

## LA CONSTITUCIÓN COLOMBIANA DE 1991 Y LAS NUEVAS BASES NORMATIVAS PARA LA IMPARTICIÓN DE JUSTICIA

Julio César ORTIZ<sup>1</sup>

*SUMARIO: I. Introducción. II. Las bases constitucionales para el paso del régimen tradicional de administración a uno integral de impartición de justicia. III. Las modernas tendencias del derecho constitucional y la Constitución colombiana de 1991.*

En nombre de nuestro rector y de mis colegas de la Universidad Externado de Colombia, agradezco al maestro Héctor Fix-Zamudio y al doctor José Luis Soberanes Fernández la invitación a participar en este Quinto Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional que enaltece nuestras actividades académicas, y compromete con suficientes razones, nuestras tareas en la investigación jurídica y en el desarrollo del derecho constitucional para la libertad.

Después de diez años de distancia apenas física, regreso a la UNAM: y al instituto, mi más alta escuela, en la época regentada por Jorge Carpizo, con afecto y agradecimiento por lo que me dio cuando apenas comenzaba a examinar los asuntos del orden, del poder, de la libertad y del derecho, y cuando en nuestro país se hacía más evidente la necesidad de un cambio constitucional, en verdad profundo, pero tantas veces aplazado; ahora cuando en Colombia se han abierto las sendas del desarrollo institucional, se respira un aire de nueva racionalidad jurídica, y se reflexiona sobre lo que ha ocurrido, sobre lo que hace falta y es posible hacer, recibo la convocatoria del maestro Fix-Zamudio como un acto de prueba de sus visionarias luces y la afirmación de sus reflexiones científicas y humanísticas. El influjo de su pensamiento y su autoridad científica están presentes en nuestras instituciones constitucionales, y su personalidad generosa en sabiduría, es modelo entre nosotros los juristas colombianos que hemos tenido la oportunidad de recibir sus enseñanzas desde hace más de treinta años; agradecemos al maestro su ayuda y sus aportes al desarrollo institucional y democrático de Colombia.

De igual modo nuestro saludo al profesor doctor Jorge Carpizo, artífice sabio del cambio y del desarrollo de una nueva dialéctica de la democracia

<sup>1</sup> Profesor de la Universidad Externado de Colombia

latinoamericana, guardián de la fe republicana y de la práctica social del respeto a los seres humanos y a los valores de la dignidad y de la libertad.

## I. INTRODUCCIÓN

Me propongo demostrar en esta intervención que la nueva Carta Política de los colombianos, cuya vigencia comenzó el 5 agosto de 1991, recibe generosamente la influencia del pensamiento constitucional más avanzado en materia de impartición de justicia, se pone al día con los desarrollos contemporáneos de la teoría de la justicia, rompe algunos de los esquemas tradicionales en la organización y competencias de la rama Judicial del Poder Público y se aparta de algunas de las más arraigadas instituciones nacionales en esta materia, incorporando nuevos instrumentos de acceso a la justicia que la hacen más próxima a las necesidades actuales de la sociedad colombiana.<sup>2</sup>

Como lo advierte el maestro Fix-Zamudio,<sup>3</sup> la complejidad de las nuevas responsabilidades de los jueces en las sociedades contemporáneas, hace que sea preferible utilizar la denominación “impartición de justicia” antes que la de “administración de justicia” y así se emplea en este documento; esta última, no obstante ser empleada por la Constitución de 1991 ya no comprende ni las competencias, ni las responsabilidades, ni los instrumentos de actuación que hacen parte de las nuevas responsabilidades de la función judicial en nuestro ordenamiento constitucional y ella supone la participación de los jue-

2 Al respecto ver Fix-Zamudio, Héctor, *La problemática contemporánea de la impartición de justicia y el derecho constitucional*. En el simposio internacional sobre el derecho del Estado, Santafé de Bogotá, Universidad Externado de Colombia, octubre de 1993, advierte que “Los grandes cambios sociales, políticos, económicos y culturales de esta segunda posguerra se reflejan en substanciales transformaciones jurídicas. Por este motivo, los cultivadores de las ciencias jurídicas están obligados a contribuir a esas modificaciones si no quieren quedarse rezagados, y por ello deben vincularse de manera creciente con los estudios de derecho constitucional de nuestra época, debido a que las instituciones procesales se incorporan cada vez con mayor amplitud en los textos de las cartas fundamentales, así como en los documentos de carácter internacional, puesto que el proceso no es ya un simple trámite regulado por códigos y leyes ordinarias, sino el instrumento para realizar los derechos esenciales del ser humano, que no se concreta en un simple acceso a la prestación jurisdiccional, sino que se traduce en el derecho fundamental a la justicia”. No obstante los profundos cambios introducidos por la carta política de 1991, ella también recoge algunas instituciones constitucionales que tuvieron vigencia durante el imperio de la misma Constitución de 1886 y de otras que aparecen en las principales constituciones del siglo XIX, y reitera buena parte de las instituciones nacionales en esta materia, como se verá más adelante.

3 Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit.*, p. 524. “La función jurisdiccional en nuestra época se encuentra sujeta a una profunda revisión, en virtud de su creciente complejidad, ya que lo que se había concebido de manera tradicional como una actividad puramente técnica de resolución de conflictos jurídicos, se ha transformado en uno de los servicios públicos esenciales del Estado contemporáneo, en el cual se han introducido un conjunto de factores sociales, económicos y culturales que deben combinarse en una función que también tiene sentido político, en el sentido de su participación en la toma de decisiones esenciales de los órganos del poder, actividades que generalmente estaba excluida para los Tribunales”.

ces en el desarrollo de las disposiciones de la carta política y en su aplicación, aun en situaciones jurídicas no previstas de modo expreso en la ley, lo cual, desde varios puntos de vista comporta unas modificaciones bastante profundas en la idea de justicia y de los deberes de sus servidores.

En efecto, en la Constitución de 1991, encontramos elementos substanciales, orgánicos y procesales que configuran esta noción en el derecho constitucional colombiano como se verá en seguida, y contribuyen a incorporar en nuestro sistema jurídico y en la estructura de nuestro Estado de derecho, los desarrollos contemporáneos en materia de impartición de justicia, como los del acceso a sus soluciones y los de su promoción, que incrementan las competencias de los jueces y permiten desarrollar su responsabilidad social.

En este sentido se reconoce el derecho de acceso a la justicia y que este se ha expandido de manera acelerada, mucho después de la incorporación de las nuevas herramientas judiciales específicas y autónomas para la aplicación directa de los derechos constitucionales fundamentales,<sup>4</sup> y de la apertura de la Constitución a otras vías, instrumentos y procedimientos para asegurar la defensa del ordenamiento jurídico y la vigencia de los derechos de las personas. En este sentido la Constitución colombiana incorpora el mencionado derecho de acceso a la justicia con rango de derecho constitucional fundamental, como lo ha entendido la Corte Constitucional en varias oportunidades en las que ha merecido el análisis de la mencionada corporación.<sup>5</sup>

Además, cabe destacar que en líneas generales se redacta en términos bastante diferentes de los que se utilizaron durante toda la historia republicana, y la supremacía que se predica de la carta política, en adelante, no se reduce al respeto general y a la garantía judicial de la integridad formal y material de sus disposiciones expresas y completas, sino que se extiende a un sector relativamente nuevo de los atributos judiciales de las reglas, los principios y valores constitucionales que se incorporan en buena parte de su texto y a su aplicación directa, inmediata, autónoma, preferente y, en algunos casos, sumaria.

4 Entre nosotros comienzan a estudiarse las corrientes del pensamiento jurídico norteamericano, inglés y europeo en los que se destaca la expansión de los instrumentos de administración de justicia. Es destacable la influencia de la obra de Cappelletti, Mauro, "*Giudici Legislativi?*", Milano, Ed. Giuffrè, 1984, y del ensayo "Renegar de Montesquieu? La expansión y la legitimidad de la justicia Constitucional", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 6, núm. 17, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986, pp. 9 a 47. También se examinan los acontecimientos que comenzando con la Segunda Guerra Mundial han conducido a que los jueces hayan expandido sus competencias; además se estudian con entusiasmo los aportes de la escuela libre del derecho, de los varios realismos jurídicos, de la jurisprudencia de los valores, de los intereses, etcétera.

5 En el artículo 229 de la Carta se lee al respecto que: "Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en que casos podrá hacerlo sin la representación de abogado".

En este mismo sentido la Constitución de 1991, incorpora en el sistema político colombiano el instrumento procesal específico de la tutela judicial autónoma y directa de los derechos constitucionales fundamentales, como una novedad muy apreciada y efectiva en el orden nacional, tanto que es una de las herramientas más importantes de cuantas se han desarrollado en el mundo y, en particular, entre nosotros alcanza cifras insospechadas de ejercicio, resolución y acatamiento. Esta nueva figura se encuentra redactada en nuestra Carta Política en los siguientes términos:

Artículo 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 sólo 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.

En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.

La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede 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.<sup>6</sup>

El constituyente de 1991 en la voluntad de abrir el régimen constitucional al desarrollo de las tendencias contemporáneas de promoción del acceso a la justicia y de la creación de nuevas reglas procesales con el fin de la justicia y de la aproximación de los dos grandes sistemas jurídicos de occidente, sienta las bases para que el legislador se ocupe del desarrollo de vías, acciones, recursos y procedimientos que sean necesarios para permitir el acceso a la justicia en favor de los derechos no sólo individuales, sino de grupo y colec-

<sup>6</sup> Durante los tres años de vigencia de la nueva Constitución, se han adelantado en Colombia cerca de 50.000 expedientes relacionados directamente con la acción de tutela de los derechos constitucionales fundamentales y todos ellos han sido enviados a la Corte Constitucional la que los ha examinado y de ellos ha seleccionado discrecionalmente cerca de 1500 asuntos sobre los cuales ha dictado decisión de mérito. Estas cifras son bastante reveladoras de una grave situación de injusticia y de legitimidad de la nueva herramienta judicial específica.

tivos frente a la acción u omisión de las autoridades públicas, y dispone expresamente que:

Además de los consagrados en los artículos anteriores, la ley establecerá los demás recursos, las acciones, y los procedimientos necesarios para que puedan propugnar por la integridad del ordenamiento jurídico, y por la protección de sus derechos individuales, de grupo o colectivos, frente a la acción u omisión de las autoridades públicas (artículo 89 C. N.).

Esta fórmula, en verdad abierta a la experiencia y al derecho comparado, expresa la mencionada voluntad del constituyente de superar las barreras de orden constitucional y legal, desde siempre opuestas al desarrollo de los mecanismos institucionales de naturaleza procesal y de garantía de los derechos distintos de los comprendidos en los esquemas tradicionales; además, con ella da la posibilidad a la ley de ordenar la incorporación de los mencionados instrumentos de impartición de justicia y de soluciones amplias y novedosas con este fin.

Además, como se verá, la Constitución de 1991 también es generosa en el reconocimiento de un nuevo catálogo de instrumentos substanciales y procesales de garantía de los derechos de las personas, y en ella se abren las instituciones jurídicas colombianas, en especial las que se ocupan del reconocimiento de derechos humanos a soluciones racionales de diversa índole y contenido no conocidas en nuestra organización judicial anterior, acrecentando las responsabilidades de los jueces en el desarrollo del sistema constitucional, y fortaleciendo su importancia social, política y cultural, como quiera que en ella se les autoriza para el reconocimiento de nuevos derechos y garantías inherentes a la persona humana, no obstante que ella enuncie un amplio catálogo de éstos y que, además, los tratados y convenios internacionales que reconocen los derechos humanos prevalezcan en el orden interno y sirvan para interpretar los derechos y deberes consagrados en aquélla.<sup>7</sup>

Las características anteriores indican que en Colombia se ha producido, entre otros, un cambio profundo en esta parte del derecho constitucional y que debemos afrontar uno de los retos más serios de cuantos se plantean al estudio, enseñanza y aplicación del derecho. En efecto, se ha producido un

<sup>7</sup> En este sentido en el artículo 93 de la Constitución se establece que: “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 interpretan de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”. Además en el artículo 94 se ordena que: “La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”.

fenómeno conocido como la judicialización de la Constitución, se ha incrementado la complejidad y la importancia de la función jurisdiccional dentro del Estado de derecho, y la justicia y el derecho han recuperado su vigor, no obstante que en su desarrollo encontremos instituciones no conocidas entre nosotros y para las cuales debemos prepararnos con suficiente seriedad y ponderación.

Se ha pasado de un esquema constitucional previsto para garantizar una administración de justicia, desde luego, independiente técnica y orgánicamente, pero limitada a las responsabilidades tradicionales de solución de controversias de contenido subjetivo, real y patrimonial, con las salvedades del control abstracto de constitucionalidad y legalidad de los actos administrativos; a la disposición de unos organismos, instrumentos, vías acciones y procedimientos para que la rama judicial participe en el proceso de desarrollo de la sociedad, en la solución de los nuevos tipos de conflictos y de problemas de ésta y en la adopción de decisiones fundamentales dentro del marco de la Constitución.

En primer lugar presentaré algunas de las consideraciones generales tenidas en cuenta por los constituyentes de 1991 para aceptar y fundamentar estas modificaciones y para impulsar el proceso de cambio que se ha producido desde entonces; no sobra advertir que la Carta se escribe en un momento especial de la vida y de la cultura en el siglo XX en el que corren vientos de aperturas, de libertad, de democracia y de justicia, y en el que se extienden las ideas de un nuevo y más elaborado Estado social y democrático de derecho.

En la reunión de la Asamblea Nacional Constituyente tuvieron presencia y representación las más variadas tendencias del pensamiento jurídico contemporáneo, y casi todas las fuerzas políticas existentes en nuestro país, y que ello produjo un movimiento rico en experiencias y en aportaciones, lo mismo que en aspiraciones, lo cual para algunos se erige en un obstáculo para la sistematización y desarrollo de la carta política y genera muchos problemas prácticos en su aplicación; al respecto se observa por algunos críticos muy respetados que esta nueva configuración constitucional conduce a graves conflictos entre poderes y órganos, a la extralimitación de las competencias de los jueces, al desgobierno local y regional y a la demagogia.

Esta etapa de la vida de la sociedad colombiana y de nuestro derecho se constituyen en terreno propicio para que prosperen varios vicios y deformaciones de los juristas, quienes se ven tentados con relativa facilidad a ser proclives y condescendientes con la superficialidad, la banalidad, la demagogia y la militancia parcial de la Constitución; esto también linda en un buen número de casos en nuestro país con la charlatanería constitucionalista y con

una especie de periodismo presencialista de efectos inmediatos para obtener provecho político.

Estimo que los problemas que suscita una Constitución como la nuestra, que es pluralista, participativa, social, democrática y generosa en garantías y en derechos, abierta al diálogo intertextual entre los distintos actores legitimados para la vida del Estado y para el desarrollo de la sociedad, son, precisamente los que corresponden a su nueva estructura y a las nuevas preocupaciones del derecho constitucional, que se viven en todo el mundo, y que somos los juristas quienes estamos llamados a resolverlos con nuestros aportes científicos y con la más comprometida voluntad de mejoramiento de las condiciones para una vida digna y pacífica de los asociados.

Así, la obra de la Asamblea Nacional Constituyente también comienza a desarrollarse en el terreno abonado del conocimiento nacional representado por un nuevo documento de dimensiones extraordinarias. Creo que el derecho constitucional colombiano se ha puesto al día y marcha cauteloso al lado de las grandes tendencias del pensamiento jurídico democrático y encontrará en el seno de la academia y de la judicatura las más amplias posibilidades para su desarrollo; éste ya comenzó con las actividades especializadas de la Corte Constitucional, y el vigor de su jurisprudencia comienza a irradiarse por todo el país y en todas las instancias de la vida de los colombianos.

Con optimismo por todo lo bueno que puede producir este proceso, debemos seguir adelante en la comprensión de aquel texto constitucional, que es al mismo tiempo meta y punto de partida de la sociedad colombiana ávida de imaginación y creatividad para encontrar soluciones a sus graves y delicados problemas.

## II. LAS BASES CONSTITUCIONALES PARA EL PASO DEL RÉGIMEN TRADICIONAL DE ADMINISTRACIÓN A UNO INTEGRAL DE IMPARTICIÓN DE JUSTICIA

### 1. *Fundamentos generales*<sup>8</sup>

Para conocer en detalle la actual configuración del régimen de justicia constitucional establecido por la Carta Política de 1991, examinaré de modo apenas breve los fundamentos doctrinarios, las características orgánicas, y las principales competencias previstas por el anterior régimen jurídico de garantías de la supremacía de la Constitución.

En efecto, en la corriente de las democracias liberales de este siglo, vale decir, dentro de la evolución de las democracias europeas que se desarrollan después de la segunda guerra mundial, como expresión de los modernos Estados sociales de derecho, aparece la necesidad doctrinaria y axiológica de establecer mejores instrumentos de control judicial de los actos gubernamentales, legislativos y administrativos, sometidos por principio de la Constitución, este principio se expresa también en la idea de consagrar reglas que aseguren la autonomía de los jueces en el plano orgánico y funcional, para permitirles juzgar ante la Constitución los actos del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo.

Se ha tratado de hacer que el programa y las normas de la Carta tengan posibilidad de eficacia conforme al derecho, y no conforme a la voluntad de los gobernantes, objeto de los manejos y manipulaciones de la política, como corresponde a toda sociedad competitiva. Un concepto clave en esta evolución es el pluralismo constitucional, que se ha podido desarrollar muy favorablemente hasta definir, los conflictos de poderes y fijar jurisprudencialmente una lectura cierta, razonable o justa de las disposiciones de la carta fundamental.<sup>9</sup>

En Colombia ha sido claro que el control constitucional dentro del Estado de derecho, llamado ahora democrático y social, es la expresión más sólida del anhelo de libertad de las naciones del mundo occidental y se halla en la base del constitucionalismo y de la ideología democrática del poder. En este sentido, desde hace más de 200 años, para la ideología liberal, la Constitución significa el instrumento de garantía de la libertad.<sup>10</sup>

En el largo proceso de nuestra afirmación histórica, se ha logrado estructurar una auténtica cultura jurídica, y dentro de ésta se destaca la dinámica del control constitucional, como límite del poder y factor de equilibrio entre las funciones y los órganos del mismo, basadas en una decantada doctrina juspu-

9 Zagrebelsky, Gustavo, *La Giustizia Costituzionale*, Ed. Il Mulino, 1988; Lombardi, Giorgio, *op. cit.*

10 Así se pronunciaba el profesor Manuel Gaona Cruz al respecto: "Sólo el derecho a la Constitución es el que justifica, explica y exige la vigencia del sistema de control de constitucionalidad sobre los demás actos jurídicos subalternos y la mejor garantía para asegurarlos es otorgar a los jueces de éstos una independencia o autarquía de origen, de organización y de acción frente a los poderes políticos de decisión gubernamentales, legislativos y administrativos, que son los que expiden precisamente aquellos actos. De no existir tal autonomía, el control se reduciría a una estrategia institucional de simulación de guarda de la Constitución, o de control político ineficaz y conciliatorio como el de la IV República francesa en la que el Comité Constitucional terminaba recomendando al legislador modificar la Constitución para adecuarla a la ley, o sea, declarando disuelta o ilegal la Constitución y no inconstitucional la ley. Si ello es lo que se busca, cualquier forma de control político es mejor que la actual. En otras palabras, la supremacía de la Constitución Política y la necesidad de que las leyes formales y los decretos tengan o no fuerza normativa legal, las providencias judiciales y todos los demás actos de las autoridades del Estado, se sujeten a las prescripciones constitucionales, son principios y conceptos, entre nosotros indiscutidos. Así mismo ha sido permanente el afán por encontrar los mecanismos apropiados que garanticen a todos los niveles de la acción estatal esa supremacía constitucional". *Idem*, p. 73.

blicista y en una muy refinada jurisprudencia, que en buena medida es seguida por la nueva Corte Constitucional, pues aquella fue elaborada por los más destacados juristas del país, que llegaban a la Corte Suprema de Justicia por méritos en la academia y el foro y gracias al sistema de la cooptación plena que les aseguraba plena independencia orgánica y funcional.<sup>11</sup>

Es preciso observar en primer término que algunas de las principales instituciones procesales que informaron el anterior régimen de control de constitucionalidad aparecen ahora en las nuevas instituciones constitucionales, claro está, que vinculadas a los nuevos conceptos, procedimientos y organismos que en algunos casos resultan completamente extraños y desconocidos en nuestro medio social y aun entre los jueces, lo cual ha generado algunos problemas de funcionalidad que admiten algunas reflexiones enderezadas a su mejoramiento y a su interpretación correctiva.

El papel del sistema colombiano de control constitucional, en cabeza de los jueces y en especial de la Corte Suprema de Justicia, como operaba bajo la vigencia de la Carta de 1886, fue determinante y fundamental, en relación con el mantenimiento de la unidad nacional de los poderes políticos, pues sólo en muy excepcionales oportunidades fue cuestionada su autoridad y el grado de aceptación y la obediencia a sus decisiones siempre fue bastante alto; en efecto, las disidencias locales y regionales frente a la ley y la Constitución unitaria han sido disueltas, confiando al más alto órgano del poder judicial, la solución de los conflictos y la interpretación y la aplicación uniforme de aquéllas, pues la Corte había unificado la jurisprudencia constitucional y su carácter imparcial permitía al sistema político, en general, despejar las dudas sobre la legitimidad de las actuaciones de los poderes, dando así satisfacción a las distintas formaciones de éstos, según la Carta política.

Cabe observar en primer término que en todo caso, el sistema de control constitucional en Colombia fue sinónimo de unidad política y de cohesión social dentro de un sistema poco fluido y más bien bloqueado por sus propias evoluciones, hasta la mencionada crisis, que se agudiza a partir de 1980 y llega a su máxima expresión en 1990 con la sentencia de la misma Corte que le reconoce valor de pronunciamiento constituyente a la denominada “séptima papeleta”, depositada en las elecciones presidenciales de ese año sin estar

11 Cabe destacar que a nuestra Corte, por regla general, arribaban juristas que culminaban allí su carrera. Esto también condicionaba su renovación permanente, ya que el promedio de duración de un magistrado en la Corte era de cuatro años, así, la integración de todo el organismo resultaba completamente renovada cada diez años aproximadamente. Esta movilidad también imprimía gran sensibilidad a los magistrados y sus fallos reflejaban las transformaciones y la evolución de la sociedad y el derechos, condicionados, claro está, por su jurisprudencia, como ocurre en todo tribunal con funciones de control constitucional.

previsto ese evento ni en la Constitución ni en la ley, y que sólo fue autorizada su contabilidad por un decreto de Estado de sitio.

Empero, por efecto de la influencia científica que tienen los trabajos extranjeros en nuestro medio académico y político, algunos de nuestros gobernantes habían manifestado desde 1968, sin audiencia apreciable, su intención de eliminar lo que teníamos, para establecer otros mecanismos extraños a nuestras experiencias, sin reconocer los fundamentos históricos y sociales que permitieron delinear este sistema y sin valorar sus ventajas.<sup>12</sup> En nuestro medio no se tuvo en cuenta que en los últimos años se han elaborado otras clasificaciones referidas a las experiencias italiana, alemana y española, bajo la denominación de “modelo mixto”, con base en las vías de acceso a la jurisdicción, como la de la prejudicialidad y por las técnicas de los fallos, en dichos casos, se han incorporado rasgos de otros sistemas y desarrollado otras técnicas muy novedosas en lo referente al efecto temporal del fallo, y a su extensión a otras normas no cuestionadas y se producen sentencias “manipulatrices”, “adecuadoras”, “integradoras”, “aditivas”, “sustitutivas”, y clasifica los sistemas de control en abstractos y concretos.<sup>13</sup>

De otra parte, como cuestión apenas preliminar, también se observa que no obstante el influjo de la clasificación mencionada y a pesar de su reconocida importancia para los estudios del derecho público comparado y para diseño de las recién creadas cortes constitucionales como la nuestra y de algunas otras como la guatemalteca y la peruana, las más recientes evoluciones de las competencias y de la configuración de las cortes constitucionales europeas y latinoamericanas y sus transformaciones institucionales, incorporan un buen número de nuevas experiencias de la disciplina jurisprudencial como las norteamericanas y la mexicana, en cuanto al acceso a la justicia constitucional y

12 Para hacerlo, se había señalado que nuestro sistema era una especie subdesarrollada del “pernicioso” modelo difuso o americano, como si este último no hubiese probado suficientemente sus ventajas y méritos y el nuestro no se hubiese desarrollado con sus propias características y comprobado sus ventajas. En este sentido, se desconoció que los modelos americano y austriaco de control de constitucionalidad son clasificados, por la mayoría de los autores extranjeros más bien con fines pedagógicos y académicos, y para responder a sus propios problemas, que para servir de dictamen riguroso sobre una u otra realidad que, como la colombiana, les es bien lejana. Además, ver Castro, Jaime, en *Aspecto del control constitucional en Colombia*, Ed. Universidad Externado de Colombia, 1984, pp. 113 a 123; Restrepo P., Carlos, “Tentativas para instituir en Colombia una Corte Constitucional”, en *Jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Bogotá, Ed. U. Externado de Colombia, 1984, pp. 181-242.

13 Gaona Cruz, Manuel, *op. cit.*; cfr. Cappelletti, Mauro, *El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en derecho comparado*, México, UNAM, 1966; Fix-Zamudio, Héctor, *La protección procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*, Madrid, Ed. Civitas, 1982, pp. 364 y 365. Además, puede consultarse Zagrebelsky, Gustavo, “Il contollo da parte della Corte Costituzionale degli effetti temporali delle sue pronunce”, *Quaderni Costituzionali*, 1989, pp. 67-91; Crisafulli, Vezio, *Lezioni de Diritto Costituzionale*, 5a. ed., Padua, Cedam, vol. II, 1984.

a las técnicas de decisión, dándoles una novedosa configuración llena de matices que ha superado aquella clasificación bipolar.<sup>14</sup>

A modo de adelanto de la configuración del actual sistema cabe señalar que los órganos que hoy se encargan de ejercer las funciones de control constitucional son, la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y todos los jueces de la República, inclusive los tribunales contencioso administrativos al desatar la acción de nulidad de actos administrativos por violación de la carta o de la ley; más adelante examinaremos las principales connotaciones del actual sistema de control constitucional y de justicia constitucional, bastando por ahora destacar que a la Corte Suprema de Justicia se le suprimieron sus funciones de guardián de la supremacía e integridad de la Constitución, quedando reducida a ser tribunal de casación y de control de la conducta penal de las altas dignidades del Estado.

Cabe advertir que en Colombia, tanto jueces como magistrados pertenecientes a la rama judicial del poder público, son independientes, tanto orgánica como funcionalmente, por virtud del mecanismo de la cooptación y de la autocomposición descendente prevista en la Constitución, la cual ya no es plena, pues interviene en la selección de magistrados y jueces el Consejo Superior de la Judicatura, sala administrativa, que es un órgano de autogobierno y administración de la rama judicial; de igual modo se debe indicar que aquéllos ahora tienen un período fijo de ocho años y duran en sus cargos mientras observen buena conducta y no lleguen a la edad de retiro forzoso que está fijada en 65 años.

La Corte Constitucional que reemplaza a la Corte Suprema de Justicia en sus funciones de control abstracto de la Constitucionalidad de las leyes de los decretos con fuerza de ley señalados por la Constitución, tiene un número impar de magistrados elegidos por el Senado de la República de sendas ternas que elaboren la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y el presidente de la República y a ellos se les aplica las mismas reglas sobre inamovilidad y retiro forzoso. Las decisiones de la Corte Constitucional también tienen efectos definitivos y *erga omnes* cuando se verifican por vía principal, conocida como “acción ciudadana”, cuando se plantea contra la ley y contra actos con fuerza de ley.

14 Además, aquellas evoluciones también gravitan en nuestra reciente experiencia para efectos de ilustrar nuestras reflexiones y permitirán el desarrollo de algunos esfuerzos de mejoramiento de lo que resultó de la Carta de 1991; de igual modo, cabe destacar el desarrollo paulatino de las competencias de estabilización y de compensación políticas de que se ha revestido al Tribunal Constitucional Federal alemán y de la incorporación de competencias en materia de fuero penal y de resolución de conflictos de poderes en los regímenes parlamentarios, y de su impacto en el desarrollo reciente del derecho constitucional, lo cual sin duda está siendo examinado por la doctrina nacional.

Por último se observa que las varias vías y procedimientos de control constitucional están sometidas a normas de origen propiamente constitucional, ya que la misma Carta fija las principales reglas que lo rigen y autoriza a la ley para señalar las demás que sean necesarias para asegurar su funcionamiento.<sup>15</sup>

## 2. *Las instituciones de control constitucional*

### A. *Vía de acción pública o ciudadana de inexecutableidad bajo la Constitución de 1886*

Esta era en su configuración anterior la más importante de las instituciones de control en Colombia y estaba prevista en el artículo 214 de la Carta de 1886. Según esta fórmula, correspondía a la Corte Suprema de Justicia, como corporación judicial autónoma, decidir definitivamente sobre la exequibilidad de todas las leyes, y de todos los decretos dictados por el gobierno, en ejercicio de las competencias previstas por la Constitución, en caso de facultades legislativas extraordinarias o delegadas (decretos-leyes) cuando fuesen demandados por cualquier ciudadano; la competencia de la Corte se ponía en movimiento en este caso, sólo cuando aquellos actos fueren acusados ante ella como inconstitucionales por cualquier ciudadano en ejercicio de la mencionada acción.

Esto quiere decir que todo ciudadano ha tenido el derecho de acusar por la vía principal de acción pública directa o abierta, abstracta y sin necesidad de demostrar interés alguno, o sin estar vinculado a ningún proceso, las leyes ordinarias y las leyes orgánicas y todos los decretos con fuerza de ley que estime contrarias a la Constitución, sin que corrieran términos de caducidad sobre la misma.

De acuerdo con la teoría del control de constitucionalidad en nuestro país podían hacer uso de dicho instrumento, aun ahora, todos los ciudadanos colombianos, es decir, todos los nacionales colombianos mayores de 18 años y en ejercicio de sus derechos políticos pueden ejercer esta acción, quedando excluidas de éste las personas jurídicas que no gozan de derechos políticos y

15 En los últimos 20 años, la Corte ha pronunciado 1860 sentencias en su Sala Plena. De estas sentencias, 335 corresponden a decretos de estado de sitio y 59 a decretos de emergencia económica y 13 a objeciones presidenciales. A partir de 1983, el promedio de sentencias proferidas es de 138, destacándose así el incremento de actividad de la Corte, en señal de fortalecimiento de su legitimidad. Estas cifras no incluyen la de las demandas no admitidas o rechazadas por defectos formales o substanciales.

los extranjeros, ya que aquellos derechos están, como en casi todos los regímenes constitucionales del mundo, reservados exclusivamente a los nacionales dentro del nuevo sistema de control constitucional.

### B. *El control forzado o automático*

Esta figura estaba consagrada en los artículos 112, 113, 114 y 242 de la Carta de 1886 y suponía un instrumento permanente y autónomo, que permitía a la Corte Suprema de Justicia garantizar la integridad de la Carta *ab-initio*, en los casos en los que la capacidad legislativa del Ejecutivo se hace más veloz y expedita que la del legislador natural.<sup>16</sup>

Bajo la vigencia de la Constitución anterior, cuando el gobierno hacía uso de las competencias legislativas excepcionales, en situaciones de emergencia de orden público, económico y social, se encontraba como hoy: bastante limitada la figura, en riesgo de violar las disposiciones de la Carta, por ausencia del natural debate y de la reflexión del Congreso, y se hacía necesario establecer un mecanismo igualmente veloz y expedito, que garantizara la integridad de la Constitución y los derechos ciudadanos.

Era una práctica muy recurrida la de acudir a la legislación de emergencia (estado de sitio-emergencia económica), dadas las condiciones generales de debilidad de nuestras instituciones de seguridad política y de la poca capacidad o fortaleza de nuestro sistema económico y en aquellos eventos eran muy frecuentes los abusos de poder del gobierno y para frenar su concentración, por ello se encargaba a la Corte Suprema de Justicia del conocimiento de la constitucionalidad de aquellas medidas, al día siguiente de su expedición, sin que se requiera la intervención de ningún ciudadano.

En estos casos, los términos que se señalaban para resolver sobre las demandas, se reducían a una tercera parte, quedando la Corte obligada a fallar, a más tardar, dentro de los treinta días hábiles siguientes a los de la expedición del acto revisable automáticamente. La Corte debía pronunciarse de manera oficiosa, abstracta y definitiva con efectos *erga omnes* sobre la constitucionalidad de todos aquellos decretos, siempre dentro de los términos reducidos que se señalan, debiendo además confrontar el texto del acto con fuerza legislativa, con toda la Constitución.

16 Al Acto Legislativo núm. I de 1960 en su artículo 1o. estableció el mecanismo del envío a la Corte Suprema de Justicia de los decretos que dicte el gobierno en ejercicio de las facultades del Estado de sitio, cuando el Congreso por medio de proposición aprobada por mayoría absoluta de una y otra cámara así lo decidiese; el término para el fallo se estableció en seis días con la consecuencia de la suspensión del decreto, si la Corte no produce el fallo en término. Además, el Acto Legislativo núm. I de 1968, estableció el sistema del control automático y forzoso sobre los decretos de estado de sitio (Acto Legislativo núm. I de 1968, art. 42).

### C. *La vía de cruce o de objeciones presidenciales*

Llamada así porque ella opera cuando el presidente de la República proponía objeciones en todo o en parte contra un proyecto de ley que le es enviado por el Congreso para su sanción, por la existencia de supuestos vicios de inconstitucionalidad, una vez tramitado al interior de las cámaras. Es el más antiguo de los mecanismos de control de constitucionalidad y es vigente aún en nuestro país y proviene desde la redacción original de la Carta de 1886.

### D. *Vía de excepción o incidental*

Esta es la modalidad que menos vigencia ha tenido en nuestro sistema, como instrumento de garantía de la libertad de los ciudadanos, se asimila al gran sistema norteamericano, pero no tuvo la fuerza y la eficacia del modelo de los Estados Unidos.

En efecto, el artículo 215 de la Constitución colombiana de 1886 preveía a que: “En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley, se aplicarán de preferencia, las disposiciones constitucionales”.

Conforme a esta previsión, cualquier juez podía desaplicar o no aplicar dentro de un proceso, a petición de parte u oficiosamente, una ley o una disposición con rango legislativo que estimara inconstitucional. Por falta de mecanismos legales que le dieran confianza y garantizaran certeza sobre la objetividad y generalización de su decisión de inaplicar la ley, este mecanismo no ha sido practicado suficientemente.

De otra parte, alguna parte de la doctrina sostiene que como la Carta no distinguía entre juez y funcionario administrativo y que, por el contrario, establecía que la inaplicación se dará “En todo caso de incompatibilidad” debía entenderse que aquella vía también se extendía a los casos de procesos gubernativos y a las competencias de las autoridades de la administración, además, se ha sostenido por vía doctrinaria que la expresión “ley” del mismo artículo, comprende todos los actos jurídicos de carácter general, inclusive los actos administrativos.

Estos criterios no consultaban el origen de la institución de la inaplicación, en un caso concreto con efectos interpartes de una ley estimada inconstitucional. En efecto, el sistema difuso de tipo americano tiene su fundamento en las competencias que la Constitución de los Estados Unidos entrega y confía a los jueces como defensores de la Constitución.<sup>17</sup> De otro lado, en dicha tesis se desconocían los fundamentos doctrinarios y axiológicos del derecho admi-

nistrativo francés y sus características técnicas que, por la evolución de nuestras instituciones, se habían introducido en nuestro sistema jurídico. Estos son, principalmente, los que atañen a la naturaleza del acto administrativo y la operatividad de la función administrativa, por las características que reviste aquél, vale decir, la de la decisión previa y la ejecución forzosa, que no admiten duda alguna sobre el valor del acto administrativo.

Cuando el constituyente introdujo la figura 215, estaba pensando, y esa era su voluntad, en vincular nuestras instituciones al modelo judicial de resolución de *cases* y no en procesos gubernativos. Se intentó incorporar, sin fortuna, a nuestro sistema de control constitucional el original modelo judicial, basado en el principio y en la práctica del precedente obligatorio, según el *stare decisis*, pero, en nuestro medio no se habilitó al juez, para fallar en equidad las cuestiones de constitucionalidad, ni ninguna otra.

Después se introduce el artículo 216 de la Carta, que crea la jurisdicción separada, paralela y complementaria de lo contencioso administrativo y consagra la acción popular de inconstitucionalidad legalidad contra los decretos del gobierno, distintos de los legislativos y de los extraordinarios con fuerza legal. La jurisdicción especializada y única de lo contencioso administrativo evidencia que el constituyente no deseaba que los actos de la administración fuesen desaplicados en cualquier caso por las mismas autoridades administrativas, además, porque no quería que se quebrara la unidad de aquella parte del Estado.

Por otra parte, la ley consagraba y aún mantiene la figura de la revocatoria directa, que permite a la administración en vía gubernativa, de oficio o por petición ciudadana, principalmente después de la ejecutoria del acto, retirar del ordenamiento jurídico sus propias decisiones, por inconveniencia o por manifiesta ilegalidad, salvo el caso de que con ella se desconozcan derechos radicados en cabeza de un tercero pues se requiere de su consentimiento.

Además, el juez ordinario no podía retirar del ordenamiento un acto administrativo, sin tener competencia especial para hacerlo, pues con ello podía afectar derechos subjetivos o intereses legítimos. Esta era competencia especial de los tribunales administrativos y del Consejo de Estado, según lo ordenaba

17 El artículo III de la Constitución americana establece en el párrafo primero de su sección segunda que: "El poder judicial se extenderá a todos los casos de derecho y entidad que surjan bajo esta Constitución, a las leyes de los Estados Unidos y a los tratados que se celebren o vayan a celebrarse bajo su autoridad". Además, la sección segunda del artículo VI señala que: "Esta Constitución y las leyes de los Estados que de ella dimanen, y todos los tratados que se celebren o vayan a celebrarse bajo la autoridad de los Estados Unidos constituirán la ley suprema de la Nación; y los jueces de todos los Estados tendrán obligación de acatarla, a pesar de cualquier disposición contraria que pudiera estar contenida en la Constitución o en las leyes de cualquier Estado".

la Carta en los artículos 216 y 141-3, que creaban la jurisdicción de lo contencioso-administrativo y colocaban al Consejo de Estado como cabeza o tribunal supremo de lo contencioso administrativo, y a los tribunales departamentales como órganos de éste, con sus propias atribuciones sobre dichas materias.

Es cierto que se presentaron algunos casos en los que un juez decidía inaplicar una ley dentro de un proceso y otro aplicarla, produciéndose decisiones contradictorias; pero también lo es que estas observaciones sólo se hicieron en muy contados casos y que su trascendencia en cantidad y calidad es insignificante, que no dicen nada en contra del mecanismo visto en abstracto.

Como se observa, hizo falta el amparo, como figura constitucional que facilite a toda persona acudir ante cualquier juez o tribunal, con muy sencillos requisitos de oportunidad, prueba y controversia, para obtener la protección o defensa de sus derechos constitucionales, por todo tipo de acción u omisión de la administración pública en todos sus niveles y que le cause perjuicio actual y cierto. No se adoptó una fórmula del “amparo constitucional”, para promover con sus órdenes (*injunction mandamus*) la garantía del derecho a la Constitución y en especial, de los derechos fundamentales del individuo.

### E. *Control paralelo de los actos administrativos y de los actos deslegalizados*

Todavía, por vía de acción pública de nulidad, cualquier persona natural o jurídica, nacional o extranjera, puede impugnar ante los tribunales contencioso administrativos o ante el Consejo de Estado, como órgano superior o supremo de la jurisdicción especializada, la constitucionalidad o legalidad de la ley, los actos administrativos emanados del ejecutivo, por autorización de la Constitución o los que la reglamentan y todos los demás actos emanados de la administración pública.

El principio general aplicable en este tipo de competencias es que todos los decretos del Ejecutivo distintos de aquellos señalados por la propia Constitución como de competencia de la Corte Suprema de Justicia, según el artículo 214 de la Constitución de 1886, eran objeto de dicho control de constitucionalidad-legalidad, ante la citada jurisdicción, de conformidad con las competencias funcionales y materiales que servían de criterio para organizarla. Son pues, acusables ante el Consejo de Estado, todos los decretos ejecutivos que no tenían el excepcional carácter legislativo que revestir a los expedidos con base en los artículos 76, numerales 11 y 12, 80, 121 y 122 de la carta fundamental.

Este mecanismo estaba organizado, como ya se ha dicho, por disposición del artículo 216 de la Constitución Nacional y todavía es desarrollado por el Código Contencioso Administrativo, según el cual, corresponde a la jurisdicción de lo contencioso administrativo el conocimiento de los asuntos de inconstitucionalidad de los decretos del gobierno, distintos de los que tienen fuerza de ley, de conformidad con la Carta. Esta acción se denomina “nulidad”, porque los efectos de fallo son *ex tunc*, o desde que se profirió el acto anulado y se retrotraen las situaciones no consolidadas al momento de la expedición; produce, además, efectos vinculantes *erga omnes* y no exige la demostración de interés alguno de carácter particular, ya que se ejerce en defensa del orden jurídico. Su carácter es público, abstracto, directo y abierto, y permite la solicitud y el decreto de suspensión provisional. Se caracteriza por que se encuentra regulado como un verdadero proceso judicial, en tanto que dentro de su trámite se vincula a la administración, mediante la notificación y el traslado del negocio, al representante legal del sector administrativo centralizado que expidió el acto como órgano superior, o al representante legal de la entidad descentralizada que lo produjo. En estas acciones también interviene el representante del Ministerio Público como fiscal de la causa, pudiendo elaborar y presentar su concepto de forma libre e independiente dentro de los términos correspondientes.<sup>18</sup>

No sobra repetir que la naturaleza del juez de lo contencioso administrativo es la de un órgano jurisdiccional colegiado e independiente, que cumple sus funciones por mandato de la Constitución Nacional y se inscribe dentro de la rama jurisdiccional del Poder Público.

Aun en la nueva Constitución el gobierno nacional no participa en la elección de los magistrados ni en la integración de ningún tribunal ordinario; el presidente de la República, dentro de las reglas de la integración de la Corte Constitucional participa junto con la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado con la presentación de tres ternas de candidatos que presenta al Senado de la República; pero además, la propia Constitución consagra que los funcionarios del Ministerio Público tendrán la misma categoría, remuneración, privilegios y prestaciones de los magistrados y jueces ante quienes ejercen cargo.

<sup>18</sup> Esta vía se asimila de una forma más depurada, al instrumento de amparo mexicano, en lo referente a la suspensión provisional del acto, en caso de notoria violación de la Constitución o de la ley. Esta acción no caduca y puede intentarse en cualquier tiempo.

## F. *El control subjetivo de los actos administrativos*

Como una subespecie del mecanismo que se ha visto anteriormente, se encuentran las acciones contencioso-administrativas, que se dirigen a lograr el retiro del ordenamiento jurídico de los actos administrativos y el restablecimiento del derecho. Esta clase de acciones pueden conducir a que, como consecuencia del retiro o anulación del acto, el interesado que lo haya solicitado dentro del proceso y haya comprobado jurídicamente los perjuicios causados tenga derecho a la eventual “compensación” o indemnización. Según las voces del actual Código Contencioso Administrativo, no sólo cabe la acción contra los actos administrativos sino contra los hechos y las operaciones administrativas o las vías de hecho de la administración; empero, este es asunto que corresponde a la disciplina del derecho administrativo y no tiene, en este examen, el espacio que merece. Se denomina también “control por vía de acción contencioso subjetiva de restablecimiento”.

Es evidente que la Corte y el Consejo de Estado ejercían un profundo magisterio constitucional, pues de ordinario estas corporaciones indicaban y aún lo hacen en las motivaciones de sus fallos, criterios orientadores y de aplicación práctica en la lectura de la Constitución y de la ley, por parte de todos los detentadores del poder. Además, la experiencia del sistema de control de constitucionalidad de las leyes ha permitido la conformación de una jurisprudencia constitucional inspirada en reglas de interpretación, acordes con el especial carácter que revisten las normas constitucionales.

La participación de los magistrados de toda la Sala Plena de la corporación, integrada, como se ha visto, por los demás miembros de la alta entidad de la justicia ordinaria, hacía que el debate y la aprobación por mayoría simple de los proyectos de fallo elaborados por la sala constitucional recibiese la experiencia jurídica de todas las áreas del derecho, pues en ella se conjugaba la más alta especialización en materia constitucional, con el necesario conocimiento de los ámbitos particulares de interpretación y aplicación de la ley, o de los demás actos tachados de inconstitucionalidad, que sólo se desarrollan en una práctica continuada de los jueces o jurisperitos.

Ahora bien, en nuestro país se parte de la base según la cual la Constitución es un cuerpo de leyes jurídico-políticas de carácter supremo y, por ende, de naturaleza obligatoria, que presupone una consecuencia jurídica preeminente ante su no cumplimiento; ésta es la sanción de inexecutableidad con efectos generales o *erga omnes*, cuando el fallo lo producen los máximos tribunales de la justicia constitucional, que con competencias separadas en razón de la materia atienden funciones paralelas, complementarias e integrales. Así las

cosas, encontramos en Colombia un muy desarrollado sistema de control jurídico de la constitucionalidad, en el cual los jueces en todos los niveles están encargados de guardar la herencia constitucional y de poner a disposición de la libertad de los individuos el derecho a la Constitución.

No obstante, es posible detectar que allí se producen algunos fenómenos no tan funcionales como sería deseable en el mundo contemporáneo, con los que se aspira a fortalecer un Estado democrático y social cada vez más legítimo.

No se puede pasar por alto que el sistema orgánico de control constitucional que se surtía ante la Corte Suprema de Justicia no constituía un verdadero proceso, y no se encontraban sujetos procesales, no se tramitan peticiones, ni se traba un contradictorio.

Tampoco eran admisibles soluciones intermedias o correctivas las de diferir los efectos temporales de los fallos ya que la institución de la acción pública de inexecutable lo impedía; empero, como lo advierte el profesor Zagrebelsky,<sup>19</sup> en algunos asuntos de competencia de la justicia constitucional, puede ocurrir que el fallo cause problemas peores que los que se quieren evitar, o que el fallo no sea oportuno.

Nuestra Corte tuvo una estructura y un carácter eminentemente jurídicos, reforzados por su independencia orgánica y funcional absolutas; pero con la suficiente sensibilidad y permeabilidad política y social que le aseguraron un papel dinámico y sólido en el contexto de la nación entera.

### *G. Algunos problemas para la interpretación judicial de la Constitución de 1886*

En nuestro medio y hasta la expedición de la Carta de 1991, era preocupante la falta de algunas escuelas bien consolidadas y de un número lo suficientemente grande de trabajos y de profesores dedicados a la materia de la interpretación de las disposiciones constitucionales, sin perjuicio de la alta estima que merecía la labor de la Corte Suprema de Justicia; también era evidente la falta del desarrollo autónomo de una práctica jurisprudencial fundada en las experiencias constitucionales, y el desconocimiento de la aportación nacional a la ciencia política y al derecho constitucional, no obstante los instrumentos judiciales de control de constitucionalidad y de legalidad, y el vertiginoso desarrollo que se logró con la creación de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, que fungía como sala de estudio y de preparación

<sup>19</sup> Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, pp. 255-327. Además, *Manuale di diritto costituzionale*, Torino, Utet, vol. 1, pp. 68-93.

de proyectos de sentencia para la decisión del pleno de los magistrados de aquella corporación.<sup>20</sup>

Esto es explicable, en principio, por la carencia de instrumentos procesales de naturaleza judicial que estuviesen previstos para obtener la aplicación directa, autónoma, específica y concreta de la Constitución, y por la rigurosa concepción propia del sistema jurídico de derecho codificado y legislado que heredamos de Europa continental, con instrumentos de cierre a la creatividad judicial como lo es el recurso extraordinario de casación. Igualmente, se ha sostenido que esto obedeció al predominio relativo pero vigoroso de unas vertientes de la doctrina del constitucionalismo clásico y conservador, que redujo el vigor de la parte dogmática de la Constitución a un pacto político y la hizo un asunto extraño a las competencias judiciales de administración de justicia en concreto, lo cual es contrario al desarrollo de una disciplina jurídica de aquella parte de la Constitución como el que se dio en el constitucionalismo de los Estados Unidos de América,<sup>21</sup> gracias a la experiencia centenaria de los jueces ingleses heredada por la judicatura colonial, y a la práctica de las varias jurisdicciones jerárquicamente superpuestas y aplicables durante varios siglos en su territorio; también existe un desarrollo jurisprudencial de la Constitución y una disciplina de la interpretación con fines judiciales de la Carta Política en otros sistemas jurídicos latinoamericanos que incorporaron instrumentos procesales específicos de aplicación directa o preferente de aquella, como los juicios de amparo, los recursos extraordinarios y los remedios judiciales de seguridad por razones constitucionales.<sup>22</sup>

Nosotros, por otro lado, íbamos recibiendo paulatinamente las influencias del pensamiento norteamericano y europeo y tuvimos el acierto de haber creado la acción pública de inexequibilidad ante la Corte Suprema de Justicia, los amparos policivos a la posesión de fundos, regulados por el Código Nacional de Policía y el Código de Régimen Político Municipal; además, tenemos como otra aportación de nuestras instituciones políticas la objeción presidencial resuelta ante la Corte Suprema, que a diferencia de lo que ocurre en otros estados, la objeción por inconstitucional de una ley es resuelta en un término breve y de modo definitivo por la Corte en funciones de control constitucional.

20 Ortiz, Julio César, "El Sistema de control de constitucionalidad en Colombia", en *Externado, Revista Jurídica*, Bogotá, Ed. Externado de Colombia, vol. 5, núm. 1, enero-junio de 1991, pp. 31-54.

21 García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1987; Fix-Zamudio, Héctor, "Presente y futuro constitucional del organismo judicial y el ministerio público en México y España", en *Las experiencias del proceso político constitucional en México y España*, México, UNAM, 1979 y *La protección procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*, México-Madrid, UNAM-Civitas, 1982.

22 Fix-Zamudio, Héctor, "Las jurisdicciones constitucionales latinoamericanas", en *Las constituciones latinoamericanas*, México, UNAM, t. 3, 1990.

Ese fue una aportación colombiana al derecho constitucional americano, como lo fue la acción pública de inexecutableidad, pero de todos modos dejamos a los jueces sin herramientas para actualizar e interpretar las cláusulas constitucionales de modo autónomo, específico y directo en casos específicos de justicia constitucional.

Es evidente que la Corte Suprema de Justicia no obstante contar con la acción pública o ciudadana de inexecutableidad, junto a otras vías y procedimientos de control de constitucionalidad, fue reacia a aplicar directamente el preámbulo de la carta política de 1886 y los principios fundamentales del ordenamiento, y éste sólo servía como catálogo de “valores” constitucionales que no operaba sin la existencia de un derecho o de una norma constitucional bien definida en las restantes partes de la misma, o ante una regla completa de la parte orgánica de la carta. En otros términos, el preámbulo de la Carta de 1886 operaba de modo apenas remoto y siempre mediatizado por las restantes partes de la Constitución y de la Ley 153 de 1887.

Pero por si fuera poco lo anterior, la mal llamada “vía de excepción”, que figuraba en el artículo 216 de la carta fundamental de 1886 y que habilitaba a cualquier juez para no aplicar las disposiciones legales que resultaren inconstitucionales, dadas las condiciones específicas de los casos concretos puestos bajo su conocimiento, y para aplicar en el mismo la Constitución de modo preferente, elaborando la solución judicial específica según su lectura de la normatividad superior, no se desarrolló como debía, de una parte, gracias a la estructura vertical de autocomposición de la rama jurisdiccional de poder público, a la falta de una carrera judicial que asegurara continuidad a los jueces disidentes, y de otra a la fuerza de convicción de la lógica empleada y al rigor excluyente del recurso extraordinario de casación y a la concentración monolítica que resultaba de todo esto, al quedar en una misma sede judicial superior y última, la resolución de los asuntos abstractos de constitucionalidad y los concretos de carácter ordinario, así llevaran excepciones de constitucionalidad, por virtud de la resolución concentrada de los recursos extraordinarios.

Además, para los fines de la aplicación judicial de la Constitución por la vía abstracta del control ejercido por la Corte Suprema de Justicia<sup>23</sup> y por el Consejo de Estado, tampoco operaban de modo autónomo los principios constitucionales, pues, en primer término se exigía la existencia de una regla jurídica completa y cerrada de rango constitucional para declarar la inexecutable-

23 Páez Velandía, Dídimo, *El control de la constitucionalidad en los Estados latinoamericanos y fundamentalmente en Colombia*, Bogotá, Ed. Revista Derecho Colombiano, 1985.  
DR. © 1998  
Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

bilidad de las leyes en el caso de las competencias de la primera de las corporaciones, a más de la demanda de todas las disposiciones jurídicas que repitieran la norma acusada y de aquellas en las que ésta apareciera reproducida para que el fallo no fuese inocuo; y en el caso del control contencioso administrativo de la constitucionalidad y de la legalidad de los restantes decretos del gobierno no atribuidos a la primera, se exigía, y aún se exige, la presentación expresa y detallada de la proposición jurídica completa, con la anotación de todas las disposiciones jurídicas de rango legal y reglamentario que resultan violadas en el caso del control contencioso administrativo. Se advierte que en caso de que la nulidad conduzca al restablecimiento del derecho subjetivo, personal o real violado se aplican unos términos breves de caducidad de la acción, con independencia de si se reclama expresamente la reparación y de si se reclama la protección de un derecho constitucional fundamental o de un derecho subjetivo de contenido patrimonial.

Es claro que en el sistema jurídico vigente al amparo de la Carta Política de 1886, la parte dogmática de la Constitución, incluidos el preámbulo, los principios fundamentales y los derechos constitucionales de naturaleza civil y social, no fueron aplicados directamente y de modo autónomo, ni aun en los asuntos de control abstracto de constitucionalidad legalidad de los decretos administrativos del gobierno, ni en los de reparación directa, ni en los asuntos de la denominada “plena jurisdicción”, pues se exigió para los primeros la integración de *la proposición jurídica completa* con la inclusión de todas las normas, legales y reglamentarias, que resultaran violadas y en los otros, además, fue condición ineludible, la demostración del perjuicio causado con la acción o la omisión de la administración, y el establecimiento de la relación de causalidad correspondiente y, desde luego, la determinación del derecho personal o real desconocido o afectado por el acto impugnado, sin admitir, por principio, que la violación de una garantía social o un derecho civil de rango constitucional fuese objeto de control judicial directo y concreto con fines preventivos y remediales de corrección y en casos extremos de protección específica. El preámbulo y los principios operaban únicamente como cláusulas inmediatas de interpretación de las restantes partes de la Constitución y de la ley.

En esta materia, el único interés legítimo aceptado para provocar el conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa por vía de la acción de nulidad, era el abstracto de la defensa del ordenamiento jurídico, y si de la actuación o del acto impugnado se podía desprender siquiera la eventual reparación del perjuicio o daño individual, o el restablecimiento del derecho radicado en cabeza del accionante, se aplican por vía jurisprudencial los breves términos de caducidad de las acciones respectivas.

Ahora bien, era de tal naturaleza el problema planteado que nuestros jueces se resignaron a comportarse como los “*labios mecánicos de la ley*”, según la advertencia de Montesquieu y atendiendo a la restricción de la burguesía de la revolución de Europa continental, y rindieron culto a las manifestaciones positivas de la ley, por ser ella la voluntad soberana hecha en los términos establecidos en la Constitución, y por hallarse confortablemente codificada por materias, conceptos y sujetos, y confundieron autocontrol y separación de poderes, con justicia rogada y contenciosa y con positivismo normativista.

En efecto, entre nosotros la parte dogmática de la Constitución no ocupó el papel preeminente, ni tuvo el vigor normativo que tuvo en el sistema de doble jurisdicción de los Estados Unidos, ni sirvió para administrar justicia en concreto con independencia de los derechos personales o reales y de crédito; es más, entre nosotros fue de tal índole el culto formalista a la ley codificada que el legislador consideró que el título III de los derechos civiles y de las garantías sociales de la Carta de 1886 debía estar recogido en el Código Civil para asegurar su vigor judicial (*cf.* artículo 52 de la Constitución de 1986 y artículo 4o. de la Ley 57 de 1887). Desde luego, esta reflexión no superó las barreras de la concepción tradicional originada en el derecho civil y como aquella parte de la Constitución no contenía la definición de derechos subjetivos, personales, reales ni de crédito, sino apenas declaraciones universales de derechos, derechos públicos subjetivos, derechos económicos y sociales o programáticos y derechos políticos, no tuvo aplicación directa ni inmediata y por ello no se desarrolló una disciplina de la lectura judicial de la misma. Así las cosas, en la jurisdicción ordinaria en muy contadas oportunidades se encontraron referencias inmediatas al vigor jurídico de los valores y de los principios constitucionales y éstos operaban apenas como pautas remotas y no específicas de interpretación de la ley.

A esto cabe agregar la rigidez que impone en una estructura jurisdiccional como la nuestra la existencia de los recursos extraordinarios de casación en la jurisdicción ordinaria, y el de anulación ante el Consejo de Estado y la única instancia para asuntos del orden nacional de la administración y el recurso de apelación concentrado ante este mismo organismo en los asuntos contencioso administrativos.

### III. LAS MODERNAS TENDENCIAS DEL DERECHO CONSTITUCIONAL Y LA CONSTITUCIÓN COLOMBIANA DE 1991

La estructura normativa de la carta de 1991 es más compleja que la contenida en la Constitución de 1886, y es reflejo y traducción de las modernas

tendencias del derecho constitucional, en lo que hace a la adopción de técnicas específicas de redacción de las disposiciones constitucionales substanciales y a la incorporación de contenidos jurídicos relativamente nuevos; el primero de estos elementos de naturaleza sustancial es en líneas generales el siguiente:

En primer lugar cabe observar que la necesidad del examen sistemático de las transformaciones más recientes de las sociedades y de los Estados contemporáneos, es un asunto relativamente aceptado por las disciplinas cercanas al derecho público, lo cual, naturalmente, ha llevado a la introducción de profundos ajustes y a la admisión de serias modificaciones sobre algunas de sus formulaciones clásicas que se consideraron inamovibles durante más de dos siglos.<sup>24</sup>

En verdad, aun cuando en nuestro sistema jurídico vigente hasta antes de 1991 se incorporaron por vía legal algunas modificaciones en varias áreas del derecho, como en el procesal civil, de familia y del menor, en el de las entidades territoriales y en el urbanístico, del medio ambiente, monetario, fiscal y en el electoral,<sup>25</sup> éstas sólo encuentran en la Constitución vigente una respuesta generosa en figuras y en novedades, pues en ella se recogen los más

<sup>24</sup> Cfr. Cappelletti, Mauro, *Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo* (trad. Héctor Fix-Fierro), México, Porrúa, 1993; Kaufmann, Arthur y otro, *El pensamiento jurídico contemporáneo*, Madrid, Debate, 1992; además, Cappelletti, Mauro, *Gudici legislatori?*, Milano, Giuffrè, 1984.; von Beyme, Klaus, "Postmodernidad, postmaterialismo y teoría política", en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 4, 1989, Madrid, pp. 9 y ss. Además, ver Águila, Miguel del, "Más allá de la modernidad y más allá de la emancipación: La alternativa del reformismo pragmático", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 3, 1989, pp. 9 y ss.; Barcellona, Pietro, *Postmodernidad y comunidad. El regreso de la vinculación social*, Madrid, Trotta, 1992.

<sup>25</sup> Después de los graves y sangrientos acontecimientos de 1948 en los que fue sacrificado el líder político liberal Jorge Eliecer Gaitan y en los que se produce el movimiento popular y la situación de asalto y pillaje denominada "El Bogotazo", y por la dolorosa situación de violencia bipartidista generalizada, acompañada de la suspensión de la normalidad constitucional, los colombianos quedamos rezagados en la primera versión del Estado social de derecho de la República de Weimar y de la Constitución Austriaca, según los términos de nuestra reforma constitucional de 1936, desde luego, social e intervencionista y sabiamente interpretada por la Corte Suprema de Justicia y en los contenidos de la reforma de 1945 en la que se incorpora la noción de planeación. En nuestro país se produjo un proceso de cierre y de bloqueo en el régimen constitucional con la fuerza de un plebiscito abrumador, situación que se prolonga hasta la reunión del Constituyente de 1991 por razones de orden político propias del sistema mismo. Esto condujo al marginamiento nacional de las grandes tendencias del derecho constitucional en el mundo, las que, precisamente, comienzan a desarrollarse y a difundirse en todo Europa y en algunos países de América Latina con la expedición de las constituciones pluralistas de Italia y de Francia y de la Ley Fundamental de Bonn, con la nueva versión del Estado social y democrático de derecho y con las nuevas herramientas de la justicia constitucional de los derechos fundamentales. En realidad, mientras en todo el mundo el derecho constitucional adquiría dimensiones extraordinariamente novedosas, entre nosotros mantuvimos un sistema político extremadamente rígido y refractario al cambio y al desarrollo, y conservamos un régimen constitucional vinculado a nociones y a cláusulas superadas por el derecho después de la desaparición de las dictaduras fascista y nacional-socialista. Luego, con la reforma de 1968, predominantemente tecnocrática y presidencialista, se modernizó el capítulo de la administración centralizada y descentralizada, y por la de 1986 introdujo la elección popular de alcaldes; claro está con los dos intentos fallidos de 1977 y 1979, se pretendía incorporar algunos de los más destacados avances en estas materias, pero resultaron frustradas por razones de carácter político y técnico.

recientes desarrollos en punto a la legitimidad del Estado, a los derechos, a las libertades y a los procedimientos para su protección, a la organización política, y en especial sobre el modo de configuración jurídica del Estado democrático avanzado dentro de una sociedad postiguitaria.<sup>26</sup>

En la Constitución de 1991 se establecen los principios básicos de una sociedad pluralista y participativa, se fortalecen la democracia y las instituciones del autogobierno local, se abren las instituciones públicas a la renovación constante de cuadros y de prácticas y se vinculan nuevos sectores sociales y étnicos a los procesos del poder y del gobierno, se fortalecen las instituciones electorales y las reglas así como los organismos encargados por la Carta de asegurar respeto al sufragio. También se neutraliza la participación de la administración, del gobierno y del legislador en el manejo y control de la banca central y de la televisión.

En la Constitución de 1991, encontramos regulaciones novedosas, que no corresponden al viejo y tradicional diseño del Estado moderno, ni a sus evoluciones en materia de representación y de derechos sociales de los trabajadores; en efecto, ya no estudiamos al Estado sólo como una expresión coherente y acabada de los límites expresos fijados al gobierno y a los jueces, ni como la expresión de instrumentos de control sobre el poder político, y en las instituciones constitucionales no sólo aparecen conjuntos más o menos comunes de libertades públicas de contenido espiritual y económico, pues el

26 La democracia como expresión de anhelo del auto gobierno y de participación del pueblo en la escogencia de gobernantes, sólo se consolida en Europa después de la mitad del siglo pasado; otro asunto es el ideal del gobierno consentido, del gobierno legítimo y de la división de poderes que se formula en Inglaterra mucho antes de la formación de la democracia representativa en 1848, pues, en efecto, ésta, como el gobierno de la mayoría, es un ingrediente posterior al Estado de derecho que no le es consustancial, sino que hace parte de una evolución que corre junto a la segunda revolución industrial del medio siglo pasado. El derecho a asociarse con fines económicos, la libertad de pensamiento, la separación de la Iglesia y del Estado, la libertad de creencias y de práctica religiosas, la libertad de difundir escritos, la eliminación de los gremios y las corporaciones de oficio, son la expresión originarias del racionalismo que funge como doctrina e ideología política del liberalismo de la modernidad constitucional y se desarrollan con aquél para asegurar al hombre que aspira a la libertad para realizarse en ella. El Estado liberal es la expresión institucional de ese anhelo espiritual y la modernidad inaugura entonces, la era de la libertad económica y la era de las libertades espirituales; empero, como se advirtió, en los tiempos que corren, se admite la existencia de graves y profundas crisis y rupturas en cuanto a la organización del estudio de las ciencias jurídicas, del Estado y de la política las que, paso a paso, han permitido romper sus antiguos esquemas para incorporar nuevas soluciones también jurídicas desde la Constitución. Además, *Cfr.* Lipovetsky, Gilles, *La era del vacío, ensayos sobre el individualismo contemporáneo*, Barcelona, Anagrama, 1990; Capella, Juan Ramón, *Los ciudadanos siervos*, Madrid, Trotta, 1993; Dahl, Robert A., *La democracia y sus críticos*, Barcelona, Paidós, 1992. También, en nuestro medio, se vienen planteado estos temas desde hace ya varios años con bastante rigor y seriedad, gracias, entre otros esfuerzos, a los verificados en el seno de nuestras universidades por algunos muy destacados juristas y educadores como Fernando Hinestrosa, Carlos Restrepo Piedrahita, Manuel Gaona Cruz, Alvaro Tafur Galvis, Luis Carlos SÁCHICA, Jesús Vallejo Mejía, Jaime Vidal Perdomo, Carlos Gaviria Díaz, Hernando Valencia Villa, Hernando Yepes Arcila, Manuel José Cepeda, Ciro Angarita y Jaime Castro Castro.

Estado que elaboran las sociedades contemporáneas, es relativamente diverso en su configuración ideocrática, axiológica, valorativa y organizativa, y se pretende que corresponda en buena medida a los actuales problemas de los hombres, a su necesidad de reconocimiento y no son sólo a las demandas de libertades económicas y espirituales, ni a los temas de la representación política.<sup>27</sup> Sus configuraciones actuales responden a la formulación constitucional de soluciones jurídicas a los problemas de la democracia contemporánea en la que el hombre exige que se le deje participar cada vez más en algunos asuntos públicos para superar la masificación y para someter las causas del desarraigo.

Los hombres y las sociedades ya no se ocupan solamente de luchar y de consagrar en el texto constitucional una declaración emotiva, fervorosa, por la libertad, la igualdad y la fraternidad, ni tampoco buscan establecer códigos definitivos, límites positivos y acabados sobre las libertades fundamentales y su contenido no es sólo el de una estructura definitiva para la libertad; ahora, las Constituciones son una verdadera religión civil en el sentido de que provocan adherencias, compromiso actual, permanente, continuado, habitual y ritualizado en favor de principios y conceptos, fines y valores que se ocupan de la definición de una nueva moral, la moral de un nuevo bien común colectivo, superior a la igualdad formal y a la libertad simple y a los derechos sociales y de clase.<sup>28</sup>

27 En este sentido, el derecho constitucional colombiano se informa de las instituciones jurídicas del Estado social y democrático de derecho, pues desde el preámbulo se advierte en la Constitución que "...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 VI 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". Además, en el artículo primero de la Carta se dispone que "Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, fundada en el respeto a la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general". Estas disposiciones se vinculan con lo establecido en el artículo 20 que establece que "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".

28 Por causa de las grandes transformaciones del Estado contemporáneo, por la configuración de un nuevo tipo de sociedades "postigualitarias o postmodernas" que en principio superan toda utopía; por la incorporación de instituciones jurídicas extrañas en uno y otro sistema en el mundo occidental, como la noción de derechos constitucionales fundamentales, redactados en forma de principios abiertos al diálogo intertextual de cláusulas indefinidas y dispuestas a su definición por la comunidad de operadores jurídicos, por la incorporación de nuevos derechos y nuevos intereses jurídicamente reconocidos como los colectivos, de clase, de grupo y difusos; por el diseño de unas nuevas instituciones propias de sociedades democráticas

Pasada la Segunda Guerra Mundial, con el desarrollo y con la estructuración avanzada del Estado social y democrático de derecho, con los grandes cambios tecnológicos, económicos, culturales y políticos contemporáneos y después de la petrificación y el desmoronamiento de las revoluciones socialistas, surgen algunos fenómenos bien complejos y así son recibidos con relativa generosidad por algunos sectores de la teoría política; en verdad y aun cuando éste no sea el tema que nos ocupa en esta oportunidad, ahora el hombre en sociedad no se conforma con las tradicionales libertades de contenido económico, político y espiritual para satisfacer sus necesidades elementales de supervivencia en igualdad de condiciones con los demás, pues los fenómenos del crecimiento de la producción, de la nueva revolución industrial y las manifestaciones de las relaciones económicas globales como la mundialización del capital y la transnacionalización de la riqueza, la articulación también global de la opinión pública a través de los medios masivos de comunicación, la revolución electrónica y cibernética, los grandes sistemas de formación de opinión pública, el impacto de los desechos industriales y tecnológicos y la contaminación del ambiente, replantean en el hombre algunas de sus más importantes expectativas espirituales y estas se proyectan de varias maneras en el derecho constitucional.

En efecto, las grandes transformaciones del mundo contemporáneo han traído aparejadas, y han generado graves y profundas consecuencias en lo que hace a la configuración de las sociedades y de los diversos tipos de relaciones espirituales, jurídicas y políticas en su interior; desde luego, las principales transformaciones se encuentran en la relación del individuo con la sociedad, con la cultura, con las ideologías y con la ética, y a la zaga de dichas evo-

avanzadas, como el reconocimiento de nuevos y diversos actores legítimos y válidamente habilitados para el protagonismo en los vínculos con el poder organizado en forma de gobierno; por la superación de las "ideas vestigio" del constitucionalismo como las de Estado Nacional, las de la tridivisión del poder, las de soberanía nacional, democracia representativa, ciudadanía; y con el redescubrimiento de instituciones del derecho latino que permanecieron olvidadas durante muchos siglos como las pertenecientes al constitucionalismo mixto, como los de la justicia pretoriana, la libertad y el poder negativos, etcétera, todo lo cual es sólo una parte de los grandes cambios que viven las sociedades contemporáneas y que se expresan jurídicamente en instituciones hasta ahora poco examinadas entre nosotros pero incorporadas recientemente en la carta política de 1991 y en algo desarrolladas en las labores de la Comisión Especial Legislativa y por las 152 leyes recientemente expedidas en la legislatura que terminó en julio pasado. Pero además, cómo no advertir que el mundo contemporáneo es objeto de una nueva revolución industrial cibernética, informática y electrónica, y que en él se presentan fenómenos económicos de amplio efecto sobre el derecho en todos sus órdenes, como los de la mundialización del capital, la internacionalización de los procesos productivos, la deregulación internacional, la apertura de mercados y su unificación, la privatización de empresas y de beneficios públicos, la colaboración de los particulares en la prestación de servicios públicos y el cumplimiento de funciones públicas por organizaciones privadas de diverso orden, la crisis del Estado de bienestar y del Estado asistencial.

luciones, como siempre, aparece el derecho y por último las Constituciones, sin que ello en verdad descalifique al derecho público y menos al derecho constitucional.

El impacto de la masificación ha hecho que las sociedades contemporáneas a nivel constitucional, se ocupen de otros problemas como el de la calidad de vida, el de la contaminación del ambiente, el patrimonio cultural, étnico, histórico o arqueológico, y esto también obliga a reconocer otros elementos que no habían sido reconocidos tradicionalmente por el derecho constitucional clásico y moderno, como las varias modalidades de autonomías, las características culturales, ideológicas e históricas de las distintas etnias y grupos culturales, los derechos de los diversos sectores, grupos y segmentos del todo social.<sup>29</sup>

También, el industrialismo masificado que es el que hoy vivimos, hace que el hombre aspire a tener algún ámbito de participación en la administración de los servicios y de los recursos públicos; por eso surgen nuevas expresiones substanciales de democracia y nuevas sedes políticas frente al espíritu de participación o la conciencia permanente de los medios masivos de comunicación.

La importancia del derecho constitucional contemporáneo radica principalmente en que admite y promueve la incorporación en las Constituciones y en su desarrollo normativo, de nuevas instituciones, derechos y garantías y nuevos ámbitos jurídicos de expresión de las personas; además, permite rescatar al hombre del impacto arrollador de la masificación y aplaca los defectos de la gran producción y del gran consumo.<sup>30</sup>

29 En este sentido el artículo 63 establece que: “Los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la nación y los demás bienes que determine la ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargables”. Además, el artículo 72 dispone que: “El patrimonio cultural de la nación está bajo la protección del Estado. El patrimonio arqueológico y otros bienes culturales que conforman la identidad nacional, pertenecen a la nación y son inalienables, inembargables e imprescriptibles. La ley establecerá los mecanismos para readquirirlos cuando se encuentren en manos de particulares y reglamentará los derechos especiales que pudieran tener los grupos étnicos asentados en territorios de riqueza arqueológica”.

30 La constante conexión con la pantalla de televisión y con la radio que comunican con todo el mundo y a toda hora, establece un sitio como un irresistible ejército de ocupación y hace que los hombres también aspiren a ser reconocidos en su individualidad. El derecho constitucional ha patrocinado el desarrollo de instituciones de control, vigilancia y participación de los usuarios sobre la televisión. Al respecto, claro está, con bastantes deficiencias técnicas en su redacción, los artículos 76 y 77 de la Constitución de 1991 establecen que: artículo 76. “La intervención estatal en el espectro electromagnético utilizado para los servicios de televisión, estará a cargo de un organismo de derecho público con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonial y técnica, sujeto a un régimen legal propio.

Dicho organismo desarrollará y ejecutará los planes y programas del Estado en el servicio a que se hace referencia en el inciso anterior”. Artículo 77; “La dirección de la política que en materia de televisión determine la ley sin menoscabo de las libertades consagradas en esta Constitución, estará a cargo del organismo mencionado.

La televisión será regulada por una entidad autónoma del orden nacional, sujeta a un régimen propio. La dirección y ejecución de las funciones de la entidad estarán a cargo de una Junta Directiva integrada por cinco (5) miembros, la cual nombrará al director. Los miembros de la junta tendrán un periodo fijo. El gobierno

Los problemas de las sociedades contemporáneas deben ser resueltos también de manera constitucional; por esto, las constituciones de hoy, que son las que codifican esos principios, se ocupan de elementos como el derecho a gozar de un ambiente sano y equilibrado, a asegurar la calidad de vida, el respeto al patrimonio cultural e histórico de las colectividades, los derechos de los niños, de los minusválidos, de la tercera edad, los derechos de los consumidores, al espacio público, a la libre concurrencia económica, los derechos sobre los medios masivos de comunicación, el derecho al honor y a la intimidad personal y familiar, el *habeas data*, a la libre opción sexual, al libre desarrollo de la personalidad, al aborto y a la privacidad entre otros.

Además, se observa que un defecto siquiera mínimo en un producto de consumo masivo, o la mala calidad de bienes y servicios, puede generar más daño que una decisión política del Congreso o que un vicio de forma de una ley; por ello se refuerzan las garantías constitucionales de los derechos colectivos como los de los consumidores y usuarios, y se establecen mecanismos judiciales de protección directa y preferente de aquéllos, mientras que, por el contrario, se establece un breve término de caducidad para la acción pública de inconstitucionalidad por vicios de forma, inclusive contra reformas constitucionales, se admite la existencia de vicios de forma subsanables en el mismo trámite y se incorporan nociones como las de las comisiones accidentales y bicamerales de conciliación para admitir reformas a los proyectos de ley, sin apego a los rigurosos principios de identidad y de consecutividad, típicos de las democracias representativas y parlamentarias.<sup>31</sup>

Las constituciones contemporáneas que se redactan, o que según sea el caso se reinterpretan después de la Segunda Guerra Mundial, son llamadas por la doctrina italiana del derecho público *Constituciones pluralistas*, y los recientes desarrollos de las mismas, como los que se viven en el derecho constitucional de Alemania, Italia y España, contienen los instrumentos para asegurar que la unidad normativa del Estado que se desprende de ellas se conserve, actualice y desarrolle en una dinámica especial. En ella juega un papel definitivo la interpretación judicial de la Constitución, como instrumento sustancial de definición y de redefinición específicas de los términos en los que está

nacional designará dos de ellos. Otro será escogido entre los representantes legales de los canales regionales de televisión. La ley dispondrá lo relativo al nombramiento de los demás miembros y regulará la organización y funcionamiento de la entidad”.

31 En el artículo 161 de la Constitución se establece que: Cuando surgieren discrepancias en las cámaras respecto de un proyecto, ambas integrarán comisiones accidentales que reunidas, conjuntamente, prepararán el texto que será sometido a decisión final en sesión plenaria de cada cámara. Si después de la repetición del segundo debate persisten las diferencias, se considerará negado el proyecto.

redactada la Constitución, y como recurso institucional de desarrollo y de cierre del tipo de cláusulas constitucionales.

En principio, estas constituciones son producto de un consenso originario y aparente que se da en las asambleas nacionales constituyentes o en sus redactores, en la búsqueda de un rediseño de la vida social contenido en ellas y en los desarrollos de la Constitución misma, para que éstas, a su vez, sean resultado más o menos grande de los consensos actualizados entre las distintas fuerzas políticas en juego y de la aceptación de la interpretación judicial de las cláusulas esquemáticas y de los valores, fines, principios y objetivos programáticos que contienen sus textos.<sup>32</sup>

El pluralismo de la Constitución es una característica sustancial de nuestras cartas políticas que se expresa en la pretensión del poder constituyente contemporáneo de redefinir todos los aspectos de la vida social o del mayor número posible de ellos, y de incorporar el mayor número de aspiraciones de los diversos sectores sociales sobre la base de un consenso social definido en términos esquemáticos y abiertos, pero de vigor y eficacia normativa peculiares,<sup>33</sup> como los principios fundamentales del ordenamiento jurídico-político, los valores, los objetivos, los fines constitucionales y los principios parciales del ordenamiento.

Además, el derecho constitucional en cada caso es la forma jurídica de referencia que rige y promueve el consenso pluralista y, los términos empleados en su texto, son elementos indisponibles para el operador judicial de la Constitución. Empero, los fundamentos ideológicos dominantes y las principales reglas del orden político quedan a salvo de la contienda permanente de grupos y posiciones políticas, pues, como se ha visto, por una parte, se permite

<sup>32</sup> Bastida Freijedo, Francisco, "Constitución, soberanía y democracia", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, núm. 8, 1991; Zagrebelsky, Gustavo, *Manuale de diritto costituzionale*, vol. Primo, Torino, UTET, 1988.

<sup>33</sup> Véase Zagrebelsky, Gustavo, *La giustizia costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 1989. De otra parte, también es cierto que las constituciones así definidas fijan las materias que no deben permanecer abiertas, y señalan cuáles deben quedar como base y referencia para su desarrollo; además, el consenso pluralista que está en la base de las nuevas constituciones que se ocupan de formar la unidad política a partir del reconocimiento de la pluralidad de personas y de hombres, y de la diversidad de sus concepciones e intereses, de la incidencia de los grupos en la vida colectiva, en el derecho y en la política, es una relación política sustancial que se expresa de muchas formas jurídicas nuevas y que traducen los distintos proyectos políticos que se pueden elaborar sobre la sociedad. Como los fundamentos del orden político deben quedar a salvo de la contienda permanente de los grupos y partidos y de las posiciones políticas actuales, la Constitución continúa vinculada a un fundamento común que se encuentra en la ideología democrática, en el Estado social de derecho y en el Estado participativo para asegurar la unidad fundamental del orden estatal; por ello debe llegar a tener los efectos y las consecuencias sancionadoras que se requieren para asegurar su propia función y su propia dinámica en todos los procesos de la sociedad. Así, la función aseguradora también es de su propia naturaleza y, por otra parte, racionaliza el ejercicio del poder, garantiza el pluralismo en el proceso político y otorga libertad a los ciudadanos.

el consenso actualizado de la Constitución, pero, por otra, se cierran y bloquean ciertas cláusulas para efectos de no permitir la modificación de los fundamentos de orden político, naturalmente, este tipo de cierre jurídico, aun cuando es más rígido que el de la normatividad ordinaria también corre la suerte de la dinámica de la actividad jurisprudencial práctica.

Las *constituciones pluralistas* como la de 1991, en gran medida abiertas, programáticas y sobrecargadas de principios, fines y valores, que se encuentran redactadas ahora dentro de los sistemas jurídicos continentales europeos y latinoamericanos, de confortables, tradicionales y precisas fórmulas legales de aspiración universal y de derecho principalmente codificado, exigen de una práctica jurisprudencial y hermenéutica decantada y madura conforme a sus contenidos y por las peculiaridades que presentan en la estructura de sus disposiciones; por tanto, la especial sensibilidad que presupone el entendimiento de la norma constitucional contemporánea y de sus consecuencias prácticas, exige del intérprete judicial, la disposición y la idoneidad suficiente para superar los retos de la interpretación de dichas cláusulas y, además, exige cuando menos un alto nivel de especialidad que ponga fin a las controversias en torno de su texto. Por ello es que se ha difundido en los sistemas jurídicos de orientación europeo continental la idea de una jurisdicción orgánica y especializada de la Constitución y en particular de una “jurisdicción constitucional de la libertad”, con marcadas diferencias en cuanto a su integración y a la técnica de sus fallos, frente a la jurisdicción ordinaria o contencioso administrativa, y así se pronunció el constituyente colombiano dando forma a una aspiración varios años aplazada en nuestro sistema político.<sup>34</sup>

Estas constituciones inician el camino de la ruptura de los antiguos esquemas de distinción del derecho, y hoy en día estudiamos los fenómenos jurídicos desde la perspectiva del pluralismo constitucional, pues el derecho que tradicionalmente se consideró como privado en algunos aspectos se transformó en público, y el público, en otros aspectos, se regula ahora desde las constituciones como si fuese privado.

En efecto, enseñanzas tradicionales que atribuían a determinadas áreas del derecho el carácter privado que las inspiraba desde la más remota y clásica

<sup>34</sup> Cfr. VV.AA. *Justicia constitucional comparada*, México, UNAM, 1993; Canosa Usera, Raúl, *Interpretación constitucional y fórmula política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988.

Pero además, la jurisprudencia, como se verá, en todo caso corresponde a una función pública objeto de control por los restantes operadores autorizados del derecho y principalmente por los órganos judiciales superiores y por la comunidad social a la cual está referida la decisión, lo cual asegura que la actividad de los jueces al interpretar la Constitución no sea subjetivista, ni parcial ni discrecional, y que la militancia de la Constitución, como corresponde a una disciplina jurídica autocontrolada y controlable en sede orgánica e institucional hasta un grado máximo de clausura con una corte constitucional o con una corte suprema, sea una disciplina segura y previsible.

antigüedad, han tenido que recoger y revisar conclusiones, admitiendo soluciones, herramientas y presupuestos publicistas en esta época de la humanidad caracterizada por fuertes movimientos de masificación de la vida social, económica y cultural de los hombres. Y a la inversa, áreas del derecho tradicionalmente reservadas al derecho público, en especial al derecho administrativo y a otros afines, también han debido ser reconsideradas en sus soluciones y supuestos clásicos, para permitir la incorporación de conceptos privatistas que han adquirido fuerza extraordinaria en épocas de desregulación, como las de ahora, de privatizaciones, de apertura, de internacionalización y, si es del caso, de mundialización del capital y de la cultura, lo mismo que de globalización del conocimiento y de su expansión acelerada.<sup>35</sup>

En otros términos, la parte dogmática de la Constitución, por su vocación esquemática y abierta y por la característica de señalar principios fundamentales de orientación doctrinaria de la sociedad, se ha introducido en ámbitos de la regulación normativa que impide seguir insistiendo en esas viejas clasificaciones, así sea con fines de examen dogmático, lo que desde luego, presupone una nueva orientación jurisprudencial que debe guiar la práctica hermenéutica de los jueces.

## 1. Algunos aspectos generales del cambio constitucional en Colombia

a) Como lo hacen las constituciones continentales europeas y latinoamericanas recientes, la nuestra también se ha ocupado de señalar los principios generales, no sólo del ordenamiento constitucional de las libertades públicas y de los derechos fundamentales y del apartado orgánico e institucional del Estado,<sup>36</sup> sino de todo el conjunto del ordenamiento jurídico y de las relaciones sociales; así, ella incorpora varios conjuntos o grupos de principios no solamente relativos a la organización del Estado y sus fines, sino a los que

<sup>35</sup> VV.AA. *Derecho y economía en el estado social*, Madrid, editores Corcuera Atienza, Javier y García Herrera, Miguel Ángel, Ed Tecnos, 1988.

<sup>36</sup> En otros términos. Los principios tradicionales que informaban la noción de Estado de derecho y de democracia representativa, como la limitación jurídica de los poderes del gobierno, el equilibrio de poderes, la generalidad de la ley, el principio de la supremacía de la Constitución y de la ley, el de la consagración de las principales libertades públicas de contenido espiritual y económico, todos herencia del Estado liberal de derecho, que se forma en Europa principalmente en Inglaterra, a partir de la Carta Magna y del *Habeas Corpus* de 1679, y de la democracia representativa fortalecida en Europa continental, gracias a las revoluciones burguesas, democráticas y románticas de 1848, se relativizan, se transforman, se modifican a partir de la Segunda Guerra Mundial, dando inicio a un proceso de profundas transformaciones que se ha radicalizado en los últimos años con los fenómenos que mencionamos.

sirven de elementos fundamentadores, e inclusive, instrumentales de las otras partes del ordenamiento jurídico.<sup>37</sup>

Más aún, como lo destaca el profesor Fix-Zamudio desde sus primeros estudios conocidos en nuestro medio, las constituciones que denominamos contemporáneas se ocupan de los principales sectores del ordenamiento estatal, y hoy en día contienen valores, principios, disposiciones, reglas, instituciones procesales, herramientas y procedimientos en materia de derecho laboral, de derecho sindical, de derecho procesal laboral y de derecho de familia y de menores y de derecho económico entre otros, hasta el punto de dar lugar al estudio de disciplinas como las del derecho constitucional procesal, y del derecho procesal constitucional; también conocemos partes de la Constitución que pueden denominarse derecho constitucional administrativo, derecho constitucional del trabajo, derecho constitucional de la integración supranacional, derecho constitucional de la libertad.<sup>38</sup>

Así, entre lo más reciente y destacable de la recepción de los cambios del derecho constitucional, es la superación de las ideas de soberanía y de Estado nacional en Europa<sup>39</sup> y de la configuración bipolar entre ciudadanos y Estado, surgiendo conceptos y elementos desconocidos en el constitucionalismo continental y latinoamericano del siglo XIX, como los de intereses y derechos de grupos, colectivos, de clase y difusos,<sup>40</sup> los que en nada se relacionan con los conceptos de ciudadano, de representación y de sufragio universal; igualmente se superan los ideales de emancipación, de libertad política y económica, de igualitarismo mecánico y formal y de Estado de bienestar, de Estado patrono y de Estado asistencial.

De igual modo, la unidad política racional del constitucionalismo burgués y del voluntarismo tradicionales y modernos, propios del Estado demoliberal de derecho, y con sus especificidades del Estado social de derecho de la primera mitad de nuestro siglo, según el modelo de Weimar (1919) han cedido el paso a las innovaciones contemporáneas que admiten nuevos tipos

37 Aragón Reyes, Manuel, *Constitución y democracia*, Madrid, Tecnos, 1989; López Pina, Antonio, "Constitucionalismo y religión civil", en *División de poderes e interpretación. Hacia una teoría de la praxis constitucional*, Madrid, Tecnos, 1987.

38 Fernández Segado, Francisco, *El sistema constitucional español*, Madrid, Dykinson, 1992.

39 Jauregui, Gurutz, *La nación y el Estado en el umbral del nuevo siglo*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990.

40 Stern, David H., "El derecho contemporáneo en la era *postwatergate*", en *Estudios en homenaje al doctor Héctor Fix-Zamudio*, México, UNAM, 1988, t. II. Además, véase Federici, Renato, *Gli interessi diffusi*, Padova, Cedam, 1984 y *La tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato, con particolare riguardo alla protezione dell'ambiente e dei consumatori*, Milano, Giuffrè, 1976; Cappelletti, Mauro, *formazioni sociali e interessi di grupo davanti alla giustizia civile*, Padova, Cedam, 1975.

de vínculos de relevancia política entre sociedad y Estado, e incluso se recibe la idea de la relativa autonomía entre ellas.<sup>41</sup>

b) Las viejas y tradicionales distinciones entre las normas jurídicas tienden a desaparecer, aun cuando académicamente se puedan seguir utilizando, pero sólo con criterios funcionales y para identificar características prácticas de la normatividad, pues de muy poco sirve distinguir el modo clásico entre las diferentes normas del derecho. En efecto, como veremos enseguida, los procesos de transformación del Estado contemporáneo conducen a contraer sólo a razones de tipo funcional, práctico y de conveniencia las posibles distinciones que se han advertido. Pero aparte de señalar los principios fundamentales de los otros sectores del ordenamiento, las constituciones contemporáneas se ocupan de fenómenos de trascendental importancia en la vida de las colectividades políticas, entre ellos el desarrollo de la noción de derechos constitucionales fundamentales, y de derechos humanos, con toda una disciplina constitucional especializada de su protección judicial, y con unas nuevas instituciones de regulación y de garantía de la libertad tradicionalmente adscritas al derecho penal y procesal penal.<sup>42</sup>

También es objeto de las modernas constituciones los principales derechos económicos, sociales y culturales que hacen que todos los ámbitos de la vida de estas colectividades queden regulados y reconocidos en el orden constitucional, imprimiendo al resto del ordenamiento que se desprende de la Constitución, un sentido público especial y extraordinariamente rico en desarrollos judiciales y legislativos.

c) Las constituciones contemporáneas también dedican un amplio espacio a regular la organización de los entes territoriales y de sus competencias normativas y de autoconformación política, con evidentes tendencias de reforzamiento de la autonomías y de la autarquía en un retorno evidente al etnocentrismo en desmedro del Estado nacional; sin duda alguna, el nuevo derecho constitucional colombiano se enfrenta a uno de los aspectos más palpitantes en la vida de los Estados contemporáneos, como es el del reclamo permanente de mayores competencias de las entidades locales y regionales como una de las tantas vías para ampliar la democracia y hacer más eficiente su funcionamiento. Así, en Europa continental y en toda la América Latina este proceso ha alcanzado dimensiones insospechadas por los primeros teóricos del Estado

41 Rubio Carracedo, José, *¿Democracia o representación? Poder y legitimidad en Rousseau*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990; Ortiz, Julio César, *Poder político y orden social*, México, PAC-UNAM, 1986.

42 Ara Pinilla, Ignacio, *Las transformaciones de los derechos humanos*, Madrid, Tecnos, 1990; Pérez Luño, Antonio E., *Derechos humanos, Estado de derecho y constitución*, Madrid, Tecnos, 1984.

de derecho, hasta el punto de ser considerada hoy en día como la más importante de las problemáticas que debe atender la teoría del gobierno. Los resultados de estos procesos demuestran grandes beneficios no sólo desde el punto de vista fiscal, sino principalmente en los aspectos más palpitantes de la vida cotidiana de las comunidades políticas, tanto así que es una herramienta fundamental para superar pretensiones autoritarias y autocráticas.<sup>43</sup>

d) De igual modo, el no menos importante y trascendental ámbito de la integración económica supranacional, ocupa un amplio espacio en el derecho del Estado que se desprende de las constituciones contemporáneas, y en materia de derecho internacional y de la regulación constitucional de los asuntos que corresponden a dicha temática, la Constitución de 1991 introduce grandes aportaciones que redundarán en la modernización del Estado colombiano y que ponen al día el cuadro general de nuestras instituciones al respecto; en efecto, la nueva Carta con un sentido internacionalista, integrador, comunitario y supranacional, sienta las bases del nuevo derecho internacional público colombiano y dota al Estado de herramientas flexibles para asegurar su comportamiento ágil y dinámico que lo pone al día con las tendencias al respecto. Además, la incorporación de Colombia a la comunidad internacional como un sujeto de derecho cada día más responsable y comprometido, reclamó del constituyente la incorporación de instituciones como las de la doble nacionalidad, la integración latinoamericana, la protección internacional de los derechos humanos, el control previo de constitucionalidad de las leyes aprobatorias de los tratados y de los convenios internacionales, tanto por su forma como por su contenido, y la integración económica, social y política con las demás naciones de la región y de Latinoamérica. En especial cabe señalar que el constituyente se preocupó de facilitar al Estado los instrumentos jurídicos para la promoción de la internacionalización de las relaciones políticas, económicas, sociales y ecológicas sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional y permite la creación de organismos supranacionales con competen-

43 Una de las grandes transformaciones que exigía el sistema político colombiano, era la de la reorganización de las entidades territoriales y la de la redistribución de sus competencias y recursos; en este sentido, a más de otras modificaciones de vital trascendencia, se institucionalizó la posibilidad jurídica de la creación de las provincias y comisarías, se estableció la posibilidad de que se erijan en entidades territoriales aquellas que recojan la estructura de los territorios indígenas y se garantizó la participación de las entidades territoriales en las rentas nacionales, la administración de sus recursos y el establecimiento de los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones, y el derecho a gobernarse por autoridades propias. Para nuestra democracia y para el bien del futuro de las instituciones nacionales, este apartado de la Carta es uno de los grandes logros del proceso constituyente y habrá de significar la renovación de los principales vínculos entre la sociedad civil y el Estado; en este sentido la Carta Constitucional sienta las bases para la expedición de las leyes orgánicas de ordenamiento territorial y de presupuesto, lo mismo que las leyes del plan nacional de desarrollo, todas las que deberán tener en cuenta las competencias que la Constitución entrega a las entidades territoriales y los fines que ella establece en materia de su desarrollo.

cias jurídicas en el territorio nacional, por primera vez se permite la posibilidad de que Colombia participe en elecciones directas para la constitución de los parlamentos latinoamericano y andino.

Esta última es una institución de enorme trascendencia para el fortalecimiento de la democracia en el continente y para la promoción de la participación de los ciudadanos en temas que hasta ahora habían quedado reducidos exclusivamente a los altos poderes públicos. Lo anterior implica una revisión total de conceptos en el derecho público a nivel internacional y constitucional.

e) El amplio espectro de temas de que se ocupan estas constituciones hace que no podamos definir al Estado conforme a las concepciones contractualista en sus versiones liberal y social de derecho; esto no significa que aquel producto de la racionalidad y del voluntarismo continental europeo y latinoamericano y del pragmatismo de la dogmática jurídica británica y norteamericana, haya perdido legitimidad; todo lo contrario, nos encontramos frente a una gran corriente de la teoría del Estado denominada “reformismo pragmático”, que busca una nueva salida a los problemas contemporáneos de la legitimidad del poder político, a través de la superación de la crisis asistencial, de bienestar y patrono, basada en el consenso pluralista y en la superación del principio de las mayorías y del confort normativo de la codificación liberal; es decir, estamos frente a una nueva doctrina de la legitimidad del poder basada en el reconocimiento franco de la existencia de sociedades fragmentadas y organizadas que procuran el consenso y la solución de conflictos por el camino del constitucionalismo de principios y de los derechos constitucionales, y en especial, de los derechos fundamentales, y por medio de los diversos caminos que abren el diálogo de las personas con el Estado, pero desde la sociedad y con el texto de la Constitución y con sus cláusulas de principios y de derechos fundamentales como referencia mínima.

f) Otros elementos que han transformado el constitucionalismo contemporáneo son los que integran la noción de Estado social y democrático de derecho para arribar al concepto de Estado democrático avanzado, reforzando las reglas que permiten alcanzar permanentes y actualizados consensos en los diversos espacios y sedes de la sociedad organizada así como en sus diversos fragmentos, reconociendo nuevos y diferentes actores sociales válidamente habilitados para desarrollar actividades y para actuar como interlocutores de los cometidos públicos; también se trata de establecer mecanismos institucionales para asegurar a todos los ciudadanos en igualdad de oportunidades el cabal y pleno acceso a una información exacta sobre los programas de acción política y las capacidades e instancias para que se puedan debatir con transparencia y eficacia.

De otra parte, el fortalecimiento de la participación social y la colaboración de los particulares en el ejercicio de las capacidades orientadoras y de planeación, en las responsabilidades del Estado y de la administración, en la prestación de servicios y el manejo de bienes, el más amplio espectro de las competencias de los jueces, los nuevos instrumentos de la democracia participativa, la desregulación administrativa y la autorregulación privada, las nuevas libertades económicas, la igualdad sustancial y el acceso a bienes y servicios, son parte de las respuestas del constitucionalismo contemporáneo pluralista y de consenso que se incorporan en la nueva Constitución colombiana.<sup>44</sup> Esta cláusula se afirma en la ampliación del catálogo de los derechos constitucionales y en el refuerzo del valor jurídico de los mismos o el establecimiento de una posición preferente de ellos por virtud de la incorporación de los principios que disponen la igualdad material y real de las personas, y la eficacia plena de los derechos constitucionales fundamentales, inclusive en caso de relaciones entre particulares.

g) La democracia participativa, las instituciones de la democracia local y la participación de los particulares en la prestación de servicios públicos, la colaboración funcional, la privatización de algunas actividades del Estado y la reducción del tamaño del Estado, así como el manejo o cumplimiento de funciones administrativas por los particulares, han contraído de manera técnica los poderes del Ejecutivo; obviamente, el Ejecutivo sigue siendo fuerte en los regímenes presidenciales como el nuestro, pues la internacionalización de la economía, la integración económica supranacional y el fortalecimiento de los medios masivos de formación de la opinión pública y de comunicaciones, la conservación del orden público, los reductos vigentes de la tecnocracia, el incremento de responsabilidades del Estado y sus mayores compromisos sociales, hicieron que también se fortaleciera el Ejecutivo central.

Cabe advertir que hoy en día, el Estado social de derecho se ha modificado y ha contribuido a que continúen las grandes responsabilidades del ejecutivo ya que las decisiones estratégicas de carácter técnico, que no son tomadas por los parlamentos sino por los técnicos en el Estado que no sólo atiende los compromisos de clases entre la burguesía y los trabajadores. Es tal la cantidad de aspectos y ámbitos de la vida social en los que el Estado debe participar, intervenir, regular, proyectar y controlar que aún es predominante.

h) Uno de los temas que mayor atención exige a quien se aproxime a la Carta Constitucional es el que tiene relación con la reorganización general del

44 Vega García, Pedro de, "En torno a la legitimidad constitucional", en *Estudios en homenaje al doctor Héctor Fix-Zamudio*, México, UNAM, 1988, t. 1.  
DR. © 1998  
Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Estado colombiano, ya que lo extenso del texto de la Carta y la constitucionalización del derecho administrativo, lo mismo que el rediseño de los principales órganos del poder público y la distribución de competencias en los distintos niveles de la administración, son de un profundo contenido y de grandes dimensiones; en verdad, éste es un trabajo que está por hacer a nivel de la doctrina ya que muchas de las instituciones y de las funciones contenidas en la nueva Constitución no han sido puestas en ejecución completamente, y lo cierto es que la Carta de 1991 implica en estas materias el propósito de introducir las bases para el cambio político que exigían las distintas fuerzas que promovieron el proceso constituyente.<sup>45</sup>

La privatización de algunas entidades, la modernización de las estructuras de la administración central del Estado, la colaboración funcional de los particulares en la prestación de servicios públicos y el nuevo esquema de la empresa pública colombiana, así como las nuevas reglas de control interno, fiscal y el manejo y ejecución presupuestal, son también expresión de aquella tendencia de modernización del Estado.<sup>46</sup>

Otra importante formulación constitucional es la que atañe a la función pública, pues este concepto estaba referido en especial a la función ejecutiva o administrativa en el sentido de entenderla como un área prevista para regular con exclusividad las relaciones de los servidores de la rama ejecutiva del poder público; ahora se le da un ámbito mayor, pues comprende a todos los servidores públicos del Estado lo que implica, el cambio sustancial del concepto de la carrera administrativa, elevándola a la categoría de norma general. Igualmente, dicho régimen fue objeto de la incorporación de normas más precisas en materia de calidades, inhabilidades e incompatibilidades, y se establecen disposiciones rígidas en lo que hace al control del nepotismo y del aprovechamiento personal y de grupo de las estructuras burocráticas del Estado. En respuesta al clamor generalizado que veía en la descomposición del comportamiento de los funcionarios públicos, una de las causas de la pérdida de legitimidad del Estado, el constituyente fue celoso en advertir el carácter público de los intereses a cuyo servicio está puesta la administración.

i) La creación de nuevos órganos de control y de organismos y entidades autónomas e independientes, responde igualmente a la necesidad de garantizar

<sup>45</sup> La administración pública colombiana sufría de graves distorsiones y limitaciones y sobre ella rondaban los fantasmas de la corrupción, la inmoralidad y el clientelismo, males presentes en todas las naciones del mundo y que exigen siempre la vigorosa atención y el cuidado de los ciudadanos en general; desde esta perspectiva cualquier análisis sobre las nuevas instituciones debe concluir cuando menos en que las modificaciones a dicha estructura se enderezan a promover su modernización.

<sup>46</sup> Segura, Julio y otros, *La reforma del Estado asistencial*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987.

mayores niveles de neutralidad e independencia de la gestión pública lo que habrá de redundar en mayores niveles de satisfacción de las necesidades colectivas y de mayor legitimidad de las autoridades.

## *2. El vigor normativo de los valores, principios y derechos constitucionales*

La incorporación de un catálogo de nuevos valores superiores con vigor normativo propio, el reforzamiento de la significación jurídica de los principios constitucionales y la incorporación de la noción de derechos constitucionales fundamentales, con su preeminencia normativa o su posición preferente dentro de todo el ordenamiento, así como su aplicación inmediata en la mayor parte de los casos, son las más destacadas modificaciones en el diseño de los elementos sustanciales que sirven para el ejercicio de las funciones judiciales dentro de nuestro régimen constitucional, puesto que ahora tienen y adquieren entre nosotros eficacia jurídica y comprenden nuevos ámbitos de la vida social que no aparecían en las anteriores provisiones constitucionales.

Así, la nueva estructura constitucional no solamente es destacable porque le ha dado vigor normativo a los valores constitucionales, que adquieren fuerza, eficacia y vigor jurídico propios, sino por su extensión que es mayor; además, como lo ha señalado la Corte Constitucional en el cumplimiento de sus funciones, también lo es por que los principios constitucionales incorporados en la nueva carta fundamental, pueden ser aplicados por los jueces en todas sus actuaciones ordinarias y especializadas de tutela de los derechos constitucionales, y por que los derechos constitucionales fundamentales, los colectivos, culturales y algunos de los sociales están redactados en la mayor parte de los casos en fórmulas abiertas, esquemáticas e incompletas comparables con los mismos principios constitucionales que permiten su desarrollo, expansión, precisión y promoción, en muchas hipótesis no previstas en la ley, que sólo son “descubiertas”, o “halladas” en el desarrollo de la práctica judicial específica. Pero además, esta apertura y la aplicación directa e inmediata de los valores y principios constitucionales y de la mayor parte de los derechos constitucionales fundamentales y de algunos derechos colectivos, culturales y sociales, permite a los jueces ponderar, armonizar y concordar sus contenidos entre ellos y ante las restantes partes de la Constitución con fines de favorecer la libertad y la legitimidad de las distintas competencias y poderes organizados bajo la Constitución.

En esta práctica judicial la importancia de la Corte Constitucional es notoria, ya que ella tiene un fuerte poder discrecional de atracción de las deci-

siones judiciales relacionadas con la tutela de los derechos constitucionales fundamentales, y ejerce el control abstracto y concentrado de la constitucionalidad de las leyes y de los demás actos generales equiparables.

Además, en el preámbulo de la Carta se establece en este orden de ideas que la Constitución Política de Colombia se decreta, sanciona y promulga para

... 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 orden jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana...

Se observa que dentro del marco de las competencias de los jueces y en especial de la Corte Suprema de Justicia, como se explicará más adelante, los valores constitucionales contenidos en el preámbulo de la Constitución nacional de 1886 no resultaban aplicados sino por virtud de la presencia de un derecho constitucional o de otra norma completa de la Carta y únicamente como criterio de interpretación general.

La incorporación normativa de nuevos tipos de principios constitucionales, y de principios constitucionales fundamentales. En este sentido en el artículo primero del título I “De los principios fundamentales” de la Constitución se advierte que

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.

En efecto, aparte de los mencionados valores superiores, la Constitución de 1991 recoge varios grupos de principios como reglas jurídicas generales que condicionan la estructura del ordenamiento jurídico en general, o una parte de éste; son postulados que corresponden a una doctrina o a un conjunto de doctrinas políticas específicas y determinables que gracias a la actividad especializada de la jurisprudencia constitucional encuentran aplicación práctica; de estos encontramos tres grandes categorías ya que, además de los principios constitucionales generales que son los que condicionan de modo fundamental el ordenamiento jurídico político, encontramos varios grupos de principios “parciales” de la Constitución y otros principios constitucionales

tácitos que más bien son producto de la elaboración integradora, sistemática y correctiva del intérprete sobre las disposiciones constitucionales.<sup>47</sup>

Los principios fundamentales del Estado o de la organización jurídica política, son la forma unitaria y republicana del Estado, la descentralización política y administrativa que conduce a un Estado unitario complejo, la soberanía popular, el Estado social de derecho, la participación y democracia participativa, el pluralismo constitucional.

Además de estos aparecen los principios que corresponden al Estado de derecho como la separación de Poderes, la legalidad de la acción de los poderes públicos, la seguridad jurídica, jerarquía normativa, la publicidad de la ley, la protección de los derechos adquiridos, prevalencia de los derechos fundamentales de la persona humana.

Existe otra gran cantidad de principios que denominados “parciales” como todos los constitucionales penales y entre ellos el de la retroactividad de las disposiciones penales más favorables; también los que integran la categoría de la especialidad de las normas laborales y de las normas de derecho social, los principios que rigen las garantías procesales penales y que forman parte tanto del derecho constitucional procesal, como del derecho procesal constitucional. Son principios de interpretación de determinadas áreas del ordenamiento jurídico, entre otros, la prevalencia de los derechos constitucionales de los menores, la prevalencia del derecho constitucional humanitario, la concordancia y concurrencia del derecho de integración regional y subregional y la integración latinoamericana y del Caribe.

Sin pretender ningún ejercicio dogmático en relación con los derechos constitucionales mencionamos algunos de ellos que ya han sido objeto del examen de la Corte Constitucional.

En primer término, se tiene que el capítulo primero del título II y entre los artículos 11 y 41, de la Constitución se establece la categoría de derechos constitucionales fundamentales, que corresponde a la incorporación de una de las tendencias contemporáneas del derecho público y significa el reforzamiento constitucional de los derechos de los cuales depende la existencia de la persona y la convivencia en una sociedad organizada; desde luego, existen diferentes fundamentaciones doctrinarias en torno de este fenómeno de reforzamiento de los derechos de las personas, principalmente desde el punto de vista del derecho natural que insisten en fundamentar el mencionado reforzamiento en la

<sup>47</sup> Desde luego hay principios constitucionales expresos, categóricamente afirmados, pero otros requieren de la elaboración del intérprete después de la aproximación sistemática e integradora, correctiva, aditiva sobre las disposiciones constitucionales.

prevalencia del derecho natural y su permanente vigencia.<sup>48</sup> Sus contenidos están condicionados por el contenido histórico de la noción de dignidad, pero no quedan contraídos a los derechos humanos como una parte de la expresión institucional de esa aspiración básica y sustantiva de la existencia del hombre en sociedad; también se refleja en otras formas de expresión como el intercambio económico y el intercambio de bienes, y en otras formas de organización de la personalidad jurídica.<sup>49</sup>

La Carta ha establecido un mecanismo de enunciación en el que aplica el método sistemático de distribución topográfico y de distribución nominal de los derechos; además aparecen varios grupos de derechos, y en el capítulo 4 del mismo título II, de la protección y aplicación de los mismos, se establece el criterio de la preferencia y valoración que el constituyente ha hecho de los mismos al establecer la lista de los derechos que pueden ser aplicados directamente en todo caso; no obstante esta distribución sistemática, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha dicho que es posible reconocer de modo excepcional la existencia de otros derechos constitucionales jurisdiccionales que no están en el capítulo 1 del título II.

Las reglas constitucionales sobre interpretación y reconocimiento de derechos constitucionales fundamentales previstos principalmente en los artículos 93 y 94 de la Constitución, relativizan el carácter excluyente que pudiera desprenderse de la distribución hecha por el constituyente,<sup>50</sup> además, la cla-

48 Nuestra Constitución recoge la tendencia de la Constitución española y de la Ley Fundamental de Bonn, y eleva estos derechos que antes se denominaban garantías civiles y derechos sociales al concepto de derechos constitucionales fundamentales para significar su especial prevalencia. Se entiende que los derechos fundamentales son aquellos cuyo contenido o núcleo esencial no pueden ser objeto de limitación legal. La Constitución del 91 incluye en esta categoría algunos derechos que no en verdad son fundamentales como el derecho a la paz, a la convivencia y a la no extradición de nacionales. Además, la jurisprudencia nacional ha señalado que las características de los derechos constitucionales fundamentales son su aplicación preferente e inmediata pues vinculan a los poderes públicos y a los particulares inclusive en sus relaciones ordinarias, lo que significa que todos los jueces están obligados a aplicar directamente la Constitución en la interpretación de los negocios entre particulares.

49 Entre nosotros el Consejo de Estado sostiene que los derechos fundamentales sólo son predicables de las personas naturales, esto porque dentro de ellos predomina la doctrina o la corriente del pensamiento según el cual los derechos fundamentales sólo son equiparables, asimilables a los derechos humanos. Lo cierto es que el constituyente del 91 que es el parámetro normativo de referencia inmediata ha establecido unos derechos constitucionales fundamentales; los trae enunciados de tal manera que son predicables más allá de la noción de derechos humanos. En contrario, la Corte Constitucional y buena parte de la doctrina se pronuncian por la aplicación de algunos derechos fundamentales en favor de las personas jurídicas; también, se reconoce por la jurisprudencia que algunos derechos constitucionales fundamentales son predicables de las personas jurídicas de derecho público, puesto que dentro de un estado democrático, pluralista, participativo, con autonomía de las entidades territoriales, las entidades de derecho público como los municipios, departamentos, provincias, regiones, y territorios indígenas tienen derechos garantizados por la Carta sin cuya protección no existirían como su autonomía, el derecho a darse sus propios gobernantes entre otros.

50 Los derechos constitucionales fundamentales corresponden a la noción contemporánea de las libertades sin las cuales el hombre no se podría concebir ni en su expresión individual y autónoma, ni en

sificación o la enumeración de los derechos queda también ampliada y relativizada como se ha dicho ya que la ley y los jueces pueden conocer otros derechos distintos de los enumerados en el capítulo I, título II y por que la interpretación y el reconocimiento de los derechos están condicionados a la aplicación de los tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos.

Existen otras cláusulas constitucionales de salvaguardia e intangibilidad de los derechos humanos como parte de los derechos fundamentales en relación con los estados de excepción y la imposibilidad de su suspensión, lo cual supone el principio del “*el favor libertatis*” que comporte que en caso de duda la interpretación debe favorecer el ejercicio de la libertad y del derecho fundamental. Además, los derechos constitucionales fundamentales en casi todos los casos son predicables de todas las personas sin distinción de edad, condición, nacionalidad, estado civil o sexo.

En la Carta se encuentran reconocidos expresamente el derecho a la vida, la proscripción de la pena de muerte, la prohibición de la desaparición forzada, de las torturas, la libertad de circulación y tránsito de personas por el territorio nacional, la eliminación de toda forma de discriminación, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la intimidad personal y familiar, al buen nombre, el *habeas data*, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la libertad física a través de la prohibición de la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos, la libertad de conciencia, de cultos y creencias, de religión, el derecho a la igualdad, la prohibición de tratos discriminatorios, libertad de expresión, de información, derecho a fundar medios masivos de comunicación, el derecho a la honra, el derecho de petición, el derecho de circulación, el derecho del trabajo, libertad de escoger profesión y oficio, libertad de enseñanza, investigación y cátedra, libertad e inviolabilidad del domicilio. Además, se encuentran todas las garantías procesales generales, como el derecho de defensa, la publicidad del juicio y el derecho de contradicción, las garantías procesales especiales en materia penal, el derecho de la aplicación de la ley penal más favorable, el derecho a la defensa técnica,

su expresión concurrente con otras personas. La evolución de los fenómenos contemporáneos de las sociedades y del poder, luego de las experiencias catastróficas vividas en este siglo, hace desarrollar la idea del reconocimiento de ámbitos positivos y negativos, de la libertad frente al Estado, con la capacidad de vincular en todos los órdenes del comportamiento y de establecer instrumentos procesales específicos de su protección y de remedios directos para su exigibilidad. Desde luego, esto no significa la imposibilidad de reglamentar el ejercicio. En líneas generales, lo que se quiere decir es que no obstante la ausencia de ley entre la Constitución y la aplicación de la misma, no obstante no existir un acto intermedio de carácter legal, los derechos constitucionales fundamentales son aquellos que tienen un núcleo especial indisponible por que se vinculan directamente con la existencia del hombre y sin ellos no se concibe su existencia.

la presunción de inocencia en materia penal, el derecho a la no autoincriminación forzada, el *habeas corpus*, el derecho a la no extradición de nacionales.

Desde luego, en este capítulo lo. del título II existen unos derechos que reclaman una protección específica por parte de la ley, por ejemplo: el derecho a la paz, es un derecho programático, que no puede catalogarse como los más exigidos y protegidos de modo directo (artículo 22). Igualmente, el derecho de asociación sindical comporta necesariamente un ámbito de regulación legal, como el derecho de asilo, para el que la misma Constitución reclama la intermediación de la ley.

Por último, la misma Constitución establece que los derechos constitucionales fundamentales no pueden ser regulados sino por leyes estatutarias, que requieren un trámite reforzado y un procedimiento especial en el congreso, y es objeto de control previo, forzoso, oficioso e integral por la Corte Constitucional. Es una salvaguardia jurídica sobre el contenido y la validez de los actos con fuerza de ley que quieran regular los derechos fundamentales.

De otra parte, el catálogo contenido en el capítulo 2, relacionado con los derechos económicos, culturales y sociales comporta unos grandes aportes y avances en nuestro sistema; desde luego estos derechos tienen otra connotación, pues por definición y en líneas generales, necesitan desarrollo legal, definición y reconocimiento administrativo y el destino de recursos fiscales suficientes para hacerlos efectivos; en la mayor parte de los casos comportan definiciones programáticas, orientaciones y condiciones para encauzar la actividad del legislador y de la administración.<sup>51</sup>

Entre otros se encuentran el derecho a la igualdad, los de los minusválidos, los de la asistencia y protección a las personas de la tercera edad, el derecho a la seguridad social que implica en varias hipótesis el compromiso de los derechos constitucionales fundamentales a la asistencia pública y a la salud; al saneamiento ambiental, a la atención gratuita de los niños en los centros de salud, el derecho a la vivienda digna, a la recreación, al deporte, al aprovechamiento del tiempo libre y a la formación y habilitación profesional entre otros. También se garantizan de este modo en una lista bastante extensa los derechos al acceso progresivo a la propiedad de la tierra, al crédito, a la cultura.

51 Por ejemplo, el artículo se asemeja a la parte general de un código de familia, pues en él se establece una enunciación general de los derechos de la familia, su definición y algunos conceptos programáticos que son y deben ser desarrollados por el legislador. Además, se establecen lo que hemos denominado principios parciales del ordenamiento constitucional, en atención a que en este tipo de programas contenidos en la Constitución, relacionados con una parte de los derechos de las personas, se establecen orientaciones, fines, reglas de actuación del ordenamiento jurídico para que con base en ellas pueda tener vigencia y aplicabilidad la disposición, tanto que hasta se proscriben civiles de la pareja homosexual.

Además, en el artículo 53 se establecen los principios, valores y reglas específicas de interpretación de la parte del ordenamiento jurídico correspondiente al derecho laboral y se admite la vigencia de los tratados y convenios suscritos en desarrollo de la OIT; igualmente se garantizan los derechos a la negociación colectiva, a la huelga.

También encontramos otra categoría de derechos definida por el constituyente como derechos e intereses colectivos y del ambiente que merecían una modalidad de protección privilegiada dentro del ordenamiento constitucional como, el derecho al control sobre la calidad de los bienes y servicios prestados a la comunidad, a la información que debe suministrarse al público para su comercialización, derecho a gozar de un ambiente sano, a su integridad y diversidad y al espacio público. Para su protección específica la Constitución ordena que la ley regulará su trámite por la vía de las acciones populares tal y como se verá más adelante.

Por otra parte, la Constitución garantiza la defensa de los derechos de distinta naturaleza cuando el daño sobre los derechos de cualquier naturaleza se proyecte en situación que reflejen conformación de grupo, o a un segmento indeterminado de personas; desde luego, para hacer operante este tipo de derechos y de cláusulas la ley debe definir quiénes pueden ejercer las acciones, cómo se acciona, cómo se reclama la protección, cómo se indemniza cuando se trata de intereses de clase.

También la Constitución reconoce a las comunidades indígenas la posibilidad de gobernarse por sus propias autoridades y el derecho a juzgar sus asuntos de conformidad con sus propias normas.

Subrayar el vigor normativo de los valores y de los principios y de los derechos constitucionales, hace que prevalezca el valor y el principio constitucional por encima de la disposición legal no sólo cuando los jueces tienen competencia de no aplicar la ley en casos concretos como sucede con la denominada vía de excepción en las técnicas de control difuso de la Constitución, sino, principalmente, cuando, como ocurre ahora en nuestro caso, los jueces pueden aplicar directamente la carta política con independencia de un negocio concreto y compuesto.

Este reforzamiento se encuentra expresamente previsto en los artículos 2º y 4º de la Constitución en la que se establece respectivamente que uno de los fines esenciales del Estado es

...garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución y 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, para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

De igual modo, la Constitución proclama su vigor normativo y su plena supremacía al señalar en el artículo 4º que: “*La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.*” Pero además, en este sentido es importante destacar que la Constitución incorpora en el capítulo I (De los derechos fundamentales), algunos elementos propios de la noción de Estado social de derecho como los de la primacía de los derechos inalienables de la persona (artículo 5o.), la eficacia y la efectividad de los derechos y en especial advierte que

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellos se cometan.

En este sentido la Corte Constitucional ha advertido que la incorporación de las cláusulas programáticas de la Constitución, así como la de los objetivos y los fines en la mayor parte de los casos, no requieren de ley para su desarrollo, y para su cumplimiento.<sup>52</sup>

Valores como la justicia, la igualdad, la convivencia, la libertad, la dignidad, la paz, la vida, el conocimiento, establecidos en la Carta de 1991, son los nuevos dispositivos jurídicos especiales y esquemáticos que no se habían desarrollado en nuestra jurisprudencia, puesto que no había las herramientas, ni

<sup>52</sup> Entre otras cosas, nuestra tradición eurocontinental de derecho codificado y legislado de origen romano, nos hizo tendencialmente propensos a buscar en la disposición jurídica aplicable la hipótesis reguladora de la conducta humana, y la consecuencia de la verificación específica de dicha hipótesis; en este sentido, no nos planteamos problemas metodológicos y filosóficos, ni substanciales en torno de la normatividad, ya que la prevalencia de la doctrina y de la escuela exegética y de la jurisprudencia positiva y de la jurisprudencia de conceptos, nos impedía determinar si el contenido de la regla jurídica era expresión de una regla moral, si se encontraba o no debidamente razonada. En nuestra tradición jurídica que afortunadamente empieza a verse contraída y a darle paso a nuevas escuelas del pensamiento, no nos había preocupado la problemática sustantiva del derecho europeo y norteamericano de determinar cuál era el contenido jurídico de la disposición, y, en fin, cuál era y debía ser la estructura interior de la norma contenida en la disposición jurídica, si era moral, o apenas la expresión de una voluntad del gobernante, o apenas la expresión positiva de una reflexión sobre el derecho natural; predomina, pues, la concepción tradicional del derecho positivo según el cual la norma es casi siempre la disposición jurídica. Esto tiende a cambiar gracias a la incorporación de este tipo de elementos cuya fuerza normativa radica en su carácter esquemático e incompleto, lo cual los diferencia de las otras clases o tipos de disposiciones jurídicas, y permite que en el tráfico ordinario de las relaciones jurídicas resulten aplicados con frecuencia.

los instrumentos judiciales específicos que los llevara a la práctica en casos concretos.<sup>53</sup>

Desde luego, el control en casos concretos de la constitucionalidad de la ley por la vía de excepción prevista en la anterior Constitución, en algún modo también permitía que los jueces actuaran con fundamento en valores, derechos y principios constitucionales, pero en realidad esta concepción no cobró vigencia sino hasta la introducción del instrumento de la acción de tutela ya visto; pero, además, dentro de los esquemas de disposiciones normativas de carácter constitucional y de estructura incompleta, los jueces encuentran más libertad para desarrollar soluciones jurídicas a problemas no regulados expresamente en la ley.

No obstante lo advertido, estas competencias no pueden ejercerse de modo discrecional, porque la función judicial en estas nuevas condiciones de cambio en la estructura normativa en esencia es y debe ser la misma en el sentido de que debe resolver la controversia escogiendo, “elaborando” la solución dentro de los términos empleados por el Constituyente o el legislador y bajo la imperiosa necesidad de argumentar y motivar expresamente su fallo y teniendo en cuenta el vigor jurídico del precedente, salvo cuando la constitución permite y la ley le ordena fallar bajo los principios de la verdad sabida y de la buena fe guardada los que le impiden revelar los motivos internos por los cuales decide. Ahora, en estas nuevas condiciones, también se exige que este tipo de decisiones sean motivadas razonablemente de modo que sienten o repitan, desarrollen un principio de razonabilidad jurídica o práctica.

No sobra advertir que estas transformaciones son bastante riesgosas y en veces traumáticas, mucho más, cuando en un sistema jurídico determinado de origen y orientación tradicional de apego a la ley, a la codificación y a los conceptos, se ponen en pleno funcionamiento todos los nuevos elementos constitucionales de carácter sustancial, orgánico y procesal, pero no se producen cambios profundos en su normatividad ordinaria y el resto del ordenamiento jurídico permanece incólume en su mayor parte, inclusive los servidores públicos de la rama judicial siguen siendo los mismos.

Al entrar en vigencia la nueva Constitución con sus innovaciones en cuanto a la estructura normativa y a sus principales instituciones judiciales, el esquema de la mayor parte de la normatividad ordinaria ha permanecido incólume, lo cual se agrava sobre manera ya que la formación tradicional de los jueces, funcionarios y empleados judiciales no facilita su incorporación a la disciplina

<sup>53</sup> Dentro de esta situación, un juez no podía fallar más allá del caso, salvo por excepción se admitía la elaboración *obiter dicta u obiter dictum*, esto impedía la creatividad, la elaboración conceptual. Ahora en las nuevas condiciones de riqueza de nuestra jurisprudencia va a ser muy grande.

de la interpretación de la Constitución con fines judiciales prácticos, ni en la de la argumentación judicial de carácter tópico, lógico o paralógico.

Por ello la nueva configuración de la parte dogmática de la Constitución, incluidos los valores, los principios constitucionales y desde luego, los derechos constitucionales fundamentales, sociales, económicos, culturales, colectivos y de grupo, legítima la incorporación a las estructuras de la rama judicial en un sistema en trance de evolución en favor de la justicia constitucional en concreto como sucede en nuestro sistema de organización de la rama judicial del poder público.

Dentro de este nuevo ámbito de competencias judiciales, como en el caso de la de tutela de los derechos constitucionales fundamentales, se logra mayor capacidad operativa de los jueces, hasta el punto de que en materia de los derechos inherentes a la persona humana, el artículo 94 de la Constitución nacional permite amparar los que no se hallen expresamente reconocidos en la Constitución y en la ley; entonces no se quiebra el principio de legalidad, lo que ocurre es que la legalidad o la constitucionalidad de la conducta de los jueces en materia de protección de estos derechos encuentra pleno fundamento que refuerza sus competencias y las amplía en razón de su objeto.

Entonces, no obstante el pleno vigor del principio de legalidad de las actuaciones de los poderes públicos, y desde luego las de los jueces, debe observarse que gracias a las nuevas competencias de la rama judicial y en especial a la incorporación constitucional de las acciones de tutela, de cumplimiento, de grupo, de clase, de responsabilidad civil objetiva por el daño causado a los derechos e intereses colectivos, se ha hecho posible la verdadera supremacía de la Constitución y la formación de un sistema más aproximado a las necesidades de justicia de la sociedad.

Como el artículo 6º de la Constitución establece que *“los servidores públicos son responsables ante las autoridades por infringir la constitución y las leyes y por omisión o extralimitación en ejercicio de sus funciones”*, se ha señalado que ninguno de los poderes públicos organizados dentro de un Estado de derecho pueden ser ejercidos por fuera de los límites señalados por la Constitución y las leyes, por ello, el deber de los jueces de tutelar o amparar los derechos de las personas no podría ir más allá de las definiciones constitucionales y legales, empero, esto no es así en un sentido mecánico sino apenas genérico porque a partir de la Carta de 1991 se estableció la capacidad de extensión de esos derechos al señalarse que *“La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”* (artículo 94. Cons-

titucional), pero esto no quiere decir que los jueces puedan actuar en ejercicio de sus competencias tan amplias, de rango constitucional, de modo arbitrario, discrecional o autoritario.

La función judicial en materia de protección y garantía de los derechos fundamentales es igual a cualquiera otra función judicial, es decir, es una función comprometida por los hechos del caso y resuelta dentro del ámbito preciso de la competencia que le atribuye la Constitución y la ley, pero supone las especificidades mencionadas y conduce a una nueva visión y práctica del papel del juez en la sociedad.

### 3. *Elementos orgánicos*

En el ordenamiento constitucional colombiano encontramos un cúmulo de regulaciones que sirven para hacer una descripción genérica de la estructura orgánica de la rama judicial dentro del concepto de que se ocupa esta ponencia; en efecto, al punto de la estructura orgánica de la rama judicial se refiere de modo general el artículo 116 de la Constitución.

Administran justicia la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Disciplinaria, la Fiscalía General de la Nación, los tribunales, los jueces, y la justicia penal militar.<sup>54</sup> También ejerce determinadas funciones judiciales el Congreso de la República cuando se trata del juicio político de los más altos dignatarios del Estado.

La Constitución también reconoce la existencia de jurisdicciones especiales como la de las autoridades de los pueblos indígenas, condicionada al ámbito territorial de asentamiento del pueblo indígena, y a los sujetos del asunto, pero fundada en sus propias normas y procedimientos sometidas a la misma superioridad de la Constitución y en coordinación con las mismas autoridades

54 El Constituyente colombiano atendiendo a los antecedentes históricos y recogiendo la experiencia judicial de la Corte Suprema de Justicia que en los últimos años había concluido que la justicia penal militar, no podía ser aplicada en ningún caso a los civiles, estableció en los artículos 216 a 223 la regulación constitucional del régimen de la fuerza pública en nuestro país, y en el artículo 221 las principales características de esta parte de la organización de la justicia precisando que ella no puede ocuparse sino de los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio, siempre dentro de las prescripciones del Código Penal Militar. Además, la Corte Constitucional advirtió que ni los jueces ni los tribunales militares pueden conocer de las acciones de tutela de los derechos constitucionales fundamentales y sentó el principio de absoluta limitación de dichos jueces al objeto de que deben ocuparse de modo exclusivo. En consecuencia quienes no sean militares en servicio activo no pueden ser juzgados por la justicia penal militar, y los militares no pueden ser juzgados por la jurisdicción penal militar sino por delitos cometidos en servicio activo y en relación con el servicio. La problemática judicial sobre la aplicación de estas reglas de rango constitucional es bastante amplia y realmente compleja en relación con las diferentes situaciones comprendidas dentro del término "servicio y en relación con él".

jurídicas nacionales. Esta es una modalidad de reconocimiento constitucional de la existencia de un régimen jurídico específico de relativa autonomía normativa de carácter paralegislativo, que se admite con fundamento en el ámbito territorial de aplicación y condicionado por los sujetos a quienes se dirige.

Bajo el concepto de jurisdicción especial también se permite la creación de *jueces de paz* para resolver en equidad conflictos individuales o comunitarios, inclusive estos pueden ser elegidos popularmente;<sup>55</sup> la Constitución no condiciona la actividad de dichos jueces a las leyes de la República y se advierte que sus decisiones están sometidas a reglas de equidad.

En general la Constitución también permite que determinadas autoridades administrativas, puedan ser revestidas de funciones judiciales; sin embargo, no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos, ni ejercer las competencias de la jurisdicción penal. Esta no puede ser atribuida en ningún caso a las autoridades administrativas.

e. Por último, la Constitución permite señalar los términos en que los particulares pueden ser llamados a administrar justicia en condición de conciliadores o de árbitros. Esto comporta la intención de desritualizar los conflictos, de desjudicializarlos, de establecer canales legales de resolución pacífica y armónica por los particulares. Estos procesos de conciliación y arbitraje deben seguirse de conformidad con la ley, pero la Constitución habilita a que en el fallo, la decisión se elabore conforme a la ley o a la equidad.

Además, la creación del órgano de autogobierno de la rama judicial conocido como Consejo Superior de la Judicatura, sala administrativa, con funciones de administración de la carrera judicial, de seleccionar a los candidatos para la designación de los funcionarios judiciales y de preparación y ejecución del presupuesto de la rama judicial. De igual manera a este organismo se le entregan funciones normativas de carácter residual y complementario de la ley y administración de los recursos económicos y de personal. En verdad se incorporan funciones de autogobierno que aseguran autonomía orgánica y funcional a los jueces y, principalmente garantiza su independencia interna.

De otra parte se incorpora en la nueva Constitución la figura de la Fiscalía General de la Nación como parte de la rama judicial y está integrada por el fiscal general y por los fiscales delegados.

La misma Constitución organiza por materias las jurisdicciones en Colombia y advierte que existen la jurisdicción ordinaria, la contencioso administra-

55 La noción de juez de paz tiene como fundamento la idea de bastas extensiones de territorios, de lugares en los que los niveles de civilización y culturización y sometimiento al Estado, son bastante bajos, en donde la presencia del sistema normativo es débil, y hace necesario atender a peculiaridades sociales, económicas, etcétera. Donde la presencia del sistema normativo es débil.

tiva, la constitucional, las especiales ya mencionadas; además de lo anterior se prevén de modo detallado las principales funciones de la Fiscalía, entre otras, en materia de investigación de los delitos y de acusación de los presuntos infractores.

La creación de una Corte Constitucional especializada en funciones de control concentrado de la constitucionalidad de las leyes y de los demás actos equiparables a ellas, incluyendo proyectos de ley y proyectos de tratados públicos, y de la realización en un nivel superior de la justicia constitucional en casos de la revisión eventual de las providencias judiciales relacionadas con la tutela específica y directa de los derechos constitucionales fundamentales y de las excusas relacionadas con las citaciones decretadas por las comisiones de instrucción previstas por el artículo 137 de la misma Constitución nacional; ahora bien, sin adentrarnos en el examen de la justificación que para ello se dio durante el desarrollo de las labores del Constituyente, y sin ocuparnos en la determinación precisa de las razones que indujeron a su creación entre nosotros, se tiene que en líneas generales y en el derecho comparado, aquel organismo corresponde a un tipo moderno de tribunal que ejerce la específica función de leer judicialmente la Constitución, y de resolver las más importantes controversias de carácter constitucional dentro de los ordenamientos jurídicos, y de pronunciarse definitivamente y de modo concentrado sobre ellas, vertiendo en la mayor parte de los casos, una decisión judicial, o una sentencia con fuerza de cosa juzgada que pone fin a la controversia constitucional o que debe ser incorporada a otra providencia que debe producirse por el juez de la causa que llega por vía de recurso o de cuestión prejudicial. Obsérvese que este tipo de tribunales parte de lo que se denomina el modelo de justicia constitucional concentrada, construido inicialmente a partir de los estudios de Kelsen sobre la Constitución austriaca de 1920.<sup>56</sup>

56 La experiencia colombiana sobre la parte dogmática de la Constitución de 1886, no incorporó los avances de la experiencia parlamentaria europea que surge después de las guerras mundiales para abolir la dictadura fascista y para contrarrestar los totalitarismos. En aquellos países se escriben las constituciones pluralistas, abiertas, democráticas y para garantizar la estabilidad del sistema frente a la pluralidad de partidos, como en el caso italiano y alemán. El sistema colombiano de la Constitución de 1991 se abre a múltiples tendencias, dentro de las cuales adquiere prestancia el pluralismo constitucional que es la concepción de la organización del Estado que parte de la base de que aquella parte de la Constitución debe ser abierta y programática, para que el conjunto de las distintas fuerzas políticas puedan desarrollarla a través de la ley, y se estima que debe existir una jurisdicción constitucional con competencia para interpretar y garantizar la supremacía de la Constitución, a fin de ponerle orden a las posibles y eventuales controversias que se puedan suscitar entre los distintos partidos y fuerzas que tienen representación en las cámaras, respecto al desarrollo de la Constitución; por tanto, la jurisdicción constitucional es atribuida de funciones de orientación política y normativa en algunos casos.

#### 4. *Los instrumentos procesales*

En la nueva Constitución se establecen varios instrumentos específicos de naturaleza judicial y algunos de carácter procesal, que tienen como función, permitir la protección tanto general como específica de los derechos e intereses constitucionales, tanto fundamentales como colectivos, de grupo; con ellos se logra la determinación de los contenidos y alcances, lo mismo que la precisión de sus relaciones y su expansión.

Además, en el capítulo cuarto del título II de la Constitución se establece un conjunto de principios, medios y de vías para dicha protección; en este sentido, en ese apartado no sólo se establecen las principales acciones para la protección y aplicación de los derechos, sino se incorporan reglas especiales que guían la actuación de los jueces y funcionarios judiciales, como el deber de actuar de conformidad con los principios de la buena fe y su presunción en las actuaciones de los particulares ante las autoridades públicas, la preeminencia de los derechos sobre las competencias administrativas de limitación a su ejercicio y la aplicabilidad inmediata de algunos derechos constitucionales fundamentales entre otros.

Las acciones previstas en la Constitución son: la acción de tutela, (artículo 86), la acción de cumplimiento de una ley o de un acto administrativo, las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad, y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente y la libre competencia económica, y las de responsabilidad por los daños ocasionados a un número plural de personas, inclusive por responsabilidad civil objetiva por el daño causado a los derechos e intereses colectivos.

De otra parte, el artículo 89 ya citado en esta ponencia en varias oportunidades señala, para efectos de ampliar las garantías judiciales en favor de los derechos individuales o de personas naturales o jurídicas, de la colectividad y de grupo, que la ley establecerá los demás recursos y acciones y procedimientos necesarios para que puedan propugnar por la integridad del orden jurídico y por la protección de los derechos individuales, de grupo o colectivos frente a la acción u omisión de las autoridades públicas. Esta es una cláusula abierta al desarrollo de la justicia y permite la ampliación de las garantías judiciales de conformidad con la tendencia de atribuir a los jueces un papel fundamental en la sociedad.

Por último, la Constitución establece en esta materia una cláusula que asegura la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños antijurídicos que le sean imputables por la acción o por la omisión de las autoridades públicas,

lo cual significa que el juez que examina las reclamaciones por dichos daños no puede eludir su deber de examinar todos los regímenes que sean aplicables so pretexto de falta de proposición jurídica completa y que también se puede desprender la responsabilidad del Estado por violación o desconocimiento de cualquiera disposición jurídica válida y eficaz para nuestro ordenamiento, como los derechos y garantías previstos en la Constitución, en el derecho internacional, o supranacional y aun en el derecho de las organizaciones ecuménicas a las que esté vinculado el Estado.

Por las importantes modificaciones introducidas por la nueva Constitución, ya no sólo existe un sistema de control de constitucionalidad de las leyes y de todos los actos jurídicos equiparables a la ley o con fuerza de ley por vía abstracta y directa ante un órgano especialmente competente para dicho fin, y de todos los actos administrativos generales o particulares y concretos por vía de la jurisdicción contencioso administrativa, dentro del modelo conocido entre nosotros como control integral de constitucionalidad, sino, además, se han incorporado instrumentos judiciales de protección específica de los varios grupos o tipos de derechos constitucionales, que podemos afirmar con certeza que hemos entrado en el esquema conocido como de la jurisdicción constitucional de la libertad.

Las principales herramientas de la justicia constitucional, previstas en la carta fundamental son la tutela o el amparo judicial de los derechos constitucionales fundamentales (artículo 86), el *habeas corpus* de rango constitucional (artículo 30 constitucional), el control judicial de constitucionalidad de las leyes, de los proyectos de ley estatutaria, de los proyectos de referéndum o plebiscito para la reforma de la Constitución y las demás acciones ya mencionadas que están previstas para asegurar la vigencia y supremacía de la Constitución.

En efecto, en el sistema anterior no podía hablarse de proceso constitucional sino apenas de procedimientos de control de constitucionalidad; ahora, a la luz de la nueva Constitución y de los elementos legales de regulación de la acción pública de inconstitucionalidad y de la de tutela, se configura la noción de proceso constitucional, porque la Corte debe comunicar al gobierno y al Congreso lo mismo que a los demás órganos de la administración que participaron en la expedición del acto, la iniciación del proceso para hacerlos parte de la actuación.

La Corte Constitucional ejerce funciones de control previo que se verifica sobre proyectos de acto normativo que todavía no se ha perfeccionado, como por ejemplo en las leyes estatutarias y las objeciones presidenciales a los proyectos de ley; también ejerce funciones de control preventivo sobre las

leyes aprobatorias de tratados internacionales antes de su perfeccionamiento; otro ejemplo del control previo es el del artículo 241, numeral 2 sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo para reformar la Constitución, pero sólo por vicios de procedimiento en su formación. También ejerce una modalidad de control automático que se verifica de manera preventiva, inmediata y forzada sobre los decretos de conmoción interior y del estado de emergencia, económica, social, ecológica; también cumple la función de unificación de jurisprudencia en materia de derechos fundamentales:

Por último, la centenaria institución de la acción pública de inexecutableidad, fue modificada y en su lugar se tiene un instrumento renovado de promoción de la justicia constitucional, denominado acción pública de inconstitucionalidad que permite a la Corte operar con dichos fines disponiendo de los efectos temporales de sus fallos; la Corte no está condicionada a producir fallos de inexecutableidad o de inexecutableidad hacia el futuro, y bien puede disponer que su decisión comprenda situaciones anteriores no resueltas o que favorezca la protección de los derechos constitucionales fundamentales desconocidos con ocasión de la aplicación de la ley contraria a la carta política. Además la Corte puede diferir los mismos efectos del fallo y condicionar su providencia a la ocurrencia de acontecimientos futuros o al paso del tiempo y con ello ejercer la justicia constitucional que se reclamaba de las instituciones colombianas.

Ahora, hace falta un remedio procesal, como el recurso extraordinario de constitucionalidad o la cuestión prejudicial, para asegurar la aplicación de la justicia constitucional en los asuntos ordinarios de competencia de los jueces, ya que en la Constitución no se previó ningún mecanismo que permita el acceso a la Corte Constitucional de las partes interesadas en los asuntos judiciales; en efecto, el *derecho viviente*, que es aquella expresión producto de las reflexiones ordinarias de los jueces sobre los casos concretos de controversia entre particulares, o entre particulares y la administración, y que presupone una interpretación de la Constitución y de las leyes conforme a ella, para efecto de producir la solución en un caso específico, no puede ser conocido en ningún caso por la Corte Constitucional, salvo la situación de vías de hecho de los jueces, en los que se admite, por vía de jurisprudencia de la Corte, la procedencia de la acción de tutela de los derechos constitucionales fundamentales.