hace uso de una discrecionalidad interpretativa que necesariamente delimita el sentido político de los textos constitucionales. En este sentido la legislación y la decisión judicial son ambos procesos de creación de derecho. Afirma esta providencia:

“La doctrina de la separación de poderes ha variado sustancialmente en relación con la formulación inicial. Aquello que en un principio tenía como punto esencial la separación de los órganos, cada uno de ellos depositario de funciones bien delimitadas, ha pasado a ser, en la democracia constitucional actual, una separación de ámbitos funcionales dotados de un control activo entre ellos. Lo dicho está en acuerdo, además, con una interpretación contemporánea de la separación de los poderes, a partir de la cual el juez pueda convertirse en un instrumento de presión frente al legislador, de tal manera que este, si no desea ver su espacio de decisión invadido por otros órganos, adopte las responsabilidades de desarrollo legal que le corresponden y expida las normas del caso. Este contrapeso de poderes, que emergen de la dinámica institucional, es la mejor garantía de la protección efectiva de los derechos de los asociados.”

La decisión contraría lo estipulado en el art. 230 de la Carta Política, Al plantear la posibilidad creativa de Derecho por parte del juez y el principio de separación de

poderes expresado en el Artículo 113. *Son Ramas del Poder Público, la legislativa, la ejecutiva, y la judicial.* Igualmente, se vulnera el artículo 345, que expresa:

En tiempo de paz no se podrá percibir contribución o impuesto que no figure en el presupuesto de rentas, ni hacer erogación con cargo al Tesoro que no se halle incluida en el de gastos.

Tampoco podrá hacerse ningún gasto público que no haya sido decretado por el Congreso, por las asambleas departamentales, o por los concejos distritales o municipales, ni transferir crédito alguno a objeto no previsto en el respectivo presupuesto.

C-370/06 que obliga al Estado a responder por todos los daños individuales y colectivos causados por los paramilitares que se hayan acogido a la ley 975 de 2005, deja en vilo las finanzas estatales, sustituyendo al ejecutivo en su función de ordenador del gasto.

C-006/96, al revisar la demanda parcial contra el artículo 73 de la ley 30 de 1992 que estipulaba: “**ARTÍCULO 73.** <Apartes tachados INEXEQUIBLES> Los profesores de cátedra no son empleados públicos ni trabajadores oficiales; ~~son~~ ~~contratistas y su vinculación a la entidad se hará mediante contrato de prestación de servicios, el cual se celebrará por períodos académicos.~~

~~Los contratos a que se refiere este artículo no estarán sujetos a formalidades distintas a las que se acostumbra entre particulares. El régimen de estipulaciones será el determinado por la naturaleza del servicio y el contrato podrá darse por terminado sin indemnización alguna en los casos de incumplimiento de los deberes previstos en la ley o en el contrato.~~

~~Estos contratos requieren, para su perfeccionamiento, el registro presupuestal correspondiente.~~

La Corte concluyó: que los profesores de cátedra tienen también una relación laboral subordinada, por cuanto cumplen una prestación personal de servicio, igual

a la que realizan los profesores de tiempo completo, de medio tiempo o los llamados ocasionales, ellos devengan una remuneración por el trabajo desempeñado y están sujetos a una subordinación como se les exige a los otros, como horarios, reuniones, evaluaciones, etc., contemplados en el reglamento. Entonces frente a esta similar situación de hecho que identifica la misma relación de trabajo subordinado de estos servidores públicos, debe corresponderles el mismo tratamiento en cuanto a prestaciones sociales, que deben pagárseles proporcionalmente al trabajo desempeñado. Otro tratamiento desconocería el principio de igualdad y de justicia y sería evidentemente discriminatorio. Esta interpretación sustituye al legislador y generó un alto impacto fiscal para todas las IES, que obligó a las Instituciones Universitarias, que en el caso de Colombia son diferentes de las Universidades¹²⁹ y que no reciben recursos de la Nación, a incrementar matrículas para poder cumplir con ese servicio público que es la educación, incremento que deriva en incremento de la deserción académica. Y que en el caso de las Instituciones oficiales, obligó a incrementar sus presupuestos para atender ese gasto de funcionamiento, generando un fuerte impacto fiscal para los entes públicos y para las finanzas públicas, toda vez que se impuso una nueva obligación prestacional, no querida por el Congreso como se desprende del texto del art. Expuesto. Es evidente la contradicción que se mantenga una parte del artículo demandado que dice: “*Los profesores de cátedra no son empleados públicos ni trabajadores oficiales*”, pero a pesar de que el artículo niega todo vínculo laboral con la Institución de Educación Superior y los docentes de cátedra, concluye que: “*estos profesores de cátedra tienen también una relación laboral subordinada, por cuanto cumplen una prestación personal de servicio, igual a la que realizan los profesores de tiempo completo, de medio tiempo o los llamados ocasionales a que se refiere el artículo 74. Ellos devengan una remuneración por el trabajo desempeñado y están sujetos a una subordinación como se les exige a los otros, como horarios, reuniones, evaluaciones, etc., contemplados en el reglamento.*”

¹²⁹Congreso colombiano, Ley 30 de 1992, artículos 16,17,18,19

Conclusión de capítulo

La Corte Constitucional Colombiana, en desarrollo de su competencia debe evitar situaciones como las que se enuncian a continuación:

- Pretender gobernar y no impartir justicia.
- Intentar invadir órbitas que deben estar fuera de su alcance para que no se presente el coloquial “choque de trenes”, entendido este como el enfrentamiento con las otras ramas del poder público o con los diferentes altos tribunales del país.
- Sugerir u ordenar al Congreso de la República o al ejecutivo que actúe en determinado sentido.
- Aplicar el darwinismo jurídico, también conocido como la prevalencia del derecho presumiblemente más fuerte.
- Enunciar principios aplicables a la ley o a la Constitución Política, que no fueron previstos en tales disposiciones y que cambian su sentido.
- Formular de forma vaga, abstracta e imprecisa principios que conducen a interpretaciones y decisiones valorativas.
- No olvidar que el logro de los fines esenciales del Estado social de Derecho, se logra respetando los principios básicos de toda democracia como la legalidad, la seguridad jurídica y que la adecuación de las normas a las realidades nacionales obedece a criterios de razonabilidad que sirven como límites a una potencial arbitrariedad por una anarquía constitucionalizada.
- Asimilar que el paso al Estado social de Derecho supuso una mutación en su significación jurídico-política, pero sin que ello implique que el Estado social haya dejado de ser Estado de Derecho.

Esencialmente, en este capítulo se quiere mostrar que la Corte Constitucional colombiana no debe desbordar su universo jurídico representado en la Constitución política, porque es allí solamente donde debe encontrar el

fundamento de sus decisiones y que sus alternativas jurídicas son finitas, demarcadas por esa barrera infranqueable que es el pacto social que recoge los principios y valores por los que se rige la sociedad. A la Corte Constitucional no le está permitido rebasar las posibilidades que le ofrece el texto constitucional. Si las rebasa, deja de realizar interpretación constitucional para entrar en el terreno de la ilegitimidad constitucional¹³⁰. Por el contrario, el legislador sí tiene infinidad de opciones políticas para responder por las múltiples demandas sociales¹³¹, y que las alternativas políticas son del legislativo, con los límites también fijados por la propia Carta política, y no de la Corte Constitucional así los parámetros de decisión de esta (ley y Constitución) tengan la doble naturaleza de ser jurídicos y políticos. Ergo, las limitantes presentadas pretenden reforzar la idea de que el juez constitucional no puede actuar como un superpoder ajeno a la norma fundamental que está llamado a defender.

En una de sus primeras sentencias, la C-113 de 1993, con ponencia de Jorge Arango Mejía, la Corte expresó:

“Inaceptable sería privar a la Corte Constitucional de la facultad de señalar en sus fallos el efecto de éstos, ciñéndose, hay que insistir, estrictamente a la Constitución. E inconstitucional hacerlo por mandato de un decreto, norma de inferior jerarquía. Pues la facultad de señalar los efectos de sus propios fallos, de conformidad con la Constitución, nace para la Corte Constitucional de la misión que le confía el inciso primero del artículo 241, de guardar la “integridad y supremacía de la Constitución”, porque para cumplirla, el paso previo e indispensable es la interpretación que se hace en la sentencia que debe señalar sus propios efectos. En síntesis, entre la Constitución y la Corte Constitucional, cuando ésta interpreta aquélla, no puede interponerse ni una hoja de papel”.

¹³⁰María Luisa Balaguer Callejón. *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*. Madrid: Ed. Tecnos, 1997, p.26

¹³¹Sandra, Morelli Rico. *La Corte constitucional: un legislador complementario?* Bogotá. Instituto de estudios constitucionales Carlos Restrepo P., 1997, p.48

De este aparte y con base en lo planteado en este capítulo, hay que agregar como conclusión dos cosas: 1) que no es tan cierto que la Corte se ciñe estrictamente a la Constitución y 2) que entre la Corte Constitucional y la Constitución, cuando aquella interpreta ésta, se pueden interponer muchas cosas.

Expresar que entre ambas no puede interponerse ni una hoja de papel, es una demostración de que la Corte no ha respetado unos límites naturales y que en sus sentencias ha cambiado el espíritu y el núcleo de la Constitución, para sustituirla por la decisión caprichosa y cambiante de sus magistrados¹³².

Igualmente, se agrega que toda interpretación debe ser coherente, razonable, sensata y moderada con el significado objetivo que los términos de la Constitución le confieren. Si un concepto no es ambiguo no debe la Corte Constitucional darle un significado que no tiene. Por otro lado, de lo expuesto se puede afirmar que la ponderación es una técnica de poder, que carece de estructura jurídica precisa y los jueces deberían decidir a favor de la moral social o como mínimo seguir las pautas trazadas por la moral social para que la decisión tomada goce de la receptividad esperada por el consenso social.

La afirmación de que toda decisión judicial debe ser razonable y coherente, implica que la razonabilidad se traduce en que una decisión judicial debe estar conforme con la prudencia, la justicia o la equidad que rigen para el caso concreto.

Alguna parte de la doctrina nacional colombiana, coincide en afirmar que: no está bien que sean los jueces quienes definan políticas públicas. Inclusive es preocupante que haga carrera la idea de pedir a la Corte Constitucional decisiones sobre políticas que no han sido definidas por las leyes. Es preferible que permanezcan sin definición. Desplazar la decisión hacia la Corte lesiona los

¹³²Jorge Enrique Ibáñez Najar. *Corte Constitucional: Autoridad económica?* En: Corte Constitucional 10 años balances y perspectivas. (Editor Académico), Carlos Mario Molina B. Bogotá: Centro editorial Universidad del Rosario, 2003, p. 242

contrapesos y balances propios de la separación de las ramas del poder y que La Corte no puede sustituir al Congreso y lo está haciendo. Las sentencias judiciales no pueden seguir invadiendo espacios reservados a las leyes o al ejercicio político. No importa el pretexto, la disculpa, la justificación. Eso es, por lo menos, un extravío de la jurisprudencia, que termina produciendo efectos nocivos sobre el Estado de Derecho¹³³.

A manera de crítica personal se afirmará que en el Derecho, el intérprete no puede crear libremente su propia interpretación, porque desconocer un texto para crear uno nuevo, no es interpretar, es legislar. Los jueces no pueden arrogarse capacidades creativas, bajo el manto de la interpretación, porque esto se convertiría en la negación del Estado de Derecho; en Colombia, la Constitución política en su artículo 10 establece que: el castellano es el idioma oficial de Colombia.¹³⁴ Por tanto, las palabras de la Constitución se deben interpretar acorde con el significado que tengan en el idioma castellano y no debe el juez constitucional dar un significado diferente a un término convencionalmente definido, creando una noción de metasemántica que le permita formular y aplicar significados ajenos al discurso jurídico cotidiano.

Si bien es cierto, existen artículos en la C.P. colombiana que pueden caer en la ambigüedad, como el artículo 216, que expresa:

La fuerza pública estará integrada en forma exclusiva por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional.

Todos los colombianos están obligados a tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan para defender la independencia nacional y las instituciones públicas.

¹³³Extravíos de la jurisprudencia. Bogotá: Diario El Espectador, publicado en septiembre 04 de 2014 y leído el 07 de septiembre de 2014 Dirección web fuente <http://www.elespectador.com/opinion/extravios-de-jurisprudencia-columna-514828>

¹³⁴ Constitución Política de Colombia

La Ley determinará las condiciones que en todo tiempo eximen del servicio militar y las prerrogativas por la prestación del mismo.

La redacción, presenta el referido problema interpretativo, ya que la expresión “los colombianos” tiene dos sentidos posibles. En un sentido, el artículo se referiría sólo a los colombianos varones y en otro sentido, abarcaría a todos los colombianos, varones y mujeres.

Pero en casos en los que no hay ambigüedad, es posible concluir que el margen de maniobrabilidad del magistrado de la Corte Constitucional no puede ser tan monumental que le permita adoptar una solución que minimice la previsibilidad y con esta, la seguridad jurídica¹³⁵.

La razonabilidad en las decisiones de la Corte implica que estas no deben admitir una separación de la realidad política con la social, previamente cualificada por la Constitución. La razonabilidad y la pertinencia de las decisiones de la Corte Constitucional son las que le permiten autolegitimarse ante la comunidad.

Esa autolegitimación operará en la medida en que logre conciliar las diversas concepciones de justicia consagradas en la Carta política, consolide los principios democráticos de autonomía, participación, pluralismo, respeto de los derechos humanos, pero siempre dentro del marco constitucional para que tenga claridad de su misión histórica, que le permita desempeñarse como el órgano responsable de los equilibrios sociales, colectivos y gubernamentales¹³⁶.

Para corroborar lo afirmado en este capítulo, ante la pregunta clave: ¿Las sentencias de la Corte Constitucional, son meros actos interpretativos de la Constitución que deben permanecer fieles al tenor literal de ésta, o son actos

¹³⁵ Alejandro Nieto. Op., Cit. p. 53

¹³⁶ Sandra Morelli Rico. Op. Cit. p. 56-57

innovadores de la Constitución a través de la interpretación? se puede afirmar que cuando la Corte Constitucional trasciende la interpretación para ingresar en la innovación de la Constitución, excede el poder jurídico para integrar un poder político por medio de la hermenéutica¹³⁷. La clasificación de los límites de la interpretación constitucional, en límites externos e internos, planteada , busca fundamentalmente en el caso de los primeros enfatizar la separación entre jurisdicción y legislación como una forma de limitar el activismo judicial. Respecto a los límites internos, se trata de señalar las condiciones que permiten verificar si la Corte Constitucional cumple con la función que el sistema jurídico le ha asignado: Realizar la justicia a través del Derecho, dictando decisiones jurídicamente correctas y justas¹³⁸

¹³⁷ Miguel Ayuso. ¿Hay un poder constituyente? En: El problema del poder constituyente, Madrid: edit. Marcial Pons, 2012, p.142

¹³⁸ Manuel Atienza. *Límites a la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos.* Isonomía , revista de teoría y filosofía del Derecho, N°6,1997 p. 7-30

CAPÍTULO II

DISCORDANCIAS CONSTITUCIONALES

Este capítulo pretende mostrar la existencia de discordancias constitucionales en las providencias de la Corte por las siguientes situaciones:

- ❖ Por conflictos de derechos fundamentales.
- ❖ Por interpretaciones valorativas que inaplican la Constitución.
- ❖ Por vulneración a los propios precedentes jurisprudenciales en la interpretación de los derechos.
- ❖ Por enfrentamientos con las otras ramas del poder público o con los diferentes altos tribunales del país.

Y analiza si son Justificables o no las decisiones contra Constitución o contra la identidad colectiva o los valores tradicionales

Por discordancias o conflictos constitucionales, la doctrina ha entendido las antinomias en concreto que no se pueden resolver con los criterios básicos de solución de antinomias, como: la jerarquía, la cronología y la especialidad, y que implican abandonar el razonamiento subsuntivo para resolver dichos conflictos normativos en favor de la razonabilidad jurídica¹³⁹.

De otro lado, algunos doctrinantes, como Juan Andrés Muñoz Arnau, y Tomas de Domingo,(citados por Fernando Castillo Córdova)¹⁴⁰ niegan la existencia de conflictos entre derechos fundamentales o los reducen a una mera apariencia,

¹³⁹Jorge Baquerizo Minuche. *Colisión de derechos fundamentales y juicio de Ponderación*. En: Revista jurídica online, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, Ecuador. Leído el 20 de marzo de 2013

<http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechoconstitucional/2010/03/03/colision-de-derechos-fundamentales-y-juicio-de-ponderacion>

¹⁴⁰Luis Fernando Castillo Córdova. *¿Existen los llamados conflictos entre derechos fundamentales?* En: Cuestiones Constitucionales N° 12. México D.F. UNAM: 2005, p.111,113

argumentando que si los derechos humanos son manifestaciones de la realidad unitaria y coherente que es la naturaleza humana, no es posible que puedan existir derechos contradictorios entre sí; y agregan que el principio de unidad de la Constitución Política favorece la interpretación armoniosa no conflictiva de los derechos fundamentales y que es necesario abandonar los mecanismos de interpretación constitucional que pretenden solucionar el denominado conflicto aparente de derechos fundamentales¹⁴¹.

Toda vez, que esos métodos lo que hacen es imponer la prevalencia de un derecho, desplazando el otro en aras de la vigencia plena y efectiva de los derechos fundamentales, vigencia que exige que los derechos fundamentales no se sigan concibiendo como realidades en conflicto. Los principales mecanismos utilizados por quienes plantean una visión conflictivista de los derechos fundamentales, son la jerarquía y la Ponderación y que el mecanismo es que los derechos fundamentales deben tratarse como realidades conciliadoras que permitan la vigencia armoniosa de todos los derechos fundamentales que carecen de contenidos contradictorios entre sí¹⁴².

Sección primera. Por Conflictos de derechos fundamentales

En Colombia, la Corte Constitucional ha dado una posición prioritaria o superior a unos derechos fundamentales, sobre otros, idéntica jerarquía, como se desprende de algunas sentencias, como la T-210/94¹⁴³.

¹⁴¹Castillo Córdova, Op. Cit. p.114

¹⁴² ibidem. p.108-109

¹⁴³Que resuelve conflictos entre el derecho a la intimidad y el derecho a la libertad de cultos, y resuelve tutelar el derecho a la intimidad personal y familiar del accionante, pero determinando que ante la injerencia arbitraria que produce el ejercicio del culto en la intimidad del titular del derecho tutelado y de su familia, es menester acudir a una interpretación sistemática de normas constitucionales y que la misma Constitución Política en el artículo 95, numeral 1° fija como límite el deber de toda persona de respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios. Y que ese mismo artículo 95 en su numeral 6° señala el deber de propender al logro y mantenimiento de la paz.

Sobre este tema de la prioridad de unos derechos sobre otros y continuando con la referencia a las sentencias de la Corte Constitucional colombiana, la sentencia T-83 de 2009 resuelve un conflicto entre la Autonomía Universitaria y el derecho fundamental a la educación. Respecto al primero de los derechos mencionados, sostiene la Corte que los límites a este “principio” son el orden público, el interés general, el bien común y que la autonomía universitaria no es una prerrogativa absoluta y que los reglamentos internos, como el docente, el estudiantil, el Estatuto general, entre otros, no pueden contener medidas que restrinjan injustificada y arbitrariamente el derecho a la educación.

Así como la doctrina nacional ha señalado unos principios fundamentales de toda sentencia de constitucionalidad, como: (i) Congruencia, para mantener la más estricta correspondencia entre lo que se solicita y lo que se resuelve, (ii) Motivación porque toda sentencia debe ser motivada, (iii) Colegialidad, porque como órgano colegiado y para evitar fisuras al interior de la Corte, la decisión final debe ser en el sentido que digan *in globo*, los jueces. (iv) Eficacia, que busca “revertebrar” el ordenamiento jurídico, producto de leyes inconstitucionales¹⁴⁴. Lo recomendable puede ser que también se vayan fijando unos principios fundamentales para la revisión de las sentencias de tutela. Uno de los modelos específicos utilizado por la Corte Constitucional, como es el de las sentencias de unificación de jurisprudencia, que buscan garantizar la efectividad de los derechos, unificar la interpretación razonable y disminuir la arbitrariedad, puede ser una alternativa.

El reglamento interno de la Corte Constitucional colombiana que fundamenta tales providencias, es del siguiente tenor

Artículo 54 A. Revisión por la Sala Plena. Modificado mediante Acuerdo 01 de 3 de diciembre de 2008, quedando en los siguientes términos: “Artículo 54 A.

¹⁴⁴Hernán Alejandro Olano García. *Tipología de nuestras sentencias constitucionales*. En: Revista Universitas, Bogotá: Universidad Javeriana N° 108, 2004, p. 595-596

Revisión por la Sala Plena. Cuando a juicio de la Sala Plena, por solicitud de cualquier magistrado, un proceso de tutela dé lugar a un fallo de unificación de jurisprudencia o la trascendencia del tema amerite su estudio por todos los magistrados, se dispondrá que la sentencia correspondiente sea proferida por la Sala Plena.

El referido artículo permite la revisión en sala plena por la trascendencia del tema. Una decisión que implique que un derecho fundamental tenga que ceder ante otro de igual preeminencia constitucional, torna el tema en una cuestión de trascendencia, que amerita una revisión por la sala plena y en temas de revisión de sentencias de constitucionalidad, la revisión no debería hacerse por salas de revisión.

En la sentencia T-83/09, la Corte dio prioridad al derecho a la educación, sobre la autonomía universitaria, acogiendo el principio de la prevalencia del derecho material sobre las simples formas, contemplado en el artículo 228 de la Constitución. En esta sentencia, la Corte hace la siguiente aclaración: Cuando el derecho a la autonomía y el derecho a la educación entran en conflicto, el juez debe realizar un juicio de ponderación a favor de la educación si el efecto del conflicto es su desconocimiento o negación y que el propósito de la ponderación no es excluir o eliminar el derecho a la autonomía, sino establecer una prelación a favor del derecho a la Educación en aras de impedir que sea suspendido o negado indefinidamente¹⁴⁵. Las sentencias T-254 de 2007¹⁴⁶ y la T-933 de 2005¹⁴⁷, dilucidan conflictos análogos al anterior.

¹⁴⁵Jurisprudencia Colombiana. Publicación Electrónica, Legis: Bogotá. 20013

¹⁴⁶Resolvió el conflicto entre el derecho a la autonomía universitaria, esgrimido por una Universidad privada, respecto a lo establecido en su reglamento Estudiantil, y el derecho a la educación de un estudiante que solicitó un reingreso al quinto semestre del programa Ingeniería de petróleos. El conflicto, se dirimió en favor del Derecho a la educación.

¹⁴⁷Prevalece el Derecho a la educación, cuando la Universidad, exige un paz y salvo al estudiante, como requisito de grado, por ser una medida gravosa y desproporcionada que desnaturaliza el derecho a la educación del estudiante. El conflicto, se evidencia entre la autonomía universitaria y el derecho a la educación. En este caso se hizo prevalecer el derecho a la educación, porque el cumplimiento de las obligaciones pecuniarias con la Universidad, ésta debió hacerlo efectivo a través de los medios jurídicos necesarios.

Igualmente, la sentencia C-900 de 2011 resuelve conflicto entre el derecho a la libertad de cultos y conciencia, la Autonomía personal y el derecho a la vida, priorizando la vida en el caso de los niños, pero en el caso de los adultos se prioriza la libertad de cultos.

En análogo sentido, está la sentencia T-588/98 en la cual están en conflicto el derecho a la libertad de conciencia y el derecho a la educación de los estudiantes, resuelve, afirmando la vocación de prosperidad de la objeción de conciencia presentada por los estudiantes, contra el docente accionado, expresando:

“Dentro del ámbito de la libertad de cátedra no pueden quedar cobijadas conductas anti-pedagógicas o arbitrarias que desconozcan el significado participativo del proceso de aprendizaje. La enseñanza de ritmos sólo puede alcanzarse si el estudiante interioriza movimientos y secuencias; este paso no puede exigirse a personas que por convicciones íntimas de carácter religioso rechazan ciertas danzas, puesto que en su caso la experiencia didáctica se torna negativa y cercenadora de su propio ser espiritual.

Aunque el docente goza de un ámbito autónomo para concretar un objetivo didáctico legítimo, la selección del medio debe respetar los sentimientos religiosos de sus alumnos y de los padres de familia.”

Como se evidenció, la Corte Constitucional colombiana ha declarado que el derecho a la autonomía universitaria, cuando entra en conflicto con el derecho a la educación, pierde la máxima jerarquía que el constituyente le otorgó al aprobar el texto constitucional y queda desplazado o sacrificado en virtud de la interpretación hecha por la Corte Constitucional que, goza en este caso de una suerte de discrecionalidad que deriva en la existencia de unos derechos de primera clase y otros de segunda, lo que configura una vulneración al contenido constitucional de los derechos¹⁴⁸.

Partiendo de la premisa de que no existen contenidos de derechos constitucionales que perjudiquen la convivencia social y el bien común o el interés

¹⁴⁸Luis Fernando Castillo Córdova. Op. Cit. p.107

general, como los entiende la teoría conflictivista¹⁴⁹, se puede defender la teoría de la imposibilidad de colisión entre derechos fundamentales, sostenida por Castillo Córdova, porque no existe contenido alguno de derecho, que se formule al margen del bien común al plantear que el principio de unidad constitucional, favorece una interpretación más armónica¹⁵⁰. Teoría en la que también afirma, que las pretensiones existentes en torno a esas realidades jurídicas concretas llamadas “derechos fundamentales”, son las que determinan un conflicto concreto ante la imposibilidad de definir con precisión, los límites o fronteras de cada uno de los derechos fundamentales, casos en los que es necesaria una interpretación sistemática de todo el texto constitucional, para poder encontrar unos dispositivos normativos, o de las normas internacionales (pactos o tratados de derechos humanos) que tienen un rango supraconstitucional por disposición de la Carta Política que dispuso en su art. 93. *“Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.*

Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”¹⁵¹.

Se puede afirmar que el mecanismo de enfrentar unos derechos con otros, para determinar cuál de ellos tiene mayor peso, inevitablemente conduce a lesionar un derecho de máxima jerarquía constitucional que no debe quedar relegado a otro de igual categoría, por esa suerte de discrecionalidad que toda actividad de interpretación o aplicación del derecho tiene y en la que la ponderación no es la excepción¹⁵².

¹⁴⁹Tomás de Domingo, *Conflictos entre derechos fundamentales?*, Madrid, Centro de Estudios Políticos Constitucionales, 2001, p.357

¹⁵⁰Luis Fernando Castillo Córdova. Op. Cit. p.114

¹⁵¹Constitución Política de Colombia. Legis, Bogotá, 2016

¹⁵²David Martínez Zorrilla. Op. Cit. p. 162

Un sector de la doctrina nacional, plantea que los problemas que se derivan del control de constitucionalidad en temas como la forma en que éste se debe ejercer y sobre los límites al órgano que lo ejerce tienen una alternativa de solución a raíz de los cambios históricos que impactan en los cambios en el Derecho. Solución, que debe entenderse no como un aumento del grado de racionalidad en la decisión judicial, sino como una disminución o control de la discrecionalidad cuando se adopta la decisión judicial¹⁵³.

Como una novedad de la solución, se plantea que en Colombia es menester modificar la ley 270 de 1996¹⁵⁴, para establecer que en materia de control de constitucionalidad, ya sea concentrado o difuso, debe elaborarse por parte de los magistrados una argumentación que redunde en un equilibrio entre los discursos: moral, político y jurídico representados en la Constitución y que satisfagan un mínimo criterio de racionalidad para realizar una democracia real, toda vez que las decisiones judiciales que se soportan en un solo tipo de discurso conducen a decisiones que colisionan con cualquiera de los otros dos aspectos referidos en los que se despliega la norma constitucional¹⁵⁵. Se lograría así una comprensión del universo constitucional a partir de sus caracteres político, axiológico y jurídico, como una forma de superar la eventual discriminación que se vislumbra en oportunidades, cuando la decisión judicial se construye solamente a partir de la teoría jurídica, sin tener en cuenta lo político y lo axiológico que caracterizan una Constitución. La referida modificación de la ley Estatutaria de administración de justicia, busca que la norma permita al operador jurídico, juez, magistrado, evidenciar sus razones políticas, morales y jurídicas que fundamentan su decisión, porque de esta forma todo control realizado se fundamentaría en los tres niveles. El artículo propuesto sería:

¹⁵³Sergio Estrada Vélez. *Los límites de la Corte constitucional como presupuesto para el mantenimiento del orden constitucional: propuestas de control*. Revista Opinión jurídica, N° 11 U. de Medellín, 2007, p.26

¹⁵⁴Ley Estatutaria de la administración de justicia, que en su artículo 48 fija el alcance de la sentencias en el ejercicio del control constitucional.

¹⁵⁵Sergio Estrada Vélez. Op. Cit. p.25

Todo funcionario está obligado a aplicar la norma constitucional. Para ello deberá señalar las razones políticas, morales y jurídicas que soportan su decisión.

El evidenciar las diferentes clases de razones que soportan la decisión judicial genera un amplio margen de credibilidad y elimina el peligro para el funcionario judicial de incurrir en conductas penales como el prevaricato y permite conocer qué hay detrás de la decisión judicial para evitar el albur del juego de dados que se mencionó en la introducción y que arroje cualquier respuesta.

Ante este panorama, agrega Estrada que para desarrollar la argumentación constitucional debe demostrarse la utilización de los llamados niveles de argumentación pragmático, axiológico y normativo, que se encuentran en una argumentación de principios que son los únicos que condensan los mínimos acuerdos de convivencia social y que por tanto la función del juez constitucional no puede desarrollarse bajo la idea “pura” del Derecho, porque el Derecho como expresión cultural que es para ser interpretado permite la incorporación de nuevos elementos fácticos y axiológicos. Esa vinculación de elementos exógenos al Derecho ha sido predicada por autores como Habermas, quien afirma que en el discurso jurídico, además de las razones jurídicas propias del Derecho también se hacen oír razones morales, éticas, empíricas y pragmáticas¹⁵⁶.

Si se parte de la premisa de que toda Constitución es un acuerdo de mínimos en una sociedad de relaciones dinámicas, ese carácter cambiante y abierto de la Constitución no permite que los juicios de constitucionalidad se limiten exclusivamente al concepto de Derecho, más aún, cuando la Constitución como objeto de control es político, ergo, nunca el control constitucional dejará de tener matices y connotaciones políticas, pero, como se advirtió, el problema

¹⁵⁶Sergio Estrada *En*: *Los límites de la Corte constitucional como presupuesto para el mantenimiento del orden constitucional: propuestas de control*. Revista Opinión jurídica N°11]U. de Medellín, 2011 p.27

fundamental del control constitucional no es que tenga carácter político, sino la falta de un equilibrio entre lo axiológico, lo político y lo jurídico, equilibrio que sólo se lograría si existiera un modelo de control de constitucionalidad que garantizara la primacía constitucional, bajo la perspectiva de los principios como criterio de legitimación racional, como medio de expresión de la soberanía jurídica del poder constituyente. Ya que el sutil nexo entre la moral y el Derecho sólo puede ser advertido con los principios¹⁵⁷. Como una aproximación al problema de los nexos entre moral y Derecho, no sobra advertir que cuando el tipo de moral vinculada al Derecho refiere la moral personal o interna del operador jurídico el asunto se torna en preocupante porque se estaría permitiendo que el magistrado se sirviera de su potestad para imprimir por vía de decisión judicial su convicción íntima de moral y no el de moral colectiva, quedando latente la posibilidad de vulnerar la seguridad jurídica y el principio de legalidad.

Asunto distinto es que la moral que se asuma es la que está vinculada con expresiones culturales equivalentes a la razón pública, porque ahí se desvanece la preocupación por la infracción a la seguridad jurídica, ya que no es la moral de quien toma la decisión, sino la moral de la comunidad¹⁵⁸. Igualmente, siguiendo a Estrada, se plantea que la moral vinculada al Derecho subyace en los principios jurídicos, que son los que sirven para concretar los valores que fluyen de la Constitución política. Empero, la sola definición del concepto “principios constitucionales” no ha sido pacífica en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. De hecho, dos sentencias que datan de los primeros años de la nueva “vida” interpretativa constitucional de Colombia, también han derivado en evidentes contradicciones. La sentencia T-406 de 1992, indica que los principios son normas de aplicación inmediata para el legislador y para el juez constitucional. Por el contrario, la sentencia C-083 de 1995, expresó:

¹⁵⁷ Sergio Estrada Vélez. Op. Cit. p.17

¹⁵⁸ Ibídem. p.20

No hay duda de que la situación descrita, por vía de hipótesis, es una situación límite, nada frecuente, pero demandante de una previsión del propio ordenamiento. El nuestro, lo autoriza a recurrir a contenidos extrasistemáticos, a los que el propio sistema refiere formalmente V.gr.: el derecho natural, la equidad, los "principios generales del derecho", expresiones todas que claman por una concreción material que sólo el juez puede y debe llevar a término. Se trata entonces de principios que no satisfacen las condiciones de la regla de reconocimiento y, por ende, no hacen parte del ordenamiento pues no son materialmente reductibles a la Constitución. Según expresión afortunada de Carrió "pueden ser llamados 'principios jurídicos' en cuanto se refieren a aquél (el derecho) pero no en cuanto partes de él" Y añade: "el uso judicial de ellos puede conferirles, en el mejor de los supuestos, el rango de candidatos a integrar el sistema, una vez que ese uso adquiera consistencia, regularidad y carácter normativo suficientes como para considerar que las pautas aplicadas son normas jurisprudenciales en vigor", o se incorporen al ordenamiento - agrega la Corte- por disposición del legislador.

Es decir, de una norma de aplicación inmediata en 1992, la Corte los reduce a la categoría de meros candidatos a integrar el sistema jurídico, porque no satisfacen las condiciones de la regla de reconocimiento y es el legislador quien debe incorporarlos al ordenamiento.

Los principios son el fundamento del ordenamiento jurídico y especialmente de los derechos fundamentales y se convierten en herramientas útiles para evitar los choques o conflictos entre la seguridad jurídica y la justicia, ya que una decisión aparentemente muy conveniente o legítima, cubre el nivel político. Si es muy justa, cubre el nivel moral, si es muy válida, cubre el nivel jurídico. Se reitera que lo que debe interesar es que la decisión judicial no esté soportada únicamente en uno solo de los niveles y el mecanismo posible para lograr el equilibrio de los tres niveles es la argumentación jurídica como forma para determinar las mejores razones en la configuración de las decisiones y así se evitaría la existencia de controles formales u orgánicos para las Cortes y Tribunales constitucionales, los que desdibujarían su función de órgano de cierre del sistema. La argumentación constitucional es el procedimiento de concreción de los aspectos éticos y políticos

que se relacionan con el Derecho, para limitar el ejercicio arbitrario del control de constitucionalidad¹⁵⁹.

La argumentación constitucional se constituye potencialmente en una forma de controlar la discrecionalidad de los tribunales constitucionales. Esa argumentación debe buscar concretar el sentimiento constitucional de la comunidad, para no poner en riesgo la legitimidad de los magistrados de la Corte Constitucional como operadores jurídicos superiores. Para seleccionar el tipo de argumentación el magistrado no debe elegir discrecionalmente, para evitar inconvenientes como el uso de un Derecho ajeno a la realidad, pérdida de seguridad jurídica, o la infracción al principio de la separación de los poderes públicos. Por tanto, la argumentación utilizada debe asumir el compromiso de considerar los tres niveles de representación de la realidad constitucional: axiológico, jurídico y político, que a decir de Atienza no son incompatibles entre sí, que por el contrario deben ser tratados como niveles complementarios¹⁶⁰.

Para delimitar el contenido jurídico de un derecho fundamental, la Corte Constitucional colombiana ha optado por los caminos de la ponderación, del contenido jurídico esencial o por el de las interpretaciones valoristas. El camino del contenido esencial, deja abierta la inquietud, sobre la posibilidad de un contenido no esencial en todo derecho fundamental. Sobre esa labor hermenéutica de la Corte Constitucional colombiana cuando busca definir los contornos o fronteras de un derecho fundamental, como mecanismo para defender de las extralimitaciones del poder político, trataré otro capítulo, pero en este acápite es menester distinguir cada una de las vías escogidas por la Corte.

Barquerizo Minuche, expresa que una antinomia normativa o colisión entre normas jurídicas, se advierte cuando dentro de un mismo sistema jurídico se imputan

¹⁵⁹Sergio Estrada V. Op. Cit. p.23

¹⁶⁰Manuel Atienza. *Derecho y Argumentación*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1987, p.50

consecuencias incompatibles a las mismas condiciones fácticas¹⁶¹, en este sentido Dworkin y Alexy, consideran que hasta el momento la forma más apta para resolver la colisión de derechos fundamentales es el juicio de ponderación¹⁶². Actividad que consiste en sopesar dos principios que entran en colisión para determinar cuál de ellos tiene más peso en las circunstancias específicas, toda vez que los derechos fundamentales tienen la estructura de principios y como es sabido en todo ordenamiento jurídico no se compone únicamente por reglas, sino también por principios, que son normas que tienen la estructura de mandatos de optimización por la ausencia de un presupuesto de hecho¹⁶³. Según Dworkin, los principios están dotados de la propiedad del peso, propiedad de la que carecen las reglas¹⁶⁴. Tal distinción ha permitido que al interior del activismo judicial, exista la corriente llamada Interpretativismo moderado, Encabezado por Dworkin, proclive a la idea de omnipotencia del juez, pero que para tomar sus decisiones el juez debe consultar el ordenamiento jurídico junto a la filosofía moral y la política y que el juez está investido de un rol progresista. Para Dworkin, la diferencia entre reglas y principios, plantea dos criterios de distinción:

(i) Desde la lógica se da una diferencia en razón de la solución que ofrecen, las reglas plantean al operador jurídico la disyuntiva del “todo o nada”, es decir el juez debe aplicarla completamente si el supuesto de hecho previsto en la regla se evidencia o aparece; si este supuesto de hecho no es verificable o surge una excepción planteada por la misma regla el juez o el operador no pueden aplicarla, dado la estructura condicional de la regla: “supuesto de hecho” → “sanción”.

¹⁶¹Jorge Barquerizo Minuche. Revista jurídica de Derecho público. Guayaquil, <http://mmcdesign.com/revista/wp-content/uploads/2009/07/1-colision-derechos.pdf>

¹⁶²Ronald Dworkin. *Los Derechos en serio*. Barcelona: Ed. Ariel, 1997 p.77 y Robert Alexy. *El concepto y la validez del Derecho*. Barcelona: Ed. Gedisa, 1997, p.206

¹⁶³Robert Alexy. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios políticos y Constitucionales, 1997 p.87

¹⁶⁴Ronald Dworkin. Op. cit. p.77

Por el contrario, los principios no determinan las consecuencias jurídicas que deben producirse tras su aplicación y no establecen claramente, en cuales situaciones deben aplicarse, ni cuáles son sus excepciones.

(ii) El segundo criterio de diferenciación, ya mencionado, es el del criterio de importancia o del peso específico y ese peso es el que permite que el juez o magistrado construya y fundamente la decisión que le permitirá solucionar los casos en los que diferentes principios puedan colisionar y que la decisión adoptada se traduce en un juicio de valor relativo al caso específico, donde el principio de mayor peso es el que determinará el sentido de la decisión. Por tanto, el juicio de valor es concreto sobre la subordinación de un principio a otro, y no es un juicio de valor abstracto. Esta situación no se da con los conflictos entre reglas, porque el criterio no es el peso, sino los tradicionales criterios de superioridad, posterioridad, especificidad¹⁶⁵.

Alexy, fundamenta su diferenciación, entre reglas y principios en una crítica al primer criterio planteado por Dworkin, de la aplicación a la manera del “todo o nada”, que predica de las reglas, ya que argumenta que la aplicación de esa manera, implicaría tener un previo reconocimiento de todas las excepciones a las reglas, lo que se torna en inverosímil por la imposibilidad de conocerlas todas¹⁶⁶. Agrega que la diferencia es sólo de grado, ya que los principios son más generales y abstractos y que estos últimos son meros mandatos de optimización que pueden ser cumplidos de diferentes grados¹⁶⁷.

Para definir ese “peso” se acude a la ponderación que es un procedimiento que define conflictos entre derechos fundamentales o entre principios. Define el mayor peso de un principio frente a otro. Se asume como el mecanismo que permite

¹⁶⁵Carlos Bernal Pulido. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2007, p.578

¹⁶⁶ *Ibidem*. p.578

¹⁶⁷Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 1993, p.140

concretar la proporcionalidad; es un medio, o puede serlo de demostración de la razonabilidad de una interpretación y se desarrolla en tres momentos¹⁶⁸:

- a) Adecuación: Que es la definición de los medios más idóneos para la protección del derecho (idoneidad o aptitud).
- b) Necesidad: Es la fase en que de todos los medios previamente adecuados, se define el que mejor proteja al fin que se busca.
- c) Proporcionalidad en sentido estricto: Determina que el medio necesario, sea coherente con el ordenamiento jurídico.

Sobre la ponderación, la discusión no ha sido pacífica. De hecho, existen tendencias en la doctrina jurídica que plantean las dificultades y beneficios en el uso de la ponderación. Guastini y García Amado, son de la posición que sostiene que el uso de la ponderación se traduce en un aumento ilimitado de la discrecionalidad que puede derivar en la arbitrariedad. Por el contrario, Alexy, Bernal Pulido y Prieto Sanchís, plantean que la ponderación auxiliada por la argumentación es una importante posibilidad de disminuir o limitar la discrecionalidad, planteamiento que tiene diferentes matices¹⁶⁹. Se afirma que la ponderación lo que hace es delimitar el tema sobre el cual debe decidir el juez, no busca fijar la decisión del juez, por eso se asevera que la ponderación exige previamente la determinación razonable del fin a proteger, toda vez que la equívoca elección del fin a proteger puede afectar el juicio de proporcionalidad¹⁷⁰.

La adecuada escogencia y determinación del fin a proteger permite que no aumenten los conflictos. Vg. En el caso del matrimonio de parejas del mismo sexo, si se escoge que el fin del ordenamiento es proteger el matrimonio hombre-mujer, por la aptitud de éstos para procrearse, inevitablemente se concluiría que el

¹⁶⁸Sergio Estrada V. *Dos ejercicios de ponderación a propósito del matrimonio y la adopción en parejas del mismo sexo*. Opinión jurídica N°19, Universidad de Medellín, 2011, p.24

¹⁶⁹Ibidem. p.24-25

¹⁷⁰Ibidem. p.25

matrimonio entre parejas del mismo sexo, se debe prohibir. Pero si se determina que el fin del ordenamiento es proteger el concepto de familia, con base en el reconocimiento de todo ser humano a ser diferente, entonces el resultado es diferente, porque no importará el sexo de quienes deseen constituir la familia. Como se observa, si la razón para escoger el fin objeto de protección es de orden biológico (permitir la procreación), o de orden, teleológico (el fin del matrimonio es conservar la especie)¹⁷¹, o de o de orden literal (cómo se define el concepto de familia en la Constitución), o de orden *prohomine* (igualdad o libre desarrollo de la personalidad), nunca podrá hablarse de obtener una única decisión correcta, porque la ponderación como vía permite llegar a conclusiones disímiles. La ponderación, surge como un parámetro interpretativo nuevo propio de los principios constitucionales en los que subyacen unos valores constitucionalizados, que exigen un trabajo hermenéutico que permita aplicarlos justificada y razonablemente a casos concretos, pero que no permite que el juez constitucional pueda mimetizar como decisión del poder constituyente, una decisión suya, manos o menos libre. Éste parámetro interpretativo se ha hecho necesario para comprender el contenido de los textos constitucionales promulgados con posterioridad a la segunda guerra mundial. La pretensión de explicar esos textos es lo que se conoce como neoconstitucionalismo, textos que se caracterizan por su alto contenido de normas sustantivas condicionantes de la actuación del Estado a través de la ordenación de específicos fines y objetivos.

La Constitución política de Colombia, es un claro ejemplo del tipo de cartas constitucionales referidas, que igualmente, no se limitan a señalar competencias o a separar los poderes públicos¹⁷².

¹⁷¹ ibídem. p.38

¹⁷²Miguel Carbonell. *El neoconstitucionalismo en su laberinto*. En: Teoría del neoconstitucionalismo. Madrid: ed. Trotta, 2007,p.10

Bernal Pulido¹⁷³, en referencia a Prieto Sanchís, plantea que el neoconstitucionalismo defiende simultáneamente las tesis siguientes:

- La Constitución tiene un denso contenido sustantivo, conformado por normas que condicionan el poder respecto a lo que puede y qué es lo que debe decidir.
- La constitución tiene una innata garantía de protección encomendada a los jueces.
- La omnipresencia de la Constitución, toda vez que la fuerza expansiva que tienen los derechos fundamentales permite que estos irradian todo el sistema jurídico.
- No establece condiciones de precedencia de unos derechos sobre otros y como la Constitución es abierta y habla con muchas voces, se produce una pluralidad de mundos constitucionalmente posibles que es proclive a arrojar razones distintas y contradictorias, al establecer una regulación principialística.
- La aplicación de la Constitución se hace mediante la ponderación, que como forma de argumentación permite la construcción de una jerarquía móvil entre los principios que entran en colisión, lo que es igual a que se establece cuál de los principios debe preceder de acuerdo a las circunstancias de cada caso concreto.
- Esa clase de Constitución, no permite delimitar las fronteras entre la ley y los derechos fundamentales, lo que deriva en que a los casos se les dé un tratamiento idéntico lo que no permite diferenciar si son casos legales o casos constitucionales.
- Crea un modelo argumentativo de relaciones entre la ley y la Constitución, no estructurado con base en la división entre materias constitucionales y otras legales.

¹⁷³Carlos Bernal Pulido. *El neoconstitucionalismo y la normatividad del Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009, p.80

De otra parte, García Amado¹⁷⁴, plantea diferentes críticas en contra de la ponderación. Argumenta que tal procedimiento carece de una estructura clara y no tiene algún criterio para cuándo un principio debe preceder a otro en un caso particular, lo que lo hace irracional. Considera que la ponderación es un concepto usado por los Tribunales constitucionales no para fundamentar sus decisiones, sino para dar una apariencia de legalidad al activismo judicial que vulnera las competencias del legislador y de la jurisdicción ordinaria y genera incompatibilidades con la democracia y el Estado de Derecho.

Agrega que con la ponderación se pretende encontrar el punto óptimo entre los principios en colisión y que la posibilidad de encontrar es punto supone equivocadamente que la Constitución es un sistema axiológico pleno y coherente que subyace al texto constitucional y que es independiente de él. Ergo, la ponderación tiende a convertir la Constitución en algo metafísico que siempre tendría una única respuesta para cada caso y tornaría en superflua la positividad constitucional y el sistema jurídico no tendría normas, sino principios que carecerían de existencia empírica. Agrega, que la ponderación considera que la existencia ideal de los principios hace suponer que únicamente el juez constitucional es quien la puede desentrañar plenamente, y que esa confianza plena en la racionalidad del Tribunal constitucional lleva inherente una extensión de las competencias del juez, que riñe con la democracia.

El referido García Amado, establece que la técnica de la ponderación puede sustituirse por un procedimiento de fundamentación subsuntivo e interpretativo que ofrezca un mayor espectro de racionalidad, porque tanto la subsunción y la interpretación sí evidencian verdaderas elecciones del juez¹⁷⁵.

¹⁷⁴Juan Antonio. García Amado. *Tres sentencias del tribunal constitucional. O de cuán fácil es la veracidad periodística y qué liviano el honor de los particulares* Estudios de Derecho N° 139,2005 p.101 y ss

¹⁷⁵Juan Antonio García Amado. *El juicio de ponderación y sus partes. Crítica de su escasa relevancia*. En: Justicia Constitucional, Bogotá: Ed. Legis, 2006 p.141-163

Por su parte, Bernal Pulido, luego de exponer los planteamientos de refutación y los de defensa del neoconstitucionalismo de García Amado y Prieto Sanchís, admite la existencia de unos límites epistémicos de tipo empírico y normativo para el legislador y la jurisdicción ordinaria, porque se permite la actuación discrecional de éstos, cuando son inciertos los conocimientos sobre lo que está prohibido, ordenado por los derechos fundamentales, en el caso de la Jurisdicción ordinaria, especialmente cuando la incertidumbre se presenta respecto a la interpretación del Derecho ordinario o a la valoración de pruebas. Considera que la existencia de esos márgenes de acción excluye la posibilidad de incurrir en el formalismo¹⁷⁶, objetado por García Amado.

El mismo Bernal P. considera que la concepción de los derechos fundamentales como principio aplicables mediante la ponderación permite ligar la dimensión institucional y la dimensión de corrección, dimensiones notables en la aplicación de los derechos fundamentales. En lo referente a la perspectiva institucional, plantea la existencia de unos significados implícitos en los derechos fundamentales, cuando no hay claridad si la Constitución ordena o prohíbe algo y que es allí en ese campo de los significados implícitos donde el Tribunal o las Cortes Constitucionales, tienen discrecionalidad para decidir, empero, acepta que desde la dimensión de corrección, todo tribunal Constitucional, debe respetar los márgenes de acción del legislador y de la jurisdicción ordinaria¹⁷⁷. La afirmación previa confirma uno de los planteamientos de este trabajo doctoral, cual es el respeto por los límites cuando se pretende interpretar, ya sea significados implícitos, o explícitos fijados por la misma Constitución, como la separación de poderes, el principio de legalidad.

¹⁷⁶Para García Amado, el entendimiento de las normas de derechos fundamentales como principios dotados de fuerza de irradiación y su aplicación mediante la ponderación, presuponen la aceptación necesaria de que la Constitución es una entidad axiológica, ideal, que funciona independiente del texto constitucional y cuya aplicación deriva en un formalismo jurídico

¹⁷⁷Carlos Bernal Pulido. Op. Cit. p.119

1.1 Estructura de la ponderación¹⁷⁸

La ponderación debe basarse en tres elementos para poder estructurarse:

- La ley de la ponderación
- La fórmula del peso y
- Las cargas de argumentación

1. La ley de la ponderación

Cuanto mayor sea la medida de afectación de un principio, mayor debe ser la medida de la satisfacción del otro.

De acuerdo a la ley de ponderación, hay 3 pasos¹⁷⁹:

- Hay que definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios.
- Definir la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario.
- Definir si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro.

Alexy sostiene la necesidad de uso de la que denomina escala tríadica, con intensidades: “leve”, “moderada” y “grave”, para medir y especificar el grado de afectación de los principios en colisión

Plantea igualmente otra variable notable en la ponderación, como la del “peso abstracto” de los principios, que se refiere que a pesar de que los principios

¹⁷⁸Carlos Bernal Pulido. *Neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009, p.30

¹⁷⁹Robert Alexy. *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios, 2004, p.49

tengan la misma jerarquía normativa, uno va a tener mayor peso en lo abstracto que otro, de acuerdo con los valores sociales positivos.

Por ejemplo: el de la vida, sobrepesa sobre el derecho de la libertad, porque para poder tener libertad de cultos, se necesita de la vida.

2. La fórmula del peso

Este segundo elemento se tiene en cuenta de forma abstracta de la manera que se le puede introducir un valor numérico. Se puede ver de qué manera se está afectando el principio que puede ser de mayor o menor medida según el caso, por lo que la ley de la ponderación no lo contiene; a lo que Alexy introduce la fórmula del peso, para hablar de peso de tres formas, intenso, medio y leve, y así poder realizar inextricablemente la ponderación.

3. La carga de argumentación

Resulta que cuando existe empate entre los principios dentro de la fórmula de peso, cuando dichos principios son idénticos, en caso de empate deberá prevalecer a favor siempre el principio que se refiera a la libertad e igualdad jurídica, si esto fuera el caso, fuera un poco desproporcionado, si fuera una ley esto debería ser declarado inconstitucional, siguiendo a Alexy en su epílogo, se contradice al decir que en caso de colisión de principios en caso de empate, no se debe basar en buscar una igualdad jurídica o libertad jurídica sino en torno a lo que sería expresado por el legislador y el principio democrático que tiene la competencia del congreso, por lo que se puede decir que los empates que favorecen a estos dos principios que expone Alexy serán determinados en últimas por el juez¹⁸⁰.

¹⁸⁰Carlos Bernal Pulido. Op. Cit.p.33

En Colombia, La ponderación se utiliza en dos sentidos:

a) Como modo de argumentación constitucional, por la cual el juez resuelve un choque entre valores, objetivos, intereses y principios protegidos constitucionalmente, es el sentido “amplio” en el cual se puede entender el concepto. Bajo este entendido (amplio), la ponderación se realiza de diferentes maneras: como método más o menos estructurado, con criterios analíticos más o menos precisos para cada paso del método con parámetros analíticos que difieren en su contenido e intensidad¹⁸¹.

Antes de hacer referencia al otro sentido (estricto), como puede ser entendido el concepto “ponderación”, en Colombia, es menester recordar que una de las razones existentes, referidas por Alexy, siguiendo a Larenz, para que la decisión jurídica que termina una disputa jurídica no se siga lógicamente en muchos casos, de las formulaciones de las normas jurídicas que se presuponen como vigentes, es la vaguedad del lenguaje jurídico¹⁸².

Por tanto, no se percibe como muy confiable un método “más o menos” estructurado, con criterios analíticos, “más o menos” precisos, para interpretar un lenguaje jurídico vago. Un objeto vago, interpretado con un método incierto, no garantiza la razonabilidad y coherencia, propios de la teoría de la interpretación.

a) El sentido estricto, la ponderación es el último paso en la aplicación del principio de proporcionalidad, paso en el que por un lado, el juez hace una evaluación del grado en el cual una norma o una situación afecta un derecho o principio constitucional, y por otra parte, el juez hace la evaluación de la importancia de los principios, intereses, valores, objetivos constitucionales invocados. El juez determina si un principio ha sido afectado en forma excesiva y si la norma es consecuentemente, desproporcionada. En Colombia, de los dos sentidos, prevalece el “amplio”. Esa importancia se encuentra, no únicamente en

¹⁸¹Manuel José Cepeda E. *Polémicas constitucionales*. Bogotá: Legis editores, 2007, p.273

¹⁸²Robert Alexy. *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2007, p.23,274

términos cuantitativos, por su aplicación frecuente, sino también por los siguientes aspectos cualitativos:

- ❖ El uso de la ponderación, por parte de la Corte Constitucional se hizo para diferenciar su argumentación de la de la Corte Suprema de Justicia¹⁸³, órgano judicial, proclive al silogismo.

- ❖ Paulatinamente, la ponderación recibió una gran aceptación por parte de los diferentes magistrados constitucionales, como modo de argumentación para resolver algunos problemas jurídicos, especialmente los relacionados con las limitaciones a los derechos constitucionales.

- ❖ Por la asociación usual que se hace de la ponderación con el nuevo constitucionalismo colombiano, término usado para identificar la nueva noción del Derecho que surge a partir de 1991, año de expedición de la Carta Política colombiana.

- ❖ La ponderación, es el modo de argumentación de mayor aplicación, para resolver los denominados “casos difíciles”¹⁸⁴.

La etapa del posicionamiento de la ponderación como modo de argumentación en Colombia, se remonta entre 1994 y 2001, en ese periodo uno de los grandes debates, giró en torno al tema de la penalización del aborto¹⁸⁵.

¹⁸³El artículo 234 de la Constitución política, establece que La Corte Suprema de Justicia es el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria

¹⁸⁴Manuel José Cepeda. Op. Cit. p.273-274

Sobre la evolución de la ponderación en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, se puede consultar el referido texto del Dr. Cepeda Espinosa.

¹⁸⁵Manuel José Cepeda. Op. Cit. p.275-276

1.2 La Corte Constitucional colombiana y su forma de ponderar.

Basada en el esquema básico ya referido, la Corte en el primer paso (análisis del objetivo que justifica la disposición sujeta a control), examina dos aspectos: (i) ¿Cuál es la finalidad perseguida por el legislador? Y (ii) ¿Es la finalidad buscada constitucionalmente legítima? En el segundo paso (análisis de los medios a través de los cuales la disposición busca lograr la meta), el aspecto escudriñado es ¿El medio empleado por el legislador está prohibido por la Constitución? Y finalmente, en el tercer paso (análisis de la relación entre los medios empleados y la meta que se busca), la duda que se pretende dilucidar es, ¿El medio empleado por el legislador es el idóneo para alcanzar el fin buscado? Como ejemplos de la ponderación en la Corte constitucional colombiana, se pueden citar las siguientes providencias: C-022/96, T-301/04, C-355/06, C-133/94, C-822/05, C-370/06, SU-159/02, T-659/02, T-471/05, T-411/94, T-052/10, C-114/03, C-133/94, C-043/02, C-776/03

En el control de constitucionalidad, este método se conoce como el “test de razonabilidad” básico. Ergo, la norma juzgada que no supere alguno de los tres pasos del test, será inconstitucional¹⁸⁶.

Por su parte, Alexy plantea que un sistema de principios puro debido a su indeterminación y debilidad, contradiría exigencias irrenunciables de la seguridad jurídica¹⁸⁷. Empero, defiende un modelo de reglas/principios, construido tanto por reglas como por principios, porque así se conservaría la fuerza vinculante de las reglas, y el sistema quedaría cerrado, ya que la presencia de los principios, permitiría que no haya caso alguno que no pueda ser decidido con base en criterios jurídicos y se lograría así que el problema de las lagunas salgan del campo de lo irresoluto.

¹⁸⁶Ibídem.

¹⁸⁷Robert Alexy. *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa editorial, 1992, p. 168

El jurista alemán, enuncia las tres objeciones que le han presentado a su modelo Reglas/principios, objeciones de orden substancial, competencial, y metodológico.

En Colombia, pareciera que en algunos casos la Corte Constitucional desplazara las reglas haciéndole perder a éstas su fuerza vinculante y resuelve, especialmente en sede de tutela, con base en ese sistema de principios que deriva en inseguridad jurídica y que en sede de constitucionalidad, no en pocas oportunidades, se percibe un desplazamiento del poder y de las competencias del Congreso hacia la Corte.

Comanducci, propone una clasificación de las antinomias en abstracto y antinomias en concreto, pero plantea que a la pregunta ¿hay compatibilidad o incompatibilidad entre los derechos fundamentales? Se pueden dar respuestas diferentes, según el nivel de análisis que se elija. Siguiendo una recomendación de Ferrajoli, el tema se puede examinar desde cuatro niveles: 1. Un nivel histórico-sociológico, donde se analizan, inicialmente, las distintas generaciones de los derechos fundamentales y su desarrollo histórico, y, posteriormente, cuales son los derechos vigentes en las sociedades actuales y cuál es la eficacia de sus garantías. 2. Un nivel dogmático, que estudia, en un ordenamiento jurídico específico, las reglas que confieren derechos fundamentales, cómo se interpretan y qué tipo de conflictos pueden darse entre estos derechos fundamentales. 3. Un nivel filosófico-político, en que se trata sobre todo de justificar, desde un punto de vista moral o político, los derechos fundamentales; en el que se dan tipos de discusiones como: si hay una adecuación de la realidad jurídica a un modelo filosófico propuesto, o en el que se discute críticamente de las instituciones jurídicas existentes y 4. Un nivel teórico que tiene prevalencia sobre los otros niveles, porque es necesario individualizar el objeto de análisis definiendo qué son los derechos fundamentales. Agrega que la respuesta a la pregunta planteada sobre la compatibilidad o incompatibilidad entre los derechos fundamentales, se pueden dar diversas respuestas, compatibles entre sí, dependiendo del nivel de

análisis escogido, de la definición que se use de derechos fundamentales, según lo que se entienda por incompatibilidad¹⁸⁸.

De la alternativa teórica del derecho que se escoja, las que reduce a dos: una normativa o reconstructiva-crítica y otra que es una teoría descriptiva. La primera estipula explícitamente el concepto de derechos fundamentales y la segunda toma como punto de partida un inventario de usos lingüísticos para establecer el concepto que se quiere investigar¹⁸⁹.

La existencia de una Constitución escrita supone el uso de un lenguaje compartido por el órgano constituyente como por los ciudadanos y autoridades destinatarios, es decir supone la existencia de una unidad lingüística a la que pertenezcan todos los involucrados¹⁹⁰.

En las teorías normativas se prescriben reglas de uso y las teorías descriptivas, sólo brindan unas informaciones y tienen el inconveniente que sólo escogen algunos usos del concepto con fundamento en algunos elementos de la realidad jurídica, pero esta segunda teoría tiene la desventaja de carecer de universalidad conceptual. Afirma que según las teorías normativas no se dan en abstracto conflictos de derechos fundamentales o que si se dan en el momento de aplicación de derechos fundamentales a situaciones concretas se pueden solucionar con criterios de racionalidad que permiten saber cuál derecho prevalecerá en caso de conflictos.

Por el contrario, en las teorías descriptivas se afirma que las colisiones entre derechos fundamentales, se dan de hecho y que no es fácil determinar cuál

¹⁸⁸Paolo Comanducci. *Problemas de compatibilidad entre derechos fundamentales*. En: *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p.105

¹⁸⁹ *Ibidem*. p.106-107

¹⁹⁰Daniel Mendonca. *Análisis Constitucional: una introducción. Cómo hacer cosas con la Constitución* Bogotá: Editorial U. del Rosario 2 edición, 2009, p.26

derecho va a prevalecer por no existir un criterio único de solución de conflictos. Esencialmente, la clasificación de Comanducci de incompatibilidades en abstracto e incompatibilidades en concreto, permite concluir que los conflictos de derechos fundamentales se pueden presentar en la fase de interpretación en abstracto de esos derechos, cuando no hay supuestos de hecho concretos o en la fase de interpretación en concreto o fase de aplicación a un caso. Comanducci, en el citado artículo ubica a Ferrajoli dentro de las teorías normativas, pero al leer la definición que este último autor hace de los derechos fundamentales: “*Son derechos fundamentales todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por status la condición de un sujeto, prevista así mismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas.*” y su explicación: “Son fundamentales los derechos adscritos por un ordenamiento a todas las personas físicas en cuanto tales, en cuanto ciudadanos o en cuanto capaces de obrar.” Y agrega que también son fundamentales los derechos otorgados al imputado por el código procesal que es expedido por una ley ordinaria¹⁹¹.

No es una definición que Ferrajoli formule con referencias a un ordenamiento jurídico concreto, y establece una correlación entre los conceptos de fundamentalidad y universalidad, porque cuando un derecho sea alienable se torna en no universal, y pierde su carácter de fundamental, y agrega que la previsión de tales derechos en el derecho positivo de un ordenamiento es sólo condición de existencia o vigencia en aquel ordenamiento, pero no incide en el significado de derechos fundamentales y que el hecho de que existan en un texto constitucional es sólo una garantía de observancia por parte del legislador

¹⁹¹Luigi Ferrajoli. *Derechos y Garantías La ley del más débil*. Madrid: Editorial Trotta, 1999, p. 37

ordinario para basarlos en el carácter de universales que debe tener todo derecho fundamental.

Se puede expresar que esta distinción, evidentemente aleja a Ferrajoli del positivismo en el que se le ha entronizado y no da claridad sobre el significado del concepto de derechos fundamentales.

Ese criterio de universalidad puede derivar riesgos como el que se establezcan como universales derechos triviales, inanes que afecten la dignidad de la persona, como podría ser el derecho a fumar en los sitios cerrados violentando la salud de quienes estén alrededor, o el derecho a saludar a todos los transeúntes. También se puede presentar que en aras de cuidar el medioambiente, se limite el número de deposiciones semanales al que tiene derecho una familia que resida en una urbanización con alto número de habitantes.

Igualmente se puede caer en el extremo autoritario a que se impongan deberes universales con alto riesgo de incertidumbre para la salud, como la obligación de comprar e ingerir alimentos, modificados genéticamente, que pueden producir alteraciones fatales en quienes los Ingieran; porque nadie tiene la capacidad de asegurar que puede controlar todas las consecuencias que se deriven de la modificación de un patrimonio genético desarrollado durante millones de años¹⁹², como una contribución ciudadana al desabastecimiento alimenticio mundial, en donde los únicos ganadores serán la sed del lucro, la urgencia del rendimiento y la retórica universal de la eficiencia.

Si durante millones de años las sociedades han construido una tradición cultural, no es prudente que un grupo de abogados que fungen como magistrados de una

¹⁹²William Ospina. *La taberna de Kafka*, Bogotá: Diario El Espectador, junio 08/ 2013 Leído el 09 de junio/2013 <http://www.elespectador.com/opinion/taberna-de-kafka>

Corte Constitucional traten de modificar con sus decisiones jurídicas esas tradiciones culturales arduamente construidas por la mayoría social.

Gargarella, sostiene que cuando hay una colisión de derechos se presenta una situación trágica, porque es el encuentro de dos derechos peleando por el mismo lugar, que sólo uno de ellos puede mantener y que ante la inminente posibilidad de que los jueces para resolver el conflicto, acudan a la teoría de que todos los derechos tienen un límite, lo que no pasa de ser un lugar común de las decisiones jurisprudenciales que nada nuevo aporta al debate, porque se fundamenta en conceptos abstractos y generales, como “el bien común”, “el interés general” que no son los más apropiados para dirimir el conflicto, plantea que lo apropiado debe ser que cualquier reclamo hecho en nombre del bien común debe encontrar su límite en la idea de los derechos.

Agrega, que no en pocas oportunidades los conceptos de “bien común” e “interés general” se han utilizado para cercenar derechos individuales y para canalizar impulsos autoritarios, como cuando se limita el derecho a la protesta por la eficacia económica, porque se obstaculiza el desarrollo económico y es menester cercenar aquél derecho para no asustar a los potenciales inversionistas y agrega que el hipotético logro de la eficiencia económica debe ceder, para impedir que se cercenen o remuevan algunos derechos básicos. Considera que el tema adquiere un mayor interés cuando los jueces abandonan la idea de fijar límites a los derechos ciudadanos en nombre de las referidas generalidades y mejor optan por proponer establecer como límites, los derechos de otras personas.

Lo trágico del tema, radica en que alguno de los dos derechos enfrentados tiene que perder, alguno de los dos derechos va a sufrir, es decir, el valor contenido en ese derecho se va a perder para su titular, por tanto corresponderá al juez justificar cual es el derecho que se va a perder más, cuánto va a perder y por qué razones. Por tanto, no se debe acudir a la solución simple de afirmar: “acá chocó

un derecho con otro”, e inmediatamente definir en forma simple cuál derecho se mantiene¹⁹³.

Sección segunda. Por interpretaciones valorativas que inaplican la Constitución

Diversos fallos de la Corte Constitucional colombiana, como se verá, lo que hacen es desconocer los textos constitucionales, cuya nítida estructura semántica, respaldada en el principio de legalidad, debe derivar en una interpretación diáfana. Algunas de las providencias lo que permiten es convertir al juez constitucional en legislador, aumentan, en virtud de la aplicación de la teoría del precedente jurisprudencial, los márgenes de discrecionalidad de los jueces de menor jerarquía. En otros casos, la Corte se permite usurpar funciones del poder ejecutivo para convertirse en ordenador del gasto público y en otros eventos se permite ataques al positivismo semántico con interpretaciones proclives a la aplicación de los valores constitucionales, allende de lo expresado en los textos constitucionales.

La interpretación así gestada erosiona los principios de legalidad y seguridad jurídica, socavando inexorablemente cualquier Estado de Derecho. La Corte en algunas de sus providencias, se permite usurpar funciones del poder ejecutivo para convertirse en ordenador del gasto público y en otros eventos se permite ataques al positivismo semántico con interpretaciones proclives a la aplicación de los valores constitucionales, allende de lo expresado en los textos constitucionales. La interpretación así gestada erosiona los principios de legalidad y seguridad jurídica, socavando inexorablemente cualquier Estado de Derecho. En este punto, es permisible recoger lo expresado por Sandra Morelli Rico, cuando plantea: “Si la Corte Constitucional no logra imponerse por vía de *autoritas*, el caos

¹⁹³Roberto Gargarella. *Carta abierta sobre la intolerancia. Apuntes sobre Derecho y protesta*. Buenos Aires: Siglo XXI editores, 2006, p.20-21

y la incertidumbre jurídica continuarán mermando nuestro Estado de Derecho, *decideratur* indeclinable¹⁹⁴.

Otrora, Karl Schmitt propuso un Estado constitucional fundado únicamente en valores, toda vez que el autor alemán atacó la Constitución del Estado de Derecho y tenía animadversión por la ley y el poder legislativo, y consideraba que únicamente los valores históricos y culturales debían importar¹⁹⁵.

Al respecto, es inevitable mencionar las diferencias entre las reglas y principios y entre estos y los valores, para entender el concepto de Constitución, como un sistema material de valores, para defender el carácter neutral de la misma y para cuestionar si la moral del juez puede estar por encima del Derecho e ir delimitando los conceptos de Autolimitación o *self Restraint* y activismo judicial encontrando argumentos que busquen evitar que la Corte Constitucional colombiana paulatinamente se transforme en un órgano supraleislador que ejerza poderes políticos, carentes de legitimidad democrática representativa.

La primera Corte constitucional colombiana, elegida para el periodo 1992-2000, se caracterizó por su “activismo” en diferentes temas económicos. Activismo que no estuvo basado en la normativa constitucional, sino que se nutrió de principios generales, arropados bajo el concepto de Estado Social de Derecho¹⁹⁶. Históricamente, el concepto de Estado Social de Derecho, fue la respuesta de algunos estados europeos a la necesidad de reconstrucción en los años 30 y 40 del siglo XX, buscando la reafirmación de los derechos sociales, por tanto, la elevación del concepto ESD al rango constitucional se convirtió en una “invitación”

¹⁹⁴Sandra Morelli Rico. Op. Cit.p.75

¹⁹⁵Javier Tamayo Jaramillo. Op.Cit.. T.II, Medellín: Editorial Diké, 2011, p.1412, 1449

¹⁹⁶Sergio Clavijo. *Descifrando la nueva Corte constitucional*. Bogotá: Alfaomega, 2004, p.1

a las Cortes y Tribunales constitucionales, al activismo judicial en temas económicos¹⁹⁷.

En Estado Unidos, es más evidente en temas referentes a las libertades individuales (aborto, minorías, religión), que en temas concernientes al sistema económico, ya que en este tema se respetan las prácticas comunes que se han construido históricamente en temas como la propiedad, los contratos y la responsabilidad. En el campo de las libertades individuales, se ha hecho más evidente el debate surgido en Estados Unidos, entre los partidarios del “constructivismo estricto”, que busca establecer límites al activismo judicial con los derechos individuales, a través de las interpretaciones textuales, y de otra parte, los partidarios de la tesis que considera que el derecho común (Common law) puede elaborar leyes a un nivel superior por suponer que toda Constitución es un cuerpo viviente¹⁹⁸. El sistema del Derecho común norteamericano, invita al activismo judicial, en el campo de las libertades individuales, pero evita que sus interpretaciones constitucionales trasciendan la esfera económica, porque allí existe una jurisprudencia sólida y respetada alrededor de tres conceptos fundamentales: contratos, responsabilidad, propiedad¹⁹⁹.

La Constitución Política colombiana, de 1991, al introducir el concepto de “Estado Social de Derecho (ESD), permitió un evidente giro al sistema de interpretación judicial, ya que el referido concepto lo tornó en un sistema interpretativo “abierto” excesivamente, pero a diferencia de Estados Unidos, ese sistema abierto no se limitó al campo de las libertades individuales, sino que en oportunidades ha trascendido la esfera económica²⁰⁰. Esta situación, deriva en varios desafíos, como:

¹⁹⁷ Sergio Clavijo. *Estado de Derecho e instituciones*.

<http://www.banrep.gov.co/sites/default/files/publicaciones/archivos/cortebr0304.pdf> p.7

¹⁹⁸ Sergio Clavijo. *Descifrando la nueva Corte constitucional*. Bogotá: Alfaomega, 2004 p.8

¹⁹⁹ Sergio Clavijo. *Ibidem*. p.8

²⁰⁰ *Ibidem*. p.9

- Evitar que por cuenta del (ESD) y de la acción de tutela se disminuya la capacidad productiva del país.
- Evitar la animadversión que puede generar un extenso sistema de derechos tutelares, contra el sistema económico de la libre competencia.

Estas situaciones, se mejorarían con la existencia de una jurisprudencia económica, sólida en torno a los conceptos de propiedad, contratos y responsabilidad²⁰¹.

Como antecedentes históricos de Activismo judicial, es permisible referir estos ejemplos de la historia del constitucionalismo norteamericano:

2.1 Civil Rights cases

Sentencia de 1883, de la Corte Suprema norteamericana, en la cual se declaró inconstitucional una disposición consagrada en la ley de derechos civiles de 1875, referente a la libertad de circulación, y acomodo en lugares públicos para toda la población, sin discriminación de raza o color, la ley decretaba que “todas las personas tienen derecho a disfrutar por igual y en su totalidad de los servicios en hoteles, lugares públicos sobre tierra y agua, teatros, así como en otros lugares públicos recreativos”, disposición que lo que buscaba era el reconocimiento de los derechos que la minoría negra había ganado con el triunfo de las fuerzas antiesclavistas en la guerra de secesión. Por tanto, el fallo lo que hizo fue quitarle a la minoría negra lo que habían ganado con la victoria de Lincoln.

- Los casos de derechos civiles, (1883), eran un grupo de cinco casos similares consolidados en un solo tema por la Corte Suprema de los Estados Unidos para revisar. El Tribunal sostuvo que el Congreso carecía de autoridad constitucional bajo las disposiciones de aplicación de la decimocuarta enmienda para prohibir la

²⁰¹ Ibídem. p.9-10

discriminación racial por parte de particulares y organizaciones, en lugar de los gobiernos estatales y locales. La decisión en sí involucró cinco casos consolidados (Estados Unidos vrs. Stanley, Estados Unidos vrs. Ryan, Estados Unidos vrs. Nichols, Estados Unidos vrs. Singleton, y Robinson vrs. Memphis y Charleston ferrocarril), procedentes de diferentes tribunales inferiores en los que negros americanos habían demandado a teatros, hoteles y empresas de transporte que les habían negado la admisión, o los excluían de sus instalaciones, con el aviso de que sólo se aceptaban blancos²⁰². En esta decisión la Corte estableció la doctrina del estado-acción, lo que permitía la segregación y la discriminación por parte de actores privados. Argumentó la Suprema Corte, que la prohibición de la segregación era para los gobiernos estatales, pero que a los particulares les era permitido discriminar. Esencialmente, los particulares se reservaban el derecho de prestar sus servicios a quien quisieran. Los casos se refería a situaciones como: Ciudadanos afro-americanos que protestaron su exclusión de un comedor del hotel, en Topeka, Kansas; de la ópera en la ciudad de Nueva York; desde los mejores asientos de un teatro de San Francisco; y desde un coche por no poder estar a un lado de las damas en un tren.

2.2 Interpretación constitucional en materia económica y social

Estados Unidos, bajo la presidencia de Franklin Delano Roosevelt de 1933 a 1945 (ganó las 4 elecciones a las que se postuló), le apostó a la intervención del Estado para sacar a la economía del estancamiento y para paliar los efectos sociales de la crisis bursátil de 1929 y la honda depresión económica, aunque fuera a costa de acrecentar el déficit público y romper con el tabú de la libertad de mercado²⁰³.

- Para enfrentar la crisis económica mundial de 1929, el presidente Franklin Delano Roosevelt con el Congreso Federal adoptó unas leyes intervencionistas

²⁰²https://en.wikipedia.org/wiki/Civil_Rights_Cases

²⁰³<http://www.biografiasyvidas.com/biografia/r/roosevelt.htm>

que buscaban dinamizar la economía, contrarrestando los efectos de la Gran Depresión para mejorar las condiciones de vida de la población norteamericana, entre 1933 y 1937, en un programa de reconstrucción que convertía al gobierno federal en un instrumento de transformación de las relaciones sociales²⁰⁴ como: La "Ley de Emergencia Bancaria"(marzo/1933), Ley de Regulación de la Agricultura" o ley de ajuste agrícola (mayo 12 de 1933) La "Ley de Recuperación Industrial Nacional"(junio 16/1933). Estas leyes, evidenciaron el proyecto transformador del presidente durante los coloquialmente conocidos como: "cien primeros días" de su primer mandato e hicieron parte del primer *New Deal*, esas leyes permitían la creación de algunas agencias reguladoras, como: la "Administración nacional de recuperación", la "Autoridad del valle de Tennessee" (con la que el Estado asumía por primera vez funciones planificadoras), la "Administración de Ajuste agrícola". Estas leyes, pretendían disminuir los efectos de la crisis económica mundial y reformar profundamente la economía norteamericana²⁰⁵. Se pretendía la creación de un modelo corporativista, con un amplio protagonismo de las organizaciones obreras y de las empresariales.

Ese modelo, no era bien visto por la Suprema Corte que guardaba fidelidad a la doctrina *Lochner*, proclive a la defensa de los intereses empresariales y su uso de la libertad contractual y de la propiedad, como paradigmas para defender los derechos constitucionales. Con estos criterios como faro, el papel de la Suprema Corte no se limitaba a valorar el formalismo de la ley y el respeto por los derechos fundamentales, sino que empezó a hacer enjuiciamiento de la norma en función de los fines legitimadores de la función estatal, fines que esencialmente eran, la protección de la propiedad y de la libertad contractual. Por tanto, este Tribunal consideraba ilegítima toda normativa en la que los empresarios transfirieran

²⁰⁴Edouard Lambert. *El gobierno de los jueces*. Madrid: Tecnos, 2010, p.LXVI

²⁰⁵ *Ibidem*. p. LXIX

recursos o facultades a los trabajadores, toda vez que este tipo de leyes alteraban la natural distribución de las riquezas²⁰⁶.

Con este escenario judicial, en mayo 27 de 1935, en el conocido como “lunes negro” para el *New Deal*, la Suprema Corte profirió sendas decisiones:

❖ La *Schechter poultry Corp. Vrs United States*, en la que declaró inconstitucionales algunos apartes de la ley de recuperación industrial nacional. Ante esta decisión, la reacción del presidente Roosevelt, ante esta decisión, fue la de calificarla como “decisión infame”, porque le quitaba al gobierno margen de maniobrabilidad para responder a la crisis económica.

❖ La *Lousville joint stock land bank vrs Radford*, que declaró la inconstitucionalidad de la ley de bancarrota de agricultura de 1934. Que autorizaba un régimen de moratorias de hasta 5 años para los préstamos hipotecarios con efectos retroactivos, lo que hacía que el acreedor hipotecario no pudiera ejecutar su crédito sobre el bien hipotecado. Por tanto, el prestamista quedaba privado de sus derechos patrimoniales. En esta decisión, el Tribunal Supremo aplicó la doctrina del "*substantive due process of law*", propia de la era *Lochner* (por referencia a la decisión de 1905, ya referida), periodo en el que revisa leyes administrativas económicas que consideró violatorias del debido proceso sustantivo, para proteger libertades económicas²⁰⁷.

❖ La *Humphrey's executor vrs United States*, que limitó la discrecionalidad del presidente para retirar de su cargo a un miembro de la Comisión Federal de comercio, entidad que no era muy afín a las políticas del *New Deal*. En este caso,

²⁰⁶En la sentencia *Lochner vrs New York*, el Tribunal Supremo anuló una ley del Estado de New York que establecía como límite de la jornada de trabajo diario, 10 horas. Argumentando la inexistencia de un fundamento razonable para regular la jornada de trabajo y limitar la libertad contractual, porque para los panaderos que era la población beneficiaria de la ley anulada, esa limitación a 10 horas vulneraba su libertad contractual.

²⁰⁷Edouard Lambert. Op. Cit. p. LXXI

el Tribunal supremo norteamericano, expresó que el presidente no podía retirar discrecionalmente a los miembros de una entidad cuyas funciones no eran políticas, ni ejecutivas, sino cuasi-judiciales²⁰⁸

Posteriormente, entre 1935-1936 se elaboró el segundo *New Deal*, que se evidenció en la ley de créditos de emergencia de 1935 que estableció un amplio programa de obras públicas, con la finalidad de combatir los altos niveles de desempleo; también se promulgó la ley nacional de relaciones laborales (ley Wagner), en julio de 1935, con la que se pretendía establecer un nuevo marco para la negociación colectiva de los obreros. La otra ley promulgada fue la “ley de seguridad social” de agosto 14 de 1935.

Para 1937, la Suprema Corte varía su jurisprudencia, toda vez que el Presidente Roosevelt venía impulsando un proyecto de reforma de la Suprema Corte, llamado “*Court Packing Plan*”, como resultado de las decisiones del referido “lunes negro”. La reforma, pretendía alterar la integración de ese Tribunal supremo y se había incluido en la “ley de reorganización judicial”. El “*Court Packing Plan*”, autorizaba al presidente para nombrar un nuevo magistrado, previa autorización del Senado, en el caso de que el magistrado cumpliera 70 años de edad y no renunciara. En 1937, seis de los nueve miembros del Tribunal Supremo cumplían 70 años de edad, lo que hubiera permitido al presidente Roosevelt nombrar seis nuevos magistrados.

El proyecto de modificación no tuvo vocación de prosperidad. Empero, como quiera que el Tribunal Supremo estaba dividido en dos grandes bloques de 4 y 3 integrantes cada uno. De tendencia conservadora el primero y liberal, el segundo. Los dos magistrados restantes eran los que se encargaban de inclinar la balanza en las decisiones. La variación de jurisprudencia, en 1937 obedeció al cambio de criterio de uno de los dos magistrados que no estaban en los bloques dominantes

²⁰⁸Edouard Lambert. Op. Cit. p. LXXII

e hizo posible la declaratoria de constitucionalidad de la ley nacional de relaciones laborales, con la sentencia “*National labor relations Board*” vs. *Jones & Laughlin steel Corporation*²⁰⁹. que se resume así: Jones & Laughlin, uno de los más grandes productores de acero en el país, transgredió la Ley Nacional de Relaciones Laborales de 1935 al cesar a 10 empleados por el hecho de que habían participado en actividades sindicales. La ley prohibía una serie de prácticas laborales injustas y protegía los derechos de los trabajadores para formar sindicatos y realizar negociaciones en forma colectiva. La compañía se negó a obedecer una orden de la NLRB que la conminaba a reinstalar a los trabajadores. Un Tribunal de Apelaciones de Circuito no se hizo cargo de imponer el cumplimiento de la orden de la junta y la Corte Suprema revisó el caso.

- El meollo de este caso era si el Congreso tenía o no autoridad para regular las actividades “locales” de las compañías que participaban en el comercio interestatal, es decir, las actividades que se llevan a cabo dentro de un estado. Jones & Laughlin sostenían que las condiciones imperantes en su fábrica no afectaban el comercio interestatal y que, por lo tanto, no estaban bajo la jurisdicción reglamentaria del Congreso. La Corte Suprema no era de la misma opinión y sostenía que “la suspensión de esas operaciones [de manufactura] a causa de esa pugna industrial tendría un efecto muy grave sobre el comercio interestatal. La experiencia ha demostrado una y otra vez que el reconocimiento del derecho de los empleados a organizarse por sí mismos y a contar con representantes de su propia elección para la negociación colectiva es, a menudo, una condición esencial para la paz industrial”.

Al defender la constitucionalidad de la Ley Nacional de Relaciones Laborales, la Corte Suprema concedió la victoria a los trabajadores organizados y preparó el terreno para que el gobierno federal introdujera una regulación de más largo

²⁰⁹ *Ibidem.* p. LXXVIII

alcance sobre la industria²¹⁰, permitió que desde esa decisión no se declarará la inconstitucionalidad de las leyes proteccionistas que permitieron el desarrollo del Estado Bienestar. A partir de esta última decisión, el Tribunal Supremo varía su postura, aceptando la intervención estatal en la economía²¹¹.

Con posterioridad al mandato presidencial de Roosevelt, el Tribunal supremo norteamericano, ha recibido reproches, tanto desde las ideologías liberales y progresistas, como desde las posturas conservadoras. Reproches que atribuyen al Tribunal supremo, la usurpación de una función política que no le corresponde. En primer lugar, porque la doctrina que aplicaba de la “substantive due process of law”, estableció la intangibilidad del derecho de propiedad y de la libertad contractual, lo que derivó en un concepto de igualdad netamente formal, plano, sin aristas. En un segundo momento, el reproche radicó en que esa doctrina referida, aplicada, permitía al Tribunal Supremo el descubrimiento de derechos fundamentales que no estaban expresos en la Constitución y de este modo, se privaba al poder legislativo (legítimo representante del ciudadano), del ejercicio legítimo de su función deliberativa²¹²

2.3 Interpretación constitucional en materia educativa

- En 1964, con el fallo “Griffin vs. School Board prince Edward county” la Corte instó al Departamento de Educación a adoptar medidas concretas que evitaran la segregación racial en el sistema educativo. Este litigio se inició en 1951, cuando un grupo de niños escolares negros que vivían en Prince Edward County, Virginia, presentó una denuncia en el Tribunal de Distrito de Estados Unidos contra el Distrito Este de Virginia, alegando que se les había negado la admisión a las

²¹⁰Decisiones memorables de la Suprema Corte.
<http://iipdigital.usembassy.gov/st/spanish/publication/2011/05/20110512105129x0.3230794.html#axzz4RWBG8axL>

²¹¹Edouard Lambert. Op. Cit. p. LXXIX

²¹²Ibidem. p. LXXXII

escuelas públicas con asistencia de los niños blancos y argumentando que las leyes de Virginia que requieren tal segregación escolar negaron los denunciantes, la igual protección de las leyes. Teniendo como precedente el caso Brown vs. Junta de Educación de 1954, que había señalado: “...en la esfera de la educación, la doctrina de ‘separados pero iguales’ está fuera de lugar” y falló que la segregación en las escuelas públicas les niega a los niños negros “la igualdad de la protección bajo las leyes, que es una de las garantías consagradas en la Decimocuarta Enmienda”²¹³.

Es destacable, que en el sistema judicial norteamericano, el afán por el mejoramiento social se aparte de la retórica del “mínimo vital”, del “libre desarrollo de la personalidad” y que tome la vía de respetar que la expresión en programas temporales y cambiantes según los momentos históricos, expedidos por el Congreso, como la mejor forma de expresión democrática²¹⁴. La tarea de la Suprema corte de Estados Unidos ha sido la de frenar y contrabalancear las dinámicas que se presentan entre el Ejecutivo y el legislador, pero no tiene esa tendencia de arrogarse la facultad sobre el cómo se debe manifestar el Estado Social de Derecho. En materia económica, esa Corte ha sido cautelosa, ya que considera que el “activismo”, puede desestabilizar el Estado de Derecho e invitar a la interrupción súbita de la política económica²¹⁵.

Si bien es cierto Esser distingue entre principios y normas y Dworkin entre reglas y principios, ninguno llegó al núcleo de la distinción, que Alexy establece en que los principios son mandatos de optimización, lo que significa que son normas que ordenan que algo sea realizado en una medida lo mayor posible dentro del marco de las posibilidades fácticas y jurídicas, a diferencia de las Reglas que son

²¹³Decisiones memorables de la Suprema Corte.
<http://iipdigital.usembassy.gov/st/spanish/publication/2011/05/20110512105129x0.3230794.html#axzz4RWBG8axL>

²¹⁴Sergio Clavijo. *Descifrando la nueva Corte constitucional*. Bogotá: Alfaomega, 2004, p.16

²¹⁵Ibíd., p.17

mandatos definitivos que siempre son realizados o no y agrega que ambas clases de mandatos(optimización y definitivos) abarcan el sentido deóntico de prohibir o de permitir y que según esto, tanto reglas como principios son normas ya que se formulan con las expresiones básicas del mandato: Permitir y prohibir²¹⁶.

Como ya se expresó, los principios están dotados de la propiedad del peso, propiedad de la que carecen las reglas²¹⁷. Tal distinción ha permitido que al interior del activismo judicial, exista la corriente llamada Interpretativismo moderado, Encabezado por Dworkin, proclive a la idea de omnipotencia del juez, pero que para tomar sus decisiones el juez debe consultar el ordenamiento jurídico junto a la filosofía moral y la política y que el juez está investido de un rol progresista. Para Dworkin, la diferencia entre reglas y principios, plantea dos criterios de distinción:

(i) Desde la lógica se da una diferencia en razón de la solución que ofrecen, las reglas plantean al operador jurídico la disyuntiva del “todo o nada”, es decir el juez debe aplicarla completamente si el supuesto de hecho previsto en la regla se evidencia o aparece; si este supuesto de hecho no es verificable o surge una excepción planteada por la misma regla el juez o el operador no pueden aplicarla, dado la estructura condicional de la regla: “supuesto de hecho” → “sanción”.

Por el contrario, los principios no determinan las consecuencias jurídicas que deben producirse tras su aplicación y no establecen claramente, en cuales situaciones deben aplicarse, ni cuáles son sus excepciones.

(ii) El segundo criterio de diferenciación, ya mencionado, es el del criterio de importancia o del peso específico y ese peso es el que permite que el juez o magistrado construya y fundamente la decisión que le permitirá solucionar los

²¹⁶Robert Alexy. *El Concepto y la validez del Derecho*. Barcelona: Ed. Gedisa, 1997,p.185

²¹⁷Ronald Dworkin, Op. Cit.

casos en los que diferentes principios puedan colisionar y que la decisión adoptada se traduce en un juicio de valor relativo al caso específico, donde el principio de mayor peso es el que determinará el sentido de la decisión. Por tanto, el juicio de valor es concreto sobre la subordinación de un principio a otro, y no es un juicio de valor abstracto. Esta situación no se da con los conflictos entre reglas, porque el criterio no es el peso, sino los tradicionales criterios de superioridad, posterioridad, especificidad²¹⁸.

Alexy, fundamenta su diferenciación, entre reglas y principios en una crítica al primer criterio planteado por Dworkin, de la aplicación a la manera del “todo o nada”, que predica de las reglas, ya que argumenta que la aplicación de esa manera, implicaría tener un previo reconocimiento de todas las excepciones a las reglas, lo que se torna en inverosímil por la imposibilidad de conocerlas todas²¹⁹. Agrega que la diferencia es sólo de grado, ya que los principios son más generales y abstractos y que estos últimos son meros mandatos de optimización que pueden ser cumplidos de diferentes grados²²⁰.

Para diferenciar los principios de las reglas se acude al criterio de la generalidad. Aragón Reyes²²¹, sostiene que los principios enuncian cláusulas generales y que las Reglas contienen disposiciones específicas. La referida distinción que hace Alexy entre Reglas y Principios como mandatos de optimización y mandatos definitivos, lo que hace es excluir la distinción del criterio de generalidad y plantea unas diferencias de orden cualitativo. Los Principios, pueden ser cumplidos en diferente grado y su cumplimiento no sólo depende de las realidades fácticas, sino de las jurídicas. En cambio, con las Reglas debe hacerse lo que ellas exigen, no se puede hacer nada diferente. Las reglas contienen un deber definitivo.

²¹⁸Carlos Bernal Pulido. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2007, p.577-578

²¹⁹Ibíd. p.578

²²⁰Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 1993, p.185

²²¹Manuel Aragón Reyes. *Constitución, democracia y control*. México D.F. UNAM, 2012 p.47 y 53

Igualmente, la forma de aplicación de ambos (Reglas y Principios) es diferente. La de los principios es la ponderación, la de las reglas es la Subsunción. Los conflictos entre principios se deciden según su peso, por el contrario, los conflictos entre Reglas se deciden en la dimensión de su validez²²².

Otro tema, de la mayor pertinencia, en este punto, es referir el debate Hart-Dworkin. H.L.A, Hart, quien tuvo la influencia de la filosofía analítica o lingüística inglesa lo que le significó un trato preferente al lenguaje utilizado por los abogados, legisladores y ciudadanos al referirse a asuntos jurídicos, Ergo, planteó una correlación entre el lenguaje jurídico y el estudio de las prácticas sociales, constitutivas del Derecho, que se equipara a un análisis lingüístico-sociológico²²³.

El proyecto de Hart no es dar una definición de derecho, sino proporcionar un análisis más elaborado de la estructura distintiva de un sistema jurídico que permita comprender las diferencias y semejanzas entre la moral, la coerción y el derecho, como fenómenos sociales. Lo que hace el autor inglés es plantear diversos interrogantes, que finalmente buscan resolver la inquietud fundamental ¿sobre qué es el Derecho? Hart empieza a hacer una defensa de las críticas recibidas por el positivismo, entendido como la postura que hacía una diferenciación entre el derecho que es y derecho que debe ser. Hart, hace una distinción entre reglas primarias y secundarias como elemento esencial a la hora de describir el derecho.

Esa derivación del positivismo que Hart defiende, tiene unas características particulares²²⁴, a saber:

²²²Martín Borowski. *La estructura de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p.49

²²³César Rodríguez. *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*, Bogotá: Siglo del hombre editores, 2005, p.21-22

²²⁴Pablo Raúl Bonorino R. *Filosofía del Derecho y decisión judicial*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, 2013, p.51-53

- Del hecho de que una norma jurídica se considere contraria a ciertas pautas morales no puede inferirse que dicha norma no posea carácter jurídico.
- Los sistemas jurídicos poseen contenidos morales mínimos.
- Que los jueces deben decidir a veces de acuerdo a valoraciones morales.
- Las reglas que confieren derechos subjetivos son diferentes de las normas que imponen obligaciones o prescriben sanciones.
- Los jueces deben decidir las cuestiones controvertidas tomando en cuenta pautas valorativas, no necesariamente morales aunque pueden serlo, y en dichos casos las normas jurídicas delimitan su elección pero no la determinan.
- La validez o no de una norma jurídica, debe ser contestada por la teoría jurídica, el obediencia de la misma o no, debe ser resuelto por la moral.

Dworkin, representante del iusnaturalismo moderno, sostuvo, cuestionando a Hart, que un sistema jurídico no puede entenderse únicamente como un conjunto de reglas. Hart, apela a una regla de reconocimiento para determinar el contenido de un ordenamiento jurídico y no permite la inclusión de principios en ese ordenamiento, por el contrario, para Dworkin, los principios son una característica fundamental que permite explicar los sistemas jurídicos contemporáneos y ante la imposibilidad de que aquellos quepan en el ordenamiento jurídico, según la teoría hartiana, el positivismo jurídico debe abandonarse. Empero, algunos autores consideran que no existe desacuerdo entre Hart y Dworkin porque hablaron de cosas disímiles, ya que Hart intentó una teoría descriptiva y general, en cambio, la teoría de Dworkin era descriptiva-justificativa y general. Teóricos positivistas, como Raz, plantearon que las críticas de Dworkin se podían saciar con una adaptación

marginal de la teoría de Hart. A manera de ejemplo, afirmaron que Hart, nunca negó la existencia de principios²²⁵.

La distinción entre Reglas y Principios conduce a un cuestionamiento básico y es el de cómo dimensionar el ámbito de garantía efectiva de un derecho garantizado mediante reglas y el de un derecho garantizado mediante principios.

En el primero de los casos, ese derecho está garantizado por una norma que no admite el sistema de ponderación y son derechos no restringibles, porque su contenido está completamente determinado. En el segundo caso, esos derechos garantizados mediante principios son derechos restringibles. Los derechos fundamentales y las otras normas constitucionales que garantizan aquellos derechos son por esencia, derechos no limitables.

La diferencia entre principios y valores, radica en que aquellos son conceptos deontológicos que prohíben o permiten el derecho a algo, pertenecen al mundo del deber ser. Por el contrario, los valores son conceptos axiológicos y responden a la calificación de bueno o malo. Los principios sirven para interpretar las normas, allí adquieren una eficacia indirecta, pero en ausencia de la regla constitucional adquieren una eficacia directa o supletiva, porque pueden ser aplicables al caso. Los valores únicamente tienen una eficacia interpretativa. Los valores sirven de fundamento a los fines que el Derecho tiene que realizar²²⁶.

El modelo de reglas, presenta el problema de no permitir reconocer los cambios de paradigmas que trae el concepto de Estado social de Derecho, toda vez que el sistema de reglas sólo permite una aplicación a manera del "todo o nada"²²⁷, es decir únicamente admite el color blanco y el color negro, pero no admite el color gris. Para Robert Alexy el sistema de valoraciones de la constitución es

²²⁵César Rodríguez. Op. Cit.p.46

²²⁶Eduardo García Máynez. *Filosofía del Derecho*, México: Editorial Porrúa 1996, p. 413

²²⁷Javier Tamayo Jaramillo. *La Decisión Judicial*. T. I, Medellín, Ed. Diké, 2011 p.125

insuficiente para realizar la fundamentación de las decisiones jurídicas²²⁸ Todo intérprete debe estar limitado por el lenguaje del texto normativo, salvo en los casos oscuros en los cuales la discrecionalidad es mayor. Los valores están en las normas y no pueden ser creados por el intérprete. Los intérpretes no pueden convertirse en axiólogos que toman una posición sobre el valor del objeto interpretado. Según Dworkin, el juez no crea derecho en absoluto, sino que descubre el derecho preexistente que no es el escrito, sino el basado en la moral y en la única solución correcta²²⁹.

Alexy, fundamenta su diferenciación, entre reglas y principios en una crítica al primer criterio planteado por Dworkin, de la aplicación a la manera del “todo o nada”, que predica de las reglas, ya que argumenta que la aplicación de esa manera, implicaría tener un previo reconocimiento de todas las excepciones a las reglas, lo que se torna en inverosímil por la imposibilidad de conocerlas todas²³⁰. Agrega que la diferencia no es sólo de grado, sino que entraña una diferencia cualitativa de carácter lógico, ya que los principios son más generales y abstractos y que estos últimos son meros mandatos de optimización que pueden ser cumplidos de diferentes grados²³¹.

En lo concerniente a la discrecionalidad judicial, Dworkin estima que el material jurídico, compuesto por normas, directrices y principios es suficiente para dar una respuesta correcta al problema que se plantee y que en los casos difíciles no es una buena solución dejar en libertad al juez, porque el juez no está legitimado para dictar normas, ni para dictarlas en forma retroactiva y que lo mejor es exigirle al

²²⁸Robert Alexy. Teoría de la argumentación jurídica, Madrid: Centro de estudios constitucionales, 2007 p.25 y 32

²²⁹Ronald Dworkin. *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002. P.238

²³⁰Carlos Bernal Pulido. Op. Cit. p.578

²³¹Carlos Bernal Pulido. Op. Cit.p.581

juez la búsqueda de criterios objetivos y la construcción de teorías que justifiquen la decisión²³².

La inexistencia de una jerarquía preestablecida de principios puede conducir a que los fundamentos de algunas decisiones judiciales sean disímiles y por este motivo la aplicación de los principios no es automática como la de las reglas, sino que exige el razonamiento judicial, lo que crea en el juez la necesidad acoger una teoría que justifique y aplique mejor el Derecho histórico y el Derecho vigente. El modelo de Dworkin, es el de la respuesta correcta, que se traduce en que el juez siempre encontrará esa respuesta en el Derecho preestablecido, porque el juez carece de discreción y de poder político. La teoría de Dworkin, evita importantes problemas como que el juez se convierta en legislador, permite la compatibilidad con el postulado de la separación de poderes ya que el juez está subordinado a la ley y al Derecho, lo que deriva en que el poder creador de Derecho por parte de la función judicial sea nulo, ya que la función del juez es garantizar los derechos, no un creador o un inventor de éstos, porque el juez no tiene, ni puede tener poder político, agrega que los jueces no basan sus decisiones en objetivos sociales o directrices políticas, sino que los resuelven con base en principios que fundamentan derechos²³³.

Calsamiglia, considera que sostener de lleno la teoría de la discrecionalidad judicial, implica reconocer que los jueces tienen la autoridad para desvirtuar de lleno la ley y la Constitución²³⁴.

Otro de los inconvenientes que tiene la discrecionalidad judicial, ante la imposibilidad de que una Constitución descienda a la regulación de tanto

²³²Albert Calsamiglia, prólogo a *Los derechos en serio*, de Ronald Dworkin. Barcelona: ed. Ariel, 1984, p.13-14

²³³ *Ibidem*. p.21

²³⁴ *Ibidem*. p.21

detalle²³⁵, se permita aumentar los espacios de valoración y la subjetividad de los juicios interpretativos.

Para entender mejor, la interrelación entre valores y fines, se puede afirmar que los valores condicionan los fines del Estado y no que los fines estatales condicionen los valores. Sobre este punto es necesario llamar la atención sobre el peligro que se cierne sobre la seguridad jurídica, cuando el Juez Constitucional en cumplimiento de su actividad de control jurídico recurre a la eficacia interpretativa de los valores para crear vía decisiones judiciales una norma jurídica que proyecte un valor constitucional, toda vez que el juez tiene vedada esa actividad, en virtud de la separación de poderes que radica la creación normativa en el legislativo.

La doctrina foránea al referirse al poder judicial y la producción normativa ha sido contundente frente al tema, cuando expresa: *Ningún juez puede ampararse en su conciencia para adoptar una solución no ajustada al Derecho. Incluso algún autor ha afirmado que la esfera privada de la conciencia del juez puede llevar a la renuncia del ejercicio de funciones judiciales, pero no a juzgar contra el derecho positivo*²³⁶.

Es claro que la existencia de zonas de penumbra en el Derecho no permite admitir el trabajo judicial de la Corte Constitucional como algo no valorativo, pero ello no se traduce en que ese trabajo judicial no esté precedido por el sometimiento al Derecho. Incluso el principal representante de los defensores de la interpretación valorista, Ronald Dworkin, plantea que la supremacía legislativa es otra restricción institucional y que si un juez cree que un estatuto es incoherente con el derecho, puede considerar que la legislatura tiene el deber de reparar esa incoherencia con

²³⁵ Luis Prieto Sanchís. *Principia Iuris: una teoría del Derecho (neo) constitucionalista para el Estado Constitucional*. En: *El canon neoconstitucional*. Bogotá: ed. Miguel Carbonell. Universidad Externado de Colombia, 2010, p.276,309

²³⁶ Rafael de Asís Roig. *Jueces y Normas. La decisión judicial desde el ordenamiento*. Madrid: Marcial Pons, 1995, p.89

otra legislación; en primer lugar, por sentido de justicia y en segundo lugar, porque la legislatura es también un guardián de la integridad. Es decir, el juez debe someterse a las restricciones que le impone el Derecho y que cualquier buena interpretación de la práctica legal debe reconocer las restricciones institucionales.²³⁷

Además de lo planteado, es necesario agregar la confusión que desde sus primeros años de funcionamiento tuvo la Corte Constitucional Colombiana al considerar que ella misma estaba proclamada de la misión de cambiar el rumbo social de Colombia, al confundir los términos proteger y garantizar, porque no es igual ser el guardián supremo de la protección de la Constitución como lo establece el art. 241 de la Constitución política a ser el guardián supremo y garante de la eficacia de esas normas, función ésta atribuida en el art. 188 de la Carta Política al Presidente de la República²³⁸. Empero, equivocadamente, la Corte ha dictado providencias, en las que es evidente el desconocimiento de esa regla y es indiscutible la referida confusión de su misión institucional.

Confusión, que se produce por la osada construcción de principios implícitos por parte del intérprete, a través de la universalización de normas concretas. Construir un principio implícito, significa en avanzar una conjetura acerca de las finalidades, de las intenciones del constituyente. Los resultados que una norma pueda producir se pueden asumir como la razón de ser de esa norma²³⁹.

En este caso la razón de ser del artículo 241 es proteger y no puede la Corte Constitucional reconducir indistintamente la norma al objetivo diferente, de garantizar, para que la razón de ser de esa norma sea producto de un resultado

²³⁷Ronald Dworkin. *El imperio de la justicia*. Barcelona: Editorial Gedisa, 1992, p.282

²³⁸Carlos Mario Molina Betancur. (compilador) *Corte Constitucional y revolución Social*. En: *Corte Constitucional y Estado social de Derecho*, Medellín, sello editorial Universidad de Medellín, 1997, p.100-101

²³⁹Ricardo Guastini. *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho*. Barcelona: Editorial Gedisa, 1999, p.157

que no es el idóneo. Del Art. 241 de la C. P. colombiana del cual se deduce la voluntad del constituyente de no sujetar a la Corte Constitucional al control de una autoridad externa, pero de ese texto, se advierte que el poder conferido a la Corte para cumplir con la guarda de la Constitución debe ser ejercido en los estrictos y precisos términos de ese artículo.

“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”

De lo anterior, se deduce que si bien la Corte no tiene controles, sí tiene límites. Porque el verbo rector “decidir” presente en siete de las once funciones atribuidas en el citado artículo 241, tiene como significado “formar juicio definitivo sobre algo dudoso o contestable.” A lo anterior, se debe agregar que la Corte Constitucional en el ejercicio de sus funciones ha mostrado una tendencia activista en el sentido de extraer principios y valores del texto constitucional y de precisar de criterios interpretativos valorativos que le permiten cierta creatividad²⁴⁰.

Una revisión de algunos fallos de la Corte Constitucional que tienen impacto fiscal profundo pueden amenazar el desarrollo económico y social del país como resultado de la inestabilidad constitucional que la misma corte ha sembrado, agravada por el activismo judicial, muy evidente entre 1994 y 2000, periodo durante el cual, esa alta Corte asumió un papel de “nuevo legislador”, en materia económica y produjo sentencias con un desbordado ánimo populista cuyas decisiones eran del Congreso de la República, sentencias que desbordaron el principio de optimización en el uso de los recursos y que desconocieron principios básicos de macroeconomía, como: la capacidad tributaria del Estado, no es infinita, el logro de los objetivos sociales requiere gradualidad y que la aplicación de mayores recursos de forma inmediata, no garantiza el cubrimiento inmediato y

²⁴⁰Juan Carlos Esguerra P. *Nuestro control de constitucionalidad no tiene controles, pero ciertamente tiene límites.* En: Justicia Constitucional. El rol de la Corte Constitucional en el Estado contemporáneo. Coordinador académico: Ricardo Sanín Restrepo, Bogotá: Editorial Legis, 2006, p.84,87

total de las necesidades insatisfechas en temas como salud, educación, vivienda, ya que muchas de esas sentencias, lo que hacen es generar variados aspectos negativos.

En el caso colombiano, se pueden referir las siguientes providencias de la Corte Constitucional.

2.4 Sentencia T-406/92 (El juez como instrumento de presión ante el legislador para que este asuma sus responsabilidades. Redefiniendo la separación de poderes)

Allí expresa, que El juez, en el Estado social de derecho también es un portador de la visión institucional del interés general. El juez, al poner en relación la Constitución -sus principios y sus normas- con la ley y con los hechos, hace uso de una discrecionalidad interpretativa que necesariamente delimita el sentido político de los textos constitucionales. En este sentido la legislación y la decisión judicial son ambos procesos de creación de derecho (subrayas extratexto) La decisión contraría lo estipulado en el art. 230 de la Carta Política y el principio de separación de poderes expresado en el Artículo 113. *Son Ramas del Poder Público, la legislativa, la ejecutiva, y la judicial.* Al plantear la posibilidad creativa de Derecho por parte del juez. Igualmente, con la decisión que expresó: “-ordenar a las Empresas Públicas de Cartagena la terminación de la construcción del alcantarillado del barrio Vista Hermosa. Dicha terminación deberá llevarse a cabo dentro de un plazo razonable que no exceda de tres meses. Mientras ello ocurre debe adoptar, inmediatamente, medidas provisionales idóneas, encaminadas a la cesación de las molestias y perjuicios que se están ocasionando a los habitantes del barrio.

Se vulnera el artículo 345, que expresa:” En tiempo de paz no se podrá percibir contribución o impuesto que no figure en el presupuesto de rentas, ni hacer erogación con cargo al Tesoro que no se halle incluida en el de gastos.

Tampoco podrá hacerse ningún gasto público que no haya sido decretado por el Congreso, por las asambleas departamentales, o por los concejos distritales o municipales, ni transferir crédito alguno a objeto no previsto en el respectivo presupuesto.

Esta sentencia, se puede tomar como uno de los ejemplos más evidentes de la confusión creada por la Corte Constitucional, al confundir su labor de ser el supremo guardián de la protección de la Constitución, con la de ser el supremo guardián de la eficacia de las normas, labor esta última, como ya se advirtió del Presidente de la república. En esta sentencia, la Corte afirma:

La doctrina de la separación de poderes ha variado sustancialmente en relación con la formulación inicial. Aquello que en un principio tenía como punto esencial la separación de los órganos, cada uno de ellos depositario de funciones bien delimitadas, ha pasado a ser, en la democracia constitucional actual, una separación de ámbitos funcionales dotados de un control activo entre ellos. Lo dicho está en acuerdo, además, con una interpretación contemporánea de la separación de los poderes, a partir de la cual el juez pueda convertirse en un instrumento de presión frente al legislador, de tal manera que este, si no desea ver su espacio de decisión invadido por otros órganos, adopte las responsabilidades de desarrollo legal que le corresponden y expida las normas del caso. Este contrapeso de poderes, que emergen de la dinámica institucional, es la mejor garantía de la protección efectiva de los derechos de los asociados. (Subrayas extratexto).

Con la posición de confundir garantía y protección efectiva, es evidente que la Corte renuncia a adoptar un papel meramente pasivo establecido desde tiempos de Montesquieu, papel asignado también por la Constitución política de 1991. Igualmente otro cuestionamiento a ésta providencia se da cuando la Corte asume una competencia que no tiene, al expresar:

La 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 ya a la administración o al legislador, la responsabilidad de la eficacia de los derechos fundamentales.** En el sistema anterior la eficacia de los derechos fundamentales terminaba reduciéndose a su fuerza simbólica. Hoy,

con la nueva Constitución, los derechos son aquello que los jueces dicen a través de las sentencias de tutela⁷. (Subrayas extratexto).

También se cuestiona en esta sentencia, que todo es válido, en aras de favorecer el logro del valor justicia, así esto implique el detrimento de otros derechos protegidos para la persona, como la seguridad jurídica, la cosa juzgada y la estabilidad del ordenamiento jurídico²⁴¹. La providencia expresa:

“En el sistema jurídico del Estado social de derecho se acentúa de manera dramática el problema -planteado ya por Aristóteles- de la necesidad de adaptar, corregir, acondicionar la aplicación de la norma por medio de la intervención del juez. Pero 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, es decir, para favorecer el logro del valor justicia** (de la comunicación entre derecho y realidad), así ello conlleve un detrimento de la seguridad jurídica”.

2.5 Sentencias C-815/99 (Concertación de políticas salariales y laborales/salario mínimo) y C-1433/00 (Igualdad de trabajadores en materia salarial, conservación e incremento)

La primera providencia, excluyó el concepto de la inflación y ligó el incremento salarial al I.PC, al afirmar:

“en todo caso el reajuste salarial que decrete nunca podrá ser inferior al porcentaje del IPC del año que expira. Y ello por cuanto el Gobierno está obligado a velar por que el salario mantenga su poder adquisitivo, de tal forma que garantice el mínimo vital y móvil a los trabajadores y a quienes de ellos dependen. De lo contrario, vulnera el artículo 53 de la Constitución. Esta Sentencia debe ser analizada y aplicada en conjunto y de manera armónica con la número C-481 del 7 de julio de 1999, proferida por la Corte, pues a partir de ella ha desaparecido el objetivo único de metas de inflación siempre

⁷H.L. Hart, *El concepto del derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1977, p.125 y ss

²⁴¹Carlos Mario Molina B. *Corte constitucional y revolución social*. En: Corte constitucional y Estado social de Derecho. Compilador, Carlos Mario Molina B. Medellín: Universidad de Medellín, 2007. p.102

menores, que antes se señalaba a la Junta Directiva del Banco de la República en ejercicio de sus atribuciones (art. 2 de la Ley 31 de 1992)”.

La segunda de las sentencias, trata sobre la Indexación de los salarios, viola el principio económico: Salarios=inflación +/- productividad , lo que se traduce en que los salarios deben ajustarse según la evolución conjunta de la inflación y de la productividad, pero en su sentencia, la Corte decidió excluir de la ecuación el factor de la productividad, desconociendo que en épocas recesivas la productividad tiende a ser negativa y en los años en los que caiga la productividad los salarios deben reajustarse por debajo de la inflación en el mismo porcentaje que caiga la productividad ,y dificulta el equilibrio fiscal, al añadir la indexación salarial a la indexación pensional²⁴². Los peligros macroeconómicos de la indexación salarial en un país con alto déficit fiscal, se resumen así: Se agrava el déficit fiscal lo que presiona al alza las tasas de interés y comprime la inversión pública y privada, y en economía si se presentan situaciones imprevistas o sorpresivas que presionen hacia arriba algunos componentes de la inflación se pueden desatar fuerzas que tienen la tendencia de agravar dichas alzas, toda vez que la indexación salarial genera una espiral inflacionaria²⁴³. La Corte, al ordenar la indexación para buscar el mejoramiento del poder adquisitivo del salario, comete, según los miembros de la Junta Directiva del Banco de la República, el error de creer que ese mejoramiento se puede lograr mediante un alza sostenida de los salarios que desconozca la productividad laboral, y no tiene en cuenta una verdad económica que consiste en que el mejoramiento se logra buscando una reducción gradual y segura de la inflación²⁴⁴.

Esta sentencia C-1433/00 al ordenar al gobierno que el reajuste de los salarios de los servidores públicos se haga por lo menos al mismo ritmo de la inflación, vulnera la Constitución que solamente autorizaba la indexación para las

²⁴²Sergio Clavijo. Fallos y Fallas de la Corte Constitucional. Bogotá: Ed. Alfaomega. 2001, p. 33-43

²⁴³Ibídem., p.44

²⁴⁴Ibídem., p.44

pensiones, como lo autoriza el art. 48, pero la Corte extendió la indexación al salario mínimo y consecuentemente a todos los salarios públicos, corriendo con riesgos de inestabilidad fiscal²⁴⁵.

2.6 Sentencia C-383/99 (El derecho a la vivienda y la democratización del crédito, entre la competencia y la equidad)

Corrección monetaria y sistemas de financiamiento para la adquisición de vivienda. En esta providencia, la Corte ata exclusivamente la corrección monetaria a la inflación reciente. De esta sentencia, es menester destacar el siguiente aparte del salvamento de voto presentado, que plantea la incompetencia de la Corte para tomar la decisión que tomó:

“El primer asunto que ha debido plantearse la Corte Constitucional, a este respecto, habría sido lógicamente el de precisar si ella era competente para fijar criterios - positivos o negativos - sobre la forma cómo la Junta Directiva del Banco de la República debía ejercitar su competencia en lo tocante a la consagración de la metodología para la determinación de los valores en moneda legal de la UPAC. Sobre este punto no cabe la menor duda de que si el Congreso no podía dar a este órgano técnico ninguna instrucción u orientación, menos aún lo podía hacer la Corte Constitucional, que carece de competencia alguna para ello, y que no es órgano idóneo cognoscitivamente para acometer esa tarea. Adicionalmente, la Corte Constitucional no puede asumir responsabilidades en campos alejados de sus competencias genuinas²⁴⁶”

Otras decisiones de la Corte, que permiten cuestionar su función son:

2.7 Sentencia C-221/94 (Despenalización de la dosis personal)

Aprobó la dosis mínima de consumo de marihuana y conminó al Estado colombiano a mejorar sus políticas educativas de prevención y de educación, transformando un problema social, en un problema de salud pública, en el cual el

²⁴⁵Sergio Clavijo. *Descifrando la nueva Corte constitucional*. Bogotá: Ed. Alfaomega, 2004, p.33-34

²⁴⁶Eduardo Cifuentes y Vladimiro Naranjo Mesa. Salvamento de voto.

Estado debe destinar los recursos presupuestales suficientes para evitar el incremento en el consumo de sustancias alucinógenas y psicoactivas y mejorar las políticas educativas.

Esta última providencia, desconoce el artículo 95 de la C.P. que plantea: La calidad de colombiano enaltece a todos los miembros de la comunidad nacional. Todos están en el deber de engrandecerla y dignificarla. El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades. Toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes. Y enuncia los siguientes deberes:

Son deberes de la persona y del ciudadano:

1. Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios;
2. Obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas;
3. Respetar y apoyar a las autoridades democráticas legítimamente constituidas para mantener la independencia y la integridad nacionales.
4. Defender y difundir los derechos humanos como fundamento de la convivencia pacífica;
5. Participar en la vida política, cívica y comunitaria del país;
6. Propender al logro y mantenimiento de la paz;
7. Colaborar para el buen funcionamiento de la administración de la justicia;
8. Proteger los recursos culturales y naturales del país y velar por la conservación de un ambiente sano;
9. Contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de conceptos de justicia y equidad.

Sobre la legalización del consumo, es válido citar al premio nobel de Literatura Mario Vargas Llosa, quien en un artículo titulado “La marihuana sale del armario” publicado en el diario El País de España en su edición de Julio 07 de 2012 expresó: “El problema de la droga ya no sólo concierne a la salud pública, al descarrío de tantos niños y jóvenes a que muchas veces conduce, y ni siquiera a los terribles índices del aumento de la criminalidad que provoca, sino a la misma supervivencia de la democracia. La política represiva no ha restringido el consumo en país alguno, pues en todos, desarrollados o subdesarrollados, ha seguido creciendo de manera paulatina, y sí ha tenido en cambio la perversa consecuencia de encarecer cada vez más los precios de las drogas. Esto ha transformado a los carteles que controlan su producción y comercialización en verdaderos imperios económicos, armados hasta los dientes con las armas más modernas y mortíferas, con recursos que les permiten infiltrarse en todos los rodajes del Estado y una capacidad de intimidación y corrupción prácticamente ilimitada.”²⁴⁷ Para plantear la necesidad de legalizar el consumo de la marihuana toda vez que “La prohibición de la droga sólo ha servido para convertir al narcotráfico en un poder económico y criminal vertiginoso que ha multiplicado la inseguridad y la violencia y que podría muy pronto llenar el Tercer Mundo de narco-Estados. (Subrayas extratexto).

La solución planteada por Vargas Llosa conduciría en el caso Colombiano a que el conglomerado de nacionales se plantee inquietudes válidas como estas: ¿Si en Colombia no hemos podido con el servicio médico correctivo. ¿Podrá el Estado, con el preventivo? y esta otra, ¿Los impuestos por consumo a la marihuana si serán suficientes para la sostenibilidad de una eficaz y eficiente política de prevención?

En este mismo orden de ideas, en un artículo de prensa, publicado en el periódico “El Espectador de Bogotá, titulado: “*El ocaso de la prohibición*” Rodrigo Uprimny, abogado colombiano, refiere que *El día de la elección presidencial en EE.UU. hubo dos votaciones que pueden llegar a ser más trascendentales para Colombia y América Latina que la reelección de Obama: en Colorado y en el estado de Washington (no en la capital federal), una mayoría de ciudadanos aprobó la legalización de la marihuana.* Y que esos referendos no se limitaron a aprobar el uso medicinal o a despenalizar el consumo de la marihuana, sino que

²⁴⁷ Mario Vargas Llosa.. *La marihuana sale del armario*, Madrid. Diario El País, julio 01/12 leído en julio 10 de 2012 http://elpais.com/elpais/2012/06/29/opinion/1340962562_348677.html

legalizaron la venta para uso recreativo y afirma que los referendos en Washington y Colorado podrían ser el primer paso del ocaso de la prohibición de las drogas, por varias razones, de las que se destaca la siguiente: el porcentaje de personas que en EE. UU consumen marihuana regularmente es menor al 10%.

La mayor parte de quienes hoy apoyan la legalización del cannabis no son entonces consumidores de drogas, que voten por interés propio, sino ciudadanos ordinarios que se oponen a la prohibición por razones morales y de conveniencia pública: han entendido que una persona tiene el derecho a decidir libremente qué hace con su cuerpo, siempre y cuando no afecte derechos de terceros, y se han dado cuenta de que la prohibición es una estrategia contraproducente para enfrentar el problema del abuso de sustancias psicoactivas²⁴⁸.

Sobre este tema de la legalización del consumo, el editorial del diario “El Colombiano” de Medellín, de febrero 1° de 2013 como respuesta a la presentación que hizo la ministra de justicia de Colombia para esa fecha, *Ruth Stella Correa*, sobre la eventual inclusión de nuevas drogas en el "kit" permitido como dosis personal, expuso lo siguiente:

“La reforma constitucional de 2009 dejó claro que el tratamiento para el adicto es terapéutico y pedagógico, no penal. El penal subsiste para quienes trafican y distribuyen los narcóticos. Y de esa diferencia de trato se han pegado, a menudo, quienes quieren confundir los términos de la discusión.

Hay un peligro latente, más allá de si se impone finalmente el pragmatismo que el Gobierno de Juan Manuel Santos quiere aplicar al tema de la dosis mínima: las fronteras borrosas entre querer reglamentar el consumo, y la sensación de la comunidad de que ello trae flexibilidad en la persecución al narcotráfico.

Los barrios de las ciudades están infestados por el microtráfico. La red de distribución tiene una efectividad que no tiene la actividad policial. Esta última, confundida sobremanera por la falta de claridad legal y jurisprudencial sobre el alcance permitido de la actuación de la autoridad.

²⁴⁸Rodrigo Uprimny. *El Ocaso de la prohibición*, Bogotá Diario El Espectador. Noviembre 10 de 2012, leído en noviembre 12 de 2012 <http://www.elespectador.com/opinion/el-ocaso-de-prohibicion>

En lo que no debe haber duda, nunca, es en la protección a la niñez, a la adolescencia. Están cercados por mercaderes del vicio. Es bueno hablar de libre desarrollo a la personalidad, pero antes de eso, es esencial hablar de formación y madurez para tomar correctas decisiones de vida²⁴⁹.

Sobre la polémica presentada ante la referida propuesta, Rodrigo Uprimny hace las siguientes precisiones, al considerar que es posible distinguir cuatro modelos de regulación jurídica de las sustancias psicoactivas legales e ilegales y que esos modelos dependen de si la oferta o el consumo tienen sanción y en el caso de que no lo tengan, si los mercados son o no regulados.

Primero, la prohibición extrema o “guerra a las drogas”, liderada por Estados Unidos, que se caracteriza por una penalización severa no sólo del tráfico de ciertas drogas (como la cocaína) sino también de su consumo, con la idea de erradicar totalmente su uso.

Segundo, reseña la política de “reducción del daño”, que ha tenido desarrollos exitosos en Europa, que mantiene la penalización del tráfico de drogas, pero priva el consumo de esas sustancias de sanción penal (esto es, despenaliza su uso) o al menos de sanción privativa de la libertad (esto es, desprisionaliza el tema).

Esta estrategia está inspirada en criterios de salud pública y no pretende erradicar todo consumo, pues lo considera un objetivo irrealizable; su propósito es reducir los daños que ocasionan las drogas, pero también los daños que pueden provocar las propias políticas de control del consumo. Y por ello despenalizan el consumo, para evitar la marginalización de los consumidores, pues ésta agrava sus problemas de salud.

²⁴⁹El Colombiano. Diario. *Claridad en dosis mínima*, Medellín, editorial. Publicado en febrero 1° de 2013, leído en febrero 1° de 2013 http://www.elcolombiano.com/historico/claridad_en_dosis_minima-GDEC_227203

Tercero, presenta las políticas de “legalización regulada” o “regularización”, que es el modelo actual frente al alcohol o el tabaco. No hay un mercado libre; esas sustancias son consideradas riesgosas para la salud y están entonces sometidas a regulaciones estrictas, como la prohibición de publicidad o de venta a menores. Pero existe una oferta legal de las sustancias, no sólo porque se reconoce el derecho de las personas adultas a consumirlas, sino también para evitar la existencia de mafias violentas que controlen su producción y distribución. Es pues un mercado legal pero controlado y desestimulado por el Estado.

Cuarto, el modelo de “liberalización”, que caracterizaba el mercado de tabaco hasta hace pocos años, en donde esas sustancias son tratadas como cualquier mercancía.

La propuesta del Ministerio no legaliza ni liberaliza el mercado de las drogas sintéticas, pues simplemente aclara que su consumo no está penalizado. Es pues una estrategia de reducción del daño y un paso en la dirección correcta, pues la experiencia europea ha mostrado que la despenalización del consumo, acompañada obviamente de programas de prevención del abuso de drogas y de tratamiento de los dependientes, no aumenta el consumo y tiene mejores resultados en salud pública que mandar a la cárcel a los consumidores²⁵⁰.

En el año 2012 por ley 1566 de julio 31, el Congreso colombiano dicta normas para garantizar la atención integral a personas que consumen sustancias psicoactivas y se crea el premio nacional "Entidad Comprometida con la Prevención del Consumo, Abuso y Adicción a Sustancias Psicoactivas" y reconoce que tema de la drogadicción es un asunto de salud pública. Siendo la primera ley que reconoce la drogadicción como una enfermedad, establece un sistema de atención integral para los adictos, quienes voluntariamente, podrán

²⁵⁰Rodrigo Uprimny. *Precisiones sobre drogas y Derecho*. Bogotá, Diario El Espectador. Febrero 02/2013, leído en febrero 03 de 2013 <http://www.elespectador.com/opinion/precisiones-sobre-drogas-y-derecho>

acceder al tratamiento médico integral, a unos mecanismos de promoción de la salud y prevención del consumo.

Lo expuesto, genera las siguientes inquietudes, las cuales se deben resolver consultando la realidad económica y social colombiana, en la que no se puede desconocer que las nivelaciones son entre pares y no entre países con diferencias económicas y culturales abismales como los suramericanos y los europeos y que una decisión judicial que elabora una de las posibles salidas a manera de excepción para solucionar un problema, no se debe convertir en una regla general que sea una solución única, correcta y absoluta.

La legalización del consumo como medida de prevención para disminuir las conductas delictivas no ha temido la adecuada publicidad que merece un problema de salud pública.

¿Si es esa la dirección correcta teniendo en cuenta el impacto fiscal para las finanzas públicas? Otro interrogante que esta situación genera, es:

¿Vulnera la legalización del consumo algún o valor constitucionalmente protegido, o por el contrario, los refuerza?

Algunos, consideran necesaria la legalización del uso medicinal de la marihuana, porque de ese modo se cumpliría el mandato constitucional, señalado en el art 49 que expresa: “La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.” Frente al tema del consumo se presentarán diversas posturas.

La iniciativa de legalizar el consumo de Marihuana se ha manejado en países como Uruguay y Portugal, para citar dos ejemplos. Esa ley, aprobada por la

Cámara de Diputados y el Senado Uruguayo, pone en manos del Estado uruguayo el control de la calidad, cantidad y precio de la marihuana, y los compradores deberán registrarse y tener cumplidos 18 años de edad. Cada comprador podrá adquirir un máximo de 40 porros (cigarrillos de marihuana) al mes y los impuestos que graven la venta se emplearán en tratamientos de rehabilitación y de prevención y en la creación de un centro de control de calidad del producto. Los uruguayos que se registren ante las autoridades, podrán cultivar hasta seis plantas de cannabis o a comprar en farmacias hasta 40 gramos de marihuana por mes para uso recreativo y un máximo de 480 gramos anuales. La venta no se permitirá a los extranjeros, según la decisión del Senado en diciembre de 2013.

El proyecto fue presentado como una estrategia para reducir la incidencia del narcotráfico y el crimen organizado, así como también para combatir las consecuencias sanitarias, sociales y económicas del uso problemático de sustancias psicoactivas, a través de la intervención del Estado.²⁵¹

Para el segundo semestre de 2014 en Colombia, el partido Liberal presentó un proyecto de ley que permitirá el uso medicinal de la marihuana, toda vez que algunos estudios plantean los beneficios de la sustancia para mitigar el dolor en pacientes con VIH, disminuir las náuseas que produce la quimioterapia, disminuir la presión ocular y para controlar los ataques epilépticos. En las últimas décadas se ha publicado buena literatura científica en la que se recomienda el cannabis como un agente terapéutico. Hoy se sabe que estimula el apetito en pacientes con VIH, que reduce los espasmos o que alivia los síntomas del asma porque actúa como un broncodilatador.

²⁵¹El Colombiano. Diario, *Uruguay legalizó la producción y venta de marihuana*. Medellín, y En: *Uruguay despenaliza producción y venta de Marihuana*. Bogotá: Diario El Tiempo. Publicados y leídos en diciembre 10 de 2013
http://www.elcolombiano.com/historico/uruguay_legalizo_la_produccion_y_venta_de_marihuana-GAEC_273603 y <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-13274446>

Lo que por lo general recomiendan los médicos es que se consuma de forma inhalada, mediante el empleo de un vaporizador²⁵². Incluso la eficacia de una nueva variedad de cannabis con un bajo contenido de tetrahidrocanabinol THC principal componente psicoactivo en el cannabis y un alto nivel de CBD cannabidiol, ha demostrado tener beneficios como neuroprotector, antiinflamatorio y antiespasmódico en los tratamientos médicos para los niños. La información refiere el caso de una niña estadounidense que de trescientos episodios epilépticos diarios pasó a un episodio cada dos días²⁵³.

Dicho proyecto de ley, inicialmente no fue aprobado. Para agosto-septiembre de 2015 el senador liberal, Juan Manuel Galán, radico por segunda vez el proyecto de ley que busca legalizar y reglamentar la marihuana medicinal.

Para diciembre de 2015, con una mayoría simple que logró su aprobación, 46 votos contra 6, la plenaria del Senado de la República le dio vía libre a la ley que busca habilitar en el país el uso de la marihuana para fines medicinales.

Este nuevo proyecto, estuvo a punto de hundirse al final de su votación, porque al momento de aprobar el articulado en bloque faltaban algunos votos para permitir su paso a la Cámara de Representantes, en donde se deberá dar trámite a sus dos restantes votaciones²⁵⁴.

Las disposiciones del proyecto proponen que el Estado asuma el control y la regulación de las actividades de importación, exportación, cultivo, producción,

²⁵²El Espectador. *Marihuana medicinal, ¿para qué sirve?* Bogotá: publicado en Agosto 15/2014, leído en Agosto 16 de 2014 dirección web fuente: <http://www.elespectador.com/noticias/salud/marihuana-medicinal-sirve-articulo-510969>

²⁵³el Espectador. *Marihuana medicinal para niños*. Bogotá: Publicado en Febrero 12 de 2014. Leído el 15 de agosto de 2014 dirección web fuente <http://www.elespectador.com/noticias/elmundo/marihuana-medicinal-ninos-articulo-474414>

²⁵⁴El colombiano, *Avanzó en el Congreso ley que permite el uso medicinal de la marihuana*. Medellín. Publicado diciembre 10 de 2015, leído diciembre 13 de 2015 <http://www.elcolombiano.com/colombia/politica/avanzo-en-el-congreso-ley-que-permite-el-uso-medicinal-de-la-marihuana>.

almacenamiento y posesión de las semillas de la planta de cannabis. Además, permite el uso terapéutico de la misma. Los beneficios están científicamente comprobados: mejora las condiciones médicas de personas que padecen dolencias como fibromialgia (dolores musculares y fatiga), dolor neuropático y dolor asociado con diagnóstico de cáncer. Además, hay estudios que plantean el potencial del cannabis medicinal en trastornos de los hábitos alimentarios y la nutrición, o patologías crónicas como anorexia, bulimia, colitis ulcerosa y enfermedad de Crohn²⁵⁵.

En noviembre de 2015, el gobierno Colombiano alistó un proyecto de Decreto, sancionado en diciembre 22/15 con el número 2467, que legaliza y regula el consumo y producción de marihuana con fines medicinales.

El texto tiene por objeto reglamentar la tenencia y cultivo de semillas y plantas de cannabis, así como regular los procesos de producción, fabricación, exportación, distribución, comercio, uso y tenencia de éstos y sus derivados, destinados a fines estrictamente médicos y científicos. Así mismo detalla cuál será el papel del Consejo Nacional de Estupefacientes (CNE), quien otorgará los permisos para poder cultivar la planta. El documento indica que para que el CNE otorgue dicha licencia, entre otras cosas, se deberá contar con “un cronograma de trabajo para la anualidad correspondiente, el organigrama del solicitante señalando las responsabilidades y labores de cada uno de los empleados y/o contratistas que estarán involucrados en la etapa de cultivo durante la respectiva anualidad y el monto de las inversiones requeridas para la ejecución de las actividades de cultivo”.

Entre los puntos que se deben especificar para obtener esta licencia de fabricación está detallar “(I) los procedimientos agrícolas que serán implementados en el Área de Cultivo; (II) un estimado de la cantidad de Semillas y de Plantas de Cannabis que serán cultivadas en el Área de Cultivo durante la anualidad correspondiente, especificando la calidad de las Semillas que serán

²⁵⁵El espectador. *Legalizar la marihuana*. Bogotá: Editorial. Diario. Publicado en Septiembre 3 de 2015. Leído el 3 de septiembre de 2015 <http://www.elespectador.com/opinion/editorial/legalizar-marihuana-articulo-583729>

utilizadas para el Cultivo y su lugar de origen y (III) el volumen de Plantas de Cannabis cultivado en el Área de Cultivo durante la anualidad anterior”.

Las licencias entonces serán de cultivo, fabricación y exportación (de productos elaborados con marihuana, si el país de destino tiene legalizado la comercialización de estos). A esto se suma una licencia para fines investigativos. Eso no se puede hacer hoy en día en Colombia porque no hay una reglamentación para ese tipo de actividades, pese a que hace 29 años el Estatuto Nacional de Estupefacientes previó la posibilidad de que esto se desarrollara²⁵⁶.

Sin embargo, la expedición del Decreto no fue óbice para que el proyecto de ley que contempla el uso medicinal de la marihuana, fuese aprobado por el Congreso Colombiano como la ley 1787 de 2016.

Esta ley crea un marco regulatorio y plantea algunas diferencias con lo expresado por el Decreto 2467 de 2015, como éstas:

Adiciona otros tipos de licencias, a saber: i) Licencia para adquisición de la sustancia a cualquier título, ii) Licencia para distribución, iii) Licencia para transporte, iv) Licencia para comercialización y v) Licencia para uso y posesión de semillas y productos derivados del cannabis.

Ordena la protección de pequeños y medianos cultivadores.

En lo referente al tratamiento de menores de edad, trae de manera taxativa, la obligación del consentimiento informado en los casos en los que el paciente sea menor de edad. Así, los padres o tutores serán informados sobre los riesgos o

²⁵⁶El Espectador. *Listo decreto que legaliza el consumo y la producción de marihuana con fines medicinales*. Bogotá: Publicado el 12 de noviembre de 2015. Leído: noviembre 12 de 2015 <http://www.elespectador.com/noticias/nacional/listo-decreto-legaliza-consumo-y-produccion-de-marihuan-articulo-598754>

beneficios del uso medicinal del cannabis por su médico tratante antes de autorizar o negar la utilización de productos terapéuticos con componentes psicoactivos.

Igualmente, regula una contribución a cargo de las personas a las cuales se les otorgue la licencia quienes deberán someterse a seguimiento y control por parte del Ministerio de salud y el Ministerio de justicia. Para que se haga efectivo el mencionado seguimiento, el interesado deberá pagar por este servicio. Así, el dinero será recaudado por la Subdirección de Control y Fiscalización de Sustancias Químicas y Estupefacientes.

Los recursos recaudados se destinarán a los costos de evaluación y seguimiento, así como para financiar al Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación, Colciencias²⁵⁷.

Sobre el tema del consumo de droga, existen diferentes encuentros mundiales. Por ejemplo, La Unión de Naciones Suramericanas (Unasur) aprobó el 31 de octubre de 2015 en Montevideo un consenso sobre la política mundial de drogas con el enfoque de los derechos humanos en una reunión considerada "histórica" por el bloque, que presentará el documento pactado ante la ONU en abril de 2016 en Nueva York. Ernesto Samper, secretario general de la Unasur y expresidente de Colombia (1994-1998), expresó el "evidente fracaso" de la llamada guerra contra las drogas e hizo hincapié en la "autoridad" que tiene Suramérica para proponer un cambio hacia una mirada humana sobre el tema por la "cantidad de personas y de recursos económicos e institucionales" que se han sacrificado en la región desde "el punto de vista policial o militar" exclusivamente. Plantea que debe haber una nueva política en materia de cultivos ilícitos. No puede ser solamente la destrucción de los cultivos cuando se trata de campesinos. Se debe hacer

²⁵⁷ley 1787/16

distinción del consumo social y medicinal del consumo adictivo de sustancias como la marihuana", abogó anticipando algunos puntos del consenso²⁵⁸.

El tema de los cultivos ilícitos, también ha sido objeto de los diálogos del proceso de paz, que el gobierno de Colombia adelanta con la guerrilla de las FARC-EP. En mayo de 2014, anunciaron un acuerdo sobre tres puntos básicos que hacen parte del tercer punto de la agenda de diálogo. Los tres apartados que contiene este punto son: la sustitución de cultivos ilícitos; consumo y salud pública y comercialización y narcotráfico.

En el primer subpunto se acordó que Gobierno Nacional creará y pondrá en marcha un nuevo Programa Nacional Integral de Sustitución de Cultivos de Uso Ilícito.

Los negociadores del Gobierno y las FARC acordaron que la sustitución se dará con consentimiento de las comunidades de manera manual para generar empleo. Las medidas de apoyo por parte del programa estarán condicionadas al cumplimiento del cronograma de compromisos adquiridos por los cultivadores en el marco de los acuerdos de sustitución y no resiembra.

Si se da el caso que comunidades no colaboren en la sustitución de cultivos ilícitos o incumplan los compromisos adquiridos, podrá haber otro tipo de erradicación incluido en la aspersion de glifosato, pero se trataría de un caso extremo.

En otro de los ítems se habló del desminado, lo que contempla que la puesta en marcha de un programa "de las áreas del territorio nacional que hubiesen sido afectadas por la ubicación de minas antipersonal y municiones sin explotar".

²⁵⁸El Espectador. *Histórica reunión de Unasur para buscar consenso sobre consumo de drogas en el continente*. Bogotá. Publicado el 31 de agosto de 2015 y leído el 13 de octubre de 2015 <http://www.elespectador.com/noticias/elmundo/historica-reunion-de-unasur-buscar-consenso-sobre-consu-articulo-582966>

En el segundo de los subpuntos, programas de prevención del consumo y salud pública, los negociadores acordaron que el Gobierno creará el Programa Nacional de Intervención Integral frente al Consumo de Drogas Ilícitas como una instancia de alto nivel. Este programa tendrá un enfoque de derechos humanos

Para garantizar la revisión del programa el Gobierno creará una instancia nacional con representantes de las autoridades con competencia en el tema, como de las instituciones científicas.

En el tercer punto se acordó la intensificación de la lucha contra el crimen organizado y sus redes de apoyo. La idea es desarticular el crimen organizado y las redes de estas organizaciones. Para ello, el Gobierno Nacional pondrá en marcha una estrategia de política criminal²⁵⁹.

2.8 Sentencia T-844/11 (revocabilidad de la adopción por omisión de requisitos en la declaratoria de adoptabilidad)

En la ley 1098 de 2006—, la adopción se define como la “principal y por excelencia medida de protección a través de la cual, bajo la suprema vigilancia del Estado se establece de manera irrevocable, la relación paterno filial entre personas que no la tienen por naturaleza” (Art. 61 del nuevo Código de la Infancia y la Adolescencia.)

Por cuenta de este fallo en el que se obliga al Estado a indagar hasta el sexto grado de consanguinidad por algún familiar dispuesto a quedarse con un niño antes de declararlo en adopción, en la práctica es casi imposible que el defensor de familia avance sin peligro disciplinario en la declaratoria de adoptabilidad de algún menor. Esta decisión lo que hace es vulnerar el artículo 44 de la Carta

²⁵⁹Semana. *Los puntos del acuerdo sobre cultivos ilícitos y narcotráfico*. Bogotá. Publicado en mayo 16 de 2014. Leído, el 24 de diciembre de 2015 <http://www.semana.com/nacion/articulo/los-puntos-del-acuerdo-de-narcotrafico/387746-3>

Política, que establece: como uno de los derechos fundamentales de los niños, el tener una familia y no ser separados de ella, Al ampliar el espectro de consanguíneos que deben buscarse para declarar un niño como adoptable se está impidiendo que un niño sea adoptado por personas que le pueden ofrecer unas mejores condiciones socio-afectivas, que las que tiene en una sede del ICBF (Instituto Colombiano de Bienestar Familiar²⁶⁰, así sean del mismo sexo. Al respecto, Durante las primeras semanas de agosto de 2015, en la Comisión primera del Senado de la república, las senadoras Viviane Morales y Claudia López realizaron un debate con el Ministro de Salud de Colombia, Alejandro Gaviria, para analizar el tema de la adopción por parte de menores de edad. En esa sesión, el Ministro Gaviria presentó el acumulado científico de 30 años de investigación, publicado en revistas prestigiosas con validación de pares académicos. El ministro presentó los denominados metaanálisis, es decir, análisis conjunto de los múltiples estudios. A diferencia de la senadora Morales, Gaviria no se limitó a presentar un puñado de documentos, sino que mostró el balance serio y completo de la evidencia científica disponible sobre el tema. De hecho, presentó estudios longitudinales que se consideran los más completos por ser aquellos que se hacen a través del tiempo con el mismo grupo. Esta evidencia ha sido respaldada por la Asociación Americana de Psicología, la Asociación Americana de Sociología, la Asociación Americana de Pediatría, la Asociación Colombiana de Psiquiatría y el Colegio Colombiano de Psicólogos. El consenso científico es clarísimo: no existe evidencia empírica que demuestre que los hijos criados por parejas del mismo sexo se vean afectados en su salud o bienestar. Por el contrario, la evidencia muestra que los hijos criados por parejas del mismo sexo, o

²⁶⁰El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, creado en 1968, es una entidad del estado colombiano, que trabaja por la prevención y protección integral de la primera infancia, la niñez, la adolescencia y el bienestar de las familias en Colombia. ICBF con sus servicios brinda atención a niños y niñas, adolescentes y familias, especialmente a aquellos en condiciones de amenaza, insolvencia o vulneración de sus derechos. La Entidad cuenta con 33 regionales y 206 centros zonales en todo el país, llegando a más de 8 millones de colombianos con sus servicios.

heterosexuales no muestran ninguna diferencia significativa en el desarrollo cuando son comparados adecuadamente²⁶¹.

A lo anterior hay que agregar que una ponencia del magistrado de la Corte Constitucional, Jorge Iván Palacio, que avala la adopción por parte de parejas de un mismo sexo, que data de enero de 2015, revela que el número de niños adoptados en los últimos cinco años ha venido descendiendo de manera alarmante. Por ejemplo, mientras en 2010 se presentaron 3.058 casos de menores con una familia asignada, en 2011 la cifra cayó a 2.713 casos y en 2012, a 1.465. Un descenso que continuó en 2013 al registrarse 1.125 adopciones y en 2014 apenas 880. Actualmente hay 10.461 menores que están a la espera de que los padres adoptantes cumplan los requisitos para poder integrarse a esas familias. “Esta es una muestra representativa que deja en evidencia el déficit de adopción actual de los menores en Colombia²⁶²”.

Para noviembre de 2015, en sentencia C-863, La Corte determinó que las parejas del mismo sexo están habilitadas para adoptar conjuntamente, acorde con una lectura de las normas legales acusadas conforme con la Constitución política y los tratados internacionales sobre derechos humanos, que consagran la protección del interés superior de los niños, niñas y adolescentes.

En comunicado N° 50 de noviembre 4 de 2015, hacen la siguiente síntesis de los fundamentos de su decisión:

La Corte debía decidir una demanda contra algunos segmentos normativos, contenidos en los artículos 64, 66 y 68 del Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006), y 1° de la Ley 54 de 1990. Estas normas se

²⁶¹Mauricio Albarracín, <http://www.elespectador.com/opinion/medio-de-ciencia-justicia>. Por medio de la ciencia hacia la justicia! Bogotá: Diario El Espectador, publicado el 18 de agosto de 2015, leído en agosto 19 de 2015

²⁶²<http://www.elespectador.com/noticias/judicial/los-secretos-de-ponencia-avala-adopcion-gay-articulo-539811> Diario El Espectador: Los secretos de la ponencia que avala la adopción gay. Publicado el 24 de enero de 2015 y leído, el 28 de enero de 2015

refieren a los efectos jurídicos de la adopción, al consentimiento para la misma, a los requisitos para adoptar y a los elementos constitutivos de la unión marital de hecho. A juicio de los accionantes, las normas acusadas excluyen la posibilidad de que los niños sean adoptados por parejas conformadas por personas del mismo sexo. Los demandantes cuestionaron justamente dichas disposiciones, en esencia, por vulnerar el derecho a la igualdad y el interés superior de los niños que permanecen en situación de adoptabilidad, al limitar sin justificación suficiente el universo de familias que pueden adoptarlos. También, adujeron que hubo una omisión relativa del legislador, violatoria del interés superior de los niños, porque la ley no consagró claramente una regulación para la adopción de niños por parejas del mismo sexo, lo cual supone una desprotección de la niñez. Finalmente, observaron que existe una interpretación dominante en la administración pública (ICBF y Procuraduría General de la Nación), orientada a desproteger a los niños, que reduce el universo de familias potencialmente adoptantes, en cuanto excluye a las parejas del mismo sexo en detrimento de los derechos de los niños. La Corte comenzó por precisar que la decisión reciente sobre la materia, contenida en la sentencia C-071 de 2015, no impide un pronunciamiento sobre las normas demandadas. Ese fallo solo hizo tránsito a cosa juzgada relativa, por cuanto se centró en el examen de dos problemas jurídicos, referidos a los derechos a la igualdad y a la familia de las parejas del mismo sexo, pero no a los derechos de los niños desde la perspectiva del principio constitucional del interés superior del menor (CP art. 44). Constató entonces que en la sentencia C-071 de 2015 la Corte analizó si las normas sobre adopción vulneraban el derecho a la igualdad de las parejas del mismo sexo (CP art 13) y desconocían también el derecho de las parejas del mismo sexo a constituir familia (CP art 42). Sin embargo, en esa ocasión la Corte decidió inhibirse en relación con el cargo de vulneración del interés superior del menor, por ineptitud de la demanda (con salvamento de voto de un magistrado). En contraste, en esta oportunidad la Corte verificó que la demanda se dirigió adecuadamente contra las mismas normas, pero con un enfoque constitucional diferente, en la medida en que centra la discusión en torno al interés superior de los niños (CP art. 44). En el presente caso la decisión de fondo (habilitar la adopción de niños por parejas del mismo sexo en virtud del interés superior del niño) tuvo como base los siguientes argumentos: 1.- En primer lugar, la Corte señaló que los estudios científicos y las pruebas aportadas al proceso demostraban en forma dominante, o bien que la adopción por parejas del mismo sexo no genera afectaciones en el desarrollo integral de los niños, o bien que no está acreditada ninguna afectación a los niños que viven con parejas del mismo sexo. Aun cuando algunas intervenciones indicaban que los resultados no eran definitivos, la Corte verificó que no se refutaron las conclusiones prevalecientes, y en un caso la objeción planteada fue inaceptable a la luz de la Constitución, por Comunicado No. 50. Corte Constitucional. Noviembre 4 de 2015 4 cuanto afirmaba que la homosexualidad es considerada como una patología, lo cual ha sido claramente desvirtuado. 2.- En segundo lugar, la Sala Plena resaltó que según la Constitución, los tratados internacionales sobre derechos humanos, la jurisprudencia internacional y la jurisprudencia de esta Corte, la orientación sexual de una persona, o su sexo, no son por sí mismos

indicadores de falta de idoneidad moral, física o mental para adoptar; de modo que impedir que un niño tenga una familia, fundándose para ello únicamente en la orientación sexual o el sexo de una persona o de una pareja, representa una restricción inaceptable de los derechos del niño, y es entonces además contrario a su interés superior, protegido por la Constitución y los instrumentos que se integran a ella. 3. En tercer lugar, la Corte reconoció que una lectura conforme con la Constitución indica que, desde la perspectiva de la protección al interés superior del niño, la ley debe entenderse como neutra al sexo de las parejas y a la orientación sexual de quienes las conforman. 4.- En cuarto lugar, la Corte advirtió que, en vista de que no se encuentra acreditado de manera concluyente que los menores sufran o puedan sufrir algún tipo de afectación en su desarrollo armónico e integral por el hecho de ser adoptados o crecer en el entorno de una familia conformada por parejas del mismo sexo, excluir a estas últimas del universo de potenciales adoptantes implica una limitación del derecho de los niños a tener una familia y no ser separados de ella, que afecta injustificada, irrazonable y desproporcionadamente su interés superior (CP art.44). 5. En quinto lugar, la Sala Plena de la Corte verificó y reafirmó que tiene competencia y legitimidad para intervenir en la resolución de este caso. No solo porque la Constitución así se lo reconoce expresamente en el artículo 241, sino además porque se trata de proteger derechos de población vulnerable, como los niños en situación de adoptabilidad, frente a una interpretación de la ley que no es conforme con el principio de interés superior del menor, en un contexto en el cual los niños son una población desaventajada en términos representativos, cuyos derechos debe proteger el juez al margen de la decisión de las mayorías políticas. Es precisamente en estos casos, para garantizar los derechos de grupos vulnerables y sin representación democrática específica, que se justifica la función de control constitucional a la actividad del Legislador. 6.- La Corte aclaró que cualquier proceso de adopción debe estar siempre dirigido a garantizar el interés superior del menor y el restablecimiento de sus derechos, y por tanto en todo caso será deber del Estado verificar, conforme a la Constitución y en los términos de esta sentencia, si se cumplen los demás requisitos establecidos en el ordenamiento jurídico. La Corte quiere resaltar que las dudas y temores acerca de si la sociedad está preparada para asumir esta decisión no se disipan negando una inocultable realidad sino enfrentando sus desafíos. Comunicado No. 50. Corte Constitucional. Noviembre 4 de 2015 5 Por las anteriores razones, la Corte resolvió declarar la exequibilidad condicionada de las normas impugnadas, en el sentido de que “en virtud del interés superior del menor, dentro de su ámbito de aplicación están comprendidas también las parejas del mismo sexo que conforman una familia”. De tal forma, el ordenamiento constitucional no excluye que los niños sean adoptados por parejas del mismo sexo forman una familia²⁶³.

Con esta decisión, se puede cuestionar si verdaderamente ella busca proteger el interés superior de los niños, niñas o adolescentes. Este asunto oblongo se presta

²⁶³Corte Constitucional. Comunicado N° 50 noviembre 4 de 2015

para una doble interpretación: a) Sirve como mecanismo para frenar la disminución de adopciones en el país, durante los últimos años y garantiza al adoptado tener una familia y unas opciones de futuro más digno, tanto económicas, como afectivas. b) es exponer al adoptado a un proceso de estigmatización en una sociedad ultraconservadora que aún no ha asimilado el concepto de familia monoparental, a sabiendas que la misma Constitución en su art. 44 establece que los niños Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, Ser adoptado por una pareja gay, permitiría violentar moralmente a un menor al ser víctima de bullying con los compañeros de estudio o con los vecinos.

Empero, el cuestionamiento precedente, no es óbice para referir el largo recorrido que el tema de la discriminación sexual ha tenido en la Corte Constitucional colombiana. A continuación se relacionan los temas que la Corte ha autorizado.

1994	Corrección del sexo en el estado civil. Cambio de nombre.	T-504/94 T-594/94
1998	No discriminación educativa.	T-101/98
2001	Afiliación a la seguridad social.	SU-623/01
2008	Visitas conyugales en cárceles.	T-274/08
2008	Beneficiario de la pensión.	T-1241/08
2011	Derecho a la familia.	T-717/11
2012	Donar sangre.	T-248/12
2013	Cambio de sexo. Y Manuales de convivencia.	T-565/13
2014	No exigir libreta militar a mujer transgénero.	T-476/14
2014	Adoptar hijo biológico de la pareja.	SU-617/14
2015	No discriminación educativa.	T-478/15
2015	Adopción total	C-683/15
2016	Matrimonio igualitario.	SU-214/16

En abril de 2016, la Corte IDH decidió que el Estado colombiano le violó el derecho a la igualdad a un hombre gay que reclamaba la pensión de su pareja fallecida, siendo la primera decisión judicial que toma el sistema interamericano en relación con los derechos de una pareja del mismo sexo, un fallo sin precedentes. También es la primera vez que Colombia es condenada por violar los derechos de una persona de la población LGBT. El Estado debe realizar, en máximo 6 meses, un resumen de la sentencia y publicarlo en el Diario Oficial y en un diario de amplia circulación nacional, así como el fallo completo deberá estar disponible en un sitio web estatal. Tendrá, además, que garantizar al accionante la pensión de sobrevivencia y pagarle \$10 mil dólares de indemnización²⁶⁴.

Respecto al tema del matrimonio igualitario, según datos de la Superintendencia de Notariado y Registro de Colombia, desde la Sentencia SU-214/16 de la Corte Constitucional, 117 parejas del mismo sexo contrajeron matrimonio en las notarías del país y se registraron 373 uniones maritales. La Oficina Asesora de Planeación de la entidad indicó que el 30,8 % de los matrimonios entre parejas del mismo sexo corresponde a mujeres entre los 26 y 35 años. Los departamentos en los que se llevaron a cabo más matrimonios son Antioquia (37), Bogotá (26), Valle del Cauca (20) y Risaralda (15). Sobre las estadísticas, el Superintendente de Notariado y Registro, Jorge Enrique Vélez García aseguró. “Se pensaba que los matrimonios serían masivos, pero realmente estas cifras son muy poco para lo que generó tanta expectativa y gente movilizándose para que se permitieran estos matrimonios”²⁶⁵.

A continuación se presenta una breve distinción entre Unión marital y Matrimonio civil:

²⁶⁴El Espectador. *Abecé de la histórica condena contra Colombia por discriminar a pareja gay*. <http://www.elespectador.com/noticias/judicial/abece-de-historica-condena-contra-colombia-discriminar-articulo-627563>. publicado el 17 de marzo de 2016, leído en marzo 17/16

²⁶⁵Superintendencia de Notariado y Registro. Comunicado de prensa de febrero 10/2017

*Unión Marital: Contrato de mutuo acuerdo entre dos personas donde determinan que su patrimonio lo van a compartir. Es una especie de negocio jurídico - Mayor información en la Sentencia C-257/15 y C-075/07 de la Corte Constitucional.

*Matrimonio Civil: Está legalmente constituido, genera temas patrimoniales adicionales a los que genera la unión marital. Nace la sociedad conyugal, se puede hacer separación de bienes- Mayor información en la sentencia SU214/16 de la Corte Constitucional.

2.9 Sentencias T-349/96, T-523/97 (Protección a la diversidad étnica y cultural de las comunidades indígenas)

La primera de las providencias inaplica la Constitución política, porque el artículo 246 de la Constitución, establece la jurisdicción indígena en los siguientes términos:

"Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la república. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema nacional".

Respecto al análisis de la norma la Corte en la misma providencia, se ha pronunciado en los siguientes términos:

"El análisis de esta norma muestra los cuatro elementos centrales de la jurisdicción indígena en nuestro ordenamiento constitucional:

- 1) la posibilidad de que existan autoridades judiciales propias de los pueblos indígenas.
- 2) la potestad de éstos de establecer normas y procedimientos propios.
- 3) la sujeción de dichas jurisdicción y normas a la Constitución y la ley.
- 4) y la competencia del legislador para señalar la forma de coordinación de la jurisdicción indígena con el sistema judicial nacional".

Interesa aquí, particularmente, el estudio de los límites que se fijan para el ejercicio de las facultades jurisdiccionales conferidas de manera potestativa a las autoridades de las comunidades indígenas, a la luz del principio de la diversidad cultural, pues si bien la Constitución se refiere de manera general a "la Constitución y la ley" como parámetros de restricción, resulta claro que no puede tratarse de todas las normas constitucionales y legales²⁶⁶; de lo contrario, el reconocimiento a la diversidad cultural no tendría más que un significado retórico. La determinación del texto constitucional tendrá que consultar entonces el principio de maximización de la autonomía que se había explicado anteriormente".

La segunda providencia referida permite que los miembros de algunas comunidades indígenas sean flagelados con un fuste y desterrados de sus cabildos indígenas, violentando lo dispuesto por la Constitución colombiana en su art. 12 que prohíbe las torturas, los tratos crueles y degradantes y en su art. 34, prohíbe la pena de destierro. La Corte al analizar la legalidad de las penas impuestas de "fuste" y "destierro", las justifica, en el caso del "fuste" argumentando que:

"La convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, aprobada por Colombia por la Ley 78 del 15 de diciembre de 1986, define la tortura como: "(...) todo acto por el cual se inflija intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya omitido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona, o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se consideran torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a estas". La misma norma internacional establece, además, que esta noción de tortura debe entenderse sin perjuicio de instrumentos

²⁶⁶Esta interpretación, establece una indeterminación, al decir lo que no dice la Constitución, porque hace una adecuación excesivamente selectiva. Si el artículo 346 constitucional establece que los procedimientos y normas en la jurisdicción indígena no pueden ser contrarios a la Constitución y las leyes, no debe la Corte afirmar que no debe tratarse de todas las normas constitucionales.

internacionales o legislaciones nacionales que contengan disposiciones de mayor alcance, como en efecto lo ha hecho la Constitución Nacional, que extiende la prohibición a los casos en que el torturador es un particular.

La prohibición de la tortura busca, por lo tanto, proteger el derecho a la integridad personal y la dignidad del individuo, que pueden ser violados por el uso arbitrario de la fuerza. Claro está, entendiendo que no todas las sanciones que producen sufrimientos alcanzan esta categoría. Al respecto, la Corte Europea de Derechos Humanos, en diferentes decisiones ha establecido que no todas las penas corporales constituyen tortura y que para que adquieran tal entidad los sufrimientos producidos deben ser graves y crueles. La intensidad, entonces, deberá ser analizada a la luz de las circunstancias del caso, como la duración de la condena, sus efectos en la integridad física y moral del condenado, su sexo, edad o condiciones de salud, e incluso el contexto socio-político en el que se practica. Estos criterios, también son relevantes para determinar, una vez descartada la tortura, si se trata de un comportamiento inhumano o degradante”.

En el caso del “destierro, así:

“El artículo 38²⁶⁷(sic) de la Constitución Política establece como límite constitucional al ejercicio de la sanción punitiva la de imponer pena de destierro, pues ella significa aislar al individuo de su entorno social y condenarlo al ostracismo. De acuerdo con el Pacto Internacional, de Derechos Políticos y Civiles (art. 12) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 5º) el destierro se refiere a la expulsión del territorio del Estado del cual se es nacional. Por lo tanto, como los cabildos sólo pueden administrar justicia dentro de su jurisdicción, es claro que se destierra del resguardo y no de todo el territorio nacional y, en consecuencia, la sanción no encuadra dentro de la restricción del artículo 38 (sic) de la Constitución. Por otra parte, el hecho que la comunidad decida alejar de su territorio a un miembro, no sobrepasa los límites del ejercicio de la jurisdicción indígena, motivo por el cual la Corte no encuentra ningún reparo contra esta determinación”.

Estas justificaciones, soportadas en normas internacionales, han servido como criterio interpretativo para obviar la literalidad de las normas Constitucionales.

²⁶⁷En forma equívoca, la sentencia hace referencia al art. 38 constitucional, cuando realmente es el art. 34, del siguiente tenor: “Se prohíben las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación. No obstante, por sentencia judicial, se declarará extinguido el dominio sobre los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del Tesoro público o con grave deterioro de la moral social”.

2.10 Sentencia C-836/01(importancia del precedente jurisprudencial y forma de apartarse de él)

Esta providencia, resuelve la demanda la inexecutableidad contra el artículo 4º de la ley 169 de 1896. La disposición demandada es la siguiente:

“Artículo 4. Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como tribunal de casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable, y los jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores.”

Fija criterios respecto a la interpretación de la Corte Suprema de Justicia, al plantear la obligatoriedad del precedente jurisprudencial, Ésta sentencia otorga un valor normativo superior al concepto de la “doctrina probable”, y agrega que los jueces deben de respetar el precedente jurisprudencial, toda vez que por la vía de la unificación jurisprudencial se respeta el principio de la igualdad, para dar trato igual a los casos análogos, y que los jueces para apartarse del precedente deben exponer clara y razonadamente los argumentos que tengan para apartarse de los precedentes. Decisión que desconoce el art. 230 de la C.P que indica que: *“Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley.*

La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.

2.11 Sentencia C-370/06 (Responsabilidad subsidiaria del Estado en procesos de justicia transicional, por insuficiencia de recursos de los perpetradores)

Que obliga al Estado a responder por todos los daños individuales y colectivos causados por los paramilitares que se hayan acogido a la ley 975 de 2005, deja en

vilo las finanzas estatales, sustituyendo al ejecutivo en su función de ordenador del gasto.

Esta providencia, resuelve la acción presentada contra la ley 975 de 2005, denominada ley de justicia y paz, cuyo objeto era facilitar los procesos de paz y la reincorporación individual o colectiva a la vida civil de miembros de grupos armados al margen de la ley, garantizando los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación. Entendiendo por grupo armado organizado al margen de la ley, el grupo de guerrilla o de autodefensas, o una parte significativa e integral de los mismos como bloques, frentes u otras modalidades de esas mismas organizaciones. Esta providencia fue el resultado de utilizar el método de ponderación como el apropiado para la resolución de los problemas que planteaba el caso, por cuanto no era posible materializar plenamente, en forma simultánea, los distintos derechos en juego, a saber, la justicia, la paz, y los derechos de las víctimas. En la parte resolutoria la Corte, declara inexecutable la expresión “si los tuviere” del art. 17 de la referida ley 975/05, artículo original, del siguiente tenor:

“Versión libre y confesión. Los miembros del grupo armado organizado al margen de la ley, cuyos nombres someta el Gobierno Nacional a consideración de la Fiscalía General de la Nación, que se acojan en forma expresa al procedimiento y beneficios de la presente ley, rendirán versión libre ante el fiscal delegado asignado para el proceso de desmovilización, quien los interrogará sobre todos los hechos de que tenga conocimiento.

En presencia de su defensor, manifestarán las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que hayan participado en los hechos delictivos cometidos con ocasión de su pertenencia a estos grupos, que sean anteriores a su desmovilización y por los cuales se acogen a la presente ley. En la misma diligencia indicarán los bienes que se entregan para la reparación a las víctimas, si los tuvieran, y la fecha de su ingreso al grupo.

La versión rendida por el desmovilizado y las demás actuaciones adelantadas en el proceso de desmovilización, se pondrán en forma inmediata a disposición de la Unidad Nacional de Fiscalías de Justicia y Paz con el fin de que el fiscal delegado y la Policía Judicial asignados al caso elaboren y desarrollen el programa metodológico para iniciar la investigación, comprobar

la veracidad de la información suministrada y esclarecer esos hechos y todos aquellos de los cuales tenga conocimiento dentro del ámbito de su competencia.

El desmovilizado se dejará inmediatamente a disposición del magistrado que ejerza la función de control de garantías, en uno de los establecimientos de reclusión determinados por el Gobierno Nacional de acuerdo con el artículo 31 de la presente ley, quien dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes señalará y realizará audiencia de formulación de imputación, previa solicitud del fiscal que conozca del caso”.

Al declarar la inexecutable referida, la Corte, abre un espacio para que los perpetradores, no declaren bien alguno, lo que hace que los recursos propios de los responsables sean insuficientes para pagar el costo de reparaciones masivas, por tanto, el Estado entra a asumir la responsabilidad subsidiaria que esto implica, afirmando que esta distribución de responsabilidades no parece variar en procesos de justicia transicional hacia la Paz. Frente a este aserto, la Corte, en la misma providencia, había expresado:

“La satisfacción del principio de reparación exige la observancia de un orden en la afectación de los recursos que integran el fondo. Así, los primeros obligados a reparar son los perpetradores de los delitos, en subsidio y en virtud del principio de solidaridad, el grupo específico al que pertenezcan los perpetradores. Antes de acudir a recursos del Estado para la reparación de las víctimas, debe exigirse a los perpetradores de los delitos, o al bloque o frente al que pertenecieron, que respondan con su propio patrimonio por los daños ocasionados a las víctimas de los delitos. El Estado ingresa en esta secuencia sólo en un papel residual para dar una cobertura a los derechos de las víctimas, en especial a aquellas que no cuentan con una decisión judicial que fije el monto de la indemnización al que tienen derecho (inciso segundo del artículo 42 de la Ley 975 de 2005) y ante la eventualidad de que los recursos de los perpetradores sean insuficientes”.

En esta sentencia, la Corte destaca la importancia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como fuente de derecho internacional. Además de la sustitución al ordenador del gasto, ya referida, se vulnera lo establecido en el artículo 90 de la C.P. respecto a la responsabilidad patrimonial

del estado por los daños antijurídicos que le sean imputables por la acción u omisión de las autoridades públicas, lo que de contera, implica violar el principio del juez natural y competente de que trata el art. 29²⁶⁸ constitucional.

2.12 Sentencia C-113/93. (Competencia de la Corte constitucional para determinar los efectos de sus propias decisiones)

Sólo la Corte señala los efectos de sus fallos de constitucionalidad. En el subjuice la norma acusada fue el inciso 2º parcial del artículo 21 del Decreto 2067 de 1991. El aparte demandado se escribe en bastardilla: “Los fallos de la Corte sólo tendrán efecto hacia el futuro, salvo para garantizar el principio de favorabilidad *en materias penal, policiva y disciplinaria* y en el caso previsto en el artículo 149 de la Constitución”. Afirma la Corte en esta providencia: “inaceptable sería privar a la Corte Constitucional de la facultad de señalar en sus fallos el efecto de éstos, ciñéndose, hay que insistir, estrictamente a la Constitución. E inconstitucional hacerlo por mandato de un decreto, norma de inferior jerarquía. Pues la facultad de señalar los efectos de sus propios fallos, de conformidad con la Constitución, nace para la Corte Constitucional de la misión que le confía el inciso primero del artículo 241, de guardar la “integridad y supremacía de la Constitución”, porque para cumplirla, el paso previo e indispensable es la interpretación que se hace en la sentencia que debe señalar sus propios efectos. En síntesis, entre la Constitución y la Corte Constitucional, cuando ésta interpreta aquella, no puede interponerse ni una hoja de papel. (Subrayas extratexto)

²⁶⁸El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio...

2.13 Sentencia C-109/95. (Modulación de efectos de la sentencia, ampliando las causales de impugnación)

La Corte adiciona el orden legal al resolver declarar EXEQUIBLE el aparte “cuando su nacimiento se haya verificado después del décimo mes siguiente al día en que el marido o la madre abandonaron definitivamente el hogar conyugal”, contenido en el artículo 3º de la Ley 75 de 1968, siempre y cuando se interprete que, además de esta causal, y en virtud el derecho que toda persona tiene de reclamar su verdadera filiación y del principio de igualdad de derechos dentro de las relaciones familiares, consagrados en la Constitución, el hijo de mujer casada cuenta otras posibilidades para impugnar la presunción de paternidad, así: de un lado, si el hijo acumula la impugnación de paternidad con una acción de reclamación de paternidad, deberá darse aplicación preferente al artículo 406 del C.C; de otro lado, en todos los casos, el hijo contará con las causales previstas para el marido en los artículos 214 y 215 del Código Civil y en el artículo 5º de la Ley 95 de 1890. Porque extiende al hijo las mismas causales con que cuenta el marido. Asume la Corte funciones legislativas.

2.14 Sentencia C-037/96. (Efectos de las sentencias de la Corte, tanto de Constitucionalidad, como de Tutela y alcance de la interpretación del Congreso)

En esta sentencia se decide la demanda contra los numerales 1 y 2 del artículo 48 de la ley Estatutaria de Administración de Justicia (ley 270/96) que trata del alcance de las sentencias. El numeral primero, afirma:

“Las de la Corte Constitucional dictadas como resultado del examen de las normas legales, ya sea por vía de acción, de revisión previa o con motivo del ejercicio del control automático de constitucionalidad, sólo serán de obligatorio cumplimiento y con efecto erga omnes en su parte resolutive. La parte motiva constituirá criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general. Sólo la interpretación que por vía de autoridad

hace el Congreso de la República tiene carácter obligatorio general. El numeral segundo, expresa: “2. Las decisiones judiciales adoptadas en ejercicio de la acción de tutela tienen carácter obligatorio únicamente para las partes. Su motivación sólo constituye criterio auxiliar para la actividad de los jueces”.

La Corte declaró la exequibilidad del numeral segundo, con el siguiente argumento:

“El principio de independencia judicial, tiene que armonizarse con el principio de igualdad en la aplicación del derecho, pues, de lo contrario, se corre el riesgo de incurrir en arbitrariedad. La jurisprudencia de los altos órganos jurisdiccionales, por medio de la unificación doctrinal, persigue la realización del principio de igualdad. Por consiguiente, sin perjuicio de lo observado respecto de la doctrina constitucional, la exequibilidad del segundo numeral del artículo 48, materia de examen, se declarará bajo el entendido de que las sentencias de revisión de la Corte Constitucional, en las que se precise el contenido y alcance de los derechos constitucionales, sirven como criterio auxiliar de la actividad de los jueces, pero si éstos deciden apartarse de la línea jurisprudencial trazada en ellas, deberán justificar de manera suficiente y adecuada el motivo que les lleva a hacerlo, so pena de infringir el principio de igualdad. (Subrayas extratexto)

El numeral primero fue declarado inexecutable parcialmente, así:

“La jurisprudencia -como se verá más adelante- ha sido clara en definir que la labor de la Corte Constitucional, encaminada a guardar la supremacía y la integridad de la Carta (Art. 241 C.P.), hace que ella sea la responsable de interpretar con autoridad y de definir los alcances de los preceptos contenidos en la Ley Fundamental. En ese orden de ideas, resulta abiertamente inconstitucional el pretender, como lo hace la norma que se estudia, que sólo el Congreso de la República interpreta por vía de autoridad. Ello es válido, y así lo define el artículo 150-1 de la Carta, únicamente en lo que se relaciona con la ley, pero no en lo que atañe al texto constitucional. Por lo demás, no sobra agregar que la expresión “Sólo la interpretación que por vía de autoridad hace el Congreso de la República tiene carácter obligatorio general”, contradice, en este caso, lo dispuesto en el artículo 158 superior, pues se trata de un asunto que no se relaciona con el tema de la presente ley estatutaria, es decir, con la administración de justicia.

La razones expuestas llevarán a la Corte a declarar la inexecutable de las expresiones “Sólo” y “el Congreso de la República”, bajo el entendido de que, como se ha expuesto, la interpretación que por vía de autoridad hace la Corte Constitucional, tiene carácter obligatorio general.”

En esta decisión, la Corte, vulnera el art. 230 de la Carta Política que establece que la jurisprudencia es un mero criterio auxiliar para el juez. Se introduce el uso del precedente de manera obligatoria, sin soporte normativo alguno y en contra de lo decidido por el Congreso. La sentencia sustituye el texto del proyecto, porque le confiere al texto un alcance que no fue el del querer del legislador. Igualmente, es permisible afirmar que se vulnera el principio de separación de poderes expresado en el Artículo 113 de la Carta Política.

2.15 Sentencia C-551/03. (Alcance del control constitucional de una ley que convoca un referendo constitucional)

Se estudió la constitucionalidad de la ley 796 de 2003. Por la cual se convoca un referendo y se somete a consideración del pueblo un proyecto de reforma constitucional. Se declaran inexecutable en su integridad algunas disposiciones del proyecto. Esta decisión, vulnera los artículos 374-377 de la Constitución, al argumentar que si bien es cierto, la Corte no puede estudiar el contenido de los Actos Legislativos, plantea que sí puede decidir si el Congreso o el pueblo son competentes o no para modificar los textos constitucionales, argumenta que el procedimiento para la expedición de la ley 796/03, convocatoria del Referendo, estaba viciado porque el órgano que dictó el Acto carecía de competencia y acude a doctrina foránea para fundamentar su postura, doctrina que no es fuente de derecho en nuestras instituciones, desconociendo los textos constitucionales que autorizan el procedimiento del Referendo. La Corte toma la decisión de negarle al Congreso y al pueblo, la posibilidad de reformar la Constitución, facultad otorgada por el art. 374, del siguiente tenor: “La Constitución Política podrá ser reformada por el Congreso, por una Asamblea Constituyente o por el pueblo mediante referendo.”

2.16 Sentencia C-1040/05. (Constitucionalidad de la reelección presidencial de Álvaro Uribe)

Exequibilidad del Acto legislativo que aprobó por primera vez la reelección presidencial, en la cual se precisa por parte de la Corte, la competencia del Congreso para reformar la Constitución por medio de Acto legislativo. En esta providencia, la Corte lo que hace es desentrañar los límites del Congreso para reformar la Carta Política. Allí expresó:

“en Colombia no existen límites expresos señalados por el soberano constituyente, es viable entrar a desentrañar los límites implícitos.

Al respecto debemos recordar, que dichos límites al poder constituido se basan principalmente en la identidad material axiológica de la propia Constitución. En otras palabras, en aquello fundamental decido por el constituyente originario. Se ha entendido como fundamental entre otras:

- 1. Las normas que regulan la organización del Estado y el ejercicio del poder estatal (al menos en sus aspectos fundamentales: la función legislativo, la función ejecutiva y la función judicial) así como la conformación de los órganos que ejercen esos poderes (por ejemplo: las normas que regulan la formación del órgano legislativo)*
- 2. Las normas que regulan las relaciones entre el Estado y los ciudadanos (por ejemplo: las normas que reconocen a los ciudadanos derechos de libertad) y de igualdad.*
- 3. Las normas que regulan la ley (entendida en sentido material como la función de crear derecho) o sea, las normas que confieren poderes normativos, que determinan las modalidades de formación de los órganos a los que esos poderes son conferidos etc., que regulan los procedimientos de ejercicio de esos poderes,*

Así las cosas, corresponde a la Corte Constitucional en este momento identificar la identidad material axiológica de nuestra Constitución en materia de reelección inmediata presidencial. Y agrega: “el tema de los límites al poder de reforma no es más que un tema de doble competencia; la del Congreso, al realizarla y la del órgano establecido por el Constituyente para vigilar que no se violen los principios constitucionales que él consideró fundamentales al momento de crear la Constitución.

De lo dicho se desprende que el poder constituido tiene una serie de límites materiales y formales al momento de reformar la Constitución. Aunque en el

régimen constitucional Colombiano no hay cláusulas pétreas expresas, es claro que está prohibida la destrucción o sustitución de la Constitución, por cuanto de lo contrario se daría a entender que no existe diferencia alguna entre el poder constituyente originario y el poder constituido. Así las cosas, quien debe establecer si la Constitución fue sustituida es la Corte Constitucional, para lo cual debe acudir a una interpretación en conjunto y sistemática de los principios y valores señalados por el soberano constituyente.

2.17 Sentencia C-006/96. (Reconocimiento de prestaciones a los docentes de cátedra, principio de primacía de la realidad sobre las formalidades)

Al revisar la demanda parcial contra el artículo 73 de la ley 30 de 1992 que estipulaba: “**ARTÍCULO 73.** <Apartes tachados INEXEQUIBLES> Los profesores de cátedra no son empleados públicos ni trabajadores oficiales; ~~son contratistas y su vinculación a la entidad se hará mediante contrato de prestación de servicios, el cual se celebrará por períodos académicos.~~

~~Los contratos a que se refiere este artículo no estarán sujetos a formalidades distintas a las que se acostumbra entre particulares. El régimen de estipulaciones será el determinado por la naturaleza del servicio y el contrato podrá darse por terminado sin indemnización alguna en los casos de incumplimiento de los deberes previstos en la ley o en el contrato.~~

~~Estos contratos requieren, para su perfeccionamiento, el registro presupuestal correspondiente.~~

La Corte concluyó: que Los profesores de cátedra tienen también una relación laboral subordinada, por cuanto cumplen una prestación personal de servicio, igual a la que realizan los profesores de tiempo completo, de medio tiempo o los llamados ocasionales, ellos devengan una remuneración por el trabajo desempeñado y están sujetos a una subordinación como se les exige a los otros, como horarios, reuniones, evaluaciones, etc., contemplados en el reglamento.

Entonces frente a esta similar situación de hecho que identifica la misma relación de trabajo subordinado de estos servidores públicos, debe corresponderles el mismo tratamiento en cuanto a prestaciones sociales, que deben pagárseles proporcionalmente al trabajo desempeñado. Otro tratamiento desconocería el principio de igualdad y de justicia y sería evidentemente discriminatorio. Esta interpretación sustituye al legislador y generó un alto impacto fiscal para todas las IES, que obligó a las Instituciones Universitarias, que en el caso de Colombia son diferentes de las Universidades²⁶⁹ y que no reciben recursos de la Nación, a incrementar matrículas para poder cumplir con ese servicio público que es la educación, incremento que deriva en incremento de la deserción académica. Y que en el caso de las Instituciones oficiales, obligó a incrementar sus presupuestos para atender ese gasto de funcionamiento, generando un fuerte impacto fiscal para los entes públicos y para las finanzas públicas, toda vez que se impuso una nueva obligación prestacional, no querida por el Congreso como se desprende del texto del art. Expuesto. Es evidente la contradicción que se mantenga una parte del artículo demandado que dice: “*Los profesores de cátedra no son empleados públicos ni trabajadores oficiales*”,

Entonces frente a esta similar situación de hecho que identifica la misma relación de trabajo subordinado de estos servidores públicos, debe corresponderles el mismo tratamiento en cuanto a prestaciones sociales, que deben pagárseles proporcionalmente al trabajo desempeñado. Otro tratamiento desconocería el principio de igualdad y de justicia y sería evidentemente discriminatorio.

²⁶⁹ Ley 30 de 1992, artículos 16,17,18,19

2.18 Sentencia T-153/98. (Estado de cosas inconstitucional en establecimientos carcelarios)

Impone la obligación al Estado de darle salida al estado de cosas inconstitucional del sistema carcelario, declarado por el hacinamiento que viola el derecho a la dignidad de los reclusos.

Esta providencia, con la ya referida C-370/06 dejan en vilo las finanzas estatales, sustituyendo al ejecutivo en su función de ordenador del gasto.

2.19 Sentencias T-717/11, y T-716/11. (Declaratoria de unión marital de hecho entre compañeros permanentes de igual sexo, y pensión de sobrevivientes para parejas del mismo sexo)

Protección a la libertad de opción sexual, en la que dio en la segunda de las providencias, una nueva definición al concepto de familia. Eso es desproteger la familia, que paradójicamente está protegida por la Constitución en su dignidad y honra y como núcleo fundamental de la sociedad (art. 42 C.P.) La Corte manifestó que la característica de la familia es la concurrencia de una relación de solidaridad y ayuda mutua y añade que aspectos como el parentesco o la conformación de parejas son rasgos que pueden suceder o no. la Corporación señala que han sido erróneas las interpretaciones que se han hecho sobre el artículo 42 de la Carta Política en el sentido de que una familia era, supuestamente, solo el vínculo entre un hombre y una mujer.

2.20 Sentencia SU-047/99. (Acción de tutela contra providencia judicial por vía de hecho prospectiva)

Prohíbe a la Corte Suprema de Justicia juzgar por prevaricato a los congresistas que absolvieron al presidente de la República para la época. El salvamento de

voto de esta sentencia, plantea la improcedencia de la tutela contra providencias judiciales y agrega:

“Toda la Jurisprudencia de la Corte, sin ninguna excepción, había manifestado, hasta ahora, que la acción de tutela no procede contra una decisión judicial sino en el evento en el que ésta fuere manifiestamente arbitraria, esto es, que incurriere, de manera ostensible, en un defecto orgánico, fáctico, procesal o material de dimensiones intolerables dentro de un Estado de Derecho. No obstante, la decisión de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia fue dictada por el órgano competente para investigar y juzgar a los Congresistas – no hay vicio de competencia -, sin que la defensa o la mayoría hubieren alegado que se apartó de la verdad procesal o de la evidencia recogida – no hay defecto fáctico -, su expedición cumplió los rigores procesales – no hay vicio procedimental – y se ajustó a las disposiciones legales vigentes que habían sido declaradas exequibles por la Corte Constitucional - no hay vicio sustancial -. En consecuencia, no había vía de hecho judicial, ni prospectiva, ni retrospectiva, ni de ninguna otra especie.”(Subrayas extratexto)

2.21 Sentencia T-476/14. (Libreta militar y personas transgénero)

la Corte Constitucional, resuelve un caso en el que Iván Andrés Páez Ramírez, mujer transgénero que responde al nombre identitario²⁷⁰ de Grace Kelly Bermúdez, interpuso acción de tutela en contra de la Subdirección de Asuntos LGBT de la Secretaría de Integración Social de la Alcaldía Mayor de Bogotá y la Dirección Nacional de Reclutamiento del Ejército Nacional, al considerar vulnerados sus derechos fundamentales al trabajo, al libre desarrollo de la personalidad, al mínimo vital y a la vida en condiciones dignas, por la decisión de la Secretaría de Integración Social de la Alcaldía Mayor de Bogotá de negarse a suscribir un contrato de prestación de servicios por no presentar copia de la libreta militar.

²⁷⁰ Hace referencia al nombre sentido, autopercebido o identitario; es decir, aquel que han adoptado libremente en pleno ejercicio de los Derechos Humanos cuando inicia su proceso de hombre a mujer trans.

Afirmó que es una mujer transgénero, es decir, que aunque es una persona de sexo masculino ha construido su identidad bajo los parámetros del género femenino, por lo cual, para efectos sociales prefiere que se le identifique como el nombre identitario de Grace Kelly Bermúdez. Indica la peticionaria que aunque en la cédula de ciudadanía de la peticionaria figura con el nombre de Iván Andrés Páez Ramírez, con sexo perteneciente al género masculino, se identifica como una mujer por lo que aunque aparece en la cédula como una persona de sexo masculino ha construido su identidad bajo los parámetros del género femenino y así se ha desarrollado e interactuado en su entorno, con lo que evidencia ser una mujer transgénero desde el punto de vista ontológico de su identidad.

Manifiesta que el veintiséis (26) de septiembre de dos mil trece (2013) allegó su hoja de vida a la Subdirección de Asuntos LGBT de la Secretaría de Integración Social de la Alcaldía Mayor de Bogotá con el fin de participar en un proceso de contratación adelantado por la entidad referida para un sector de la población de mujeres transgénero.

Expone que el treinta (30) de octubre de dos mil trece (2013) la Subdirección de Asuntos LGBT de la Secretaría de Integración Social de la Alcaldía Mayor de Bogotá le notificó que no era posible avanzar con la contratación, toda vez que no aportó copia de su libreta militar, requisito legal indispensable para celebrar contratos con las entidades oficiales.

La parte resolutoria del referido fallo estableció:

Primero.- REVOCAR el fallo de única instancia del Juzgado 21 Civil del Circuito de Bogotá con función de conocimiento, proferido el veintidós (22) de noviembre de dos mil trece (2013), que negó el amparo solicitado por Iván Andrés Páez Ramírez, identificado con cédula de ciudadanía número 80.257.667, mujer transgénero que responde al nombre identitario de Grace Kelly Bermúdez, dentro de su proceso de tutela contra la Subdirección de Asuntos LGBT de la Secretaría de Integración Social de la Alcaldía Mayor de Bogotá y a la Dirección Nacional de Reclutamiento del Ejército Nacional, y en

su lugar, amparar sus derechos fundamentales al trabajo, al libre desarrollo de la personalidad, a la identidad de género, al mínimo vital y a la vida en condiciones dignas.

Segundo: ORDENAR a la Subdirección de Asuntos LGBT de la Secretaría de Integración Social de la Alcaldía Mayor de Bogotá, que dentro del término de 48 horas, contadas a partir de la notificación del presente fallo, inaplique el artículo 36 de la Ley 48 de 1993 y proceda a contratar a Iván Andrés Páez Ramírez identificado con cédula de ciudadanía número 80.257.667, mujer transgénero que responde al nombre identitario de Grace Kelly Bermúdez, en el cargo de asistente administrativa o uno similar. Lo anterior, sujeto al cumplimiento de los demás requisitos para la celebración del contrato por parte de la accionante acordes a la Constitución y a la ley.

Tercero: ORDENAR a la Subdirección de Asuntos LGBT de la Secretaría de Integración Social de la Alcaldía Mayor de Bogotá, que en los futuros procesos de selección y contratación en los que participen personas transgeneristas inaplique el artículo 36 de la Ley 48 de 1993, es decir, no se les podrá exigir la libreta militar como requisito para su vinculación mediante nombramiento o contrato de prestación de servicios.

Cuarto.- EXHORTAR al Congreso de la República a fin de que tramite una ley que regule de forma integral y sistemática los derechos de las personas transgénero.

La contradicción de esta sentencia con la Carta política colombiana, se encuentra al confrontarla con el artículo 216 de la misma Constitución, que señala:

“La fuerza pública estará integrada en forma exclusiva por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional.

Todos los colombianos están obligados a tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan para defender la independencia nacional y las instituciones públicas.

La Ley determinará las condiciones que en todo tiempo eximen del servicio militar y las prerrogativas por la prestación del mismo.” (Subrayas extratexto)

Se observa que la Carta política defiere a la ley las condiciones para prestar el servicio militar y al momento de obtener su mayoría de edad (18 años), el ciudadano Páez Ramírez, no era transgénero, en su cédula se determinó como varón. En éste caso, la Corte lo que hizo fue inaplicar el artículo 36 de la ley

48/93²⁷¹, con el siguiente argumento: “*Si una persona se reconoce como mujer transgénero, y construye su identidad en la vida pública y social como mujer transgénero, exigirle un requisito propio del género con el cual no se identifica como es la libreta militar, desconoce su derecho a desarrollar su identidad de género, es decir, a autodeterminarse*”.

La doctrina, contempla tres conceptos básicos, para entender el tema, el Sexo, el Género, y la Identidad sexual.

Como parámetros para la construcción del sexo se plantean, el sexo cromosómico, genético o cariotípico, sexo gonadal, sexo hormonal, sexo genital interno, sexo fenotípico, sexo psicológico o identitario, sexo gestual, que determinan las características femeninas y masculinas El concepto de sexo se asocia a los caracteres sexuales externos de la persona, es decir, asociado al componente biológico. Por el contrario, el género, es una construcción de identidad a nivel social, se refiere básicamente a cómo se siente cada persona, a sus gestos y comportamientos. La identidad sexual, es la identificación o “percepción propia, única y persistente de la individualidad masculina o femenina. Este concepto de identidad sexual, no puede confundirse con el de orientación sexual, concepto que tiene que ver con la atracción que una persona siente respecto de hombres o mujeres, clasificándolo, como homosexual o heterosexual²⁷². Las personas transgénero desean reconocerse a sí mismas, aceptar su verdadera identidad de género y desarrollarse socialmente en el

²⁷¹ Artículo modificado por el artículo 111 del decreto 2150 de 1995. El nuevo texto es el siguiente:> Los colombianos hasta los 50 años de edad, están obligados a definir su situación militar. No obstante, las entidades públicas o privadas no podrán exigir a los particulares la presentación de la libreta militar, correspondiéndoles a éstas la verificación del cumplimiento de esta obligación en coordinación con la autoridad militar competente únicamente para los siguientes efectos:

- a. Celebrar contratos con cualquier entidad pública;
- b. Ingresar a la carrera administrativa;
- c. Tomar posesión de cargos públicos, y
- d. Obtener grado profesional en cualquier centro docente de educación superior.

²⁷²La situación de las personas transgénero y transexuales en Euskadi., 2009 http://www.ararteko.net/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/1_1719_3.pdf

género al que realmente pertenecen, que no se corresponde con el sexo biológicamente asignado²⁷³.

2.22 Sentencia T-314 de 2011. (Negativa de ingreso a un establecimiento o evento abierto al público a persona transgénero)

La Corte Constitucional asumió la noción de persona transgénero como la relativa a aquella “que transita del género asignado socialmente a otro género. En ocasiones, el papel de género asignado por la sociedad no coincide con la perspectiva de la persona, de modo que a veces un sujeto de sexo masculino, se identifica psicológicamente con lo femenino. En este caso, a lo largo de su ciclo vital, estas personas rechazan el rol masculino asignado por la sociedad, asumen su identidad femenina y transitan hacia un rol social femenino “En este punto, se hace necesario presentar la aclaración que este Tribunal realizó en la misma providencia, a saber: “La Corte reconoce que en materia de definición de personas transgeneristas el debate está abierto de manera que no se propone un intento de cierre o clasificación en una categoría única. Por ello, atendiendo a los procesos de organización política y de auto reconocimiento, se enfatizará en la denominación personas trans teniendo en cuenta los debates identitarios y la multiplicidad de denominaciones empleadas para hacer alusión a la diversidad de género”.

En síntesis, la dignidad humana y el derecho al libre desarrollo de la personalidad dan contenido y alcance a la autodeterminación de la identidad de género como parte esencial e indisoluble a la personalidad, por lo cual la persona no puede ser perseguida señalada o discriminada en razón a su identidad de género.

²⁷³Ibidem.

2.23 Sentencia C-239/97. (Autoriza la eutanasia)

El texto de la disposición acusada era del siguiente tenor:

“Homicidio por piedad. El que matare a otro por piedad, para poner fin a intensos sufrimientos provenientes de lesión corporal o enfermedad grave o incurable, incurrirá en prisión de seis meses a tres años”:

Esta sentencia plantea:

“Si bien existe consenso en que la vida es el presupuesto necesario de los demás derechos, un bien inalienable, sin el cual el ejercicio de los otros sería impensable, su protección en el ámbito jurídico occidental, y la respuesta en torno al deber de vivir cuando el individuo sufre una enfermedad incurable que le causa intensos sufrimientos, es vista desde dos posiciones: 1) La que asume la vida como algo sagrado y 2) aquella que estima que es un bien valioso pero no sagrado, pues las creencias religiosas o las convicciones metafísicas que fundamentan la sacralización son apenas una entre diversas opciones. En la primera, independientemente de las condiciones en que se encuentra el individuo, la muerte debe llegar por medios naturales. En la segunda, por el contrario, se admite que, en circunstancias extremas, el individuo pueda decidir si continúa o no viviendo, cuando las circunstancias que rodean su vida no la hacen deseable ni digna de ser vivida, v. gr., cuando los intensos sufrimientos físicos que la persona padece no tienen posibilidades reales de alivio, y sus condiciones de existencia son tan precarias, que lo pueden llevar a ver en la muerte una opción preferible a la sobrevivencia.” Esencialmente reduce la problemática al consentimiento del sujeto pasivo como justificación del hecho. Y propone una discusión sobre **la muerte digna**, que puede relacionarse con varios comportamientos, como: la asistencia al suicidio, en la cual el paciente se da muerte a sí mismo y la intervención del tercero se limita a suministrarle los medios para hacerlo; la eutanasia activa, en la cual el tercero es el causante de la muerte, y que puede ser voluntaria o involuntaria, según se cuente o no con el consentimiento del paciente, y la eutanasia pasiva, conocida en Colombia específicamente como **muerte digna**, que implica la abstención o interrupción de tratamientos artificiales o extremos cuando no hay esperanza de recuperación. En la Sentencia C-239 de 1997, la Corte puntualizó que la enfermedad que padezca el sujeto no solo debe ser terminal, sino además producir intensos dolores que causen sufrimiento al paciente. Este requisito debe verse desde dos puntos de vista: uno objetivo y el otro subjetivo. El objetivo implica que la enfermedad debe estar calificada por un especialista. No basta con que el sujeto pasivo indique, sin mediar conocimiento técnico, que padece una enfermedad terminal. En relación con este aspecto, la autonomía de la persona se restringe pues lo que se persigue con ese requisito es delimitar la garantía constitucional e impedir usos indebidos de la misma. En ese orden, la enfermedad debe ser calificada

por un experto como terminal, pero además, debe producir intenso dolor y sufrimiento. Se pretendió con esta decisión buscar una compatibilidad con el respeto a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad, pero la sentencia permite cuestionar la inviolabilidad de la vida predicada por el art. 11 constitucional. La referida providencia señala: “Quien mata a otro por piedad, con el propósito de ponerles fin a los intensos sufrimientos que padece, obra con un claro sentido altruista, y es esa motivación la que ha llevado al legislador a crear un tipo autónomo, al cual atribuye una pena considerablemente menor a la prevista para el delito de homicidio simple o agravado. **Tal decisión no desconoce el derecho fundamental a la vida consagrado en el artículo 11 de la Carta, pues la conducta, no obstante la motivación, sigue siendo antijurídica, es decir, legalmente injusta;** pero en consideración al aspecto subjetivo la sanción es menor, lo que se traduce en respeto por el principio de culpabilidad, derivado de la adopción de un derecho penal del acto, tal como lo consagró el constituyente en el artículo 29 constitucional.” (negritas extratexto) y agrega: “Es claro que para que se configure esta forma de homicidio atenuado no basta el actuar conforme a un sentimiento de piedad, ya que es necesario que se presenten además los elementos objetivos exigidos por el tipo penal, a saber, que el sujeto pasivo tenga intensos sufrimientos derivados de lesión corporal o enfermedad grave o incurable. Por consiguiente, no existe homicidio piadoso cuando una persona mata a otro individuo que no padece esos sufrimientos, aun cuando invoque razones de piedad. En este caso, que constituye un homicidio simple, o incluso agravado, la muerte es el producto del sentimiento egoísta del victimario, que anula una existencia, porque a su juicio no tiene ningún valor. En esta conducta, la persona mata porque no reconoce dignidad alguna en su víctima, mientras que en el homicidio por piedad, tal como está descrito en el artículo 326 del Código Penal, el sujeto activo no mata por desdén hacia el otro sino por sentimientos totalmente opuestos. El sujeto activo considera a la víctima como una persona con igual dignidad y derechos, pero que se encuentra en una situación tal de sufrimiento, que la muerte puede ser vista como un acto de compasión y misericordia.”²⁷⁴

La Corte en sus consideraciones admite la existencia de una conducta antijurídica y legalmente injusta.

El tema de la Eutanasia y del suicidio asistido no es un tema cerrado incluso en Europa, como se desprende de la nota periodística de la agencia EFE, reproducida por el diario colombiano El Espectador, en la que se lee:

²⁷⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-239/97 Legis, Revista Jurisprudencia y Doctrina. N° 308 Agosto 1997 M.P. GAVIRIA DÍAZ, Carlos. P. 1095

“**El debate sobre la eutanasia vuelve al tapete en Europa**, donde países como Francia estudian un proyecto de ley que puede abrir la puerta al suicidio asistido, mientras que en Irlanda son los jueces los que tienen la última palabra en el caso de una mujer en estado terminal. Marie Fleming, una ex profesora universitaria que padece esclerosis múltiple, ha apelado ante el **Supremo irlandés**, que analiza desde este martes el recurso, después de que un tribunal le denegase el pasado diciembre el derecho a que su marido le ayude a quitarse la vida. El suicidio asistido está prohibido en Irlanda en virtud de la llamada "**Ley de Derecho Criminal (Suicidio)**" de 1993, y está castigado con un máximo de 14 años de cárcel.

En el Reino Unido también está prohibido por ley y en los últimos años varios británicos con enfermedades degenerativas acudieron a los tribunales, pero ninguno de los casos llegó a prosperar. Para diciembre de 2014, la justicia irlandesa permitió desconectar a embarazada con muerte cerebral, La mujer, de 26 años y embarazada de 14 semanas, fue declarada clínicamente muerta el 3 de diciembre debido a una lesión cerebral. En su decisión, el Alto Tribunal irlandés ha considerado que mantener a la joven con vida la privaría de su dignidad y sometería a su padre, a su compañero y a sus dos hijos pequeños a una "angustia inimaginable". El caso reavivó el debate sobre la estricta normativa que permite abortar en Irlanda, país de fuerte tradición católica y uno de los estados más conservadores de la Unión Europea en la materia. Hasta el año pasado, el aborto estaba prohibido y no había ninguna ley que implementara la decisión del Tribunal Supremo de 1992, según la cual la interrupción del embarazo estaba permitida en caso de peligro para la vida de la madre. En julio de 2013 finalmente se aprobó un texto, aún bastante restrictivo, a raíz al polémico caso de una mujer que murió de una septicemia al tratar de abortar por su cuenta tras serle denegado por la justicia irlandesa. Solo en 2012, casi 4.000 irlandesas (de ellas 124 menores de edad) viajaron a Reino Unido para abortar, según el Ministerio de Sanidad británico²⁷⁵.

En Alemania se discute un proyecto de ley destinado a prohibir expresamente el suicidio asistido pero solamente cuando la ayuda al paciente sea ofrecida por organizaciones con ánimo de lucro.

El proyecto debía haber sido aprobado a finales de enero pero el debate se alargó, ya que dentro del ala más conservadora de la coalición de gobierno hay quienes quieren extender la **prohibición a organizaciones caritativas**.

²⁷⁵ Justicia irlandesa permite desconectar a embarazada con muerte cerebral. Bogotá: Diario el Espectador. Diciembre 26 de 2014. Leído el 26 de diciembre de 2014 dirección web fuente: <http://www.elespectador.com/noticias/actualidad/justicia-irlandesa-permite-desconectar-embarazada-muert-articulo-535065>

Muchos alemanes que optan por el suicidio asistido viajan a Suiza para morir, ya que en este país está autorizado siempre y cuando se derive de "una decisión autónoma y no por motivos egoístas".

Además de en Suiza, la eutanasia en Europa está legalizada en Bélgica, Holanda y Luxemburgo.

La ley sobre la eutanasia entró en vigor en Bélgica el 22 de septiembre de 2002 y permite a los médicos aplicar la eutanasia a enfermos que lo soliciten y estén afectados de dolencias incurables que les provoquen "sufrimientos físicos o psíquicos constantes e insoportables".

En este orden de ideas, desde diciembre de 2012, el Parlamento belga discute si debe ampliarla a los menores y a las personas que sufren **enfermedades mentales degenerativas**, como **el mal de Alzheimer**. En Holanda, la eutanasia se legalizó también en 2002 y quien la solicita debe padecer una enfermedad incurable y sufrir un dolor insoportable, mientras que en Luxemburgo está despenalizada desde que en 2008 se aprobara una ley que excluye la comisión de delito en el caso de que un médico ayude a morir a una persona.

El Gobierno francés tiene previsto presentar en junio de 2014 un proyecto de ley para tener en cuenta la voluntad de los enfermos incurables que quieran poner fin a su vida, pero la presidencia gala tendrá que disponer antes de un dictamen del **Comité Nacional Consultivo de Ética**.

El punto más conflictivo que habrá de dirimir el comité de ética es el de las "modalidades y condiciones estrictas que permitan a un enfermo consciente y autónomo, afectado de una enfermedad grave e incurable, ser acompañado y asistido en su voluntad de terminar él mismo con su vida", es decir, el llamado suicidio asistido por profesionales médicos.

Por su parte, el **Consejo Nacional de la Orden de Médicos franceses** acaba de proponer legalizar una "sedación terminal" para pacientes "excepcionales" a los que no se dirige actualmente la ley de cuidados paliativos aprobada en 2005.

En Italia, el Senado aprobó en 2010 un proyecto de ley sobre el testamento vital que prohibía la suspensión de la alimentación e hidratación a cualquier persona y dejó en no vinculante la expresión de la voluntad de los pacientes sobre las medidas a adoptar en caso de enfermedad extrema.

La legislación portuguesa no permite la asistencia al suicidio, pero el Parlamento aprobó en 2012 una ley que faculta a los enfermos a declarar su voluntad, en un "testamento vital", sobre los cuidados paliativos que quieren recibir.

En España la eutanasia y la ayuda al suicidio están penalizadas y existe una gran disparidad entre las distintas comunidades autónomas en la aplicación de cuidados paliativos, que son un derecho reconocido por la cartera de servicios del **Sistema Nacional de Salud**.

El suicidio asistido está terminantemente prohibido en Austria y castigado con una pena de cárcel que puede ir desde los seis meses a los cinco años. No se castiga, sin embargo, la llamada asistencia indirecta al suicidio, por ejemplo, en casos en los que la **administración de medicamentos para aliviar el dolor puede ocasionar la muerte del paciente.**

En Turquía está prohibida la eutanasia y no puede realizarse por ninguna razón médica, ni tampoco por deseo expreso del paciente, mientras que en Hungría la legislación solo autoriza la eutanasia pasiva, es decir, el rechazo del tratamiento por parte del enfermo.

En EE.UU. se hace referencia a "muerte asistida", ya que se considera que muere con la ayuda de otra persona.

La muerte o suicidio con asistencia es legal en los **Estados de Oregón, Washington y Montana**, mientras que **está prohibida en 34 estados.**

Los esfuerzos por la legalización de la muerte asistida se han incrementado a medida que envejece la población, y hay proyectos de ley en discusión en Connecticut, Vermont, Nueva Jersey, Kansas, Hawái, Massachusetts, Nuevo Hampshire, Nueva York, Arizona y Montana.²⁷⁶

El **caso de Brittany Maynard**, una joven enferma terminal que planificó su final mediante suicidio asistido, conmocionó a la opinión pública de Estados Unidos y ha reabierto el debate sobre el derecho a una muerte digna. Aunque la mujer, de 29 años, había anunciado en un primer momento su suicidio para el 1 de noviembre de 2014, el jueves 30 de octubre, indicó que había aplazado su decisión para poder disfrutar de más tiempo junto a sus seres queridos. En la actualidad, el **suicidio asistido** -la entrega a una persona que desea terminar con su vida del material necesario para llevarlo a cabo, normalmente medicamentos- es legal en sólo cinco estados de **EE.UU.** la joven, residente en Oakland (California), se trasladó junto a su familia al vecino estado de Oregón, que sí permite esta práctica. Desde que Oregón aprobó la **Ley de la Muerte Digna** en 1997 más de 1.100 personas han recibido fármacos y unas 750 los han utilizado para quitarse la vida (el resto renunció finalmente a usarlos) Según una encuesta del centro de investigación Pew, los estadounidenses se encuentran divididos casi

²⁷⁶ Agencia EFE, Debate sobre eutanasia y suicidio asistido se reabre en Europa. Bogotá, Diario El Espectador febrero 19/2013 leído el 29 de marzo de 2013

a la mitad en lo referente al derecho a una muerte digna: el 47 % defiende el suicidio asistido y el 49 % se muestra en contra.²⁷⁷

En América Latina, algún sector de la doctrina ha planteado como uno de los problemas que enfrenta el problema de la Eutanasia la falta de acuerdo terminológico, toda vez que este desacuerdo semántico conduce a que algunas prácticas que para algunos son eutanásicas para otros no lo sean, o lo sean de un tipo diferente y propone una definición lo más amplia posible como estrategia para obtener una mayor claridad conceptual, así:

Es una conducta llevada a cabo por un agente de salud, una de cuyas consecuencias previsibles por él es la muerte de un paciente que padece una enfermedad grave e irreversible y que es llevada a cabo con la justificación de que la muerte del paciente no es un mal o un daño para él, todas las cosas consideradas²⁷⁸.

Al aclarar los términos centrales de su definición, el autor expone que por conducta debe entenderse el conjunto de acciones u omisiones que sean realizadas por un médico, no por el paciente mismo, la muerte puede ser un efecto no deseado o no buscado intencionalmente, siempre que sea previsible, la conducta eutanásica lo que hace es acelerar la muerte, que el paciente se encuentre grave e irreversiblemente enfermo no significa necesariamente que su muerte sea inminente. Son aquellos casos en que la enfermedad grave produzca un sufrimiento o pérdida de contacto con la realidad suficiente para que la muerte no sea considerada un daño, los que entrarían como candidatos para las prácticas eutanásicas.

²⁷⁷El Espectador *El derecho a una muerte digna, a debate en los Estados Unidos*. Bogotá, publicado el 2 de noviembre de 2014, leído en noviembre 02 de 2014 <http://www.elespectador.com/noticias/el-mundo/el-derecho-una-muerte-digna-debate-estados-unidos-articulo-525496>

²⁷⁸Eduardo Rivera López. *Problemas de vida o muerte. Diez ensayos de bioética*. Madrid, Marcial Pons, 2011 págs. 48-51

El autor al que se hace referencia utiliza tres criterios de clasificación para diferenciar los tipos de eutanasia.

a) Teniendo en cuenta la voluntariedad por parte del paciente, la eutanasia puede ser: voluntaria, no voluntaria, involuntaria. En la primera el paciente es consciente en que se le practique la eutanasia, en la segunda el paciente no consiente porque adolece de la capacidad para hacerlo, como en el caso de un niño o de un paciente en estado de inconciencia total (estado vegetal) y en la tercera, el paciente no consiente, porque consultado rechaza esa opción, o porque no se le consulta, pudiéndosele consultar.

b) Teniendo en cuenta el tipo de conducta del médico, la eutanasia puede ser Activa o pasiva. La primera puede consistir en dar una sustancia que provoca la muerte del paciente, desconectar determinado aparato. La segunda consiste en no dar determinada droga o suspender un tratamiento, (si se aplicara el tratamiento el paciente viviría más tiempo), no conectar un aparato, quitar sondas.

c) Teniendo en cuenta el modo en que la muerte del paciente es prevista por el médico, puede ser Directa o Indirecta. En la primera, la muerte del paciente es un medio para lograr un fin valioso, terminar con el dolor y el sufrimiento del paciente. La segunda, la muerte del paciente es *sólo* una consecuencia previsible pero no buscada. Es un efecto colateral de otro fin valioso.

Sobre los aspectos éticos de la eutanasia y sobre las intermitencias argumentativas de la decisión de la Corte, es menester considerar la incidencia de la distinción entre matar y dejar morir, entre la caridad y la violación del derecho a la vida, entre la eutanasia y la autonomía.

Para septiembre de 2014, el Congreso de Colombia, aprobó la ley 1733 “Ley Consuelo Devis Saavedra, *mediante la cual se regulan los servicios de cuidados*

paliativos para el manejo integral de pacientes con enfermedades terminales, crónicas, degenerativas e irreversibles en cualquier fase de la enfermedad de alto impacto en la calidad de vida.”, que en su artículo 2° define quien es un enfermo terminal, así: modificar el pronóstico de muerte próxima; o cuando los recursos terapéuticos utilizados con fines “Se define como enfermo en fase terminal a todo aquel que es portador de una enfermedad o condición patológica grave, que haya sido diagnosticada en forma precisa por un médico experto, que demuestre un carácter progresivo e irreversible, con pronóstico fatal próximo o en plazo relativamente breve, que no sea susceptible de un tratamiento curativo y de eficacia comprobada, que permita ticos utilizados con fines curativos han dejado de ser eficaces.

Cuando exista controversia sobre el diagnóstico de la condición de enfermedad terminal se podrá requerir una segunda opinión o la opinión de un grupo de expertos. Igualmente, define como enfermedad crónica, degenerativa e irreversible de alto impacto en la calidad de vida, aquella que es de larga duración, que ocasione grave pérdida de la calidad de vida, que demuestre un carácter progresivo e irreversible que impida esperar su resolución definitiva o curación y que haya sido diagnosticada en forma adecuada por un médico experto.

Sobre lo qué son los cuidados paliativos para esos enfermos terminales, señala que son los cuidados apropiados para el paciente con una enfermedad terminal, crónica, degenerativa e irreversible donde el control del dolor y otros síntomas, requieren, además del apoyo médico, social y espiritual, de apoyo psicológico y familiar, durante la enfermedad y el duelo. El objetivo de los cuidados paliativos es lograr la mejor calidad de vida posible para el paciente y su familia. La medicina paliativa afirma la vida y considera el morir como un proceso normal. Y que el médico usará los métodos y medicamentos a su disposición o alcance, mientras subsista la esperanza de aliviar o curar la enfermedad.

Cuando exista diagnóstico de muerte cerebral, no es su obligación mantener el funcionamiento de otros órganos o aparatos por medios artificiales, siempre y cuando el paciente no sea apto para donar órganos. Como uno de los Derechos de los pacientes con enfermedades terminales, crónicas, degenerativas e irreversibles de alto impacto en la calidad de vida, establece el Derecho a suscribir el documento de Voluntad Anticipada, así: Toda persona capaz, sana o en estado de enfermedad, en pleno uso de sus facultades legales y mentales, con total conocimiento de las implicaciones que acarrea el presente derecho podrá suscribir el documento de Voluntad Anticipada.

En este, quien lo suscriba indicará sus decisiones, en el caso de estar atravesando una enfermedad terminal, crónica, degenerativa e irreversible de alto impacto en la calidad de vida de no someterse a tratamientos médicos innecesarios que eviten prolongar una vida digna en el paciente y en el caso de muerte su disposición o no de donar órganos. Agrega que si el paciente que requiere cuidados paliativos es un niño o niña menor de catorce (14) años, serán sus padres o adultos responsables de su cuidado, quiénes elevarán la solicitud. Si el paciente es un adolescente entre catorce (14) y dieciocho (18) años, él será consultado sobre la decisión a tomar²⁷⁹.

En sentencia T-970/14 se ordenan directrices para la materialización del derecho a morir dignamente – eutanasia. Si bien existe un procedimiento para la práctica de la eutanasia que supone la reunión de los siguientes elementos: existencia de un sujeto pasivo que padezca una enfermedad terminal que el sujeto activo que realiza la acción u omisión tendiente a acabar con los dolores del paciente quien, en todos los casos debe ser un médico y debe producirse por petición expresa, reiterada e informada de los pacientes. Existen vacíos legislativos que no permiten la materialización del derecho a morir dignamente. Ante esto, se ordenó al

²⁷⁹<http://www.secretariassenado.gov.co/index.php/leyes-y-antecedentes/vigencia-expresa-y-sentencias-de-constitucionalidad>

Ministerio de salud que imparta en un plazo de 30 días, una directriz a los prestadores del servicio de salud para que conformen un grupo de expertos interdisciplinarios que hagan un acompañamiento psicológico, médico y social al paciente y su familiar, en donde dicha atención debe ser constante y deberá garantizar y vigilar que todo el procedimiento se desarrolle respetando los términos de ésta sentencia y la imparcialidad de quienes intervinieron en el proceso. Así como también se sugiere a los médicos un protocolo médico que garantice el derecho a morir dignamente y se fijan las siguientes pautas. Los procedimientos para la garantía del derecho fundamental a morir dignamente deberán atender a los siguientes criterios:

- Prevalencia de la autonomía del paciente: Los sujetos obligados deberán analizar los casos atendiendo siempre a la voluntad del paciente. Solo bajo situaciones objetivas e imparciales, se podrá controvertir esa manifestación de la voluntad.
- Celeridad: el derecho a morir dignamente no puede suspenderse en el tiempo, pues ello implicaría imponer una carga excesiva al enfermo. Debe ser ágil, rápido y sin ritualismos excesivos que alejen al paciente del goce efectivo del derecho.
- Oportunidad: se encuentra en conexión con el anterior criterio e implica que la voluntad del sujeto pasivo sea cumplida a tiempo, sin que se prolongue excesivamente su sufrimiento al punto de causar su muerte en condiciones de dolor que, precisamente, quiso evitarse.
- Imparcialidad: los profesionales de la salud deberán ser neutrales en la aplicación de los procedimientos orientados a hacer efectivo el derecho a morir dignamente. No pueden sobreponer sus posiciones personales sean ellas de contenido ético, moral o religioso que conduzcan a negar el derecho. En caso que

el médico alegue dichas convicciones, no podrá ser obligado a realizar el procedimiento, pero tendrá que reasignarse otro profesional.

En Colombia, en julio 3 de 2015 el señor Ovidio González, se convirtió en la primera persona en recibir el procedimiento de muerte digna. El señor González padecía de un cáncer terminal en su boca. La aplicación de la eutanasia se realizó en la ciudad de Pereira.

Este es el primer caso en Colombia en el que se realiza la eutanasia, desde que con la resolución 1216 del 20 de abril del 2015, expedida por el Ministerio de Salud, se impartieran directrices para la conformación y funcionamiento de los Comités científico-interdisciplinarios para el derecho a morir con dignidad.

El médico Juan Pablo Cardona explicó que la eutanasia se realiza así:

“lo que se hace es inducir al paciente a un estado de somnolencia profundo y en medio de ese estado de somnolencia profundo se aplica un medicamento que generalmente es a goteo lento y que causa un paro cardiorrespiratorio”²⁸⁰.

La Resolución 1216 del Ministerio de Salud colombiano, se expidió para cumplir una orden emanada de la Sentencia de tutela T-970 de 2014 que ordenó al Ministerio de Salud que en el término de 30 días, contados a partir de la comunicación de esa providencia, emitiera una directriz y dispusiera todo lo necesario para que los Hospitales, Clínicas, IPS, EPS y, en general, prestadores del servicio de salud, conformen el comité interdisciplinario del que trata esa sentencia y cumplan con las obligaciones emitidas en esta decisión. De igual manera, el Ministerio deberá sugerir a los médicos un protocolo médico que será discutido por expertos de distintas disciplinas y que servirá como referente para los procedimientos tendientes a garantizar el derecho a morir dignamente.

²⁸⁰El Colombiano. *Colombia realizó el primer procedimiento legal de eutanasia*, Medellín, Diario, publicado y leído el 3 de julio de 2015 <http://www.elcolombiano.com/colombia/colombia-realizo-la-primera-eutanasia-BD2243322>

Gargarella, cuando analiza casos concernientes a la defensa de la autonomía individual hace énfasis en la importancia que debe concederse al derecho a la privacidad y afirma que es innecesario e incorrecto utilizar el sistema democrático para conocer cuál es el estilo de vida que cada uno debe llevar, porque el discurso público puede ayudar a conocer otras alternativas de vida a quienes deseen conocerlas, a lo sumo, permite un consenso al interior de la sociedad sobre los modelos culturales preferibles. Empero, debe quedar claro que no debe recurrirse al debate público como una forma de determinar los planes de vida de cada uno y que estas decisiones deben quedar reservadas exclusivamente a cada ciudadano²⁸¹.

En el mismo sentido, puede afirmarse que así como los planes de vida de cada uno no se deben someter al debate público, los planes de muerte tampoco, porque esa decisión es exclusiva del ciudadano.

Sobre el tema de la Eutanasia, la doctrina ha planteado diversos cuestionamientos morales y filosóficos, como: ¿Además del derecho a la vida, existe un deber de vivir?, ¿Existe un derecho a la muerte que esté por encima del deber de vivir en algunos casos?, ¿En todos los casos se debe respetar la autonomía como derecho del paciente?, ¿El derecho a la vida es sagrado o puede tener algún límite?²⁸² Para atender muchos de estos interrogantes, se debe tener en cuenta el concepto de calidad de vida, porque el derecho a la vida supone que esta debe ser digna y constructiva y cuando esto no es posible, se abre la posibilidad de un derecho a la muerte. La diversidad de las interpretaciones judiciales ante casos determinados deja en claro que esta discusión, nunca será pacífica. Casos foráneos, de pacientes en estado vegetativo han sido decididos por los respectivos órganos judiciales, en forma disímil.

²⁸¹ Roberto Gargarella. *La justicia frente al gobierno*. Barcelona: Ariel, 1996 p. 253-254

²⁸² Gregorio Peces-barba M. Op. Cit. p.397-398

En los años 80 del siglo XX, Nancy Cruzan, de 26 años, a raíz de un accidente automovilístico, quedó en estado vegetativo y era alimentada artificialmente a través de una sonda. Sus padres solicitaron autorización para el retiro de la sonda. En este caso, hubo tres decisiones. Inicialmente, un Tribunal inferior, en primera instancia, confirió la autorización argumentando que el estado terminal de una persona permitía a sus familiares más cercanos que rechazaran cualquier procedimiento médico que prolongara su agonía. Posteriormente, El Tribunal Supremo de Missouri y el Tribunal Supremo Federal, rechazaron la decisión y negaron el permiso de retiro de la sonda, argumentando insuficiencia testimonial de una amiga de Nancy, a la que le había expresado previamente, su voluntad de morir ante la imposibilidad de vivir dignamente.

En su decisión, el Tribunal Supremo de Missouri consideró que el asunto no era un tema para ser resuelto por un Tribunal, sino que debía estar respaldado en una norma general elaborada por el parlamento, por tratarse de un asunto relacionado con la vida y la muerte.

En la década de los años 90 del pasado siglo, Sue Rodríguez, una mujer residente en la provincia canadiense de Columbia británica, afectada por Esclerosis Lateral Amiotrófica, enfermedad degenerativa que provoca parálisis progresiva, solicitó autorización a la Corte Suprema de Canadá para tener un suicidio asistido. Solicitud que fue rechazada. Poco tiempo después, Rodríguez acudió a un médico anónimo para que la asistiera en su proyecto de muerte²⁸³. Para 2015, la Corte Suprema canadiense al decidir la solicitud de Gloria Carter y Kay Carter, dos mujeres de Columbia Británica, quienes sufrían enfermedades neurodegenerativas, modificó su precedente sobre el suicidio asistido, atendiendo la pretensión de las accionantes, quienes ya habían fallecido, que era eliminar del Código Penal de Canadá el artículo que criminaliza el suicidio asistido por un

²⁸³Radio Canadá Internacional <http://www.rcinet.ca/es/2014/10/15/canada-y-el-derecho-a-la-muerte-asistida/>

médico. Según la Corte, este artículo del Código Penal de Canadá va en contra de varias libertades que están protegidas por la Carta Canadiense de Derechos y Libertades²⁸⁴. Y ordenó al Parlamento nacional promulgar una ley que permita a los pacientes con enfermedades terminales, un mayor control sobre la forma en cómo deciden morir.

En otro caso, el de Ramón Sampedro, también en la década del 90, quien padecía de una tetraplejía postraumática, él pidió a un juzgado de Barcelona, autorización para morir con asistencia. Tanto en primera instancia, como la Audiencia provincial de Barcelona, la pretensión fue denegada. Igual negativa profirieron el Tribunal Constitucional español y el Tribunal de Estrasburgo²⁸⁵. La tesis de la Audiencia provincial fue, que no es función de los tribunales suplir o llenar ese vacío del ordenamiento jurídico y que es función del poder legislativo dictar las normas necesarias que representen la voluntad general, el sentir social, ante un tema tan candente en el que los tribunales no se atreven a entrar, por prudencia, cuando están en juego temas generales de gran interés social²⁸⁶.

Peces-barba, estima razonable y sensata la postura de un Tribunal cuando al resolver este tipo de casos, se resiste a tomar decisiones que afecten la propia raíz de la convivencia, porque es necesario contar con una norma general. Igualmente, considera que una vida que carece de razones que permitan una “vida digna” de ser vivida, y que carezca de la posibilidad de recuperar esas razones, se convierte en una vida “no digna”, que no está protegida por el derecho constitucional a la vida, toda vez que lo que la Constitución protege es la vida digna. Plantea la necesidad de juridificar la muerte de personas con enfermedades irreversibles, sin posibilidad de curación y que pueda conducir a un estado terminal e indigno, en la que la muerte sea producto de una acción u omisión de

²⁸⁴La Corte Suprema aprueba el suicidio asistido en Canadá: ¿Qué significa esto?<http://nmnoticias.ca/144031/corte-suprema-canada-eutanasia-decision-suicidio-asistido/>

²⁸⁵http://www.eutanasia.ws/nombres/ramon_sampedro.html

²⁸⁶Gregorio Peces-barba M. Op. Cit. p. 399-400

terceras personas, excluyendo los casos en que la acción u omisión se consideren como cooperación al suicidio. Empero, plantea el cuestionamiento de si en la eutanasia es posible admitir la renuncia a un derecho fundamental. Agrega que el concepto de “vida digna”, implica decidir sobre la propia racionalidad, sobre la propia convivencia en sociedad, sobre la propia responsabilidad con el propio plan de vida. Por tanto, vida digna, es la de un ser humano que puede ser titular de derechos y obligaciones en la vida social y que libremente puede desarrollar su vocación humana y su autonomía e independencia moral²⁸⁷.

Reflexiona, sobre el que deben evitarse los sufrimientos para el paciente y su entorno familiar con terapias crueles y dolorosas para mantener un hilo de vida. Considera que con una enfermedad irreversible, pierde sentido el derecho constitucional que protege la vida y se abriría paso un nuevo derecho para los enfermos terminales: El derecho a una muerte digna, y que el derecho a la vida no se puede pregonar de una simple supervivencia carente de esperanzas de recuperación, porque la idea del constituyente sobre la vida humana es total y positiva²⁸⁸. Lo anterior, se traduce en que ese derecho a la vida no puede ser visto en términos de parcialidad y negativo.

En el caso de Colombia., un tratamiento médico que pretenda prolongar una vida irreversiblemente deteriorada, puede tipificarse en la prohibición del art. 12 de la Constitución Política, sobre los tratos crueles, inhumanos o degradantes. Igualmente, es pertinente recordar que el art. 13 constitucional, expresa la obligación del Estado para promover las condiciones que permitan que la igualdad sea real y efectiva, adoptando medidas en favor de los grupos discriminados o marginados. En Colombia, los pacientes con enfermedades terminales, denominadas por el sistema de salud como catastróficas, por su alto costo para el paciente y para el Sistema General de Seguridad Social en Salud, se ubican como

²⁸⁷ Ibídem. p.401-402

²⁸⁸ Ibídem. p.403

un grupo vulnerable, esa asistencia prioritaria y digna, también se predica constitucionalmente para las personas de la tercera edad (art. 46), para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos (art. 47).

Peces-barba, afirma que todas las protecciones constitucionales quedan sin sentido, respecto a una vida terminal cuando desaparecen las esperanzas de gozar de un trato digno y de un mínimo de humanidad y que ante una situación de vida no digna, debe permitirse la eutanasia²⁸⁹, porque el derecho a la vida, busca es fines de humanización y no la protección de cualquier forma de vida.

Sección tercera: Por vulneración a los propios precedentes jurisprudenciales en la interpretación de los derechos

El respeto por el precedente jurisprudencial que la Corte estableció en la ya referida sentencia C-037 de 1996 y reafirmado cuando la jurisprudencia constitucional ha señalado que la regla general, es la observancia del principio “*stare decisis*”, que obliga a la Corte a seguir sus decisiones previas, como un elemento de seguridad jurídica para el ciudadano (sentencia SU-047 de 1999), es vulnerado por la misma Corte Constitucional en diversos fallos, de los cuales se enunciarán los siguientes.

3.1 Sentencias, C-577 de julio 26 de 2011, (Declara exequible la definición; del matrimonio como la unión de un hombre y una mujer); y sentencia T-716 de septiembre 22 de 2011. (En el matrimonio no importa el sexo de las partes, sino los lazos de solidaridad.)

En la primera providencia se demandaron los textos de los artículos 113 del Código Civil, 2º de la Ley 294 de 1996 y 2º de la Ley 1361 de 2009 y se subrayan los segmentos demandados

²⁸⁹Ibidem. p.404, p.408

“Código Civil
(...).
Título IV
Del matrimonio

ART. 113. —*El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente”.*

“Ley 294 de 1996
(Julio 16)
Diario Oficial 42.836 de 22 de junio de 1996
Por la cual se desarrolla el artículo 42 de la Constitución Política y se dictan normas para prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar.

El Congreso de Colombia
DECRETA:
Título I
Objeto, definición y principios generales

ART. 2º—*La familia se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.*

Para los efectos de la presente ley, integran la familia:
a) Los cónyuges o compañeros permanentes;
b) El padre y la madre de familia, aunque no convivan en un mismo hogar;
c) Los ascendientes o descendientes de los anteriores y los hijos adoptivos
d) Todas las demás personas que de manera permanente se hallaren integrados a la unidad doméstica”.

“Ley 1361 de 2009
(Diciembre 3)
Diario Oficial Nº 47.552 de 3 de diciembre de 2009
Por la cual se crea la Ley de Protección Integral de la Familia
El Congreso de Colombia
DECRETA:

ART. 2º—*Definiciones. Para los efectos de esta ley, se entenderá por:*

Familia. Es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.”

Como se observa, en esta acción, los demandantes pretendían que a las parejas conformadas por personas del mismo sexo les fuese reconocido el derecho a contraer matrimonio y, con esa finalidad, atacan, en primer lugar, la expresión “un

hombre y una mujer”, perteneciente al artículo 113 del Código Civil colombiano que, mediante la citada frase, establece como requisito del matrimonio la heterosexualidad de los contrayentes.

Al decantar, en esa providencia, el concepto de familia protegida en la jurisprudencia constitucional, la Corte expresó:

“Hasta el momento, la jurisprudencia constitucional relativa al concepto de familia se fundamenta, básicamente, en la interpretación literal del primer inciso del artículo 42 superior y, en lo que hace al matrimonio, se ha sostenido que “el contrayente asume, con conocimiento de causa, las consecuencias que se siguen a la celebración del contrato”, una de las cuales “directamente derivada del texto constitucional es la de que únicamente es admitido en Colombia el matrimonio entre un hombre y una mujer, pues la familia que se acoge por el constituyente no es otra que la monogámica

El requisito de heterosexualidad y el carácter monogámico de la unión también presiden la conceptualización de la denominada familia de hecho originada en la convivencia de los miembros de la pareja, quienes no expresan el consentimiento que es esencial en el matrimonio. Claramente la Corte ha señalado que la “unión libre de un hombre y una mujer, aunque no tengan entre sí vínculos de sangre ni contractuales formales”, debe ser protegida, “pues ella da origen a la institución familiar” y ha enfatizado que, según el artículo 42 superior, la unión marital de hecho es una “unión libre de hombre y mujer”

Con apoyo en los anteriores criterios, reiteradamente la corporación ha afirmado que la Constitución “consagra inequívocamente dos formas de constituir una familia: por vínculos naturales o por vínculos jurídicos”, lo que implica el reconocimiento de su diverso origen y de la diferencia entre la unión marital y el matrimonio, fincada en que mientras la primera de las mencionadas formas “corresponde a la voluntad responsable de conformarla sin mediar ningún tipo de formalidad, la segunda exige la existencia del contrato de matrimonio a través del consentimiento libre de los cónyuges.”

La interpretación textual del artículo 42 de la Carta indica que la familia sustentada en vínculos jurídicos se funda “en la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio”, en tanto que la familia natural se constituye “por la voluntad responsable de conformarla”, de donde se desprende que “la interpretación puramente literal de la disposición superior transcrita, lleva a la conclusión según la cual la familia que el constituyente quiso proteger es la monogámica y heterosexual”

La consecuencia inevitable de la anterior conclusión consiste en que, si la familia prevista en la Constitución y objeto de especial protección es la heterosexual y monogámica, “no cabe interpretar unas disposiciones legales que expresamente se refieren al matrimonio y a la unión permanente, y que se desenvuelven en el ámbito de la protección constitucional a la familia, en un sentido según el cual las mismas deben hacerse extensivas a las parejas homosexuales”

Así las cosas, conviene ahora aludir a la protección que a las personas homosexuales se les ha brindado en la jurisprudencia de la Corte, con el objetivo de establecer cuál ha sido su desarrollo, qué efectos ha proyectado ese desenvolvimiento y si, en materia de derecho de familia, la evolución ha tenido consecuencias distintas de las acabadas de reseñar. (Subrayas extratexto).

En la parte resolutive de la sentencia C-577 de 2011 la Corte decidió:

1. *Declarar EXEQUIBLE, por los cargos analizados en esta sentencia, la expresión “un hombre y una mujer”, contenida en el artículo 113 del Código Civil.*
2. *Declararse INHIBIDA para pronunciarse de fondo respecto de la expresión “de procrear”, contenida en el artículo 113 del Código Civil, por ineptitud sustantiva de las demandas.*
3. *Declararse INHIBIDA para pronunciarse de fondo respecto de la expresión “de un hombre y una mujer” contenida en los artículos 2º de la Ley 294 de 1996 y 2º de la Ley 1361 de 2009, por cuanto estas normas legales reproducen preceptos constitucionales.*
4. *EXHORTAR al Congreso de la República para que antes del 20 de junio de 2013 legisle, de manera sistemática y organizada, sobre los derechos de las parejas del mismo sexo con la finalidad de eliminar el déficit de protección que, según los términos de esta sentencia, afecta a las mencionadas parejas.*
5. *Si el 20 de junio de 2013 el Congreso de la República no ha expedido la legislación correspondiente, las parejas del mismo sexo podrán acudir ante notario o juez competente a formalizar y solemnizar su vínculo contractual.*

Como una de las consideraciones de su decisión, la Corte expresó: “Ampliamente se ha discurrido aquí acerca de que, de conformidad con una interpretación literal del artículo 42 de la Carta, se puede concluir que el constituyente de 1991 le confirió un especial tratamiento al matrimonio al preverlo en relación con las parejas heterosexuales, por lo cual no se aprecia inconstitucionalidad en la

mención que el artículo 113 del Código Civil hace del hombre y la mujer, en cuanto autorizados para celebrar el matrimonio, pues ello se aviene a las prescripciones superiores.

Como quiera que, tratándose del matrimonio y de su requisito de heterosexualidad, no hay oposición entre las exigencias del artículo 13 superior y el contenido del artículo 42 de la Carta, es inadmisibles predicar la existencia de una discriminación proveniente del segmento tachado de inconstitucional, debiendo aclararse que sí, dentro de la variedad de familias constitucionalmente protegidas, la Carta brinda una especial protección a la surgida del matrimonio celebrado entre heterosexuales, ello no significa desprotección del resto de familias que también son institución básica y núcleo fundamental de la sociedad, ni la existencia de un propósito discriminador, que tampoco se encuentra en el artículo 113 del Código Civil, pues, pese a su antigüedad más que centenaria, recogió la realidad de su tiempo de la misma forma como lo hizo la Constitución, al brindarle especial atención a la familia heterosexual surgida del matrimonio, entre otras razones, porque en ninguno de los dos momentos había cobrado visibilidad la realidad homosexual, que solo vino a plantear reivindicaciones públicas en las postrimerías del siglo XX” y agregó: “También es inepta la acusación planteada en esa misma demanda por violación de tratados internacionales que forman parte del bloque de constitucionalidad, porque, de conformidad con lo sostenido en la sentencia acabada de citar, “los instrumentos internacionales, al igual que las normas acusadas, se refieren a que el matrimonio es celebrado entre un hombre y una mujer” y no cabe deducir “que el derecho internacional de los derechos humanos establece una obligación a los Estados de reconocer el matrimonio entre parejas del mismo sexo, como lo ha afirmado el Tribunal Europeo de Derecho Humanos”, sino que, por el contrario “tribunales de derechos humanos han validado que de manera objetiva el texto internacional no obliga a los Estados al matrimonio de parejas homosexuales”, de donde surge que el cargo incumple el

requisito de certeza, pues la lectura del demandante en modo alguno es atribuible a la expresión demandada”

Pero sólo dos meses después de expedida la sentencia C-577/11, la Corte Constitucional, expide la sentencia T-716/11 en la cual hace el siguiente planteamiento: “han sido erróneas las interpretaciones que se han hecho sobre el artículo 42 de la Carta Política en el sentido de que una familia era, supuestamente, solo el vínculo entre un hombre y una mujer. La Corte manifestó que la característica de la familia es la concurrencia de una relación de solidaridad y ayuda mutua y añade que aspectos como el parentesco o la conformación de parejas son rasgos que pueden suceder o no., planteamiento abiertamente contrario a lo expresado en la referida sentencia de constitucionalidad, cuyo respeto por la interpretación semántica y literal fue evidente.

Planteamiento similar, se puede pregonar si se compara la sentencia C-659/97 con la sentencia t-716/11. En aquella sentencia, la Corte hace una defensa del matrimonio monogámico, al declarar exequibles los artículos 260 y 261 del código penal - decreto 100 de 1980. Relativas al matrimonio ilegal y la bigamia

El texto acusado era del siguiente tenor literal:

“DECRETO NÚMERO 100 DE 1980

(Enero 23)

“Por el cual se expide el nuevo Código Penal”.

El Presidente de la República de Colombia,

En uso de sus atribuciones constitucionales y legales, y

CONSIDERANDO:

(...).

DECRETA:

(...).

*ART. 260. —**Bigamia.** El que ligado por matrimonio válido contraiga otro, o el que siendo libre contraiga matrimonio con persona válidamente casada, incurrirá en prisión de uno (1) a cuatro (4) años.*

ART. 261. —Matrimonio ilegal. El que con impedimento dirimente para contraer matrimonio lo contraiga, o el que se case con persona impedida, incurrirá en prisión de seis (6) meses a tres (3) años”.
(...).

En ese contexto, la Corte expresó que la familia merece, con arreglo a los principios y preceptos constitucionales, la protección del Estado y la preservación de sus fines esenciales -la vida en común, la ayuda mutua, la procreación, el sostenimiento y la educación de los hijos-, y toda persona tiene libertad para optar entre la unión matrimonial y la de hecho, lo cierto es que en el sistema jurídico se contemplan de manera diversa los efectos y las características de la familia matrimonial y de la nacida con base en la unión libre.

Habiendo optado espontáneamente por el matrimonio -que, implica someterse a un estatuto compuesto por reglas, derechos y obligaciones predeterminadas por la ley-, el contrayente asume, con conocimiento de causa, las consecuencias que se siguen de la celebración del contrato. Una de ellas, directamente derivada del texto constitucional, es la de que únicamente es admitido en Colombia el matrimonio celebrado entre un hombre y una mujer, pues la familia que se acoge por el Constituyente no es otra que la monogámica.

3.2 Sentencias SU-111/97 (derechos sociales, económicos y culturales no son de aplicación inmediata) y T-406/92. (Los derechos económicos y sociales tienen justiciabilidad directa)

La primera de estas providencias establece esencialmente que los derechos económicos, sociales y culturales, pese a su vinculación con la dignidad humana, la vida, la igualdad y la libertad, no son de aplicación inmediata, pues necesariamente requieren de la activa intervención del legislador. Por consiguiente, mal puede la Corte disponer que le sean prestados unos servicios

médico-asistenciales a quien solicita la tutela pasando por encima de lo dispuesto en la ley y los reglamentos.

Como problema jurídico de esta decisión se identificó el siguiente: Se trató de establecer si la Caja Nacional de Previsión —seccional Chocó—, al expedir el acto administrativo por medio del cual suspendió los servicios médicos a la actora, incumplió la orden dictada en la sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo del Chocó, en 1992, y adicionalmente desconoció los derechos a la salud y a la vida de la actora, una mujer de 64 años de edad y enferma de artritis degenerativa. La Corte, expuso:

7. De acuerdo con los hechos comprobados en el proceso de tutela, la actora pretende que la Caja Nacional de Previsión, pese a no ser beneficiaria en la actualidad, le siga prestando el servicio de atención a la salud que le venía dispensando. La desvinculación de la administración pública, en razón de la declaración de insubsistencia, aparejó su exclusión de la mencionada caja, la cual no obstante le brindó, según afirma, asistencia médica por un tiempo mayor que el previsto en los reglamentos. Agrega, que no puede, por consiguiente, pretenderse, que de la cláusula del Estado social surjan directamente derechos a prestaciones concretas a cargo del Estado, lo mismo que las obligaciones correlativas a éstos. La individualización de los derechos sociales, económicos y culturales, no puede hacerse al margen de la ley y de las posibilidades financieras del Estado. El legislador está sujeto a la obligación de ejecutar el mandato social de la Constitución, para lo cual debe crear instituciones, procedimientos y destinar prioritariamente a su concreción material los recursos del erario. A lo anterior se agrega la necesidad y la conveniencia de que los miembros de la comunidad, gracias a sus derechos de participación y fiscalización directas, intervengan en la gestión y control del aparato público al cual se encomienda el papel de suministrar servicios y prestaciones, y que El derecho a la salud y el derecho a la seguridad social remiten a un contenido prestacional que no es ajeno a la conservación de la vida orgánica. No obstante, los mencionados derechos sociales, por esta razón, no se convierten en derechos fundamentales de aplicación inmediata. El derecho a la vida protegido por el artículo 11 de la C.P., comprende básicamente la prohibición absoluta dirigida al Estado y a los particulares de disponer de la vida humana y, por consiguiente, supone para éstos el deber positivo de asegurar que el respeto a la vida física sea el presupuesto constitutivo esencial de la comunidad. Esta faceta de la vida, bajo la forma de derecho fundamental, corresponde a un derecho fundamental cuya aplicación no se supedita a la interposición de la ley y puede, por lo tanto, ser amparado a través de la acción de tutela.

Esta *ratio decidendi* es contraria a lo que había expresado en la sentencia T-406 de 1992, en la cual la Corte había expresado: “El juez, en el Estado social de derecho también es un portador de la visión institucional del interés general. El juez, al poner en relación la Constitución -sus principios y sus normas- con la ley y con los hechos hace uso de una discrecionalidad interpretativa que necesariamente delimita el sentido político de los textos constitucionales. En este sentido la legislación y la decisión judicial son ambos procesos de creación de derecho”.

La sentencia de Unificación de 1997, esencialmente lo que hace es abandonar dos planteamientos que la Corte fijó en su fallo de 1992, la teoría de la justiciabilidad directa de los derechos económicos y sociales establecidos en la Constitución Política y la teoría de la interpretación valorista por parte del juez constitucional²⁹⁰, teoría esta última que va en detrimento de las funciones del legislador, como único autorizado para crear derecho.

3.3 Sentencias C-276/93 (la Corte Constitucional no es competente para ejercer control de constitucionalidad sobre una ley aprobatoria de tratado público) y C-027/93 (Declara su competencia para control de la ley aprobatoria)

En la primera de las providencias de julio 22/93, en la cual, la Corte Constitucional se ocupa de la revisión constitucional de la ley 33 de 1992 "por medio de la cual se aprueba el 'tratado de derecho civil internacional y el tratado de derecho comercial internacional', firmados en Montevideo el 12 de febrero de 1889, la Corte, manifiesta:

La ley aprobatoria de los tratados es una ley que, si bien cumple con una función de carácter interno -darles un fundamento a los tratados

²⁹⁰Javier Tamayo Jaramillo. *La Decisión Judicial* T. II, Medellín, Diké, 2011 p.1383

internacionales que se pretenden hacer valer-, los tratados en el ámbito internacional están incólumes, sin estar condicionados a que exista o no un pronunciamiento, bien jurisdiccional o bien legislativo, respecto de los mismos. Es cierto que a la Corte Constitucional le confía la Carta Política la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución; pero esta cláusula general de competencia no debe interpretarse, en el caso que nos ocupa, de manera absoluta, pues debe recordarse que a renglón seguido, la norma constitucional que se la otorgó le está señalando unos límites perentorios: "en los estrictos y precisos términos de este artículo" (art. 241). La actuación del órgano jurisdiccional sólo puede recaer sobre aquello que legalmente está dispuesto como apto para ser revisado. No considera esta Corte que proceda la revisión de un acto jurídicamente superfluo, puesto que la materia sobre la cual recae, los tratados ya perfeccionados, no puede ser afectada por decisión alguna del orden interno. Es así como sobre estos tratados no cabe pronunciamiento de fondo y, por tanto, esta Corporación habrá de inhibirse en el presente caso. Y que En el caso bajo examen, el presupuesto procesal para que la revisión sobre el contenido de los tratados prospere no se cumple, por cuanto el examen constitucional no se puede ejercer respecto de instrumentos públicos internacionales ya perfeccionados. Esto se entiende como un reflejo natural de la supranacionalidad en este tipo de convenios que comprometen a la Nación, como persona de derecho público internacional, en un acto en el que ha perfeccionado su voluntad y en donde ningún organismo de carácter interno, ni siquiera el órgano encargado de la jurisdicción constitucional, puede entrar a revisar aquello que es ley entre las partes, siendo tales los Estados vinculados. La Carta Política ha tenido en cuenta este espíritu de equivalencia entre las partes, al considerar que el control constitucional tan sólo se puede ejercer con anterioridad al momento en que se perfeccione el Tratado, esto es, previamente a la manifestación íntegra de la voluntad del Estado pactante.

La sentencia C-027 de febrero 5 de 1993, que resolvió la demanda contra la ley 20 de 1974 la cual había aprobado el concordato entre la Santa sede y la República de Colombia, expresó:

"La ley aprobatoria de un tratado público, pese a las características especiales que ostenta no deja por ello de ser una ley, sujeta al control constitucional de la Corte. En el caso en que la violación manifiesta de una norma del derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados, produzca como consecuencia la violación de una norma fundamental de nuestra Carta Política, aún después de perfeccionado el tratado, la Corte tiene competencia para pronunciarse sobre su inconstitucionalidad. Nuestra Constitución no reconoce la supremacía de los tratados internacionales sobre la Constitución Política. Por tanto la Carta no autoriza a su guardiana a abstenerse de pronunciar la inexecutable de un tratado que aún perfeccionado viola los postulados fundamentales que estructuran la organización jurídico-política e

ideológica del Estado colombiano. Un control integral e intemporal respecto de los tratados ya perfeccionados que eventualmente comporten presunto desconocimiento de una norma sobre derechos humanos o derecho internacional humanitario perteneciente al ius cogens, sirve, en lo fundamental y de manera simultánea, los intereses del derecho internacional y del derecho interno, como quiera que este se endereza a dar plena vigencia a los contenidos axiológicos integrantes del ius cogens y en razón a que, tanto la Carta de 1991 como el derecho internacional público se identifican en el propósito último de garantizar de manera concreta y efectiva el respeto y la protección a los derechos humanos.”

La incongruencia, contradicción de estos dos fallos es evidente. La Seguridad jurídica sobre el tema del control de constitucionalidad de las leyes aprobatorias de tratados internacionales queda a la deriva. Mientras en una de estas providencias desarrolla una competencia, con el argumento de que la Constitución no autoriza a su guardiana de abstenerse de pronunciar la inexecutableidad de un tratado perfeccionado y que una ley aprobatoria de un tratado internacional no deja de ser una ley sujeta al control de la Corte; en la otra providencia expresa que la actuación del órgano jurisdiccional sólo puede recaer sobre aquello que legalmente está dispuesto como apto para ser revisado. Y que la revisión de esa ley, deriva en revisar una norma superflua, porque un tratado ya perfeccionado no puede verse afectado por una decisión de carácter interno y manifestó que el examen constitucional no se puede ejercer respecto de instrumentos públicos internacionales ya perfeccionados. Esta justicia imprevisible e incongruente deriva en justicia irresponsable.

3.4 Sentencias SU-047/99 (Acción de tutela contra providencia judicial por vía de hecho prospectiva) y C-543/92 (Excluye la tutela contra providencias judiciales) y SU-515/13(Relaciona los requisitos de la acción de tutela contra sentencias)

La primera de estas providencias, resuelve en Sentencia de Unificación una Tutela presentada por la congresista Viviane Morales Hoyos. La peticionaria para la época de la Acción de tutela era Senadora de la República y en 1996 se desempeñaba

como Representante a la Cámara, cuando ese cuerpo político investigó al entonces Presidente de la República de Colombia, señor Ernesto Samper Pizano. Según la actora, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha desconocido su derecho a la inviolabilidad de sus votos y opiniones como congresista (CP art, 185), al vincularla a un proceso penal por la decisión que tomó en 1996 en favor de la preclusión de la investigación contra el Presidente Samper. Los hechos que soportaron esta acción se sintetizan así:

En el mes de febrero de 1996, el Fiscal General de la Nación presentó denuncia penal en la Cámara de Representantes, en contra del entonces Presidente de la República, señor Ernesto Samper Pizano.

2.2. La investigación se tramitó en la Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara de Representantes y posteriormente en su Plenaria.

2.3. En la sesión del 12 de junio de 1996, la Cámara de Representantes resolvió declarar la preclusión de la investigación que adelantaba, pues no encontró motivos suficientes para acusar al doctor SAMPER PIZANO ante el Senado de la República. Esa decisión se adoptó con la votación afirmativa de ciento once (111) Representantes y cuarenta y tres (43) que la votaron negativamente.

2.4. Dentro de los 111 representantes que adoptaron la decisión de declarar la preclusión de la investigación, se encuentra Viviane Morales Hoyos, actora de la presente tutela, quien había sido elegida como Representante a la Cámara para el período de 1994 a 1998 y es hoy Senadora.

2.5. Durante los meses de junio y julio de 1996, varios ciudadanos presentaron ante la Corte Suprema de Justicia, denuncias por la supuesta comisión de diversos delitos, entre ellos, prevaricato, por parte de los 111 Representantes que votaron afirmativamente la preclusión. Los denunciados pretendían, además, invalidar la decisión adoptada por la Cámara de Representantes. Posteriormente, otros ciudadanos también denunciaron a los 43 congresistas que se apartaron de la decisión adoptada por la Cámara, por la supuesta responsabilidad en delitos iguales o semejantes a los que se imputaban a la mayoría.

2.6. La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia asumió el conocimiento de todas las denuncias y, por tratarse de hechos similares, decidió acumular todos los procesos y designar como ponente al Magistrado Jorge Aníbal Gómez Gallego.

2.7. El 24 de junio de 1998, el Magistrado sustanciador resolvió ordenar la apertura de instrucción y vincular al proceso mediante indagatoria a los "siguientes Representantes a la Cámara que votaron afirmativamente el

proyecto de preclusión”, entre los cuales se encuentra la peticionaria. En consecuencia, la alta Corporación decidió continuar con el proceso penal sólo contra los Representantes (con excepción del doctor Giovanni Lamboglia quien había fallecido) que votaron afirmativamente la resolución de preclusión.

La solicitud de tutela considera que la Corte Suprema de Justicia desconoce el artículo 185 de la Constitución, el cual consagra la inviolabilidad como un derecho fundamental de los congresistas que es susceptible de amparo a través de la acción de tutela. Como pretensión la peticionaria solicitó que “se declarara nulo” el proceso en el cual la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia la investiga, como consecuencia de las opiniones y los votos, que en su condición de Representante a la Cámara, emitió en 1996 en el proceso que siguió esa Corporación en contra del Presidente de la República. Así mismo, solicita que “se ordene a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia dar por terminado el proceso y ordenar su archivo, revocando previamente cualquier medida que hubiere decretado contra la libertad de la Senadora Morales Hoyos. Por su parte la Corte Suprema de Justicia entidad accionada, considera que la acción de tutela no es procedente, como quiera que ese mecanismo no opera frente a actuaciones y decisiones judiciales.

En la providencia en comento, se lee como justificación de las decisiones de los congresistas respecto a sus actuaciones judiciales, lo siguiente: *a pesar de la naturaleza judicial de estos procesos, es indudable que la Carta reserva una cierta **discrecionalidad política** a los congresistas cuando investigan y juzgan a los altos dignatarios, incluso si se trata de delitos comunes., porque la Constitución precisa que en todas sus actuaciones, incluidos obviamente sus votos y opiniones cuando ejercen funciones judiciales, los senadores y representantes actúan consultando la justicia y el bien común (CP art. 133), lo cual tiene inevitablemente un componente de libertad política, puesto que, en una sociedad pluralista, no todas las visiones del bien común son idénticas. Por consiguiente, bien podría un congresista considerar que existen fuertes pruebas contra un alto dignatario, pero estar convencido de que*

su destitución puede tener efectos catastróficos para el país, y por ello, consultando el bien común, opinar y votar en favor del investigado. El concepto de discrecionalidad política, es un concepto ajeno a toda actuación de juzgamiento, empero, la Corte lo introduce para justificar una decisión. Complementa su afirmación con otro argumento: El grado de libertad política de estos juicios ante el Congreso es reconocido de manera general por la doctrina y la jurisprudencia comparada de aquellos países que han aceptado este modelo que tienden a calificar esos procesos como "juicios políticos". Así, en Estados Unidos, que es el régimen de donde la mayor parte de los sistemas presidencialistas han tomado la figura del juicio a los altos dignatarios, la doctrina y la jurisprudencia son claras en reconocer que los congresistas, al juzgar al Presidente o a otros funcionarios, gozan de tal discrecionalidad política que sus actuaciones no pueden ser judicialmente controvertidas, tal y como lo ha reiterado una reciente decisión de la Corte Suprema de ese país²⁹¹. En Argentina también es claro que "es facultad discrecional de ambas cámaras (representantes, cuando acusa, el Senado cuando juzga) determinar cuándo se ha cumplido el mal desempeño". Por ello, en ese país, no pueden los jueces pronunciarse sobre la corrección o incorrección de la destitución, por ser "cuestiones estrictas de neto carácter político. Infirió la Corte la siguiente conclusión en su parte considerativa: *los congresistas son inviolables en sus opiniones y votos también cuando ejercen funciones judiciales, debido al inevitable componente de discrecionalidad política de los procesos ante las cámaras, por lo cual la Corte Suprema es incompetente para investigar, juzgar o condenar a los Representantes por las opiniones que formularon durante el juicio al Presidente Samper Pizano, o por el sentido del voto que emitieron en favor o en contra de la preclusión de ese proceso, sin que pueda objetarse a la anterior conclusión que, durante ese proceso, los representantes mismos consideraron que actuaban como jueces, y algunos incluso pudieron manifestar que consideraban que tenían las responsabilidades propias de los funcionarios judiciales.*

²⁹¹ Ver el caso Nixon v. United States, 506 U.S.. 224 (1993)

Para justificar su decisión, incluye como tema de discusión que el respeto al precedente es entonces esencial en un Estado de derecho; sin embargo, también es claro que este principio no debe ser sacralizado, puesto que no sólo puede petrificar el ordenamiento jurídico sino que, además, podría provocar inaceptables injusticias en la decisión de un caso. Así, las eventuales equivocaciones del pasado no tienen por qué ser la justificación de inaceptables equivocaciones en el presente y en el futuro, con lo cual sustenta un cambio de línea jurisprudencial agrega que la tesis de la inviolabilidad no cubre las actividades de los congresistas cuando ejercen funciones judiciales no es vinculante para la propia Corte como precedente, por la sencilla razón de que en ninguno de los dos casos tal afirmación fue la *ratio decidendi* de las decisiones que fueron tomadas.

La Corte Constitucional luego de su análisis, tomó la siguiente decisión:

Primero. **REVOCAR** la sentencia del 21 de agosto de 1998 de la Sección Primera, Subsección A del Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Cundinamarca en el proceso de la referencia, la cual rechazó por improcedente la acción de tutela presentada por Viviane Morales Hoyos, en contra de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Segundo. **TUTELAR** el derecho fundamental al debido proceso (CP art. 29) de la peticionaria, por cuanto la garantía institucional de la inviolabilidad (CP art. 185) priva, de manera absoluta, a la Corte Suprema de competencia para investigar como delitos los hechos inescindiblemente ligados a las opiniones y votos emitidos por la actora en las actuaciones adelantadas por la Cámara de Representantes contra el entonces Presidente de la República.

Tercero. **DEJAR SIN EFECTOS** el proceso que se surte ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, cuya radicación es 11.911, dentro del cual se adelanta investigación en contra de la actora, como consecuencia del voto que emitió en 1996, en su condición de Representante a la Cámara, en el proceso que siguió esa Corporación legislativa en contra del Presidente de la República. Por lo tanto, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente fallo, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia deberá ordenar el archivo correspondiente.

Cuarto. **HACER UN LLAMADO A PREVENCIÓN** a los Magistrados de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia para que se abstengan de investigar como delitos los hechos inescindiblemente ligados a las opiniones y votos emitidos por los congresistas en ejercicio de sus funciones.

La anterior providencia, contraría lo dispuesto en la sentencia -543/92 de la misma Corte Constitucional que declaró la inexecutable de los artículos 11, 12 y 40 del D. 2591 de 1991. Según las disposiciones citadas, los jueces podían ocupar la posición de sujetos pasivos de la acción de tutela, cuando el agravio a un derecho fundamental tenía origen en sus providencias, siempre que se cumplieran otros presupuestos procesales en ellas indicados. La mencionada sentencia, sin embargo, al mismo tiempo excluyó la acción de tutela contra providencias judiciales de manera general.

Sobre la improcedencia de la tutela contra providencias judiciales, expresó la Corte Constitucional:

“Si la Constitución dispone que ninguna persona podrá ser juzgada dos veces por el mismo hecho -"non bis in ibídem"-, con esa garantía procesal resulta incompatible la posibilidad de intentar acciones de tutela contra sentencias ejecutoriadas, toda vez que ello representaría la reapertura del proceso culminado. Aunque se admitiera, en gracia de la discusión, que, a pesar de las razones enunciadas, fuera procedente la acción de tutela para que un juez impartiera órdenes a otro en relación con las providencias proferidas por su Despacho, tal posibilidad de todas maneras resultaría contraria al espíritu y al mandato del artículo 86 de la Constitución, pues reñiría con su carácter **inmediato**, en cuanto la orden habría de retrotraerse necesariamente al proceso culminado, con la inequívoca consecuencia de la invalidación, total o parcial, de etapas anteriores a la adopción del fallo, prolongando indefinidamente la solución del litigio. No procede la acción de tutela contra ninguna providencia judicial, con la única salvedad del perjuicio irremediable, desde luego aplicada en este evento como mecanismo transitorio supeditado a la decisión definitiva que adopte el juez competente. Se hace posible la acción de tutela respecto de actuaciones judiciales distintas de las providencias.

En la providencia SU-515/13, al hacer una relación sobre el tema de la tutela contra providencias judiciales, en un aparte al que denomina **Requisitos actuales de la acción de tutela contra sentencias**, expone que en la sentencia C-590 de 2005 también se reconoció que los componentes teóricos de la jurisprudencia han avanzado hacia los denominados *“criterios de procedibilidad de la acción de tutela*

*contra decisiones judiciales*²⁹². Tales eventos comprenden la superación del concepto de “vía de hecho” y la admisión de “específicos supuestos de procedencia”, en eventos en los que si bien no se está ante una burda trasgresión de la Constitución, sí se trata de decisiones que afectan los derechos fundamentales.

Conforme a lo expuesto, la jurisprudencia ha sido reiterativa en señalar que existen unos **requisitos generales de procedencia de la acción**, que hacen las veces de presupuestos previos a través de los cuales se determina la viabilidad del examen constitucional de las providencias. En la sentencia C-590 de 2005 se hizo un ejercicio de sistematización sobre este punto. Al respecto indicó:

“24. Los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales son los siguientes:

a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional. Como ya se mencionó, el juez constitucional no puede entrar a estudiar cuestiones que no tienen una clara y marcada importancia constitucional so pena de involucrarse en asuntos que corresponde definir a otras jurisdicciones²⁹³. En consecuencia, el juez de tutela debe indicar con toda claridad y de forma expresa porqué la cuestión que entra a resolver es genuinamente una cuestión de relevancia constitucional que afecta los derechos fundamentales de las partes.

b. Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio ius fundamental irremediable²⁹⁴. De allí que

²⁹² Al respecto, la sentencia T-949 de 2003 señaló lo siguiente: “Esta Corte en sentencias recientes ha redefinido dogmáticamente el concepto de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales. Esta redefinición ha operado a partir del poder de irradiación del principio de eficacia de los derechos fundamentales (art. 2 C.P.) y de una interpretación sistemática de diversas disposiciones de la Constitución (arts. 1, 2, 13, 86, 228 y 230 C.P.). || En esta tarea se ha reemplazado el uso conceptual de la expresión “vía de hecho” por la de “causales genéricas de procedibilidad”. Lo anterior ha sido inducido por la urgencia de una comprensión diferente del procedimiento de tutela con tal de que permita “armonizar la necesidad de proteger los intereses constitucionales que involucran la autonomía de la actividad jurisdiccional y la seguridad jurídica, sin que estos valores puedan desbordar su ámbito de irradiación y cerrar las puertas a la necesidad de proteger los derechos fundamentales que pueden verse afectados eventualmente con ocasión de la actividad jurisdiccional del Estado.”

²⁹³ Sentencia T-173/93.

²⁹⁴ Sentencia T-504/00.

sea un deber del actor desplegar todos los mecanismos judiciales ordinarios que el sistema jurídico le otorga para la defensa de sus derechos. De no ser así, esto es, de asumirse la acción de tutela como un mecanismo de protección alternativo, se correría el riesgo de vaciar las competencias de las distintas autoridades judiciales, de concentrar en la jurisdicción constitucional todas las decisiones inherentes a ellas y de propiciar un desborde institucional en el cumplimiento de las funciones de esta última.

c. Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración²⁹⁵. De lo contrario, esto es, de permitir que la acción de tutela proceda meses o aún años después de proferida la decisión, se sacrificarían los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica ya que sobre todas las decisiones judiciales se cerniría una absoluta incertidumbre que las desdibujaría como mecanismos institucionales legítimos de resolución de conflictos.

d. Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora²⁹⁶. No obstante, de acuerdo con la doctrina fijada en la Sentencia C-591-05, si la irregularidad comporta una grave lesión de derechos fundamentales, tal como ocurre con los casos de pruebas ilícitas susceptibles de imputarse como crímenes de lesa humanidad, la protección de tales derechos se genera independientemente de la incidencia que tengan en el litigio y por ello hay lugar a la anulación del juicio.

e. Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible²⁹⁷. Esta exigencia es comprensible pues, sin que la acción de tutela llegue a rodearse de unas exigencias formales contrarias a su naturaleza y no previstas por el constituyente, sí es menester que el actor tenga claridad en cuanto al fundamento de la afectación de derechos que imputa a la decisión judicial, que la haya planteado al interior del proceso y que dé cuenta de todo ello al momento de pretender la protección constitucional de sus derechos.

f. Que no se trate de sentencias de tutela²⁹⁸. Esto por cuanto los debates sobre la protección de los derechos fundamentales no pueden prolongarse de manera indefinida, mucho más si todas las sentencias proferidas son sometidas a un riguroso proceso de selección ante esta Corporación, proceso en virtud del cual las sentencias no seleccionadas para revisión, por decisión de la sala respectiva, se tornan definitivas.”

²⁹⁵ Ver entre otras la reciente Sentencia T-315/05.

²⁹⁶ Sentencias T-008/98 y SU-159/2000.

²⁹⁷ Sentencia T-658-98.

²⁹⁸ Sentencias T-088-99 y SU-1219-01.

Más adelante, se estableció que además de los presupuestos generales resulta necesario acreditar la existencia de –por lo menos- una causal o defecto específico de procedibilidad. La sentencia C-590 de 2005 enunció los vicios que son atendibles a través de la acción de tutela de la siguiente manera:

“25. Ahora, además de los requisitos generales mencionados, para que proceda una acción de tutela contra una sentencia judicial es necesario acreditar la existencia de requisitos o causales especiales de procedibilidad, las que deben quedar plenamente demostradas. En este sentido, como lo ha señalado la Corte, para que proceda una tutela contra una sentencia se requiere que se presente, al menos, uno de los vicios o defectos que adelante se explican.

“a. Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello.

“b. Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.

“c. Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.

“d. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales²⁹⁹ o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.

“f. Error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.

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

“h. Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado³⁰⁰.

“i. Violación directa de la Constitución.” (Subrayas fuera del texto original.).

²⁹⁹ Sentencia T-522/01

³⁰⁰ Cfr. Sentencias T-462/03; SU-1184/01 ; T-1625/00 y T-1031/01.

3.5 Sentencias C-551 de 2003 (El constituyente derivado no tiene competencia para sustituir la Constitución), C-970/04 (Reforma constitucional. Distinción entre insustituibilidad e intangibilidad), y C-1200/03 (Diferencia entre reformar la Constitución y sustituir la Constitución)

En la sentencia C-551/03, la Corte expresó:

“El constituyente derivado no tiene entonces competencia para destruir la Constitución. El acto constituyente establece el orden jurídico y por ello, cualquier poder de reforma que el constituyente reconozca únicamente se limita a una revisión. El poder de reforma, que es poder constituido, no está, por lo tanto, autorizado, para la derogación o sustitución de la Constitución de la cual deriva su competencia. El poder constituido no puede, en otras palabras, arrogarse funciones propias del poder constituyente, y por ello no puede llevar a cabo una sustitución de la Constitución, no solo por cuanto se estaría erigiendo en poder constituyente originario sino además porque estaría minando las bases de su propia competencia. Conforme a lo anterior, la Corte concluye que aunque la Constitución de 1991 no establece expresamente ninguna cláusula pétrea o inmodificable, esto no significa que el poder de reforma no tenga límites. El poder de reforma, por ser un poder constituido, tiene límites materiales, pues la facultad de reformar la Constitución no contiene la posibilidad de derogarla, subvertirla o sustituirla en su integridad.

La Corte, en la Sentencia C-551 de 2003 sentó estos criterios en relación con la sustitución de Constitución, al juzgar una ley que convocaba a un referendo, no un acto legislativo en cuya aprobación no participa directamente el pueblo:

- a. Que el poder de reforma definido por la Constitución colombiana está sujeto a límites competenciales.*
- b. Que por virtud de esos límites competenciales el poder de reforma puede reformar la Constitución, pero no puede sustituirla por otra integralmente distinta u opuesta.*
- c. Que para establecer si una determinada reforma a la Constitución es, en realidad, una sustitución de la misma, es preciso tener en cuenta los principios y valores del ordenamiento constitucional que le dan su identidad.*

d. Que la Constitución no contiene cláusulas pétreas ni principios intangibles y que, por consiguiente, todos sus preceptos son susceptibles de reforma por el procedimiento previsto para ello.

e. Que el poder de reforma no puede, sin embargo, derogar, subvertir o sustituir en su integridad la Constitución.

f. Que sólo el constituyente primario tendría la posibilidad de producir una tal sustitución.

En la sentencia C-970/04 expresó: “No puede perderse de vista, sin embargo, que el poder de reforma constitucional obedece a la necesidad de acomodar la Constitución a nuevas realidades políticas, a nuevos requerimientos sociales, o a nuevos consensos colectivos. Por esta razón, el concepto de sustitución de la Constitución no puede privar de contenido al poder de reforma constitucional. Si la Constitución es, por definición y en su sentido material, un cuerpo normativo que define la estructura esencial del Estado, los principios y valores fundamentales, las relaciones entre el Estado y la sociedad, los derechos y los deberes, resulta claro que un poder facultado para reformar la Constitución puede incidir sobre esos distintos componentes. De modo que la alteración de un principio fundamental no puede tenerse, per se, como sustitución de la Constitución, porque ese es, precisamente, el contenido del poder de reforma constitucional que, como tal, tiene capacidad para alterar principios fundamentales. Una cosa es alterar un principio fundamental y otra distinta sustituir un elemento definitorio de la identidad de la Constitución.”

Esta afirmación de que no toda reforma que afecte principios constitucionales, implica una sustitución, implica una clara contradicción con lo expresado en la C-551/03, en la que afirmó que el constituyente derivado no tiene competencia para destruir la Constitución, en cambio la sentencia de 2004 abre un abanico de posibilidades cuando afirma que no toda alteración de un principio fundamental implica una sustitución. Según esto, la C-970 permitiría que se modificara la definición de “Estado social de derecho,” es decir, un contenido esencial de la

Constitución como lo predicó la sentencia C-1200/03, así: Si Colombia dejara de ser una república para transformarse en una monarquía parlamentaria, pero continuara siendo democrática, pluralista, respetuosa de la dignidad humana y sujeta al Estado social de derecho, sería obvio que la Constitución de 1991 ha sido sustituida por otra Constitución diferente. Sin embargo, el mismo ejemplo ilustra un segundo elemento de la sustitución parcial: la parte de la Constitución transformada debe ser de tal trascendencia y magnitud que pueda afirmarse que la modificación parcial no fue reforma sino sustitución. Por eso, no representan sustituciones parciales los cambios que reforman la Constitución y que, si bien refieren a asuntos importantes, no transforman la forma de organización política — en todo o en alguno de sus componentes definitorios esenciales— en otra opuesta (monarquía parlamentaria) o integralmente diferente (república parlamentaria). De tal manera que no constituyen sustituciones parciales, por ejemplo, las reformulaciones positivas, es decir, el cambio en la redacción de una norma sin modificar su contenido esencial (i.e. “Estado de derecho, social y democrático” por “Estado democrático y social de derecho”); las re conceptualizaciones, es decir, el cambio en la conceptualización de un valor protegido por la Constitución (i.e. “el pueblo es el único titular de la soberanía” por “la soberanía reside exclusiva e indivisiblemente en el pueblo”); las excepciones específicas, es decir, la adición de una salvedad a la aplicación de una norma constitucional que se mantiene en su alcance general (i.e. establecer la inhabilidad indefinida por pérdida de investidura como excepción a la regla general que prohíbe las penas perpetuas), las limitaciones o restricciones, es decir, la introducción por el propio poder de reforma de límites y restricciones para armonizar valores e intereses enfrentados (i.e. introducir como límite a la libertad de prensa el respeto a la honra o permitir la suspensión de la ciudadanía para los condenados a pena de prisión en los casos que señale la ley). Anota la Corte que la Constitución permite expresamente reformas por vía de actos legislativos aprobados por el Congreso que “se refieran a los derechos reconocidos en el capítulo 1º del título II y a sus garantías, a los procedimientos de participación popular, o al Congreso”, o sea en ámbitos

materiales de gran significado, pero obliga a que tales reformas sean sometidas a referendo “si así lo solicita, dentro de los seis meses siguientes a la promulgación del acto legislativo, un cinco por ciento de los ciudadanos que integren el censo electoral” (C.P., art. 377).

3.6 Sentencias C-377/98(Régimen salarial de los empleados públicos, competencia para fijarlo) y C-1433/00(Pérdida de poder adquisitivo del salario)

En la primera providencia, la Corte afirmó que la fijación del régimen salarial en el sector público era de competencia exclusiva del Congreso y del presidente de la República, al expresar: “el Congreso, por medio de una ley marco, fija el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos y de los miembros del Congreso Nacional, mientras que el Presidente señala la funciones especiales de los empleados públicos y fija sus emolumentos (CP arts. 150 ord 19 y 189 ord. 14). Este reparto de competencias se reproduce en el ámbito territorial, pues las asambleas y los concejos determinan las escalas de remuneración de los distintos empleos, mientras que los gobernadores y los alcaldes señalan sus funciones especiales y fijan sus emolumentos (CP arts. 300 ord. 7º, 305 ord. 7º, 313 ord. 6º y 315 ord 7º). Por ende, conforme a la Constitución, las condiciones de trabajo (funciones y remuneración) de los empleados públicos son determinadas unilateralmente por el Estado. Posteriormente, con la Sentencia **C-1433/00** hace énfasis en el tema de la indexación salarial, manifestó:

“No es argumento suficiente para desconocer el ajuste del salario a los servidores públicos la situación fiscal del país, pues ésta requiere de un manejo ajustado a los ordenamientos constitucionales y de éstos surge, con claridad meridiana, el deber constitucional para el Gobierno de conservar el valor real del salario, haciendo como lo determine la ley, los ajustes periódicos por inflación, así como los incrementos adicionales que se justifiquen, atendiendo los diferentes factores de orden político, social y económico.

2.11. Tanto el Gobierno al presentar el proyecto del presupuesto de rentas y recursos de capital y ley de apropiaciones para la vigencia fiscal del año 2000, como el Congreso al aprobarlo, mediante la ley acusada, violaron la Constitución, debido a que desconocieron el deber jurídico constitucional y legal de incrementar los salarios de todos los servidores públicos, a partir del 1 de enero de dicho año. Establecido el incumplimiento de dicho deber, con el fin de asegurar el imperio de la supremacía y de la integridad de la Constitución, la Corte se pronunciará de la siguiente manera:- Declarará que en el artículo 2 de la ley 547 de 2000 se incurrió por el Congreso en el incumplimiento de un deber jurídico, emanado de las normas de la Constitución señaladas en la parte motiva de esta sentencia y, específicamente, de los artículos 53 y 150, numeral 19 literal e), así como del artículo 4º de la ley 4ª de 1992. En consecuencia, declarará la exequibilidad del mencionado artículo, salvo en cuanto se omitió el mencionado deber jurídico, en lo relativo al ajuste salarial de los servidores públicos por el año 2000, en lo cual es inexequible.

- Ordenará poner en conocimiento del señor Presidente de la República y del H. Congreso de la República la decisión contenida en la presente sentencia, para que dentro de la órbita de sus competencias constitucionales, cumplan con el deber jurídico omitido, antes de la expiración de la presente vigencia fiscal, con arreglo a los siguientes parámetros que aparecen señalados en pronunciamientos de la Corte Constitucional que han hecho tránsito a cosa juzgada, según las consideraciones precedentes, así:

- El último aumento salarial a todos los servidores públicos ocurrió y se hizo efectivo entre el 1º de enero y el 31 de diciembre de 1999. Por esta razón, al tenor de lo dispuesto en el artículo 4º de la ley 4ª de 1992 y en las sentencias C-710/99 y C-815/99, y con el fin de garantizar la igualdad frente a los servidores a quienes se les aumentó el salario, a partir del 1 de enero de 2000, los incrementos salariales que se decreten con el fin de cumplir con el deber omitido, necesariamente deben hacerse en la misma forma, esto es, desde la misma fecha.

- Así mismo, con arreglo a la jurisprudencia contenida en la sentencia C-815/99, los aumentos salariales deben corresponder, por lo menos al monto de la inflación del año anterior, porque sólo de esta manera se cumple a cabalidad con los mandatos constitucionales que exigen conservar el poder real de los salarios de los trabajadores.

2.12. Finalmente advierte la Corte, que lo expresado en la parte motiva de esta sentencia está vinculado y constituye un todo inescindible con su parte resolutive y, por lo tanto, aquélla es obligatoria.

3.7 Sentencias T-179 de 1993(Respeto por la vida, desde la concepción), C-133 de 1994 (Declara exequible la tipificación del delito de aborto), y C-355 de 2006(Despenalización del aborto)

En la primera de las decisiones referidas, la Corte constitucional, claramente expresa que la vida es un derecho absoluto y que el respeto por la vida inicia desde la concepción, al afirmar:

“Nasciturus es el término con el que se denomina al no nacido o que está por nacer. La discusión acerca de si el nasciturus es persona o no ha sido clásica en la literatura jurídica.

La vida como supremo interés de la sociedad política organizada, como máximo escalón dentro de la jerarquía de valores, es reconocida como un derecho inviolable y protegido jurídicamente en sus diferentes etapas.

La responsabilidad compartida de los padres surge desde el momento mismo de la concepción.

El Constituyente de 1.991 consagró como uno de los fines del Estado y la sociedad, la protección a toda persona en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades. Ello sobre la base del respeto por la dignidad humana, de que trata el artículo 1º de la Constitución Política, en cuyo caso "ser digno en sentido jurídico significa, en una primera y radical acepción, que la persona humana, por el hecho de tener ontológicamente una superioridad, un rango, una excelencia, tiene cosas suyas que, respecto de otros, son cosas que le son debidas"³⁰¹.

Constitucionalmente la protección del no nacido se encuentra en el Preámbulo y en el artículo 11 (del derecho a la vida), por vía directa y por vía indirecta en el artículo 43 con la protección de la mujer en estado de embarazo. Además el artículo 44 de la Carta establece como primer derecho fundamental de los niños, el derecho a la vida.

Si la pareja -como lo determina el artículo 42-, tiene derecho a decidir libre y responsablemente el momento en que desea tener un hijo, debe asumir esa decisión como la de mayor trascendencia en la vida, pues la determinación implica la proyección hacia el futuro del hijo. El cuidado, sostenimiento, educación y cariño que reciba de sus padres se reflejará en un niño sano y en un adulto capaz de desarrollar plenamente su libre personalidad.

³⁰¹Ivva Myriam Hoyos Castañeda. *El concepto jurídico de la persona*. Editorial Eunsa, Pamplona. 1.989, p.. 483.

La obligación de velar por la vida del nasciturus no responde a una simple obligación alimentaria, pues la madre requiere de los cuidados permanentes, de una constante vigilancia médica que le garanticen en forma mínima la atención del parto y los primeros cuidados del niño.

En la providencia C-133 de 1994, al resolver una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 343 del Decreto 100 de 1980, que tipificaba el delito de aborto, establece que ese artículo, está ajustado a la Constitución y afirma:

“Es cierto, que nuestra Constitución Política reconoce expresamente el derecho inviolable a la vida a quienes son personas pertenecientes al género humano; pero de allí no se sigue que la vida humana latente en el nasciturus, carezca de protección constitucional. En efecto, si el valor esencial protegido por el ordenamiento superior es la vida humana, necesariamente debe colegirse que en donde haya vida, debe existir el consecuente amparo estatal”.

La anterior afirmación, es totalmente opuesta a la expresada en la sentencia C-355 de 2006, que despenalizó esta práctica en los siguientes casos:

cuando la vida o la salud (física o mental) de la mujer está en peligro certificado por un médico; cuando el embarazo es resultado de violación debidamente denunciada, o incesto, o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o cuando una malformación fetal hace inviable la vida fuera del útero certificada por un médico³⁰². La sentencia C-355/06 es considerada como la sentencia base para la despenalización el aborto en las tres causales referidas.

A manera de mera referencia jurisprudencial y sin entrar a hacer cuestionamiento, porque se desbordaría el marco temporal de la investigación (sentencias desde 1992, hasta 2013), la sentencia C-327 de 2016, hace un planteamiento disímil³⁰³.

³⁰²Corte constitucional. Sentencia C-355/06

³⁰³La determinación de la existencia legal de la persona desde el nacimiento no viola el deber de protección de la vida desde la concepción, establecido en el artículo 4.1. de la Convención Americana, ya que la vida como valor es un bien constitucionalmente relevante, pero no tiene el mismo grado de protección que el derecho a la vida. La expresión acusada del artículo 90 del Código Civil tiene en cuenta esta realidad, la cual a su vez protege otros derechos en juego. Por lo tanto, una lectura sistemática del bloque de constitucionalidad indica que la vida prenatal no ostenta la titularidad del derecho a la vida y así la determinación de la existencia legal de la

3.8 Sentencias T-926 de 1999(Vida sexual normal Incluye viagra no POS), T-348 de 1997(Ligadura de trompas para paciente con retardo mental) T-1104/00 (no autoriza fertilización, por ser no POS)

La sentencia 926/99, autoriza que en aras de proteger la dignidad humana se incluya en el POS (Plan Obligatorio de Salud), el Viagra de 50 mg. para tratar la disfunción eréctil de un paciente, toda vez que es claro que hace parte del derecho fundamental a la vida, el que tiene toda persona a gozar de una vida sexual normal, y agrega que:

“en repetidas ocasiones esta Corporación se ha ocupado de considerar la trascendencia del tratamiento médico de afecciones que impiden el desarrollo normal de la fisiología sexual humana, y de valorar la importancia que él tiene en el desarrollo de la persona y en el de la personalidad individual de cada uno. Debe resaltarse que lo comprometido en este caso no es sólo una afección psicológica que merma la autoestima; su padecimiento pone en juego su capacidad de relación, en uno de los aspectos esenciales de la misma: la vida de pareja, y compromete el ejercicio de otros derechos indudablemente fundamentales, como el de formar libremente una familia y el de la pareja para decidir sobre la procreación de los hijos. Es que no sólo se trata en este caso de molestias psicológicas, sino de las que se desprenden de una dolencia que equivale, para fines prácticos, a lo que la ley laboral denomina pérdida funcional.”

No obstante, la anterior providencia, se contradice con la sentencia T-348 de 1997, que negó la ligadura de trompas a una paciente de 23 años, que sufre retardo mental, AL RECHAZAR por improcedente la acción incoada. Se afirmó en esta providencia lo siguiente:

22. Pese a que la presente acción se rechace, no puede la Sala dejar de advertir la omisión del legislador en punto a la definición del régimen mínimo de beneficiarios del sistema de seguridad social de salud de las personas afiliadas al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. No desconoce esta Sala que tal omisión se debe, entre otros factores, al petitum expreso de los representantes del sector docente, para que fueran excluidos

persona desde el nacimiento, no viola esta garantía por lo que se encuentra ajustada a los parámetros constitucionales.(subrayas extratexto)

del régimen general de salud y así mantener algunos beneficios, como por ejemplo, el monto de la cotización. No obstante, el sistema vigente desampara a sectores poblacionales que, como los disminuidos físicos, merecen un trato especial.

En este sentido, recuerda la Corte que el artículo 48 de la Carta Política dispone que la seguridad social es un servicio público obligatorio y un derecho irrenunciable que se garantiza a todos los habitantes del país, pero cuya vigencia efectiva depende de la intermediación activa de la ley. (Subrayas extratexto).

En otro sentido, diferente a lo manifestado en la sentencia T-926 de 1999, se expresó la Corte en la sentencia T-1104 de 2000 al negar la inclusión en el POS, de un tratamiento de fertilización, con el siguiente argumento:

Es pertinente destacar que el orden axiológico de la Carta de 1991 mal podría sobreponer el goce de un derecho de segunda generación - como lo es el de hacer posible un embarazo de imposible viabilidad sin la intervención positiva estatal -, al derecho fundamental a la vida de una persona cuya patología la pone en riesgo de muerte, verbigracia un caso de urgente trasplante de hígado. En efecto, la escasez de recursos de un país como Colombia implica una clara determinación de prioridades en materia de gasto público y social, elemento indispensable para la efectividad de los derechos prestacionales. Así, únicamente cuando el Estado sea capaz de garantizar el goce de derechos los esenciales al ser humano, puede pensarse en desarrollar políticas tendientes al aseguramiento de los derechos de desarrollo progresivo”.

“Tanto el ordenamiento positivo como la jurisprudencia han entendido el derecho a la maternidad como aquel referente a las prerrogativas de que goza la mujer, bien en razón de su estado de embarazo, o por haber, recientemente, dado a luz a su criatura. Debido a esto, el derecho a la procreación —aunque existe como tal en cabeza de todo ser humano e implica un deber de abstención estatal en relación con aquellas actividades tendientes a su restricción o determinación imperativa—, mal puede extenderse hasta el punto de constreñir a la administración a garantizar la maternidad biológica de una persona cuyo condicionamiento biológico *per se* no le permite su goce. Cabe recordar que los convenios internacionales en materia de derechos humanos ratificados por Colombia han entendido el tema de los derechos reproductivos de la mujer como un asunto que implica la posibilidad femenina de determinar libremente el número de sus hijos, acceder a una adecuada(sic) sobre planificación familiar, etc.”.(subrayas extratexto)

Sección cuarta. Por enfrentamientos con otras ramas del poder público y los altos tribunales del país

Los enfrentamientos con otras ramas del poder público diferentes a la Jurisdiccional, son menos comunes que los denominados “hoques de trenes” que se presentan con las altas Cortes, como el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia, órganos de cierre de la jurisdicción ordinaria y de la Contencioso Administrativo, según lo dispuesto en la ley Estatutaria de Administración de Justicia de Colombia³⁰⁴. La mayoría de estos conflictos entre las altas Cortes se dan cuando la Corte Constitucional resuelve tutelas contra providencias judiciales. El fundamento para eliminar esas tutelas, radica en la necesidad de salvaguardar la seguridad jurídica, el principio del juez natural, la supremacía de la Corte Suprema de justicia y del Consejo de Estado como órganos de cierre de sus respectivas jurisdicciones, lo que hace sus sentencias inimpugnables. Por tanto, permitir acción de tutela contra una decisión de una de las altas Cortes, por parte de un juez de inferior categoría, rompe la coherencia del sistema judicial colombiano. Un tema de derecho penal, decidido por el juez penal, (juez natural), como están las cosas en Colombia, puede ser revocado por un juez civil. En este caso se desplaza el juez natural. Los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica quedan en una mera expectativa, porque las decisiones judiciales quedan indefinidamente sometidas a ser atacadas por vía de tutela³⁰⁵.

Desde la sentencia T-006 de 1992 la Corte Constitucional, sentó una línea jurisprudencial al expresar: *“La acción de tutela puede recaer sobre sentencias y demás providencias que pongan término a un proceso, proferidas por los Jueces, Tribunales, Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado, cuando éstos a través de las mismas vulneren o amenacen por acción u omisión cualquier*

³⁰⁴ Ley 270/1996, artículo 11, Artículo modificado por el artículo 4 de la Ley 1285 de 2009.

³⁰⁵ Rodrigo Uprimny Yepes y Mauricio García Villegas. *¿Qué hacer con la tutela contra providencias?* En: Justicia Constitucional. El rol de la Corte Constitucional en el Estado contemporáneo. Bogotá: Legis, 2006 p. 278

derecho constitucional fundamental. En este evento, la actuación del juez de conocimiento se circunscribe al examen y decisión de la materia constitucional con prescindencia de todo aquello que no tenga que ver con la vulneración o amenaza de vulneración del derecho constitucional fundamental. La acción de tutela no representa frente a los respectivos procesos judiciales, instancia ni recurso alguno.

En la ya referida sentencia SU-515/13, acción de tutela instaurada por Flora Perdomo Andrade contra la sección primera del Consejo de Estado que le decretó la pérdida de investidura. La Corte Constitucional determinó que la sentencia dictada por la Sección Primera del Consejo de Estado que decretó la pérdida de investidura de la accionante, no configura una vía de hecho, por no haberse incurrido en los defectos sustantivo y fáctico alegados por la peticionaria. No obstante, existe una incompatibilidad actual entre la sanción con el principio de favorabilidad, toda vez que la base de la sanción proferida por la Sección Primera del Consejo de Estado fue el artículo 32 de la Ley 617 de 2000, norma que fue modificada por el parágrafo 3º del artículo 29 de la Ley 1475 de 2011, que redujo la inhabilidad de 24 meses desde el momento de ejercicio del cargo a 12 meses anteriores a la elección; así, la conducta por la que fue sancionada la señora Perdomo Andrade al haberse desempeñado como mandataria departamental 20 meses antes de su inscripción como candidata a la Asamblea Departamental no está prohibida ni puede ser reprochada y por tanto, no existe razón para que se mantengan las consecuencias derivadas de la pérdida de su investidura, pues la base de la sanción proferida perdió su fundamento jurídico a partir del 14 de julio de 2011, circunstancia que impide que el fallo que decretó la pérdida de investidura se siga ejecutando.

De esta providencia e lee: “A la peticionaria le fue decretada la pérdida de su investidura como Diputada en razón a haber ejercido las funciones de Gobernadora del Huila 20 meses y 8 días antes de su inscripción como candidata y 22 meses y 20 días antes de las elecciones. Recuérdese que para la época en

que se dictó la sentencia estaba vigente una inhabilidad para quienes hubieran desempeñado el cargo que se extendía por 24 meses. Sin embargo, las normas que soportaron esa sanción (artículos 31-7 y 32 de la Ley 617 de 2000) fueron modificadas por la Ley 1475 de 2011. A su vez, esta disposición, puntualmente el párrafo 3º del artículo 29, resulta más benéfica respecto del juzgamiento, en la medida en que el término de inhabilidad aplicable a quienes hubieran desempeñado el cargo de Gobernador se redujo y ahora solo comprende los 12 meses anteriores a la fecha de elección. En otras palabras, dentro de la regulación del régimen político imputable a los Departamentos, el legislador decidió variar las condiciones bajo las cuales se garantiza el proceso democrático así como el ejercicio digno y objetivo de los cargos de elección popular. De esa manera, al día de hoy la conducta por la que fue sancionada la peticionaria, esto es, haberse desempeñado como mandataria departamental 20 meses antes a la inscripción como candidata a la Asamblea, no está prohibida ni puede ser reprochada y, por tanto, no existe razón para que se mantengan las consecuencias derivadas de la pérdida de su investidura. Como consecuencia, la Sala concluye que la base de la sanción proferida por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado perdió su fundamento jurídico a partir del 14 de julio de 2011 ya que desde la entrada en vigencia de la Ley 1475 de 2011 esa inhabilidad sólo comprende los doce meses anteriores a la fecha de la elección.”

Otra decisión de la Corte constitucional , La sentencia T-511 de 2011 en acción instaurada por la Unión Temporal³⁰⁶ MAVIG-DEPROCON contra la sección tercera de la sala de lo contencioso Administrativo del Consejo de Estado, tumbó un fallo del Consejo de Estado, que, a su vez, había echado por tierra un laudo arbitral que condenó a Bogotá a pagar 1.034 millones de pesos, y provocó el airado

³⁰⁶La ley 80 de 1993 “Por la cual se expide el estatuto general de la Administración pública”, en su art. 7º la define como “Cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente por el cumplimiento total de la propuesta y del objeto contratado, pero las sanciones por el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato se impondrán de acuerdo con la participación en la ejecución de cada uno de los miembros de la unión temporal.”

reclamo del magistrado del Consejo de Estado para la época, Dr. Mauricio Fajardo, quien afirmó: *“Esas determinaciones de la Corte, fueron tomadas en contravía del ordenamiento jurídico, sin contar con competencia y sin disponer de elemento probatorio alguno (...), todo lo cual constituye una agresión a la institucionalidad jurídica del país “y agregó que había que desconocer el fallo de la Corte Constitucional y denunciar ante la Comisión de acusaciones³⁰⁷ a los magistrados que tomaron la decisión.”³⁰⁸*

Sobre el tema denominado por los medios como “megapensiones”. El 7 de mayo de 2013, con sentencia C-258, la Corte dispuso que ninguna mesada pensional con cargo al erario podía superar los 25 salarios mínimos (unos \$15 millones) a partir del 1° de julio de 2013, al expresar:

“Resultan inexecutable algunas expresiones del artículo 17 de la Ley 4 de 1992, cuyo alcance evolucionó en el derecho viviente en un sentido contrario a la Carta. También se ha explicado por qué es necesario que las pensiones obtenidas con abuso del derecho o con fraude a la ley sean reliquidadas a 31 de diciembre de 2013. Igualmente, como efecto inmediato de la sentencia, a partir del 1 de julio de 2013 y sin necesidad de reliquidación, ninguna mesada pensional, con cargo a recursos de naturaleza pública, podrá superar el tope de los 25 salarios. De igual manera, resulta claro que el régimen dispuesto por el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, es constitucional si se entiende que: (i) no puede extenderse el régimen pensional allí previsto, a quienes con anterioridad al 1° de abril de 1994, lo cual incluye lo establecido en el artículo 2 del Decreto 1293 de 1994, no se encontraran afiliados al mismo, (ii) como factores de liquidación de la pensión solo podrán tomarse aquellos ingresos que hayan sido recibidos efectivamente por el beneficiario, tengan carácter remunerativo del servicio y sobre los cuales se hubieren realizado las cotizaciones respectivas, (iii) las reglas sobre Ingreso Base de Liquidación aplicables a todos los beneficiarios de este régimen especial, son las

³⁰⁷ Una de las comisiones de la Cámara de representantes, que junto a Senado de la república, conforman el Congreso Colombiano. Por mandato Constitucional, el artículo 178 de la Constitución Política, y la Ley 5° de 1992, artículos 329 y siguientes, corresponde conocer a esta comisión legal de la Cámara de Representantes las denuncias o quejas contra altos dignatarios del Estado, como el Presidente de la República o quien haga sus veces, el Fiscal General de la Nación, los Magistrados de la H. Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado y del Consejo Superior de la Judicatura.

³⁰⁸ Tutela revive amenaza de “choque de trenes” entre las altas Cortes. Bogotá: Diario El Tiempo. 15 de junio de 2013, leído en agosto 6 de 2013 <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-12871263>

contenidas en los artículos 21 y 36, inciso tercero, de la Ley 100 de 1993, según el caso y (iv) las mesadas correspondientes no podrán superar los veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Bajo esta óptica, la Sala Plena encontró que el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, en su sentido natural y en concordancia con su configuración viviente, resulta contrario al ordenamiento constitucional por cuanto (i) desconoce el derecho a la igualdad, en armonía con los principios constitucionales de universalidad, solidaridad y eficiencia que rigen un sistema pensional equitativo, (ii) genera una desproporción manifiesta entre algunas pensiones reconocidas al amparo del artículo 17 de la Ley 4 de 1992 cuando, además, (iii) existe falta absoluta de correspondencia entre el valor de la pensión y las cotizaciones, lo cual conduce a que dicha desproporción excesiva sea (iv) financiada con recursos públicos mediante un subsidio muy elevado. Esto es, además, (v) incompatible con el principio de Estado Social de Derecho, puesto que si bien los subsidios en regímenes especiales no son per se contrarios a dicho principio fundamental, sí lo son los subsidios carentes de relación con el nivel de ingresos y la dedicación al servicio público del beneficiario del elevado subsidio.”

En la referida providencia, detalla las finalidades del Estado Social de Derecho, de las dimensiones y alcances del principio de igualdad, de la Intervención del Estado en la economía, de las reglas de la responsabilidad fiscal, sobre el alcance y contenido del derecho a la seguridad social, analiza los conceptos de abuso del derecho o fraude a la ley, para descartar la figura de los derechos adquiridos y terminar afirmando que: *“El artículo 58 Superior y el Acto Legislativo 1 de 2005 protegen los derechos adquiridos siempre y cuando se hayan adquirido sin fraude a la ley ni abuso del derecho. Es decir, no se configura propiamente un derecho adquirido cuando se ha accedido a éste (i) por medios ilegales, (ii) con fraude a la ley o (iii) con abuso del derecho.*

Posteriormente, la sección segunda de la sala de lo contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en sentencia de Unificación de 12 de septiembre de 2014, con ponencia del Magistrado Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, afirmó: La restricción establecida por la Corte Constitucional en la Sentencia C-258 de 2013 no se aplica a los magistrados de las altas Cortes cuya situación pensional se rija por el Decreto 546 de 1971, El tope de los 25 salarios mínimos que tengan origen en la Ley 4ª de 1992 y, por extensión legal, a las de los magistrados de las altas

Cortes, según el Decreto 104 de 1994, aclaró. De esta manera, el Consejo unificó la forma para determinar en qué casos los magistrados son beneficiarios del Decreto 546, en virtud de la habilitación de regímenes legales mensuales vigentes fijado por el tribunal constitucional solo es aplicable a las pensiones especiales subsistentes a la que se refiere el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

En el pronunciamiento, el alto tribunal precisó que se debe tomar como parámetro la satisfacción del requisito de edad al 1º de abril de 1994, fecha en la que entró a regir el régimen pensional general.

Si el magistrado tiene afirmado su estatus de transición por cumplimiento de la edad, adquiere la condición pensional que lo habilita como destinatario del régimen especial de la Rama Judicial previsto en el Decreto 546, explicó el alto tribunal.

En ese orden, el funcionario judicial obtiene el derecho al reconocimiento pensional con el cumplimiento de la edad de 55 años, si es hombre, o 50 años, si es mujer, y 20 años de servicios, de los cuales 10 deben haber sido en la Rama Judicial, el Ministerio Público o en ambos.

Cuando en la labor desplegada durante 20 años el funcionario no logra acumular 10 de servicio en la Rama Judicial, el Ministerio Público o en ambos, su pensión se reconoce al amparo del Decreto 104 de 1994, concluyó la corporación³⁰⁹.

Para 2015, la Sección Primera del Consejo de Estado, en sentencia 25000234200020130428101, Jul. 2/2015, C. P. Marco Antonio Velilla), establece un claro desafío a la decisión de La Corte Constitucional cuando expresa que el fallo que declaró inexecutable el régimen pensional de congresistas solo puede ser

³⁰⁹http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti142309-01consejo_de_estado_aclara_a_aplicacion_de_topes_pensionales/noti142309-01consejo_de_estado_aclara_a_aplicacion_de_topes_pensionales.asp

aplicable a las pensiones causadas desde el 31 de julio del 2010, fecha en la que entró en vigencia el Acto legislativo 01 de 2005 y agregó:

“A los congresistas cuyas pensiones fueron causadas, reconocidas, liquidadas y se venían pagando, de manera legítima y de buena fe, antes del 31 de julio de 2010; NO les es aplicable lo dispuesto en la Sentencia C-258 de 2013 – ni en lo relativo a los factores que se tuvieron en cuenta para su reconocimiento ni en el tope de los 25 SMLMV-“

La Sala, del Consejo de Estado, admite así una afectación de derechos adquiridos a quienes vieron disminuidos sus ingresos por cuenta del fallo.

Empero, es menester aclarar que la decisión del Consejero Velilla, se produjo en sede de tutela, interpuesta por el exparlamentario conservador Pablo Victoria, quien pidió protección a sus derechos fundamentales al debido proceso, seguridad jurídica y principio de buena fe, los cuales consideró vulnerados porque en cumplimiento la sentencia C-258 de 2013, el Fondo de Previsión del Congreso (Fonprecón) empezó a pagarle a partir de julio del 2013 una pensión de 15 millones de pesos, cuando su mesada superaba los 20 millones de pesos.

La Corte al intervenir en la tutela en primera instancia advirtió que sus órdenes no pueden ser discutidas por ninguna otra autoridad judicial.

“Desde el punto de vista jurídico es inconcebible que una sentencia de control de constitucionalidad, que ha hecho tránsito a cosa juzgada pueda ser revocada, suspendida o dejada sin efecto por un fallo de tutela, por cuanto declarada la inexecutable de una norma, ninguna autoridad puede reproducir su contenido material”, señaló la Corte Constitucional³¹⁰.

³¹⁰<http://www.eltiempo.com/politica/justicia/consejo-de-estado-pone-en-jaque-a-fallo-sobre-megapensiones/16317696> periódico El Tiempo, Bogotá. Publicado en agosto 31 de 2015 y leído en octubre 3 de 2015

Así, para el Consejo de Estado queda evidenciado que la tutela no puede cuestionar inconstitucionalidad de megapensiones, pero sí proteger derechos vulnerados.

Con posterioridad, en una decisión de septiembre 28/2015 (Sentencia T-615) la Sección Quinta de Revisión de la Corte Constitucional reiteró que las denominadas “megapensiones” de los magistrados y congresistas no pueden superar los 16 millones de pesos. El alto tribunal revocó un fallo del Consejo de Estado que había permitido una excepción en diferentes casos al considerar que se habían desconocido los derechos adquiridos. En este sentido se señala que muchos colombianos que han hecho todo el trámite para recibir una pensión no pueden acceder a una fracción de la suma establecida en el fallo del 2013. La Corte concluye que esta sentencia no puede estar sometida a ninguna actuación administrativa por lo que lo que se debe aplicar inmediatamente la reducción de la mesada para que cumpla con los topes³¹¹.

En tutela, la Corte revocó un fallo del Consejo de Estado del 18 de septiembre de 2014, que había unificado varios casos y concedido megapensiones a personas que vieron reducida su mesada pensional, concedida antes de julio de 2010, por cuenta del fallo del Tribunal Constitucional C-258 de 2013³¹².

Como antecedentes, la referida sentencia T-615/15 refiere estos:

El 26 de noviembre de 2013³¹³, a través de apoderados judiciales, los señores Francisco Merilo Herrera Tarantino (de 84 años), Jaime Valderrama Gil (de 82 años), Alberto Rojas Puyo (de 79 años), Norberto Morales Ballesteros (de 78

³¹¹La Corte Constitucional reitera límites de las “megapensiones”. <http://www.elespectador.com/noticias/judicial/corte-constitucional-reitera-limite-de-megapensiones-articulo-590924> Periódico el Espectador, Bogotá. Publicado en octubre 5 de 2015 y leído en octubre 6 de 2015

³¹²<http://www.elcolombiano.com/corte-constitucional-tumba-megapensiones-concedidas-por-el-consejo-de-estado-GL2836495>. Periódico El colombiano, Medellín. Publicado el 5 de octubre de 2015, leído el 6 de octubre de 2015

³¹³Cuaderno 1, Folios. 110 a 145.

años), Jesús Antonio Vargas (de 78 años), Carlos Martínez Simahan (de 74 años) y José Augusto Trujillo Muñoz (de 70 años), presentaron acción de tutela en contra del Fondo de Previsión Social del Congreso de la República y del Ministerio de Salud y Protección Social.

Los accionantes consideran que sus derechos fundamentales a la dignidad del adulto mayor, vida, salud, seguridad social, mínimo vital, debido proceso y acceso a la administración de justicia fueron vulnerados por los accionados, al haberse disminuido sus mesadas pensionales de forma unilateral a partir del mes de julio de 2013, a través de una comunicación de carácter general, sin que se les permitiera ejercer sus derechos a la defensa y contradicción.

Y señalaron que FONPRECON³¹⁴, haciendo una interpretación equivocada de la Sentencia C-258 de 2013, redujo ostensiblemente el monto de sus pensiones a veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales, a través de una comunicación de carácter general contenida en la Resolución No. 443 de 12 de julio de 2013. En este sentido, la entidad omitió la expedición de actos administrativos de carácter particular que garantizaran el debido proceso administrativo, lo que impidió el ejercicio de sus derechos a la defensa y la contradicción.

La Corte, en esta sentencia, a manera de conclusiones, expresó:

“En el caso analizado no se configuró una vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso ni mínimo vital de los accionantes, toda vez que FONPRECON dio estricto cumplimiento a la orden de reajustar las mesadas pensionales en veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes, de acuerdo con el tope previsto en el Acto Legislativo No. 01 de 2005.

No se evidenció una configuración del derecho fundamental al debido proceso, toda vez que: i) la Resolución No. 0443 de 12 de julio de 2013 constituyó un acto de cumplimiento de la Sentencia C-258 de 2013, ii) la Sentencia C-258 de 2013 no ordenó la iniciación de procedimientos administrativos para efectuar el reajuste de las mesadas pensionales, en aras

³¹⁴Fondo de previsión social del Congreso de la república. creado por la Ley 33 del 29 de enero de 1985 (artículo 14), con personería jurídica, autonomía administrativa; es un establecimiento público del sector de la seguridad social, adscrito al Ministerio de la Protección Social.

de salvaguardar la eficacia de la decisión y los principios de supremacía de la Constitución y de cosa juzgada constitucional, y, finalmente, iii) los efectos de la Sentencia C-258 de 2013 son aplicables a los accionantes, toda vez que sus mesadas pensionales fueron actualizadas con base en la Ley 4ª de 1992.

A su vez, no se predica una vulneración del derecho fundamental al mínimo vital, toda vez que la suma de veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes fue considerada por el constituyente derivado como razonable para el desarrollo de una vida digna, excediendo incluso lo devengado por la mayoría de la población del Estado colombiano por concepto de pensión, siendo esta la posición adoptada por la Corte Constitucional en la Sentencia C-258 de 2013.

Por todas las razones expuestas, la Sala debe revocar la decisión de segunda instancia, y en consecuencia, denegar el amparo impetrado.”

En otra decisión que deviene en un enfrentamiento, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia determinó que la nivelación de las pensiones del régimen a congresistas debe estar revestida de las garantías fundamentales al debido proceso y el derecho a la defensa. La Sala Laboral del alto tribunal manifestó que la rebaja de las pensiones, en el caso estudiado por la Corte Constitucional, no puede ser de aplicación automática sin un procedimiento administrativo y judicial que lo sustente. La imposición de “un ajuste automático”, debe realizarse a través del medio de comunicación vital entre el estado y el ciudadano en este tipo de actuaciones, máxime cuando tiene tal trascendencia de afectar derechos sociales. Así las cosas, es a través de actos administrativos y decisiones judiciales, y no de manera, automática que se puede dar aplicabilidad a la sentencia C-258 del 2013.³¹⁵.

Empero, en sentencia STL-5637 de la sala laboral, la Corte Suprema de Justicia rectificó la postura anterior, en la que sostuvo que el reajuste ordenado por la Corte Constitucional debía de estar precedido por un procedimiento administrativo previo, que garantizara el debido proceso de los afectados. En su nueva decisión, la Corte Suprema de Justicia concluyó que cuando se reajustan mesadas sin un

³¹⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala laboral (Sentencia 52439 del 26/02/14) M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón

trámite previo, no se desconoce el debido proceso, ni los derechos adquiridos, toda vez que dicha actuación corresponde al deber inexcusable y perentorio de acatar las decisiones judiciales, en los términos que fueron proferidas³¹⁶.

En lo referente al tema de la estabilidad de los nombramientos provisionales, también se han presentado enfrentamientos entre la Corte Constitucional y el Consejo de Estado. la Corte constitucional en sentencia T-289 de 2011, expresó:

El ordenamiento legal ha previsto que los cargos de carrera pueden proveerse en provisionalidad, cuando se presentan vacancias definitivas o temporales y mientras éstos se asignan en propiedad conforme a las formalidades de ley o cesa la situación administrativa que originó la vacancia temporal. Este tipo de nombramiento tiene un carácter eminentemente transitorio, con el fin de impedir que los nombramientos provisionales en los cargos de carrera (...) se prolonguen de manera indefinida y se conviertan en institución permanente, tal como lo fue en pasado cercano. La jurisprudencia constitucional ha reconocido que si bien los funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera no gozan del fuero de estabilidad que ampara a quienes han ingresado al servicio mediante concurso de méritos, sí tienen cierto grado de estabilidad laboral, en la medida en que no pueden ser removidos de sus empleos mientras i) no sean sujetos de una sanción disciplinaria o ii) se provea el cargo respectivo a través de concurso y iii) la desvinculación se produzca mediante un acto motivado.

y el Consejo de Estado, ha expresado:

“Como lo ha reiterado la jurisprudencia del Consejo de Estado tratándose de funcionarios de libre nombramiento y remoción y de nombramientos provisionales, no generan fuero de estabilidad, ya que puede la administración tener otras razones encaminadas a la mejor prestación del servicio que le indiquen que la mejor decisión es prescindir del funcionario; es decir, que el nominador bien puede hacer uso de la facultad discrecional que le asiste para remover a esta clase de empleados.”³¹⁷

Con sentencia SU-917 de 2010, la Corte Constitucional, acumula 24 expedientes y revoca sentencias del Consejo de Estado y declara la nulidad de unos actos administrativos de demandantes que desempeñaban cargos de carrera en

³¹⁶ Corte Suprema de Justicia, abril 27 de 2015. M.P. Clara Cecilia Dueñas.

³¹⁷ Consejo de Estado, Sentencia 2008-00029 de febrero 28 de 2013 M.P. Ramírez de Páez, Bertha Lucía

provisionalidad en diferentes entidades públicas, y fueron desvinculados de sus empleos sin motivación del acto de retiro. Planteó que:

La falta de motivación de los actos de insubsistencia o retiro de empleados que ocupan cargos en provisionalidad involucra, por esa sola circunstancia, un vicio de nulidad, en la medida en que, además de la violación del derecho fundamental al debido proceso (art. 29 CP), desconoce otras normas de superior jerarquía como la cláusula de Estado de Derecho (art. 1 CP), el principio democrático y el principio de publicidad en el ejercicio de la función pública (art. 209 CP), donde se hace imperativo asegurar la interdicción a la arbitrariedad y el derecho a la tutela judicial efectiva.

Asume una competencia ajena como la de anular Actos Administrativos y declarar el restablecimiento del derecho, que es exclusiva de la jurisdicción Contencioso-Administrativa, con el siguiente planteamiento.

“La Corte declarará la nulidad de los actos de insubsistencia y, a título de restablecimiento del derecho, ordenará el reintegro a los cargos ocupados o a uno equivalente sin considerar que ha existido solución de continuidad, así como el pago de salarios y prestaciones dejados de percibir desde la desvinculación hasta cuando sean efectivamente reintegrados, lo que deberá hacerse con las actualizaciones pertinentes¹¹ y en atención a lo previsto en los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A. Lo anterior no genera fuero de inamovilidad alguno, pues el retiro del servicio en todo caso podrá hacerse por las causales previstas en la Constitución y la Ley (por ejemplo ante la provisión del empleo mediante concurso de méritos), siempre con la motivación del acto de retiro en los términos señalados en la presente sentencia”.

En la sentencia T-391/07, la Corte Constitucional sostuvo que es censura prohibir la divulgación de programas radiales por un uso inapropiado del lenguaje. Por su parte, el Consejo de Estado, al resolver una acción popular contra La Mega, emisora de la Radio Cadena Nacional, llegó a la conclusión contraria, pues consideró que para asegurar la calidad del servicio radial, podía prohibirse el uso de ciertas expresiones. El Consejo de Estado consideró que con el programa radial “El mañanero de La Mega” se desconocía el derecho al acceso a una eficiente prestación de los servicios públicos, y los derechos de los usuarios.

La decisión del Consejo de Estado, expresó:

“1) Ampárense los derechos colectivos a una eficiente prestación del servicio público de radiodifusión y derechos de los consumidores y usuarios de la radio colombiana. // 2) En consecuencia, ordénese: 2.1.) Al Ministerio de Comunicaciones cumplir con sus funciones de vigilancia y control, conforme lo dispuesto en la parte motiva. 2.2.) A Radio Cadena Nacional R.C.N. adecuar el contenido del programa “El Mañanero de La Mega” a la normatividad que regula la materia, con el fin de que los usuarios reciban un servicio de radiodifusión de calidad tanto a nivel de temas como de lenguaje”.

La sentencia de la Corte Constitucional, resolvió:

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia del veintiuno (21) de octubre de dos mil cinco (2005), proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Quinta, que decidió sobre la acción de tutela instaurada por Radio Cadena Nacional S.A. - RCN en contra del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, y en su lugar TUTELAR el debido proceso en conexidad con la libertad de expresión de RCN, de los presentadores del programa “El Mañanero de La Mega”, de quienes expresan sus opiniones y puntos de vista a través de este programa, y de su audiencia.

SEGUNDO.- DEJAR SIN EFECTOS el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia adoptada por el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, el 29 de julio de 2004, en segunda instancia dentro de dicho proceso de acción popular. El numeral primero de la parte resolutive de dicha sentencia mantiene la plenitud de sus efectos así como las partes restantes de la providencia.

La sentencia **C-955/00** estableció que un sistema especializado de financiación de vivienda debe, entre otros fines, (i) crear las condiciones necesarias para la democratización del acceso al crédito para todas las personas, aún las de menores ingresos; (ii) separar la determinación de las tasas de interés y las condiciones contractuales de la libre estipulación por parte de las entidades financieras estableciendo para ello métodos de intervención y vigilancia estatal sobre estos aspectos; (iii) prohibir la inclusión en los modelos de financiación y amortización de condiciones excesivamente gravosas para los deudores (capitalización de intereses, tasas irrazonables, cuotas por fuera del monto del ingreso del usuario del crédito) que lleven a la imposibilidad del ejercicio adecuado

del derecho prestacional a la vivienda digna; y (iv) contener disposiciones que permitan la conservación del equilibrio económico entre las entidades financieras y los deudores dentro del contrato de mutuo con garantía hipotecaria destinado a la adquisición de vivienda. La Corte asume una función del Congreso de la república, que según el Art. 150 numeral 19 señala entre las funciones del órgano legislativo, estas:

19. Dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para los siguientes efectos:

- a) Organizar el crédito público;*
- b) Regular el comercio exterior y señalar el régimen de cambio internacional, en concordancia con las funciones que la Constitución consagra para la Junta Directiva del Banco de la República;*
- c) Modificar, por razones de política comercial los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas;*
- d) Regular las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público;*
- e) Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y la Fuerza Pública;*
- f) Regular el régimen de prestaciones sociales mínimas de los trabajadores oficiales.*

Lo anterior, se corrobora con lo expresado por los magistrados que se apartaron de la decisión mayoritaria, cuando en su salvamento de voto, expresaron:

“La Corte, sin ser el órgano competente, tanto en términos jurídicos como cognoscitivos, abiertamente sustituye al Legislador en lo que respecta al desarrollo del derecho a la vivienda digna. De una parte, la atribución de competencias a la Junta Directiva del Banco de la República, solo la puede hacer el Legislador, no la Corte Constitucional, mediante sentencia. En el mismo sentido, las funciones de la Superintendencia Bancaria, escapan a la potestad ordenadora de la Corte Constitucional. La potestad interventora del Estado, al igual que la competencia normativa para dictar reglas sobre los derechos constitucionales - ambas atribuciones del Legislador -, sufren la desembozada suplantación de la Corte, que decide intervenir de manera permanente la tasa activa de los créditos de vivienda y de los destinados a la construcción. La retroactividad y la alteración de la seguridad jurídica, que normalmente podría dar base para aducir una glosa constitucional a propósito de la intervención regular del órgano competente, no resulta oponible cuando es la Corte la que dicta las medidas. La sentencia anuncia con claridad que ha

nacido en el panorama de los órganos reguladores del Estado, uno superior a todos, dotado de poderes de intervención, cuyas resoluciones incluso no experimentan las limitaciones que se pueden hacer valer ante las autoridades competentes. Este nuevo órgano no es otro distinto de la propia Corte Constitucional.

Podría sostenerse que no se ha producido ninguna transformación en el cuadro de los poderes del Estado, pues tan solo se trataría de la expedición de una sentencia condicionada o integradora. Sin embargo esto último no es cierto. La Corte no ha decidido adoptar una entre diversas interpretaciones posibles, o llenar un vacío acudiendo a principios o reglas existentes o implícitos. Más allá de los confines legítimos de la interpretación, la Corte - sin ninguna autorización - ha innovado radicalmente el ordenamiento jurídico, y lo ha hecho de dos maneras. Primero, atribuyendo competencias nuevas a organismos del Estado. Segundo, interviniendo en la actividad económica mediante la expedición de normas, antes inexistentes.

La sentencia de la Corte petrifica una opción de regulación, como la única constitucionalmente posible. La alternativa de la Corte coincide con la regla que postula la intervención permanente de las tasas activas, para todos los créditos de vivienda, como si ella surgiera de lo previsto en el artículo 51 de la C.P. La Corte, por lo demás, asume sin ningún fundamento, que esta tasa "constitucionalmente" debe situarse siempre por debajo de la tasa activa más baja del mercado. Definitivamente, esta sub-regla no surge de la norma constitucional, que se ha limitado a deferir al Legislador histórico la regulación respectiva, desde luego sujetando las distintas opciones a la observancia del marco constitucional. En materia económica, por lo demás, no es juicioso adoptar reglas inmodificables. Esto último explica la consagración de las leyes-cuadro. El principio democrático, que la Corte debería defender, queda anulado cuando se eleva un modelo normativo a único canon y, además, inmodificable por surgir como supuesta exigencia implícita del texto constitucional. Ahora, si el esquema normativo contingente se encarna en una sentencia de la Corte Constitucional, por contera se viola el principio de división de poderes. Esta metafísica constitucional de orden económico, nunca puede ser el fruto de las funciones legítimas de una Corte Constitucional.

La Constitución tampoco ordena que los créditos a constructores deban tener las mismas condiciones financieras favorables que los que se extienden a los deudores individuales de créditos de vivienda. En la realidad, los plazos, riesgos y condiciones de este género de préstamos son distintos de los últimos. La Corte no se limita a homologar categorías diferentes, sino que además proyecta el ámbito de protección del artículo 51 de la C.P., más allá de su objeto propio, circunscrito a la vivienda digna. Ahora, si resultare cierto que el subsidio financiero al constructor fuere conveniente para promover la vivienda digna, ello debería sopesarse y decidirse por el Legislador, no así por la Corte Constitucional.

8. La fijación legal de plazos para que los deudores morosos soliciten la reliquidación de los créditos, no viola la Constitución. La circunstancia de la

mora de suyo es un factor diferencial legítimo. De otro lado, dado que el abono se producía con cargo a recursos del Erario se tornaba imperioso precisar la cuantía del subsidio y el término para suministrarlo. En la sentencia, a este respecto, se abunda en explicaciones sobre la naturaleza obligatoria de este abono, el que se vincula a una admisión de responsabilidad del Estado, a la cual alude ciertamente la ley examinada pero como mera eventualidad y siempre sujeta a una declaración judicial en ese sentido. En ausencia de una sentencia judicial, el abono tiene carácter de subsidio. No puede la Corte Constitucional modificar su naturaleza, anticipando la condena judicial contra el Estado, lo que no hace la ley, ni puede deducirse del mero cotejo de la norma legal con las normas constitucionales.

Lo que puedan tener de loable y bueno las decisiones de la Corte Constitucional en la búsqueda del logro del pleno Estado Social de Derecho, implica evidentemente un incremento del gasto público social, que a la vez deriva inexorablemente en un incremento de las cargas tributarias de carácter indirecto y lo que no pueda solventarse con impuestos conlleva a una reducción de la inversión pública, lo que implica una disminución en la generación de empleos y el mayor gasto público incrementa las tasas de interés de mercado y/o inflación, lo que menoscaba el poder adquisitivo de la clase trabajadora³¹⁸.

Por tanto, esta “espiral demoniaca” (el término es de la Corte Constitucional, en la sentencia de la UPAC) se puede evitar siempre y cuando la Corte no invada con sus decisiones esferas de otros órganos de poder y deje de lado su deseo de mejorar la distribución de la riqueza por vía de sentencias.

A manera de colofón de este capítulo de los conflictos constitucionales, es necesario analizar si son razonables, defendibles o disculpables las providencias contra Constitución, la identidad colectiva o los valores tradicionales.

Inicialmente, se puede afirmar que las decisiones de la Corte son justificables toda vez que la forma como están presentados los derechos en toda Constitución tiene formulaciones genéricas y valorativas que son producto de la concurrencia

³¹⁸Sergio Clavijo. *Fallos y fallas de la Corte Constitucional*. Bogotá: Ed. Alfaomega, 2001, p.11-12

de factores tales como: a) son el resultado de compromisos entre fuerzas políticas antagónicas y disímiles, b) Asumen el pluralismo como un valor único que es necesario preservar, casi siempre como el valor más importante que todos los demás. c) Potencialmente son aplicables a toda la sociedad. Ergo, una Constitución es un proyecto orgánico de fundación de un orden social. d) Están diseñadas y pensadas para que perduren y tejan un proceso de tejido social que permanezca y permita ese orden social. Por tanto, al tener todas estas características se hace necesario emplear términos extremadamente genéricos, indeterminados y con inevitables insinuaciones valorativas, toda vez que únicamente en un nivel abstracto y genérico es permisible llegar a un acuerdo entre individuos que tienen valores, principios y objetivos diversos y opuestos. Esto implica codificar adoptando formulaciones amplias, genéricas e indeterminadas para que posteriormente su significado sea determinado en cada caso concreto, al momento de su aplicación. Las disposiciones constitucionales se aplican a supuestos de hecho heterogéneos e indeterminados y como las normas constitucionales expresan principios y los principios son normas genéricas e indeterminadas, será con base en ellos que deben resolverse los análogos supuestos de hecho.³¹⁹

Utilizar los principios constitucionales con el fin de integrar el significado de las cláusulas constitucionales es útil cuando existen disposiciones con significado dudoso, pero se corre el riesgo de una hiperinterpretación de las disposiciones constitucionales que lo que hace es debilitar lo dispuesto en los textos constitucionales argumentando la no completitud de la Constitución para resolver un potencial conflicto de unos valores coexistentes y obtener innumerables normas implícitas por tanto, las posibilidades de calificar un caso como jurídicamente relevante son prácticamente infinitas³²⁰.

³¹⁹Giorgio Pino. *Derechos e Interpretación. El razonamiento jurídico en el Estado constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014 p. 254

³²⁰Ibidem., p. 248

De las sentencias referidas, la T-716 de 2011 se aleja del tenor literal del art. 42 de la Carta Política, texto que no ofrece duda alguna sobre el concepto de “familia, toda vez que el mismo no es un concepto genérico o indeterminado.” La identidad colectiva, asimilable a la “conciencia social”, debe entenderse como los criterios compartidos por una comunidad a los que debe recurrir el intérprete cuando interprete conceptos genéricos, indeterminados o valorativos. Como estrategia interpretativa en materia de derechos fundamentales, se ha empleado en dos contextos: a) Para concretizar el significado de cláusulas indeterminadas, valorativas, presentes en las normas constitucionales proclamadoras de derechos, es decir para individualizar posibles límites implícitos de los derechos. b) Para crear nuevos derechos, atribuyendo relevancia jurídica a las exigencias advertidas en la sociedad.³²¹

Como problemas de esta metodología, se puede mencionar que en muchos casos se debe dar una valoración moral que depende de los condicionamientos de la sociedad y que en un caso como el colombiano, no pueden dejarse de lado las diferentes normas infra constitucionales que refieren la decencia pública, las buenas costumbres, el sentimiento común de la moral. Por ejemplo el decreto 1355/70 Código nacional de Policía de Colombia, en su art. 2 establecía³²²: “*A la policía compete la conservación del orden público interno. El orden público que protege la policía resulta de la prevención y la eliminación de las perturbaciones de la seguridad, de la tranquilidad, de la salubridad y la moralidad públicas.*

A la policía no le corresponde remover la causa de la perturbación.

La ley 599/2000, por la cual se expidió el Código Penal colombiano, contempla un título “de los delitos contra la integridad moral.”

³²¹Ibidem., p. 270

³²²Derogado por la Ley 1801 de 2016

El artículo 264 del Código Civil colombiano, señala: *Dirección de la educación. Modificado por el art. 4º, Decreto 772 de 1975. El nuevo texto es el siguiente: Los padres, de común acuerdo, dirigirán la educación de sus hijos menores y su formación moral e intelectual, del modo que crean más conveniente para éstos; así mismo, colaborarán conjuntamente en su crianza, sustentación y establecimiento.*

La conducta inmoral que pueda causar daño a las costumbres del pupilo, es señalada como una causal de remoción del tutor o del curador, según el artículo 627 del Código Civil.

El artículo 1518 del Código Civil, al señalar los requisitos de los objetos de las obligaciones, expresa:

“No sólo las cosas que existen pueden ser objeto de una declaración de voluntad, sino las que se espera que existan; pero es menester que las unas y las otras sean comerciales y que estén determinadas, a lo menos, en cuanto a su género.

La cantidad puede ser incierta con tal que el acto o contrato fije reglas o contenga datos que sirvan para determinarla.

Si el objeto es un hecho, es necesario que sea física y moralmente posible. Es físicamente imposible el que es contrario a la naturaleza, y moralmente imposible el prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público.

El artículo 1524 del Código Civil colombiano, al referir la causa ilícita, expone:

“No puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente.

Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público.

Así, la promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe, carece de causa; y la promesa de dar algo en recompensa de un crimen o de un hecho inmoral, tiene una causa ilícita.

El artículo 1742. Del referido Código Civil, es del siguiente tenor:

Obligación de declarar la nulidad absoluta. Subrogado por el art. 2º, ley 50 de 1936. El nuevo texto es el siguiente: la nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello; puede así mismo pedirse su declaración por el ministerio público en el interés de la moral o de la ley. Cuando no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por la ratificación de las partes y en todo caso por prescripción extraordinaria”.

Otro problema de la metodología de usar el criterio de la conciencia social, se fundamenta en la imposibilidad de individualizar que es lo que determina la conciencia social, porque esto no puede convertirse en sinónimo de lo que piensa *la mayoría* de los integrantes de una comunidad, porque se necesitaría un estudio sociológico en sede judicial, que permitiera inferir qué es lo aprobado y lo desaprobado moralmente por esa mayoría. Obtener criterios unívocos de valoración es dificultoso, además el uso del criterio mayoritario, tiende a debilitar los derechos fundamentales de las *minorías*.

Para absolver, el cuestionamiento de si son justificables o no de las decisiones contra Constitución o contra la identidad colectiva o los valores tradicionales, recurriendo a algunas de las sentencias presentadas a lo largo de este capítulo, es necesario afirmar que ante la presencia de normas constitucionales que no contienen términos valorativos e indeterminados que ameriten ser concretados no se justifica que la Corte Constitucional se aparte del sentido obvio y culturalmente tradicional de algunos términos. Empero, como ya se observó, utilizar los principios constitucionales con el fin de integrar el significado de las cláusulas constitucionales es útil cuando existen disposiciones con significado dudoso, pero guardando una prudente distancia con el uso de la interpretación extensiva, cuando el intérprete desee obtener de un principio constitucional un inconmensurable número de normas implícitas que en algunos casos echan por tierra los precedentes jurisprudenciales que existen en campos diferentes del

constitucional, como el del derecho civil que se ha basado en las disposiciones positivas del Código Civil, para indicar que hay causa ilícita en los actos y contratos que sea contrarios a las buenas costumbres o al orden público. Según esto, los matrimonios entre parejas del mismo sexo, derivarán en nulos absolutamente, al tener causa ilícita y el objeto del contrato matrimonial no sería moralmente posible por contrariar las buenas costumbres.

Quedaría en vilo la formación moral y el direccionamiento de la educación de los hijos menores de edad de una pareja del mismo sexo. Una cosa es decidir si la adopción es un derecho y otra definir el concepto de familia, cuando este ya está definido en la Constitución. Todo Estado social de Derecho asume la defensa de unas libertades y la eficacia de las garantías, pero también implica el control y el equilibrio de poderes. Las sentencias de la Corte no pueden sustituir al Congreso, no pueden invadir espacios reservados a las leyes o al ejercicio político. El extravío jurisprudencial de la Corte produce efectos nocivos sobre el Estado de Derecho, porque la ausencia de controles genera autoritarismo³²³.

Conclusión de capítulo

Algunos de los planteamientos presentados, tienen el respaldo de un sector de la doctrina foránea. A manera de ejemplo, en su texto *“La dificultad de defender el control judicial de las leyes”*, Gargarella plantea: “ De modo similar corresponde decir que si es que efectivamente tenemos razones para criticar el actual funcionamiento de los órganos políticos, tales razones no nos permiten de por sí, defender el rol de los jueces en reemplazo de aquellos, del mismo modo en que no tendríamos razones para proponer en reemplazo de un parlamento en crisis, la

³²³Augusto Trujillo Muñoz. *Extravíos de la jurisprudencia*. Bogotá Diario El Espectador. Abril 9 de 2014, leído en septiembre 7/14 <http://www.elespectador.com/opinion/extravios-de-jurisprudencia-columna-514828>

autoridad incuestionada de un dictador o de un grupo cualquiera de reyes filósofos”³²⁴.

Se puede afirmar que el mecanismo de enfrentar unos derechos con otros, para determinar cuál de ellos tiene mayor peso, inevitablemente conduce a lesionar un derecho de máxima jerarquía constitucional que no debe quedar relegado a otro de igual categoría. Las interpretaciones valorativas, o las que contrarían sus propios precedentes jurisprudenciales, se tornan en subjetivas, contradictorias o arbitrarias de acuerdo a la libertad del intérprete y aplican un método de jerarquía de valores que torna insegura esa interpretación toda vez que no respeta el canon objetivado en la Constitución.

Además, que inaplican la Constitución o se dedican a suplir al ejecutivo en su función de ordenar el gasto público, sin evaluar el principio de sostenibilidad fiscal. Utilizar los principios constitucionales con el fin de integrar el significado de las cláusulas constitucionales es útil cuando existen disposiciones con significado dudoso, pero se corre el riesgo de una hiperinterpretación de las disposiciones constitucionales que lo que hace es debilitar lo dispuesto en los textos constitucionales. El respeto por el precedente jurisprudencial que la Corte estableció en la ya referida sentencia C-037 de 1996 es vulnerado por la misma Corte Constitucional en diversos fallos. A lo anterior, se agrega que la existencia de zonas de penumbra en el Derecho no permite admitir el trabajo judicial de la Corte Constitucional como algo no valorativo, pero ello no se traduce en que ese trabajo judicial no esté precedido por el sometimiento al Derecho.

Como crítica personal se impone plantear que la Corte en algunas de sus providencias, se permite usurpar funciones del poder ejecutivo para convertirse en ordenador del gasto público y en otros eventos se permite ataques al positivismo

³²⁴Roberto Gargarella. *La dificultad de defender el control judicial de las leyes*. file:///D:/INF%20SAL%2017%2003%202015/Downloads/la-dificultad-de-defender-el-control-judicial-de-las-leyes-0%20(3).pdf

semántico con interpretaciones proclives a la aplicación de los valores constitucionales, allende de lo expresado en los textos constitucionales. La interpretación así gestada erosiona los principios de legalidad y seguridad jurídica, socavando inexorablemente cualquier Estado de Derecho. En este punto, es permisible recoger lo expresado por Sandra Morelli Rico, cuando plantea: “Si la Corte Constitucional no logra imponerse por vía de *autoritas*, el caos y la incertidumbre jurídica continuarán mermando nuestro Estado de Derecho, *decideratur* indeclinable³²⁵”.

También se puede agregar que el hecho de plantear la Corte Suprema de Justicia colombiana, que el desconocimiento del precedente jurisprudencial puede configurar el delito de prevaricato por parte del funcionario judicial, atendiendo la jurisprudencia elaborada por la Corte Constitucional³²⁶, deriva en una paradoja, porque como se demostró en la tercera sección de este capítulo, la Corte Constitucional vulnera sus propios precedentes jurisprudenciales, como si los motivos que respaldan la tesis que otorga poder normativo y fuerza vinculante a la jurisprudencia de las altas cortes, se aplicaran a todos los funcionarios judiciales, salvo a los magistrados de la Corte Constitucional.

Motivos, que se enuncian así:

La coherencia, según la cual no puede mantenerse una situación en la que un caso se resuelva de una manera y otro, con un supuesto fáctico similar, se defina de forma distinta, pues tal disparidad de criterios comportaría una trasgresión de garantías fundamentales, tales como el derecho a la igualdad, así como inestabilidad para el sistema jurídico que propende por la permanencia en el tiempo de reglas jurídicas que resuelvan de manera uniforme los conflictos derivados de casos concretos. A su turno, la coherencia del sistema constituye uno de los presupuestos del principio de confianza legítima, esto es, la expectativa de la colectividad sobre que el contenido

³²⁵Sandra Morelli Rico. Op. Cit. p.75

³²⁶Corte suprema de justicia, Sala penal, sentencia de abril 10 de 2013, radicación 39456 M.P. José Luis Barceló Camacho

material de los derechos y obligaciones es interpretado por los jueces de una manera consistente bajo criterios estables y uniformes.

Conceder fuerza vinculante a la jurisprudencia también impide la discrecionalidad del juez inferior, pues su libertad creadora, la cual puede derivar, en algunos casos, en desconocimiento de derechos fundamentales, queda condicionada al respeto de lo ya dispuesto por tribunales superiores en casos similares, sin que ello se torne incompatible con el principio de autonomía e independencia judicial, pues, en últimas, al igual que la ley, la jurisprudencia es fuente de derecho a la que la actividad del juzgador siempre estará sometida. También la aplicación del derecho por parte de su legítimo intérprete (jurisprudencia) es fuente de derecho, al igual que se predica de la Ley. Ello encuentra su razón de ser en que de tiempo atrás se ha aclarado que el artículo 230 de la Constitución Política, cuando refiere que el juez sólo está sometido al imperio de la ley, no alude únicamente a la acepción de ley en su sentido formal, esto es, la expedida por el Congreso, sino a todo el ordenamiento jurídico³²⁷, en el que se incluyen, por ejemplo, la jurisprudencia, la costumbre, los tratados internacionales, las convenciones colectivas, entre otros³²⁸.

En la sentencia T-406/92, la Corte, deja su obligación de “proteger” la Constitución, por la de volverse garante de derechos fundamentales, y creador de Derecho. Esa justicia co-legisladora no solamente desconoce la separación tradicional de poderes, sino también la interpretación real del Derecho, olvidando la seguridad jurídica³²⁹. En idéntico sentido, es indispensable recordar que los jueces que conocen de acciones de tutela y de constitucionalidad de temas exclusivamente económicos, no pueden excusarse por una posible incompetencia temática, pero lo anterior no les permite arrogarse competencias que no les corresponden³³⁰.

³²⁷Sentencia C-836 de 2001

³²⁸Corte suprema de justicia, Sala penal, sentencia de abril 10 de 2013, radicación 39456 M.P. José Luis Barceló Camacho

³²⁹Carlos Mario Molina B. *Problemas actuales de la justicia en Colombia: el protagonismo de la Corte Constitucional*. En: *Controversias constitucionales*, Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2009, p.234

³³⁰Carlos Molina Betancur. *La Corte Constitucional, autoridad económica*. En: Corte Constitucional y economía. Medellín: Universidad de Medellín, 2010, p.16

Sobre los diferentes temas a que hace mención esta sección, existen diversas opiniones de la doctrina. Sobre la pensión de sobrevivientes, para parejas del mismo sexo y ante la evidente ausencia de herramientas jurídicas que permitan a las parejas homosexuales hacer efectivos sus derechos patrimoniales, como la sustitución pensional, se encuentra lo siguiente:

Hace 15 años era impensable que la Corte Suprema de Justicia obligara al Congreso a legislar sobre cierto tema, o que todas las entidades acataran e implementaran lo expresado por un fallo de la Corte. Lo que sí es claro es que la difusión de las normas y derechos resulta necesaria para que la aplicación tenga los efectos esperados. De lo contrario, la ignorancia de las normas será el principal obstáculo para su aplicación. Aun así, no creo que exista en el Congreso el bloqueo del que se habla. Aunque existen sectores muy conservadores en la sociedad que tienen influencia en el Congreso de la República pues ese es el juego político, también es una realidad que Colombia ha venido avanzando para garantizar derechos fundamentales sin distinción; precisamente por eso es que necesitamos el debate³³¹.

En lo referente, a la población carcelaria, a los desplazados y a la justiciabilidad directa de los derechos sociales, la doctrina ha expresado:

Para Colombia ha sido fundamental la presencia de la Corte en el desarrollo del Estado Social de Derecho; es así como, gracias a la interpretación que este tribunal ha hecho de la Carta política se ha materializado la protección del derecho a la salud, permitiendo su protección mediante acción de tutela. Para poner otro ejemplo, en materia de formulación de políticas públicas, respecto de la población desplazada por el conflicto armado, la Corte observó la necesidad de proteger de manera sistemática los derechos de dichas personas; en ese sentido, reconoció la necesidad de crear unos protocolos para la atención de dicho grupo, y en esa medida asumió el liderazgo, desde el punto de vista institucional, para lograr la protección de esa población mediante decisiones judiciales³³².

El concepto de los derechos económicos, sociales y culturales ha evolucionado a largo del tiempo en la jurisprudencia constitucional; así, han pasado de ser derechos fundamentales por conexidad a ser reconocidos como verdaderos derechos fundamentales. No obstante este reconocimiento, siguen existiendo suficientes

³³¹Rodrigo Uprimny. *Parejas del mismo sexo: entre la justicia y la política*. Revista de estudios sociales, N°28. Bogotá: Uniandes, 2007, p.123

³³²Jairo Andrés castaño Peña. Op. Cit. p.123

obstáculos como para considerar, por parte del Tribunal Constitucional, que estos derechos son merecedores de una protección judicial reforzada por vía de la tutela³³³.

Respecto al control de constitucionalidad de los tratados internacionales, la doctrina ha expresado:

En la práctica, la intensidad del control de constitucionalidad que ejerce la Corte sobre los tratados internacionales varía en función de la materia regulada por los mismos. Cuando se trata de instrumentos internacionales que regulan temas de cooperación cultural, educativa y científica, la intensidad del control es leve, verificando el cumplimiento de los requisitos formales, pero el análisis material suele ser superficial. Por el contrario, cuando el instrumento internacional regula o afecta temas como la propiedad privada, régimen de la inversión extranjera, derechos humanos, extradición, narcotráfico, o las relaciones entre la iglesia católica y el Estado, el control de constitucionalidad es intenso³³⁴.

Los diversos tipos de discordancias referidas en este capítulo y sustentados con varias decisiones de la Corte Constitucional, permiten reseñar las consecuencias graves para el Estado y el individuo. Consecuencias como la minimización de unos derechos fundamentales frente a otros a los que se les confiere mayor peso cuando se aplica la ponderación, variación de los criterios de interpretación jurídica, falta de coherencia del sistema interpretativo, imprevisibilidad de las decisiones y disminución de la seguridad jurídica, irrespeto del principio de confianza legítima, incertidumbre social, sustitución del constituyente primario, posibles contradicciones con la misma Constitución política colombiana, “darwinismo jurídico”, activismo judicial, infracción al principio de la separación de los poderes públicos, entropía, consecuencias que, junto con los mecanismos de corrección que proponen, se referirán, en el capítulo siguiente.

³³³Daniel Felipe Riveros P. *Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos subjetivos: una visión estructural*. Revista Derecho del Estado, Bogotá: Universidad Externado de Colombia. N°24, 2010, p.29

³³⁴Ramelli Arteaga. *Control de constitucionalidad de los tratados internacionales en Colombia*. Revista Derecho del Estado, Bogotá: Universidad Externado de Colombia. N°20, 2007, p.28-29

CAPÍTULO III

CONSECUENCIAS Y MECANISMOS DE CORRECCIÓN DE LAS DISCORDANCIAS CONSTITUCIONALES.

Sección Primera. Consecuencias.

Las sentencias descritas en el capítulo II, permiten inferir Interpretaciones valorativas que inaplican la constitución ,conflictos entre derechos, que hacen que uno de ellos se minimice, enfrentamientos con los otros altos tribunales del país, vulneración de sus propios precedentes jurisprudenciales, por parte de la Corte Constitucional, que en este último caso, demuestra que hay variación de los criterios de interpretación e indica la falta de coherencia del sistema interpretativo de la Corte y la ausencia de previsibilidad razonable de sus decisiones, como órgano de cierre de esa jurisdicción, lo que no confirma el respeto del principio de confianza legítima por parte del órgano de cierre de la jurisdicción constitucional, para que las personas no queden sometidas a sus cambiantes criterios. Igualmente, la sociedad civil y el Congreso deben lograr ciertos puntos de encuentro, para permitir que lo que es el Derecho, con vocación de integración popular y de sentido de lo justo, emane desde abajo, para que el concepto de Derecho no se imponga por vía de interpretación.

No sobra agregar que el activismo judicial no es sinónimo de progresismo y que si bien es cierto a interpretación evolutiva sostiene la idea: que existen cláusulas abiertas que dan al juez un margen de discrecionalidad legítima para optar entre varias interpretaciones posibles de una determinada norma y afirma que puede recurrirse a valores o fuentes no explícitas en el texto constitucional como valoraciones sociales, culturales, políticas. Tal afirmación da cuenta de una jurisprudencia de valores, de una interpretación axiológica receptiva, de una interpretación progresista. Y que por tanto, en este esquema, el juez

constitucional, no juega un rol de espectador pasivo ya que por vía de una interpretación dinámica, el juez puede extender el mandato constitucional a hipótesis no previstas originalmente por el constituyente³³⁵. Como ejemplos, es menester recordar algunos:

1.1 Sobre el consumo de la marihuana.

Es permisible señalar que la Corte Constitucional en Colombia, para garantizar la defensa del derecho a la autonomía personal, ha permitido el consumo de droga en dosis mínimas (Sentencia C-221/94) y conminó al Estado colombiano a mejorar sus políticas educativas de prevención y de educación, transformando un problema social, en un problema de salud pública, en el cual el Estado debe destinar los recursos presupuestales suficientes para evitar el incremento en el consumo de sustancias alucinógenas y psicoactivas y mejorar las políticas educativas.

1.2 Sobre la Eutanasia.

Igualmente, para garantizar ese derecho a la autonomía personal, La Corte Constitucional colombiana autorizó la Eutanasia (homicidio por piedad), al resolver en Sentencia C-239/97 *Declarar exequible el artículo 326 del decreto 100 de 1980 (Código Penal), con la advertencia de que en el caso de los enfermos terminales en que concurra la voluntad libre del sujeto pasivo del acto, no podrá derivarse responsabilidad para el médico autor, pues la conducta está justificada.*

1.3 Sobre el aborto.

Por sentencia C-355/06, se despenalizó esta práctica en los siguientes casos:

³³⁵ Sitio web: <http://www.monografias.com/trabajos16/interpretacion-constitucional/interpretacion-constitucional.shtml>

cuando la vida o la salud (física o mental) de la mujer está en peligro certificado por un médico; cuando el embarazo es resultado de violación debidamente denunciada, o incesto, o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o cuando una malformación fetal hace inviable la vida fuera del útero certificada por un médico.³³⁶

Gargarella, plantea al referirse al tema de las disposiciones pro-abortistas, que la mayoría de constituciones no dicen nada sobre este tema, rehuendo así, razonablemente la posibilidad de desarrollar la Constitución en una extensión infinita, pero agrega que viene ocurriendo que los jueces y magistrados hacen muchos más que efectuar una simple lectura de la Constitución y que en ocasiones, incorporan al texto constitucional soluciones normativas que no están explícitamente incorporadas en el mismo y se dedican a desentrañar posibles respuestas a determinados dilemas, como si las soluciones se pudieran desentrañar de los intersticios de los artículos de la Constitución.

Porque es ahí donde, presuntamente, está la voluntad de quienes redactaron la Constitución, ya que ésta no está explícita en el texto constitucional y que por tanto, los jueces se dedican a señalar o mostrar lo que el ciudadano no ve y de este modo, los jueces van ejecutando la tarea de reemplazar a los legisladores y a la voluntad ciudadana, personificada en los constituyentes. Considera que en algunos casos, hasta los artículos más claros de la Constitución se tornan imprecisos en determinados casos que exigen un complejo proceso interpretativo y que finalmente los magistrados y jueces quedan legitimados así, mediante este sistema, para dar la interpretación “más adecuada” a los textos constitucionales. Ergo, pasa a manos de los jueces y no del pueblo o sus representantes, el enorme poder de decidir que es “lo más adecuado” para la sociedad y que este traspaso imperceptible del poder de decisión resulta razonablemente cuestionable. Expresa, que el poder Judicial no debe pasar a ser el último órgano decisorio, en vez del poder legislativo, en materias vinculadas a la privacidad de los individuos,

³³⁶ Corte constitucional. Sentencia C-355/06 M.P. Vargas H. Clara Inés y Araujo Rentería Jaime. Legis, Revista Jurisprudencia y Doctrina N° 419, noviembre de 2006.

ya que en algunas materias, los soberanos exclusivos deben ser los mismos individuos y que el poder Judicial no puede reemplazar la decisión de cada persona respecto de sus propios ideales de virtud, porque la tarea de los jueces y magistrados debe ser la de mantener la integridad de la autonomía de los individuos para impedir que determinadas políticas públicas irrespeten la autonomía de cada individuo en particular, una minoría de jueces no debe decidir qué es lo que debe hacerse en determinadas materias³³⁷.

Ese desentrañar respuestas posibles de los intersticios de los artículos de la CP. Y los tratados internacionales, se puede inferir de esa sentencia C-355/06, cuando la Corte afirma:

Por su parte, el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, a pesar de que carece de un instrumento específico de protección a la niñez, consagra el derecho a la vida en el artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, disposición que tiene el siguiente tenor:

Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

Ahora bien, este enunciado normativo hace alusión nuevamente al concepto de persona para referirse a la titularidad del derecho a la vida, pero acto seguido afirma que la protección del derecho a la vida será a partir del momento de la concepción. Este enunciado normativo admite distintas interpretaciones. Una es la que hacen algunos de los intervinientes en el sentido que el nasciturus, a partir de la concepción, es una persona, titular del derecho a la vida en cuyo favor han de adoptarse “en general” medidas de carácter legislativo. Empero, también puede ser interpretado en el sentido que a partir de la concepción deben adoptarse medidas legislativas que protejan “en general” la vida en gestación, haciendo énfasis desde este punto de vista en el deber de protección de los Estado Partes.

Sin embargo, bajo ninguna de las posibilidades interpretativas antes reseñadas puede llegar a afirmarse que el derecho a la vida del nasciturus o el deber de adoptar medidas legislativas por parte del Estado, sea de naturaleza absoluta, como sostienen algunos de los intervinientes. Incluso desde la perspectiva literal, la expresión “en general” utilizada por el Convención introduce una importante cualificación en el sentido que la disposición no

³³⁷ Roberto Gargarella. *La justicia frente al gobierno*. Barcelona. Ed. Ariel, 1996, págs. 56-57

protege la vida desde el momento de la concepción en un sentido absoluto, porque precisamente el mismo enunciado normativo contempla la posibilidad de que en ciertos eventos excepcionales la ley no proteja la vida desde el momento de la concepción.

Otra visión importante del tema del aborto, plantea que si procrear hijos es una decisión privada, la decisión de no tenerlos, debería ser igual, Ergo, el papel del Estado debe limitarse a garantizar a todas las mujeres la posibilidad de ver cumplida su decisión: Tener descendencia, o el acceso gratuito a la interrupción del embarazo, porque el Estado no debe seguir utilizando el derecho penal como la última razón para defender determinados valores, ya que esta postura es mucho más económica que ofrecer un servicio de salud que permita interrumpir el embarazo durante los tres primeros meses de gestación en buenas condiciones de higiene, especialmente cuando el perfil de la mujer colombiana que se somete a interrupciones voluntarias del embarazo, es el perfil de una mujer pobre, sin estudios, víctima de la violencia y en muchas ocasiones desplazada. El Estado, no debe imponer lo que es moral e inmoral a través de una prohibición que no ha demostrado su eficacia. Los abortos clandestinos en Colombia aumentan y los derechos fundamentales de la mujer, como la dignidad, la libertad de conciencia y el mismo derecho a la vida se disminuyen notoriamente³³⁸.

Para 2014, PROFAMILIA Colombia³³⁹, en su informe anual de actividades da cuenta del Estudio "*Determinantes del aborto inseguro y barreras de acceso para la atención de la Interrupción Voluntaria del Embarazo de mujeres colombianas*"³⁴⁰, en el que el Ministerio de Salud y Protección Social y el Fondo de Población de Naciones Unidas (UNFPA) con apoyo técnico de Profamilia, desarrollaron un estudio en el que se entrevistaron 72 mujeres de todo el país que interrumpieron un embarazo. El estudio indagó acerca de su vida sexual y

³³⁸ Carlos Mario Molina B. *El derecho al aborto en Colombia I parte: el concepto jurídico de la vida humana*. Medellín: sello editorial Universidad de Medellín, 2006, págs. 13, 21, 280

³³⁹ Es una entidad privada, sin ánimo de lucro que promueve el respeto y el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos en la población colombiana.

³⁴⁰ <http://www.profamilia.org.co/docs/SM%20-Determ%20aborto%20inseguro.pdf>

reproductiva, antes y después del episodio de aborto. También preguntó por las motivaciones que las llevaron a hacérselo y sobre las barreras de acceso que encontraron en el marco de la prestación de los servicios. El estudio se realizó con el objetivo de formular recomendaciones de política pública para la garantía del derecho a la Interrupción Voluntaria del Embarazo (IVE) en Colombia, diseñando un índice para medir el nivel de seguridad de las interrupciones del embarazo. Los hallazgos principales son:

- Las mujeres que participaron del estudio, al momento de hacerse un aborto o una IVE eran en su mayoría mayores de edad, tenían pareja, y cursaban estudios secundarios o universitarios.
- Se entrevistaron 73 mujeres en todas las regiones del país, las cuales reportaron 91 interrupciones del embarazo, es decir, 1.2 abortos por mujer.
- Ninguno de los 91 procedimientos cumplió con la totalidad de los 9 criterios que definen un aborto sin riesgos: i) marco normativo; ii) voluntariedad y autonomía en la toma de decisiones; iii) acceso a la información; iv) acceso a servicios de salud; v) acceso a profesional médico capacitado y a recintos que cuenten con estándares higiénicos y técnicos para la prestación de los servicios en condiciones óptimas; vi) confidencialidad y privacidad; vii) atención postaborto; viii) mejores técnicas y prácticas y ix) protección a las personas con algún tipo de vulnerabilidad.

Según el Ministerio de Protección Social colombiano, el aborto ilegal es la tercera causa de mortalidad materna del país. Esto significa que muchas mujeres mueren en Colombia a consecuencia de abortos practicados de modo ilegal y, por tanto, muchas veces insegura.

Catalogar el aborto como un delito no ha demostrado persuadir a las mujeres que quieren interrumpir un embarazo de no hacerlo. Cuando una mujer se encuentra en una situación tan desesperada que prefiere convertirse en delincuente antes que en madre, la pena anunciada por el Código Penal no la convence de no abortar, sólo la obliga a acudir a procedimientos inseguros que ponen en peligro su vida. Las mujeres pueden llegar a usar ganchos de ropa, vidrios, líquido de frenos para carros, veneno para ratas y muchas otras horribles opciones en medio de su desesperación, sin importar qué tan peligroso pueda ser para ellas³⁴¹. Con estos antecedentes fácticos, parte de la doctrina colombiana ha planteado la necesidad de la despenalización total del aborto³⁴², asumiendo que la calificación de esa conducta como delito, vulnera diversos derechos de las mujeres que no se encuentran en las tres excepciones establecidas por la Corte Constitucional y por tanto genera una segregación a las mujeres, sometiéndolas a una actuación delictiva que protege el valor vida y la integridad personal.

El derecho del nasciturus a la vida no existe por no tratarse de una persona nacida. El nasciturus es sujeto de protección jurídica, pero no sujeto del derecho a la vida³⁴³. En tales condiciones, la tipicidad así establecida en el código penal, se torna incoherente, toda vez que se pretendería castigar una conducta que no lesiona el valor vida. A voces del art. 9° del código penal colombiano, para que una conducta sea punible, debe ser típica, antijurídica y culpable. Penalizar el aborto es seguir sometiendo a las mujeres a los peligros inherentes contra su integridad personal, ya que el Estado, la está remitiendo a que utilice cualquiera de las formas de aborto inseguro, ya referidas.

³⁴¹Mónica Roa. *El debate sobre el aborto en Colombia: diez razones que lograron su despenalización*. <http://www.mujeresenred.net/spip.php?article1292>

³⁴²Carlos Mario Molina B. *El derecho al aborto en Colombia II parte: la despenalización parcial*. Medellín: sello editorial Universidad de Medellín, 2010, p.13, 104

³⁴³ *Ibidem.*, págs. 179, 223

Otro derecho, que se estima vulnerado a las mujeres, es el libre desarrollo de la personalidad, reconocido en el art. 14³⁴⁴ de la C.P. El reconocimiento a la personalidad jurídica tiene recepción internacional en diferentes instrumentos como el Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Declaración Universal de Derechos humanos, el primero de estos instrumentos, reconoce que esos derechos que regula se derivan de la dignidad inherente a la persona humana.

Como quiera que el libre desarrollo de la personalidad, equivale a la autodeterminación del individuo³⁴⁵, el Estado no debe reprocharle a una mujer una conducta que es más de su fuero interno que del externo, porque no afecta derecho ajeno alguno, a la luz de lo dispuesto por el art. 95 superior, en su numeral 1 que impone el deber de respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios. Otros de los derechos vulnerado a las mujeres con la penalización del aborto, es el derecho a la libertad, concebido como el que permite proteger el decidir humano e implica el respeto a la personalidad y según el mismo artículo 16 constitucional que lo regula, los únicos límites que se le fijan al derecho a la libertad, son los derechos de los demás y el orden jurídico. Bajo esta perspectiva, una mujer que desee libremente abortar, esa decisión de su plan de vida no atenta contra la órbita de derechos ajenos o propios. Por tanto, seguir penalizando totalmente, el aborto, es mandar un mensaje equívoco a las féminas, porque es coartar sus posibilidades de Autodeterminación, de libertad y de desarrollo de su plan de vida. Penalizar argumentando “mejoramiento de la convivencia”, se traduce en aceptar la pérdida total de libertad del ser humano y se convierte en un ser sometido por entero a los designios de la comunidad³⁴⁶.

En Colombia, los códigos penales tipificaban como delitos, conductas como el homosexualismo, la prostitución y la mendicidad, una nueva Constitución. Como la

³⁴⁴Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica.

³⁴⁵Sentencia T-259/98

³⁴⁶Carlos Mario Molina B. Op. Cit. p.215

de 1991 significa un nuevo pacto y en ese nuevo pacto, es deber del Estado entronizar y respetar los derechos fundamentales de todos, sin excepción, pero esa misión es del legislador, como lo establece la misma carta política.

Para noviembre de 2015, en Colombia, El Fiscal General de la Nación de ese momento, Eduardo Montealegre, propuso la despenalización del aborto. Expresó, que en Colombia aunque se han logrado grandes avances luego del fallo de la Corte Constitucional que dio paso a la despenalización en tres causales, malformación del feto, violación y cuando la vida de la madre esté en riesgo, es hora de avanzar en esta materia.

“La propuesta es avanzar en la despenalización del aborto. Si bien existen estas tres causales en las cuales el aborto es permitido en la legislación colombiana, debemos dar un paso más y establecer que el aborto debe ser permitido al menos durante las doce semanas de gestación”, señaló en el foro sobre el aborto promovido por la fundación Buen Gobierno.

El Dr. Montealegre, radicó el 28 de marzo de 2016, el proyecto de ley 209/2016 ante la Cámara de Representantes colombiana. “por medio del cual se modifica el artículo 122 del código penal”, para que se despenalice el aborto. El articulado del proyecto es del siguiente tenor:

PROYECTO DE LEY ORDINARIA

*Por medio de la cual se modifica el Artículo 122 del Código Penal
El Congreso de Colombia*

DECRETA:

“ARTÍCULO 1: El artículo 122 de la Ley 599 de 2000 quedará así:

Artículo 122. Aborto. *La mujer que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause después de la semana veinticuatro (24) de gestación, incurrirá en prisión de (6) meses a un (1) año.*

A la misma sanción estará sujeto quien, con el consentimiento de la mujer y después de la semana veinticuatro (24) de gestación, realice la conducta prevista en el inciso anterior.

El aborto no será punible en los términos y bajo las causales despenalizadas por la jurisprudencia constitucional.

El aborto no será imputable a la mujer ni a quien se lo practique después de la semana veinticuatro (24) de gestación, cuando su realización tardía se deba a causas ajenas a la voluntad de la mujer.

ARTÍCULO 2. Vigencia: Esta ley rige desde de su promulgación³⁴⁷.

En la respectiva exposición de motivos, el Dr. Montealegre, argumentó, entre otros, lo siguiente:

El artículo propuesto establece que el aborto no será considerado una conducta delictiva mientras se practique dentro de las primeras 24 semanas de gestación, porque existen diversas razones que sustentan SU conveniencia, como:

A. *Permitir el aborto hasta la semana 24 de gestación garantiza en mayor medida los derechos de las mujeres, especialmente de aquellas en situación de vulnerabilidad.*

B. *Existen Argumentos constitucionales para permitir la IVE, por lo menos, hasta la semana 24 de gestación*

C. *Sobre la viabilidad del feto, expone que Hay diversos estudios que señalan que “el concepto de “umbral de viabilidad”, se establece entre 22 y 26 semanas en países con altos estándares en los sistemas de salud. El Consejo Nuffield sobre Bioética en su reciente informe usa el mismo período de tiempo y lo describe como “límite de viabilidad”³⁴⁸.*

D. *los 3 casos despenalizados por la Corte Constitucional no deben estar sujetos al término de las 24 semanas.*

Esa exposición de motivos, concluye:

“El cambio del debate en relación con la IVE se puede rastrear en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. Dicho Tribunal ha admitido que no solo se trata del nasciturus, sino de los derechos constitucionales de la mujer que le permiten estructurar su proyecto de vida: el libre desarrollo de la personalidad, la dignidad humana, los derechos sexuales

³⁴⁷http://www.camara.gov.co/portal2011/proceso-y-tramite-legislativo/proyectos-de-ley?option=com_proyectosdeley&view=ver_proyectodeley&idpry=1937

³⁴⁸Comité de Ciencia y Tecnología, Scientific Developments Relating to the Abortion Act 1967, Twelfth Report of Session 2006–07.

y reproductivos, y por supuesto, la vida entendida no solo como derecho, sino también como valor de relevancia constitucional.

De allí, que una legislación que amplíe el marco de la despenalización del aborto responde al mandato constitucional de profundizar los derechos de las mujeres y permite desarrollar adecuadamente los compromisos internacionales adquiridos por Colombia para eliminar la discriminación injustificada en su contra. Lo último se reafirma en que las disposiciones de derecho internacional de los derechos humanos no contienen ningún mandato absoluto de protección del nasciturus, sino simplemente un deber de protección general que debe ponderarse con los derechos de las mujeres para establecer la prevalencia correspondiente.

En tal sentido, los beneficios que puede reportar la penalización del aborto no superan, en ninguna medida, las restricciones que conlleva sobre otros derechos y principios constitucionales. Dicho de modo diferente, la penalización del aborto es excesivamente gravosa para los derechos de las mujeres y no evita su comisión, sino que por el contrario, genera prácticas clandestinas que afectan su salud y aumentan la mortalidad materna.

Además, el análisis de la dimensión de la pena en relación con el aborto demuestra que la prevención general está descartada, ya que la vivencia individual de una decisión en torno al ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, como la IVE, nunca puede ser entendida como una promoción a otras mujeres para su ejercicio, ni a favor ni en contra.

Por esta razón, la persecución penal del aborto resulta a todas luces desproporcionada y, en consecuencia, debería ser eliminada del ordenamiento jurídico. Entre otras, porque recurrir a la sanción penal existiendo otros medios para proteger ciertos bienes constitucionales, como el desarrollo de políticas públicas, ignora la última ratio del castigo penal.

Por su parte, en relación con la semana 24 de gestación para despenalizar la IVE, existen diversos motivos para establecer dicho plazo, ya que si bien la mayoría de interrupciones voluntarias del embarazo se practican durante el primer trimestre, hay un porcentaje importante de mujeres que requieren de este procedimiento en etapas posteriores.

Eso se debe a varias razones, como por ejemplo, al acceso deficiente a los servicios de salud que genera que las mujeres soliciten tardíamente la IVE, el cambio de condiciones de vida de las mujeres cuando son despedidas del trabajo o abandonadas por su pareja, la detección tardía del embarazo debido al bajo nivel educativo de las mujeres rurales, la situación de calle de quienes son farmacodependientes y varios estudios que determinan que antes de la semana 24, incluso en países desarrollados, no hay evidencia científica que demuestre la viabilidad fetal.

A lo anterior, se suma, por un lado, el hecho de que el aborto después del primer trimestre de gestación es un grave problema de salud pública, pues las

prácticas clandestinas generan un gran número de muertes de mujeres, y por el otro, que constitucionalmente la protección del feto no es absoluta, sino que es gradual e incremental según su desarrollo.

En síntesis, impedir que la IVE sea perseguida penalmente hasta la semana 24 de gestación es la manera más adecuada de garantizar los derechos de las mujeres, especialmente de aquellas que atraviesan por situaciones financieras, sociales y culturales complejas. Limitar la IVE a un periodo gestacional menor no lograría reducir la criminalización de las mujeres más vulnerables, ya que precisamente son ellas las que resultan investigadas penalmente a causa de su exposición a abortos clandestinos que ponen en riesgo su salud y vida. En ese sentido, una despenalización como la propuesta por la Fiscalía General de la Nación es respetuosa de los mandatos constitucionales y de los valores de toda sociedad democrática, en los que la autonomía de las mujeres como sujetos de derechos libres e iguales debe ser respetada”.

El proyecto, excluye la imputabilidad, cuando se practique después de la semana 24 y esa realización tardía sea por causas ajenas a la voluntad de la mujer.

El debate en el legislativo, definirá la suerte de este proyecto, del debate que se haga de la racionalidad, irracionalidad y proporcionalidad de la modificación, depende su futuro y a la espera que el legislativo pueda defender que para determinar la proporcionalidad de una medida punitiva estatal es necesario establecer:

“(i) Si el fin perseguido por la norma o medida que se analiza es legítimo desde la perspectiva constitucional; (ii) si la norma o medida es adecuada para el logro del fin perseguido; (iii) si la norma es necesaria, es decir, si no existen medios menos onerosos para lograr el objetivo buscado; y (iv) si la norma es estrictamente proporcional, con lo cual se indaga si los beneficios que se derivan de su adopción superan las restricciones que ella conlleva sobre otros derechos y principios constitucionales – en una relación de costo – beneficio”³⁴⁹.O, si acepta el argumento planteado en la exposición de motivos, que plantea que: “*El análisis de*

³⁴⁹Corte Constitucional, Sentencia C-417 de 2009.

la penalización parcial del aborto por medio del artículo 122 del Código Penal tiene varios derechos en disputa: por un lado, está el bien jurídico del nasciturus y por el otro, los derechos de las mujeres a la intimidad, el libre desarrollo de la personalidad, la salud, entre otros. En consecuencia, para determinar si la tipificación de la interrupción voluntaria del embarazo se ajusta a los parámetros constitucionales, es necesario ponderar dicho bien jurídico y los derechos de las mujeres”.

Sobre este tema del aborto, la Corte Constitucional en la sentencia C-754 de 2015, determinó que todas las EPS (Empresas promotoras de salud) tienen la obligación de atender a las víctimas de violencias sexuales en Colombia, no importa si están afiliadas o no al Sistema de seguridad social en salud. Los médicos deberán otorgar una ayuda integral y de manera gratuita.

A pesar que el país cuenta con la Ley 1719 de 2014, que crea un modelo de atención para víctimas de violencia sexual, la obligación de las EPS no estaba tan clara porque el artículo 23 de la ley estipula que las EPS están en facultad de prestar el servicio pero no en la obligación de hacerlo. No sobra advertir que el código penal colombiano, en su artículo 123, tipifica el delito de *Aborto sin consentimiento*, tema que se debe entender excluido de lo expresado en este acápite.

1.4 Sobre la diversidad étnica

En la misma línea y en aras del respeto por la diversidad étnica y cultural de país y de la autonomía de las comunidades indígenas, se ha permitido que miembros de algunas comunidades indígenas sean flagelados con un fuste y desterrados de sus cabildos indígenas, (Sentencia T-349/96 y Sentencia T-523/97) violentando lo dispuesto por la Constitución colombiana en su art. 12 que prohíbe las torturas, los

tratos crueles y degradantes y en su art. 34, prohíbe la pena de destierro. Igualmente, la propia Constitución establece:

“ARTICULO 246. *Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.”*

Disposición que es tajante al señalar: “siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. Si bien es cierto, la C.P. confiere a los territorios indígenas la calidad de entidades territoriales, dotadas de autonomía, esta autonomía tiene la perentoriedad constitucional referida en el art. 287 de que sea dentro de los límites de la Constitución y la ley.

“ARTICULO 287. *Las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, y dentro de los límites de la Constitución y la ley”.*

Asimismo, Por sentencia C-370/06 la Corte constitucional ordena que el Estado deberá responder íntegramente por todos los daños individuales y colectivos causados por grupos paramilitares que se hayan acogido a la famosa ley 975 de 2005 *“Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios.* Los límites a la obligatoriedad del precedente jurisprudencial y su estrecha relación con la independencia judicial, deviene en diferentes cuestionamientos, tales como: ¿Quién es el titular de la soberanía en Colombia?, ¿cuáles son los límites de la discrecionalidad interpretativa?, ¿Cómo se aplican los principios de legalidad, seguridad jurídica, imperio normativo para demarcar los terrenos propios de las diferentes áreas de la jurisdicción?.

1.5 Sobre la familia

En la tutela T-716 de 2011, de la Corte Constitucional colombiana, la Corporación señala que han sido erróneas las interpretaciones que se han hecho sobre el artículo 42 de la Carta Política en el sentido de que una familia era, supuestamente, solo el vínculo entre un hombre y una mujer.

“El ámbito de protección superior de las relaciones familiares se circunscribe a las distintas opciones de conformación biológica o social de la misma, dentro de la cual se incorporan modelos monoparentales o biparentales, o la derivada de simples relaciones de crianza. Por ende, en tanto la existencia de una pareja no es consustancial a la institución familiar, tampoco puede serlo la orientación sexual de sus integrantes”, señala la providencia.

La Corte manifestó que la característica de la familia es la concurrencia de una relación de solidaridad y ayuda mutua y añade que aspectos como el parentesco o la conformación de parejas son rasgos que pueden suceder o no. Tal decisión pone a la Corte Constitucional, no como una Corporación judicial que reconoce derechos, sino como un órgano que crea derechos toda vez que suple al constituyente primario, teniendo en cuenta que el art. 42 de la C.P. define a la familia así:

“La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.

El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable.

La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables.

Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes.

Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley.

Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes. La ley reglamentará la progeneración responsable.

La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos.

Las formas del matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los deberes y derechos de los cónyuges, su separación y la disolución del vínculo, se rigen por la ley civil.

Los matrimonios religiosos tendrán efectos civiles en los términos que establezca la ley.

Los efectos civiles de todo matrimonio cesarán por divorcio con arreglo a la ley civil.

También tendrán efectos civiles las sentencias de nulidad de los matrimonios religiosos dictadas por las autoridades de la respectiva religión, en los términos que establezca la ley.

La ley determinará lo relativo al estado civil de las personas y los consiguientes derechos y deberes”.

Expresa el máximo tribunal de la jurisdicción Constitucional, que no hay razón constitucional para no reconocer a las parejas del mismo sexo como familia, y de hecho negarlo, pues esto constituye una discriminación injustificada.

Sobre la unión marital de hecho y la posibilidad de registrarla legalmente como tal, otorgar derechos de alimentos, algunos patrimoniales y beneficios de salud, entre personas del mismo sexo, como lo expresó en la Sentencia T-717/11, en la que dio una nueva definición al concepto de familia, es desproteger a la familia, que paradójicamente está protegida por la Constitución en su dignidad y honra y como núcleo fundamental de la sociedad (art. 42 C.P.).

Como desarrollo jurisprudencial foráneo sobre el tema del matrimonio igualitario, no sobra recordar que para junio de 2016, El Tribunal Europeo de Derechos

Humanos de Estrasburgo, sentenció por unanimidad de sus 47 miembros que el "matrimonio homosexual" no es un derecho, argumentando que la Convención Europea de Derechos Humanos no obliga a ningún Estado a ampliar el derecho al matrimonio a las parejas homosexuales³⁵⁰ [...] **el matrimonio es claramente entendido como la unión entre un hombre y una mujer**". De esta manera, el Tribunal Europeo de DD. HH. de Estrasburgo zanja el conflicto planteado por una pareja de gais que denunciaron al Estado por negarse a casarlos en septiembre de 2002. El Ayuntamiento de Viena, rechazó su solicitud alegando que sólo podían contraer matrimonio dos personas de diferente sexo. Posteriormente, en abril de 2003, el Gobierno provincial de la capital austriaca ratificó la decisión del ayuntamiento, por lo que la pareja decidió recurrir meses después al Tribunal Constitucional, que también rechazó su demanda.

Los demandantes llevaron entonces su petición al Alto Tribunal de Estrasburgo alegando una supuesta infracción del derecho al matrimonio, remitiéndose al artículo 12 de la Convención Europea de DD.HH. La pareja consideraba que eran víctimas de discriminación y que el Estado austriaco había incurrido en una falta de respeto hacia la vida privada y familiar.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), con sede en Estrasburgo, ha fallado, que **el Convenio Europeo de Derechos Humanos no ampara de forma automática el "derecho" al matrimonio para las parejas homosexuales**. La sentencia, se basa principalmente en los artículos 8 (respeto al derecho de la vida privada y familiar) y 12 (derecho al matrimonio y a fundar una familia).

El TEDH acepta sin coaccionar, la decisión de cada Estado, sea cual sea: mantener el matrimonio de siempre, legalizar el homosexual u optar por una unión civil. Y reconoce el derecho de cada Estado a cambiar la legalidad vigente.

³⁵⁰<http://www.hazteoir.org/node/31236>

En relación con el artículo 8 de la Convención europea de derechos humanos y alegando también el artículo 14 (principio de no discriminación), la sentencia afirma que “los Estados son libres de reservar el matrimonio únicamente a parejas heterosexuales y gozan de un margen de apreciación para decidir acerca de la naturaleza exacta del estatuto otorgado por otros modos de reconocimiento jurídico”. Tras recordar que la regulación del matrimonio está regulada por las leyes de los Estados que han firmado el Convenio -España entre ellos-, los jueces del TEDH recuerdan que el artículo 12 [del Convenio] consagra “el concepto tradicional del matrimonio, a saber, la unión de un hombre y de una mujer”.

Estrasburgo recuerda que el matrimonio de personas del mismo sexo no es un derecho. Ese es el veredicto al que ha llegado por unanimidad el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) con sede en Estrasburgo³⁵¹.

Para el caso colombiano, el artículo 12 de Convenio Europeo de derechos humanos, es equivalente a los artículos 17 de Pacto de San José de Costa Rica y al 23 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos.

El artículo 17 del PSCR, es del siguiente tenor:

Artículo 17. Protección a la Familia.

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.
2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tiene la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.
3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.

³⁵¹Boletín informativo # 5 Tribunal de Estrasburgo. Junio 2016

4. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo.

En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.

4. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera del matrimonio como a los nacidos dentro del mismo (subrayas extratexto).

El art. 23 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos, expresa:

Artículo 23 1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. 2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello. 3. El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes. 4. Los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos. (Subrayas extratexto).

Esta sentencia, reabre un debate, que avala alguno de los objetivos de esta tesis, sobre la necesidad de establecer un Recurso Extraordinario de revisión, respecto a las providencias de la Corte Constitucional, que respaldan esas uniones.

En otro orden de ideas, la Corte fijó criterios respecto a la interpretación constitucional, al plantear la obligatoriedad del precedente jurisprudencial, imposición que desconoce el art. 230 de la C.P. (Sentencia C-037/96); en otra oportunidad, planteó la obligación del Estado de darle salida al estado de cosas inconstitucional del sistema carcelario (T-153/98) y en la sentencia C-370/06 obligó al Estado a responder por todos los daños individuales y colectivos causados por los paramilitares que se hubieron acogido a la ley 975 de 2005, decisiones éstas que dejan en vilo las finanzas estatales, sustituyendo al ejecutivo en su función de ordenador del gasto, entre otras, como la T-160/08, dan un marco jurisprudencial que permite fijar algunos límites para investigar los posibles desmanes interpretativos de la Corte Constitucional Colombiana.

De otra parte, la Sentencia de tutela T-063 de 2012, cuya pretensión se sintetiza así: “El 5 de noviembre de 2009, el señor *Aureliano*, actuando en nombre de su hija *Úrsula*, quien padece retardo mental moderado, presentó acción de tutela contra el Hospital Materno Infantil El Carmen, con sede en la ciudad de Bogotá, por considerar vulnerados los derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas, integridad física, salud y petición, al no haberle sido practicada la cirugía de ligadura de Trompas de Falopio que fuera autorizada por CAPRECOM EPS-S, en tanto *“ella no pueda ser apta para ser madre de familia.”*(*Nombres cambiados para proteger el derecho a la intimidad, según lo expresa la misma decisión*).

La Corte Constitucional hace referencia en esta sentencia a la Ley 1412 de 2010, que autoriza de manera gratuita la práctica de la vasectomía y la ligadura de Trompas, a todos los sectores de la población que así lo soliciten por escrito a la respectiva entidad. El citado marco normativo, precisó como parámetros para la práctica de cualquiera de los procedimientos de anticoncepción quirúrgicos, los siguientes:

a) Le corresponderá al Sistema de Seguridad Social en Salud, garantizar que la práctica de las cirugías sean cubiertas gratuitamente. Las IPS públicas o privadas que atiendan la población que no se encuentre afiliada a ninguno de los dos regímenes de salud vigentes (vinculados), realizarán los recobros a la subcuenta de prevención y promoción del FOSYGA. (Fondo de solidaridad y Garantía)³⁵²

b) Con el fin de que se garantice el consentimiento informado y cualificado, los médicos encargados de realizar la cirugía respectiva, deben informar al paciente la naturaleza, implicaciones, beneficios y efectos sobre la salud de la práctica realizada, así como las alternativas de utilización de otros métodos anticonceptivos no quirúrgicos.

³⁵²La ley 100 de 1993 por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones estableció en su artículo 218 “ Créase el Fondo de Solidaridad y Garantía, como una cuenta adscrita al Ministerio de Salud que se manejará por encargo fiduciario, sin personería jurídica ni planta de personal propia, de conformidad con lo establecido en el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública de que trata el artículo 150 de la Constitución Política. El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud⁴ determinará los criterios de utilización y distribución de sus recursos.

c) En caso de que las personas tengan limitaciones de lectoescritura, las EPS del régimen contributivo o subsidiado y las IPS públicas o privadas, según la práctica médica, deberán ofrecer al paciente medios alternativos para expresar su voluntad tanto para la solicitud escrita como para el consentimiento informado.

d) Cuando se trate de personas con discapacidad mental, la solicitud y el consentimiento serán suscritos por el respectivo representante legal, previa autorización judicial

e) En ningún caso se permite la práctica de la anticoncepción quirúrgica a menores de edad.

f) Las personas que se sometan a las aludidas prácticas quirúrgicas, tienen derecho a recibir incapacidad laboral, en los términos y condiciones dispuestos por el médico tratante, garantizando la recuperación en la salud del paciente.

g) Está en cabeza de las Secretarías de Salud departamentales, distritales y municipales, llevar el registro de todas las operaciones realizadas en desarrollo de las prácticas quirúrgicas autorizadas a partir de la entrada en vigencia de la ley. Así mismo, dichos registros serán remitidos al Ministerio de Salud y Protección Social con el fin de que lleve un registro nacional.

h) La divulgación de la ley se efectuará por intermedio de las Secretarías de Salud departamentales, distritales y municipales y el Ministerio de Salud, a través de campañas educativas, a fin de que sean conocidos los beneficios, implicaciones y efectos de la anticoncepción quirúrgica, así como los demás métodos de anticoncepción no quirúrgicos.

De esta manera, el legislador, fiel a los mandatos constitucionales, a la jurisprudencia constitucional y al derecho internacional de los derechos humanos, diseñó un marco normativo en el que además de hacer expreso reconocimiento de la maternidad y la paternidad responsables como un derecho y un deber ciudadano, fijó las reglas que deben seguirse a fin de que las personas puedan acceder gratuitamente a la ligadura de conductos deferentes o vasectomía y a la ligadura de Trompas de Falopio, incluida la exigencia de autorización judicial previa cuando se trate de personas con discapacidad mental.

La providencia agrega: “la ligadura de Trompas, tal como lo indicó el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, es un procedimiento que no le

permitiría a *Úrsula* en el futuro optar por su maternidad, decisión que, al decir de la Corte, está profundamente relacionada con la dignidad de la persona, **el libre desarrollo de la personalidad (autodeterminación)** y con el respeto de la intimidad personal y familiar . Así mismo, porque se trata de una alternativa quirúrgica que tan solo evitaría embarazos no deseados, quedando al descubierto cualquier tipo de protección respecto de actos de abuso sexual, enfermedades de transmisión sexual o manipulación por terceros inescrupulosos, como lo advirtió la misma institución.

Afirma que, se trata de una actuación que no puede ignorar la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (art. 23) , en virtud de la cual el Estado colombiano se ha comprometido a garantizar (i) el derecho de todas las personas con discapacidad en edad de contraer matrimonio, a casarse y fundar una familia sobre la base del consentimiento libre e informado; (ii) el derecho a decidir libremente y de manera responsable el número de hijos que quieren tener y el tiempo que debe transcurrir entre un nacimiento y otro, y a tener acceso a información, educación sobre reproducción y planificación familiar apropiados para su edad; y (iii) el derecho a mantener su fertilidad, en igualdad de condiciones con los demás.”

Las preguntas sobre este tema son obvias: ¿Un discapacitado mental que haya sido declarado interdicto tiene su capacidad de autodeterminación en igualdad de condiciones a alguien con condiciones mentales que le permitan situarse en una franja de mediana inteligencia? ¿Se puede predicar igualdad entre desiguales?, ¿Se pueden desconocer hacia futuro los derechos fundamentales de la familia que se formaría? Si se pretende proteger la dignidad de una mujer o un padre mentalmente discapacitado, dónde queda la protección de ese niño que nace al interior de una familia no convencional?, Tiene el Estado colombiano los recursos económicos y un adecuado sistema de seguridad social y educativo que le permita a esos hijos de la discapacidad mental y a sus padres, sobrevivir sin

perecer en lo que Darwin denominó “proceso de selección natural”? entendido este como la supervivencia de los más aptos y como el proceso por el cual los organismos lo mejor posible adaptados desplazan lentamente organismos menos bien adaptados³⁵³.

¿Quién responderá económicamente por un neonato, hijo de un(a) discapacitado (a) mental? Sus abuelos?, sus tíos?, El Estado?, Los convenios Internacionales que suscribe Colombia son para blindar la protección de los derechos humanos o para socavar conceptos fundamentales de toda sociedad, como el de familia? Por ejemplo, La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas, que aplica en Colombia, expresa en su artículo 23: “Los Estados Partes tomarán medidas a fin de asegurar que: las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas, mantengan su fertilidad, en igualdad de condiciones con las demás”.

La referida tutela T-063, expone un tema que deja ver un discurso jurídico de la Corte que desconoce las directrices trazadas por Organismos supranacionales. Vg.

La situación de desprotección a la que está expuesta la población con discapacidad mental y psicosocial, fue advertida por la Organización Mundial de la Salud (OMS), en el documento titulado “Tener en cuenta a las personas con discapacidades mentales”³⁵⁴ en el que señaló que las personas con discapacidad mental y psicosocial se encuentran entre los grupos más marginados en los países en desarrollo. Según el informe, la mayoría de los programas de desarrollo y alivio de la pobreza no llegan a las personas con discapacidad mental o psicosocial, “[por ejemplo, un 75% a 85% de ellas no tienen ningún acceso a ninguna forma de tratamiento para sus trastornos mentales (...). Además, a los afectados no se les proporcionan oportunidades educativas y laborales que les permitan realizar todo su potencial.” Así mismo, estimó que una cuarta parte de la población mundial sufrirá algún trastorno mental a lo largo de la vida, lo cual representará una elevada mortalidad y discapacidad.

³⁵³ Charles Darwin. *El origen de las Especies*. Edición electrónica. Cap. IV En: www.uv.mx

³⁵⁴ http://www.who.int/mediacentre/news/releases/2010/mental_disabilities_20100916/es/index.html. comunicado de prensa del 16 de septiembre de 2010.

La OMS con el fin de que sean atendidas las necesidades de las personas con discapacidad mental y psicosocial, pide a los agentes del desarrollo que (i) reconozcan la vulnerabilidad de este grupo y se incluya en todas las iniciativas de desarrollo; (ii) amplíe los servicios de salud mental en la atención primaria; (iii) incluya a esas personas en programas generadores de ingresos y proporcionarles beneficios sociales y relacionados con su discapacidad; (iv) involucre a esa población en la elaboración de programas y proyectos de desarrollo; (v) incorpore la protección de sus derechos humanos en las políticas y legislaciones nacionales; (vi) incluya a los niños y adolescentes con discapacidad mental y psicosocial en los programas educativos; y (vii) mejoren los servicios sociales para las personas con este tipo de discapacidad.

En la sentencia T-227/10, en un caso en el que el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República omitió incluir la prima técnica en el salario del accionante, que sirvió de base para cotizar en el sistema General de pensiones, se lee lo siguiente:

“Vale la pena resaltar que el actor no es una persona de la tercera edad³⁵⁵, por lo tanto no es sujeto de especial protección constitucional, por otra parte, no reposa en el expediente prueba alguna del monto de la pensión que recibe el señor Cadavid Arango actualmente, puesto que ni él lo mencionó ni adjuntó copia de la resolución que le adjudicó la prestación. Adicionalmente, si bien dijo que con su pensión debía cubrir todos los gastos que su familia requería, - tales como el pago del estudio de los hijos, el pago de salud, una deuda hipotecaria, servicios públicos, administración y vestuario , - no hizo una relación de ingresos y egresos que permita a esta Sala concluir que con la mensualidad que está recibiendo no alcanza a resguardar su mínimo vital y como consecuencia tornar procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.”

La misma providencia de marzo 23, en otro aparte señala: “El actor cuenta con 60 años de edad.” Esta sentencia de Tutela, contraría disposiciones legales que establecen quien es un adulto mayor. Efectivamente, la ley 1276 de enero 5 de 2009, (vigente al momento de expedición de la Sentencia T-227/10), en su artículo

³⁵⁵Teniendo en cuenta que la Constitución no definió la edad en la que se inicia la tercera edad y por ende, empieza la protección especial. En principio, esta Corporación estableció como criterio útil para delimitar la pertenencia a la tercera edad, el hecho de sobrepasar la edad de expectativa de vida para los colombianos, que se fijó en 71 años. Lo anterior no obsta para que el juez, al evaluar las circunstancias concretas del caso, pueda establecer que una persona pueda ser beneficiaria de una especial protección constitucional, situación en la cual le corresponderá argumentar las razones en las que se basa para hacer tal inclusión. Ver aclaraciones de voto de las sentencias T-652 de 2009 y T-758 de 2009

7° expresa: **Adulto Mayor**. Es aquella persona que cuenta con sesenta (60) años de edad o más. A criterio de los especialistas de los centros vida, una persona podrá ser clasificada dentro de este rango, siendo menor de 60 años y mayor de 55, cuando sus condiciones de desgaste físico, vital y psicológico así lo determinen. La Corte, no se soporta en la definición legal, transcrita, sino que acude a lo que llama “criterio útil para delimitar la pertenencia a la tercera edad y resuelve que ésta empiece a los 71 años, que es el límite a la expectativa de vida de los colombianos y no protege los derechos del accionante, y adiciona un argumento que genera inseguridad jurídica. “La Constitución no definió la edad en la que se inicia la tercera edad y por ende, empieza la protección especial.”

En la sentencia T-844 de 2011, cuya *ratio decidendi* se resume así: “*revocabilidad de la adopción. cuándo se omiten trámites o requisitos legales para la declaratoria de adoptabilidad de un menor de edad, la adopción se tornara inválida y revocable con el fin de proteger los derechos del menor, teniendo el deber el ICBF (Instituto Colombiano de Bienestar Familiar) de ser más riguroso en sus procesos,³⁵⁶* “los magistrados de la Corte Constitucional están castigando a los niños maltratados y abandonados a la vulneración permanente y definitiva de sus derechos, condenándolos a convertirse en hijos del Estado, es decir, a cumplir los 18 años de edad recluidos en instituciones oficiales de asistencia.

Por cuenta de este fallo en el que se obliga al Estado a indagar hasta el sexto grado de consanguinidad por algún familiar dispuesto a quedarse con un niño antes de declararlo en adopción, en la práctica es casi imposible que el defensor de familia avance sin peligro disciplinario en la declaratoria de adoptabilidad de algún menor. A los funcionarios les toca ahora devolver al niño maltratado a la familia extensa cuantas veces sea necesario, viéndolo salir y entrar al Bienestar varias veces, porque siempre habrá un primo o bisabuelo que esté dispuesto a

³⁵⁶Jurisprudencia Colombiana. Publicación Electrónica, Legis: Bogotá. 20013

quedarse, un poco por vergüenza o lástima, con un niño que nunca quiso tener entre su casa”³⁵⁷.

Para octubre de 2015, la directora del ICBF, Cristina Plazas Michelsen, advierte que las adopciones en Colombia disminuyeron en un 62% desde 2012³⁵⁸, esta funcionaria aclara que la sentencia T-844/11 efectivamente obligaba a los defensores de familia a buscar hasta el sexto grado de consanguinidad, pero que en el Plan Nacional de Desarrollo se estableció un artículo que define un plazo para la búsqueda de la familia del menor.

“Esto quiere decir que los defensores deben buscar la familia del niño durante el término del acto administrativo que son: 4 meses prorrogables hasta 2 meses más, es decir, un máximo total de 6 meses y que con esto quedan solucionados los problemas que había generado esa sentencia. Ahora tiene que ser dentro de esos 6 meses”³⁵⁹.

La ley 1753 de 2015 “Por la cual se expide el plan nacional de desarrollo 2014-2018” todos por un nuevo país”, en su artículo 217, **ubicación en medio familiar**, que modificó el artículo 56 de la Ley 1098 de 2006 expresó:

“**Artículo 56. Ubicación en medio familiar.** Es la ubicación del niño, niña o adolescente con sus padres, o parientes cuando estos ofrezcan las condiciones para garantizarles el ejercicio de sus derechos y atendiendo su interés superior.

La búsqueda de parientes para la ubicación en medio familiar, cuando a ello hubiere lugar, se realizará en el marco de la actuación administrativa, esto es, durante los cuatro meses que dura la misma, o de la prórroga si fuere concedida, y

³⁵⁷Nicolás Uribe Rueda. *La Corte debe rectificar*. Bogotá Diario El Espectador 05 de julio de 2013, leído el 06 de julio de 2013 <http://www.elespectador.com/opinion/corte-debe-rectificar>

³⁵⁸El Colombiano. *Más de 4.000 niños esperan ser adoptados*. Medellín, <http://www.elcolombiano.com/mas-de-4-000-ninos-en-colombia-esperan-ser-adoptados-DG2844467>. diario. Publicado el 7 de octubre de 2015 y leído el 9 de octubre de 2015

³⁵⁹Cerca de 5000 niños en el país buscan familias adoptantes. <http://www.elcolombiano.com/colombia/cerca-de-5-000-ninos-en-el-pais-buscan-familias-adoptantes-AH2854046> Medellín, diario El colombiano. Publicado el 9 de octubre de 2015 y leído el 9 de octubre de 2015

no será excusa para mantener al niño, niña o adolescente en situación de declaratoria de vulneración. Los entes públicos y privados brindarán acceso a las solicitudes de información que en dicho sentido eleven las Defensorías de Familia, las cuales deberán ser atendidas en un término de diez (10) días. El incumplimiento de este término constituirá causal de mala conducta.

Si de la verificación del estado de sus derechos se desprende que la familia carece de recursos económicos necesarios para garantizarle el nivel de vida adecuado, la autoridad competente informará a las entidades del Sistema Nacional de Bienestar Familiar para que le brinden a la familia los recursos adecuados mientras ella puede garantizarlos.

En Sentencia C-900 de 2011, La Corte Constitucional hace un recorrido frente al tema de los conflictos, entre los derechos fundamentales a la libertad de cultos y conciencia vrs. Autonomía personal y Derecho a la vida así:

En la Sentencia T-659 de 2002¹, la Corte estudio el caso de una señora que profesaba la religión de los “Testigos de Jehová”, por lo que expresó, por escrito, su negativa a recibir transfusiones de sangre, no obstante su delicado estado de salud. El amparo fue solicitado por su esposo con el fin de lograr se realizara la transfusión, aún en contra de la voluntad de su esposa. La corporación negó el amparo por considerar que debía primar la decisión adoptada por la paciente conforme a su credo religioso, sin que fuera lícito obligarla a asumir otro comportamiento y señaló que la señora “era titular de los derechos fundamentales a la libertad de conciencia, al libre desarrollo de la personalidad y a la libertad de cultos y, según la fe que profesaba, debía rehusarse a que se le practicaran transfusiones de sangre, de modo que, siendo plenamente capaz, no era dable que a través de una orden impartida por el juez constitucional de tutela se contrariara su voluntad, manifestada por demás en forma consciente y reiterada y habiendo optado por la opción de que se le aplicara un tratamiento médico alternativo que a su juicio no contrariaba su fe.” En igual sentido, se encuentran las sentencias T-471 de 2005² y T-052 de 2010³ en donde se ha sostenido que “la decisión de no aceptar la transfusión de sangre constituye un acto razonado y legítimo del accionante, en tanto que fue voluntario, realizado en ejercicio de la autonomía, en acatamiento de su creencia religiosa y en el pleno ejercicio de sus derechos fundamentales a la libertad de conciencia, libre desarrollo de la personalidad y libertad de cultos”.

2.2.5.2.4. No obstante, la Corte ha señalado que la protección prevalente de los derechos de los niños, niñas y adolescentes es una razón válida para restringir el derecho del paciente o de su representante legal a objetar la realización de un procedimiento médico. En razón de ello ha señalado que ciertas determinaciones de los padres o los tutores no son constitucionalmente legítimas, por ejemplo, por cuanto ponen en peligro la vida de los menores de 18 años. Sobre el particular ha privilegiado los derechos de los niños frente a las creencias religiosas.

En la Sentencia T-411 de 1994 el médico tratante de una menor de edad interpuso acción de tutela en contra de los padres, con el fin de que se le amparara el derecho a la vida, consagrado en los artículos 11 y 44 de la Constitución Política. La madre había llevado a su consultorio a la niña, a quien le diagnosticó bronconeumonía, desnutrición y deshidratación, razón por la cual advirtió que debía ser hospitalizada inmediatamente. No obstante, no obtuvo su autorización por cuanto su culto religioso se lo impedía. La Corte consideró que no podía excluirse de la protección del Estado y de la sociedad a los niños, niñas o adolescentes, so pretexto de respetar las creencias religiosas de sus padres. Dijo entonces la Corte:

“No puede así excluirse de la protección del Estado y de la sociedad a un menor so pretexto de respetar las creencias religiosas de sus padres por más acendradas que estas se manifiesten. Jurídicamente es inconcebible que se trate a una persona —en el caso sub examine una menor— como un objeto de los padres, pues su estatuto ontológico hace que se le deba reconocer, en todo momento, el derecho a la personalidad jurídica (C.P., art. 14), la cual comporta la titularidad de los derechos fundamentales, y principalmente de los derechos a la vida, a la integridad física, a la salud y al libre desarrollo de la personalidad.

(...).

Las creencias religiosas de la persona no pueden conducir al absurdo de pensar que, con fundamento en ellas, se pueda disponer de la vida de otra persona, o de someter a grave riesgo su salud, y su integridad física, máxime, como ya se dijo, cuando se trata de un menor de edad, cuya indefensión hace que el Estado le otorgue una especial protección, de conformidad con el artículo 13 superior”.

Una situación similar fue abordada por esta corporación en la Sentencia T-474 de 1996⁽⁴⁵⁾. Allí era el adolescente, a quien le faltaban pocos meses para llegar a la mayoría de edad, el que se negaba a recibir un tratamiento de quimioterapia. La Corte autorizó que el padre prestara el consentimiento, ya que la situación era extrema, debido a la urgencia y necesidad de ese tratamiento, y en el entendido de que el menor no se oponía a la ayuda médica como tal, sino exclusivamente a la transfusión que podrían efectuarle. Sostuvo que “El tratamiento era entonces necesario no sólo para amparar la vida y salud sino también para proteger la estabilidad emocional del menor, que ha entendido que de él en gran medida depende que cuente con la posibilidad de un futuro” . Por consiguiente, en este caso, la Corte consideró

que, debido a esas circunstancias, primaba el deber estatal y parental de proteger la vida del menor.

En la Sentencia T-823 de 2002 la corporación precisó que cuando el paciente es menor de edad y requiere con suma urgencia la realización de un procedimiento médico puede prescindirse del consentimiento. Sobre el particular dijo:

“cualquier tipo de tratamiento, sea de carácter ordinario o invasivo, exige el consentimiento idóneo del paciente (bien sea manifestado de manera expresa o de forma tácita), so pena de incurrir en una actuación ilegal o ilícita susceptible de comprometer la responsabilidad médica. Sin embargo, existen situaciones excepcionales que legitiman a dichos profesionales para actuar sin consentimiento alguno, en acatamiento básicamente del principio de beneficencia. A saber: (i) En casos de urgencia, (ii) cuando el estado del paciente no es normal o se encuentre en condición de inconsciencia y carezca de parientes o allegados que lo suplan y; (iii) cuando el paciente es menor de edad”.

En igual sentido, en la Sentencia T-471 de 2005, la jurisprudencia reiteró que solo en los casos de las personas mayores de edad la decisión de no aceptar la transfusión de sangre constituía un acto razonado y legítimo del accionante. En dicha oportunidad se sostuvo:

“Reitera esta Sala de Revisión el criterio expuesto por la Corte Constitucional en la Sentencia T-474 de 1996, según el cual, en el Estado social de derecho, que reivindica al hombre como individuo libre y autónomo, incurso en continuo proceso evolutivo, epicentro de la organización política, fin y no medio de las acciones del Estado, el consentimiento del paciente se erige como manifestación expresa del principio constitucional que reconoce en él un ser razonable, dotado de entendimiento que posibilita la realización de su libertad, pues es su “razón” la única que puede válidamente determinar, previa información sobre las características y posibles consecuencias de un determinado tratamiento médico, si **lo acepta o no, decisión que será legítima y constitucional siempre que provenga de un individuo plenamente capaz** y que con ella éste no incumpla con la obligación que tiene de brindarse a sí mismo el cuidado integral que su persona requiera, o con el deber de no infringir con sus decisiones daño a terceros o a la colectividad (resaltado fuera del texto).

Esta misma posición se ha reiterado en la Sentencia T-052 de 2010, en donde nuevamente se afirma que el rechazo a procedimientos médicos en razón de las creencias religiosas, es válido siempre y cuando provenga de individuos plenamente capaces:

“Según la línea jurisprudencial expuesta, cuando se trata de procedimientos médicos que deban rehusar las personas en virtud de sus creencias religiosas, la Corte ampara el derecho fundamental a la libertad de cultos, siempre que exista el consentimiento informado del paciente, otorgado por

sujeto plenamente capaz, de manera voluntaria, libre y razonada y en virtud de la autonomía personal de que es titular, verificando en todo caso, que no incumpla con la obligación que tiene de preservar en todo momento su vida, integridad personal y su salud y además que, con ello no cause daño a los demás”.

2.2.5.2.5. Se concluye entonces que, según la línea jurisprudencial expuesta, la Corte ampara el derecho fundamental a la libertad de cultos y de conciencia cuando los pacientes rehúsan la práctica de procedimientos médicos en virtud de sus creencias, siempre que exista el su consentimiento informado, otorgado por sujeto plenamente capaz, de manera voluntaria, libre y razonada y en virtud de la autonomía personal de que es titular. Por el contrario, en el caso de los niños, niñas y adolescentes la protección del derecho a la vida y a la integridad personal de los infantes es un deber prioritario y por tanto, resultan, en principio, admisibles aquellas medidas que garantizan la primacía de sus derechos, incluso en contra la determinación de los padres³⁶⁰.

1.6 Megapensiones

La sentencia C-258/13 pone límites a las pensiones de congresistas y magistrados. “las pensiones reconocidas al amparo del artículo 17 de la ley 4a de 1992, con abuso del derecho o con fraude a la ley, en los términos del acápite de conclusiones de esta sentencia plantea que se revisaran por los representantes legales de las instituciones de seguridad social competentes, quienes podrán revocarlas o reliquidarlas, según corresponda, a más tardar el 31 de diciembre de 2013.

1.7 Arancel Judicial

En su providencia C-368/11 la Corte Constitucional colombiana expresó: El establecimiento de arancel judicial no desconoce los principios de gratuidad y acceso a la administración de justicia estipulado en el art. 229 de la Constitución Política “*. Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado, en la medida que se trata de una contribución*

³⁶⁰ Jurisprudencia y Doctrina, Bogotá: Ed. Legis. Edición electrónica, 2013

parafiscal que resulta razonable y proporcionada a la finalidad constitucional que persigue, al referirse a la demanda incoada contra la ley 1394/10 (ya derogada por la ley 1653/13, pero que esencialmente mantiene similares disposiciones, especialmente cuando esta última disposición, expresa:

“ARTÍCULO 2o. NATURALEZA JURÍDICA. El arancel judicial es una contribución parafiscal destinada a sufragar gastos de inversión de la Administración de Justicia.

Los recursos recaudados con ocasión del arancel judicial serán administrados por el Fondo para la Modernización, Fortalecimiento y Bienestar de la Administración de Justicia.

PARÁGRAFO. La partida presupuestal de inversión que anualmente asigna el Gobierno Nacional al sector jurisdiccional no podrá ser objeto, en ningún caso, de recorte, so pretexto de la existencia de los recursos adicionales recaudados por concepto de arancel.

ARTÍCULO 3o. SUJETO ACTIVO. El arancel judicial se causa a favor del Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, con destino al Fondo para la Modernización: Descongestión y Bienestar de la Administración de Justicia. El arancel judicial constituirá un ingreso público a favor del Sector Jurisdiccional de la Rama Judicial.

ARTÍCULO 4o. HECHO GENERADOR. El arancel judicial se genera en todos los procesos judiciales con pretensiones dinerarias, con las excepciones previstas en la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia y en la presente ley

ARTÍCULO 5o. EXCEPCIONES. No podrá cobrarse arancel en los procedimientos arbitrales, de carácter penal, laboral, contencioso laboral, de familia, de menores, procesos liquidatorios, de insolvencia, de jurisdicción voluntaria, ni en los juicios de control constitucional o derivados del ejercicio de acciones de tutela, populares, de grupo, de cumplimiento y demás acciones constitucionales. No podrá cobrarse arancel judicial a las personas jurídicas de derecho público, salvo las que pertenezcan al sector financiero o que sean vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, sin importar su naturaleza jurídica y los colectores de activos públicos señalados como tales en la ley cuando sean causahabientes de obligaciones dinerarias de alguna entidad del sector financiero.

En los procesos contencioso administrativos diferentes al contencioso laboral, cuando el demandante sea un particular, se causará y pagará el arancel judicial de acuerdo con las reglas generales previstas en la presente ley. Sin

embargo, en caso de que prosperen total o parcialmente las pretensiones, el juez ordenará en la sentencia que ponga fin al proceso la devolución, total o parcial, del arancel judicial y dará aplicación al parágrafo 1o del artículo 8o de esta ley.

Cuando el demandante sea una persona natural y en el año inmediatamente anterior a la presentación de la demanda no hubiere estado legalmente obligada a declarar renta, o cuente con amparo de pobreza, el pago del arancel judicial estará a cargo del demandado vencido en el proceso. En este caso, la base gravable serán las condenas económicas decretadas en la sentencia. El juez que conozca del proceso, al admitir la demanda, reconocerá tal condición, si a ello hubiere lugar. La circunstancia de no estar obligado a declarar renta es una negación indefinida que no requiere prueba.

En los procesos contencioso administrativos diferentes al contencioso laboral cuando el demandado sea un particular, se aplicará la misma regla prevista en el inciso anterior para las personas que no están legalmente obligadas a declarar renta.

Cuando se demande ante una autoridad administrativa en ejercicio de función jurisdiccional en aquellos asuntos en los que esta y el juez tengan competencia a prevención para conocer de la actuación, el arancel judicial se causará a favor de la autoridad administrativa respectiva.

PARÁGRAFO 1o. *Quien utilice información o documentación falsa o adulterada, o que a través de cualquier otro medio fraudulento se acoja a cualquiera de las excepciones previstas en el presente artículo, deberá cancelar, a título de sanción, un arancel judicial correspondiente al triple de la tarifa inicialmente debida, sin perjuicio de las sanciones penales a que hubiere lugar.*

PARÁGRAFO 2o. *En las sucesiones procesales en las que el causante hubiere estado exceptuado del pago del arancel judicial, será obligatorio su pago, salvo que el causahabiente, por la misma u otra condición, se encuentre eximido. El juez no podrá admitir al sucesor procesal sin que este hubiere pagado el arancel judicial, cuando a ello hubiere lugar.*

PARÁGRAFO 3o. *En los procesos de reparación directa no se cobrará arancel judicial siempre que sumariamente se le demuestre al juez que el daño antijurídico cuya indemnización se reclama ha dejado al sujeto activo en situación de indefensión, de tal manera que cubrir el costo del arancel limita su derecho fundamental de acceso a la administración de justicia. En estos eventos, el juez deberá admitir la demanda de quien alegue esta condición y decidir de forma inmediata sobre la misma. El Gobierno Nacional reglamentará la materia.*

PARÁGRAFO 4o. *Serán sujetos de exención de arancel judicial las víctimas en los procesos judiciales de reparación de que trata la Ley 1448 de 2011.*

Es menester recordar lo prescrito en el art. 2 de la Constitución Política que al señalar los fines esenciales del Estado, indica que son :”servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.” (Negrilla extratexto) y lo dispuesto en el Preámbulo de la C.P. ...asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, **la justicia**, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo.

Sobre la entropía, como consecuencia, se advierte que se traduce en que todo sistema tiende progresivamente a presentar un conjunto de eventos cada vez más desordenados, resta afirmar que son los factores de orden **político**, aquellos que más profundamente inciden en el desempeño entrópico y ulteriormente caótico de los conglomerados sociales. Estas afirmaciones tienen plena validez porque que las personas con propensión a la política que logran llegar a cargos de gobernantes, tienen los índices de ego más elevados en la sociedad; esto implica que todas sus acciones y actividades apuntarán hacia sus intereses personales descuidando casi totalmente el interés colectivo³⁶¹

Como parte de esas consecuencias, se hace necesario manifestar que la seguridad jurídica es la cualidad del ordenamiento que produce certeza y confianza en el ciudadano sobre lo que es Derecho en cada momento y sobre lo que, previsiblemente lo será en el futuro. La seguridad jurídica “establece ese clima cívico de confianza en el orden jurídico, fundada en pautas razonables de previsibilidad, que es presupuesto y función de los Estados de Derecho. Supone el

³⁶¹<http://transfilosofia.blogspot.com/2013/06/entropia-social-y-teoria-del-caos-social.html>

conocimiento de las normas vigentes, pero también una cierta estabilidad del ordenamiento³⁶². La seguridad jurídica entendida como uno de los fines del Estado. Hay seguridad jurídica cuando el Derecho protege de forma eficaz un conjunto de intereses de la persona humana que se consideran básicos para una existencia digna. La concepción de la seguridad jurídica va unida a dos ideas claves: la concepción liberal del Estado y la doctrina del "Estado de Derecho". El Estado liberal considera su misión primordial asegurar la libertad de los ciudadanos frente al Estado mismo. En cuanto al Estado de Derecho se entiende por tal en el que el ejercicio del poder en todas sus direcciones está sometido a reglas jurídicas que aseguran las libertades y derechos de los ciudadanos frente al Estado mismo. Lo que caracteriza por tanto el Estado de Derecho al menos en su concepción originaria, es esa limitación del poder estatal en beneficio del conjunto de derechos reconocidos al ciudadano, que son considerados no como una concesión de la ley, sino como verdaderos derechos "naturales" anteriores y superiores al Estado, puesto que éste justifica precisamente en la medida en que los ampara y los hace efectivos³⁶³. Y sobre el tema de la incertidumbre social para efectos de esta investigación debe entenderse, como el grado de perplejidad o duda derivado de un asunto, lo que equivale a la inseguridad que el conglomerado de la sociedad puede experimentar ante determinado suceso.

Así mismo, como otra consecuencia adicional de los diferentes conflictos, se presenta ineficacia de la acción de tutela e indolencia del Estado social de derecho que puede derivar en su derrumbe. Las situaciones que se mencionarán, dan cuenta de éste predicado.

³⁶² Antonio-Enrique Pérez Luño, *La seguridad jurídica*. Barcelona: ed. Ariel, 1991 p.25

³⁶³ Didier Prieto Russi. <http://sociologiaderecho11.blogspot.com/2011/04/concepto-y-finalidad-del-derecho-d.html>

La Corte Constitucional, a través de la sentencia T-153 de 1998, declaró el estado de cosas inconstitucional³⁶⁴ en los establecimientos carcelarios y penitenciarios por la vulneración masiva de derechos fundamentales debida a causas estructurales que atañen al Estado colombiano. De acuerdo con la Defensoría del Pueblo, el hacinamiento llega a la escandalosa proporción del 200%. Son seis los detenidos por hora, pero la Policía no sabe a dónde llevarlos. El mal es sistémico: muchas instituciones están fallando en algún punto, volviendo la inhumana realidad de los reclusos un círculo vicioso. Pese a que de vez en cuando los titulares de la prensa denuncian esta situación, y se oyen algunas voces con argumentos en contra, es más bien poco lo que se ha hecho 16 años después, para que la situación mejore³⁶⁵.

Posteriormente, en sentencia T-388 de 2013 la Corte Advirtió que el sistema penitenciario se encuentra de nuevo en un Estado de cosas inconstitucional. Esta última providencia, difiere de la de 1998 al plantear que el hacinamiento es derivado de las dificultades estructurales de la política criminal en todas sus fases y no únicamente en su fase carcelaria concluye que si en tres años persisten los niveles dramáticos de hacinamiento y la violación masiva de los derechos fundamentales de los reclusos de cinco centros carcelarios(La modelo de Bogotá, Bellavista de Medellín, San Isidro de Popayán y las cárceles de Cúcuta y Barrancabermeja), se ordenará el cierre definitivo o hasta que se asegure el goce efectivo de la dignidad humana y demás garantías a la población carcelaria. En el caso de la cárcel La Tramacué de Valledupar, el plazo se redujo a dos años para

³⁶⁴ El Estado de cosas inconstitucionales, se aplica en casos en los que se dan situaciones de victimización de grupos de personas por violación de sus derechos fundamentales en forma estructural, sistemática y continua. Casos en los que las decisiones dejan de ser *inter partes* y se tornan en *inter pares*, es decir aplicables a aquellos casos que sean semejantes, para beneficiar a otras personas puestas en idéntica situación. Esta figura, implica entonces, la violación concurrente de múltiples derechos fundamentales, la afectación de un gran número de personas, la necesidad de concurrencia de distintas entidades para implementar la solución. En Colombia, la primera vez que la Corte Constitucional, declaró esta figura, fue con la sentencia SU-559/97

³⁶⁵ El Espectador. Diario, Bogotá. Editorial "*Hacinamiento Carcelario*", publicado y leído Enero 6 de 2015 <http://www.elespectador.com/opinion/editorial/hacinamiento-carcelario-articulo-536492>

atender las órdenes del fallo, especialmente por los problemas en el suministro del agua y la sentencia, plantea dos situaciones particulares:

La política criminal y carcelaria de un Estado social y democrático de derecho, fundado en la dignidad humana, debe respetar hasta donde sea posible el derecho fundamental a la libertad de toda persona. Todo ser humano, en una sociedad libre y democrática, salvo que sea estrictamente necesario y proporcionado encarcelarlo, debe poder vivir en libertad. De hecho, la política criminal no sólo debe ser respetuosa de la libertad, debe promover su respeto, su protección y su garantía. Debe entender que el derecho penal es la *última ratio*, tanto para la decisión de cuándo encarcelar, como para las decisiones de cómo hacerlo y hasta cuándo.

En aquellos casos en los que se esté enfrentando una situación de hacinamiento grave y evidente, y hasta tanto no se disponga una medida que asegure una protección igual o superior, se deberá aplicar una regla de *equilibrio decreciente*, según la cual se permita el ingreso de personas al establecimiento siempre y cuando no se aumente el nivel de ocupación y se haya estado cumpliendo el deber de disminuir constantemente el nivel de hacinamiento. Es decir, la regla de equilibrio decreciente, consiste en que sólo se podrá autorizar el ingreso de personas al centro de reclusión si y sólo si (i) el número de personas que ingresan es igual o menor al número de personas que salgan del establecimiento de reclusión, durante la semana anterior, por la razón que sea (por ejemplo, a causa de un traslado o por obtener la libertad), y (ii) el número de personas del establecimiento ha ido disminuyendo constantemente, de acuerdo con las expectativas y las proyecciones esperadas. La aplicación de esta regla permite asegurar, por una parte, la realización progresiva, efectiva y sostenible de los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad, sin imponer el obstáculo que conlleva impedir por completo, y sin excepciones, que personas

sindicadas o condenadas puedan ser remitidas a importantes centros de reclusión, hasta tanto no se solucione completamente el problema de hacinamiento.

Finalmente, esta última providencia en lo referente al eventual cierre de establecimientos, expresó:

Es evidente que algunas de las construcciones actuales son obsoletas y están en malas condiciones. Deben ser remplazadas. No pueden seguir siendo utilizadas por las diversas razones manifestadas a lo largo de esta sentencia (deterioro físico, mala calidad de sus instalaciones sanitarias e higiénicas, diseños arquitectónicos y espaciales que propician el riesgo de violaciones a los derechos fundamentales de la población reclusa). La rama ejecutiva del poder público, a través del Departamento de Planeación Nacional, ha recomendado que “[...] el proceso de construcción de nueva infraestructura [no sólo debe atender] la población creciente sino [permitir] reponer la infraestructura obsoleta.” El Gobierno Nacional ha reconocido también, que muchos de los centros carcelarios son tan obsoletos que no es posible modificarlos para aumentarlos en su capacidad. Sólo pueden ser mantenidos y conservados. La Sala exhorta al Gobierno Nacional para que considere la posibilidad de cerrar definitivamente estos centros penitenciarios y carcelarios y convertirlos en lugares donde se conserve la memoria de las tragedias que ocurrieron en esas edificaciones.

Y plantea la necesidad de que el Ejecutivo busque un uso más eficaz y eficiente del poder punitivo, al expresar:

Un cambio de castigo.

El cometido de las autoridades encargadas del Sistema penitenciario y carcelario no es sólo reformar lo que hay. No se trata de actualizar los viejos centros penitenciarios y carcelarios, poniendo al día los aparatos de presión, de control y castigo, que se han venido estableciendo como la forma primigenia de sanción en el país, desde el siglo XIX. La sociedad y el Estado tienen el deber de crear y diseñar formas de sanción y de castigo acordes con la dignidad humana, e inspirados en el respeto de los derechos de todas las personas (tanto de las víctimas, las personas privadas de la libertad, los familiares y allegados de unos y otros, y de las personas que se desempeñan los oficios y funciones públicas de las cuales dependen la implementación de aquellas sanciones y castigos).

Las condiciones indignas de reclusión son una realidad inconcebible e inaceptable en el Sistema penitenciario y carcelario. El castigo penal debe ser

reducido a sus justas proporciones, constituyéndose, efectivamente, en el último argumento que tiene una sociedad en contra de una persona que comete un grave acto de criminalidad.

Los numerales segundo y tercero de la sentencia T-388/13 son del siguiente tenor:

Segundo.- DECLARAR que el Sistema penitenciario y carcelario nuevamente está en un estado de cosas contrario a la Constitución Política de 1991, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Tercero.- ORDENAR al Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Justicia y del Derecho y al INPEC que convoque al Consejo Superior de Política Criminal para que continúe tomando las medidas adecuadas y necesarias para superar el estado de cosas inconstitucional penitenciario y carcelario, teniendo en cuenta, de forma preponderante, los parámetros establecidos en el capítulo (8) y el apartado (10.3.) de las consideraciones de la presente sentencia.

Por Auto 110 de junio 5 de 2013, la Corte Constitucional fijó plazos a Colpensiones para resolver solicitudes pensionales de acuerdo a unos grupos de atención prioritaria, fijados por la misma Corte en los fundamentos jurídicos de la providencia. La parte resolutive del referido Auto, estableció:

“Primero.- Disponer con efectos inter comunis que a partir de la fecha de proferimiento esta providencia y hasta el 31 de diciembre de 2013, los jueces de la República, al momento de resolver las acciones de tutela por violación del derecho de petición de solicitudes radicadas en su momento ante el ISS, o contra resoluciones en que el ISS resolvió sobre el reconocimiento de una pensión o, sobre los incidentes de desacato por tutelas concedidas por acciones u omisiones de la misma entidad, seguirán las siguientes reglas: 1) en los casos en que se cumplan las reglas de procedibilidad formal y material de la acción de tutela (SU-975/03 f.j. 3.2.2.), el juez concederá la tutela del derecho de petición o el reconocimiento de la pensión, según el caso, pero dispondrá que Colpensiones tiene hasta el 31 de diciembre de 2013 para cumplir el fallo de acuerdo al orden de prioridad de que trata esta providencia, salvo en el caso de las personas ubicadas en el grupo con prioridad uno, evento en el cual deberá acatarse la sentencia dentro del término dispuesto en el numeral segundo de la parte resolutive de esta providencia y; 2) Colpensiones tendrá hasta el 31 de diciembre de 2013 para cumplir las sentencias de tutela que ordenaron la contestación de una petición o el reconocimiento de una pensión, por lo que las sanciones por desacato dictadas a la fecha de proferimiento de este auto se entenderán suspendidas hasta dicho momento (Supra 30 a 39).

Segundo.- *Quedan excluidas de la restricción de que trata el numeral primero de la parte resolutive de esta providencia, las personas ubicadas en el grupo con prioridad uno referido en el fundamento jurídico 37 de la misma. En ese sentido, cuando la acción de tutela sea presentada por alguna de ellas, el juez seguirá la jurisprudencia constitucional corriente sobre derecho de petición (SU-975/03 f.j. 3.2.2.), procedibilidad de la acción de tutela, e imposición de sanciones por desacato. En este último evento, sin embargo, las sanciones por desacato solo serán posibles a partir del 30 de agosto de 2013, por lo que las dictadas a la fecha de proferimiento de este auto, se entenderán suspendidas hasta dicha data. Igualmente, al resolver la modalidad de protección, el juez ordenará al ISS que dentro de los tres días siguientes a la comunicación de la providencia, si aún no lo hubiere hecho, envíe el expediente pensional a Colpensiones, y a esta última que resuelva la petición o reconozca la pensión, según el caso, dentro de los cinco días siguientes al recibo del mismo o la comunicación de la providencia, en el evento en que ya lo tuviere en su poder. De la misma forma procederá, de oficio o a petición de parte, cuando ya hubiere fallado, incluso sin vincular a la liquidadora del ISS, sin que por ello se genere nulidad. Finalmente, el juez deberá requerir al ISS y Colpensiones para que informen sobre la base salarial del último año de servicios del afiliado, e indicar a los accionantes sobre la posibilidad de acceder a su historia laboral a través de la página web de Colpensiones con el número y fecha de expedición de la cédula de ciudadanía (Supra 42).*

Tercero.- *Advertir a los jueces de la República que cuando la acción de tutela se presente por la presunta infracción del derecho de petición de solicitudes radicadas ante Colpensiones o contra las resoluciones de Colpensiones que resuelvan sobre el reconocimiento de una pensión, no se aplicarán las restricciones excepcionales dispuestas en los numerales primero y segundo de la parte resolutive de esta providencia, de modo que se seguirán las reglas jurisprudenciales corrientes sobre derecho de petición, procedibilidad de la acción de tutela, órdenes de protección constitucional, cumplimiento de la sentencia e imposición de sanción por desacato (Supra 43).*

Cuarto.- *Ordenar a Pedro Nel Ospina Santa María en su calidad de presidente de Colpensiones o quien haga sus veces, (i) que dentro de los cinco primeros días de cada mes y hasta el 31 de diciembre de 2013, rinda un informe a la Corte en el cual señale el avance, estancamiento o retroceso en el proceso de transición del ISS en liquidación a Colpensiones. El informe deberá contener las medidas concretas adoptadas durante el periodo, el número de peticiones contestadas y sin responder, la cantidad de sentencias cumplidas y sin acatar, y el tiempo estimado en que resolverá y cumplirá la totalidad de solicitudes y fallos judiciales, discriminadas de acuerdo a su respectiva prioridad o ausencia de ella, tipo de prestación o petición. En el mismo término, el informe deberá ser ubicado en la página web de la entidad en un lugar de fácil visibilidad y acceso, y remitido al Defensor del Pueblo y a la Procuradora Delegada para los Asuntos del Trabajo y la Seguridad Social; (ii) que dentro de los tres días siguientes a la comunicación de esta providencia, explique a sus usuarios a través de su página web y puntos de atención, de manera clara y transparente*

el contenido de esta providencia, y adopte las medidas necesarias para superar las dificultades relacionadas con la notificación personal de las acciones judiciales formuladas contra la entidad. En el mismo término deberá comunicar a las Salas Administrativas de cada uno de los Consejos Seccionales de la Judicatura, el lugar dispuesto para notificaciones personales y; (iii) que dentro del mes siguiente a la comunicación de esta providencia, adopte las medidas necesarias para profundizar la atención de los grupos prioritarios uno, dos y tres de que trata este auto (Supra 30 a 39), de acuerdo con lo dispuesto en la parte motiva de esta decisión. En el mismo término deberá rendir informe a la Corte en el que dé cuenta del cumplimiento de las órdenes dispuestas en esta providencia, y enviar copia del mismo al Defensor del Pueblo y a la Procuradora Delegada para los Asuntos del Trabajo y la Seguridad Social (Supra 43 y 45).

Quinto.- Advertir a Pedro Nel Ospina Santa María en su calidad de presidente de Colpensiones o quien haga sus veces, que en el marco de sus competencias deberá tomar las medidas necesarias para asegurar que el presupuesto, el personal y la infraestructura de la entidad sean suficientes para cumplir con el “plan de acción para corregir el atraso estructural del régimen de prima media” y las metas fijadas a 31 de diciembre de 2013 y; (ii) que la ausencia de prioridad de las peticiones de reliquidación pensional de que trata esta providencia, no afecta la orden dispuesta por esta Corte en la sentencia C-258 de 2013, por lo que deberá adoptar las medidas indispensables para el cabal cumplimiento de esta última, sin perturbar en modo alguno el proceso de descongestión que sigue Colpensiones.

Sexto.- Ordenar al apoderado general de la Fiduprevisora S.A. Liquidador ISS en Liquidación o quien haga sus veces, que en los cinco días siguientes a la comunicación de esta providencia, (i) defina una fecha cierta en la cual entregará la totalidad de expedientes administrativos a Colpensiones; (ii) sin afectar negativamente el actual proceso de traslado de expedientes, cree un grupo de trabajo que concentre sus esfuerzos en atender los requerimientos judiciales y administrativos efectuados sobre el traslado de los expedientes administrativos de los afiliados que hacen parte del grupo con prioridad uno de que trata esta providencia; (iii) tome las medidas necesarias para garantizar que los expedientes en poder de la entidad sean transferidos con información completa. En particular, deberá subsanar las fallas identificadas por el Defensor del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación (Supra 4.5 y 5) e; (iv) incluir un vínculo en la página web de la entidad, de fácil visibilidad y acceso, en el cual consigne un listado del número de expedientes pendientes de traslado, y el flujo semanal y mensual de los que se transfieran a Colpensiones luego de la comunicación de esta providencia. La información deberá actualizarse por lo menos una vez por semana (Supra 47).

Séptimo.- Solicitar al Defensor del Pueblo y a la Procuradora Delegada para los Asuntos del Trabajo y la Seguridad Social, que en el ámbito de sus competencias realicen seguimientos en relación con el cumplimiento de este auto, y adopten las actuaciones que sean del caso para verificar el avance o la persistencia de dificultades en el trámite de transición del ISS en liquidación a

Colpensiones, realizando las recomendaciones que estimen pertinentes para cumplir con la protección efectiva de los derechos fundamentales de los afiliados afectados por dicho proceso (Supra 48).

Octavo.- *Solicitar a la Relatoría y al Área de Sistemas de la Corte Constitucional, que dentro de las doce horas siguientes a la comunicación de esta providencia, ubiquen un vínculo de fácil visibilidad y acceso en la página web de inicio de la Corporación, en el que los jueces de la República y los usuarios del ISS en liquidación y Colpensiones, puedan acceder a esta providencia.”*

Posteriormente, por Auto 320 de diciembre 19 de 2013, en los numerales 3° y 4° de la parte resolutive, la Corte expresó:

“Tercero.- Declarar parcialmente incumplidas las siguientes obligaciones, contenidas en el numeral cuarto de la parte resolutive del Auto 110 de 2013: (i) contestar a 31 de diciembre de 2013 las peticiones prestacionales radicadas ante el ISS; (ii) acatar a 31 de diciembre de 2013 las sentencias de tutela que ordenaron responder una petición pensional y; (iii) adoptar las medidas necesarias para profundizar la atención de las personas cuyos reclamos hacen parte de la represa del ISS.

Cuarto.- Declarar incumplidas las siguientes obligaciones, contenidas en los numerales cuarto y quinto de la parte resolutive del Auto 110 de 2013: (i) acatar a 31 de diciembre de 2013 las sentencias ordinarias que condenaron al ISS al reconocimiento y pago de una prestación; (ii) proferir actos administrativos de calidad al contestar las peticiones prestacionales y cumplir los fallos judiciales, en sus dimensiones de garantizar que antes de resolver sobre la respectiva petición el expediente prestacional, y en particular la historia laboral del afiliado, cuente con información completa y actualizada y; asegurar que la respuesta a las peticiones sea motivada, eficaz, de fondo y congruente con lo pedido y; (iii) adoptar las medidas necesarias para asegurar que el presupuesto, el personal y la infraestructura de la entidad sean suficientes para cumplir las metas propuestas a 31 de diciembre de 2013.”

A través del Auto 259 del 21 de agosto de 2014, la Corte Constitucional suspendió la imposición y ejecución de sanciones por desacato a acciones de tutela falladas contra Colpensiones³⁶⁶, según lo dispuesto en el Auto 320 del 2013. De acuerdo

³⁶⁶La Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, es una Empresa Industrial y Comercial del Estado organizada como entidad financiera de carácter especial, vinculada al

con la Corte, la medida “es idónea y necesaria”, pues genera un ambiente propicio para la satisfacción de las metas propuestas a octubre y diciembre del 2014. “La interrupción de efectos de las sanciones por desacato de estos colectivos facilita la aplicación del principio de equidad ante las cargas públicas, permite destinar una mayor capacidad de respuesta a trámites prioritarios.” Por otro lado, la corporación a inició el trámite de un incidente de desacato contra el presidente de Colpensiones, Mauricio Olivera, ante el reiterado incumplimiento de las órdenes de calidad en los actos administrativos y de acatamiento oportuno de sentencias que ordenaron el pago de una pensión³⁶⁷.

la Corte Constitucional, por medio de la Sentencia T-774 de diciembre 18 de 2015, declaró superado el estado de cosas inconstitucional por la transición del Instituto de Seguro Sociales (ISS) a la Administración Colombiana de Pensiones - Colpensiones y archivó el trámite incidental de desacato seguido contra su presidente, Mauricio Olivera. La decisión explicó que mientras en octubre del 2013 el total de peticiones prestacionales con términos vencidos ascendía a 287.238, en noviembre del 2015 ese número disminuyó a 21.329. Respecto a los amparos de tutela interpuestos contra dicha entidad, la Corte encontró que en septiembre del 2013 la administradora contaba con 63.921 acciones pendientes de cumplimiento, en noviembre del 2015 esa cifra bajó a 12.081. Empero, la Corte consideró necesario dictar algunas órdenes encaminadas a avanzar en la protección de los derechos fundamentales de los usuarios de la entidad que continúan siendo lesionados, aunque en un menor número³⁶⁸.

Por Sentencia T-760 de 2008, la Corte Constitucional aborda varios casos en los que se invoca la protección del derecho a la salud –concretamente, el acceso a

Ministerio de Trabajo. hace parte del Sistema General de Pensiones y tiene por objeto la administración estatal del Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

³⁶⁷Corte constitucional. Auto 259, ag 21/14

³⁶⁸<http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/Administracion-Publica/conozca-el-fallo-que-declaro-superado-el-estado-de-cosas-inconstitucional-en-materia-pensional.asp> marzo de 2016

servicios de salud que se requieren—, cuya solución ha sido clara y reiterada en la jurisprudencia de esa Corporación. Esta sentencia realizó un diagnóstico pormenorizado al Sistema de salud en Colombia y de ella se desprendieron más de 20 órdenes impartidas a los actores del sistema que se han cumplido a medias, porque la situación del sistema de seguridad social en salud se ha deteriorado paulatinamente. Para algunos actores, como el Director de la Corporación para el desarrollo de la Seguridad social el referido fallo tiene la dificultad de no abordar el tema de la sostenibilidad financiera del Sistema ni su impacto económico³⁶⁹.

En este orden de ideas, según un informe de la Defensoría del pueblo colombiana, En 2014, fueron instauradas 498.200 acciones de tutela. Casi el 24 por ciento del total, 118.281, se radicaron por supuestos incumplimientos en salud. El estudio más reciente de la Defensoría indica que cada 4 minutos “fue presentado ante los jueces un recurso de amparo constitucional para invocar el derecho fundamental a la salud”. Los servicios que más demandaron los ciudadanos tuvieron que ver con tratamientos (23,9 por ciento), suministro de medicamentos (16 por ciento), citas médicas con especialistas (12,5 por ciento), entrega de insumos médicos (10,2 por ciento) y cirugías (9,6 por ciento). La Defensoría señala, además, que “tanto en el régimen contributivo como en el subsidiado, son los requerimientos de prótesis e insumos los que presentan el mayor incremento, al pasar de 20.332 en 2013 a 23.243 en 2014, para una variación del 14,3 por ciento³⁷⁰”.

³⁶⁹Ámbito jurídico. ¿Puede el Derecho curar al sistema de Salud? Ed. Legis N° 351 Agosto de 2012 Bogotá. , leído en marzo 1 de 2015.

³⁷⁰<http://www.elcolombiano.com/cada-4-minutos-hay-tutela-en-salud-DF2575885><http://www.elcolombiano.com/cada-4-minutos-hay-tutela-en-salud-DF2575885> *Cada 4 minutos hay tutela en salud*. Diario: El Colombiano. Publicado el 21 de agosto de 2015, leído en agosto 21 de 2015

Como características generales de la acción de tutela, la doctrina colombiana ha destacado³⁷¹:

a) La de propiciar a todas las personas el acceso a la justicia.

b) La concreción y realidad, entendida como la posibilidad de permitir que el país se ocupe de la realidad de las relaciones de la vida social colombiana. Realidades evidentes como la violencia frente a las minorías, el desorden estatal para atender las peticiones ciudadanas en lo referente a temas fundamentales como la necesidad de unas condiciones mínimas de existencia digna.

c) Informalidad y trámite preferencial. Asumiendo que la justicia no puede sacrificarse por las meras formalidades y que el trámite preferencial busca evitar la morosidad judicial y la indefinición de los derechos. Es necesario recordar, que el art. 86 constitucional, estableció: que En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución. El exceder ese plazo para un juez de tutela, deriva en un procedimiento disciplinario.

d) El juez de tutela como juez poderoso, toda vez que sólo el juez de tutela puede restituirle la integridad a los derechos fundamentales dando órdenes y esas órdenes son las que materializan el amparo concedido.

e) Hacer del derecho constitucional un Derecho común. La acción de tutela despoja al derecho constitucional de la falsa idea de derecho de élites, manejable solamente por expertos y lo convierte en un objeto digno del cuidado de todos³⁷².

De las referidas características, se debe hacer énfasis en la descrita en el literal d), toda vez que esas órdenes,, exhortos, llamados a prevención, emitidos para materializar los amparos concedidos en ocasiones se incumplen por los destinatarios de esas órdenes. El decreto 2591 de 1991. *por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política*, en el inciso final del artículo 27, dispone: “En todo caso, el juez establecerá los demás efectos del fallo para el caso concreto y mantendrá la competencia hasta que esté completamente restablecido el derecho o eliminadas las causas de la amenaza”.

Ese mismo artículo 27 al referirse al cumplimiento del fallo, establece:

³⁷¹Manuel F. Quinche Ramírez, *La Acción de tutela. El amparo en Colombia*. Bogotá: Ed. Temis, 2015,p.22

³⁷²Gustavo Zagrebelsky. *El Derecho dúctil*. Madrid, Ed. Trotta. 1999 p.153

“Proferido el fallo que conceda la tutela, la autoridad responsable del agravio deberá cumplirla sin demora”.

Lo anterior, se traduce en que el fallo tiene efectos inmediatos, por tanto con el vencimiento del plazo otorgado para cumplir lo ordenado se evidencia el desacato. Tanto el sistema interno colombiano como el sistema interamericano plantean que todas las actuaciones judiciales destinadas a proteger derechos fundamentales, culminan cuando ha sido restituida la integridad de los derechos fundamentales vulnerados y cuando se cumplan las órdenes de protección que se emitan.

Lo afirmado se corrobora con la parte resolutive de las sentencias de la Corte Interamericana de derechos humanos, en la cual se expresa: “La Corte supervisará el cumplimiento íntegro de este Fallo, en ejercicio de sus atribuciones y en cumplimiento de sus deberes conforme a la Convención Americana, y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en aquél.

Dentro del plazo de un año a partir de su notificación el Estado deberá rendir a la Corte un informe sobre las medidas adoptadas para darle cumplimiento³⁷³.

Por tanto, si es claro que la acción de tutela termina cuando se han cumplido las órdenes impartidas y se ha restituido la integridad al derecho fundamental vulnerado, lo que implica que si se incumplen las órdenes emitidas, el expediente debe estar abierto para emitir nuevas órdenes por parte del juez o magistrado encargado del cumplimiento del fallo. El incumplimiento de la decisión por parte del destinatario tiene diversas implicaciones respecto a la normativa interna y externa:

³⁷³CIDH. Caso Masacre de Santo Domingo contra Colombia. Sentencia de noviembre 30 de 2012. puntos resolutivos 7 y 8

Viola el preámbulo y los dos primeros artículos de la Constitución Política Colombiana,

PREÁMBULO

El pueblo de Colombia,

en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana, decreta, sanciona y promulga la siguiente:

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA

ARTICULO 1o. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

ARTICULO 2o. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la República están instituidas 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.

Porque impide realizar los fines esenciales del Estado, el cumplimiento de los principios de efectividad, convivencia pacífica y vigencia de un orden justo, también, otras normas constitucionales como, el debido proceso, el acceso a la Administración de justicia, que son soporte de todo Estado social de Derecho.

Desconoce la Convención Americana de Derechos humanos en su artículo 25 que es del siguiente tenor:

Artículo 25. Protección Judicial

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados Partes se comprometen:

a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;

b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

Ante este panorama, surge la figura del incidente de Desacato, descrita en el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991,

“DESACATO. La persona que incumpliere una orden de un juez proferida con base en el presente Decreto incurrirá en desacato sancionable con arresto hasta de seis meses y multa hasta de 20 salarios mínimos mensuales salvo que en este Decreto ya se hubiere señalado una consecuencia jurídica distinta y sin perjuicio de las sanciones penales a que hubiere lugar.

<Aparte tachado INEXEQUIBLE> La sanción será impuesta por el mismo juez mediante trámite incidental y será consultada al superior jerárquico quien decidirá dentro de los tres días siguientes si debe revocarse la sanción. ~~La consulta se hará en el efecto devolutivo~~, no parece ser la figura efectiva que permita el cumplimiento de las decisiones ofrecidas en sede de Tutela. Ese instrumento no ha demostrado su eficacia, hasta el punto que la misma Corte Constitucional colombiana, en sentencia T-652 de 2010 ha variado su tesis sobre el contenido del desacato, planteando que el mismo no se puede concebir únicamente como un instrumento sancionatorio, sino como un instrumento correccional y persuasivo.

La sentencia T-652/10, expresa:

El objeto del incidente de desacato, de acuerdo a la jurisprudencia de esta Corporación, se centra en conseguir que el obligado obedezca la orden impuesta en la providencia originada a partir de la resolución de un recurso de amparo constitucional. Por tal motivo, la finalidad del mencionado incidente no es la imposición de una sanción en sí misma sino una de las formas de buscar el cumplimiento de la respectiva sentencia. Así entonces, la jurisprudencia constitucional ha precisado que la imposición o no de una sanción en el curso del incidente de desacato puede llevar a que el accionado se persuada del cumplimiento de la orden de tutela. En tal sentido, en caso de que se empiece a tramitar un incidente de desacato y el accionado, reconociendo que se ha desatendido lo ordenado por el juez de tutela, quiera evitar la sanción, deberá acatar la sentencia. De igual forma, en el supuesto en que se haya adelantado todo el procedimiento y decidido sancionar al responsable, éste podrá evitar que se imponga la multa o el arresto cumpliendo el fallo que lo obliga a proteger los derechos fundamentales del actor. El incidente de desacato debe entenderse como un instrumento procesal para garantizar plenamente el derecho constitucional a la administración de justicia del accionante (art. 229 C.P.), en la medida en que permite la materialización de la decisión emitida en sede de tutela, con lo cual no basta con que se otorgue a las personas la posibilidad de acudir a la tutela y que con ella se protejan sus derechos fundamentales, sino que existan medios que ayuden al cabal cumplimiento de la orden proferida por el juez constitucional.

Sección segunda. Mecanismos de corrección

Como propuestas de corrección para evitar desviaciones que conduzcan a la entropía, confusión social o a la anarquía constitucionalizada, se propone:

- a) La autolimitación judicial (judicial self Restraint), b) el recurso Extraordinario de Revisión, c) la extensión del “control previo” y d) la modificación de algunos artículos constitucionales.

2.1 Autolimitación judicial

Como una forma de Autocontrol de la Corte que evite decisiones que pueden generar: inseguridad jurídica, incertidumbre social, entropía entendido esto último

como el desorden inherente a un sistema, sustitución del constituyente primario, posibles contradicciones con la misma Constitución política colombiana, darwinismo jurídico, activismo judicial que no puede tomarse como sinónimo de progresismo, y verificar sus efectos, generadores de conflictos y de contradicciones o de crisis del Estado Social de Derecho.

Como ya se expresó, la noción de Autolimitación debe asumirse como un desempate pragmático con una lista de control que abogue por la Limitación en algunos casos específicos. Indirectamente, la Autolimitación se puede plantear constitucionalmente, para que la Corte evite conjeturas judiciales o especulaciones jurídicas en algunos casos.

2.2 Recurso Extraordinario de Revisión

Debe plantearse como la posibilidad de que algunas decisiones dictadas por las salas de revisión de la Corte Constitucional, en sede de tutela, sean recurridas ante la sala plena de la Corte y que la presentación del Recurso dentro del término prudencial de 6 meses, suspenda la ejecución de la providencia, lo cual implica realizar una reforma constitucional, para establecer un control claro a las decisiones de un órgano que no puede mostrarse ante el ciudadano como un órgano carente de control, en su ánimo de justiciabilidad directa. Además, se cumple con el principio de Igualdad dispuesto en el art. 13 de la Carta fundamental, toda vez que en el caso de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, dicho Recurso es posible ante el Consejo de Estado, órgano de cierre de esa jurisdicción como lo dispone la ley 1437/11(código de Procedimiento Administrativo y de lo contencioso Administrativo)) en su artículo 248 y siguientes, nada prohíbe que las decisiones del órgano de cierre de la jurisdicción constitucional tengan ese control. La reforma que se haga estableciendo este recurso, debe incluir aspectos como: Procedencia, competencia, causales de revisión, término para interponer el recurso, requisitos del Recurso, trámite y

pruebas. Como ejemplo, puede afirmarse que las causales de revisión pueden ser cuando se presente alguna de las situaciones conflictivas, descritas en el capítulo 2° de esta tesis.

Este recurso Extraordinario de Revisión, debe ser diferenciado del Incidente de nulidad, de que trata el art. 49 del decreto 2067/91, contra las sentencias de la Corte Constitucional no procede recurso alguno.

La nulidad de los procesos ante la Corte Constitucional sólo podrá ser alegada antes de proferido el fallo. Sólo las irregularidades que impliquen violación del debido proceso podrán servir de base para que el pleno de la Corte anule el proceso.

Al respecto, la Corte se expresó en Auto 045³⁷⁴ de 2014 en el que respaldó las condiciones para el incidente de nulidad

³⁷⁴El inciso primero del artículo 49 del Decreto 2067 de 1991, establece que “contra las sentencias de la Corte Constitucional no procede recurso alguno”, medida que en criterio de esta corporación resulta razonable, dado que mediante tales providencias se resuelven de manera definitiva los asuntos que ante ella se plantean, ya sea en el campo del control abstracto de constitucionalidad o en procesos relativos a la revisión de fallos de tutela³⁷⁴.

El inciso segundo de la norma antes citada dispone que “la nulidad de los procesos ante la Corte Constitucional sólo podrá ser alegada antes de proferido el fallo” y agrega que “sólo las irregularidades que impliquen violación del debido proceso podrán servir de base para que el pleno de la Corte anule el proceso”.

1.2. De manera reiterada y pacífica, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que las decisiones judiciales, al ser una clara manifestación del poder de administrar justicia y en mayor grado, de la actividad del Estado, deben contar con mecanismos judiciales del control, en aquellos casos excepcionales en que se contradigan los postulados propios del derecho al debido proceso.

En ese sentido, el incidente de nulidad de las sentencias de la Corte proferidas en su competencia de control abstracto o en sede de revisión, se presenta como un instrumento que media entre los efectos de la cosa juzgada constitucional, -que obliga a que una vez el fallo se encuentre ejecutoriado sea inmodificable y tenga efectos en el ordenamiento jurídico-; y la necesidad de garantizar la eficacia del derecho fundamental al debido proceso -cuando es afectado por la decisión de la Corte.

1.3. Con referencia a las solicitudes de nulidad que se presentan luego de dictada la sentencia, la jurisprudencia ha indicado los requisitos que deben cumplir, así:

1.3.1. Naturaleza excepcional. La declaratoria de nulidad de una sentencia proferida por la Corte Constitucional es una medida excepcional a la cual sólo puede arribarse cuando en la decisión concurren “situaciones jurídicas especialísimas y excepcionales, que tan sólo pueden provocar la nulidad del proceso cuando los fundamentos expuestos por quien la alega muestran, de manera indudable y cierta, que las reglas procesales aplicables a los procesos constitucionales, que no son otras que las previstas en los decretos 2067 y 2591 de 1991, han sido quebrantadas, con notoria y flagrante vulneración del debido proceso. Ella tiene que ser significativa y trascendental, en cuanto a la decisión adoptada, es decir, debe tener unas repercusiones sustanciales, para que la petición de nulidad pueda prosperar” (Subrayas fuera de texto”).

1.3.2. Presupuestos formales de procedencia. La jurisprudencia constitucional ha señalado las condiciones formales que deben concurrir para la admisibilidad de la solicitud de nulidad de las sentencias³⁷⁴ son las siguientes:

(i) Temporalidad. La solicitud debe presentarse dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación del fallo adoptado por la Corte. Vencido este término, se entiende que toda circunstancia que acarrearía la nulidad del fallo queda saneada.

(ii) Legitimación por activa. El trámite incidental debe ser iniciado por quien ostente la calidad de parte en el proceso.

(iii) Deber de argumentación. El incidente que pretenda la nulidad de una sentencia de constitucionalidad debe cumplir con una exigente carga argumentativa, seria y coherente, expresar la causal de nulidad invocada, los preceptos constitucionales presuntamente vulnerados y su incidencia en la decisión adoptada, sin que se entienda satisfecho con la formulación de nuevos cargos de inconstitucionalidad o el simple disgusto con la decisión adoptada.

1.3.3. Presupuestos materiales. En cuanto al argumento sustancial, la afectación del debido proceso por parte de la Corte tiene naturaleza cualificada. Por tanto, “debe ser ostensible, probada, significativa y trascendental, es decir, que tenga repercusiones sustanciales y directas en la decisión o en sus efectos (Subrayas añadidas)”.³⁷⁴ Con base en las anteriores especificidades, la jurisprudencia ha compilado algunos eventos que cumplen con esas características, resaltando los siguientes:

“- Cuando una Sala de Revisión cambia la jurisprudencia de la Corte. (...)”³⁷⁴

- Cuando una decisión de la Corte es aprobada por una mayoría no calificada según los criterios que exige la ley³⁷⁴.

- Cuando existe incongruencia entre la parte motiva de una sentencia y la parte resolutive de la misma, que hace anfíloga o ininteligible la decisión adoptada³⁷⁴, igualmente, en aquellos eventos donde la sentencia se contradice abiertamente, o cuando la decisión carece por completo de fundamentación. (Subrayas añadidas)

- Cuando la parte resolutive de una sentencia de tutela da órdenes a particulares que no fueron vinculados o informados del proceso³⁷⁴.

- Cuando la sentencia proferida por una Sala de Revisión desconoce la cosa juzgada constitucional, pues ello significa la extralimitación en el ejercicio de sus atribuciones³⁷⁴.

Es de destacar que la principal diferencia entre este incidente y el Recurso extraordinario propuesto, radica en la legitimación por activa, y en las causales de procedencia. Además toda la teoría del incidente de nulidad ha sido creada por la misma jurisprudencia de la Corte Constitucional, que se ha dedicado a establecer unas condiciones que la norma positiva no establece en el referido art. 49 del Decreto 2067/91, como por ejemplo, los presupuestos materiales indicados en el Auto 045 de 2014. En cambio, el Recurso extraordinario de Revisión, implicaría un Acto legislativo que establezca que contra las sentencias de la Corte, procede el referido Recurso Extraordinario.

El trámite incidental de nulidad debe ser iniciado por quien ostente la calidad de parte en el proceso, y que sólo procede por violación del debido proceso. Por el contrario, el Recurso que se propone puede ser interpuesto por cualquier ciudadano y por similares causales a las expresadas por la Corte, en el Auto transcrito, o cuando se presenten algunas de las situaciones conflictivas descritas en el capítulo 2 de esta investigación:

- Cuando una Sala de Revisión cambia la jurisprudencia de la Corte.
- Por interpretaciones valorativas que inaplican la Constitución.
- Por vulneración a los propios precedentes jurisprudenciales en la interpretación de los derechos.
- Cuando al resolver los conflictos de derechos fundamentales se desdeñan la razonabilidad y coherencia. Porque la noción de razonabilidad implica otro

- Elusión arbitraria de análisis de asuntos de relevancia constitucional, consistente en la omisión de aspectos de fondo que de haberse estudiado se hubiera llegado a una decisión diferente. No obstante, se debe precisar “que esta Corporación cuenta con la facultad de estudiar cada caso según los temas que considere atañen especial trascendencia”³⁷⁴.

En conclusión, la solicitud de nulidad de las sentencias que profiere la Corte Constitucional en su competencia de control abstracto, es un trámite de configuración jurisprudencial directamente relacionado con la protección del derecho al debido proceso, que se caracteriza por su naturaleza excepcional y el estricto cumplimiento en los requisitos de procedencia, los cuales versan sobre la acreditación suficiente de circunstancias ostensibles y trascendentales que afecten de manera cierta y palpable del derecho fundamental mencionado.

factor, la Aceptabilidad entendida como la decisión que logra una articulación óptima entre las exigencias contrapuestas

2.3 Extensión del Control previo

Se propone que este mecanismo que en Colombia se usa cuando los proyectos de ley han sido objetados por el Presidente, argumentando posible inexecutableidad, o automáticamente para el caso de las leyes estatutarias¹, también se aplique respecto al proceso de aprobación de leyes que tengan alta incidencia económica, para evitar los efectos negativos que tiene la declaratoria de inexecutableidad de una ley, toda vez que se ganaría estabilidad legislativa, estabilidad económica y se evitarían decisiones ex post que afecten la seguridad jurídica de la inversión que garantiza el crecimiento económico del país y respaldan un adecuado control de la inflación y que no generen sacrificios en la generación de empleo como dinamizador del crecimiento y para que el gasto público social sea ejecutado conforme a los principios de planeación, modulación, y este no se incremente por sentencias de la Corte, incremento que eleva las cargas tributarias e implica una reducción de la inversión pública. Lo que deriva en una disminución en la generación de empleos y el mayor gasto público incrementa las tasas de interés de mercado y/o inflación, lo que menoscaba el poder adquisitivo del ciudadano.

2.4 Modificación de algunos artículos constitucionales

El numeral 8° del artículo 241 de la C.P. se añadiría así:

“8. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales, de los proyectos de leyes estatutarias, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación y de los proyectos de ley que a juicio del CONFIS tengan alta incidencia económica, fiscal y que pudieren afectar la estabilidad económica pública o privada”.

Esta investigación, igualmente plantea en la necesidad de modificar el art. 230 de la Constitución política, toda vez que la jerarquización de las fuentes del Derecho, como lo señala el artículo 230, obedeció a unas causas históricas en donde primaba el Estado liberal de Derecho. El actual Estado social de Derecho exige reevaluar la teoría de los principios como normas subsidiarias toda vez que se les debe reconocer su carácter de normas fundantes y fundamentales. La flexibilización de la teoría de las fuentes del Derecho se torna necesaria cuando la Corte Constitucional colombiana pone al precedente en el mismo nivel de la ley, (entendido este concepto como todo el ordenamiento jurídico), lo que evitaría que se tuviera que hacer referencia a los conflictos generados cuando la jurisprudencia de la Corte Constitucional vulnera los textos constitucionales³⁷⁵.

Esto generaría coherencia del sistema jurídico y seguridad jurídica, que permite a los jueces tener unos mínimos de racionalidad y universalidad, para dar cuenta de lo necesario que es el permitir un nuevo derecho constitucional en Colombia y que ese artículo permita la garantía de una norma jurisprudencial.

La búsqueda de unidad no será posible con base en un sistema de fuente jerarquizado como el que actualmente establece, el referido art. 230 , sino que debe construirse con base en un marco de consenso y unidad procedimental que permita la coexistencia de diferentes concepciones de justicia. La simultaneidad y no la jerarquización de las fuentes es la que permitirá evitar diferentes fricciones y conflictos que se presentan³⁷⁶.

El nuevo artículo puede ser del siguiente tenor:

³⁷⁵Ricardo Guastini. *Distinguiendo Estudios de teoría y metateoría de Derecho*, Barcelona: Ed. Gedisa, 1999, p.

³⁷⁶Sergio Estrada V. *Algunas reflexiones en torno a la necesidad de una teoría del Derecho y de los casos difíciles acorde al contexto del Estado constitucional colombiano*. Rev. Opinión jurídica N° 15, U. de Medellín, 2009, p. 103-104

ARTICULO 230. Las autoridades administrativas y judiciales, sólo están sometidos al imperio de la ley, a la Constitución y al precedente jurisprudencial que haya fijado el órgano de cierre de su respectiva jurisdicción, relacionado con el caso que deban decidir

La equidad, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios mixtos de la actividad judicial.

Modificaciones, cuyo objetivo es evitar el Activismo judicial que se ha cuestionado en esta investigación.

Como justificación de esta última propuesta modificatoria, es menester referir, que en la providencia, C-284/15 al resolver una demanda de inconstitucionalidad parcial contra el art. 4 de la ley 153/1887, del siguiente tenor:

“ART. 4º—Los principios de derecho natural y las reglas de jurisprudencia servirán para ilustrar la Constitución en casos dudosos. La doctrina constitucional es, a su vez, norma para interpretar las leyes”.

La Corte Expresó:

3.1 La expresión “principios del derecho natural” contenida en el artículo 4º de la Ley 153 de 1887 no desconoce el artículo 230 de la Constitución dado que, de una parte, dicha categoría es conceptualmente compatible con la de principios generales del derecho y, de otra, la función que le es conferida por la citada ley — recurso interpretativo en casos dudosos, subordinado y auxiliar— coincide con la calificación que la Carta hace de los principios generales como criterio auxiliar de la actividad judicial. Entre ambas categorías existe una relación de género a especie. Su constitucionalidad se apoya, adicionalmente, en diferentes pronunciamientos de este tribunal que han reconocido la posibilidad de acudir a tales principios (C-083/95) y que, de hecho, se han apoyado en ellos para interpretar la Carta (C-373/93, C-059/94 y C-372/94).

3.2 El uso de los principios de derecho natural se encuentra sometido a algunos límites: (i) solo resulta posible cuando después de acudir a los métodos de interpretación literal, sistemático, teleológico, histórico o aquellos otros acuñados por la jurisprudencia constitucional para fijar el sentido de la Carta, persisten dudas insuperables acerca de su interpretación; (ii) no puede conducir, en ningún caso, al desconocimiento o infracción de ninguna norma formalmente incorporada a la Carta o integrada al bloque de constitucionalidad. Adicionalmente la invocación de un principio del derecho natural impone una carga de argumentación especialmente exigente que se traduce (iii) en el deber de demostrar con argumentos racionalmente controlables (a) que la existencia y pertinencia del

principio puede ser fundamentada y (b) que ha sido reconocido de manera amplia por la doctrina más autorizada en la materia.

Este tipo de interpretación adecuadora, adapta el sentido de la norma legal a la norma superior. Asimismo, la referida providencia refiere cuál es la función que cumplen en el ordenamiento jurídico, los principios generales del Derecho. A esto último, la Corte considera que:

Una revisión de la literatura permite identificar que a los principios generales del derecho suelen atribuirse diferentes funciones. En algunos casos se advierte que ellos cumplen una función crítica de los ordenamientos. En este caso los principios actúan como la imagen de un derecho ideal al que deben apuntar los ordenamientos históricos. Otra perspectiva señala que los principios generales actúan como verdaderas normas jurídicas y cumplen por ello una función integradora. En estos casos, dicha función se activa a falta de ley y, en esa medida, aunque constituyen verdaderas fuentes, tienen una naturaleza subsidiaria. Suele encontrarse vinculada esta caracterización con aquella doctrina que asume que los principios generales del derecho son el resultado de un proceso inductivo que parte de las reglas específicas previstas en el ordenamiento y arriba a la identificación de enunciados generales que las agrupan a todas. Finalmente, una tercera postura advierte que la tarea de los principios consiste en precisar el alcance de las fuentes del derecho, cumpliendo entonces una función interpretativa. En estos casos se acude a los principios únicamente con el propósito de aclarar dudas, o superar las ambigüedades y vaguedades propias de los enunciados jurídicos.

Empero, esta interpretación, no resuelve el choque con el canon objetivado del art. 230 constitucional, porque los principios generales del Derecho no dejan de ser simples “criterios auxiliares” de la actividad judicial. De ahí la necesidad de imprimirles a los principios un carácter mixto, porque en este tipo de decisiones no se percibe la reevaluación de la teoría de los principios como normas subsidiarias, y no se les reconoce su carácter de normas fundantes y fundamentales, que el actual ESD exige. Además, tal asimilación entre principios de Derecho natural y principios generales de Derecho entraña diversos equívocos, porque tales categorías no tienen relación de Especie-género, y la categoría de principio de Derecho natural tiene una enorme dificultad para ser definida.

Ya en la sentencia T-406/92, la Corte había expresado:

“La diferencia entre principios y valores no es de naturaleza normativa sino de grado y, por lo tanto, de eficacia. Los principios, por el hecho de tener una mayor especificidad que los valores, tienen una mayor eficacia y, por lo tanto, una mayor

capacidad para ser aplicados de manera directa e inmediata, esto es, mediante una subsunción silogística. Los valores, en cambio, tienen una eficacia indirecta, es decir, solo son aplicables a partir de una concretización casuística y adecuada de los principios constitucionales". (Subrayas, fuera de texto)

Para evitar, lo etéreo de esa diferenciación, se propone, al modificar el art. 230 constitucional, que la diferencia entre principios y valores, sí sea de naturaleza normativa, para no quedar sujetos a jurisprudencia axiológica, cargada de cierto grado de subjetivismo.

Igualmente, se hace imperativo adicionar el numeral 12 del Artículo 241 y con un párrafo el artículo 243, párrafo en el cual se impondría la obligación de la Corte de reglamentar su Autorestricción judicial y se permitiría que ante determinadas decisiones de la Corte proceda el Recurso extraordinario de Revisión, presentado por cualquier ciudadano ante su sala plena, en los siguientes casos:

- Cuando una Sala de Revisión cambia la jurisprudencia de la Corte.
- Por interpretaciones valorativas que inaplican la Constitución.
- Por vulneración a los propios precedentes jurisprudenciales en la interpretación de los derechos.
- Cuando al resolver los conflictos de derechos fundamentales se desdeñan la razonabilidad y coherencia.

Recurso que permitiría entender que la noción de razonabilidad implica otro factor, la aceptabilidad, entendida como la decisión que logra una articulación óptima entre las exigencias contrapuestas.

Esa adición al numeral y el párrafo serían del siguiente tenor:

Art. 241. 12. Darse su propio reglamento La Corte, reglamentará un mecanismo de Autorestricción judicial como una forma de autocontrol.

Art. 243. PARÁGRAFO. *Cuando cualquier ciudadano, encuentre que una decisión de la Corte Constitucional en sede de tutela o de Constitucionalidad vulnere sus propios precedentes jurisprudenciales o cuando se advierta que la decisión inaplica uno o más artículos de la Constitución, podrá presentar un recurso extraordinario de Revisión ante la sala plena, dentro de los seis meses siguientes a la publicación de la misma en el sitio web de la Corte. Una ley estatutaria, regulará lo aquí establecido. La presentación de este recurso, suspenderá la cosa juzgada constitucional a que se refiere este artículo.*

Finalmente, se hace necesario plantear que la tutela contra sentencias judiciales de las otras altas Cortes se debe autorizar sólo para unificar la interpretación de los derechos fundamentales y no para corregir errores judiciales y es necesario modificar parcialmente el art. 86 de la Carta política.

Se propone el siguiente texto y la modificación sugerida se destaca en “negilla”

ARTICULO 86. *Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.*

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

*Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. **Se autoriza la tutela contra decisiones judiciales, de los órganos de cierre de las jurisdicciones ordinaria y de lo contencioso administrativo, para unificar la interpretación de los derechos fundamentales***

*En ningún caso, podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución, **y tampoco un juez de inferior categoría podrá modificar por vía de tutela una decisión de un juez de superior jerarquía funcional, o de otra diferente jurisdicción, salvo lo dispuesto en el párrafo anterior.***

La ley establecerá los casos en los que procede la tutela contra sentencias y contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.

Las propuestas presentadas, se fundamentan en algo evidente, el carácter objetivado del control jurídico y el carácter subjetivo del control político. El carácter objetivado, significa que el parámetro de control es un conjunto normativo preexistente, sobre el cual el órgano de control no tiene disponibilidad *Contrario sensu*, el carácter subjetivo implica que no existen parámetros fijos y predeterminados de valoración, toda vez que esta radica en la libre apreciación realizada por el órgano de control. Esta diferencia, hace claridad entre lo que es un control jurídico y un control político. Este último con una buena carga de subjetividad, no garantiza que los magistrados de la Corte Constitucional colombiana, cumplan con la función que tienen como servidores públicos: desarrollar y sostener su sistema normativo.

El Estado y sus normas de convivencia es el que está organizado constitucionalmente. Si bien es cierto, la Constitución tiene un amplio espectro de indeterminación normativa, esto no confiere poderes creativos al juez constitucional y tampoco impide que la tarea de los magistrados esté sometida al control ciudadano, toda vez que la mejor vía de la legitimación judicial para imponer su *autoritas* es la realización concreta del Derecho político contenido en la Constitución Política misma. Lo contrario es un paso hacia el desorden constitucional y estatal. Desarrollar un sistema normativo constitucional, no significa modificarlo.

Sección Tercera. La Corte constitucional colombiana entre la juridicidad, lo populista, lo político y lo justo

Es necesario establecer inicialmente las diferencias entre lo que es un control jurídico constitucional y el control político. Manuel Aragón Reyes, destaca cuatro diferencias básicas:

a) El carácter objetivado del control jurídico y el carácter subjetivo del control político. El carácter objetivado, significa que el parámetro de control es un conjunto normativo preexistente, sobre el cual el órgano de control no tiene disponibilidad. *Contrario sensu*, el carácter subjetivo implica que no existen parámetros fijos y predeterminados de valoración, toda vez que esta radica en la libre apreciación realizada por el órgano de control, por tanto el parámetro de control es de comparación eventual y plenamente disponible.

b) El juicio o valoración del objeto de control jurídico se basa en razones jurídicas que implican reglas de verificación y en el control político se fundamenta en razones políticas que implica reglas de oportunidad.

c) El control jurídico tiene carácter “necesario”, el control político, tiene un carácter “voluntario.” Entre esos caracteres de “necesidad” y “voluntariedad” se puede señalar como diferencia fundamental, que el órgano controlante (Corte Constitucional) siempre debe ejercer el control que está llamado a realizar y si el resultado de ese control es negativo para el objeto controlado, el órgano de control necesariamente debe emitir la sanción (declaratoria de Inexequibilidad o la inaplicación de la norma controlada). En el caso del control político el sujeto controlante es libre para ejercer el control o no y si el resultado de ese control es negativo no se deriva inexorablemente una sanción.

d) El órgano que ejerce el control jurídico tiene un carácter de imparcialidad, de independencia, porque generalmente es un órgano judicial. Es decir un órgano cuya misión es frenar, no mandar. En cambio, el control político, siempre está a cargo de órganos políticos³⁷⁷.

Las diferentes decisiones y formas de discordancias planteadas, en esta investigación dan cuenta de la insuficiencia o de lo inadecuado de límites a las funciones de la Corte. Cuando algunas de sus decisiones invaden otras esferas, ya como constituyente, ya como legislador, se asume que la Corte Constitucional, desarrolla una función más política, que jurídica. La extralimitación de la Corte en lo referente a temas tan delicados como la teoría de la separación de poderes hacen aparecer al juez constitucional colombiano, no como un simple verificador de la aplicación debida de las normas expedidas por el legislador, sino como un juez que debe ir más allá de la simple aplicación del texto, ya sea legal o constitucional, porque el control constitucional, incorpora principios, derechos, libertades y valores, que deben interpretarse en determinado momento histórico, sin agotarse a las normas escritas del texto constitucional³⁷⁸.

En Colombia, la forma de integración de la Corte Constitucional, permite cuestionar ese carácter de imparcialidad que debe tener el órgano que ejerce el control de constitucionalidad y la defensa de la Constitución Política. La Corte Constitucional debe ser un órgano ajeno sin relaciones de subordinación respecto del órgano (Congreso) que genera los objetos controlados (leyes), como se infiere del artículo 239 de la Constitución Política, donde se lee:

“La Corte Constitucional tendrá el número impar de miembros que determine la ley. En su integración se atenderá el criterio de designación de magistrados pertenecientes a diversas especialidades del Derecho.

³⁷⁷Manuel Aragón Reyes. *La Constitución y control del poder. Introducción a una teoría constitucional del control*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999. p.70-71

³⁷⁸Carlos Molina B. ¿Limitar o fortalecer la Corte Constitucional? En: Corte Constitucional. 10 años balance y perspectivas, Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2003 págs. 303,325

Los Magistrados de la Corte Constitucional serán elegidos por el Senado de la República para períodos individuales de ocho años, de sendas ternas que le presenten el Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado.

*Los Magistrados de la Corte Constitucional no podrán ser reelegidos.
(Subrayas extratexto)*

En un país como Colombia, con tanto desacuerdo sobre temas como la despenalización del aborto, del consumo de alucinógenos, la reelección presidencial, (figura que era permitida por la Constitución política en su artículo 197 y que fue eliminada por el Acto legislativo N°2 de 2015) el matrimonio entre parejas del mismo sexo, la adopción por parte de estos. La sociedad civil y el Congreso en vez de lograr ciertos puntos de encuentro, remiten el tema a la Corte Constitucional, que en decisiones meramente cuantitativas (de 5 contra 4) zanja la discusión desde arriba³⁷⁹ permitiendo que lo que es el Derecho, con vocación de integración popular y de sentido de lo justo, no emane desde abajo, sino que el concepto de Derecho, se imponga por vía de interpretación.

Lo que puedan tener de loable y bueno las decisiones de la Corte Constitucional en la búsqueda del logro del pleno Estado Social de Derecho, implica evidentemente un incremento del gasto público social, que a la vez deriva inexorablemente en un incremento de las cargas tributarias de carácter indirecto y lo que no pueda solventarse con impuestos conlleva a una reducción de la inversión pública, lo que implica una disminución en la generación de empleos y el mayor gasto público incrementa las tasas de interés de mercado y/o inflación, lo que menoscaba el poder adquisitivo de la clase trabajadora³⁸⁰.

Por tanto, esta “espiral demoniaca” (el término es de la Corte Constitucional, en la sentencia de la UPAC) se puede evitar siempre y cuando la Corte no invada con

³⁷⁹Vicente F. Benítez Rojas. *Constitución Popular, no judicial*. Bogotá: Ed. Temis, 2014, págs. 6-7

³⁸⁰Sergio Clavijo. *Fallos y fallas de la Corte Constitucional*. Bogotá: Ed. Alfaomega, 2001, p.11

sus decisiones esferas de otros órganos de poder y deje de lado su deseo de mejorar la distribución de la riqueza por vía de sentencias.

Con alto costo público se corre el riesgo que al igual que la república de Weimar se cause una debacle fiscal y financiera que haga imposible garantizar todos los derechos establecidos por la Carta Política y a esta situación potencialmente negativa para la viabilidad fiscal y financiera del Estado, no debe la Corte Constitucional, imponer otras cargas al gasto público.

Colombia tiene un modelo económico y de Estado, diferente al que necesita la realidad social colombiana. Esa deficiencia estructural, debe ser corregida mediante los mecanismos de modificación que se autorizan en la ley y la C.P. y no por vía de decisiones de la Corte Constitucional. El Estado colombiano no puede olvidar el fracaso de la República de Weimar que en Alemania permitió el ascenso del Nacionalsocialismo al poder. El histórico fracaso del Estado bienestar, que se percibe como una utopía irrealizable, debe servir como ejemplo histórico para que también la Corte Constitucional se imponga la Autolimitación judicial.

De la misma manera, es permisible agregar que toda Constitución, asegura y consagra los valores fundamentales de una sociedad democrática y es parte integrante del sistema legal y político³⁸¹. Como se observó, al referir los conflictos constitucionales por interpretaciones valorativas que inaplican la Constitución, y mostrar a manera de ejemplo, algunos antecedentes históricos de activismo judicial, en el constitucionalismo norteamericano; se evidenció la connivencia de los jueces en la disminución de las libertades civiles y políticas. En Inglaterra la situación no ha sido diferente y allí se ha podido contemplar, Vg. el caso *Duncan v. Jones*, de 1936, en el que se llegó a afirmar que la policía tiene autoridad legal para impedir una reunión política que pudiese conducir a un delito contra la paz ciudadana, por desorden público. Esta pauta, se mantuvo hasta la década de los

³⁸¹Richard Bellamy. *Constitucionalismo político*. Madrid: Marcial Pons, 2010, p.17

años 80, y la confrontación del gobierno de Margaret Thatcher con los mineros, fue alimentada por los jueces de primera instancia que legitimaban la práctica policial de inmovilizar a los potenciales grupos de huelguistas, pero sólo conferían libertad, con la condición de que no se involucraran en la lucha obrera³⁸². En Inglaterra, el control judicial de constitucionalidad mostró una idéntica y accidentada historia, con diferentes decisiones de los Tribunales británicos que bloquearon políticamente a las administraciones del partido laborista, considerado como el principal partido de izquierda³⁸³. No es el objetivo de esta investigación plantear que la revisión judicial de la Corte Constitucional colombiana, implique ataques frontales a la democracia, pero si se quiere plantear que la limitación constitucional de la normativa fundamentadora de los valores democráticos que es toda Constitución, debilita los atributos constitucionales de la democracia, y preferir decisiones que cambien la juridicidad por lo populista, o por lo político, se traduce en asumir un rol diferente al de custodiar la integridad y supremacía de la Constitución, función que se troca por la de ser un determinador de políticas públicas, función que en Colombia, es competencia del poder legislativo(art. 150). En este sentido, se afirma, respecto a las decisiones populistas, que son aquellas en las que se quiere mostrar la capacidad transformadora de la Corte, de la realidad social nacional, imponiendo obligaciones al poder ejecutivo, sin el menor respeto por los principios presupuestales básicos, como: titularidad para ordenar el gasto público, regla de sostenibilidad fiscal y programación del gasto.

Por otro lado, al revisar los orígenes del control judicial de constitucionalidad en Norteamérica, se encuentra que allí, para muchos, el respeto por la soberanía popular, exigía que los jueces hicieran cumplir las leyes sancionadas y que una Constitución debidamente ratificada, era una regla obligatoria para todos los poderes de la que ninguno podía apartarse en momento alguno y que esto no implicaba que el poder judicial pudiera invocar la superioridad de la Constitución,

³⁸²Ibidem. p. 267

³⁸³Ibidem. p. 267

contra otro poder³⁸⁴. En este orden de ideas, se puede advertir que algunas decisiones de la Corte tienden a una aplicación contradictoria de su función, como las decisiones en la que se ha cuestionado el poder del Congreso para reformar la Constitución, y se adopta una postura jurisprudencial tomada del constitucionalismo popular norteamericano, que se sintetiza en que si fue el mismo pueblo quien redactó la Constitución, es él mismo quien tiene la última palabra para su modificación³⁸⁵. Lo contradictorio de aplicar este criterio, estriba en que el constitucionalismo popular, asume que los jueces se han arrogado el poder de tener la última palabra frente a la Constitución³⁸⁶.

Para otros tratadistas nacionales, como quiera que la Constitución colombiana, establece que la dirección general de la economía estará a cargo del Estado, según lo expresado por el artículo 334, modificado por el artículo 1° del Acto Legislativo 3 de 2011, es posible asumir como normal y natural que el poder judicial, por hacer parte del Estado, tenga alguna participación en el desarrollo de esa función y que de esto se deriva una competencia para dirigir la economía en forma compartida con esa rama del poder público³⁸⁷.

Conclusión de capítulo

Los casos referidos, son una muestra de los sustantivos utilizados en la sección primera: Eficacia, indolencia, derrumbe. Y permiten cuestionar la validez de la Acción de tutela en Colombia para garantizar el disfrute de los derechos fundamentales. Esa negligencia del Estado colombiano, para cumplir tutelas impuestas por la Corte Constitucional, raya en la indolencia que es sinónimo de apatía, indiferencia. Un Estado social de Derecho que incumpla las obligaciones

³⁸⁴Larry D. Kramer. *Constitucionalismo popular y control de constitucionalidad*. Madrid: Marcial Pons, 2011, p.80

³⁸⁵ Vicente Benítez Rojas. Op. Cit. p.91

³⁸⁶ Ibídem. p.98

³⁸⁷ Jairo Andrés Castaño Peña. Op. Cit. p.15

judiciales impuestas, y convenciones que se imponen en el orden interno, como la americana de Derechos humanos, como lo expresa el artículo 93 constitucional, se verá sometido a una entropía que acabará derribándolo, por ese desorden interno del sistema.

Por lo anterior, nada se opone a que la Corte Constitucional Colombiana se imponga una autorestricción judicial, también conocida como *judicial self Restraint* o reserva judicial, como autodisciplina dirigida a evitar que los magistrados hagan prevalecer sus opiniones personales, contrarias a la misma Constitución Política, auto controlándose y respetando la potestad de los demás poderes públicos. Se trata de limitar el poder de los jueces para crear nuevas leyes o políticas públicas y disminuir así el Activismo judicial.

El tránsito de la justicia de reglas a la justicia de principios implicó un cambio de paradigma que los diferentes órganos que constituyen la estructura estatal no han asimilado, y no existe un claro concepto de Nación, soportado en el Derecho entendido, con vocación de integración popular y de sentido de lo justo que emane desde abajo, desde el pueblo como depositario de la soberanía popular, sino que se ha permitido que el concepto de Derecho, se imponga por vía de interpretación. La aplicación de una justicia constitucional por principios y no por reglas, preocupa por su indeterminación jurídica y presupuestal. Finalmente, se puede volver a expresar una de las ideas centrales de esta tesis, ya planteada en el primer capítulo. Un sistema de principios puro debido a su indeterminación y debilidad, contradiría exigencias irrenunciables de la seguridad jurídica³⁸⁸. Lo más destacable de la Corte constitucional colombiana ha sido el control en sede de tutela, por encima incluso del control de constitucionalidad, toda vez que el ciudadano ve la tutela como la protección social por excelencia. Protección que se

³⁸⁸Robert Alexy. *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa editorial, 1992, p.168

ha convertido más en una protección económica, con altos costos económicos para el Estado³⁸⁹.

El Estado Colombiano, debe honrar los tratados garantes de derechos fundamentales que conducen a tener mayor credibilidad ante las personas naturales y jurídicas que ven con intranquilidad que Colombia no cumple los principios de efectividad, convivencia pacífica y vigencia de un orden justo, para que sea cierto lo ya referido: “Proferido el fallo que conceda la tutela, la autoridad responsable del agravio deberá cumplirla sin demora”.

En el año 2015, el Congreso colombiano aprobó el acto legislativo 2 “Por medio del cual se adopta una reforma de equilibrio de poderes y reajuste institucional y se dictan otras disposiciones”. Esta reforma no abordó la posibilidad de impedir el uso de la Acción de tutela contra providencias judiciales, posibilidad que tiene como soporte las siguientes razones: 1) Permitir el uso de la tutela contra providencias judiciales, altera la figura de la cosa juzgada, consintiendo que una decisión de una Corte especializada pueda ser decidida en sede de tutela por cualquier juez de inferior nivel y al final del proceso, cuando una decisión sea de conocimiento de la Corte Constitucional, plantea el referido “choque de trenes” entre la Corte Constitucional y las otras Cortes superiores, generando una descoordinación en la Rama judicial. 2) Permitir el uso de la tutela contra providencias judiciales, conlleva a una anarquización de la administración de justicia, toda vez que manda una señal equívoca a los ciudadanos, como es la de querer solucionar rápidamente sus controversias, dejando de lado el proceso ordinario y especializado fijado para resolver esas controversias.

Es decir, desestimula al ciudadano para que demande ante la justicia formal y por el alto grado de congestión judicial que existe en el país, los jueces pueden

³⁸⁹Carlos Molina Betancur. *La Corte Constitucional, autoridad económica*. En: Corte Constitucional y economía. Medellín: Universidad de Medellín, 2010, p.22

comenzar a rechazar en forma indiscriminada las tutelas³⁹⁰. Sobre este tema de la tutela contra sentencias, otro sector de la doctrina Nacional, tiene diferente visión, porque estiman que la eliminación de la tutela contra sentencias, es una salida simple que no es buena, porque suprimir esa posibilidad es olvidar que la (SCT) no es únicamente para corregir errores graves, sino también para lograr la unificación de la interpretación de los derechos fundamentales. Se debe evitar que coexistan interpretaciones de los máximos órganos judiciales que se contradigan. En el segundo capítulo, la sección cuarta del presente estudio, dio cuenta de algunos casos en los que se presentaron enfrentamientos entre la Corte Constitucional y los otros altos tribunales de Colombia. Esa diversidad de interpretaciones, generan inquietudes para el ciudadano, que no sabe a quién debe hacerle caso. Por tanto, la tutela contra sentencias de las altas cortes, sólo debe ser procedente para la unificación de cómo deben ser entendidos los derechos fundamentales, y no utilizarse para corregir errores judiciales. Obviamente, tal revisión debe hacerse obligatoriamente por la Sala plena. La supresión de la (TCS), generaría mayor inseguridad jurídica, porque la Constitución no tendría un intérprete último que defina con claridad el alcance de los derechos fundamentales. En la práctica, existirían Constituciones, cuántos diversos interpretes existan y esa no puede ser la seguridad jurídica que el país ofrezca³⁹¹.

Para junio y julio de 2016, la Corte Constitucional al revisar la constitucionalidad del referido Acto legislativo N° 2 de 2015, declara inexecutable el Consejo de gobierno judicial³⁹² y el Tribunal de aforados³⁹³, entes creados para, sustituir al

³⁹⁰Francisco Barbosa. *La inconveniente tutela contra sentencias*. En: *Ámbito jurídico*. N° 420, Bogotá: Editorial Legis, junio-julio 2015 leído en agosto 6 de 2015

³⁹¹Rodrigo Uprimny Y. *De tutelas y sentencias*. <http://www.semana.com/opinion/articulo/de-tutelas-sentencias/81206-3>, Revista Semana. Publicado en septiembre 30 de 2006, leído el 14 de octubre de 2013

³⁹²Órgano, encargado de definir las políticas de la Rama Judicial de acuerdo con la ley y postular las listas y ternas de candidatos que la Constitución le ordene. También corresponde al Consejo de Gobierno Judicial regular los trámites judiciales y administrativos que se adelanten en los despachos judiciales, en los aspectos no previstos por el legislador; expedir el reglamento del

Consejo Superior de la Judicatura y a la Comisión de acusaciones de la cámara de Representantes del Congreso, respectivamente. La sentencia C-285 de 2016, eliminó el primero de los referidos entes y revivió el Consejo Superior de la Judicatura, compuesto por dos salas: Administrativa y la disciplinaria, encargadas de administrar los recursos de la Rama Judicial, administrar la carrera judicial, la primera, y la disciplinaria, examinaba la conducta y sancionaba las faltas de los funcionarios de la rama judicial y de los abogados en ejercicio de su profesión y dirimía los conflictos entre las diferentes jurisdicciones. El Dr. Jorge Londoño, ministro de justicia y del Derecho, para la época de la decisión, expresó las principales inconformidades del gobierno nacional, para con la sala Administrativa del Consejo superior de la Judicatura³⁹⁴.

Decisión que generó inconformidad en la opinión pública, toda vez que se entiende como que si bien es cierto que:

“La Constitución de 1991 encomienda a la Corte Constitucional la “guarda de la integridad y supremacía” de la Carta Política. La Corte interpretó esto como ser ella misma incontrolable, con capacidad de sustituir poder constituyente primario y derivado. Su veto a cualquier cosa que considere “sustitución de la Constitución” es un alarde de poder constituyente, que la Constitución no le concede. Dijo la Corte Constitucional, y corte constituyente, que el Tribunal de Aforados sustituye un eje definitorio de la Constitución de 1991, que es el de la “separación de poderes y autonomía e independencia judicial”. Los magistrados de la Corte invocan con vehemencia la autonomía judicial que, en sus palabras, veda cualquier intento de establecer un tribunal o instancia que pueda investigarlos. Eso, dicen en el fondo, es atentar contra su independencia. Pero lo que se puede ver con una lectura atenta es que bajo ese discurso hay otro subyacente pero muy claro: la autonomía equivale a

sistema de carrera judicial y de la Comisión de Carrera Judicial, cuya función será la vigilancia y control de la carrera; aprobar el proyecto de presupuesto de la Rama Judicial que deberá ser remitido al Gobierno; aprobar el mapa judicial; definir la estructura orgánica de la Gerencia de la Rama Judicial; supervisar a esta entidad, y rendir cuentas por su desempeño ante el Congreso de la República.

³⁹³ Competente para investigar y acusar a Magistrados de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado, de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial y el Fiscal General de la Nación

³⁹⁴ algunas falencias en la dinámica de su funcionamiento, que han llevado, entre otras cosas, a bajos niveles de ejecución de los recursos de inversión de la Rama, a dificultades de implementación de los modelos de gestión de los despachos judiciales y a limitaciones en materia de tecnologías de la información en la Rama Judicial.

intocabilidad para los funcionarios judiciales con fuero. La autonomía conlleva inmunidad”³⁹⁵.

Uno de los efectos de ésta decisión, es que se mantiene la Comisión de Acusación, que es uno de los órganos más desprestigiados de la institucionalidad colombiana. En más de 40 años, a pesar de decenas de escándalos, la Comisión solo ha llevado un caso a juicio político ante el Senado: el del magistrado Jorge Pretelt³⁹⁶, el otro efecto, es que revive el Consejo Superior de la Judicatura. Con motivo de la celebración de los 25 años de vigencia de los 25 años de la Constitución política de Colombia, se destacan los siguientes datos.

A julio 4 de 2016, esta norma fundamental ha sido modificada por 41 actos legislativos³⁹⁷,

³⁹⁵Editorial, diario El colombiano, *Autonomía judicial o inmunidad*. Medellín. Julio 17 de 2016, leído: julio 17 de /2016

³⁹⁶En un hecho histórico, con 96 votos a favor y 45 en contra, la Cámara avaló la acusación en contra del magistrado de la Corte Constitucional por el delito de concusión por, presuntamente, haber pedido dinero para favorecer a la empresa Fidupetrol con un fallo de tutela que, de haber prosperado como la firma quería, le hubiera ahorrado el pago de una condena de \$22.500 millones.

³⁹⁷

1. Acto legislativo 1/93

“Por medio del cual se erige a la ciudad de Barranquilla, capital del departamento del Atlántico, en Distrito Especial, Industrial y Portuario”.

2. Acto legislativo 2/93

Por el cual se adoptan medidas transitorias.

3. Acto legislativo 3/93

Por el cual se adicionan los artículos 134 y 261 de la Constitución Política de Colombia”.

4. Acto legislativo 1/95

Por el cual se adiciona el artículo 357 de la Constitución Política”.

5. Acto legislativo 2/95

Por medio del cual se adiciona el artículo 221 de la Constitución Política”.

6. Acto legislativo 1/96

Por el cual se modifican los artículos 299 y 300 de la Constitución Política de Colombia”.

7. Acto legislativo 1/97

“Por medio de la cual se modifica el artículo 35 de la Constitución Política”.

8. Acto legislativo 1/99

“Por el cual se reforma el artículo 58 de la Constitución Política”.

9. Acto legislativo 1/00

“Por el cual se modifica el inciso 1º del artículo 322 de la Constitución Política de Colombia”.

10. Acto legislativo 2/00 “Por el cual se modifica el artículo 52 de la Constitución Política de Colombia”.

-
11. Acto legislativo 1/01
"Por medio del cual se modifican algunos artículos de la Constitución Política".
 12. Acto legislativo 2/01
"Por medio del cual adiciona el artículo 93 de la Constitución".
 13. Acto legislativo 1/02
"Por medio del cual se reforma el artículo 96 de la Constitución Política".
 14. Acto legislativo 2/02
"Por el cual se modifica el período de los gobernadores, diputados, alcaldes, concejales y ediles"
 15. Acto legislativo 3/02
"Por el cual se reforma la Constitución Nacional".
 16. Acto legislativo 1/03
Por el cual se adopta una reforma política constitucional y se dictan otras disposiciones".
 17. Acto legislativo 2/03
"Por medio del cual se modifican los artículos 15, 24, 28 y 250 de la Constitución Política de Colombia para enfrentar el terrorismo".
 18. Acto legislativo 1/04
"Por el cual se modifica el inciso quinto del artículo 122 de la Constitución Política
 19. Acto legislativo 2/04
"Por el cual se reforman algunos artículos de la Constitución Política de Colombia y se dictan otras disposiciones".
 20. Acto legislativo 1/05
"Por el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política".
 21. Acto legislativo 2/05
"Por el cual se modifica el artículo 176 de la Constitución Política".
 22. Acto legislativo 3/05
"Por el cual se modifica el artículo 176 de la Constitución Política".
 23. Acto legislativo 1/07
Por medio del cual se modifican los numerales 8º y 9º del artículo 135, se modifican los artículos 299 y 312, y se adicionan dos numerales a los artículos 300 y 313 de la Constitución Política de Colombia".
 24. Acto legislativo 2/07
Por medio del cual se modifican los artículos 328 y 356 de la Constitución Política de Colombia".
 25. Acto legislativo 3/07
Por medio del cual se modifica el artículo 323 de la Constitución Política".
 26. Acto legislativo 4/07
Por el cual se reforman los artículos 356 y 357 de la Constitución Política".
 27. Acto legislativo 1/08
"Por medio del cual se adiciona el artículo 125 de la Constitución Política".
 28. Acto legislativo 1/09
Por el cual se modifican y adicionan unos artículos de la Constitución Política de Colombia".
 29. Acto legislativo. 2/09
"Por el cual se reforma el artículo 49 de la Constitución Política".
 30. Acto legislativo 1/11
Por el cual se adiciona el párrafo del artículo 183 de la Constitución Política de Colombia".
 31. Acto legislativo 2/11
Por el cual se deroga el artículo 76 y se modifica el artículo 77 de la Constitución Política de Colombia".
 32. Acto legislativo 3/11
"Por el cual se establece el principio de la sostenibilidad fiscal".
 33. Acto legislativo 4/11
"Por medio del cual se incorpora un artículo transitorio a la Constitución Política de Colombia".

1990-1994, en 3 oportunidades. Gobierno de César Gaviria Trujillo.
1994-1998, en 4 oportunidades. Gobierno de Ernesto Samper P.
1998-2002, en 6 oportunidades. Gobierno de Andrés Pastrana A.
2002-2010, en 16 oportunidades. Dos gobiernos se Álvaro Uribe. V.
2010-2016, en 12 oportunidades. Dos gobiernos de J.M. Santos C.

A la inquietud de cuántas tutelas han llegado a la Corte en los 25 años de vigencia de la Constitución política, la Dra. María Victoria Calle, presidente de la Corte Constitucional a 4 de julio de 2016, informa:

“A la Corte Constitucional ha llegado en estos 25 años un número aproximado de 5 millones y medio de procesos de tutela, de los cuales ha resuelto 17.606. La tutela ha sido un valioso instrumento para la protección de los derechos fundamentales de las personas, del cual infortunadamente algunas personas abusan. Por cierto que es difícil encontrar un buen invento humano que no envuelva el riesgo de abuso, o que no sea usado contra los fines bondadosos

34. Acto legislativo 5/11

Por el cual se constituye el sistema general de regalías, se modifican los artículos 360 y 361 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones sobre el régimen de regalías y compensaciones”.

35. Acto legislativo 6/11

Por el cual se reforma el numeral 4º del artículo 235, el artículo 250 y el numeral 1º del artículo 251 de la Constitución Política”.

36. Acto legislativo 1/12

“Por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos de justicia transicional en el marco del artículo 22 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”.

37. Acto legislativo 2/12

“Por el cual se reforman los artículos 116, 152 y 221 de la Constitución Política de Colombia”,

38. Acto legislativo 1/13

“Por el cual se modifica el artículo 176 de la Constitución Política, para fortalecer la representación en el Congreso de la República de los colombianos residentes en el exterior”.

39. Acto legislativo 1/15

“Por el cual se reforma el artículo 221 de la Constitución Política de Colombia”

40. Acto legislativo 2/15

“Por medio del cual se adopta una reforma de equilibrio de poderes y reajuste institucional y se dictan otras disposiciones”.

41. Acto legislativo 1/16

“Por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos para facilitar y asegurar la implementación y el desarrollo normativo del acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera”

que persiguió en sus orígenes. Desde luego que la tutela puede necesitar ajustes, pues sus problemas no han de deberse únicamente a las personas sino también a la institución. Pero en general es una institución magnífica, que solo requeriría ajustes moderados”³⁹⁸.

Al logro de estos ajustes, tiende parte de los mecanismos de corrección planteados en éste capítulo.

³⁹⁸El colombiano, diario de Medellín, “*Hemos recibido 5.5 millones de tutelas en 25 años.*” Publicado julio 3 de 2016, leído: julio 3 de 2016

CONCLUSIONES

Luego de analizar 68 sentencias de la Corte Constitucional colombiana, distribuidas así:

De tutela: 28

De Constitucionalidad: 31

De Unificación: 9

que permitieron cumplir con los objetivos planteados en esta investigación, desarrollada en tres capítulos y una introducción, se puede concluir:

1) Que la necesidad del uso del lenguaje convencional, dimana de la existencia de una Constitución escrita que supone el uso de un lenguaje compartido por el órgano constituyente como por los ciudadanos y autoridades destinatarios, es decir supone la existencia de una unidad lingüística, para cumplir con el principio de cooperación que permita una mejor interacción comunicativa.

2) Que, los principios jurídicos o principios generales del derecho, deben entenderse como prescripciones integradoras de “lagunas” legales, como fuentes supletorias de interpretación, y como cumplidores de una función de justicialidad directa, ya que si bien es cierto decidir con base en principios conduce a una mayor libertad interpretativa, en contra del texto constitucional debe limitarse que el margen de maniobrabilidad del magistrado de la Corte Constitucional pueda ser tan monumental que le permita adoptar una solución que minimice la previsibilidad y con esta, la seguridad jurídica.

3) También, es permisible concluir que los diversos tipos de discordancias referidas y sustentadas con varias decisiones de la Corte Constitucional, permiten

reseñar las consecuencias graves para el Estado y el individuo. Consecuencias, como la minimización de unos derechos fundamentales frente a otros a los que se les confiere mayor peso cuando se aplica la ponderación, la variación de los criterios de interpretación jurídica, la falta de coherencia del sistema interpretativo, imprevisibilidad de las decisiones y disminución de la seguridad jurídica, irrespeto del principio de confianza legítima, que no es otra cosa diferente a que el Estado no puede súbitamente alterar unas reglas de juego que regulaban sus relaciones con los particulares, sin que se les otorgue a estos últimos un período de transición para que ajusten su comportamiento a una nueva situación jurídica, incertidumbre social, sustitución del constituyente primario, posibles contradicciones con la misma Constitución política colombiana, el “darwinismo jurídico”, activismo judicial, e infracción al principio de la separación de los poderes públicos, lo que deriva en una potencial entropía.

De ahí, que para evitar el choque directo con el canon objetivado de la Constitución se plantee como mecanismo de corrección, la necesidad de modificar el artículo 230 constitucional, para que los principios generales del Derecho dejen de ser simples “criterios auxiliares” de la actividad judicial y pasen a ser criterios mixtos, que adquieran la doble calidad de ser: a) prescripciones integradoras de lagunas, y b) como cumplidores de una función de justicialidad directa. Obviamente, la modificación del art. 230, implica, para crear una conexidad, modificar el numeral 12 del artículo 241 constitucional, para posicionar la exigencia de la autorrestricción judicial, como forma de autocontrol que disminuya el margen de discrecionalidad interpretativa que minimiza la previsibilidad y la seguridad jurídica.

Ese carácter mixto de los principios generales evitaría que las decisiones de la Corte Constitucional contraríen el texto constitucional, que actualmente, sólo les otorga una mera calidad de “criterio auxiliar”. De la misma manera, tal modificación, busca empezar a desmontar la actual concepción constitucional del

sistema de fuentes jerarquizado. Se pretende adecuarlo a un sistema de fuentes, simultáneo, que permitirá evitar las diferentes fricciones y discordancias que se presentan por las decisiones de la Corte Constitucional y admite la construcción de un marco de consenso y unidad procedimental, que más que “imponer”, reconozca la coexistencia de diferentes concepciones de justicia invisiblemente ligadas por el respeto a las disposiciones objetivas y escritas.

Incluso, esa mixtura, permite abandonar la jerarquización de vieja data, más propia del Estado liberal de Derecho, que del actual ESD, y admite que a los principios se les reconozca su carácter de normas fundantes y fundamentales, para generar coherencia en el sistema jurídico. Además, permitiría que el precedente jurisprudencial, que la Corte ha puesto al mismo nivel de la ley, ingrese al sistema de fuentes del ESD. De la misma manera, entender los principios de un modo diferente, conlleva a que el operador jurídico debe aumentar su capacidad de argumentación, creando un adecuado equilibrio entre la parte axiológica, política y jurídica que contiene toda Constitución.

4) En igual sentido, respecto a la seguridad jurídica, con los mecanismos de corrección propuestos, cabe afirmar, que esta garantía no es sinónimo de perpetua inmutabilidad ante el valor justicia, toda vez que ésta última, exige acomodar el Derecho a los cambios sociales. De ahí, que se haya propuesto la posibilidad de autorizar la tutela, contra providencias de las otras altas Cortes, para unificar la interpretación de los derechos humanos. La justicia, además de valor, tiene la calidad de derecho fundamental, Y los mecanismos de corrección planteados, buscan que el control de constitucionalidad y las decisiones en sede de tutela, no se perciban por la comunidad como un subjetivo control político, sino como un control jurídico, verdaderamente objetivado.

5) Que se evidenciaron las consecuencias que se derivan de los diferentes tipos de discordancias constitucionales, también, se detallan cada uno de los mecanismos de corrección para evitar que se sigan presentando las discordancias, mecanismos como: la autolimitación judicial, la aplicación del recurso extraordinario de revisión, la extensión del control previo, autorizar la de tutela contra providencias de las otras altas Cortes, sólo para unificar la interpretación de los derechos fundamentales y no para corregir errores judiciales y proscribirla contra decisiones de jueces superiores, o de otras jurisdicciones; situaciones todas éstas que hacen necesaria la modificación de algunos artículos de la Constitución Política.

En el segundo capítulo, se describieron las diferentes posturas en Estados Unidos, respecto del Activismo judicial.

6) Que buena parte de las sentencias analizadas en ésta tesis, permiten encuadrar a la Corte Constitucional colombiana en la categoría de interpretativistas moderados, es decir con una postura activista, ya que mediante sentencias han sustituido la actuación de otras ramas del poder público, ya sea con interpretaciones extensivas, o generando órdenes a otras ramas del poder que son independientes. Por tanto, ha sido evidente su rol de agente progresista para consolidar el Estado social de Derecho.

Empero, La Corte Constitucional, puede modificar y rectificar el orden jurídico emanado del legislativo o de los otros altos órganos judiciales del país, pero su labor como máximo juez de constitucionalidad no puede confundirse con la del poder constituyente, porque su actividad tiene un límite máximo, como la Constitución, que no debe desnaturalizar, desvirtuar, ignorar o contrariar, y que está llamada a defender, por igual razón no puede asumir funciones de poder legislativo. Asumir competencias no otorgadas por la Constitución, es exponer la

democracia a la existencia de un poder omnímodo que implica sacrificar el concepto de democracia y de soberanía popular.

7) Esencialmente, se demostró que la Corte Constitucional colombiana no debe desbordar su universo jurídico representado en la Constitución política, porque es allí solamente donde debe encontrar el fundamento de sus decisiones y que sus alternativas jurídicas son finitas. Igualmente, se agrega que toda interpretación debe ser coherente, razonable, sensata y moderada con el significado objetivo que los términos de la Constitución le confieren. Si un concepto no es ambiguo no debe la Corte Constitucional darle un significado que no tiene. Toda vez que, no sobra advertir, un corrector, como el que utilizan las editoriales, no es un prestidigitador, porque debe respeto a lo establecido en gramáticas y prontuarios, se guía por las reglas y no las modifica y obedece un código deontológico, no escrito, pero imperativo; y si alguna vez tiene dudas, las guarda para sí³⁹⁹. A la Corte Constitucional no le está permitido rebasar las posibilidades que le ofrece el texto constitucional. Si las rebasa, entra en el terreno de la ilegitimidad constitucional. Por el contrario, el legislador sí tiene infinidad de opciones políticas para atender las diferentes demandas sociales. .

8) Que se puede afirmar que la ponderación es una técnica de poder, que carece de estructura jurídica precisa y los jueces deberían decidir a favor de la moral social o como mínimo seguir las pautas trazadas por la moral social para que la decisión tomada goce de la receptividad esperada por el consenso social.

9) Que es permisible agregar en esta conclusión, que cuando la Corte Constitucional trasciende la interpretación para ingresar en la innovación de la Constitución, excede el poder jurídico para integrar un poder político por medio de la interpretación. Paralelamente, la negligencia del Estado colombiano, para cumplir tutelas impuestas por la Corte Constitucional, raya en la indolencia que es

³⁹⁹Saramago, José. *Historia de cerco de Lisboa*. Barcelona: Seix Barral, 1990, p.43

sinónimo de apatía, indiferencia. Un Estado social de Derecho que incumpla las obligaciones judiciales impuestas, y convenciones que se imponen en el orden interno, como la americana de Derechos humanos, como lo expresa el artículo 93 constitucional⁴⁰⁰, se verá sometido a una entropía que acabará derribándolo, por ese desorden interno del sistema.

10) Que no está de más, recordar que los mecanismos de corrección propuestos, implican sendas modificaciones constitucionales, porque toda construcción jurídica de una comunidad en determinado tiempo y lugar debe quedar fundamentada por el propio derecho que emana de la Constitución o cuya validación esta autoriza. Modificaciones cuyo interés es el de evitar que la Corte Constitucional, incurra en situaciones como:

- Pretender gobernar y no impartir justicia.
- Intentar invadir órbitas que deben estar fuera de su alcance para que no se presente el coloquial “choque de trenes”, entendido este como el enfrentamiento con las otras ramas del poder público o con los diferentes altos tribunales del país.
- Sugerir u ordenar al Congreso de la República o al ejecutivo que actúe en determinado sentido.
- Aplicar el darwinismo jurídico, también conocido como la prevalencia del derecho presumiblemente más fuerte.

⁴⁰⁰ **Artículo 93.** Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

- Enunciar principios aplicables a la ley o a la Constitución Política, que no fueron previstos en tales disposiciones y que cambian su sentido.
- Formular de forma vaga, abstracta e imprecisa principios que conducen a interpretaciones y decisiones valorativas.
- Olvidar que el logro de los fines esenciales del Estado social de Derecho, se logra respetando los principios básicos de toda democracia como la legalidad, la seguridad jurídica y que la adecuación de las normas a las realidades nacionales obedece a criterios de razonabilidad que sirven como límites a una potencial arbitrariedad por una anarquía constitucionalizada.
- No asimilar que el paso al Estado social de Derecho supuso una mutación en su significación jurídico-política, pero sin que ello implique que el Estado social haya dejado de ser Estado de Derecho.

11) Que en el Derecho, el intérprete no puede crear libremente su propia interpretación, porque desconocer un texto para crear uno nuevo, no es interpretar, es legislar. Los jueces no pueden arrogarse capacidades creativas, bajo el manto de la interpretación, porque esto se convertiría en la negación del Estado de Derecho; en Colombia, la Constitución política en su artículo 10 establece que: el castellano es el idioma oficial de Colombia.⁴⁰¹ Por tanto, las palabras de la Constitución se deben interpretar acorde con el significado que tengan en el idioma castellano y no debe el juez constitucional dar un significado diferente a un término convencionalmente definido, creando una noción de metasemántica que le permita formular y aplicar significados ajenos al discurso jurídico cotidiano. Por tanto, nada se opone a que la Corte Constitucional Colombiana se imponga una autorestricción judicial, también conocida como *judicial self Restraint* o reserva judicial, como autodisciplina dirigida a evitar que

⁴⁰¹ Constitución Política de Colombia

los magistrados hagan prevalecer sus opiniones personales, contrarias a la misma Constitución Política, auto controlándose y respetando la potestad de los demás poderes públicos. Se trata de limitar el poder de los jueces para crear nuevas leyes o políticas públicas y disminuir así el Activismo judicial.

BIBLIOGRAFÍA

ABA CATORIA, Ana. *La limitación de los derechos fundamentales por razón del sujeto: parlamentarios, funcionarios, reclusos*. Madrid: Tecnos, 2001

ABAD GÓMEZ, Héctor. *Manual de tolerancia*. Medellín: Editorial Universidad de Antioquia, 2007

Agencia EFE, Debate sobre eutanasia y suicidio asistido se reabre en Europa. Bogotá, Diario El Espectador febrero 19/2013 leído el 29 de marzo de 2013

ALBARRACÍN, Mauricio <http://www.elespectador.com/opinion/medio-de-ciencia-justicia>. Por medio de la ciencia hacia la justicia! Bogotá: Diario El Espectador, publicado el 18 de agosto de 2015, leído en agosto 19 de 2015

ALEXY, Robert, *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios, 2004

ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 1993

ALEXY, Robert. *El Concepto y la validez del Derecho*. Barcelona: Ed. Gedisa, 1997

ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2007

ÁLVAREZ LONDOÑO, Luis Fernando; *et al.* *Seguridad jurídica, Estabilidad y Equilibrio Constitucional*. Bogotá: Pontificia universidad javeriana, 2011.

Ámbito jurídico. *¿Puede el Derecho curar al sistema de Salud?* Ed. Legis N° 351 Agosto de 2012 Bogotá. , leído en marzo 1 de 2015.

ARAGÓN REYES, Manuel. *La Constitución y control del poder. Introducción a una teoría constitucional del control.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999

ARAGÓN REYES, Manuel. *Constitución, Democracia y control.* México D.F.: UNAM, 2002,

ARANGO, Iván Darío. *Dificultades de la Democracia. Bases de ética política.* Medellín: Editorial Universidad de Antioquia, 2010

ARCILA GIRALDO, Beatriz Elena y HOYOS LOAIZA, Juan Carlos. *El rol del juez en el Estado social de Derecho.* Medellín: Editorial Universidad de Medellín, 2010

ARISTÓTELES, *La Política.* Madrid: Tecnos, 2004

ARTEAGA, Ramelli. *Control de constitucionalidad de los tratados internacionales en Colombia.* Revista Derecho del Estado, Bogotá: Universidad Externado de Colombia. N°20, 2007

ATIENZA, Manuel. *Curso de Argumentación jurídica.* Madrid: editorial Trotta, 2013

ATIENZA, Manuel. *Derecho y Argumentación,* Universidad Externado de Colombia, 1987

ATIENZA, Manuel *Límites a la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos.* Isonomía Revista de teoría y filosofía del Derecho, N°6,1997

ATIENZA, Manuel. *Para una razonable definición de lo razonable*, Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho N°4, 1987193

<http://www.cervantesvirtual.com/obra/para-una-razonable-definicion-de-razonable/>

Auto del 22 de junio de 1995.

Auto 022 de 1999.

Auto 062 de 2000.

Auto 082 de 2000.

Auto 091 de 2000.

Auto 031a de 2002.

Auto de 30 de abril de 2002 y -031a de 2002.

Autos 031 A/02, 283 de 2012, 082 de 2012, y 022 de 2013.

Autos 031A/02 y 063/04, entre otros.

Auto 218 de 2009

Auto 353 de 2010

Auto 059 del 2012

AYUSO, Miguel. *El problema del poder constituyente*. Madrid: Marcial Pons, 2012

BALAGUER CALLEJÓN, María Luisa. *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*. Madrid: Ed. Tecnos, 1997

BAQUERIZO MINUCHE, Jorge. *Colisión de derechos fundamentales y juicio de Ponderación*. Revista jurídica online, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, Ecuador. Leído el 20 de marzo de 2013

BARBOSA, Francisco. *La inconveniente tutela contra sentencias*. En: *Ámbito jurídico*. N° 420, Bogotá: Editorial Legis, junio-julio 2015 leído en agosto 6 de 2015

BARRANCO AVILÉS, María del Carmen. *Derechos y decisiones interpretativas*. Madrid: Marcial Pons. 2004.

BASTIDA, Xiacobe. *El derecho como creencia. Una concepción de la filosofía del Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000

BELADIEZ ROJO, Margarita. *Los principios jurídicos*. Navarra: Ed. Civitas, 2010

BELLAMY, Richard. *Constitucionalismo político*. Madrid: Marcial Pons, 2010.

BENÍTEZ ROJAS, Vicente F. *Constitución Popular, no judicial*. Bogotá: Ed. Temis, 2014

BERNAL PULIDO, Carlos. *El Derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado, 2008

BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios constitucionales, 2007.

BERNAL PULIDO, Carlos. *Neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009

BERNAL PULIDO, Carlos. *Refutación y defensa del neoconstitucionalismo*. En: Teoría del neoconstitucionalismo. Edición de Miguel Carbonell. Madrid: ed. Trotta, 2007

BERNUZ BENEÍTEZ, María José. *Seguridad, excepción y nuevas realidades jurídicas*. Granada: Editorial Comares, 2010.

BONORINO, Pablo Raúl. *Integridad, derecho y justicia. Una crítica a la teoría jurídica de Ronald Dworkin*. Bogotá: Siglo del hombre editores y Universidad Nacional de Colombia, 2003

BONORINO R., Pablo Raúl. *Filosofía del Derecho y decisión judicial*. Bogotá: Consejo Superior de la judicatura, 2013

Boletín informativo # 5 Tribunal de Estrasburgo. Junio 2016

BOROWSKI, Martín. *La estructura de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad externado de Colombia, 2003

BOTERO URIBE, Darío. *Teoría social del derecho*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2005

CALSAMIGLIA, Albert. Prólogo a *Los derechos en serio*, de Ronald Dworkin. Barcelona: ed. Ariel, 1984

CAMPBELL, Tom. *La justicia*. Barcelona: Editorial Gedisa, 2002

CARBONELL, Miguel. *El neoconstitucionalismo en su laberinto*. En: Teoría del neoconstitucionalismo. Madrid: ed. Trotta, 2007

CARPINTERO BENÍTEZ, Francisco. *La crisis del Estado en la edad posmoderna*. Pamplona: Thomson Reuters, 2012.

CASTILLO CÓRDOVA, Luis Fernando. *¿Existen los llamados conflictos entre derechos fundamentales?* En: Cuestiones Constitucionales N° 12. México D.F. UNAM: 2005

CASTAÑO PEÑA, Jairo Andrés. Análisis económico del Activismo judicial: el caso de la Corte constitucional colombiana. Revista Derecho del Estado. N°31 Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013

CEPEDA ESPINOSA, Manuel José. *Polémicas constitucionales*. Bogotá: Ed. Legis, 2007

CEPEDA ESPINOSA, Manuel José; *et al.* *La ponderación del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008.

CERRA NOLASCO, Eduardo. *El control de constitucionalidad. Análisis de la doctrina de la Corte en los 10 años de vigencia constitucional*. Revista de Derecho, Barranquilla: Universidad del Norte. N° 16, 2001. P.162-179

CHEVALIER, Jean Jacques. *Las grandes obras políticas. Desde Maquiavelo hasta nuestros días*. Bogotá: ed. Temis, 2011

CHIASSINI, Pier Luigi. *Técnicas de interpretación judicial*. Madrid: Dykinson, 2011.

CIDH. Caso Masacre de Santo Domingo contra Colombia. Sentencia de noviembre 30 de 2012. Puntos resolutivos 7 y 8

CLAVIJO, Sergio. *Descifrando la "nueva" Corte Constitucional. Una evaluación del periodo 2001-2003*. Bogotá: Ed. Alfaomega, 2004

CLAVIJO, Sergio. *Descifrando la nueva Corte constitucional*. Bogotá: Alfaomega, 2004

CLAVIJO, Sergio. *Fallos y fallas de la Corte Constitucional*. Bogotá: Ed. Alfaomega, 2001

COMANDUCCI, Paolo. *Problemas de compatibilidad entre derechos fundamentales*. En: *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Editorial Trotta, 2005

COMANDUCCI, Paolo. *Razonamiento jurídico Elementos para un modelo*, México D.F. Fontamara, 2004.

Consejo de Estado, Sentencia 2008-00029 de febrero 28 de 2013 M.P. Ramírez de Páez, Bertha Lucía

Constitución Política de Colombia. Legis, Bogotá, 2013

CORREA RANGEL, Jairo Enrique. *Evolución del Estado o crisis de soberanía*. Bogotá: ediciones Nueva Jurídica, 2010

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-239/97 Legis, Revista Jurisprudencia y Doctrina. N° 308 Agosto 1997 M.P. GAVIRIA DIAZ, Carlos. P. 1095

Corte Constitucional. Comunicado N° 50 noviembre 4 de 2015

Corte Constitucional. Sentencia C-355/06 M.P. Vargas H. Clara Inés y Araujo Rentería Jaime. Legis, Revista Jurisprudencia y Doctrina N° 419, noviembre de 2006. P. 1997

Corte Constitucional. Sentencia C-866 DE 2001 M.P Jaime córdoba Triviño

Corte Suprema de Justicia, abril 27 de 2015. M.P. Clara Cecilia Dueñas.

Corte suprema de justicia, Sala penal, sentencia 39456 del 10/04/13) M.P. José Luis Barceló Camacho

Corte Suprema de Justicia. Sala laboral (Sentencia 52439 del 26/02/14) M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón.

DE ASÍS ROIG, Rafael. *Jueces y Normas*. La decisión judicial desde el ordenamiento. Madrid: Marcial Pons, 1995

DWORKIN, Ronald. *Cómo el derecho se parece a la literatura*. Harvard University Press, 1985, p.169

DE DOMINGO, Tomás. *Conflictos entre derechos fundamentales?*, Madrid, Centro de Estudios Políticos Constitucionales, 2001

DWORKIN, Ronald. *El imperio de la justicia*. Barcelona, Editorial Gedisa, 1992. P. 47

DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Editorial Ariel, 1997.

DWORKIN, Ronald. *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002.

El Colombiano. *Claridad en dosis mínima*, Medellín, editorial, Diario El Colombiano febrero 1° de 2013, leído en febrero 1° de 2013

El Colombiano. *Uruguay legalizó la producción y venta de marihuana*. Medellín, Diario El Colombiano. y En: Uruguay despenaliza producción y venta de Marihuana. Bogotá: Diario El Tiempo. Publicados y leídos en diciembre 10 de 2013

El Colombiano, diario de Medellín, *“Hemos recibido 5.5 millones de tutelas en 25 años.”* Publicado julio 3 de 2016, leído: julio 3 de 2016

El Colombiano. *Colombia realizó el primer procedimiento legal de eutanasia*, Medellín, diario El Colombiano, publicado y leído el 3 de julio de 2015

El Colombiano, *Autonomía judicial o inmunidad*. Editorial. Medellín. Julio 17 de 2016, leído: julio 17 de /2016

El Espectador. *Legalizar la marihuana*. Bogotá: Diario El espectador. Editorial. Septiembre 3 de 2015. Leído el 3 de septiembre de 2015

El Tiempo. *Tutela revive amenaza de “choque de trenes” entre las altas Cortes*. Bogotá: Diario El Tiempo. 15 de junio de 2013, leído en agosto 6 de 2013

ESGUERRA P., Juan Carlos. *Nuestro control de constitucionalidad no tiene controles, pero ciertamente tiene límites*. En: Justicia Constitucional. El rol de la Corte Constitucional en el Estado contemporáneo. Coordinador académico: Ricardo Sanín Restrepo, Bogotá: Editorial Legis, 2006

ESTRADA VÉLEZ, Sergio. *Algunas reflexiones en torno a la necesidad de una teoría del Derecho y de los casos difíciles acorde al contexto del Estado constitucional colombiano*. Rev. Opinión jurídica N° 15, U. de Medellín, 2009

ESTRADA VÉLEZ, Sergio. *Dos ejercicios de ponderación a propósito del matrimonio y la adopción en parejas del mismo sexo*. Opinión jurídica N°19, Universidad de Medellín, 2011

ESTRADA VÉLEZ, Sergio. *Los límites de la Corte constitucional como presupuesto para el mantenimiento del orden constitucional: propuestas de control*. En: Revista Opinión jurídica, N° 11 U. de Medellín, 2007

EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier. *La argumentación en la justicia constitucional*. Medellín: Biblioteca jurídica Diké, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantías La ley del más débil*. Madrid: Editorial Trotta, 1999, p. 37-38

FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, 2007

FERRAJOLI, Luigi. *Un debate sobre el constitucionalismo*. Madrid: Marcial Pons, 2012

FERREYRA, Raúl Gustavo. *Fundamentos Constitucionales*. Buenos Aires: Ediar, 2013

FETERIS, Eveline. *Fundamentos de la Argumentación jurídica. Revisión de las teorías sobre la justificación de las decisiones judiciales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007

FIGUEROA MEJÍA, Giovanni A. *Duplicidad interpretativa: Interpretación jurídica en general e interpretación constitucional en particular* Revista Dikaion. N° 19 p. 139-161 En: <http://dialnet.unirioja.es>

FUENTES CONTRERAS, Hernán. *Materialidad de la constitución. La doctrina del bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia de la corte constitucional*. Bogotá: Grupo editorial Ibáñez, 2010

GARCÍA AMADO, Antonio. *Ensayos de filosofía jurídica*. Bogotá: Editorial Temis, 2003.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *El juicio de ponderación y sus partes. Crítica de su escasa relevancia*. En: Justicia constitucional. El rol de la Corte Constitucional en el Estado contemporáneo. Coordinador académico: Ricardo Sanín Restrepo. Bogotá: Legis editores, 2006

GARCÍA AMADO, Juan Antonio *Tres sentencias del tribunal constitucional. O de cuán fácil es la veracidad periodística y qué liviano el honor de los particulares* Estudios de Derecho N° 139,2005

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*. Navarra: Civitas, 2006

GARCÍA- ESCUDERO MÁRQUEZ, Piedad. *Técnica legislativa y seguridad jurídica: ¿hacia el control constitucional de la calidad de las leyes?* Navarra: Thomson Reuters, 2010

GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. *Filosofía del Derecho*, 1996

GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. *Positivism jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo*. México D.F. 1999

GARCÍA ROMERO, Horacio; et al. *Bioética general*. México D.F: Trillas, 2009.

GARGARELLA, Roberto. *Carta abierta sobre la intolerancia*. Apuntes sobre Derecho y protesta. Buenos Aires: Siglo XXI editores, 2006

GARGARELLA, Roberto. *El derecho a la protesta, el primer derecho*. Buenos Aires: Adhoc, 2005

GARGARELLA, Roberto. *La justicia frente al gobierno*. Barcelona. Ed. Ariel, 1996, págs. 56-57

GÓMEZ GÓMEZ, Jesús Alberto. *El Nuevo Derecho*. Revista Foro Autónomo. Corporación Universitaria autónoma del Cauca, Popayán Colombia, 2010

GUASTINI, Ricardo. *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho*. Barcelona: Editorial Gedisa, 1999

GUASTINI, Riccardo. *Estudios sobre la Interpretación jurídica*. México D. F., Unam, 1999

GUASTINI, Riccardo. *La interpretación: objetos, conceptos y teorías* En: Interpretación jurídica y decisión judicial. Compilador, Vásquez, Rodolfo. México D.F: Distribuciones Fontamara, 1998

GUASTINI, Riccardo. *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, México: Trotta, 2008

HABERLE, Peter. *Métodos y principios de interpretación constitucional*. Un catálogo de problemas. Salamanca: ReDce N° 13, 2010

HART, H.L. *El concepto del derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1977, 125 y ss

HENDERGEN, Matthias. *La Corte Constitucional en la relojería del Estado de Derecho*. En: Justicia Constitucional. En: El rol de la Corte Constitucional en el Estado contemporáneo. Bogotá: Editorial Legis, 2006

HERNÁNDEZ GALINDO, José Gregorio. *El Concepto de constitucionalidad en el Derecho contemporáneo*. Bogotá: Editorial Temis, 2013

HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael. *Las obligaciones básicas de los jueces*. Madrid: Marcial Pons, 2005.

HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. Madrid: Fundación coloquio jurídico Europeo Centro de estudios políticos y constitucionales, 2011

HIERRO, Liborio. *Estado de derecho. Problemas actuales*. México D.F. Fontamara, 1998

HOLMES, Stephen. *El Precompromiso y la paradoja de la democracia*. En: Constitucionalismo y democracia. México D.F. Fondo de cultura económica, 1999

HOYOS CASTAÑEDA, Ilva Myriam. *El concepto jurídico de la persona*. Editorial Eunsa, Pamplona. 1.989, p. 483.

IBÁÑEZ NAJAR, Jorge Enrique. *Corte Constitucional: Autoridad económica?* En: Corte Constitucional 10 años balances y perspectivas. (Editor Académico), Carlos Mario Molina B. Bogotá: Centro editorial Universidad del Rosario, 2003

Jurisprudencia Colombiana. Publicación Electrónica, Legis: Bogotá. 20016

JIMÉNEZ CAMPO, Javier. *Sobre la cuestión de constitucionalidad.* En: Rubio Llorente, Francisco y Jiménez Campo, Javier. Estudios sobre jurisdicción Constitucional, Madrid: Editorial McGraw Hill,

JUDT, Tony. *Algo va mal.* Madrid: Taurus, 2010.

Jurisprudencia Colombiana. Publicación Electrónica, Legis: Bogotá. 2013

KAUFMAN, Mathias. *¿Derecho sin reglas?* México D.F. Fontamara, 1999

KRAMER, Larry. *Constitucionalismo popular y control de constitucionalidad.* Madrid: Marcial Pons, 2011.

LAMBERT, Edouard. *El gobierno de los jueces.* Madrid: editorial Tecnos, 2010

Ley 100 de 1993 por la cual se crea el sistema de seguridad social integral

Ley 270/1996, artículo 11, Artículo modificado por el artículo 4 de la Ley 1285 de 2009.

Ley 30 de 1992, artículos 16, 17, 18,19

Ley 80 de 1993 “Por la cual se expide el estatuto general de la Administración pública”

LÓPEZ DAZA, Germán. *El juez constitucional colombiano como legislador positivo: ¿Un gobierno de los jueces?* En Rev. Mexicana de derecho constitucional. México D.F: N° 24 2011.

LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *El Derecho de los jueces: Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del Derecho judicial.* Bogotá, Legis editores-Ediciones Uniandes, 2002

MANTILLA ESPINOSA, Fabricio. *Controversias constitucionales*, Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2009.

MARCILLA C, Gemma. *Constitucionalismo y Garantismo.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009.

MARTÍNEZ ZORRILLA, David. *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa.* Madrid, Marcial Pons, 2007

MENDONCA, Daniel. *Análisis Constitucional: una introducción. Cómo hacer cosas con la Constitución* Bogotá: Editorial U. del Rosario 2 edición, 2009

MOLINA BETANCUR, Carlos Mario. *¿Limitar o fortalecer la Corte Constitucional?* En: *Corte Constitucional 10 años balance y perspectivas.* Bogotá: Universidad del rosario, 2003

MOLINA BETANCUR, Carlos Mario. (compilador) *Corte Constitucional y revolución Social.* En: *Corte Constitucional y Estado social de Derecho*, Medellín, sello editorial Universidad de Medellín, 1997

MOLINA BETANCUR, Carlos Mario. *La Corte Constitucional, autoridad económica*. En: Corte Constitucional y economía. Medellín: Universidad de Medellín, 2010

MOLINA BETANCUR, Carlos Mario. *El derecho al aborto en Colombia I parte: el concepto jurídico de la vida humana*. Medellín: sello editorial Universidad de Medellín, 2006

MOLINA BETANCUR, Carlos Mario. *El derecho al aborto en Colombia II parte: la despenalización parcial*. Medellín: sello editorial Universidad de Medellín ,2010

MOLINA BETANCUR, Carlos Mario. *Problemas actuales de la justicia en Colombia: el protagonismo de la Corte Constitucional*. En: Controversias constitucionales, Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2009.

MONTESQUIEU. *Del Espíritu de las leyes*. Barcelona: ediciones Altaya, 1993

MORELLI RICO, Sandra. *La Corte constitucional: un legislador complementario?* Bogotá. Instituto de estudios constitucionales Carlos Restrepo P., 1997

NIETO, Alejandro. *Crítica de la razón jurídica*. Madrid: Trotta, 2007

NIETO, Alejandro. *El Desgobierno Judicial*, Madrid, Trotta. 2004 p. 29-61

NINO, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del Derecho*. Buenos Aires: Ed. Astrea, 2005

OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro. *Tipología de nuestras sentencias constitucionales*. En: Revista Universitas, Bogotá: Universidad Javeriana N° 108,2004

OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro. *El choque de trenes: ¿guerra entre Cortes?* Bogotá: ediciones Doctrina y ley, 2010

OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro. *Hermenéutica Constitucional*. Bogotá: Ibáñez, 2009

ORDOÑEZ MALDONADO, Alejandro. *El nuevo derecho, el nuevo orden mundial y la Revolución Cultural*. Bogotá, Ediciones doctrina y ley Ltda., 2007 Págs. 275-287

OSPINA, William. *La taberna de Kafka*, Bogotá: Diario El Espectador, junio 08/2013 Leído el 09 de junio/2013

PALACIO VALLEJO, Ligia; *et al. Naturaleza y alcance del proceso de control de constitucionalidad por acción*. Bogotá: Temis, 2007

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Diez lecciones sobre ética, poder y Derecho*. Madrid: Edit. Dickinson, 2010

PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. *La garantía en el estado constitucional de Derecho*. Madrid: Trotta, 1999.

PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. *La garantía en el Estado constitucional de Derecho*. Madrid: Ed. Trotta, 1997

PÉREZ BERMEJO, Juan Manuel. *Coherencia y sistema jurídico*. Madrid: Ed. Marcial Pons, 2006

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos, 2010

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *La Seguridad jurídica*. Barcelona: Ed. Ariel, 1991

PÉREZ ROYO, Javier *Curso de Derecho Constitucional*, Madrid: Marcial Pons, 2014

PINO, Giorgio. *Derechos e Interpretación. El razonamiento jurídico en el Estado constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014 p. 254

POSNER, Richard A. *The Rise and fall of judicial Self-restraint*. California Law Review, volumen 100 edición 3, junio 2012

POSNER, Richard A. *Cómo deciden los jueces*. Madrid: Marcial Pons, 2011

PRIETO SANCHÍS, Luis. *Justicia Constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Ed. Trotta, 2009

PRIETO SANCHÍS, Luis. *Principia Iuris: una teoría del Derecho (neo) constitucionalista para el Estado Constitucional*. En: El canon neoconstitucional. Bogotá: ed. Miguel Carbonell. Universidad Externado de Colombia, 2010

PRZEWORSKI, Adam. *Qué esperar de la democracia. Límites y posibilidades del autogobierno*. Buenos Aires: Siglo veintiuno editores, 2010

QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando. *La Acción de tutela. El amparo en Colombia*. Bogotá: Ed. Temis, 2015

QUIROGA NATALE, Edgar Andrés. *Proporcionalidad y ponderación en la sentencia constitucional*. Tunja: Universidad pedagógica y Tecnológica de Colombia, 2011

RIVERA LÓPEZ, Eduardo. *Problemas de vida o muerte. Diez ensayos de bioética*. Madrid, Marcial Pons, 2011 págs. 48-51

RIVEROS P, Daniel Felipe. *Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos subjetivos: una visión estructural*. Revista Derecho del Estado, Bogotá: Universidad Externado de Colombia. N° 24, 2010

RÓDENAS, Ángeles. *Los Intersticios del Derecho*. Madrid: Ed. Marcial Pons, 2012

ROUSSEAU, Jean Jacques. *El Contrato Social*. Biblioteca virtual Universal, 2003

RODRÍGUEZ, César. *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*, Bogotá: Siglo del hombre editores, 2005

SAFFON, Paula; *et al.* *Derechos sociales y Activismo judicial: La dimensión fáctica del activismo judicial en derechos sociales en Colombia*. Bogotá: En Rev. Estudios socio-jurídicos N° 1 2011

SANDELL, Michael J. *Justicia ¿Hacemos lo que debemos?* Barcelona: Random House Mondadori, 2011

SANÍN RESTREPO, Ricardo. *Justicia Constitucional*. El rol de la Corte Constitucional en el Estado contemporáneo Bogotá: Legis, 2006.

SARAMAGO, José. *Historia del cerco de Lisboa*. Barcelona: Seix Barral, 1990

SCHNEIDER, Hans-Peter. *Jurisdicción constitucional y separación de poderes*. Madrid: Revista española de Derecho Constitucional N° 5 1982.

Sentencia C-449/92 M.P. Martínez Caballero, Alejandro.

Sentencia 173/93.

Sentencia T-658-98.

Sentencias T-008/98 y SU-159/2000.

Sentencias T-088-99 y SU-1219-01.

Sentencia T-504/00.

Sentencia T-522/01

Sentencias T-462/03 ; SU-1184/01 ; T-1625/00 y T-1031/01.

Sentencia T-315/05.

SERRA CRISTÓBAL, Rosario. *La libertad ideológica del juez*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004

SHAUER, Frederick. *Las reglas en juego*. Madrid: Ed. Marcial Pons, 2004

SORIANO, Ramón. *Valores jurídicos y derechos fundamentales*. Edit. Mad, 2006

SOTELO, Ignacio. *El Estado Social. Antecedentes, Origen, Desarrollo y Declive*. Madrid: Ed. Trotta, 2010

STRECK, Lenio Luiz. *Verdad y Consenso. Constitución, hermenéutica y teorías discursivas. De la posibilidad a la necesidad de respuestas correctas en derecho*. Lima: Ara editores, 2009

TAMAYO JARAMILLO, Javier. *Análisis de la interpretación valorista del Derecho*. En: Controversias constitucionales. Coordinador, Fabricio Mantilla. Bogotá: editorial Universidad del Rosario, 2009

TAMAYO JARAMILLO, Javier. *La Decisión Judicial* T. II, Medellín, Diké, 2011 p. 1383

TAMAYO JARAMILLO, Javier. *La Decisión judicial*. T. I, Medellín, Ed. Diké, 2011 p. 267

TAMAYO JARAMILLO, Javier. *Manual de hermenéutica jurídica*. Medellín: Biblioteca jurídica Diké, 2013

TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. *La interpretación constitucional. La falacia de la interpretación cualitativa*. En: *Interpretación jurídica y decisión judicial*. Rodolfo Vásquez, (compilador) México D.F. Fontanamara, 1998

TEROL BECERRA, Manuel José. *El Estado social y sus exigencias constitucionales*. Madrid: Tirant lo Blanch, 2010.

Tribunal Constitucional Español. Sentencias 20/1987 y 23/1988. Citadas por Tamayo Jaramillo en el tomo I de “La Decisión judicial”.

TRUJILLO MUÑOZ, Augusto. *Extravíos de la jurisprudencia*. Bogotá Diario El Espectador. Abril 9 de 2014, leído en septiembre 7/14

TUSHNET, Mark. *¿Por qué la Constitución importa?* Bogotá: U. Externado, 2012

UPRIMNY YEPES, Rodrigo y GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. *¿Qué hacer con la tutela contra providencias?* En: Justicia Constitucional. El rol de la Corte Constitucional en el Estado contemporáneo. Bogotá: Legis, 2006 p. 278

UPRIMNY, Rodrigo. *Precisiones sobre drogas y Derecho*. Bogotá, Diario El Espectador. Febrero 02/2013, leído en febrero 03 de 2013

UPRIMNY, Rodrigo. *El Ocaso de la prohibición*, Bogotá Diario El Espectador. Noviembre 10 de 2012, leído en noviembre 12 de 2012

UPRIMNY, Rodrigo. *Parejas del mismo sexo: entre la justicia y la política*. Revista de estudios sociales, N°28. Bogotá: Uniandes, 2007

URIBE RUEDA, Nicolás. *La Corte debe rectificar*. Bogotá Diario El Espectador 05 de julio de 2013, leído el 06 de julio de 2013

VALDÉS VILLANUEVA, Luis. *La Búsqueda del significado*. Madrid, Tecnos, 1991 p. 516

VARGAS LLOSA, Mario. *La marihuana sale del armario*, Madrid. Diario El País, julio 07/12 leído en julio 10 de 2012

VÁSQUEZ, Rodolfo. *Interpretación jurídica y decisión judicial*. México D.F. Fontamara, 1998

VILA CASADO, Iván. *Límites de la Corte Constitucional: hacia una teoría de la constitución como sistema material de valores*. Bogotá: Temis, 2005.

VITALE, Ermanno. *Defenderse del poder, Por una resistencia Constitucional*. Madrid: Ed. Trotta, 2012

WALDRON, Jeremy. *Derecho y desacuerdos*. Madrid; Marcial Pons, 2005

WALDRON, Jeremy. *Los derechos en conflicto*, Bogotá: U. Externado de Colombia, 2010

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho dúctil*. Madrid, Ed. Trotta. 1999 p.153

ZARKA, Charles. *Figuras del poder*. Madrid: Biblioteca nueva, 2004

ZUCCA, Lorenzo; et al, *Dilemas Constitucionales*. Madrid, Marcial Pons, 2011

CIBERGRAFÍA

BODIN, Jean. *Los seis libros de la República*, Libro primero, Edición virtual.
http://www.antorcha.net/biblioteca_virtual/politica/seis_libros/1_1.html

CLAVIJO, Sergio. *Estado de Derecho e Instituciones*.
<http://www.banrep.gov.co/sites/default/files/publicaciones/archivos/cortebr0304.pdf>

CONTRERAS FERNÁNDEZ, Josefa. *El uso de la Cortesía y las sobreposiciones en las conversaciones. Un análisis contrastivo alemán-español*. Tesis doctoral. Universidad de Valencia, 2005 sitio web:
<http://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/9785/contreras.pdf?sequence=1>

DARWIN, Charles. *El origen de las Especies*. Edición electrónica. Cap. IV En:
www.uv.mx

El Colombiano. *Avanzó en el Congreso ley que permite el uso medicinal de la marihuana*. El colombiano, Medellín. Publicado diciembre 10 de 2015, leído diciembre 13 de 2015 <http://www.elcolombiano.com/colombia/politica/avanzo-en-el-congreso-ley-que-permite-el-uso-medicinal-de-la-marihuana>

El Colombiano. *Cada 4 minutos hay tutela en salud*.
<http://www.elcolombiano.com/cada-4-minutos-hay-tutela-en-salud-DF2575885>
<http://www.elcolombiano.com/cada-4-minutos-hay-tutela-en-salud-DF2575885> Diario: El Colombiano. Publicado el 21 de agosto de 2015, leído en agosto 21 de 2015

El Colombiano. *Cerca de 5000 niños en el país buscan familias adoptantes*.
<http://www.elcolombiano.com/colombia/cerca-de-5-000-ninos-en-el-pais-buscan->

familias-adoptantes-AH2854046 Medellín, diario El colombiano. Publicado el 9 de octubre de 2015 y leído el 9 de octubre de 2015

El Colombiano. *Corte Constitucional tumba megapensiones concedidas por el Consejo de Estado*. <http://www.elcolombiano.com/corte-constitucional-tumba-megapensiones-concedidas-por-el-consejo-de-estado-GL2836495>. Periódico El colombiano, Medellín. Publicado el 5 de octubre de 2015, leído el 6 de octubre de 2015

El Colombiano. *Más de 4.000 niños esperan ser adoptados*. Medellín, diario El Colombiano. <http://www.elcolombiano.com/mas-de-4-000-ninos-en-colombia-esperan-ser-adoptados-DG2844467>. Publicado el 7 de octubre de 2015 y leído el 9 de octubre de 2015

El Espectador. *Abecé de la histórica condena contra Colombia por discriminar a pareja gay*. <http://www.elespectador.com/noticias/judicial/abece-de-historica-condena-contra-colombia-discriminar-articulo-627563>. Publicado el 17 de marzo de 2016, leído en marzo 17/16

El Espectador. Bogotá. *Editorial "Hacinamiento Carcelario"*, publicado y leído enero 6 de 2015 <http://www.elespectador.com/opinion/editorial/hacinamiento-carcelario-articulo-536492>

El Espectador. *Corte Constitucional reabre debate el UPAC*. <http://www.elespectador.com/noticias/economia/corte-constitucional-reabre-debate-el-upac-articulo-417361> publicado el 20 de abril de 2013 y leído el 17 de agosto de 2015

El Espectador. *El derecho a una muerte digna, a debate en los Estados Unidos*. Bogotá: Diario El Espectador, publicado el 2 de noviembre de 2014, leído en

noviembre 02 de 2014 <http://www.elespectador.com/noticias/elmundo/el-derecho-una-muerte-digna-debate-estados-unidos-articulo-525496>

El Espectador. *El fiscal propone despenalización plena del aborto en Colombia*. Diario El Espectador, Bogotá. Publicado el 10 de noviembre de 2015 y leído en la misma fecha. <http://www.elespectador.com/noticias/politica/fiscal-propone-despenalizacion-plena-del-aborto-colombi-articulo-598340>

El Espectador. *Histórica reunión de Unasur para buscar consenso sobre consumo de drogas en el continente*. Diario El Espectador, Bogotá. Publicado el 31 de agosto de 2015 y leído el 13 de octubre de 2015 <http://www.elespectador.com/noticias/elmundo/historica-reunion-de-unasur-buscar-consenso-sobre-consu-articulo-582966>

El Espectador. *Justicia irlandesa permite desconectar a embarazada con muerte cerebral*. Bogotá: Diario el Espectador. Diciembre 26 de 2014. Leído el 26 de diciembre de 2014 dirección web fuente: <http://www.elespectador.com/noticias/actualidad/justicia-irlandesa-permite-desconectar-embarazada-muert-articulo-535065>

El Espectador. *La Corte Constitucional reitera límites de las “megapensiones”*. <http://www.elespectador.com/noticias/judicial/corte-constitucional-reitera-limite-de-megapensiones-articulo-590924> Periódico el Espectador, Bogotá. Publicado en octubre 5 de 2015 y leído en octubre 6 de 2015

El Espectador. *Listo decreto que legaliza el consumo y la producción de marihuana con fines medicinales*. Bogotá: Diario El Espectador. Publicado el 12 de noviembre de 2015. Leído: noviembre 12 de 2015 <http://www.elespectador.com/noticias/nacional/listo-decreto-legaliza-consumo-y-produccion-de-marihuan-articulo-598754>

El Espectador. *Los secretos de la ponencia que avala la adopción gay*. <http://www.elespectador.com/noticias/judicial/los-secretos-de-ponencia-avala-adopcion-gay-articulo-539811> Diario El Espectador: Publicado el 24 de enero de 2015 y leído, el 28 de enero de 2015

El Espectador. *Marihuana medicinal para niños*. Bogotá: Diario el Espectador. Febrero 12 de 2014. Leído el 15 de agosto de 2014 dirección web fuente <http://www.elespectador.com/noticias/elmundo/marihuana-medicinal-ninos-articulo-474414>

El Espectador. *Marihuana medicinal, ¿para qué sirve?* Bogotá: Diario El Espectador. Agosto 15/2014, leído en agosto 16 de 2014 dirección web fuente: <http://www.elespectador.com/noticias/salud/marihuana-medicinal-sirve-articulo-510969>

El Tiempo. *Consejo de Estado pone en jaque a fallo sobre megapensiones*. <http://www.eltiempo.com/politica/justicia/consejo-de-estado-pone-en-jaque-a-fallo-sobre-megapensiones/16317696> periódico El Tiempo, Bogotá. Publicado en agosto 31 de 2015 y leído en octubre 3 de 2015

ENGELS, Federico. *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*. Fundación Federico Engels. España: 2006
file:///D:/INF%20SAL%2017%2003%202015/Downloads/el-origen-de-la-familia.pdf

Extravíos de la jurisprudencia. Bogotá: Diario El Espectador, publicado en septiembre 04 de 2014 y leído el 07 de septiembre de 2014 Dirección web fuente <http://www.elespectador.com/opinion/extravios-de-jurisprudencia-columna-514828>

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. Interpretar, argumentar y decidir. En: Anuario de Derecho penal. Lima, 2005 <http://www.geocities.ws/jagamado/currypub.html>

GARGARELLA, Roberto. *La dificultad de defender el control judicial de las leyes*. file:///D:/INF%20SAL%2017%2003%202015/Downloads/la-dificultad-de-defender-el-control-judicial-de-las-leyes-0%20(3).pdf

<http://historia-siglo-xx.blogspot.com/2012/10/1933-eeuu-el-new-deal.html> Apuntes de la historia del siglo xx 1933- el New Deal.

<http://transfilosofia.blogspot.com/2013/06/entropia-social-y-teoria-del-caos-social.html>

<http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/Administracion-Publica/conozca-el-fallo-que-declaro-superado-el-estado-de-cosas-inconstitucional-en-materia-pensional.asp> marzo de 2016

<https://www.ambitojuridico.com/bancoconocimiento/ambiental-y-agropecuaria/que-novedades-trae-la-ley-que-regula-la-marihuana-medicinal>

<http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti142309->

http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti142309-01consejo_de_estado_aclara_a_aplicacion_de_topes_pensionales/noti142309-01consejo_de_estado_aclara_a_aplicacion_de_topes_pensionales.asp

<http://www.biografiasyvidas.com/biografia/r/roosevelt.htm>

http://www.camara.gov.co/portal2011/proceso-y-tramite-legislativo/proyectos-de-ley?option=com_proyectosdeley&view=ver_proyectodeley&idpry=1937

<http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechoconstitucional/2010/03/03/colision-de-derechos-fundamentales-y-juicio-de-ponderacion>

[http://www.elcolombiano.com/historico/claridad en dosis minima-GDEC 227203](http://www.elcolombiano.com/historico/claridad_en_dosis_minima-GDEC_227203)

[http://www.elcolombiano.com/historico/uruguay legalizo la produccion y venta de marihuana-GAEC 273603](http://www.elcolombiano.com/historico/uruguay_legalizo_la_produccion_y_venta_de_marihuana-GAEC_273603)

<http://www.elespectador.com/opinion/corte-debe-rectificar>

<http://www.elespectador.com/opinion/editorial/legalizar-marihuana-articulo-583729>

<http://www.elespectador.com/opinion/el-ocaso-de-prohibicion>

<http://www.elespectador.com/opinion/extravios-de-jurisprudencia-columna-514828>

<http://www.elespectador.com/opinion/taberna-de-kafka>

<http://www.elespectador.com/opinion/precisiones-sobre-drogas-y-derecho>

<http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-13274446>

<http://www.encyclopediadelapolitica.org/Default.aspx?i=&por=d&idind=491&termino=>

<http://www.encyclopediadelapolitica.org/Default.aspx?i=&por=d&idind=491&termino=>

http://entropia1020.blogspot.com.co/2009/02/ley-de-la-entropia_05.html

http://www.eutanasia.ws/nombres/ramon_sampedro.html

<http://www.hazteoir.org/node/31236>

<http://iipdigital.usembassy.gov/st/spanish/publication/2011/05/20110512105129x0.3230794.html#axzz4RWBG8axL>

<http://www.monografias.com/trabajos16/interpretacion-constitucional/interpretacion-constitucional.shtml>

<http://www.profamilia.org.co/docs/SM%20-Determ%20aborto%20inseguro.pdf>

<http://www.secretariassenado.gov.co/index.php/leyes-y-antecedentes/vigencia-expresa-y-sentencias-de-constitucionalidad>.

https://en.wikipedia.org/wiki/Civil_Rights_Cases

Interpretación constitucional. Sitio web: <http://www.monografias.com/trabajos16/interpretacion-constitucional/interpretacion-constitucional.shtml>

La situación de las personas transgénero y transexuales en Euskadi., 2009
http://www.ararteko.net/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/1_1719_3.pdf

Matrimonio homosexual no es un derecho. <http://www.hazteoir.org/node/31236>

Radio Canadá Internacional <http://www.rcinet.ca/es/2014/10/15/canada-y-el-derecho-a-la-muerte-asistida/>

PRIETO RUSSI, Didier. <http://sociologiaderecho11.blogspot.com/2011/04/concepto-y-finalidad-del-derecho-d.html>.

ROA, Mónica. *El debate sobre el aborto en Colombia: diez razones que lograron su despenalización*. <http://www.mujeresenred.net/spip.php?article1292>

Semana. *Los puntos del acuerdo sobre cultivos ilícitos y narcotráfico*. Bogotá: revista Semana. Publicado en mayo 16 de 2014. Leído, el 24 de diciembre de 2015 <http://www.semana.com/nacion/articulo/los-puntos-del-acuerdo-de-narcotrafico/387746-3>

UPRIMNY YEPES, Rodrigo. *De tutelas y sentencias*.
<http://www.semana.com/opinion/articulo/de-tutelas-sentencias/81206-3>, Revista Semana. Publicado en septiembre 30 de 2006, leído el 14 de octubre de 2013

ANEXO.
SENTENCIAS CITADAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

De Tutela.

(1992)	(2008)
T-406	T-760
T-006	(2009)
T-533	T-083
(1993)	(2011)
T-179	T-289
(1996)	T-314
T-349	T-511
(1997)	T-716
T-348	T-717
T-523	T-844
(1998)	(2013)
T-153	T-388
T-588	(2014)
(1999)	T-476
T-926	T-970
(2000)	(2015)
T-1104	T-615
(2003)	T-774
T-949	
(2005)	
T-933	
(2007)	
T-254	
T-391	

De Constitucionalidad.

(1992)

C-449

(2003)

C-543

C-551

(1993)

C-1200

C-027

(2004)

C-113

C-970

C-276

(2005)

(1994)

C-590

C-221

C-1040

C-133

(2006)

(1995)

C-355

C-109

C-370

(1996)

(2010)

C-037

C-917

C-006

(2011)

(1997)

C-368

C-659

C-577

C-239

C-900

(1998)

(2013)

C-377

C-258

(1999)

(2015)

C-815

C-754

C-383

C-284

(2000)

C-1433

(2001)

C-836

C-866

Sentencias de unificación.

SU-111/97

SU-559/97

SU-047/99

SU-159/00

SU-1184/01

SU-1219/01

SU-917/10

SU-513/13

SU-515/13