

## LOS PRIMEROS DIEZ AÑOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

Néstor Iván OSUNA PATIÑO

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Los antecedentes del control de constitucionalidad en Colombia y la creación de la Corte Constitucional*. III. *Estructura y funcionamiento de la Corte Constitucional*. IV. *La Corte ante el control abstracto de constitucionalidad*. V. *La Corte Constitucional ante la acción de tutela*.

### I. INTRODUCCIÓN

Luego de más de cien años de vigencia del anterior ordenamiento constitucional, expedido en 1886 (aunque reformado en diversas ocasiones), Colombia se dio en 1991 una nueva Constitución, que definió al Estado como social y democrático de derecho, organizado en forma de República unitaria-descentralizada. Para el derecho constitucional y la vida política colombianas, la expedición de la Constitución de hace diez años significó un auténtico *giro copernicano* en su evolución política y jurídica, como quiera que de un ordenamiento de talante autoritario, centralista y confesional como el de 1886, se pasó a una Constitución cuyo centro de gravedad se encuentra en la participación democrática pluralista y en la reafirmación de los derechos fundamentales. La fuerza normativa atribuida de manera expresa a la Constitución y su aplicabilidad directa en casos concretos, han sido, también, importantes contribuciones de la Constitución a la dinámica jurídica colombiana de estos años.

Desde una perspectiva externa a la nacional, sin embargo, la Constitución colombiana no presenta tal grado de novedad, pues en verdad recoge las tendencias contemporáneas del derecho constitucional, nutrida de aportes tanto del constitucionalismo europeo de los últimos cincuenta años como de la tradición norteamericana en materia de derechos fun-

damentales, sin dejar de lado, por supuesto, las especificidades propias de la experiencia interna, así como ciertos rasgos ya característicos del constitucionalismo latinoamericano.

En tal orden de ideas puede afirmarse, siguiendo la afortunada fórmula de Häberle, que esta Constitución inscribió a Colombia en la *familia internacional del Estado constitucional*,<sup>1</sup> pues adoptó los valores y principios que forman el acervo del constitucionalismo, y que a la vez, el texto colombiano ha tenido influencia como Constitución de vanguardia en su entorno geográfico y cultural.

La génesis de la Constitución estuvo enmarcada por una grave crisis política y social, agudizada por diversos factores de desestabilización institucional, entre ellos el alto índice de violencia derivado del infame fenómeno que en el escenario colombiano ha tenido lugar con ocasión del comercio internacional de estupefacientes, la persistencia de grupos armados de extremas izquierda y derecha en confrontación, y la precaria legitimidad democrática del sistema, el cual en la práctica excluía del juego político a los grupos diferentes de los dos partidos políticos tradicionales, liberal y conservador, en coalición gobernante desde 1958.

La Constitución de 1991 vino a ser así en su momento de gestación, una réplica al estado de cosas existente. Fue elaborada, por vez primera en Colombia, por una asamblea constituyente de origen democrático directo, en la cual tuvieron asiento representantes de diversos movimientos y partidos políticos, entre ellos los de varios grupos guerrilleros que se reincorporaron a la vida civil justamente con ocasión de este proceso.

Los diez primeros años de vigencia de la Constitución permiten apreciar, en general, avances significativos en la limitación de los poderes públicos y privados, en la protección judicial de los derechos de los ciudadanos frente a las autoridades, en la lucha contra la corrupción y la arbitrariedad y en el fortalecimiento de la vocación civilista de los colombianos, a pesar de las pavorosas circunstancias políticas y económicas que se han vivido en este tiempo. El balance, sin embargo, es menos elocuente en relación con los avances en materia de participación

<sup>1</sup> Véase Häberle, Peter, “El concepto de los derechos fundamentales”, en Sauca, José Ma. (ed.), *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, Madrid, Universidad Carlos III, 1994, Colección Monografías, núm. 6, p. 84. Igualmente, véase su ponencia en la obra colectiva coordinada por López Pina, Antonio, *La garantía constitucional de los derechos fundamentales: Alemania, España, Francia e Italia*, Madrid, Civitas-Universidad Complutense, 1991, pp. 260-267.

popular y fortalecimiento de la democracia, y desafortunadamente nada alentador en la solución del conflicto armado interno que persiste en Colombia y que carcome la vida institucional y los anhelos de prosperidad y dignidad de los colombianos.

## II. LOS ANTECEDENTES DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN COLOMBIA Y LA CREACIÓN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Colombia tiene una dilatada trayectoria en materia de justicia constitucional, en un sistema que de antaño conjuga ingredientes tanto del modelo estadounidense como del europeo continental. La acción pública (popular) de inconstitucionalidad es una figura de creación propia, en una compleja combinación que si bien desborda los esquemas usuales de clasificación de los sistemas de justicia constitucional, en términos generales es comprendida y manejada con familiaridad por los juristas colombianos, que la consideran y valoran como un componente básico del patrimonio jurídico nacional.

Ya desde la primera Constitución que se expidió en una parte del territorio de lo que hoy es Colombia (la Constitución de Cundinamarca de 1811), se establecieron mecanismos básicos de justicia constitucional, tales como el control judicial de su supremacía y la protección judicial de los derechos fundamentales, además de una acción popular de inconstitucionalidad.<sup>2</sup> Las sucesivas Constituciones de la primera República (1810-1816) contenían instituciones y técnicas similares. No dispongo de datos sobre el funcionamiento de las mismas, aunque dadas las precarias condiciones políticas de aquella época, es previsible que no hayan llegado a ser efectivas. Lo que interesa resaltar, con la panorámica de dos siglos, es el concepto de Constitución que se proclamaba en los albores de la independencia nacional: un concepto que se enmarcaba en

<sup>2</sup> El texto en cuestión disponía lo siguiente: “Habrà un Senado de censura y protección, compuesto de un presidente, que lo será el vicepresidente de la Representación Nacional, y cuatro miembros, para sostener esta Constitución y los derechos del pueblo, a fin de que de oficio o requerido por cualquier ciudadano, reclame cualquiera infracción o usurpación de todos o cada uno de los tres poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial que sea contra el tenor de la Constitución” (artículo 9o. del título I). Sobre este precepto y su influencia en el constitucionalismo colombiano véase, Restrepo Piedrahita, Carlos, *Tres ideas constitucionales: supremacía de la Constitución, Corte Constitucional, el Ombudsman*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1978, pp. 15-20.

la mejor tradición del movimiento constitucionalista liberal y que además contenía la intrepidez de otorgar a los ciudadanos un mecanismo directo para garantizar la supremacía constitucional. Comparado el sistema actual de justicia constitucional colombiana con este precepto de 1811, podría afirmarse que la evolución ha sido hacia la afirmación y consolidación de unas instituciones que desde la génesis del Estado entraron a formar parte de las instituciones nacionales. Sin embargo, el proceso no ha sido así de lineal.

El constitucionalismo de la primera mitad del siglo XIX osciló entre los principios de supremacía constitucional y de soberanía parlamentaria. Las Constituciones de la época (1821, 1830, 1832, 1843) contenían expresiones que permiten inducir su carácter superior pero carecían de mecanismos de control constitucional de la legislación. Por lo demás, guardaban silencio sobre el valor jurídico de las declaraciones de derechos.<sup>3</sup>

Con el advenimiento del federalismo y de la primera República liberal (1852-1885) se aprecia un avance en la línea de garantizar la supremacía de la Constitución, aunque con respeto de la doctrina de la soberanía parlamentaria. Así, las Constituciones de 1858 y 1863 permitían a la Corte Suprema de Justicia suspender los actos de las legislaturas de los estados federados, por motivos de inconstitucionalidad, remitiendo el asunto para su decisión definitiva al Senado federal. La Constitución de 1863 (que tuvo vigencia por veintidós años) estableció, además, acción popular para el efecto. Las leyes federales, sin embargo, no estaban en principio sujetas a control de constitucionalidad.

No obstante, la Constitución de 1863 contenía un mecanismo de control que permitía romper el principio de soberanía parlamentaria cuando éste se enfrentase con otros principios de mayor valor constitucional, como eran los derechos de los ciudadanos y las competencias de los entes territoriales. Este mecanismo consistía en que con el voto favorable de la mayoría de las legislaturas de los estados federados podía anularse una ley federal, o un acto del Poder Ejecutivo de la federación, que violara cualquiera de los derechos proclamados en la Constitución, o que cons-

<sup>3</sup> Para apreciar una panorámica completa de la evolución constitucional colombiana véase Uribe Vargas, Diego, *Evolución política y constitucional de Colombia*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, Agencia Española de Cooperación Internacional, 1996. Los textos de las respectivas Constituciones pueden consultarse en Restrepo Piedrahita, Carlos (comp.), *Constituciones políticas nacionales de Colombia*, 2a. ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1995.

tituyera un ataque a la soberanía de los estados. El constitucionalismo de esta época se inclinó, como puede apreciarse, por un sistema objetivo de control de la supremacía constitucional.

El periodo histórico siguiente, de reacción conservadora, denominado “La Regeneración” (1886-1910) vendría a ser el único lapso en la historia colombiana en el que la Constitución perdió formalmente su valor jurídico y su supremacía.

En el año de 1910 se restablecieron estos principios y se diseñó un nuevo mecanismo de justicia constitucional, que permitía la declaración general de inconstitucionalidad de las leyes por parte de la Corte Suprema de Justicia, con acción pública para el efecto, además de permitir la inaplicación, en cualquier caso concreto, de toda ley o norma infraconstitucional que se considerara contraria a la Constitución.<sup>4</sup> El sistema puede parecer disfuncional pero era, a mi parecer, una solución vernácula adecuada al carácter mestizo del constitucionalismo colombiano. En efecto, el ordenamiento colombiano desconoce instituciones típicas de la familia jurídica anglosajona, tales como el principio de *stare decisis*, que resulta medular para el funcionamiento de un modelo difuso de justicia constitucional. El modelo estadounidense de *judicial review*, que era conocido por los constituyentes de 1910, resultaba así insuficiente para garantizar la supremacía constitucional, como quiera que para el ordenamiento y la tradición jurídica colombianos, las sentencias judiciales no tenían efectos más allá del caso particular en que habían sido proferidas. Pocos años más adelante, el genial jurista austriaco Hans Kelsen, ante unas coordenadas jurídicas un tanto semejantes, diseñaría el modelo concentrado de justicia constitucional, que luego se consolidó en Europa continental. El constituyente colombiano de 1910, con las herramientas que tenía a mano, creó por su parte un proceso que permitía la declaración general de inconstitucionalidad de las leyes con efectos *erga omnes*, y lo atribuyó a la Corte Suprema de Justicia, órgano de máxima

4 Los preceptos en cuestión disponían lo siguiente: “Artículo 40. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales”. “Artículo 41. A la Corte Suprema de Justicia se le confía la guarda de la integridad de la Constitución. En consecuencia, además de las facultades que le confieren ésta y las leyes, tendrá la siguiente: decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los Actos Legislativos que sean objetados como inconstitucionales por el gobierno, o sobre todas las leyes o decretos acusados ante ella por cualquier ciudadano como inconstitucionales, previa audiencia del procurador general de la Nación”.

jerarquía dentro del poder judicial. Se conseguía así un efecto análogo al que en virtud del *stare decisis* tienen las sentencias de la Corte Suprema estadounidense. Pero para asegurar la inviolabilidad de la Constitución en todos los casos, se adoptó también un sistema difuso que permitía inaplicar las leyes consideradas inconstitucionales con efectos restringidos al caso concreto.

Este sistema estuvo vigente, con algunos retoques, hasta la entrada en vigencia de la Constitución de 1991. El más notable de tales reajustes tuvo lugar mediante la reforma constitucional de 1968, ocasión en la que si bien se descartó la creación de una Corte Constitucional, tal como se había propuesto y aprobado en la primera vuelta parlamentaria, se creó una sala constitucional al interior de la Corte Suprema de Justicia, la cual sustanciaba las demandas de inconstitucionalidad y presentaba los proyectos de sentencias ante el pleno del organismo judicial, para su estudio y decisión.

El balance de lo que fueron aquellos ochenta años de control constitucional atribuido a la Corte Suprema de Justicia presenta claros y oscuros,<sup>5</sup> épocas de franco desinterés de la Corte Suprema por garantizar la supremacía constitucional frente a otros de cierto activismo judicial y de mayor ahínco en el ejercicio de la atribución. Con carácter general puede afirmarse que si bien el control abstracto de constitucionalidad de las leyes y decretos con fuerza de ley se aclimató y decantó, y alcanzó relieve en materias como la limitación de facultades presidenciales en épocas de emergencia económica, o la prohibición de juzgar a los civiles por tribunales militares en vigencia del estado de sitio, también debe recordarse la tenaz oposición de la Corte Suprema a la reforma de la propia Constitución, y un resultado desoladoramente pobre en relación con la protección y defensa judicial de los derechos consagrados en la Constitución.

Ahora bien, por lo menos desde el año de 1957 se trató ya de manera oficial la posibilidad de crear una Corte Constitucional en Colombia.<sup>6</sup> En aquel año, una Comisión de Reajuste Institucional analizó la posi-

<sup>5</sup> Para un análisis sobre la jurisprudencia constitucional colombiana durante la vigencia de la Constitución de 1886, véase Dueñas Ruiz, O., *Control constitucional: análisis de un siglo de jurisprudencia*, 2a. ed., Bogotá, Librería del Profesional, 1997.

<sup>6</sup> He extraído los datos sobre los proyectos para crear una Corte Constitucional en Colombia, desde 1957 hasta 1977, de Restrepo Piedrahita, Carlos, *op. cit.*, nota 2, pp. 95-129.

bilidad de crear una Corte Constitucional, separada de la Suprema de Justicia, con la intención de solucionar así el problema de falta de especialización en derecho constitucional de que adolecían los jueces competentes para decidir las demandas de inconstitucionalidad. Ello, sin embargo, no llegó a proponerse como proyecto normativo. Al año siguiente (1958), un parlamentario, a título individual, presentó ante la Cámara de Representantes un proyecto de reforma constitucional que creaba una “Corte de Control Constitucional”, sin que la iniciativa alcanzara éxito ni notoriedad.

El primer intento relevante de crear una Corte Constitucional tuvo así lugar en la segunda mitad de los años sesenta. En 1966, el gobierno nacional presentó un ambicioso proyecto de reforma constitucional que incluía en su articulado la creación de un sistema concentrado de justicia constitucional, de inspiración kelseniana, con una Corte Constitucional. En primera vuelta el proyecto fue aprobado por el Congreso de la República, pero en la segunda se dio marcha atrás, en parte por presiones provenientes de la Corte Suprema de Justicia, y se mantuvo el sistema hasta entonces vigente, con la creación de la “sala constitucional” a la que atrás se ha aludido. Entre las razones que adujo el constituyente para descartar la innovación se anotó la de considerar el modelo concentrado como “contrario a la tradición jurídica colombiana”, por oposición al régimen entonces vigente, que según se lee en la ponencia para primer debate en el Senado de la República (legislatura de 1968), “conoce bien el país, ofrece la originalidad que la ha hecho apreciable ante extraños, en general ha dado resultados satisfactorios, mientras que la nueva propuesta no ha sido madurada suficientemente ni en los medios políticos ni en los académicos”.

De nuevo, entre 1975 y 1977, se intentó crear un sistema concentrado de jurisdicción constitucional, con Corte Constitucional. El gobierno de entonces prefirió presentar ante el Congreso de la República un proyecto de reforma constitucional que autorizaba la convocatoria de una asamblea constituyente para que este órgano reformara la Constitución en materia de administración de justicia y de ordenamiento territorial. En el temario preparado por el gobierno nacional se aludía expresamente a la creación de una Corte Constitucional. El Congreso aprobó la convocatoria de la asamblea constituyente, pero la Corte Suprema la declaró inconstitucio-

nal, bajo el argumento de que sólo el Congreso de la República podía introducir modificaciones a la Constitución.

Precisamente en el año 1977, los participantes en el II Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional (el mismo evento cuya séptima versión tiene lugar ahora), manifestaron lo siguiente en sus conclusiones sobre la jurisdicción constitucional en Iberoamérica:

9o. Que la especificidad y complejidad de interpretación de las normas constitucionales requiere un órgano compuesto por juristas técnicamente capacitados y con especial disposición moral, intelectual y científica para comprender y dar contenido al sistema de valores y principios que inspiran los sistemas constitucionales democráticos. En este sentido, el caso de Colombia —donde se ha celebrado el Coloquio— ofrece la posibilidad más inmediata para la creación en América Latina de una jurisdicción constitucional especializada y efectiva, es decir, con una Corte o Tribunal diferenciado de la Corte de Casación y del Consejo de Estado, dadas las circunstancias positivas que han configurado su ya larga evolución constitucional.

El último intento fallido de creación de la Corte Constitucional en Colombia tuvo lugar en el año 1988. El gobierno nacional presentó ante el parlamento un extenso proyecto de reforma constitucional que actualizaba el texto vigente, en general, y que diseñaba un sistema concentrado de control de constitucionalidad con Corte Constitucional. En el curso del trámite parlamentario se negó esta modificación, y finalmente la reforma entera naufragó en unos azarosos debates parlamentarios que la opinión pública aún recuerda, porque en ellos se hizo visible la capacidad de influencia en la política de las mafias del narcotráfico, que pretendían que se incluyera en la Constitución la prohibición de extradición de nacionales. Ante la inminente probabilidad de que ello fuera aprobado, el gobierno optó por sacrificar todo el proyecto de reforma constitucional que había elaborado, presentado e impulsado durante dos años ante el órgano legislativo.

Así pues, cuando en 1991 se presentaron ante la Asamblea Constituyente varias propuestas de creación de una Corte Constitucional, la idea ya estaba aclimatada, había sido estudiada y madurada en círculos políticos, jurídicos y académicos, de modo que su aprobación, que acaeció sin que éste fuera uno de los aspectos más debatidos de la nueva Constitución, no puede considerarse en ningún caso fruto del azar ni de la

improvisación,<sup>7</sup> pues como puede apreciarse, sobre la atmósfera jurídica colombiana gravitaba desde hacía más de treinta años la idea de una Corte Constitucional.

De entrada debe anotarse, eso sí, que lo que en 1991 se aprobó no fue un sistema concentrado de control constitucional, de tipo europeo, ni tampoco un tribunal integrado en exclusiva por expertos en derecho constitucional, sino que sobre el sistema ya decantado de justicia constitucional mestiza colombiana, se creó un nuevo órgano, la Corte Constitucional, separado de la Corte de casación, pero compuesto por juristas de diversas especialidades, encargado de declarar la inconstitucionalidad de las leyes, órgano al cual se le confirió además la atribución de actuar como tribunal supremo de los derechos fundamentales, mediante una figura inspirada tanto en el amparo de tipo alemán y español, como en el *habeas corpus* y en el *certiorari* norteamericano, que se denominó *acción de tutela*, y que se convertiría, a poco andar, en la figura estelar del nuevo orden constitucional.<sup>8</sup>

Las coordenadas básicas del sistema de justicia constitucional colombiano vigente son, en tal orden de ideas: acción pública de inconstitucionalidad ante la Corte Constitucional contra las leyes y decretos con fuerza de ley, y ante la jurisdicción contencioso-administrativa contra los demás actos administrativos; posibilidad de inaplicar cualquier norma inconstitucional en casos concretos (control difuso), y acción de tutela para la protección de los derechos fundamentales, con posibilidad de revisión de las sentencias de instancia por la Corte Constitucional.<sup>9</sup>

<sup>7</sup> Los debates que tuvieron lugar en la Asamblea Constituyente pueden consultarse en las *Gacetas Constitucionales* núms. 36, 64, 72, 74, 75, 81, 82, 91, 95, 97, 102, 109, 134, y 143 de aquel año, que contienen la relación de los respectivos debates y ponencias. véase un resumen de los mismos en Tobo Rodríguez, Javier, *La Corte Constitucional y el control de constitucionalidad en Colombia*, 2a. ed., Bogotá, Temis, 1999, pp. 58-73.

<sup>8</sup> Sobre la acción de tutela véase Osuna Patiño, Néstor, *Tutela y amparo: derechos protegidos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998; Correa Henao, Néstor, *Derecho procesal de la acción de tutela*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2001.

<sup>9</sup> Con carácter general sobre el sistema de justicia constitucional colombiano, véase Charry Urueña, Juan Manuel, *Justicia constitucional: derecho comparado y colombiano*, Bogotá, Banco de la República, 1993, y Tobo Rodríguez, J., *op. cit.*, nota 7.

### III. ESTRUCTURA Y FUNCIONAMIENTO DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

La Corte Constitucional está integrada por nueve magistrados con periodos individuales de ocho años, sin posibilidad de reelección, elegidos por el Senado de la República de sendas ternas de candidatos enviadas a razón de tres por el presidente de la República, tres por la Corte Suprema de Justicia y tres por el Consejo de Estado.

El artículo transitorio 22 de la Constitución previó una primera integración provisional de la Corte con siete magistrados, designados dos por el presidente de la República, uno por la Corte Suprema, uno por el Consejo de Estado, uno por el procurador general de la nación, y los dos restantes por los propios magistrados designados, de ternas presentadas por el ejecutivo. El sentido de esta norma provisional era permitir la entrada en funciones de la Corte con antelación a la posesión del nuevo Congreso Nacional, respecto del cual la propia Constitución convocó a elecciones generales. La Corte así designada inició labores en febrero de 1992. Al cabo de un año tuvo lugar la elección definitiva de los magistrados de la Corte Constitucional en el Senado de la República, en número de nueve. De los siete magistrados de la Corte provisional inicial, cuatro fueron también elegidos en la que vino a ser llamada la “segunda Corte”. La elección de la “tercera” generación de magistrados, al vencimiento de los ocho años del periodo, tuvo lugar a finales de 2000. No obstante, dos de los miembros de la “segunda corte” se habían retirado del cargo antes del vencimiento del periodo y habían sido reemplazados individualmente en su momento, con lo cual la última renovación vino a ser de siete de los nueve miembros del órgano.

Si esta dinámica continúa, puede preverse que dentro de algunos años se difumine la idea de generaciones de Cortes o de magistrados, y que de las elecciones en bloque se pase a una dinámica de reemplazos individuales, lo cual, además de morigerar el riesgo de cambios súbitos de jurisprudencia, podría fortalecer a la institución como tal, con independencia del protagonismo personal de sus miembros. Sería deseable que ello contribuyera también a la decantación de una jurisprudencia más institucional que “de autor”, pues en estos años inaugurales han sido evidentes las diferencias de criterios entre magistrados, que se han reflejado en numerosas sentencias, así como el diverso rigor meto-

dológico y hasta de algunas formas y usos lingüísticos de los fallos, que permiten identificar al autor pero pueden desorientar a los operadores jurídicos, pues no obedecen a pautas concertadas por la Corte, sino que incluso en algunas ocasiones, reflejan desavenencias internas o el anhelo del magistrado sustanciador por imprimir su sello personal en el fallo.

Ahora bien, si se detiene la atención en el resultado de estos años de funcionamiento de la Corte Constitucional, el primer dato relevante que salta a la vista es, sin duda, el elevadísimo número de sentencias que ha proferido el alto tribunal. Para noviembre de 2001, según cifras extraídas de los reportes jurisprudenciales elaborados por la propia Corte, se habían proferido algo más de ocho mil fallos,<sup>10</sup> de los cuales una tercera parte, aproximadamente, correspondía a demandas y procesos de inconstitucionalidad de leyes, y dos terceras partes a sentencias de tutela de derechos fundamentales. Si ello se combina con el número de magistrados y el personal que trabaja en la Corte, es menester reconocer el intenso ritmo de trabajo que allí se ha implantado, que probablemente contrasta con el de otros altos tribunales del país que, sin embargo, son notablemente más expeditos a la hora de lamentarse ante la opinión pública por la sobrecarga que los aqueja.

Además, se advierte que en la Corte Constitucional, por lo general, se cumplen los términos judiciales. La duración de un proceso de constitucionalidad es de alrededor de ocho meses, y uno de tutela, desde el momento en que el caso es seleccionado, tarda más o menos seis meses en ser decidido. Esto es ejemplar y, aunque parezca una cuestión menor, resulta de enorme importancia si se recuerda que detrás de cada caso hay ciudadanos que esperan pronta y cumplida justicia. La relativa rapidez de los procesos constitucionales, sin duda, es uno de los factores que mayor legitimidad le ha otorgado a la justicia constitucional en estos años.

Por otra parte, las sentencias de la Corte Constitucional son, con frecuencia, inusitadamente extensas si se las compara con las de la jurisdicción ordinaria. Ello pudiera tenerse también como un dato irrelevante pero no deja de tener efectos que merecen ser anotados. Así por una

<sup>10</sup> Según una cuenta personal que he hecho a partir de las estadísticas de la Corte y de las sentencias de cada año, que pueden consultarse en la página de internet “www.ramajudicial.gov.co”, a 30 de noviembre de 2001 la Corte Constitucional había proferido 8,126 fallos. De ellos, 2,583, que corresponden al 31.7%, decidían procesos de constitucionalidad en abstracto, y 5,543, correspondientes al 68.2%, eran sentencias de tutela de derechos fundamentales. Estos datos admiten un pequeño margen de error.

parte, se aprecia el propósito de la Corte de motivar *in extenso* sus decisiones, de modo que los operadores jurídicos puedan conocer a cabalidad el proceso de argumentación jurídica que sustenta el fallo. Se constata, asimismo, el empeño de la Corte por disminuir el riesgo de arbitrariedad de sus propias decisiones, a la vez que debe admitirse que el detalle con que se redacta cada sentencia ha contribuido a que se inicie la construcción de una dinámica de jurisprudencia constitucional por precedentes, que era ajena al mundo jurídico colombiano. Es así como ha surgido una práctica usual de los abogados en sus memoriales y de los jueces en sus autos y sentencias, consistente en citar y transcribir extractos jurisprudenciales de la Corte Constitucional, que se proponen como precedentes y a partir de los cuales se sustentan las respectivas pretensiones o decisiones.

Por contrapartida, la extensión de los fallos ha ocasionado dificultades para que la propia jurisprudencia sea suficientemente conocida por los operadores jurídicos, y asimismo, en algunas ocasiones, hace incurrir en contradicciones a la Corte, o bien, logra confundir, más que convencer, por la variedad de *obiter dicta* con una relación apenas remota con el caso bajo análisis, lo cual tiene nocivas consecuencias de diverso orden, en especial si se tiene en cuenta el aludido auge de la jurisprudencia constitucional como fuente de derecho por precedentes.

Ahora bien, por cuanto hace a la *acomodación* de la Corte Constitucional en el conjunto de las autoridades, como una institución nueva pero con poder supremo sobre el derecho, se tiene que el organismo ha conquistado una notable legitimidad popular, y goza también del respeto general por parte de las demás autoridades, que acatan sus fallos aunque con ellos se vean frustrados planes de gobierno o políticas públicas, o a pesar de profundas divergencias ideológicas, políticas, o sobre la concepción del derecho. Ello se ha hecho patente en sentencias que han generado agudas controversias, como la que declaró inconstitucional la penalización del consumo y porte de dosis personales de algunas drogas, la que decidió sobre la constitucionalidad de la norma que penalizaba la eutanasia, las que obligaron al Congreso de la República y a las entidades financieras a diseñar un nuevo sistema de créditos hipotecarios para la adquisición de vivienda, o las que salvaron a un bloque parlamentario de ser juzgado penalmente en razón del sentido del voto que habían

emitido con ocasión de una investigación contra el entonces presidente de la República.

La Corte Constitucional se ha ubicado así en el centro de intensas discusiones públicas y ha recibido alabanzas y censuras de modo casi permanente a lo largo de estos diez años. Esa controversia sin pausa, aunque en ocasiones se torna acerba, es sana para las instituciones colombianas, ha abierto para la opinión pública temas que se mantenían reservados a los amos del dinero, la moral o la política, ha operado como límite a la propia Corte y ha robustecido, en especial, la vieja idea de que el derecho es un sistema que puede ser construido por la sociedad, para resolver sus conflictos de modo pacífico.

A manera de síntesis, es necesario afirmar que la Corte Constitucional ha sido en su década inaugural el principal escenario de activismo judicial de los tiempos recientes de la vida jurídica colombiana, con las consecuencias, positivas y negativas, que ese protagonismo suele acarrear. Su papel como intérprete supremo de los derechos fundamentales y su jurisprudencia de sino garantista han sido, acaso más que los notorios fallos mencionados, la clave de su aceptación y prestigio.

#### IV. LA CORTE ANTE EL CONTROL ABSTRACTO DE CONSTITUCIONALIDAD

Las atribuciones de la Corte Constitucional en relación con el control abstracto de constitucionalidad se ejercen a partir de dos mecanismos principales: las demandas presentadas por ciudadanos, y el control de oficio sobre algunas leyes y decretos con fuerza de ley. El control oficioso, a su vez, es previo en unos casos y posterior en otros. Todas estas decisiones se toman por el pleno del organismo. Un cuadro general del marco de competencias del alto tribunal en esta materia puede presentarse así:

1) La Corte decide sobre las demandas de inconstitucionalidad que presente cualquier ciudadano contra las leyes o decretos con fuerza de ley, ya sea por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación. En este último evento, la acción caduca al año de publicada la norma.

2) La Corte revisa de oficio la constitucionalidad de los decretos expedidos por el gobierno nacional en cualquiera de los estados de excep-

ción (guerra exterior, conmoción interior, emergencia económica, ecológica o social). En estos procesos puede intervenir cualquier ciudadano.

3) Con antelación a su entrada en vigencia, la Corte se pronuncia de oficio sobre la constitucionalidad de las leyes denominadas “estatutarias”, es decir, aquellas que versan sobre derechos fundamentales y garantías, partidos políticos, mecanismos de participación democrática, administración de justicia y estados de excepción. En estos procesos también puede intervenir cualquier ciudadano.

4) Cuando el gobierno nacional ha objetado un proyecto de ley aprobado por el Congreso, por considerarlo inconstitucional, y el órgano parlamentario ha insistido en su aprobación, la Corte Constitucional decide en definitiva, y de oficio, si el proyecto es constitucional o no.

5) Además del control sobre la legislación interna, la Corte, de oficio, revisa la constitucionalidad de los tratados internacionales que haya celebrado el gobierno nacional y aprobado el Congreso de la República, con antelación a su ratificación y respectivo canje de notas. Si la Corte declara la inconstitucionalidad del tratado, no es posible su ratificación por el Estado colombiano.

6) La Corte tiene atribución, también, para decidir sobre la constitucionalidad de las reformas constitucionales aprobadas por el Congreso de la República, por vicios de procedimiento en su formación, previa demanda de algún ciudadano. Asimismo, en los casos de convocatoria a referéndum o de asamblea constituyente para reformar la Constitución, la Corte controla de oficio, con antelación al pronunciamiento popular, la constitucionalidad de la convocatoria. No ha ocurrido, hasta el momento actual, ninguna convocatoria de este tipo. No obstante, la Corte si ha fallado tres demandas interpuestas contra pequeñas enmiendas a la Constitución introducidas por el parlamento a lo largo de estos diez años, sin que ninguna de ellas haya prosperado.<sup>11</sup>

7) Por último, la Corte controla la constitucionalidad de los referendos, consultas populares y plebiscitos del orden nacional. Tampoco han tenido lugar eventos de este tipo desde la entrada en vigencia de la Constitución.

Para hacer un balance de la actividad de la Corte en ejercicio de estas atribuciones, es conveniente servirse de los siguientes datos: desde su entrada en funcionamiento hasta finales del año 2001, la Corte profirió

11 Véase Sentencias C-222/1997, C-387/1997 y C-543/1998.

alrededor de 2,600 sentencias de constitucionalidad. Una cifra cercana al 90% de ellas, a consecuencia de acciones de inconstitucionalidad presentadas por ciudadanos. Las sentencias fruto de control oficioso abarcan alrededor del 10% restante.

En relación con estas últimas, se advierte que la mayoría de ellas (alrededor de 215) se refieren a la constitucionalidad de tratados internacionales pendientes de ratificación y canje de notas, una cuarentena a decretos proferidos en estados de excepción, y apenas cuatro a leyes estatutarias, como quiera que sólo se ha expedido ese número de leyes de tal tipo desde la entrada en vigencia de la Constitución. Para abundar en el análisis del desempeño de la Corte en sus atribuciones de control de oficio, es menester hacer una distinción entre los tipos de norma controlados, pues la intensidad del control y el talante de la Corte ha sido distinto en cada uno de los tipos enunciados.

Así, una breve incursión selectiva en algunas sentencias de control sobre tratados internacionales, permite afirmar que, dado el contenido de la mayor parte de tales instrumentos jurídicos, que no tienen ninguna sospecha de inconstitucionalidad (piénsese por ejemplo en los recurrentes tratados de “intercambio y colaboración científica” entre países amigos, o en los numerosos tratados sobre detalles del comercio internacional), el control es laxo, sin mayor esfuerzo argumental, asumido como un trabajo más bien rutinario, y cuyo producto es una jurisprudencia que podría calificarse respetuosamente de intrascendente. Algunos pocos proyectos de tratados internacionales han sido objeto de un análisis más severo o de alguna innovación jurisprudencial, en razón de su temática relacionada con los derechos humanos, lo cual permitiría, de *lege ferenda*, hacer una diferenciación entre tratados que contengan normas sobre estos derechos y tratados de otro orden, con miras a descargar del control automático a aquellos que en principio no tienen relieve constitucional.

Otro tanto puede afirmarse en relación con el control previo y oficioso de los proyectos de leyes estatutarias. Las cuatro sentencias de que se dispone sobre la materia<sup>12</sup> sirven todas como ejemplos de fallos cuya desmedida extensión resulta inversamente proporcional a su densidad ju-

12 Véase Sentencias C-089/1994, C-179/1994, C-180/1994, y C-37/1996, que revisaron la constitucionalidad de las leyes 130 de 1994, sobre estatuto básico de los partidos políticos; 134 de 1994, sobre mecanismos de participación ciudadana; 137 de 1994, sobre estados de excepción y 270 de 1996, sobre administración de justicia.

rídica. El control en estos casos lo ha hecho la Corte a partir de una simple lectura exegética de los preceptos, sin advertir eventuales vicios de inconstitucionalidad, o solucionando algunos inexistentes, lo que la ha llevado en las cuatro ocasiones a retocar los textos de las leyes, suprimir algunos párrafos y palabras, imponer algunas interpretaciones, variar el alcance de algunos preceptos, introducir *obiter dicta* más o menos afortunados, es decir, ha llevado a la Corte a un desgaste innecesario y poco útil, pero con la consecuencia nociva consistente en que el efecto general de cosa juzgada que los fallos otorgan a las leyes estatutarias impide que ellas sean objeto de impugnación ciudadana. Se aprecia que la Corte, en estos procesos, se duele de la ausencia de cargos contra la ley, lo que la conduce a una jurisprudencia sin norte, a unas sentencias que parecen más querer explicar el sentido de la ley que evaluar su constitucionalidad.

Por el contrario, la Corte activa sus herramientas intelectuales cuando arriba un decreto de excepción proferido por el gobierno nacional. La jurisprudencia sobre los estados de conmoción interna y de emergencia económica, ecológica y social ha significado un notable avance en la limitación a los abusos de poder del ejecutivo, en la racionalización de la política y la economía, en la vigencia de los principios básicos del Estado de derecho y en la garantía de algunos derechos mínimos en épocas de calamidad. El primer paso en este sentido lo dio la Corte en una de sus sentencias inaugurales, mediante la cual revisó la constitucionalidad de una declaratoria de estado de emergencia económica, en el año 1992.<sup>13</sup> En aquella ocasión, la Corte realizó un análisis material de los motivos aducidos por el gobierno nacional para proceder del modo en que lo había hecho, es decir, verificó si se presentaban los hechos que el gobierno aducía como excepcionales y si ellos en verdad podían calificarse como generadores de una conmoción interior, y no se limitó a constatar el simple cumplimiento de las formalidades propias del decreto de declaratoria, tal como lo había hecho la Corte Suprema durante todos los años en los cuales tuvo esa atribución, en las cuales el control de constitucionalidad se constreñía, en verdad, a un simple cotejo de la estructura del texto normativo y de las firmas de los miembros del gobierno. Esta línea jurisprudencial del control material ha sido mantenida en todos los casos en los que el gobierno nacional ha acudido a estados

13 Véase Sentencia C-4/1992.

de excepción, lo cual ha acaecido en ocho ocasiones desde la entrada en vigencia de la Constitución, y ha permitido que en dos de ellas, una de conmoción interior y una de emergencia económica, la Corte haya declarado la inconstitucionalidad del modo de proceder del gobierno,<sup>14</sup> y en otra, haya modulado la constitucionalidad de la emergencia de tal modo que varió el sentido inicial con que el gobierno nacional pretendía afrontar una crisis del sistema financiero nacional.<sup>15</sup>

Asimismo, la Corte ha elaborado pautas metodológicas para el análisis tanto del decreto de declaratoria del estado de excepción como de las normas que lo desarrollan. Dichas pautas consisten en un análisis sobre la imprevisibilidad de los hechos sobrevenidos, su carácter catastrófico, la imposibilidad de darles solución con el uso de las atribuciones gubernamentales ordinarias, y la proporcionalidad entre la emergencia y las medidas adoptadas.

Ahora bien, por lo que se refiere a la labor de control a partir de demandas de inconstitucionalidad presentadas por ciudadanos, puede afirmarse que la Corte ha sido en términos generales prudente y respetuosa del legislador, aunque no ha vacilado en afirmar el carácter supremo de la Constitución frente a leyes que contraríen su texto, sus valores o los principios en que está fundado el Estado social y democrático de derecho, y, por supuesto, ha incurrido en algunas inconsistencias y ha proferido sentencias que han suscitado enorme controversia. Cabe resaltar que la Corte no se limita a declarar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas examinadas, sino que emplea con frecuencia la técnica de modular los efectos de los fallos o de manipular el texto normativo juzgado, de modo que profiere sentencias que declaran, por ejemplo, la inconstitucionalidad de una posible interpretación de la ley, o bien, alteran el texto normativo, mediante supresiones o adiciones, de modo que se superen así problemas de inconstitucionalidad que puede contener la ley, en especial por el potencial discriminatorio que puede derivarse cuando la regulación se considera incompleta.<sup>16</sup>

<sup>14</sup> Véase Sentencia C-122/1997.

<sup>15</sup> Véase Sentencia C-122/1999.

<sup>16</sup> Véase Lozano Villegas, Germán, *El valor normativo de las sentencias de la Corte Constitucional, con ocasión del control abstracto y su incidencia en el sistema de fuentes del derecho, el caso colombiano*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000; Solano González, Edgar, *Sentencias manipulativas e interpretativas y respeto a la democracia en Colombia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000.

Por último, se constata que no existe un método de interpretación constitucional que se haya consolidado por la jurisprudencia. La Corte acude en ocasiones a sistemas tradicionales, en otras hace uso de la interpretación de los valores constitucionales, o se sirve de pautas interpretativas de origen estadounidense como la concepción procedimental de la Constitución, o utiliza técnicas analíticas de ponderación más o menos cercanas a las propuestas por la doctrina y la jurisprudencia alemanas. Por supuesto, en ocasiones mezcla todo lo anterior.

## V. LA CORTE CONSTITUCIONAL ANTE LA ACCIÓN DE TUTELA

La acción de tutela consiste en un procedimiento judicial breve y sencillo, por medio del cual puede solicitarse la protección directa de los derechos fundamentales, ante su vulneración por parte de las autoridades, o de los particulares en determinados casos. Está consagrada en el artículo 86 de la Constitución,<sup>17</sup> fue desarrollada legislativamente mediante el decreto-ley 2591/1991, y ha sido fuente de un considerable acervo jurisprudencial de interpretación de los derechos fundamentales. Desde el momento de su puesta en funcionamiento, ha sido la figura que mayor dinámica ha impartido al nuevo orden constitucional, a la vez que ha

17 “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 aquél 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”.

resultado ser la herramienta que mayor legitimación popular ha otorgado a la Constitución.<sup>18</sup>

Sus principales características procesales, que vienen dadas desde la propia conformación constitucional, apuntan al fácil acceso, el antiformalismo, la prevalencia del derecho sustancial sobre las cuestiones de procedimiento, y enmarcan la acción dentro de la justicia constitucional, mediante un peculiar sistema de revisión de los fallos de instancia en la Corte Constitucional.

Así, toda persona que se sienta afectada en alguno de sus derechos fundamentales, puede acudir ante cualquier juez del lugar en que ocurra la violación, mediante petición escrita o verbal, sin necesidad de asesoría jurídica profesional, para que en un lapso no superior a diez días, luego de determinadas etapas procesales garantizadoras del derecho de defensa, dicho juez, mediante sentencia, proceda a tutelar el derecho vulnerado, si a ello ha lugar. El fallo es susceptible de apelación ante el respectivo jerárquico del *a-quo*. Todos los fallos definitivos se remiten de oficio a la Corte Constitucional, para que de entre ellos seleccione a su discreción algunos y los someta a revisión, con atribución para revocarlos, modificarlos o confirmarlos, y ordenar lo que considere conveniente para proteger el derecho fundamental, en el caso concreto.

No obstante la imposibilidad de los particulares de solicitar un pronunciamiento de la Corte en un determinado caso de tutela, la revisión de las sentencias en el alto Tribunal participa de una doble finalidad: de un lado, se trata de proteger derechos fundamentales cuya violación persiste a pesar del proceso de tutela. Del otro, es el instrumento por medio del cual la Corte asume su papel de juez e intérprete supremo de los derechos fundamentales. Tal como atrás se ha afirmado, alrededor del 70% de las sentencias de la Corte Constitucional se derivan de casos de tutela seleccionados por ella para su revisión, la cual tiene lugar en salas de tres magistrados, salvo que se trate de casos de especial relieve o de unificación de criterios jurisprudenciales, que se remiten al pleno del organismo.

<sup>18</sup> Véase Cepeda, José Manuel, “El derecho a la Constitución en Colombia, de la rebelión pacífica a la esperanza”, *Homenaje a Carlos Restrepo Piedrahíta. Simposio Internacional sobre Derecho del Estado*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1993, t. I, pp. 161-208; Alvis Pinzón, William, “La tutela en Colombia: hacia la vigencia de los derechos fundamentales”, *Revista Foro*, Bogotá, núm. 21, septiembre de 1993, pp. 28-43.

Descritas las anteriores coordenadas básicas, es menester afirmar que el ejercicio de la acción de tutela en estos diez años ha originado una “pequeña-gran” revolución jurídica en Colombia. El formalismo excesivo que inundaba la práctica judicial, los criterios tradicionales de interpretación del derecho, así como la minusvaloración de la llamada parte dogmática de la Constitución, han saltado en pedazos ante los fallos de tutela de los jueces ordinarios y de la Corte Constitucional. Su lugar lo ocupan hoy en día los principios de prevalencia del derecho sustancial sobre los procedimientos, de interpretación conforme a los derechos fundamentales y de eficacia directa de la Constitución.

Por lo demás, a diez años de vigencia de la Constitución, es posible afirmar que la acción de tutela goza de buena salud. Ha sido recibida por la ciudadanía como una importante conquista para la protección de sus derechos, y ha soportado arduas controversias, tanto sobre delimitación de fronteras entre las autoridades de la nueva Constitución, como sobre la vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones de sujeción especial, incluso entre particulares, controversias todas suscitadas con ocasión de importantes fallos de tutela proferidos por la Corte Constitucional.

La acción se ha mostrado eficaz para la protección de lo que podrían denominarse *microderechos de la cotidianidad*. Así, la obligatoriedad de dar pronta respuesta a las solicitudes de pensión de vejez o jubilación, la necesidad de ubicar de los vendedores ambulantes en determinados locales comerciales cuando se pretende recuperar el espacio público, los derechos de los estudiantes frente a las autoridades educativas, pública o privadas, el reconocimiento y protección de derechos de minorías étnicas, religiosas o sexuales, constituyen ejemplos de líneas jurisprudenciales de tutela que han centrado en la protección del ciudadano el objeto de la acción, y que comienzan ya a tener efectos pedagógicos, en el sentido de señalar prácticas de convivencia basadas en el respeto mutuo.

Sin embargo, la acción de tutela no ha resultado igualmente útil frente a la crónica situación deficitaria que en materia de derechos fundamentales padecen los colombianos, en relación con el conflicto armado interno y su progresiva degradación. El secuestro, la extorsión, los ataques armados contra la población civil inermes y los asesinatos con motivos políticos siguen en pleno furor. Los actores de este mundo de intolerancia

y barbarie comparten el escenario con la ciudadanía pero permanecen inmunes-impunes al derecho y a la Constitución.

Ahora bien, la dinámica de estos años de introducción de la figura han mostrado que, al igual que en prácticamente todos los países en los que se ha adoptado un proceso tipo amparo, la articulación entre las jurisdicciones tradicionales y la constitucional en materia de protección de los derechos fundamentales en Colombia ha sido traumática, o bien, ha originado arduas controversias, tanto por cuestiones propiamente jurídicas, como por el celo institucional de los diversos órganos judiciales en la delimitación de sus respectivas atribuciones y competencias. Sería ingenuo olvidar que se trata, también en esto, de delimitación de órbitas de poder y que cuando el poder está en juego, la tendencia natural es hacia la concentración y el abuso. Esa es, por cierto, la cruda realidad en la que opera el derecho constitucional.

La acción de tutela colombiana no ha sido la excepción. Los vaivenes jurisprudenciales en relación con la posibilidad de interponer acciones de tutela contra decisiones judiciales, han puesto de relieve que uno de los aspectos más delicados de la configuración de estas garantías judiciales consiste precisamente en su incardinación dentro del cuadro general de remedios procesales previstos por el ordenamiento, y asimismo, que el Estado-juez, destinado por principio a la protección de los derechos de los ciudadanos, muestra también una tenaz resistencia a la admisión de controles jurídicos a su actividad. La jurisprudencia de la Corte Constitucional admitió en un principio, sin restricciones, la posibilidad de impugnar sentencias judiciales mediante la acción de tutela. Con posterioridad, declaró la inconstitucionalidad de las normas legales que establecían el procedimiento para tales casos. Pero a partir de entonces, creó la línea jurisprudencial de la “vía de hecho judicial”, en virtud de la cual, si bien en principio no es posible impugnar en sede de tutela ningún pronunciamiento judicial, la acción si procede cuando el demandante demuestre que la decisión judicial impugnada contiene una vulneración grosera de un derecho fundamental. Lo que se entiende por “vía de hecho judicial” se ha venido construyendo de modo progresivo a lo largo de estos años. Para poner sólo un caso, se tiene que según recientes pronunciamientos de la Corte Constitucional, constituye vía de hecho apartarse de su jurisprudencia sin suficiente motivación, razón por la cual, si un juez no tiene en cuenta los precedentes jurisprudenciales

de aquella Corte, puede ver impugnada su sentencia mediante acción de tutela, por violación de los derechos al debido proceso y a la igualdad.<sup>19</sup>

Los desplantes entre magistrados de unas Cortes y otras, las quejas institucionales, las críticas mordaces, los propuestas auspiciadas por la de casación para eliminar o limitar a la Constitucional, forman ya parte recurrente de la agenda nacional. Pero, más que una simple *querrela de investiduras* entre órganos judiciales, las fricciones que durante los primeros años de vigencia de la Constitución se presentaron, y que aún se presentan, entre las jurisdicciones ordinarias y la constitucional, indican una tendencia al reacomodo general de la jurisdicción, con supremacía de la justicia constitucional.

Ello obedece principalmente al rango supralegal de los derechos fundamentales, a su efecto de irradiación sobre todos los ámbitos del derecho y a su particular potencialidad expansiva. Los derechos fundamentales contienen el principal factor de unidad del ordenamiento jurídico, lo que se refleja, en el ámbito de la administración de justicia, en una dinámica de convergencia encaminada hacia la unidad de la jurisdicción. Las tradicionales barreras entre jurisdicciones especializadas van siendo así superadas, y en el vértice jerárquico material de la jurisdicción se sitúa la Corte Constitucional, por su carácter de tribunal supremo del derecho común y supremo en que consisten los derechos fundamentales. El progresivo desarrollo y el carácter abierto y expansivo de estos derechos amplía a su vez las competencias de la jurisdicción constitucional de la libertad.

Por esta misma razón, la acción de tutela ha venido arrojando otro fruto, de enorme controversia, ya que afecta los propios cimientos de nuestro sistema jurídico, así como el reparto tradicional de funciones entre los poderes en un Estado constitucional y democrático. Se trata del lugar que ocupa la jurisprudencia entre las fuentes del derecho, o, en otros términos, de la creación judicial de derecho.<sup>20</sup>

<sup>19</sup> Sobre esta línea jurisprudencia, en general, véase Quinche Ramírez, Manuel Fernando, *Vías de hecho: acción de tutela contra providencias*, Bogotá, Editorial Huella de Ley, 2001.

<sup>20</sup> Al respecto véase López Medina, Diego, *El derecho de los jueces: obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*, Bogotá, Legis, Ediciones Uniandes, 2000; López, Henrik, "Precedente judicial en el Estado de derecho", *Revista Tutela, Acciones Populares y de Cumplimiento*, Bogotá, t. II, núm. 14, febrero de 2001.

En efecto, por definición, la actividad judicial en un sistema jurídico de filiación romano-germánica como el nuestro, está referida a la solución jurídica de casos concretos, sin que le corresponda, en principio, el diseño o puesta en práctica de políticas generales en ninguna rama del ordenamiento ni en ninguno de los ámbitos en que se desarrolla la vida social, funciones que corresponden al legislador y al ejecutivo. Por tanto, más allá de la consecuencia que deriva del hecho de que en virtud de los remedios procesales puede restablecerse, caso por caso, la plena efectividad del derecho, difícilmente encaja con la naturaleza de los procesos judiciales cualquier extensión de sus efectos más allá del cumplimiento obligatorio del fallo para las partes.

Pero dadas las funciones, naturaleza, jerarquía y relieve institucional la Corte Constitucional, así como la configuración de la acción de tutela como mecanismo de protección de los derechos fundamentales y ciertas peculiaridades de la vida institucional colombiana en estos años inaugurales del ordenamiento constitucional, las anteriores consideraciones se han visto desplazadas a un segundo plano, y la jurisprudencia de tutela ha asumido un rol protagónico en la delineación del régimen jurídico vigente de los derechos fundamentales.

En cuanto al órgano del que emana la jurisprudencia, es evidente que una jurisprudencia afincada y suficientemente conocida, emanada de un tribunal que se sitúa en la cúspide de la administración de justicia, está llamada a tener, con independencia del valor que los textos positivos otorguen a las respectivas sentencias, importantes efectos de armonización de los criterios judiciales en la interpretación del derecho, y asimismo, a impregnar la convivencia social con las pautas de conducta cívica allí establecidas, lo cual coloca a la institución que la elabora en un papel más cercano a la creación de derecho que a la mera aplicación del mismo. Por lo demás, la selección discrecional de los casos de tutela por parte de la Corte Constitucional es una formidable herramienta para producir una jurisprudencia que apunta mucho más a la mejora objetiva del régimen de los derechos fundamentales, es decir, a la creación de derecho, que a la protección subjetiva de los derechos de los ciudadanos involucrados en los litigios concretos.

A ello se suma que el *material jurídico* sobre el que versa la jurisprudencia de derechos fundamentales es de rango constitucional y viene expresado más en forma de principios y valores que en el de reglas,

con lo cual, quien lo interpreta lo “*concreta*”, asumiendo un papel más creador de derecho que de simple administrador *ciego* de las reglas preestablecidas, según la tradicional imagen de la justicia.

Por último, la crisis institucional generalizada de los años recientes, que ha arrinconado al Congreso de la República y a otras autoridades de origen directamente democrático a una simple *estrategia de supervivencia*, no ha permitido que la Constitución se desarrolle a cabalidad, como ella misma lo hubiera deseado, por medio de la participación ciudadana y de la ley. La jurisprudencia constitucional ha venido llenando ese vacío institucional, lo cual, también, la acerca más a la creación de derecho que a la tradicional función judicial.

Ante ello, cabe afirmar que si la variación en el sistema de fuentes se construye como efecto secundario de una jurisprudencia celosa de la protección subjetiva de los derechos en cada caso concreto, no cabe duda de que se presenta una articulación armónica entre la tutela de los derechos e intereses particulares y la protección objetiva del ordenamiento constitucional, que es, con seguridad, lo mejor que puede dar de sí un buen sistema de jurisdicción constitucional de la libertad. Si por el contrario, la función judicial otorga mayor importancia a la protección objetiva de los derechos fundamentales que a la subjetiva, es decir, centra su atención en la creación de reglas jurídicas más que en la solución de casos concretos, descuida la función que le es más propia y para la cual el ordenamiento no tiene previstas otras herramientas, como lo es la protección judicial de los particulares. La tendencia a la creación de derecho en la jurisprudencia de tutela entraña entonces un riesgo que, para evitarse, debe denunciarse: la mengua de la protección judicial subjetiva, en aras de la objetiva, acarrea para los ciudadanos un recorte cierto en sus garantías constitucionales.