

INSTITUCIONES JUDICIALES Y DEMOCRACIA

Reflexiones con ocasión del Bicentenario de la Independencia
y del Centenario del Acto Legislativo 3 de 1910

Consejo de Estado
Sala de Consulta y Servicio Civil

Instituciones Judiciales y Democracia
Reflexiones con ocasión del Bicentenario de la Independencia y
del Centenario del Acto Legislativo 3 de 1910

Coordinación General de la Edición

William Zambrano Cetina.

Consejero de Estado

Edición de textos

Ingrid Catherine Viasús Quintero.

María Fernanda Murillo Delgadillo

Edición Gráfica e impresión

Editorial Buena Semilla

Imagen portada

Juzgado parroquial (Bogotá)

Torres Méndez, Ramón

Aguatinta. 26 x 33 cm, color

Publicado en: Torres Méndez, Ramón

Álbum de cuadros de costumbres

París, A. De la Rue, 1860, p. 27

Bogotá, Colombia, septiembre de 2011

Publicación realizada con el apoyo de la Cooperación Regional Francesa para
los países Andinos, y la Embajada de Francia en Colombia

© Instituto Francés de Estudios Andinos, UMIFRE 17, CNRS-MAEE

Av. Arequipa 4595, Lima 18, Perú

Teléf.: (51 1) 447 60 70 Fax: (51 1) 445 76 50

E-mail: postmaster@ifea.org.pe

Pág. Web: <http://www.ifeanet.org>

Este volumen corresponde al tomo 289 de la Colección «Travaux de l'Institut
Français d'Études Andines» (ISSN 0768-424X)

ÍNDICE

PRESENTACIÓN

- Mauricio Fajardo Gómez, Presidente del Consejo de Estado, y Augusto Hernández Becerra, Presidente de la Sala de Consulta y Servicio Civil 9
- Acta de Independencia del 20 de julio de 1810 13
- Acto Legislativo Número 3 de 1910 23

INSTALACIÓN

- Intervención de Luis Fernando Álvarez Jaramillo. Magistrado de la Sala de Consulta y Servicio Civil, Presidente del Consejo de Estado 2010 41
- Intervención de Geneviève des Rivières. Embajadora de Canadá en Colombia. 44
- Intervención de Pablo Felipe Robledo Del Castillo. Viceministro de Justicia 46

LA PERSPECTIVA COMPARADA

Reflexiones en el mundo

- Jueces y Democracia. Bjarne Mølkevik. Profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad Laval. 57

- Democracia, sociedad política y el poder judicial en los Estados Unidos. Laurent Mayali. Profesor de la Universidad de California en Berkeley. Director del Programa de Estudios en Derecho Comparado. 73
- Jurisdicción y democracia. La experiencia Africana. Jean Du Bois De Gaudusson. Profesor de la Universidad Bordeaux IV. Director del CERDRADI. 85
- El carácter garantista de la función consultiva: su ejercicio en España. Vicente Garrido Mayol. Presidente del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana 96
- Los órganos consultivos y la calidad normativa. Tomás Font i Llovet. Presidente de la Comisión Jurídica Asesora de la Generalidad de Cataluña. 114

La experiencia latinoamericana y andina

- ¿Existe un nuevo Constitucionalismo Latinoamericano? Una visión sintética de las transformaciones constitucionales reciente en América Latina. Rodrigo Uprimny Yepes. Director de Dejusticia. Profesor de la Universidad Nacional. 135
- Reflexiones sobre el futuro de la administración de justicia en América Latina. Humberto Antonio Sierra Porto. Magistrado de la Corte Constitucional, Expresidente de la Corporación. 157
- La República Democrática en la Constitución Mexicana. Jorge Carpizo MacGregor. Director del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. 164
- El papel de la Jurisdicción Constitucional en la consolidación de la Democracia en Bolivia. José Antonio Rivera Santibáñez. Ex magistrado del Tribunal Constitucional de Bolivia. 196
- Justicia Constitucional y Democracia en el Ecuador. Edgar Zárate Zárate. Vicepresidente de la Corte Constitucional del Ecuador. 224
- La demolición de las instituciones judiciales y de destrucción de la democracia. La experiencia Venezolana. Allan Brewer-Carías. Profesor Emérito de la Universidad Central de Venezuela. 230

Ejercicios comparativos franco-colombianos

- Ejercicio franco-colombiano de ficción comparativa entre jurisprudencias constitucionales. O cómo el Consejo Constitucional francés habría juzgado el caso de la segunda reelección. Jean Erick Schoettl. Consejero de Estado de Francia. 257
- El Consejo de Estado Colombiano y el Consejo de Estado Francés, aproximaciones y diferencias. Andrés Rodríguez Gutiérrez. Profesor de la Universidad Santo Tomás. 268

LA EXPERIENCIA COLOMBIANA

La perspectiva histórica

- La Constitución de Cundinamarca de 1811 y el control de constitucionalidad en la perspectiva histórica. William Zambrano Cetina. Magistrado del Consejo de Estado. 295
- La importancia de la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos de Colombia (1863-1886) en la consolidación de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas nacionales. Hugo Andrés Arenas. Profesor de la Universidad del Rosario. 335
- La suspensión provisional en el derecho constitucional colombiano. Miguel Malagón Pinzón. Profesor de la Universidad de los Andes. 369
- Cien años del Acto Legislativo 03 de 1910. Augusto Hernández Becerra. Magistrado del Consejo de Estado. 384
- La reforma constitucional de 1910 y la Constitución de 1991: Dos trascendentes momentos constitucionales. Gerardo Arenas Monsalve. Magistrado del Consejo de Estado. 393
- El concepto de administración en la Ley 4 de 1913. Vigencia de una ley que no ha conocido el desuso. Oscar Eduardo Vargas Roza. Magistrado Auxiliar del Consejo de Estado. 411

El aporte del Consejo de Estado

- La función consultiva del Consejo de Estado y su papel institucional. Enrique José Arboleda Perdomo. Magistrado del Consejo de Estado. 423

- El control de constitucionalidad de los actos de la administración: El aporte de la jurisdicción contencioso administrativa a la defensa del principio de supremacía constitucional. Danilo Rojas Betancourth. Magistrado del Consejo Estado. 432
- La jurisprudencia del Consejo de Estado y su aporte a la consolidación de las instituciones. Gustavo Gómez Aranguren. Vicepresidente del Consejo de Estado. 460
- La jurisprudencia en materia de responsabilidad extracontractual del Estado y su aporte a la protección de los derechos fundamentales. Ruth Stella Correa Palacio. Magistrada del Consejo de Estado. 467
- El Consejo de Estado y Los principios de reserva de ley y Autonomía Fiscal y el Principio de Equidad en materia Tributaria. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas. Magistrado del Consejo de Estado. 480
- La jurisprudencia en materia electoral y su aporte a la democracia. Mauricio Torres Cuervo. Magistrado del Consejo de Estado. 488

La Constitución de 1991: reflexiones sobre sus instituciones

- Las instituciones de 1991, sus antecedentes y su legitimidad. José Gregorio Hernández Galindo. Expresidente de la Corte Constitucional. 501
- La Corte Constitucional colombiana, su sistema de control de constitucionalidad y las evoluciones jurisprudenciales recientes. Juan Carlos Henao Pérez. Presidente de la Corte Constitucional. 523
- Las instituciones judiciales en la constitución de 1991 y el fortalecimiento del principio democrático. Enrique Gil Botero. Magistrado del Consejo de Estado, Expresidente de la Corporación. 544
- Apuntes sobre la autonomía de la función electoral en Colombia. Alberto Yepes Barreiro. Magistrado del Consejo de Estado. 557

Las controversias actuales y el futuro

- Encrucijadas actuales del derecho. Fernando Hinestrosa. Rector de la Universidad Externado de Colombia. 583
- La reforma judicial y consolidación de la democracia. Álvaro Echeverri Uruburu. Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás. Exconstituyente. 590

- Las instituciones judiciales en la Constitución de 1991 y el fortalecimiento del principio democrático. Rafael E. Ostau De Lafont Piñeta, Magistrado del Consejo de Estado, Expresidente de la Corporación.601
- Las instituciones judiciales en la Constitución de 1991 y el fortalecimiento del principio democrático. Gustavo Aponte Santos. Expresidente Consejo de Estado. 608

PRESENTACIÓN

Esta obra contiene por lo esencial las memorias del Seminario Internacional “Instituciones Judiciales y Democracia”, organizado por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, con ocasión de la celebración del Bicentenario de la Independencia de Colombia y del Centenario del Acto Legislativo 3 de 1910, llevado a cabo en la Biblioteca Luis Ángel Arango los días 2, 3, y 4 de noviembre de 2010. Igualmente contiene algunos de los trabajos presentados en el coloquio sobre el control de constitucionalidad en Francia y en Colombia realizado en París en la Casa de América Latina el 2 de junio del mismo año, en el marco de la celebración del Bicentenario de las independencias de América Latina, organizado con el apoyo de la misma Sala. Así mismo contiene trabajos inéditos recientes de varios miembros del Consejo de Estado y de algunos colegas extranjeros invitados a participar de estas efemérides y de esta publicación.

La edición del libro ha estado a cargo de nuestro colega William Zambrano Cetina, coordinador de los referidos eventos, quien junto con los entonces Presidentes del Consejo de Estado y de la Sala de Consulta y Servicio Civil, Luis Fernando Álvarez Jaramillo y Enrique José Arboleda Perdomo, y junto con todas las señoras y señores magistrados del Consejo de Estado que de manera entusiasta participaron de estas iniciativas, han hecho posible este proyecto.

Nuestro reconocimiento para todos ellos, así como para los diferentes autores de esta obra, y para las instituciones que han contribuido a su realización: la Embajada de Francia en Colombia, la Cooperación Regional Francesa para los Países Andinos, la Embajada de Canadá en Colombia, el Banco de la República, el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, y las Universidades: Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Externado de Colombia y Santo Tomás, que se vincularon al Seminario en Bogotá; al profesor Gérard Marcou de la Universidad Paris I, al Consejo de Estado francés y a la Embajada de Colom-

bia en Francia que hicieron posible al evento en Paris; y nuevamente, de manera especial, nuestro agradecimiento a la Cooperación Regional Francesa para los Países Andinos en cabeza del Señor Jean Vacher, a la Embajada de Francia en Colombia y en particular al señor Embajador Pierre-Jean Vandoorne, y al Instituto Francés de Estudios Andinos IFEA, que han financiado esta publicación.

Mauricio Fajardo Gómez
Presidente del Consejo de Estado

Augusto Hernández Becerra
Presidente de la Sala de Consulta y
Servicio Civil

ACTA DE INDEPENDENCIA
DEL 20 DE JULIO DE 1810

En la ciudad de Santafé a veinte de julio de mil ochocientos diez, i hora de las seis de la tarde, se presentaron los SS. M. I. C. en calidad de extraordinario, en virtud de haberse juntado el pueblo en la plaza pública i proclamado por su diputado el Sr. Rejidor D. José Acevedo i Gómez para que le propusiese los vocales, en quienes el mismo pueblo iba a depositar el Supremo Gobierno del Reino; i habiendo hecho presente dicho Sr. Rejidor que era necesario contar con la autoridad del actual Jefe el Exmo. Sr. D. Antonio Amar; se mandó una diputacion compuesta del Sr. Contador de la Real Casa de Moneda D. Manuel de Pombo, el Dr. D. Miguel de Pombo, i D. Luis Rubio, vecinos, a dicho Sr. Exmo. haciéndole presente las solicitudes justas i arregladas de este pueblo, i pidiéndole para su seguridad i ocurrencias del día de hoy, pusiese a disposicion de este cuerpo las armas, mandando por lo pronto una compañía para resguardo de las casas capitulares comandada por el capitán D. Antonio Baraya. Impuesto S. E. de las solicitudes del pueblo, se prestó con la mayor franqueza a ellas. En seguida se manifestó al mismo pueblo la lista de los sujetos que había proclamado anteriormente, para que unidos a los miembros legítimos de este cuerpo (con exclusion de los intrusos D. Bernardo Gutierrez, D. Ramon Infiesta. D. Vicente Rojo, D. José Joaquin Alvarez, D. Lorenzo Marroquin, D. José Carpintero i D. Joaquin Urdaneta (salva la memoria del Intendente Patricio Dr. D. Carlos de Burgos) se deposite en toda la junta el Gobierno Supremo de este Reino interinamente, mientras la misma junta forma la Constitucion que afianza la felicidad pública, contando con las nobles provincias, a las que al instante se les pedirán sus diputados, formando este cuerpo el reglamento para las elecciones en dichas provincias; i tanto este como la Constitucion de Gobierno debieran formarse sobre las bases de libertad e independencia respectiva de ellas, ligadas únicamente por un sistema federativo cuya representacion deberá residir en esta capital, para que vele por la seguridad de la Nueva Granada, que protesta no ab-

dicar los derechos imprescriptibles de la soberanía del pueblo a otra persona que a la de su augusto i desgraciado monarca D. Fernando VII, siempre que venga a reinar entre nosotros, quedando por ahora sujeto este nuevo Gobierno a la Superior junta de Rejencia interin exista en la Península, i sobre la Constitucion que le dé el pueblo, i en los términos dichos, i despues de haberle exhortado el Sr. Rejidor su diputado a que guardarse la inviolabilidad de las personas de los europeos en el momento de esta fatal crisis, porque de la recíproca union de los americanos i los europeos debe resultar la felicidad pública, protestando que el nuevo Gobierno castigará a los delincuentes conforme a las leyes, concluyó recomendado mui particularmente al pueblo la persona del Exmo. Sr. D. Antonio Amar: respondió el pueblo con las señales de mayor complacencia aprobando cuanto espuso su diputado. I en seguida se leyó la lista de las personas elejidas i proclamadas en quienes con el Ilustre Cabildo ha depositado el Gobierno Supremo del Reino, i fueron los SS. Dr. D. Juan Bautista Pey, arcediano de esta Santa Iglesia Catedral. — D. José Sanz de Santamaria, tesorero de esta Real Casa de moneda — D. Manuel Pombo, contador de la misma. —Dr. D. Camilo de Torres —D. Luis Caicedo i Florez —Dr. D. Miguel Pombo —D. Francisco Morales. — Dr. D. Pedro Groot. — Dr. D. Fruto Gutierrez. — D. D. José Miguel Pey, alcalde ordinario de primer voto. — D. Juan Gómez de segundo. —Dr. D. Luis Azuola —Dr. D. Manuel Álvarez. —Dr. D. Ignacio Herrera. —D. Joaquin Camacho. —Dr. D. Emigdio Benites —El capitan D. Antonio Baraya. —Teniente coronel D. José Maria Modelo. —El R.P. Fr. Diego Padilla. —D. Sinforoso Mutis. —Dr. D. Juan Francisco Serrano Gómez. —D. José Martin Paris, administrador general de tabacos. —Dr. D. Antonio Morales. —Dr. D. Nicolás Mauricio de Omaña.

En este estado proclamó el pueblo con vivas i aclamaciones a favor de todos los nombrados; i notando la moderación de su diputado el espresado Sr. Rejidor D. José Acevedo, que debía ser el

primero de los vocales, i en seguida nombró tambien de tal vocal al Sr. Majistral Dr. D. Andres Rosillo, aclamando su libertad como lo ha hecho en toda la tarde, i protestando ir en este momento a sacarlo de la prision en que se halla ; el Sr. Rejidor hizo presente a la multitud los riesgos a que se esponía la seguridad personal de los individuos del pueblo, si le precipitaba a una violencia, ofreciéndole que la primera disposicion que tomará la junta será la libertad de dicho Sr. Majistral i su incorporación en ella. En este estado habiendo ocurrido los vocales electos, con todos los vecinos notables de la ciudad, prelados, eclesiásticos, seculares i regulares, con asistencia del Sr. D. Juan Jurado Oidor de esta Real Audiencia, a nombre i representando la persona del Exmo. Sr. D. Antonio Amar, i habiéndole pedido el Congreso pusiese el parque de artillería a su disposicion por las desconfianzas que tiene el pueblo, i escusandose por falta de facultades, se mandó una diputacion a S. E. compuesta de los SS. Dr. D. Miguel Pey, D. José Moledo i Dr. D. Camilo Torres, pidiéndole mandase poner dicho parque a órdenes José Ayala. Impuesto S. E. del mensaje contestó que lejos de dar providencia ninguna contraria a la seguridad del pueblo, había prevenido que la tropa no hiciese el menor movimiento, i que bajo de esta confianza viesse el Congreso que nuevas medidas quería tomar en esta parte: se le respondió que los individuos del mismo Congreso descansaban con la mayor confianza en la verdad de S. E. ; pero que el pueblo no se aquietaba, sinembargo de habérselo repetido varias veces desde los balcones por su diputado que no tenía que temer en esta parte, i que era preciso para lograr su tranquilidad, que fuese a encargarse i cuidar de la artillería una persona de su satisfacción, que tal era el referido D. José de Ayala . En cuya virtud previno dicho Exmo. Sr. Virei, que fuese el mayor de la plaza D. Rafael de Córdoba con el citado Ayala a dar esta orden al comandante de artillería, i así se ejecutó. En este estado impuesto al Congreso del vacío de facultades que espuso el Sr. Oidor D. Juna Jurado, mandó otra diputacion su-

plificando a S. E. se sirviese concurrir personalmente, a que se escusó por hallarse enfermo ; i habiéndolas delegado todas verbalmente a dicho Sr. Oidor, segun espusieron los diputados, se repitió el mensaje para que las mande por escrito con su Secretario D. José de Leiva, a fin de que se puedan dar las disposiciones convenientes sobre la fuerza militar, i de que autoricen este acto. Entretanto se recibió juramento a los señores vocales presentes que hicieron en esta forma a presencia del M. I. Cabildo i en manos del Sr. Rejidor primer diputado del pueblo D. José Acevedo i Gómez: puesta la mano sobre los Santos Evangelios, i la otra formando la señal de la cruz a presencia de Jesucristo Crucificado, dijeron : juramos por el Dios que existe en el Cielo, cuya imájen está presente i cuyas sagradas i adorables máximas contiene este libro, cumplir religiosamente la Constitucion i voluntad del pueblo espresada en esta acta, acerca de la forma del Gobierno provisional que ha instalado: derramar hasta la última gota de nuestra sangre por defender nuestra relijion C. A. R. nuestro amadísimo Monarca D. Fernando VII i la libertad i la libertad de la patria. Conservar la libertad e independencia de este Reino en los términos acordados : trabajar con infatigable celo para formar la Constitucion bajo los puntos acordados, i en una palabra cuanto conduzca a la felicidad de la patria. En este estado me previno dicho Sr. Rejidor diputado a mí el Secretario, certificase el motivo que ha tenido para estender esta acta hasta donde se halla. En su cumplimiento, digo : que habiendo venido dicho Sr. diputado a la oracion, llamado a Cabildo extraordinario, el pueblo lo aclamó luego que lo vió en las galerías del Cabildo, i despues de haberle exitado dicho Sr. a la tranquilidad, el pueblo le gritó se encargase de estender el acta, por donde constase que reasumía sus derechos, confiando en su ilustracion i patriotismo, lo hiciese del modo mas conforme a la tranquilidad i felicidad pública ; cuya comision aceptó dicho Sr. Lo que así certifico bajo juramento, i que esto mismo proclamó todo el pueblo. —Eugenio Martin Melendro.

En este estado habiendo recibido por escrito la comisión que pedía el Sr. Jurado a S. E., i esto estando presentes la mayor parte de los señores vocales elejidos por el pueblo con asistencia de su particular diputado i vocal el Rejidor D. José Acevedo, se procedió a oír el dictámen del Síndico personero Dr. D. Ignacio de Herrera, quien impuesto de lo que hasta aquí tiene sancionado el pueblo i consta del acta anterior dirigida por especial comision i encargo del mismo pueblo conferida a su diputado el Sr. Rejidor D. José Acevedo, dijo: que el Congreso presente compuesto del M.I.C., cuerpos, autoridades i vecinos, i tambien de los vocales del nuevo Gobierno nada tenía que deliberar, pues el pueblo soberano tenía manifestada su voluntad por el acto mas solemne i augusto con que los pueblos libres usan de sus derechos, para depositarlos en aquellas personas que merezcan su confianza : que en esta virtud los vocales procediesen a prestar el juramento i en seguida la junta dicte las mas activas providencias de seguridad pública. En seguida se oyó el voto de todos los individuos del Congreso que convinieron unánimemente i sobre que hicieron largas i eruditas arengas, demostrando en ellas los incontestables derechos de los pueblos, i particularmente los de este Nuevo Reino, que no es posible puntualizar en medio del inmenso pueblo que nos rodea.

El público se ha opuesto en los términos mas claros, terminantes i decisivos, a que ninguna persona salga del Congreso ántes de que quede instalada la junta, prestando sus vocales el juramento en manos del Sr. Arcediano Gobernador del Arzobispado, en la de los dos señores curas de la Catedral bajo la fórmula que queda establecida i con la asistencia del Sr. diputado D. José Acevedo : que en seguida presten el juramento de reconocimiento de estilo a este nuevo Gobierno los cuerpos civiles, militares i políticos que existen en esta capital, con los prelados seculares, Gobernadores del Arzobispado, curas de la Catedral i parroquias de la capital, con los rectores de los colejos. Impuesto de todo lo ocurrido hasta aquí el Sr. D. Juan Ju-

rado comisionado por S. E. para presidir este acto, espuso no creía poder autorizarle en virtud de la orden escrita que se agrega, sin dar parte ántes a S. E. de lo acordado por el pueblo i el Congreso, como considera dicho Sr. que lo previene S. E. Con este motivo se levantaron sucesivamente varios de los vocales nombrados por el pueblo i con sólidos i elocuentes discursos demostraron ser un delito de lesa Majestad i alta traición el sujetar o pretender la soberana voluntad del pueblo tan espresamente declarada en este día a la aprobacion o improbacion de un jefe cuya autoridad ha cesado desde el momento en que este pueblo ha reasumido en este día sus derechos i los ha depositado en personas conocidas i determinadas. Pero reiterando dicho Sr. su solicitud con el mayor encarecimiento, aunque fuera resignando su toga, para que el Sr. Virei quedase persuadido del deseo que tenía dicho Sr. de cumplir su encargo en los términos que cree habersele conferido. A esta proposición tomó la voz el pueblo ofreciendo a dicho Sr. garantías i seguridades por su persona i por su empleo; pero que de ningun modo permitía saliese persona alguna de la sala, sin que quedase instalada la junta; pues a la que lo intentase se trataría como a reo de alta traicion, segun lo había protestado el Sr. diputado en su esposicion, i que le diese a dicho Sr. certificacion de este acto para los usos que le convengan. I en este estado dijo dicho Sr. que su voluntad de ningun modo se entendiera ser contraria a los derechos del pueblo que reconoce i se ha hecho siempre honor por su educacion i principios de reconocer: que se conforma i jurará el nuevo Gobierno con la protesta de que reconozca al Supremo Consejo de Rejencia. I procediendo al acto del juramento recordaron los vocales Dr. D. Camilo Tórres i el Sr. Rejidor D. José Acevedo que en su voto habían propuesto se nombrase Presidente de esta Junta Suprema del Reino al Exmo. Sr. Teniente Jeneral D. Antonio Amar i Borbón; i habiéndose vuelto a discutir el negocio le hicieron ver al pueblo con la mayor energía por el Dr. D. Fruto Joaquin Gutierrez las virtudes i nobles cualidades que adornan a este distinguido i

condecorado militar, i mas particularmente manifestaba en este dia i noche en que la consumada prudencia se ha terminado una revolucion, que amenazaba las mayores catástrofes atendida la misma multitud del pueblo que ha concurrido a ella que pasa de nueve mil personas que se hallan armadas, i comenzaron por pedir la prisión i cabezas de varios ciudadanos cuyos ánimos se hallaban en la mayor division i reciprocas desconfianzas desde que supo el pueblo el asesinato que se cometi6 a sangre fria en el de la villa del Socorro por su corregidor D. José Valdez, usando de la fuerza militar, i particularmente desde ayer tarde en que se aseguró públicamente que en estos dias iban a poner en ejecucion varios facciosos la fatal lista de diezi-nueve ciudadanos condenados al cuchillo, porque en sus respectivos empleos han sostenido los derechos de la patria, en cuya consideración, tanto los vocales, cuerpos i vecinos que se hallan presentes, como el pueblo que nos rodea proclamaron a dicho Sr. Exmo. D. Antonio Amar por Presidente de este nuevo Gobierno. Con lo cual i nombrando de Vicepresidente de la Junta Suprema de Gobierno del Reino al Sr. Alcalde ordinario de primer voto Dr. D. Miguel Pey de Andrade, se procedió al acto del juramento de los señores vocales en los términos acordados. I en seguida prestaron el de obediencia i reconocimiento de este nuevo Gobierno, el Sr. Oidor que ha presidido la Asamblea, el Sr. D. Rafael de Córdoba mayor de la plaza, el Sr. teniente coronel D. José de Leiva Secretario de S. E., el Sr. Arcediano como Gobernador del Arzobispado i como Presidente del Cabildo Eclesiástico, el R. P. Provincial de San Agustín, el Prelado del Colegio de San Nicolás, los Curas de la Catedral i Parroquiales, Rectores de la Universidad i Colegios, el Sr. D. José María Melo Moledo como Jefe militar, el M. I. Cabildo Secular, que con las autoridades que se hallan actualmente presentes, omitiéndose llamar por ahora a los que faltan por ser las tres i media de la mañana. En este estado se acordó mandar una diputacion al Exmo. Sr. D. Antonio Amar, para que participe a S. E. el empleo que le ha conferido el pueblo de

Presidente de esta Junta, para que se sirva pasar el día de hoy a las nueve a tomar posesion de él, para cuya hora el presente Secretario citará a los demás cuerpos i autoridades que deben jurar la obediencia i reconocimiento de este nuevo Gobierno. Juan Jurado –Dr. José Miguel Pey –Juan Gómez –Juan Bautista Pey –José María Domínguez Castillo –José Ortega –Fernando de Benjumea –José Acevedo i Gómez –Francisco Fernández Heredia Suescun –Dr Ignacio de Herrera –Nepomuceno Rodríguez Lago –Joaquín Camacho –José de Leiva –Rafael Córdova –José María Moledo –Antonio Baraya –Manuel Bernardo Álvarez –Pedro Groot –Manuel de Pombo –José Sanz de Santamaría –Fr. Juan Antonio González Guardian de San Francisco –Nicolás Mauricio de Omaña –Pablo Plata –Emigdio Benites –Fruto Joaquín Gutiérrez de Caviedes –Camilo Torres –Dr. Santiago Torres i Peña –Francisco Javier Serrano Gómez de la Parra Celi de Albear –Fr. Mariano Garnica –Fr. José Chávez –Nicolás Cuervo –Antonio Ignacio Gallardo Rector del Rosario –Dr. José Ignacio Pescador –Antonio Morales –José Ignacio Álvarez –Sinforoso Mútis – Manuel Pardo.

Las firmas que faltan en esta acta, i están en el cuaderno de la Suprema Junta son las siguientes: –Luis Sarmiento –José María Carbonell –Dr. Vicente de la Rocha –José Antonio Amaya –Miguel Rosillo i Meruelo –José Martín Paris –Gregorio José Martín Portillo –Juan María Pardo –José María León –Dr. Miguel de Pombo –Luis Eduardo de Azuaola –Dr. Juan Nepomuceno Azuero Plata –Dr. Julian Joaquín de la Rocha –Juan Manuel Ramírez –Juan José Mutienx –Ante mí, Eujneio Martín Melendro.

ACTO LEGISLATIVO
NÚMERO 3 DE 1910
(OCTUBRE 31)

ACTO LEGISLATIVO NÚMERO 3 DE 1910
(octubre 31)
REFORMATORIO DE LA CONSTITUCION NACIONAL.

En el nombre de Dios, fuente suprema de toda autoridad,
la Asamblea Nacional de Colombia,

DECRETA:

Título I.

Artículo 1º. Son límites de la República con las naciones vecinas los siguientes: con la de Venezuela, los fijados por el Laudo arbitral del Rey de España; con la de Costa Rica, los señalados por el Laudo arbitral del Presidente de la República Francesa; con el Brasil, los determinados por el Tratado celebrado con esa República, en la parte delimitada con él, y el resto, los que tenía el Virreinato de la Nueva Granada con las posesiones portuguesas en 1810; con la República del Ecuador, provisionalmente, los fijados en la Ley colombiana de 25 de junio de 1824, y con el Perú, los adoptados en el Protocolo Mosquera-Pedemonte, en desarrollo del Tratado de 22 de septiembre de 1829.

Las líneas divisorias de la República con las naciones limítrofes sólo podrán variarse en virtud de Tratados públicos debidamente aprobados por ambas Cámaras Legislativas.

Artículo 2º. El territorio nacional se dividirá en Departamentos, y éstos en Municipios o Distritos Municipales.

La ley puede decretar la formación de nuevos Departamentos, desmembrando los existentes, cuando haya sido solicitada por las tres cuartas partes de los Consejeros Municipales de la comarca que ha de formar el nuevo Departamento, y siempre que se llenen estas condiciones:

1. Que el nuevo Departamento tenga por lo menos 250.000 habitantes y \$250.000 oro de renta anual;
2. Que aquél o aquéllos de que fuere segregado quede, cada uno, con una población de 250.000 habitantes, por lo menos, y con una renta anual no menor de \$ 250.000; y,

3. Que la creación sea decretada por una ley aprobada por dos Legislaturas anuales sucesivas.

Para la supresión de cualquier Departamento que se cree con posterioridad al presente Acto Legislativo, bastará una ley aprobada en la forma ordinaria, siempre que durante el debate se compruebe que la entidad que va a suprimirse carece de alguna de las condiciones expresadas.

La ley podrá segregar Municipios de un Departamento, o suprimir Intendencias, y agregar éstas y aquéllas a otro u otros Departamentos limítrofes.

Título II.

Artículo 3º. El legislador no podrá imponer la pena capital en ningún caso.

Artículo 4.- Ninguna ley que establezca un monopolio podrá aplicarse antes de que hayan sido plenamente indemnizados los individuos que en virtud de ella deban quedar privados del ejercicio de una industria lícita.

Ningún monopolio podrá establecerse sino como arbitrio rentístico y en virtud de ley.

Sólo podrán concederse privilegios que se refieran a inventos útiles y a vías de comunicación.

Artículo 5.- En tiempo de paz nadie podrá ser privado de su propiedad en todo o en parte, sino por pena o apremio, o indemnización, o contribución general, con arreglo a las leyes. Por graves motivos de utilidad pública, definidos por el legislador, podrá haber enajenación forzosa mediante mandamiento judicial, y se indemnizará el valor de la propiedad antes de verificarse la expropiación.

Artículo 6.- En tiempo de paz solamente el Congreso, las Asambleas Departamentales y los Consejos Municipales podrán imponer contribuciones.

Artículo 7.- Queda prohibida en absoluto toda nueva emisión de papel moneda de curso forzoso.

Título III.

Artículo 8º. Las Cámaras Legislativas se reunirán por derecho propio cada año, el día 20 de julio, en la capital de la República. Si por cualquier causa no pudieren hacerlo en la fecha indicada, se reunirán tan pronto como fuere posible dentro del año.

Las sesiones del Congreso durarán noventa días, y podrán prorrogarse hasta por treinta más, si así lo disponen los dos tercios de los votos de una y otra Cámara. Podrá también reunirse el Congreso por convocatoria del Gobierno, y entonces se ocupará en primer lugar en los negocios que éste someta a su consideración. En tal caso durará reunido por el tiempo que el mismo Gobierno determine.

Artículo 9º. El Congreso se reunirá en un solo Cuerpo únicamente para dar posesión al Presidente de la República y para elegir Designados.

En tales casos, el Presidente del Senado y el de la Cámara serán respectivamente Presidente y Vicepresidente del Congreso.

Artículo 10. El Congreso elegirá cada año dos Designados, primero y segundo, quienes ejercerán por su orden el Poder Ejecutivo a falta del Presidente.

Título IV.

Artículo 11.- El Senado se compondrá de tantos miembros cuantos correspondan a la población de la República, a razón de uno por cada 120.000 habitantes y uno más por toda fracción no menor de 50.000. Por cada Senador se elegirán dos suplentes.

Artículo 12. Los Senadores serán elegidos por Consejos Electorales.

Artículo 13. Corresponde a las Asambleas Departamentales elegir los miembros de los Consejos Electorales en la proporción de uno por cada 30.000 habitantes del respectivo Departamento.

Artículo 14. La ley dividirá el territorio nacional en Circunscripciones Senatoriales de uno o más Departamentos, de manera que puedan tener representación las minorías.

Artículo 15. La elección de Senadores no podrá recaer en individuos que pertenezcan al respectivo Consejo Electoral.

Artículo 16. Los Senadores durarán cuatro años en el ejercicio de sus funciones y son reelegibles indefinidamente.

Artículo 17. Es atribución del Senado, además de las que le señala el Artículo 98 de la Constitución, elegir cuatro Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y sus suplentes, de ternas presentadas por el Presidente de la República.

Título V.

Artículo 18. La Cámara de Representantes se compondrá de tantos individuos cuantos correspondan a la población de la República, a razón de uno por cada 50.000 habitantes.

Por cada Representante se elegirán dos suplentes.

Artículo 19. Los Representantes durarán en el ejercicio de sus funciones dos años y serán reelegibles indefinidamente.

Artículo 20. Son atribuciones de la Cámara de Representantes:

1. Examinar y fenecer definitivamente la cuenta general del Tesoro;
2. Iniciar la formación de las leyes que establezcan contribuciones u organicen el Ministerio Público;
3. Elegir cinco Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y sus suplentes, de ternas que presente el Presidente de la República;
4. Acusar ante el Senado, cuando hubiere justas causas, al Presidente de la República, a los Ministros del Despacho, al Procurador General de la Nación y a los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia; y,
5. Conocer de los denuncios y quejas que ante ella se presenten por el Procurador General de la Nación o por particulares, contra los expresados funcionarios, y si prestan mérito, fundar en ellos acusación ante el Senado.

Título VI.

Artículo 21. Ningún miembro del Congreso podrá ser aprehendido ni llamado a juicio civil o criminal sin permiso de la Cámara a que pertenezca, durante el período de las sesiones, cuarenta días antes y veinte días después

de éstas. En caso de flagrante delito podrá ser detenido el delincuente, y será puesto inmediatamente a disposición de la Cámara respectiva.

Artículo 22. El Presidente de la República, los Ministros del Despacho, los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, el Procurador General de la Nación y los Gobernadores no podrán ser elegidos miembros del Congreso sino tres meses después de haber cesado en el ejercicio de sus funciones.

Tampoco podrá ser Senador o Representante ningún individuo por Departamento o Circunscripción Electoral donde tres meses antes de las elecciones haya ejercido jurisdicción o autoridad civil, política o militar.

Artículo 23. El Presidente de la República no podrá conferir empleo a los Senadores o Representantes que hubieren ejercido el cargo durante el período de sus funciones, con excepción de los de Ministros del Despacho, Gobernador, Agente Diplomático y Jefe Militar en tiempo de guerra.

La infracción de este precepto vicia de nulidad el nombramiento.

La aceptación de cualquiera de aquellos empleos por un miembro del Congreso produce vacante absoluta en la respectiva Cámara, excepto la del cargo de Ministro del Despacho, que no la produce sino transitoria, durante el tiempo en que desempeñe el empleo.

Artículo 24. En caso de falta de un miembro del Congreso, sea temporal o absoluta, le subrogará el respectivo suplente.

Título VII.

Artículo 25. El Presidente de la República será elegido en un mismo día por el voto directo de los ciudadanos que tienen derecho a sufragar para Representantes, y para un período de cuatro años, en la forma que determine la ley.

Artículo 26. En caso de falta temporal del Presidente de la República, y en caso de falta absoluta mientras se verifica nueva elección, ejercerá el Poder Ejecutivo, por su orden, el primero o el segundo Designado que el Congreso elegirá cada año.

Cuando por cualquier causa no hubiere hecho el Congreso elección de Designados, conservarán el carácter de tales los anteriormente elegidos. A falta de Designados entrarán a ejercer el Poder Ejecutivo los

Ministros, en el orden que establezca la ley, y en su defecto, los Gobernadores, siguiendo éstos el orden de proximidad de su residencia a la capital de la República.

Son faltas absolutas del Presidente:

Su muerte, su renuncia aceptada, la destitución decretada por sentencia, la incapacidad física permanente, y el abandono del puesto, declarados éstos dos últimos por el Senado.

Artículo 27.- En caso de falta absoluta del Presidente de la República, el Encargado del Poder Ejecutivo convocará a elecciones para dentro de los sesenta días siguientes.

El Encargado del Poder Ejecutivo continuará ejerciéndolo cuando falte un año o menos para terminar el período, sin convocar a nuevas elecciones.

Artículo 28. El Presidente de la República no es reelegible en ningún caso para el período inmediato.

No podrá tampoco ser elegido Presidente de la República ni Designado el ciudadano que a cualquier título hubiere ejercido el Poder Ejecutivo dentro del año inmediatamente anterior a la elección.

Artículo 29. El Presidente de la República, o quien haga sus veces, será responsable por sus actos u omisiones que violen la Constitución o las leyes.

Artículo 30. Ningún acto del Presidente, excepto el de nombramiento y remoción de Ministros, tendrá valor ni fuerza alguna mientras no sea refrendado y comunicado por el Ministro del ramo respectivo, quien por el mismo hecho se constituye responsable.

Artículo 31. El Presidente de la República durante el período para que sea elegido, y el que se halle encargado del Poder Ejecutivo, mientras lo ejerza, no podrán ser perseguidos ni juzgados por delitos, sino en virtud de acusación de la Cámara de Representantes y cuando el Senado haya declarado que hay lugar a formación de causa.

Artículo 32. El Presidente de la República o quien haga sus veces no podrá salir del territorio de la Nación durante el ejercicio de su cargo y un año después, sin permiso del Senado. La infracción de esta disposi-

ción, estando alguno de aquellos en el ejercicio del cargo, implica abandono del puesto.

Artículo 33. En caso de guerra exterior o de conmoción interior podrá el Presidente, con la firma de todos los Ministros, declarar turbado el orden público y en estado de sitio toda la República o parte de ella. Mediante tal declaración, el Gobierno tendrá, además de las facultades legales, las que, conforme a las reglas aceptadas por el Derecho de Gentes, rigen para la guerra entre naciones.

Los decretos que dentro de estos límites dicte el Presidente tendrán carácter obligatorio, siempre que lleven la firma de todos los Ministros.

El Gobierno no puede derogar las leyes por medio de los expresados decretos. Sus facultades se limitan a la suspensión de las que sean incompatibles con el estado de sitio.

El Gobierno declarará restablecido el orden público tan pronto como haya cesado la guerra exterior o se haya reprimido el alzamiento; y dejarán de regir los decretos de carácter extraordinario que haya dictado.

Serán responsables el Presidente y los Ministros cuando declaren turbado el orden público sin haber ocurrido el caso de guerra exterior o de conmoción interior; y lo serán también, lo mismo que los demás funcionarios, por cualquier abuso que hubieren cometido en el ejercicio de las facultades concedidas en el presente Artículo. Restablecido el orden público, el Gobierno convocará el Congreso y le pasará una exposición motivada de sus providencias.

En el caso de guerra exterior el Gobierno convocará el Congreso en el decreto en que declare turbado el orden público y en estado de sitio la República, para que se reúna dentro de los sesenta días siguientes, y si no lo convocare, podrá el Congreso reunirse por derecho propio.

Artículo 34. Corresponde al Presidente de la República, como suprema autoridad administrativa, dirigir las relaciones diplomáticas y comerciales con las demás potencias o soberanos; nombrar los Agentes Diplomáticos, recibir los Agentes respectivos y celebrar con potencias extranjeras Tratados y Convenios, que se someterán a la aprobación del Congreso.

Título VIII.

Artículo 35. La Corte Suprema de Justicia se compondrá de nueve Magistrados. La ley la dividirá en Salas señalará a cada una de ellas los asuntos de que debe conocer separadamente, y determinará aquellos en que deba intervenir toda la Corte.

Artículo 36. El período de los Magistrados de la Corte Suprema será de cinco años, y de cuatro el de los Magistrados de los Tribunales Superiores. Unos y otros podrán ser reelegidos indefinidamente.

Artículo 37. El Presidente de la Corte Suprema será elegido cada año por la misma Corte.

Artículo 38. Los Magistrados de los Tribunales Superiores y los suplentes respectivos serán nombrados por la Corte Suprema, de ternas que presenten las respectivas Asambleas Departamentales.

Artículo 39. El Gobierno nombrará los Magistrados interinos de la Corte Suprema de Justicia, y los Gobernadores respectivos nombrarán los de los Tribunales Superiores, cuando las faltas de los principales no puedan ser llenadas por los suplentes.

Artículo 40. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley se aplicarán 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 hayan sido objetados como inconstitucionales por el Gobierno, o sobre todas las leyes o decretos acusados ante ella por cualquier ciudadano como inconstitucionales, previa audiencia del Procurador General de la Nación.

Artículo 42.- La ley establecerá la jurisdicción contencioso-administrativa.

Título IX.

Artículo 43. Todos los ciudadanos eligen directamente Consejeros Municipales y Diputados a las Asambleas Departamentales.

Artículo 44. Los ciudadanos que sepan leer y escribir, o tengan una renta anual de trescientos pesos, o propiedad raíz de valor de mil pesos, elegirán directamente Presidente de la República y Representantes.

Artículo 45. En toda elección en que se vote por más de dos individuos, aquélla se hará por el sistema del voto incompleto, o del cociente electoral, o del voto acumulativo, u otro cualquiera que asegure la representación proporcional de los partidos. La ley determinará la manera de hacer efectivo este derecho.

Artículo 46. Compete a la ley hacer la demarcación de Distritos Electorales para la elección de Representantes, y a las Asambleas Departamentales hacer la demarcación de Distritos Electorales para la elección de Diputados, si el sistema electoral que se adopte exige la formación de Distritos Electorales. En tal caso ninguno de éstos podrá elegir menos de tres Representantes o Diputados.

Título X.

Artículo 47. El territorio de la República se divide para la Administración Pública en Departamentos. Cada uno de éstos será regido por un Gobernador, que será a un mismo tiempo Agente del Poder Ejecutivo y Jefe de la Administración Seccional.

Artículo 48. Los Departamentos tendrán independencia para la administración de los asuntos seccionales, con las limitaciones que establece la Constitución.

Artículo 49. Los Departamentos se dividen en Distritos Municipales. Para el mejor servicio administrativo le ley puede establecer divisiones provinciales y otras.

Artículo 50. Los bienes y rentas de los Departamentos, así como los de los Municipios, son propiedad exclusiva, respectivamente, de cada uno de ellos, y gozan de las mismas garantías que las propiedades y rentas de los particulares. No podrán ser ocupadas estas propiedades sino en los mismos términos en que lo sea la propiedad privada. El Gobierno Nacional no podrá conceder exenciones de derechos departamentales ni municipales.

Artículo 51. Los bienes, derechos, valores y acciones que por leyes o por decretos del Gobierno Nacional o por cualquier otro título pertenecieron a los extinguidos Estados Soberanos, continuarán siendo propiedad de los respectivos Departamentos. Exceptúanse los inmuebles que se especifican en el Artículo 202 de la Constitución.

Artículo 52. Habrá en cada Departamento una corporación administrativa denominada Asamblea Departamental, que se reunirá cada año en la capital del Departamento.

Artículo 53. Las Asambleas Departamentales serán de elección popular y se compondrán de los Diputados que correspondan a la población de los Departamentos, a razón de uno por cada 12.000 habitantes y uno por cada fracción que pase de 6.000. La ley podrá variar esta base de elección y fijará la época y duración de las sesiones.

Artículo 54. Corresponde a las Asambleas:

1. Reglamentar por medio de ordenanzas y de acuerdo con los preceptos constitucionales los establecimientos de instrucción primaria y secundaria y los de beneficencia, cuando fueren costeados con fondos del Departamento;
2. Dirigir y fomentar por medio de ordenanzas y con los recursos propios del Departamento, las industrias establecidas y la introducción de otras nuevas, la importación de capitales extranjeros, la colonización de tierras pertenecientes al Departamento, la apertura de caminos y de canales navegables, la construcción de vías férreas, la explotación de bosques de propiedad del Departamento, la canalización de ríos, lo relativo a la policía local, la fiscalización de las rentas y gastos de los Distritos y cuanto se refiera a los intereses seccionales y al adelantamiento interno;
3. Organizar las Contadurías o Tribunales de Cuentas de los Departamentos, nombrar los Contadores o Magistrados correspondientes y presentar sendas ternas para el nombramiento de los Fiscales de los Tribunales y Juzgados Superiores y de sus respectivos suplentes;
4. Crear y suprimir Municipios con arreglo a la base de la población que determine la ley, y segregar o agregar términos municipales,

consultando los intereses locales. Si de un acto de agregación o segregación se quejare algún vecindario interesado en el asunto, la resolución definitiva corresponderá al Congreso;

5. La creación y supresión de Circuitos de Notaría y de Registro y la fijación del número de empleados departamentales, sus atribuciones y sueldos; y,
6. Llenar las demás funciones que les señalen la Constitución y las leyes.

Artículo 55. Las Asambleas votarán anualmente el Presupuesto de Rentas y Gastos del respectivo Departamento.

Artículo 56. Las Asambleas Departamentales, para cubrir los gastos de administración que les correspondan, podrán establecer contribuciones con las condiciones y dentro de los límites que fije la ley.

Artículo 57. Las ordenanzas de las Asambleas son obligatorias mientras no sean anuladas por la autoridad judicial en la forma que prescriba la ley.

Artículo 58. Los particulares agraviados por actos de las Asambleas pueden recurrir al Tribunal competente, y éste, por pronta providencia, cuando se trate de un grave perjuicio, podrá suspender el acto denunciado.

Artículo 59. Son atribuciones del Gobernador:

1. Cumplir y hacer que se cumplan en el Departamento las órdenes del Gobierno;
2. Dirigir la acción administrativa en el Departamento, nombrando y separando sus agentes, reformando o revocando los actos de éstos y dictando las providencias necesarias en todos los ramos de la administración;
3. Llevar la voz del Departamento y representarlo en asuntos políticos y administrativos;
4. Auxiliar la justicia como lo determina la ley;
5. Ejercer el derecho de vigilancia y protección sobre las corpora-

ciones oficiales y establecimientos públicos;

6. Sancionar en la forma legal las ordenanzas que expidan las Asambleas Departamentales;
7. Revisar los actos de las Municipalidades y los de los Alcaldes por motivos de inconstitucionalidad o de ilegalidad, revocar los últimos y pasar los primeros a la autoridad judicial, para que ésta decida sobre su exequibilidad;
8. Las demás atribuciones que por la ley le competan.

Artículo 60. El Gobernador podrá requerir el auxilio de la fuerza armada, y el Jefe militar obedecerá sus instrucciones, salvo las disposiciones especiales que dicte el Gobierno.

Artículo 61. En cada Distrito Municipal habrá una corporación de elección popular, que se designará con el nombre de Concejo Municipal.

Artículo 62. Corresponde a los Concejos Municipales ordenar lo conveniente por medio de acuerdos o reglamentos interiores para la administración del Distrito; votar, en conformidad con la Constitución, la ley y las ordenanzas expedidas por las asambleas, las contribuciones y gastos locales; llevar el movimiento anual de la población; formar el censo civil cuando lo determine la ley; nombrar Jueces, Personeros y Tesoreros municipales y ejercer las demás funciones que les sean señaladas.

Artículo 63. Los acuerdos de los Concejos Municipales son obligatorios mientras no sean anulados por la autoridad judicial.

Artículo 64. Los particulares agraviados por actos de los Consejos Municipales podrán ocurrir al Juez, y éste, por pronta providencia, suspenderá el acto denunciado por causa de inconstitucionalidad o ilegalidad.

Artículo 65. En todo Municipio habrá un Alcalde que ejercerá las funciones de agente del Gobernador y que será Jefe de la administración municipal.

Título XI.

Artículo 66. El Poder Ejecutivo formará anualmente el Presupuesto de Rentas y Gastos y lo presentará al Congreso en los primeros diez días de sus sesiones anuales.

Artículo 67. En tiempo de paz no se podrá establecer contribución o impuestos que no figure en el Presupuesto de Rentas, ni hacer erogación del Tesoro que no se halle incluida en el de Gastos.

Artículo 68. El Poder Ejecutivo no podrá abrir los créditos suplementales y extraordinarios de que trata el Artículo 208 de la Constitución, ni hacer traslaciones dentro del Presupuesto, sino en las condiciones y por los trámites que la ley establezca.

Artículo 69. Ninguna contribución indirecta ni aumento de impuesto de esta clase empezará a cobrarse sino seis meses después de promulgada la ley que establezca la contribución o el aumento.

Título XII.

Artículo 70. La Constitución sólo podrá ser reformada por un Acto Legislativo discutido primeramente y aprobado por el Congreso en la forma ordinaria; y de igual modo considerado en la reunión anual subsiguiente, y aprobado en ésta, por ambas Cámaras, en segundo y tercer debates, por la Mayoría absoluta de los individuos que componen cada una de ellas.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Artículo A. Las fechas iniciales de los próximos períodos de las corporaciones y funcionarios de que tratan la Constitución y el presente Acto Reformatorio de ella serán las siguientes;

1. La del Congreso Nacional, el 20 de julio de 1911;
2. La del Presidente de la República, el 7 de agosto de 1914;
3. La de las Asambleas Departamentales, el 1.º de marzo de 1911;
4. La de la Corte Suprema de Justicia, el 1.º de mayo de 1915. La presente Asamblea elegirá los dos Magistrados que completan el número de nueve, señalado por este Acto, y el período de todos terminará el 30 de abril de 1915;
5. La de los Tribunales Superiores, el 1.º de mayo de 1911.

Artículo B. Los delitos castigados con pena de muerte en el Código Penal, lo serán en adelante con veinte años de presidio, mientras la ley dispone otra cosa.

Artículo C. Mientras el Congreso y las Asambleas no hayan dictado las leyes y ordenanzas correspondientes, el Gobierno proveerá lo necesario en materia de división territorial electoral.

Artículo D. Derógase el Artículo 180 de la Constitución, que establece Jueces de Escrutinio.

Artículo E. Quedan derogadas las disposiciones de la Constitución Nacional de 5 de agosto de 1886, que sean contrarias al presente Acto Legislativo, y todos los Actos Legislativos expedidos por la Asamblea Nacional anteriores al presente.

Artículo F. Mientras se reúna el próximo Congreso, de acuerdo con el presente Acto reformativo de la Constitución, la actual Asamblea Nacional continuará en ejercicio de sus funciones para el caso de que el Gobierno juzgue necesario convocarla.

Artículo G. El presente Acto Legislativo regirá desde su sanción para los altos poderes nacionales, y para la Nación después de treinta días de publicado en el Diario Oficial.

Dado en Bogotá, a veintisiete de septiembre de mil novecientos diez.

El Presidente de la Asamblea Nacional, Diputado por la Circunscripción Electoral de Santa Rosa, Luis A. Mesa.- El primer Vicepresidente, Diputado por la Circunscripción Electoral de Neiva, José M. Lombana Barreneche.- El segundo Vicepresidente, Diputado por la Circunscripción Electoral de Bogotá, Eduardo Restrepo Sáenz.- El Diputado por la Circunscripción Electoral de Antioquia, Ramón Arango.- El Diputado por la Circunscripción Electoral de Antioquia, Jesús del Corral.- El Diputado por la Circunscripción Electoral de Antioquia, Nicolás Esguerra.- El Diputado por la Circunscripción Electoral de Barranquilla, Abel Carbonell.- El Diputado por la Circunscripción Electoral de Barranquilla, Clemente Salazar M.- El Diputado por la Circunscripción Electoral de Barranquilla, Julio A. Vengoechea.- El Diputado por la Circunscripción Electoral de Bogotá, Emilio Saiz.- El Diputado por la Circunscripción Electoral de Bogotá, Carlos José Espinosa.- El Diputado por la Circunscripción Electoral de Bucaramanga, Aníbal García Herreros.- El Diputado por la Circunscripción Electoral de Bucaramanga, Guillermo Quintero O.- El Diputado por la Circunscripción Electoral de Bucaramanga, Nicolás Olarte.- El Diputado por la Circunscripción Electoral de Cali, Joaquín A. Collazos.- El Diputado por la Circunscripción Electoral de Cartagena, Carmelo Arango.- El Diputa-

do por la Circunscripción Electoral de Cartagena, Julio Torrente E.- El Diputado por la Circunscripción Electoral de Cartagena, L. Segovia.- El Diputado por la Circunscripción Electoral de Cúcuta, Emilio Ferrero.- El Diputado por la Circunscripción Electoral de Cúcuta, Hermes García G.- El Diputado por la Circunscripción Electoral de Cúcuta, Augusto N. Samper.- El Diputado por la Circunscripción Electoral de Facatativá, Juan O. Arbeláez.- El Diputado por la Circunscripción Electoral de Facatativá, José Gregorio Hernández.- El Diputado por la Circunscripción Electoral de Facatativá, Gabriel Rosas.- El Diputado por la Circunscripción Electoral de Manizales, Juan Pinzón.- El Diputado por la Circunscripción Electoral de Manizales, Aquilino Villegas.- El Diputado por la Circunscripción Electoral de Medellín, Román Gómez.- El Diputado por la Circunscripción Electoral de Medellín, Pedro Nel Ospina.- El Diputado por la Circunscripción Electoral de Neiva, Julio M. Escobar.- El Diputado por la Circunscripción Electoral de Neiva, Hernando Holguín y Caro.- El Diputado por la Circunscripción Electoral de Neiva, Augusto Martínez.- El Diputado por la Circunscripción Electoral de Pasto, José A. Llorente.- El Diputado por la Circunscripción Electoral de Pasto, Gonzalo Pérez.- El Diputado por la Circunscripción Electoral de Pasto, Benjamín Guerrero.- El Diputado por la Circunscripción Electoral de Popayán, Eudoxio Constaín.- El Diputado por la Circunscripción Electoral de Santa Rosa, Pedro M. Carreño.- El Diputado por la Circunscripción Electoral de Santa Rosa, Rafael Valderrama.- El Diputado por la Circunscripción Electoral de Tunja, Nemesio Dulcey.- El Diputado por la Circunscripción Electoral de Tunja, Jesús Perilla V.- El Diputado por la Circunscripción Electoral de Tunja, Bartolomé Rodríguez P.- El Secretario de la Asamblea Nacional, Manuel María Gómez P.

Poder Ejecutivo.- Bogotá, octubre 31 de 1910.

Publíquese y cúmplase.- **Carlos E. Restrepo.** El Subsecretario de Gobierno encargado del Despacho, BERNARDO ESCOBAR.- El Ministro de Relaciones Exteriores, ENRIQUE OLAYA HERRERA.- El Ministro de Hacienda, TOMÁS O. EASTMAN.- El Ministro de Guerra, Mariano Ospina V.- El Ministro de Instrucción Pública, Pedro M. Carreño.- El Ministro de Obras Públicas, Celso Rodríguez O.- El Ministro del Tesoro, G. Martínez A.

INSTALACIÓN

INTERVENCIÓN DE LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO

*Magistrado de la Sala de Consulta y Servicio Civil
Presidente del Consejo de Estado 2010*

Buenas noches. Un cordial saludo, en nombre del Consejo de Estado de Colombia, a todos los invitados nacionales y extranjeros, a todas las personalidades que nos acompañan, a los Magistrados y Magistradas del Consejo de Estado, a los organizadores del evento, a los ex magistrados, profesores, conferencistas, y un saludo muy especial al Gerente General y a las autoridades del Banco de la República que en buena hora nos reciben en el día de hoy en este acto de inauguración y de instalación de este Seminario internacional.

Estamos aquí reunidos para conmemorar, con este encuentro académico, el bicentenario de la independencia de Colombia, el centenario del Acto Legislativo No 3 de 1910 y también, lamentablemente, para recordar con solidaridad los veinticinco años del horrible holocausto del Palacio de Justicia en Colombia; pero además, visualizamos ya las vísperas del bicentenario de la creación del Consejo de Estado en 1817. Son efemérides todas ellas diferentes, pero enmarcadas en un mensaje común: la defensa de las libertades a partir de la hegemonía de la regla de derecho, garantizada a través del trabajo de los jueces.

En efecto, hace cerca de 200 años, el 30 de octubre de 1817, el libertador Simón Bolívar expidió el decreto extraordinario por medio del cual creo el Consejo de Estado, en sus palabras, “como un órgano consultivo que servirá de contrapeso a mi ilimitada autoridad”. Decía literalmente el texto que dicho organismo, el Consejo de Estado, se creaba con el fin de que sus grandes decisiones fueran discutidas y aprobadas en una asamblea digna y pública; formalmente se dispuso que todo acto del Jefe Supremo debería llevar la expresión “oído el Consejo de Estado”. Obsérvese el interés que asistió al libertador en el sentido de vincular un órgano representativo integrado por jefes militares, civiles y representantes de

la justicia; y vincular ese órgano a sus grandes decisiones como una especie de preámbulo del control y con un alto significado de participación en una incipiente idea de democracia, desde allí surge la necesidad de establecer ese nexo indispensable entre justicia, control de la administración y democracia.

Posteriormente, luego del fracaso de la convención de Ocaña, Simón Bolívar expidió el denominado Decreto Orgánico del 27 de agosto de 1828; en ese decreto el libertador hace una especie de recomposición del Consejo de Estado con el fin de darle mayor participación a los grupos sociales y especialmente a los representantes de la Justicia. Instituciones judiciales y democracia comienzan a esbozarse desde el nacimiento de nuestra República.

La tendencia a mantener un Consejo de Estado como un órgano auxiliar al poder ejecutivo, encargado incluso de dar dictámenes para la sanción de leyes y para adelantar los negocios graves de la administración, se conserva en los textos constitucionales de la naciente República, desde 1830 hasta las Constituciones centro federales y la federal de 1863, en la que curiosamente se suprime el Consejo de Estado debido al debilitamiento del poder ejecutivo, que hace que prácticamente la Función Consultiva del Consejo de Estado como auxiliar del Ejecutivo, la asuma el propio Congreso. La Carta Política de 1886, que reconstituye la Unidad de la República, concibe por primera vez la posibilidad de que ese Consejo de Estado, que antes de su supresión fungía como un órgano incipiente de democracia, pero de naturaleza consultiva, pueda operar como órgano de lo Contencioso Administrativo “En caso de que se organice esa Jurisdicción”. De esa manera aparece la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y el Consejo de Estado, no sólo como un órgano consultivo sino como un órgano Jurisdiccional.

Sin embargo el Acto Legislativo No 10 de 1905 suprime el Consejo de Estado; lo suprime porque “se considera que se trata de un engranaje inútil en la Administración Pública”, no olvidar, que en ese entonces, en 1905, la expresión democrática llevada a su mínima manifestación, considera útil suprimir el Consejo de Estado. La situación se mantuvo hasta que vuelve a florecer el criterio de democracia y en ello tuvo que ver, como se explicará en este Seminario, la expedición del Acto Legislativo No 3 de 1910. Instituciones judiciales y surgimiento, resurgimiento y florecimiento de la democracia van de la mano.

El texto constitucional de 1991 sirve de marco y punto de referencia para profundizar y hacer realidad esa relación entre jurisdicción y democracia, el paso del Estado de Derecho al Estado Social de Derecho, en la carta de 1991, significa asimismo el paso de la regla jurídica, entendida como simple mandato general que proviene de un órgano competente, al concepto universal de norma jurídica entendida, no sólo como regla que impone un mandato regulador de conducta sino que desarrolla un significado axiológico: la Justicia. Es decir la norma como

criterio realizador del Derecho y de los principios inherentes al individuo. Este nuevo esquema normativo que surge en el 91, no sólo marca un paradigma en el desarrollo del universo jurídico en Colombia, sino que implica sustanciales cambios en la labor del juez y en el significado mismo de la función jurisdiccional.

Ante la omisión o la imposibilidad, por parte de los otros órganos del poder, en asumir los retos que implica el modelo del Estado Social de Derecho, el juez de la nueva Constitución se ve en la obligación de cumplir el rol de inclusión frente a los excluidos, cualquiera sea su razón. A este nuevo rol del juez corresponden todas aquellas decisiones que por su naturaleza de inclusión, se convierten en medidas esenciales para el desarrollo mismo de la democracia, entendida como el derecho de participar y beneficiarse de las decisiones de poder. Es dentro de este marco histórico y conceptual que entendemos y realizamos hoy en día el principio de colaboración armónica entre los distintos poderes y es dentro de este nuevo esquema que venimos trabajando conjuntamente con el Congreso y con el Gobierno un nuevo proyecto de Código Contencioso Administrativo, y es también en esta línea de pensamiento que estamos dispuestos a trabajar en el proyecto de reforma a la Justicia participando a la convocatoria de mesas permanentes, que sé que el Gobierno hará próximamente. Todos unidos podemos trabajar para que la institucionalidad, factor fundante del desarrollo democrático, siga brindando respuesta a las necesidades de toda la ciudadanía.

En este encuentro que hoy se instala es necesario establecer en qué forma la institucionalidad judicial, en estos distintos marcos normativos y conceptuales, ha colaborado en el desarrollo del principio de la democracia y por tanto en el concepto moderno del Estado Social de Derecho. Estos constituyen puntos centrales de reflexión; a partir de allí, en nombre del Consejo de Estado y de su Sala de Consulta y Servicio Civil, presentamos un cordial saludo de bienvenida a los invitados nacionales, a los participantes extranjeros y esperamos que el trabajo de estos dos días fructifique con una verdadera evaluación del pasado y discusión sobre expectativas y proyecciones hacia el futuro.

Muchas gracias y bienvenidos.

INTERVENCIÓN DE GENEVIÈVE DES RIVIÈRES

Embajadora de Canadá en Colombia

Para Canadá es un honor apoyar este importante seminario sobre instituciones judiciales y democracia. Entendemos el importante rol que la rama judicial ha tenido y continuará teniendo en la defensa de las libertades y del Estado Social y Democrático de Derecho en Colombia; por ello estaremos siempre dispuestos a contribuir en esta materia.

A través de todas sus jurisdicciones, la rama judicial ha hecho una enorme contribución a la defensa de los valores democráticos presentes en la Constitución de 1991. El control constitucional ejercido por todos los jueces de la República a través de diferentes mecanismos, ha sido decisivo para la garantía de los derechos fundamentales. Además, ha acercado la ciudadanía a sus instituciones, fomentando así confianza y legitimidad.

La cooperación canadiense respalda iniciativas encaminadas al fortalecimiento del Estado Social y Democrático de Derecho, en especial con la garantía de los derechos fundamentales. Apoyamos diversas instituciones estatales que tienen como función garantizar los derechos de quienes han sido víctimas de la violencia. Respaldamos también a la sociedad civil, acompañando a esas víctimas en sus procesos de reclamación. Promovemos igualmente iniciativas en las cuales se trabaje de forma articulada entre donantes, organismos multilaterales, Estado y organizaciones sociales.

Durante esta semana, contribuiremos al debate sobre instituciones judiciales y democracia con la presencia del profesor Bjarne Melkevic, de la Universidad de Québec. Sin duda, él aportará elementos para el debate acerca de cómo el control de constitucionalidad en particular, y el sistema judicial en general, son compo-

nentes esenciales de la democracia. Nos satisface poder aportar a esta discusión con tan excelente representación.

Para terminar, considero necesario hacer un reconocimiento a los funcionarios judiciales que, a pesar de las dificultades ligadas al contexto de violencia en Colombia, no han descansado en su propósito de buscar verdad, justicia y reparación, aun cuando su trabajo en ocasiones genere un riesgo para sus vidas.

Quedaré atenta al desarrollo de este debate y a las conclusiones de seminario, que podrán darnos ideas sobre la forma en que Canadá pueda continuar prestando un acompañamiento al Estado colombiano y a su ciudadanía.

Gracias.

INTERVENCIÓN DE PABLO FELIPE ROBLEDO DEL CASTILLO

Viceministro de Justicia

1. Introducción

Señoras y señores:

Me complace participar en este Seminario Internacional “Instituciones Judiciales y Democracia” organizado por la Sala de Consulta del Consejo de Estado con ocasión del Bicentenario de la Independencia y del Centenario del Acto Legislativo 3 de 1910, además de los 25 años del Holocausto del Palacio de Justicia. Este Seminario servirá para escuchar las reflexiones de algunos de los juristas más destacados de Colombia y del mundo sobre asuntos de la mayor relevancia, tales como la relación entre jueces, instituciones judiciales y democracia; el control de constitucionalidad desde una perspectiva histórica; la función consultiva del Consejo de Estado y la importancia de la jurisprudencia de esta corporación; y la Reforma Judicial y el futuro de la Administración de Justicia, entre otros.

Celebro la participación en este Seminario de tantas mentes brillantes de todas las latitudes.

Señores Profesores, distinguidas autoridades:

En nombre del Gobierno de Colombia les doy la más cordial bienvenida.

2. Instituciones judiciales y democracia

Me parece destacable de este Seminario, primero, su enfoque institucional. Es propio de las sociedades maduras que formulen sus discusiones, que abran los

debates, en términos de instituciones, y no de personas. Las personas somos todas pasajeras, mientras que las instituciones tienen vocación de permanencia. Por eso siempre he pensado que el país debe aprender a considerar sus instituciones con independencia de las personas que las integran. Este Seminario hace precisamente eso: se pregunta por las instituciones judiciales, y desde una de las perspectivas más importantes: su relación con la democracia.

En lo personal, considero esa relación como una de las más estrechas. Hablar de democracia sin instituciones judiciales, es hablar de otra cosa, pero definitivamente no de democracia. El concepto de “democracia” vigente no puede desligarse ya de los principios que hoy la legitiman: la separación de poderes, que supone la existencia de una rama que con absoluta independencia administre Justicia; la garantía de los derechos, que sin jueces no es posible; el respeto por las minorías; la supremacía constitucional, por la cual debemos velar todos los ciudadanos, pero en particular instituciones judiciales que de manera especializada tienen esa función a su cargo.

No todos, sin embargo, comparten esta idea. Algunos críticos del liberalismo sostienen que atar el significado de la democracia a conquistas liberales como la supremacía y el control constitucional es arrebatarle al pueblo su poder y desvirtuar el sentido original de la democracia como “*el gobierno del pueblo*”. No entienden, por ejemplo, que en una democracia, en un gobierno del pueblo, un grupo de jueces que no son elegidos popularmente puedan reversar las decisiones adoptadas por el órgano que el pueblo directamente eligió, que es el Congreso.

En mi opinión, quienes piensan así incurrir en dos confusiones. Primero, confunden legitimidad con votos, y segundo, confunden democracia con mayorías. Pero resulta que ni la legitimidad son sólo votos ni la democracia sólo mayorías.

Permítanme desarrollar brevemente este argumento. Es cierto que en una democracia muchas autoridades obtienen la legitimidad de su elección popular, pero también lo es que en una democracia auténtica la legitimidad no sólo la dan los votos, sino también la Constitución y las leyes. En otras palabras, también muchas autoridades son legítimas no porque hayan sido elegidas popularmente, sino porque derivan su función de la Constitución y la ejercen en sus términos. Ese es el caso, por ejemplo, de los jueces, y por eso es que órganos que no fueron elegidos por el pueblo, como la Corte Constitucional o los que integran la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, pueden reversar, con absoluta legitimidad, los actos de otros que sí lo fueron, como el Congreso o la Administración.

De otra parte, pensar la democracia sólo como mayorías o como gobierno del pueblo, además de equivocado, resulta peligroso. Fueron las mayorías, los gobiernos del pueblo, los que eligieron y mantuvieron en el poder a muchas dictaduras durante el siglo XX. La democracia, claro, supone el respeto por la

regla de la mayoría, pero también la garantía de todos los demás principios a los que ya hice referencia, todavía más si se la entiende como democracia participativa, un modelo en el que el ciudadano, aparte de elegir, participa directamente en la adopción de las decisiones públicas; y como democracia deliberativa, un modelo que reclama más discusión y mejores argumentos para la toma de dichas decisiones.

3. La reforma a la justicia

El Gobierno del Presidente Santos cree en esta democracia. Y lo ha demostrado. La Reforma a la Justicia, a la que quisiera ahora referirme, es el mejor ejemplo de ello. Su discusión no ha podido ser más democrática. El Señor Presidente, cuando la presentó a las Altas Cortes y a la opinión pública en general, manifestó su deseo de abrir un diálogo interinstitucional sobre la misma. Así, se instaló una “Mesa de Justicia” en la que pudieron sentar su posición las Cortes, los partidos con representación en el Congreso, la academia y distintas organizaciones asociadas a la Justicia. El Gobierno recogió todos los aportes y críticas que en esa ocasión se le formularon a la iniciativa. Con posterioridad, durante todos estos meses, el diálogo ha sido muy intenso. Los jueces, en el marco de sus encuentros jurisdiccionales, han estudiado la Reforma. Algunos gremios han hecho lo propio. La academia, a través de encuentros, foros y seminarios, también la ha discutido. En los próximos días, como otro paso en este proceso, el Gobierno instalará la Comisión Interinstitucional para la Reforma Constitucional a la Justicia, en la que tendrán representación el Gobierno, las Altas Cortes, el Congreso, la Procuraduría y la Fiscalía, y que en un plazo de tres meses deberá rendir un informe de recomendaciones sobre el Proyecto.

Aprovecho este escenario para hacer el análisis de la Reforma a partir de dos elementos que considero de la mayor importancia para la consolidación del Estado de Derecho: la autonomía e independencia de la Rama y la seguridad jurídica, ambos centrales en la relación instituciones judiciales – democracia.

3.1. Desde el principio de autonomía e independencia de la rama.

Un aspecto muy relevante de la Reforma es que conserva y profundiza el concepto de autonomía de la Rama. Se propone crear un Consejo Superior Judicial para que cumpla las funciones administrativas que hoy en día cumple el Consejo Superior de la Judicatura.

Resulta evidente que el autogobierno de la Rama fue uno de los grandes avances que trajo la Constitución de 1991. Atrás quedaron, y para siempre, los tiempos de una Rama Judicial mendicante que tenía que implorar al Ejecutivo por los elementos más básicos para poder cumplir su función.

El mensaje debe ser claro: quienes temen que el Consejo Superior Judicial implique un paso atrás en la conquista de autogobierno de la Judicatura pueden estar tranquilos, porque el Gobierno cree tanto como ellos en este principio como uno de los pilares esenciales del Estado Social de Derecho. Lo que la Reforma hace es modificar la arquitectura institucional del Consejo para garantizar que no existan cortos circuitos entre este y las distintas jurisdicciones. Muchas veces, necesidades sentidas de las jurisdicciones no encuentran un cauce adecuado por el simple hecho de que no tienen representación en el actual Consejo.

Miren: nuestro actual Consejo Superior de la Judicatura es un ente sui generis en el derecho comparado. Estudios serios como el realizado por el BID y titulado *“El estado de las reformas del Estado en América Latina”*, dan cuenta de que Colombia es prácticamente el único país de la región donde las Altas Cortes no tienen asiento en el máximo órgano de gobierno de la Rama. La nueva composición del Consejo por la que aboga el Gobierno no es, en consecuencia, un capricho, sino la respuesta a una necesidad: Fortalecer con los Presidentes de las Altas Cortes y con expertos en administración, economía y finanzas, el manejo del presupuesto y la planeación de la Rama.

Otro aspecto de la Reforma que tiene que ver con la independencia judicial es el de los periodos de los magistrados. En el constitucionalismo existe un consenso en el sentido de que la independencia judicial sólo se puede garantizar con periodos largos, con magistrados cuya permanencia en el cargo no dependa de los vaivenes de la política. En consecuencia, el Gobierno considera conveniente que dichos periodos se amplíen de 8 a 12 años. Esta disposición se complementa con otra para que el tiempo mínimo de ejercicio para acceder a la magistratura sea de 20 años, en vez de los 10 que consagró la Carta del 91. Así, aspiramos a que el paso por las Altas Cortes sea prácticamente el paso final de la carrera de los más connotados juristas del país. El magistrado que sabe que su carrera culmina en una Alta Corte toma sus decisiones ajeno a las preocupaciones sobre cuál va a ser su futuro una vez termine su periodo.

También desde la perspectiva de la independencia judicial quisiera referirme al sistema de elección de los magistrados. En la Reforma se preserva el mecanismo de la llamada cooptación indirecta, es decir, que tanto el Consejo de Estado como la Corte Suprema escogen a sus miembros de listas enviadas por el Consejo Superior Judicial. Resulta evidente que el Ejecutivo no se inmiscuye de manera alguna en este proceso, sino que es la Rama la que, autónomamente, define quié-

nes han de tener el honor de obrar como magistrados de la República. Eso sí, en el Proyecto el Gobierno se cuidó de que este mecanismo de cooptación indirecta sea de cara a la ciudadanía, en un proceso abierto donde es obligatorio que la lista de elegibles se realice por concurso público de méritos, lo cual resulta de la mayor importancia a fin de que este esquema de selección goce de la máxima confianza y legitimidad. De hecho, quienes revisen las actas de la Constituyente, encontrarán que la crítica más recurrente a la cooptación que el país adoptó tras el referendo de 1957, era que se consideraba totalmente ajena a la comunidad y que daba lugar a una magistratura corporativista.

Quisiera ahora hacer una reflexión en torno a las funciones electorales de las Cortes. El Gobierno considera inconveniente que las Altas Cortes interfieran en el proceso de elección de altos funcionarios como el Procurador, el Contralor o el Auditor, toda vez que distrae a estos órganos de su función esencial, que es, por supuesto, la de administrar justicia. Este diseño institucional, además, tal y como lo han señalado muy destacados académicos, politiza el quehacer judicial. De ahí que garantizar una verdadera independencia judicial no sólo sea blindar a la Judicatura de la interferencia de las demás ramas, sino también evitar que, innecesariamente, las Cortes se inmiscuyan en asuntos que por su propia naturaleza les deberían ser ajenos.

Así, la Reforma que el Gobierno someterá a consideración del Congreso constituye un paso importante en lo que atañe a la independencia y autonomía judicial.

3.2. Desde el principio de seguridad jurídica.

Dicho lo anterior, quisiera dedicarle algunos minutos a otro tema de gran relevancia para nuestro Estado de Derecho: el de la seguridad jurídica.

La legitimidad de nuestros jueces estará en buena medida dada por la predictibilidad de sus decisiones. Por eso es que el Gobierno propone que la jurisprudencia tenga fuerza vinculante.

Sabemos que se trata de un tema complejo. Habrán de definirse, por vía legal, aspectos medulares, como cuándo se crea un precedente judicial obligatorio. También habrá que hacer una profunda revisión de las relatorías de las Cortes, de manera tal que resulte fácil para el ciudadano, y por supuesto para los jueces, conocer la jurisprudencia vigente en cada asunto.

El argumento de que nuestro sistema de fuentes es romano germánico y no de *common law* es insuficiente para, *a priori*, desechar este cambio sustancial que redundaría en un sistema jurídico más ordenado y predecible, donde el ciudadano del común sepa qué puede esperar de las decisiones de sus jueces.

Aprovecho este escenario para recordar que en estudios como el del Foro Económico Mundial, uno de los aspectos que resultan más críticos para el país es el del funcionamiento del sistema judicial. Aparte de la consabida congestión, me temo mucho que la baja calificación que Colombia recibe en el reporte tiene que ver con el hecho de que cada vez hay una mayor percepción de que las decisiones judiciales no son tan coherentes como deberían ser.

La obligatoriedad de la jurisprudencia no es el único cambio propuesto que apunta en la dirección de lograr actuaciones judiciales más predecibles. El Gobierno también propone que cuando se trate de normas tributarias, penales o de aquellas referentes al ahorro público, opere la figura del control previo de constitucionalidad. No tiene sentido seguir expidiendo normas que al entrar a regir generan unos determinados efectos jurídicos para que pasados unos cuantos meses sean declaradas inconstitucionales por la Corte. Nos hemos cuidado, sin embargo, de que en el proceso de revisión de estas normas la ciudadanía tenga un papel activo. Gracias a la acción pública de inconstitucionalidad, centenaria en Colombia, la comunidad ha sido guardiana del orden constitucional, y el hecho de que se instaure el tipo de control mencionado no puede afectar ese gran patrimonio de nuestro constitucionalismo.

Otra modificación que sabemos que es polémica tiene que ver con la posibilidad de que la Corte, al hacer el análisis de una determinada ley, pueda devolverlo al Congreso para que subsane los vicios, ya no sólo de forma, sino también de fondo de los que pueda adolecer. Con ello, la legitimidad de la Corte queda absuelta de cualquier crítica en relación con el poder de legislar vía condicionamientos de fallos.

Algunos críticos han manifestado que esta nueva facultad sería abrirle el camino a una colegislación por parte de la Corte. Tal crítica resulta infundada, porque será el Congreso el que siga teniendo la última palabra. Lo único que hace la norma es darle al Congreso la posibilidad de “*enmendar la plana*” en la hipótesis de que la ley sujeta a la revisión de la Corte contraría principios y normas de la Carta.

También en aras de fortalecer la seguridad jurídica, el Proyecto prohíbe que las sentencias de la Corte tengan carácter retroactivo. De igual forma, estipula que la Corte pueda suspender normas que esté estudiando, instituyendo una especie de suspensión provisional, tal y como ocurre en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en relación con la suspensión de actos administrativos que autoriza el artículo 238 de la Carta Política.

Como podrán ver, todas estas son propuestas dirigidas a mejorar el control constitucional, en el que Colombia, lo repito, tiene una larga tradición. Los colombianos, en tratándose del control constitucional, siempre hemos sido crea-

tivos. Lo fuimos hace cien años, cuando por primera vez en el mundo este país consagró la acción pública de inconstitucionalidad, un mecanismo que les permite a los ciudadanos velar directamente por la supremacía de la Constitución. Así como tuvimos hace cien años la visión para instaurar la figura, podemos tenerla ahora para perfeccionarla.

Cierro este análisis con el tema de la tutela. El desafío que el país tiene ahora es lograr que la tutela siga cumpliendo su loable propósito sin menoscabar el principio de seguridad jurídica.

En ese sentido, el Proyecto avanza bastante. Contiene una regulación para evitar el famoso “*choque de trenes*” que tanto daño le causa al sistema judicial y a la confianza que debe despertar entre la ciudadanía. Algunos afirman que la norma es inocua porque cada vez el fenómeno es menos recurrente en virtud de acuerdos entre las distintas corporaciones. Nada garantiza, sin embargo, que al renovarse las Cortes no vuelva a presentarse de nuevo. Por ello la necesidad de resolverlo de una vez por todas por la vía constitucional. La fórmula propuesta por el Gobierno es que la decisión de tutela de las Salas Plenas de la Corte Suprema o del Consejo de Estado pueda ser revisada por la Sala Plena de la Corte Constitucional.

Finalmente, el Proyecto prevé el aumento de los posibles operadores de Justicia. Permite que, en virtud de lo que establezcan las leyes reglamentarias, se dote a funcionarios judiciales distintos de jueces y magistrados de funciones jurisdiccionales, así como a notarios, abogados en ejercicio y centros de conciliación y arbitraje. Estamos seguros que lo anterior será útil para descongestionar la Justicia e imprimirle celeridad a los procesos judiciales.

4. Conclusión

Se darán cuenta: es mucho lo que está en juego. La Reforma es profunda, modifica aspectos sustanciales de la Justicia en Colombia. De aprobarse, el país dará un paso sin precedentes en esta materia.

El Gobierno aspira a que el diálogo continúe y celebra que espacios como este lo permitan. De eso se trata: de perfeccionar las instituciones con el concurso de todos.

Muchas gracias.

LA PERSPECTIVA COMPARADA

REFLEXIONES EN EL MUNDO

JUECES Y DEMOCRACIA¹

Por: Bjarne Melkevik

Profesor de ciencia jurídica en la Facultad de Derecho de la Universidad de Laval (Québec – Canadá).²

Abordar un tema como el de “jueces y democracia” inspira o llama a la humildad. Pudiendo ser abordado desde un ángulo u otro, la inspiración que suscita este tema no tiene límites. Conviene sin embargo circunscribir nuestro sujeto de estudio situando primero nuestros propósitos en el interior de la filosofía del derecho, para luego concebir el tándem “jueces y democracia” como un rompecabezas, si se nos permite la expresión, en donde cada pieza debe encontrar su lugar en beneficio de la composición. De ello se deduce que la pieza “juez” se explica con otra, la “democracia” y que estos dos elementos, tomados en conjunto con otras piezas, nos llevan hacia nuestra responsabilidad democrática, en calidad de autores-actores del derecho, para hacer funcionar adecuada y armoniosamente una sociedad que está comprometida con la democracia y la modernidad jurídica. Un Estado de derecho, o incluso la exigencia de un “Reino de derecho”, no puede, en ese sentido, tomar la forma de una aristocracia judicial (como así se reivindica frecuentemente en la doctrina constitucional francesa) pues ese Estado de derecho constituye una de las garantías, o “escudo”, en la cual la democracia se apoya para nunca caer en su significado opuesto. El rol del juez, judicial o constitucional, consiste entonces en actuar en consecuencia, es decir, actuar como

1 Texto traducido del francés al español por el profesor Andrés Rodríguez Gutiérrez.

2 Nuestro agradecimiento a la Embajada de Canadá en Bogotá, Colombia -por intermedio del Programa de relaciones académicas internacionales de los asuntos extranjeros y del comercio internacional de Canadá- por la subvención financiera que nos permitió participar en ésta conferencia.

instancia de democracia, de constitucionalidad y de derecho. En otras palabras, el rol del juez consiste en *servir* a la democracia, la constitucionalidad y lo jurídico.

Mas allá de contextos particulares, que él sea canadiense o colombiano, o que se trate incluso de algún otro país, conviene volver, con ayuda de los objetivos ya mencionados, sobre algunos tópicos – algunos “lugares” en el sentido de la cultura jurídica clásica – que ilustran nuestros propósitos. Nuestra elección, sin sorpresa, reposa entonces sobre los siguientes elementos, a saber (1) la “función moderna de juzgar”; (2) el juicio y el aprendizaje democrático; y finalmente (3) el rol del juez en la construcción de un “nosotros jurídico”. Pero antes de abordar discursivamente estos temas, una visión mas larga se impone frente a nuestra manera de pensar la “democracia y (el) derecho” en lo que tiene que ver con el oficio judicial. Comencemos por ahí.

1. Democracia y derecho

Según nosotros, el juez se encuentra al servicio de la democracia, de la constitucionalidad y de lo jurídico, entendido como una unidad de reciprocidad haciendo referencia a nuestra voluntad común de vivir dentro de una *res república*. El juez se encuentra al servicio de esta *res república* y no trabaja para el régimen político de turno, sino para los propietarios del derecho y de la constitucionalidad, es decir los individuos de carne y hueso en su calidad de autores-actores del derecho. Dentro de tal concepción, no existe contradicción entre democracia, constitucionalidad y lo jurídico, estas tres nociones se conjugan la una con la otra para formar la armadura de una sociedad deseada política y democráticamente! Para comprender dicho modelo, primero es necesario exponer su opuesto.

El modelo liberal de no-reciprocidad

El modelo liberal de no reciprocidad entre democracia y derecho coincide con el constitucionalista austriaco Hans Kelsen, pues él es su más eminente representante.

Volvamos entonces a Kelsen, a su tesis según la cual es la naturaleza del régimen político la que determina tanto la constitucionalidad como lo jurídico y en consecuencia, el Juez estatal (no obstante su lugar en la jerarquía judicial) sirve “el hecho consumado” de ese régimen frente a la constitucionalidad y a lo jurídico. La enseñanza de Hans Kelsen consiste en afirmar que un régimen político es una realidad de eficacia que acapara el sistema judicial y el legislativo y en consecuencia, al fin de cuentas, todo el régimen político, que el sea democrático o

dictatorial, autocrático o teocrático, monárquico o republicano, determina el “derecho” en consecuencia. Si Kelsen, hombre de una Izquierda social-demócrata, defiende con rigor un régimen político democrático, él discute toda relación de reciprocidad entre democracia y derecho. La una no va con la otra pues es la eficacia de un régimen político lo que decide sobre la naturaleza del derecho.

Recordemos en ese sentido que la teoría de Kelsen comienza en la cima de la pirámide, es decir “En lo alto” y en ausencia absoluta de cualquier acto o de cualquier reconocimiento de la actividad humana. “En lo alto” se sitúa el régimen político que se manifiesta tal y como es, es decir, democrático o dictatorial, autocrático o teocrático, monárquico o republicano. En consecuencia, el régimen político impone por “En lo alto” para decidir la constitucionalidad y lo jurídico. De ello se desprende una lógica que comienza por “En lo alto”, que se determina por “En lo alto” y que “regresa” hacia “En lo alto”. Se trata entonces de una tesis en donde lo jurídico y la constitucionalidad se encuentran al servicio de ese “En lo alto”, no se cultivan jamás de manera autónoma, sino más bien en calidad de “anexo” a un régimen político. La “naturaleza” del régimen político se resume en la no-autonomía de la constitucionalidad y de lo jurídico, y la tarea de todo juez se convierte entonces en ser fiel y al servicio del régimen de turno. El rol del juez será de respetar su lugar en el régimen político y actuar como agente de este último. Si dicha posición le acarrea un problema de “conciencia”, al juez no le queda más que renunciar a su puesto para de esa manera reencontrar su libertad como actor político.

Siguiendo ese razonamiento, hay “derecho” por todas partes sobre la tierra, allí en donde hay regímenes políticos y nosotros podemos sentirnos felices de vivir en un régimen político democrático pues ello procura, tanto al nivel del derecho como al de la constitucionalidad, un excedente apreciable e indispensable de libertad y de felicidad. Si entonces una cierta reciprocidad entre democracia y derecho podía eventualmente ser discutida, ella no será más que un feliz accidente histórico y sobre todo la dicha para el pueblo que puede disfrutar de ello. En ese sentido, nosotros tenemos razón de regocijarnos de vivir, y de hacer parte de un país democrático, y de ponderar políticamente (y diplomáticamente) los valores democráticos para países y pueblos que no disfrutaban jamás de ellos. Nosotros podemos entonces, en toda legitimidad, favorecer una política de democratización mundial.

Si es fácil apreciar la construcción intelectual de Hans Kelsen y constatar la manera a través de la cual esa construcción hace nacer todo un vocabulario y un imaginario constitucional, ver incluso cómo dicha construcción nos procura, como jurista y constitucionalista, una “tranquilidad” al interior del sistema que es fácil de apreciar, es sin embargo necesario recusar, por principio, toda tesis de “no autonomía” de la constitucionalidad y de lo jurídico, de ahí el interés de examinar

el otro modelo, es decir, el modelo de reciprocidad, ver de co-originalidad, entre democracia, constitucionalidad y lo jurídico.

El modelo de la reciprocidad entre privado y público

Ese modelo pondera la reciprocidad de las autonomías privada y pública en lo que tiene que ver con la democracia, la constitucionalidad y lo jurídico. Ese modelo puede incluso resumirse en una frase que de hecho constituye una reivindicación práctica: nosotros queremos vivir libres en una *res pública* libre.

Mientras que un régimen democrático representa la forma moderna de un vivir “libre” nosotros, como propietarios del derecho y de la constitucionalidad, reclamamos una reciprocidad entre “democracia y derecho”. Ese modelo sostiene entonces que toda cuestión relativa al régimen político no depende sino de los individuos, de su consentimiento y de su voluntad. En resumen, corresponde a los individuos apoyar su régimen político y por esa vía su orden constitucional y jurídico y, evidentemente, su orden judicial.

Comprendamos bien: para defender dicha exigencia, tanto política como jurídica y constitucional, nosotros no tenemos necesidad de un metateoría, así ella sea de derecho natural o del positivismo jurídico, no se necesita mas que de un fundamento en razón o de un fundamento sobre principios éticos, pero únicamente una instancia sobre ese “nosotros queremos” que nos compromete ahora y que, históricamente, principalmente en un contexto “occidental”, ha comprometido tanto a hombres como a mujeres que tienen el deseo de caminar con la frente en alto dentro de una sociedad libre. Precisemos entonces que en ese sentido, ese “nosotros queremos” no tiene “naturaleza positivista” o esencia ontológica o metafísica, pero que proviene de nuestra voluntad política de “vivir libre”.

Siguiendo dicho modelo, la democracia y el derecho se conjugan y deben pensarse en reciprocidad pues nosotros somos los “propietarios” de la democracia y del derecho. Todo ello nos corresponde propiamente. Quitárnoslo sería un “robo”; es un atentado a nuestra libertad, a nuestra voluntad de vivir libres en un “*res pública* libre”, un atentado a una constitucionalidad y a un jurídico diseñados a nuestra medida.

De ello se deduce que si la democracia y el derecho van de la mano, nosotros no nos encontramos jamás en una posición confortable de neutralidad por encima de la polémica, sino siempre comprometidos en nuestro tiempo, en nuestra sociedad, en nuestra modernidad y sobre todo dentro de nuestro “derecho democrático” y en nuestra “constitucionalidad jurídica”. Nosotros nos encontramos comprometidos, que lo queramos o no, pues en calidad de actores y autores del derecho se

trata de nuestras decisiones, por insignificantes y pequeñas que ellas sean, las que producen la sociedad en la cual nosotros vivimos y que producen, evidentemente en lo que tiene que ver con los autores-autores en un primer plano, lo constitucional y lo jurídico. La cuestión no radica entonces en introducir un nuevo concepto de “democracia” o incluso perfeccionarle sus contornos, sino en asegurar que los parámetros de lo público y de lo institucional correspondan, lo más posible, al deseo de los coasociados de vivir libremente en una “*res pública* libre”.

Una toma de posición

En resumen, se trata de dos maneras de pensar, de entender y de actuar completamente diferentes y que desembocan en resultados totalmente divergentes. Si uno de esos modelos, el primero, el de Kelsen, se ve atribuir la tarea de escribir heurísticamente una doctrina de constitucionalidad y derecho de Estado, el otro modelo tiene por objeto recordarnos nuestro rol y nuestra responsabilidad en calidad de autor-actor en el rompe- cabezas constitucional y jurídico que caracteriza nuestra modernidad. Visto de esta manera, el modelo de reciprocidad entre derecho y democracia absorbe el modelo de no-reciprocidad, pues ese modelo cobija al jurista y al constitucionalista en calidad de actores dentro de la idea de vivir libre en una *res pública*. Actor y en consecuencia un participante, participante y entonces responsable, pues en fin de cuentas es siempre, nosotros lo defendemos con ardor, nuestra voluntad la que es interpelada.

Si nosotros tenemos razón, en todo o en parte, dicha reciprocidad entre derecho y democracia se revela propicia para poner frente a la luz la responsabilidad del juez de nuestros días. Un juez que debe a partir de ahora en su calidad de actor, estar al “servicio” de ese modelo.

2. Sobre la función moderna de juzgar.

En efecto, la primera consecuencia de la tesis de co-originalidad entre “derecho y democracia” concierne a la manera por la cual opera la “función de juzgar” frente a la “legalidad” y a la “legitimidad”. De hecho, esa tesis de co-originalidad entre “derecho y democracia” se concretiza, a nivel judicial, con la reciprocidad entre “igualdad y legitimidad”. Si la concepción clásica introduce la “legalidad” y la “legitimidad” en vasos cerrados, sin comunicación, conviene pensarlos el día de hoy tanto dentro de su propia lógica, como en comunicación la una con la otra al nivel de la democracia y del derecho. Expliquemos esos propósitos recusando primero esa no-comunicación, para considerar enseguida “legalidad” y “legitimidad” en comunicación sobre el nivel de la argumentación judicial.

Comprender la legalidad y la legitimidad en paralelo

No existe mucha diferencia entre un partidario del ius-positivismo y otro del ius-naturalismo en lo que tiene que ver con el paralelismo entre “legalidad” y “legitimidad”. Sin embargo, por razones diferentes que no nos interesan aquí, tanto el uno como el otro funcionan con una lógica que reproducen intelectualmente de un lado la “legitimidad”, que es siempre entendida y pensada de una manera extrajudicial o contraria a cualquier exigencia de derecho y, de otro lado, la “legalidad” entendida y respetada en su dimensión la más concreta y “positivista” posible. En otras palabras *nosotros*, los juristas, hemos entendido el mentado paralelismo siguiendo el paradigma de lo “político” de un lado y el “derecho” del otro, y así surge entonces la consecuencia, a la vez lógica y previsible, según la cual nosotros no somos competentes en todos los terrenos y nos es necesario abordar con prudencia un terreno tan apasionante y apasionado como es el de la política.

Si entonces la política es entendida como el lugar de selección por excelencia de la legislación y de los textos constitucionales, de ello también se deduce que el mentado lugar existe en una exterioridad frente a toda empresa jurídica y judicial. De ello se desprende que todo discurso sobre la injusticia y la iniquidad de la legislación o de las disposiciones de un texto constitucional no comprometen si no al contestatario y la fracción a la cual el o (ella) pertenece, el espacio público está entonces ahí para él y los suyos con miras a obtener cambios.

Existe algo profundamente sano en ese paralelismo entre “legalidad” y “legitimidad” en ese sentido que nos muestra sin sombra de duda la seriedad que toma la cuestión del derecho en nuestra contemporaneidad, además que el mentado paralelismo constituye, sin decirlo abiertamente, una membrana de protección a favor del mundo jurídico (y sobre todo del mundo judicial) contra el mundo político y contra el abismo que representa toda dependencia indebida que atente contra la “legalidad”. En consecuencia, es fácil comprender que la insistencia, tanto histórica como jurisprudencial, sobre la “legalidad” constituye de hecho una baranda, un muro impenetrable, contra una sumisión total e incondicional a las fuerzas políticas (o inclusive, en algunas partes del mundo, teocráticas e ideológico-totalitarias).

Positivo y en consecuencia pertinente, pero también un sentimiento de desaliento, produce la constatación de que todo ello es pensado “desde arriba” dentro de una lógica unilateral de distribución de competencias en donde brilla por su ausencia un elemento que se convirtió – en nuestra actual modernidad jurídica y política – primordial e ineludible, a saber, el ciudadano de carne y hueso y sobre todo su rol de “propietario” único y primero del derecho. Se echa de menos entonces esa instancia de los propietarios del derecho y su voluntad de vivir en una

sociedad bien ordenada en donde la palabra “derecho” posee entonces todo su sentido moderno.

Argumentación y sentencia

Todo esto nos lleva a la argumentación, al hecho según el cual es únicamente el día de hoy en la argumentación puede, jurídica y constitucionalmente, hacer el enlace entre la legalidad y la legitimidad. De hecho, la argumentación práctica y judicial representa el lugar por excelencia en donde se casan y se conjugan la legalidad y la legitimidad.

Recordemos en ese sentido que, teniendo en cuenta que la cuestión de los derechos fundamentales y el marco constitucional hacen referencia a los textos históricamente situados, el sentido que el proyecto jurídico debe dar a esos textos debe siempre ser actualizado en un proceso que no puede ser únicamente interpretativo. El hecho de la interpretación no consiste en descubrir o en revelar algún sentido escondido o eminente, o incluso histórico o “liberal” sino que, más radicalmente, consiste en tomarle el pulso al proyecto mismo de la auto-legislación.

De hecho, el paradigma de la auto-legislación democrática toma en consideración la interpretación como un proyecto dinámico para reencontrarla incluso al mismo nivel de los argumentos y de las razones que podemos nosotros honrar el día de hoy. Conviene enterrar el conflicto interpretativo entre los partidarios de un sentido “original” y los partidarios de los valores “liberales” pues ninguna interpretación en el campo del derecho puede deshacerse de las interpretaciones que se les ofrecen históricamente (y sistemáticamente), de la misma manera que es igualmente cierto que una interpretación actualizada está irremediamente sometida a la libertad judicial (y jurídica) que no puede verificarse sino a través del nivel argumentativo. Ello quiere decir que es necesario someter el proceso de interpretación a la auto-comprensión de los autores y de los destinatarios de los derechos al nivel argumentativo. Es necesario sobretodo que la interpretación y la argumentación alrededor de los textos jurídicos sean concebidas como una empresa común. En otros términos, es necesario que el resultado de la interpretación pueda ser compartida de manera inter-subjetiva entre todos los coasociados jurídicos y que ese resultado de la interpretación expresan una comprensión de los autores del derecho que concurren con la identidad de la comunidad jurídica, es decir, un “nosotros” jurídico.

Dicha concepción de la interpretación frente a los textos legales debe necesariamente encontrarse dentro de la argumentación. En un momento dado, el proceso interpretativo quiere “saltar” hacia el desarrollo de argumentos relativos a aquello que debe ser “justo” para nosotros o que debe satisfacer el bien común

que nosotros queremos realizar. Dirigiéndonos a ese nivel argumentativo, conviene resaltar que la legalidad debe hacerse, sostenerse y prolongarse con argumentos y motivos. Que ese proyecto se inscriba dentro de la argumentación se ve de una manera privilegiada dentro del rol de la dialéctica que sirve para confirmar el rol y los intereses de los autores del derecho. De hecho, la argumentación sirve para examinar las narraciones, las interpretaciones, las informaciones y los deseos, tanto en el plano individual como en el plano social y normativo, como lo expresan los coasociados en su calidad de, en un primer tiempo, autores, para luego, afirmarlo, en un segundo tiempo, en calidad de actores de sus narraciones. El objetivo que se define en el nivel argumentativo consiste en filtrar los argumentos para seleccionar a la vez los buenos argumentos y los motivos situados, procesalmente, al interior de un proyecto de legalidad. Es de esa manera que el proceso judicial actualiza la legalidad y la legitimidad en beneficio de los autores-actores del derecho.

La argumentación como antídoto contra todo dogmatismo

Con dicha comprensión de la “legalidad” y de la “legitimidad”, entendidas la una dentro de la otra, la función de juzgar será siempre la de comprender los autores-actores del derecho dentro de una argumentación abierta. Lo propio del derecho no puede nunca jamás ser la instancia interpretativa, ni tampoco englobarse dentro de las teorías de la interpretación que se aglomeran frente al tribunal. De hecho, esas teorías de la interpretación, llamadas de “derecho”, se convierten en contraproductivas y nefastas, pues ellas captan entonces el interés, en su propio detrimento, y oscurecen el lado práctico del derecho potencialmente realizable.

En ese sentido, existen razones para rechazar una tendencia cada vez más fuerte en la teoría del derecho que consiste en utilizar el paradigma “interpretativo” como “vehículo” o método para hacer aceptar posiciones o filosofías particulares, o extra-jurídicas y éticas. La inflación de tales teorías o incluso de “nuevos conceptos” esparcidos al viento a título de fundamento, como por ejemplo la super-constitucionalidad, la infra-constitucionalidad, la constitución no escrita o incluso las reglas constitucionales no escritas, los principios constitucionales y así sucesivamente (sin ningún tipo de preocupación por la integridad!), nos dice bastante sobre ese particular deseo de dopar la posibilidad del derecho en beneficio de la teoría, que ella sea utilizada como fundamento o técnica de análisis. El riesgo aquí es que el paradigma de la interpretación se convierta en un señuelo para el espíritu y una justificación en sí misma, de ahí el elevado riesgo de dogmatismo y de miopía, allí donde justamente se necesita todo lo contrario. Concentrándonos en el aspecto argumentativo, es necesario insistir en el hecho

que son las “voces” las que deben guiarnos y convencernos dentro de nuestra preocupación por la comprensión.

3. Sobre la filosofía del juez moderno

Si nosotros tenemos razón en lo que tiene que ver con la tesis de la co-originalidad entre “derecho y democracia”, de ello se desprende entonces que el día de hoy el juicio judicial debe comprenderse en la exigencia de un “dar cuenta” democrático. Más allá del simple hecho de que un juicio judicial constituya el “derecho” para las partes directamente implicadas, conviene entenderlo más allá de ello y sobretodo considerarlo como un componente de un proceso de aprendizaje extendido frente a la constitucionalidad y a lo jurídico. El juicio judicial no debe ser concebido como un resultado final, sino como un “*momentum*” en un dialogo “comunicacional” siempre en movimiento.

Examinemos ese diálogo bajo dos aspectos, primero, el carácter de “inconcluso” ahora apegado a todo juicio judicial en calidad de rendimiento de cuentas democrático, para analizar enseguida, lógicamente, esa no finitud que hace insertar, positiva o negativamente, todo juicio judicial dentro de un proceso de formación de voluntad y de opinión democrática.

Un rendimiento de cuentas democrático

Una filosofía moderna del juez no puede hacer caso omiso a los clamores de este mundo, ni a las voces bajas o, incluso, a la voz inaudible. El “juez” en su calidad de cruce de expectativas, o incluso el juicio judicial, es objeto de juzgamiento y sobre todo un instrumento que permite escuchar las voces que le llegan por la vía argumentativa.

Las opiniones que expresan la gente del común deben ser respetadas y consideradas pues ellas integran un terreno fértil en donde se desarrollan las interpretaciones y los argumentos en donde se concretizan los juicios dentro de nuestros asuntos políticos, sociales, económicos y constitucionales. Si en el campo del derecho, reafirmémoslo, no se constituye de ninguna manera en una “interpretación” (o incluso : “traducción”) – lo cual nos lleva ineludiblemente a una concepción teológica-política (sin embargo enteramente laica y mas bien pagana) la cual conviene evitar como si se tratara de una peste – admitamos que todo asunto relativo al derecho se presenta *a priori* como una “argumentación” y sobre todo como estructurado sobre el modelo de una argumentación a la espera de un juicio, del juicio de los co-asociados. La realidad jurídica que se nos presenta hace hincapié sobre el individuo y sobre los recursos individuales disponibles a favor

de un derecho moderno. Al fin de cuentas, todo asunto del derecho se confirma o se traiciona al nivel de los individuos!

Es oportuno subrayar que hacer juicios públicos no es ciertamente la misma cosa que tener y formular opiniones. Contrariamente a muchos filósofos del derecho que adoptan demasiado rápidamente una actitud de desprecio y de desdén frente a las opiniones, convengamos que no se trata sino de una confesión de su desdén y de su idealización de una filosofía de las “alturas abiertas”. Lejos de tales callejones sin salida, reconozcamos el interés y el respeto de sus opiniones, cualquiera que sean, de la manera en que ellas se expresen fielmente lo que se piensa y se siente en una sociedad. Es necesario escuchar atentamente pues las “opiniones” nos permiten comprender, tanto como sea posible, los motivos, las expectativas y la moral de los co-asociados; en resumen, ellas nos dan una visión general de la “vida interna” de los hombres y mujeres del común. ¿Por qué entonces privarse intelectualmente de una de las fuentes más importantes para comprender el compromiso de los individuos a favor del derecho y sobretodo de su voluntad de instaurar un juicio jurídico a su medida como medio de arreglar sus controversias?

No hay nada que pueda “fundarse en razón” en lo que tiene que ver con el derecho. Dicho discurso no revela solamente ingenuidades, sino que también expresa el orgullo de los filósofos soñolientos y el apego irracional que ellos manifiestan a su “sistema”! Frente a ellos, retengamos que el derecho no tiene ningún fundamento y que si existen autoridades, no es menos cierto que nosotros navegamos siempre con los medios que se tienen a bordo. El horizonte de una solución jurídica para nuestras querellas depende de nuestra voluntad y de nuestro compromiso —e igualmente de los sanos recursos de la tradición jurídica— a favor de un resultado en derecho. De hecho, es sobre los sanos recursos que es necesario insistir, tanto entre los coasociados como entre los juristas, recordando que el derecho es siempre escrito en forma de “hacer”.

De otro lado, nada cambiaría sin un espíritu democrático, es decir sin una conciencia democrática entre los hombres y mujeres, una conciencia que tenga confianza en un derecho posible y que ha sido de una gran ayuda para formar las sociedades occidentales y modernas. Dicho espíritu democrático, o inclusive esa conciencia de un derecho posible hecho por y para nosotros, no siempre cae del cielo. Él se construye paso a paso gracias a nuestro compromiso, nuestra voluntad, nuestras opiniones y juicios públicos que se hacen libremente y sin restricciones. Es un trabajo de Sísifo el que nos espera — y ciertamente mil años no serán suficientes!

Sobre la formación de la voluntad y de la opinión

Una filosofía del juez nos hace un llamado a la cuestión de la formación de la voluntad y de la opinión. Es necesario resaltar en ese sentido que nos está prohibido pensar en esa formación como la tarea de una élite iluminada, así sea un juez o un tribunal. Es necesario recusar toda comprensión que hace del juez un nuevo maestro para educar, guiar o iluminar al pueblo. Dicha concepción no posee ningún valor, sino el de vehicular un paternalismo (o maternalismo) contraproducente y displicente. Es necesario entonces comprender este asunto de otra manera.

Se trata entonces de destacar el hecho según el cual la voluntad y la opinión “públicas” tienen principalmente dos funciones. Una consiste en apoyar la formación de un “nosotros jurídico” allí en donde no existe objetivamente sino una pluralidad de “yo”. En ese sentido, la promesa de la auto-legislación que caracteriza tan bien la modernidad jurídica que necesita hacer concordar la autonomía privada y pública, lo cual no puede considerarse sino dentro de una formación de la voluntad y de la opinión. La otra función consiste en poner en marcha la tematización de nuestra situación individual, social o cultural y las perspectivas de cambio que nosotros queremos aportar. Es dentro del proceso de formación de la voluntad y de la opinión que nosotros debemos reencontrar los argumentos y las informaciones que pueden permitirnos entender las divergencias entre los diversos puntos de vista para de esa manera apreciarlas en su justo valor.

De ello se deduce que la formación de una voluntad y de una opinión pública reenvía entonces a los demócratas que desean vivir dentro del marco de un proyecto jurídico común y a su medida. La legitimidad es de esa manera implantada dentro de las mentalidades modernas y democráticas, con hombres y mujeres que son conscientes de su “derecho” a ser autores, actores y destinatarios del derecho, conscientes de su “derecho” de tomar sus recursos personales disponibles. Ello exige que todo aquello que pueda ser considerado como legítimo deber ser aprobado por los coasociados del proyecto jurídico moderno, en su calidad de autores-actores.

De ello se desprende que un juicio judicial, como elemento de nuestro rompecabezas, se dirige, además del destinatario inmediato, a la conciencia de los demócratas. Ese juicio judicial se dirige al espacio público sin gloria y sin autoridad para provocar debates en dicho espacio, así como discusiones y sobretodo la toma de posición frente a un sí o un no. Ahora bien, a menudo el “no” hace ahora honor a nuestra modernidad jurídica que un “sí” servil!

Sobre la relatividad de toda cosa

Si la competencia judicial toma su fuente de la voluntad de los autores-actores de “vivir libres en una *res pública* libre”, de ello se infiere que esta competencia termina frente a la conciencia democrática de los ciudadanos incluidos dentro de su propia dimensión política. Una vez admitido que los coasociados deberían estar incluidos dentro de su capacidad de autonomía, es entonces la lucha contra lo arbitrario y contra el poder del hombre-sobre-el-hombre que debe preocuparnos.

4. Sobre un “nosotros jurídico” moderno

El último aspecto sobre el cual nosotros queremos decir algunas palabras concierne al rol fundamental que juega el paradigma de un “nosotros jurídico” en la función del juez. Si, en su calidad de director del proceso, el juez enuncia la norma a aplicar en último lugar, él lo hace a partir de los argumentos y de las razones expuestas ante el tribunal. El juez sopesa los argumentos y las razones frente a la norma jurídica a aplicar o a construir, y sobretodo, el juez efectúa el arrumaje de la norma jurídica con el estado presupuesto de las “fuentes del derecho”. Dicho paradigma inscribe la enunciación de la norma en el “nosotros” jurídico, lo cual confirma el proyecto moderno del derecho y el discurso de aplicación de las normas dentro de la perspectiva de la primera persona del plural, el *nosotros*, expresándose concretamente en el espacio jurídico. Ahora bien, esta operación se efectúa refiriéndose explícitamente al Estado de derecho en calidad de esfera pública del derecho de una sociedad moderna, democrática y pluralista. Es necesario insistir ahora sobre la estabilización del juicio judicial primero en lo que se refiere al espacio público y al juez moderno para luego, considerar el espacio público como un aprendizaje jurídico, moral y político.

El espacio público y el juez moderno

Hemos dicho que la elaboración del juicio judicial se produce dentro de uno de los espacios públicos distintivo y que ese juicio está elaborado en una lógica de controversia, de contradicción, de batalla entre los autores-actores del derecho. Esta concepción del derecho, la cual recoge su legitimidad y su legalidad en los argumentos de los autores-actores del derecho, haciendo de esa manera que la norma jurídica no sea un bálsamo conciliador a aplicar sobre las heridas de la sociedad. Antes que ser un elemento conciliador, el derecho debe ser construido en una perspectiva que asegure la juridicidad. El derecho puede entonces ser vis-

to como un proyecto, un aprendizaje jurídico frente a los derechos que nosotros podemos mutuamente proveernos en calidad de autores-actores racionales.

Insistamos sobre el espacio jurídico como uno de los lugares democráticos que permiten, a niveles individual y colectivo, la formación de una voluntad común que pueda tomar en consideración ese “*nosotros*” jurídico ya evocado. En lo que concierne al individuo, esta concepción nos permite verlo en la sociedad de su tiempo, como parte integrante de una multitud de redes de relaciones o de áreas del mundo vivido. Más importante aún, dicha concepción nos permite ver los intereses que emergen de las historias de vida y que expresan, contadas libremente, experiencias de todo lo que muestra un rostro humano. Es gracias a los recursos sacados del mundo vivido que nosotros podemos actuar como sujetos racionales, personalizados y socializados. Es aún nuestra base en calidad de depósito de normatividad y de solidaridades concretas, argumentativamente disponibles para enunciar los discursos del derecho. El espacio jurídico, en el plano individual, proporciona un lugar al hecho de vivir en sociedad, de la misma manera que una la voz al individuo concernido por los derechos que nosotros debemos mutuamente reconocer.

En lo relativo al nivel colectivo, el espacio jurídico ofrece un lugar de comunicación para estudiar por temas los intereses de todos. El espacio jurídico puede ser considerado como una escena que sirve para debatir por temas, probar y últimamente legitimar soluciones políticas y normativas. El espacio público se convierte así en el campo de la utilización pública de la razón, o más precisamente en el espacio en donde se forman y se debaten los argumentos y los motivos. La esencia de este espacio es su aspecto público, en ese sentido toda argumentación se hace frente a toda persona interesada. El espacio jurídico nos permite en suma descubrir los temas pertinentes para la sociedad en su conjunto, nos permite igualmente interpretar los valores, contribuir a la resolución de problemas y producir buenas razones descartando las malas razones. Todo ello es necesario para el moderno proyecto del derecho: las personas “ensayan” los derechos que ellas deben recíprocamente reconocerse entre unas y otras.

De ello se infiere que es conveniente comprender el espacio público como una caja de resonancia o incluso como un sistema de alerta dotado de antenas sensibles a las vibraciones a escala del conjunto de la sociedad. El espacio público reproduce, en ese sentido, lingüísticamente y comunicativamente los problemas que no encuentran solución en ninguna otra parte y representa un lugar para formular los problemas de manera convincente e *influyente*, para dramatizarlos y para proponer soluciones que permitan alimentar nuestro deseo de vivir en una *res pública* libre. El espacio público sirve, desde la óptica de la teoría de la democracia, para reforzar la presión que ejercen los problemas, de manera tal que los mismos problemas puedan ser tratados por el sistema político y últimamente ser

retomados y tratados por el conjunto de los organismos parlamentarios y eventualmente, a su manera, verse concretizados en los textos legislativos.

El juez frente al rol normativo del espacio público

Comencemos con el rol “normativo” del espacio público pues él se convierte de esa manera en el interlocutor principal de todo juez moderno. Conceptualicemos el espacio público como una estructura de comunicación, como un espacio lingüístico formado por el poder comunicativo de los individuos de carne y hueso considerados como los autores-actores de sus derechos.

El hecho de que el espacio público tenga que jugar un rol primordial frente a la legitimidad se comprende fácilmente. De hecho, el espacio público juega el rol de terreno para la auto-legislación de los demócratas, los autores-actores del derecho. Es en este espacio público en el cual se deben desplegar los argumentos y las razones en lo que tiene que ver con el proceso de definición y de selección de nuestros derechos. En ese sentido, el espacio público sirve para inventar las “medidas” que los demócratas escogen y adopten para tratar problemas o sus expectativas. Sin embargo, la verdadera prueba de la legitimidad, es su prueba factual existiendo efectivamente en el mentado espacio público.

El espacio público posee una historia que ha podido realizarse desde los inicios de la modernidad para concretizarse enseguida como cultural, política, social y jurídicamente existente. Así las cosas, el problema del espacio público viene de su artificialidad y de la constatación de que ese problema es a menudo monopolizado por fuerzas económicas, políticas, etc. Es necesario entender que el espacio público debe funcionar a partir de premisas con diversas formas de heterogeneidad. La legitimidad, que puede hacerse efectivamente en el espacio público, no puede en consecuencia sino depender de un ideal normativo comunicativo de igualdad y de libertad, a menudo difícil de realizar en nuestras sociedades modernas.

Al lado de la distribución desigual del poder, se encuentra el hecho que el espacio público pueda, en nuestra modernidad, ser manipulada continuamente, desviada, despolitizada, etc. Peor aún, la desigualdad económica, política o simplemente simbólica, puede ser pervertida hasta convertirse incluso en una amenaza para la democracia. Existen entonces razones para estar atentos frente a la posibilidad de la manipulación de informaciones pudiendo desviar el espacio público de su rol normativo.

Sin embargo, mas allá de todo lo que nosotros podamos decir sobre la situación a menudo muy desigual del espacio público, es necesario resaltar, dentro de

una perspectiva no-metafísica, que nosotros no poseemos de otros recursos para vivir la experiencia de la legitimidad. En consecuencia, es importante insistir continuamente en la perspectiva tendiente a reforzar el rol del espacio público, de la misma manera que es importante reforzar la exigencia moderna de expulsar toda manipulación, engaño, demagogia, etc, frente a ese mismo espacio público. De la misma manera que la democracia ha puesto de presente durante mucho tiempo la exigencia de igualdad, todo debe hacerse para frustrar la manipulación dentro del espacio público. En efecto, si la no-fundación de la legalidad no hace sino confirmarla como abierta, si la legalidad institucional es procesal y democrática, de ello se deduce racionalmente que la legalidad, vista a partir de la sociedad o de la *periferia*, debe ser siempre considerada como en gestación, en evolución.

Conclusión: Responsabilidad jurídico-democrática.

Llegando al final de nuestro rompecabezas, conviene en último lugar insistir sobre nuestra responsabilidad de asegurar que la palabra “juez” suene agradable a los oídos de los ciudadanos y que la noción de “democracia” no será considerada como una farsa realizada a expensas de los ciudadanos. Si el trabajo de los jueces apenas ha cambiado técnica y procesalmente, un enorme cambio está en curso de producirse frente al marco democrático en donde se efectúa ese trabajo y sobre todo frente a las expectativas que los ciudadanos expresan el día de hoy frente a los tribunales judiciales o constitucionales en las democracias modernas y avanzadas. Conviene estar siempre atento y asegurar la responsabilidad jurídico-democrática que concierne a todos quienes practican el derecho y evidentemente al juez en su calidad de actor de la constitucionalidad y de lo jurídico al servicio de lo “nosotros jurídico”.

Si nosotros tenemos razón diciendo que es necesario comprender el tema “juez y democracia” por su componente más pequeño, es decir el “propietario del derecho”, es necesario teorizar aún más la cuestión de la “responsabilidad” y concebirla como responsabilidad jurídico-democrática. Es necesario entender ese concepto como un “rendimiento de cuentas” o un “dar cuenta”, todo entendido como un orden democrático que se caracteriza por el hecho según el cual todo poseedor de un “poder”, de una “decisión” o de una “gerencia”, se ubique dentro de una lógica en la cual él debe “rendir cuentas”. Todo “poder”, toda “decisión”, toda “gerencia”, todo “juicio” no debe hacerse sino para y en nombre de todos, de todos los ciudadanos en tal calidad y sobretodo en su calidad de “propietarios del derecho” (y de la constitucionalidad) dentro de la realización del “nosotros jurídico”. “Rendir cuentas” significa que toda carga pública se acompaña, ciertamente de una necesidad de justificación y de legitimación dentro de los textos legislativos y constitucionales, pero igualmente frente a los “propietarios del derecho”.

Visto de esta manera, es necesario saber que si el “*poder*” judicial ama ser escondido bajo la sombra de oficinas oscuras, es necesario exigir que ese poder se exponga, que él se haga “público”. El ejercicio del “poder” debe ser público en su calidad de elemento de una concepción democrática incluso de ese mismo poder; en consecuencia, el tándem “juez y democracia” representa entonces estas dos dimensiones de la vida jurídica y de la vida democrática que se casan y se conjugan en favor de una *res república* libre dentro de la cual los autores-actores del derecho argumentan y alimentan la sociedad dentro de un espacio público que considera y favorece la formación de nuestro “nosotros” jurídico.

DEMOCRACIA, SOCIEDAD POLÍTICA Y EL PODER JUDICIAL EN LOS EE.UU.

Por: Laurent Mayali

Profesor de la Universidad de California en Berkeley

Director del Programa de Estudios en Derecho Comparado.

El 27 de enero de este año, el presidente Obama pronunció el discurso sobre el estado de la Unión ante el Congreso. Después de presentar los logros de su gobierno y proyectos para el próximo año, añadió los siguientes comentarios «Con todo el respeto debido a la separación de poderes, la semana pasada la Corte Suprema revocó un siglo de derecho que creo que va a abrir las compuertas de los intereses especiales - incluyendo las empresas extranjeras - para gastar sin límite en nuestras elecciones. No creo que las elecciones estadounidenses deberían ser financiadas por los intereses más poderosos de Estados Unidos, o peor aún, por entidades extranjeras. Deben ser decidido por el pueblo estadounidense. Y yo pido a los Demócratas y los Republicanos que aprueben un proyecto de ley que ayude a corregir algunos de estos problemas. ». Con este reproche presidencial altamente inusual de la Corte Suprema, el presidente Obama abordó directamente la cuestión controvertida planteada por una reciente decisión de la Corte (21 de enero) en *Citizens United v. Federal Election Commission*¹. Con una mayoría de 5 a 4, una Corte dividida revocó una prohibición legal de larga data en el financiamiento de campañas políticas y permitió que el gasto político empresarial en las elecciones de candidatos, por lo tanto, en palabras del disidente Justice Stevens, amenazara “con socavar la integridad de las instituciones elegidas a través de la Nación “.

A los pocos días de la controversia, alimentada por los medios de comunicación, se planteaban cuestiones fundamentales de la Constitución sobre la separa-

1 *Citizens United v Federal Election Commission* 130 U.S. 876 (2010)

ción de poderes y sobre la legitimidad de las decisiones de los tribunales, mientras que el Presidente de la Corte Suprema lamentó que el Estado de la Unión se había convertido en “un mitin político”. Más recientemente, un congresista de Oregon Rep. D. De Fazio planteó la posibilidad de iniciar un juicio político (impeachment) por perjurio contra el Presidente de la Corte Suprema y declaró a la prensa: “la Corte Suprema ha ocasionado un tremendo perjuicio a los Estados Unidos de América” “Ellos (los jueces) han hecho más para socavar nuestra democracia con su decisión [Citizens United] que todos los agentes republicanos del mundo en esta campaña. Han abierto las compuertas, y personalmente, estoy investigando artículos de juicio político contra el juez Roberts por cometer perjurio en sus audiencias de confirmación ante el Senado, donde dijo que no sería un activista judicial, y no anularía precedentes. “

Aunque ambas partes trataron de minimizar la importancia de este desacuerdo expresado públicamente, la decisión de la Corte Suprema en *Citizens United* ha sido criticada de manera significativa. El gran resentimiento del pueblo contra las entidades financieras y grandes empresas que se consideran en gran medida responsables de la crisis económica, así como los altos riesgos políticos de las elecciones de medio mandato, aumentaron las reacciones apasionadas en contra de esta decisión impopular. Esta disputa política constituye uno de los ejemplos más recientes de las fricciones entre los tres poderes del Estado. No se limita a las prerrogativas de la Corte Suprema, sino que refleja también una evaluación más amplia de la legitimidad del poder judicial en los sistemas democráticos contemporáneos.² Este debate sobre la función del juez es especialmente apasionado en los Estados Unidos, donde varias cuestiones sociales fundamentales se deciden en los tribunales. Para citar una vez más la opinión disidente del juez Stevens en *Citizens United* : “En una sociedad democrática, el consenso de larga data sobre la necesidad de limitar los gastos de campaña corporativos debe pesar más que la rígida aplicación de las normas por el juez... ..En el fondo la opinión de la Corte es, pues, un rechazo del sentido común del pueblo americano ... Es un momento extraño para repudiar ese sentido común.”

“Activismo judicial” es la expresión que resume la principal crítica contra los jueces³, y las críticas y los ataques provienen de ambas partes del espectro político. Pero la oposición política no es la única cuestión en este debate, que también refleja el desarrollo actual del proceso democrático en las sociedades

2 Véase, por ejemplo *Le juge constitutionnel est-il un contre pouvoir? Table ronde du Centre français de droit comparé* (Paris, 21 juin 2010), *Revue internationale de droit comparé* 3(2010) 788-812.

3 Frederick P. Lewis, *The Context of Judicial Activism. The endurance of the Warren Court legacy in a conservative age*, Lanham Md, 1999, 141 pp.

contemporáneas. ⁴ La alegación de activismo judicial se basa en la opinión de que la administración de justicia no debe convertirse en un proceso político cuando las decisiones judiciales producen consecuencias que van más allá de la legalidad estrictamente delimitada. Este requisito se extiende también al respeto del principio fundamental de *stare decisis* que se define como el fundamento de la estabilidad judicial y la previsibilidad jurídica. ⁵ En respuesta a lo que se considera una inaceptable conducta judicial, los críticos del activismo judicial proponen un modelo idealizado del buen juez, cuyo poder de interpretación debe ser limitado por la autoridad intrínseca de las normas jurídicas y de los principios constitucionales ⁶. Este debate es casi tan antiguo como la Constitución de los Estados Unidos, pero ha tomado un renovado sentido durante los últimos diez años en un momento de fuerte expresión de puntos de vista partidistas en ambos lados del espectro político. En un plazo corto de tiempo, cuatro vacantes en la Corte Suprema dieron a ambos, el presidente Bush y el presidente Obama, la oportunidad de nombrar a jueces nuevos. Al hacerlo, cada presidente ofreció su concepción del poder judicial. Como era de esperarse, sus puntos de vista difirieron sensiblemente aunque estaban de acuerdo en las cualidades esenciales de la integridad personal y la capacidad intelectual. Por un lado, el presidente Bush subrayó la importancia de la moderación judicial y un estricto apego a la letra de la ley. ⁷ Por

4 Robert J. Lipkin, *We are all judicial activist now*. University of Cincinnati Law Review, 77(2008) 181-231

5 Justice Stevens dissenting, *Citizens United*, op. cit.: “The final principle of judicial process that the majority violates is the most transparent: *stare decisis*. I am not an absolutist when it comes to *stare decisis*, in the campaign finance area or in any other. No one is. But if this principle is to do any meaningful work in supporting the Rule of Law, it must at least demand a significant justification, beyond the preferences of five Justices, for overturning settled doctrine. “[A] decision to overrule should rest on some special reason over and above the belief that a prior case was wrongly decided.” *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, 505 U.S. 833, 864 (1992). No such justification exists in this case, and to the contrary there are powerful prudential reasons to keep faith with our precedents..” and also : “Today’s ruling thus strikes at the vitals of *stare decisis*, “the means by which we ensure that the law will not merely change erratically, but will develop in a principled and intelligible fashion” that “permits society to presume that bedrock principles are founded in the law rather than in the proclivities of individuals.” *Vasquez v. Hillery*, 474 U.S. 254, 265 (1986).

6 En respuesta a estas críticas, durante su audiencia de confirmación como presidente de la Corte Suprema en 2005, el juez Roberts dijo: «La apreciación personal de mi gran deuda a otros refuerza mi opinión de que una cierta humildad debe caracterizar la función judicial. Jueces y magistrados están al servicio del derecho, no al revés. Los jueces son como árbitros. Los árbitros no crean las reglas, las aplican.»

7 G.W. Bush, *Decision Points*. New York, 2010, p. : “I made clear there should be no political litmus test. The only tests in my mind were personal integrity,

otro, el presidente Obama destacó la empatía del futuro juez y la comprensión de las realidades sociales y jurídicas cotidianas.⁸ Ambas posiciones atrajeron fuertes críticas desde el lado opuesto, ya que no parece tener fin la controversia actual.⁹ Pero la virulencia de las críticas, así como los numerosos llamamientos a la modestia judicial no pueden impedir el hecho de que la definición del activismo judicial sigue siendo vaga, sino contradictoria.¹⁰ Para nuestro propósito, vamos a observar que, si bien expresa el descontento evidente con algunas decisiones judiciales, también refleja la insatisfacción de la gente con un proceso de polarización política que impide la solución de importantes problemas sociales.¹¹

Sin duda, la crisis actual es sólo uno de los numerosos episodios que han marcado la historia del poder judicial en los Estados Unidos. Desde la célebre decisión de la Corte Suprema, *Marbury v Madison*, en 1803, cuando la Corte y su Presidente Marshall defendieron el poder de la Corte de revisar actos del Congreso y anular aquellos que entrarán en conflicto con la Constitución, la cual se definió como la “ley suprema de la nación,”¹² la función y autoridad del Poder Judicial han ocupado un lugar central en la definición de un modelo democrático de gobierno basado sólidamente en “libertad y justicia para todos” (Juramento a la Bandera, 1892). Esta decisión a menudo se considera como un evento fundamental en la definición y el ejercicio de la democracia, o como se podría decir “una manera para que la democracia estadounidense

intellectual ability and judicial restraint. I was concerned about activist judges who substituted their personal preferences for the text of the law. I subscribed to the strict constructionist school. I wanted judges who believed the Constitution meant what it said.”

- 8 President Obama, 1 May 2010, “I view that quality of empathy, of understanding and identifying with people’s hopes and struggles as an essential ingredient for arriving at just decisions and outcomes. I will seek somebody who is dedicated to the Rule of Law, who honors our constitutional traditions, who respects the integrity of the judicial process and the appropriate limits of the judicial role. I will seek somebody who shares my respect for constitutional values on which this nation was founded, and who brings a thoughtful understanding of how to apply them in our time.”
- 9 Frank B. Cross e Stephanie A. Lindquist, *The scientific study of judicial activism*, *Minnesota Law Review* 91 (2007) 1752-1784.
- 10 For a history of this concept, see Keenan K. Kmiec, *The origin and current meaning of judicial activism*, *California Law Review* 91(2004) 1441-1476.
- 11 Craig Green, *An intellectual history of judicial activism*, *Emory Law Journal* 58(2009) 1195- 1260.
- 12 Jack N. Rakove, *The origins of judicial review: a Plea for new contexts* *Stanford Law review* 49(1997) 1031- 1064. Véase también el debate sobre la revisión judicial, Aikrishna B. Prakash e John C. Yoo, *Questions for the critics of judicial review*, *George Washington Law Review* 72 (2003) 354-380.

limite los riesgos de sus apuestas.” Desde la decisión *Marbury*,¹³ el debate sobre el papel político de los tribunales federales y tribunales de los cincuenta estados, cada uno con una constitución propia, ha hecho correr mucha tinta. Además, esta cultura política se ve reforzada por una tradición jurídica e instituciones que le dan un lugar de honor al juez. A cambio de esta preeminencia, los tribunales también se han colocado en el centro de las turbulencias políticas y sociales.

En comparación con los sistemas jurídicos de tradición de derecho civil, la organización judicial de los Estados Unidos se presenta como un sistema original y complejo. Su originalidad reside no sólo en la singularidad del *Common Law* que le da al juez un papel de liderazgo en la creación del derecho, sino también en las características específicas de la tradición legal y política estadounidense que dan el poder judicial una posición estratégica en relación a las ramas ejecutiva y legislativa. En última instancia, en la cultura política estadounidense, el poder judicial es símbolo de una concepción legalista de la democracia basada en el imperio del derecho (*Rule of Law*). Este diseño se ve claramente en la introducción del Código Modelo de Conducta Judicial, aprobado en mil novecientos setenta y dos por la American Bar Association y aprobado con algunas modificaciones en cuarenta y siete estados: “Nuestro sistema legal se basa en el principio de que un poder judicial independiente, imparcial y competente interpreta y aplica las leyes que nos gobiernan. El papel del poder judicial es un elemento central en la concepción estadounidense de la justicia y el *Rule of Law* (Estado del derecho) imperio de la ley. En todas las secciones de este Código se afirma el principio de que los jueces, individual y colectivamente, deben respetar y honrar las funciones jurisdiccionales como una encomienda pública y luchar para aumentar y mantener la confianza en nuestro sistema legal. El juez es un árbitro de hecho y de derecho en la resolución de conflictos y un símbolo muy visible del gobierno en el estado de derecho.”

En esta perspectiva, “*Rule of Law*” define ampliamente los términos de la relación entre interés público, paz social y derechos individuales. Esta relación tripartita está basada firmemente sobre la concepción de un estado democrático gobernado por un elaborado mecanismo de separación de poderes, que debería garantizar su fluido funcionamiento así como la independencia de las instituciones políticas. Es cierto que en algunos casos, el activismo político de algunos jueces puede sugerir la existencia de un contrapoder que, por razones propias, se opone a la elaboración y aplicación de reformas deseadas por los poderes legislativos y ejecutivos. A este respecto, baste decir, por ejemplo, que la actitud intrínsecamente conservadora de la Corte Suprema se opuso a las reformas económicas

13 *Marbury v Madison* 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803)

del presidente Roosevelt durante los años treinta. Entre 1934 y 1936, este tribunal declaró inconstitucionales trece de las leyes nuevas en la organización del New Deal. Triunfalmente reelegido en 1936, Roosevelt decidió reaccionar y reducir este último bastión de resistencia a su política económica. En marzo de 1937, durante una de sus regulares “charlas junto a la chimenea” en la radio, el presidente, frustrado por la actitud de la Corte, denunció este “super-poder legislativo que lee en la Constitución palabras e implicaciones que no están y nunca fueron destinadas a estar allí “. La pelea del Presidente Roosevelt con la Corte Suprema terminó con el tiempo a su favor, sin él tener que recurrir a las medidas extremas que había considerado como tal. Pero este episodio, sin duda, ha cambiado la esencia de la relación entre el poder judicial y el poder ejecutivo, así como la percepción de la gente del papel de la Corte.

Esencialmente, la complejidad del modelo legal estadounidense reside, por una parte, en los varios grados de competencia que rigen la relación entre los tribunales federales y los tribunales de diferentes estados, y, por otra parte, en la pluralidad de modelos de selección de los jueces dentro del mismo estado y dentro de un solo grado de jurisdicción. El artículo III de la Constitución federal se ocupa solamente de las competencias de los tribunales federales, y no pone en tela de juicio la existencia y jurisdicción de los tribunales de cada estado, pero solamente define las materias sujetas a los jueces federales. En gran mayoría, estas preguntas refieren a casos entre ciudadanos de diferentes estados y casos derivados de la aplicación de la ley federal.¹⁴ La cuestión de si el artículo III admite implícitamente la posibilidad de revisión judicial es tan debatido hoy como antes. Esta diferencia de opinión refleja las actitudes hacia el origen jurisprudencial de un poder que es considerado por algunos como la fuente de abusos.

Hoy, el poder judicial federal se estructura en noventa y seis distritos judiciales y doce circuitos regionales del tribunal de apelaciones, además de la Corte Suprema. Incluye un total de ochocientos setenta y cinco jueces, de los cuales hay seiscientos setenta y nueve jueces de distrito, ciento setenta y nueve jueces de apelaciones, nueve jueces del tribunal de comercio internacional y nueve jueces de la Corte Suprema. La importancia, tanto real como simbólica, de la Corte Su-

14 Artículo III. Sección. 1. Se depositará el Poder judicial de los Estados Unidos en una Corte suprema y en los Tribunales inferiores que el Congreso instituya y establezca en lo sucesivo. Los Jueces, tanto de la Corte suprema como de los Tribunales inferiores, continuarán en sus Funciones mientras observen buena Conducta y recibirán a Intervalos convenidos, una Remuneración por sus Servicios que no será disminuida durante su Permanencia en el Cargo. Sección. 2. El Poder Judicial se extenderá a todas las Controversias, tanto de Derecho como de Equidad, que surjan como consecuencia de esta Constitución, de las Leyes de los Estados Unidos y de los Tratados celebrados o que se celebren bajo su Autoridad;

prema no debe ser subestimado, pero debemos tener en cuenta que los tribunales de Apelaciones son los tribunales de última instancia en más del noventa por ciento de los casos.

Una estructura similar rige la organización judicial de los estados, uno puede cambiar de un estado a otro el nombre dado a los diferentes cortes especialmente en los tribunales de Primera Instancia. Dada esta diversidad, no podemos considerar que existe un sistema legal estadounidense, sino el sistema federal y los muchos sistemas que tienen los estados. El Estado de California, por ejemplo, tiene un tribunal supremo con siete jueces, seis tribunales de apelaciones con ochenta y ocho jueces, y cincuenta y ocho tribunales de primera instancia (Tribunales Superiores) con setecientos veinticinco jueces. A ello hay que añadir, además, los ochenta y ocho tribunales municipales de jurisdicción limitada, con quinientos sesenta y seis jueces, y setenta y seis tribunales de justicia con setenta y seis jueces. La complejidad institucional se ve amplificada por la diversidad de sistemas de reclutamiento de jueces. No es raro, de hecho, que la selección de jueces siga un procedimiento diferente para cada nivel de competencia. Además, en algunos estados como Arizona, Missouri y Kansas, el método de selección puede variar geográficamente de una jurisdicción a otra dentro del mismo tribunal. Por ejemplo, a nivel de los tribunales de primera instancia, siete condados de Kansas aplican un sistema de elección partidista de los jueces, mientras que en otros condados ellos son nombrados inicialmente por un período determinado por el gobernador del estado después de la notificación de comisión. Y al final del mandato, los votantes deciden sobre su retención.

En estas circunstancias, entendemos la importancia dada al desarrollo de un sistema de selección judicial que permite garantizar tanto su independencia e imparcialidad, manteniendo el beneficio de los ciudadanos, como un poder de control sobre la responsabilidad de sus decisiones. En algunos casos, la remoción judicial es la última opción. Da a la gente el derecho al voto de los jueces de oficinas con las que no están de acuerdo sobre los principales problemas sociales. Estas campañas políticas, sin embargo, han tenido resultados dispares. En las últimas elecciones de medio mandato (noviembre 2010) Iowa fue el único estado entre cuatro (Colorado, Illinois, Iowa y Kansas), donde la gente tuvo éxito en la eliminación de tres jueces de la Corte Suprema del Estado que apoyaron el matrimonio gay. En los otros tres estados donde se introdujeron papeletas similares, pero no con el tiempo, los motivos fueron diferentes, pero expresó también la controversia social significativa en los impuestos (Colorado), daños por negligencia médica (Illinois) y el aborto (Kansas).

A nivel federal el proceso de nominación por el presidente y confirmación por el Senado se enfrenta a serios desafíos a la luz de la creciente politización que

deja poco espacio para las decisiones de ambos partidos.¹⁵ Como pudimos ver recientemente en el proceso de confirmación de los jueces Sotomayor y Kagan, la selección de los magistrados del Tribunal Supremo se ha convertido en una oportunidad para que cada partido avance su agenda política. Históricamente, esta amarga disputa se remonta a las audiencias de confirmación del Senado del juez Bork. Éste fue nominado a la Corte Suprema por el Presidente Reagan en 1987 para sustituir al moderado juez Powell. El muy dividido Senado rechazó la confirmación de Bork. La siguiente confirmación unánime del juez Kennedy hizo poco para aliviar los sentimientos negativos en ambos lados. Pero la Corte Suprema no es la única que sufre de esta evolución lamentable. En el tribunal de distrito y al nivel de tribunal de apelaciones, el gran número de candidaturas estancadas plantea serias dudas sobre el buen funcionamiento de los tribunales y la administración adecuada de la justicia. En actualidad existe un total de noventa y siete plazas, dieciocho en los tribunales de apelaciones y setenta y nueve en los tribunales de distrito. En el caso particular de la cultura política y jurídica de los Estados Unidos, la alegación de activismo judicial refleja también el cambio de interpretación del concepto de la supremacía judicial que ha definido durante muchos años la función y la legitimidad de las instituciones judiciales de la sociedad Americana.

Los últimos cincuenta años han sido testigos, sin embargo, del surgimiento de un modelo distinto en respuesta a diversas expectativas legales y, quizás de manera más interesante, a una serie de mutaciones políticas que han modificado la esencia de la relación entre los individuos y el Estado, y que han gobernado el desarrollo de una nueva sociedad política. En otras palabras, la diversidad conocida de la sociedad estadounidense ha generado nuevas formas de identidad individual y participación política que desafían las estructuras tradicionales del modelo Nación-Estado del siglo diecinueve. Esto no quiere decir que la unidad nacional o la identidad colectiva se destruya. En realidad parece que es todo lo contrario. En esta perspectiva, la identidad individual como se expresa en la protección de los derechos individuales se entiende como expresión de la pertenencia a una comunidad jurídica donde la relación tradicional entre el derecho y la justicia adquiere un nuevo significado con el énfasis puesto en el acceso a la justicia, la igualdad de protección de las leyes y el debido proceso legal. Por lo tanto, sería erróneo afirmar que los jueces entraron conscientemente en la arena política cuando, en realidad, es la comunidad política de los ciudadanos que entró en los tribunales y redefinió un ideal de justicia individual y social.

En cada proceso político electoral, hay un número significativo de personas que optaron por no votar ni participar en la elección del presidente o los miembros

15 John C. Yoo, *Choosing Justices: a political appointments process and the wages of judicial supremacy*, *Michigan Law Review* 98(2000) 1436-1467.

del Congreso. Varias razones han sido propuestas para explicar el nivel de falta de participación: la incapacidad de los partidos políticos para expresar efectivamente lo deseos de una población cada vez más diversa, la poderosa representación de intereses especiales, la corrupción ampliamente conocida de algunos políticos o, tomando un reciente ejemplo, el mal funcionamiento del proceso electoral. Por lo tanto, la legitimidad del gobierno se examina. Estas circunstancias han causado que algunas personas concuerden con el congresista de Wisconsin D.R. Obey en que “el sistema electoral de los Estados Unidos, aunque formalmente democrático, ha perdido su legitimidad.”¹⁶ Esta situación tiene un impacto sobre el equilibrio ideal entre legitimidad y legalidad. La dependencia en la doctrina de “*Rule of Law*” como un medio para “justificar y regular la actividad legislativa” adquiere un nuevo significado cuando la distinción entre gobierno y justicia representa una realidad política diferente.

En muchos casos, los jueces son forzados a asumir una creciente función no sólo como guardianes de la legalidad, sino también como protectores de la legitimidad. En estos casos, las decisiones judiciales están sometidas a un mayor escrutinio político. Sin embargo, para la mayoría de las personas que no participan en este proceso político, existe la firme convicción de que, para usar la expresión popular, “siempre pueden tener su día en corte.” El tribunal se convierte así en foro público de elección no sólo para resolver las controversias, sino también para afirmar una identidad política, de acuerdo a la definición aristotélica, de las personas como miembros de su comunidad. Además de resolver las controversias privadas, el desarrollo de la práctica de la adjudicación pública ha reforzado la función de los tribunales como fuente de las políticas públicas y regulaciones administrativas en muchas áreas de la administración pública.

Esta transformación de la cultura política y jurídica no es un fenómeno reciente. Se puede decir por lo menos que se remonta a la función de los tribunales en el movimiento de derechos civiles y la histórica decisión de la Corte Suprema en *Brown v Board of Education* en 1954 con la eliminación de la segregación racial en las escuelas. En ese momento, la aceptación popular de la decisión de la Corte no se daba por sentado. Pero la intervención militar ordenada por el presidente Eisenhower y el papel del poder ejecutivo tuvieron el efecto de disociar las consecuencias políticas de la decisión jurídica. Los desafíos legales en contra de *Brown* llevó a la Corte a hacer valer su autoridad en una serie de decisiones sucesivas que también establecieron la doctrina de supremacía judicial.¹⁷

16 Thomas M. Franck, *Democracy, Legitimacy, and the Rule of Law: Linkages*, in *Democracy and the Rule of Law*, op cit. Pp. 169-177, quoting David R. Obey: “The democratic system in this country is in crisis as never before in my lifetime. It is the ultimate destruction of the legislative process.” (p. 173).

17 Para un resumen de los diferentes significados de este concepto, véase, Scott E. Gant,

Desde *Cooper v. Aaron* en 1958¹⁸ a *City de Boerne v. Flores* en 1997¹⁹, incluyendo el famoso caso de EE.UU v. *Nixon* en 1974²⁰ y *Planned Parenthood v. Casey* en 1992, la Corte Suprema ha señalado una doctrina de supremacía judicial basada en su exclusivo poder de interpretar la Constitución.²¹ Este poder ha sido descrito como el poder de imponer a todos una interpretación particular y de poner fin a las controversias existentes. En *Planned Parenthood v. Casey*, cuando el tribunal se negó a invertir el precedente de *Roe v. Wade* sobre el aborto, la pluralidad de los jueces declaró: “Así que, de hecho, debe ser el carácter de una nación de personas que aspiran a vivir de acuerdo con el Estado de Derecho. Su creencia en sí mismos como una nación no es fácilmente separable de su comprensión de la Corte como investida de la autoridad para decidir sus casos constitucionales y hablar primero de todos sus ideales constitucionales.”²² Por tanto, la interpretación judicial se presenta, como la Constitución, como ley suprema del país. La revisión judicial se convierte entonces no sólo en un proceso de control de la constitucionalidad de los actos jurídicos, sino también en la expresión por los tribunales de indiscutible valores comunes compartidos por toda la nación.

Esta doctrina da un nuevo significado con la decisión de *Bush v. Gore*²³ en las elecciones presidenciales del año 2000.²⁴ Esta decisión representa un punto de inflexión en la posición de la Corte, aunque sus efectos en la legitimidad de la Corte son todavía muy debatidos. Los críticos de la Corte subrayan las consecuencias desastrosas para la percepción del poder judicial de entrar en un proceso puramente político,²⁵ mientras que otra opinión más moderada observa

Judicial supremacy and non judicial interpretation of the constitution, *Hastings constitutional Law Quarterly* 24(1997) 359-439.

18 *Cooper v. Aaron*, 358 U.S. 1, 18 (1958): “...the interpretation of the Fourteenth Amendment enunciated by this Court in the *Brown* case is the supreme law of the land, and Art. VI of the Constitution makes it of binding effect on the States.”

19 *City de Boerne v. Flores*, 521 U.S. 507 (1997).

20 *United States v. Nixon*, 418 U.S. 683 (1974).

21 Larry D. Kramer, *We the Court*. *Harvard Law Review* 115(2000) 4- 169, p. 6: “The notion that judges have the last word when it comes to constitutional interpretation and that their decisions determine the meaning of the Constitution for everyone has finally found widespread approbation.It seems fair to say that, as a descriptive matter, judges, lawyers, politicians, and the general public today accept the principle of judicial supremacy--indeed, they assume it as a matter of course. I am certain that the vast majority of law professors also shares this view.”

22 *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833, 868 (1992)

23 *Bush v. Gore* 531 U.S. 98 (2000)

24 Bruce Ackerman, *Bush v. Gore: the question of legitimacy*, Yale University Press, 2002, 240 pp.

25 Robert Post, *Sustaining the premise of legality: Learning to live with Bush v. Gore?* In B. Ackerman, *Bush v. Gore*, op. cit. , 96-109, 99 “It is unusual for the Court to act in

que la decisión de la Corte presentó la ventaja de aclarar un punto de confusión, con lo que cerró un proceso largo y controvertido y llevó estabilidad al gobierno.²⁶ También señalan que a pesar de algunas críticas severas, sobre todo desde el lado académico, con el desarrollo de la doctrina del constitucionalismo popular, donde la gente “asume un control activo y permanente sobre la interpretación del derecho constitucional”²⁷, la mayoría de la población aceptó la decisión sin ningún problema de orden público ni de paz social. Mirando hacia atrás, diez años más tarde, no puede uno evitar preguntarse si este episodio judicial contribuyó a promover la imagen de una Corte activista a raíz de una agenda conservadora. En cualquier caso, es generalmente aceptado que esta decisión y el resultado de las elecciones ha contribuido a polarizar aún más el Congreso y la vida política. Los trágicos acontecimientos de septiembre 2001 unieron durante un tiempo a la gente alrededor de los valores esenciales comunes, pero dentro de pocos años los profundos desacuerdos en política exterior y de agenda política nacional resurgieron rápidamente. La polarización ha disminuido significativamente la eficiencia del proceso político y su capacidad para hacer la legislación necesaria para el gobierno del país. Los jueces se ven atrapados en este limbo político en que los tribunales siguen siendo el principal foro para la gente de expresar sus expectativas y frustraciones con los acontecimientos sociales y políticos.

Por último este problema de la legitimidad está ligado con la cuestión de la aceptación popular de decisiones judiciales en cuestiones que ya no se limitan a las transacciones legales y el cumplimiento del orden jurídico, sino que definen cada vez más una visión más amplia del orden social que ya no se basa en un modelo homogéneo y uniforme de participación e integración social. En esta etapa, desde una perspectiva comparada, uno podría preguntarse por qué la gente en los EE.UU. está dispuesta a aceptar una decisión judicial que podría parecer inicialmente impopular o en contra de la opinión de una parte significativa de la población.²⁸ Esta pregunta es el tema del libro que ha publicado recientemente el juez Stephen Breyer llamado “Making Democracy Work: A Judge’s View”²⁹. Sus argumentos cuidadosamente avanzados subrayan la existencia de un “hábito

a way that arouses serious and pointed doubts about the legitimacy of its intent.”

26 John C. Yoo, In defense of the Court’s legitimacy, *University of Chicago Law Review* 68(2001) 775-791.

27 Larry D. Kramer, *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*. New York: Oxford University Press. 2004. Pp. xii, 363. Véase también, Robert Post & Reva Siegel, *Popular Constitutionalism, Departmentalism, and Judicial Supremacy*, *California Law Review* 92 (2004) 1027-1044 e Frederick Schauer, *Judicial Supremacy and the Modest Constitution*, *California Law review* 92 (2004) 1045-1067.

28 Brian M. Feldman, *Evaluating public endorsement of the weak and strong forms of judicial supremacy*, *Virginia Law Review* 89(2003) 979-1034.

29 Stephen Breyer, *Making our democracy work. A judge’s view*, New York, 270 pp.

o costumbre” del pueblo norteamericano a aceptar la autoridad de los tribunales. El juez Breyer observa que esta costumbre podría no ser permanente, pero puede cambiar si el Tribunal no puede o no quiere participar plenamente en el proceso democrático. El reto para la Corte es combinar la estabilidad del sistema jurídico y la defensa de los principios constitucionales con el reconocimiento de cambios en los valores de una sociedad diversa. Queda por ver si la aceptación de las decisiones judiciales es de hecho el producto de una costumbre americana o si refleja más profundamente una arraigada comprensión de la estrecha relación entre la estabilidad del sistema jurídico, la paz social y el orden político. La autoridad normativa de decisiones de los tribunales de cuentas sobre todo por su legitimidad.³⁰ Su aceptación no es simplemente el resultado de un proceso consensual, pero puede apoyarse firmemente en la creencia profundamente arraigada en la justicia como institución y como un proceso racional encaminado a instituir la verdad en el que se establece la relación entre el sujeto de derecho y la ley.³¹

La politización de la designación de jueces a nivel federal se ha convertido en una característica permanente del conflicto entre el Poder legislativo y el Poder Ejecutivo. Es menos la consecuencia de la creciente influencia de los tribunales en la vida cotidiana que el resultado de un proceso democrático disfuncional que ya no puede expresar la relación entre las leyes y la justicia en el orden jurídico. Con la resolución de controversias privadas y públicas, la protección de derechos individuales y la protección de grupos privados de sus derechos, los tribunales y jueces, tanto a nivel estatal como federal, contribuyen al fortalecimiento de una identidad colectiva que no se basa únicamente en los valores uniforme de las leyes, pero se basa profundamente en una forma de armonización de las disonancias y los valores cambiantes de la sociedad. En estos momentos la distorsión entre lo que es legalmente correcto y lo que es socialmente justo podría generar incomprensión o insatisfacción con un proceso judicial de resolución de disputas sociales. Pero este proceso finalmente trae una renovada atención a la importancia del poder judicial en una sociedad democrática fundada en el Estado de Derecho.

30 Para una opinión diferente sobre la legitimidad, véase Jon Garthoff, *Legitimacy is not authority*, *Law and Philosophy* 29 (2010) 669-694.

31 Pierre Legendre, *L'empire de la vérité*, Paris, 1983, 253 pp (73-95).

JURISDICCIÓN Y DEMOCRACIA. LA EXPERIENCIA AFRICANA¹

Por: Jean Du Bois De Gaudusson
Profesor de la Universidad Bordeaux IV
Director del CERDRADI

Conviene inmediatamente trazar los límites de un tema que trata de la “experiencia africana” y disipar toda ambigüedad: no debe ocultarse la diversidad y la heterogeneidad del continente africano.

África, y asunto éste que salta a la evidencia, es plural. Ciertamente esta pluralidad puede organizarse y resaltarse que África está, en su conjunto (es el límite de nuestro análisis...) marcada por un cierto número de rasgos comunes: una conquista colonial –con algunas excepciones- que dejará un legado jurídico todavía bien prominente², una situación social y económica hecha a diversos grados de analfabetismo, de pobreza, de muy grande pobreza según la terminología internacional en vigor a partir de ahora...

El hecho es que África está compuesta por la diversidad, diversidad de culturas, de idiomas, de historias pre-coloniales, coloniales (por los regímenes que ha conocido) y post-coloniales, de ritmo y trayectorias muy diferentes; diversidad de economías con un desarrollo desigual; diversidad también de sistemas jurídicos, constitucionales y judiciales.

La expresión no implica tampoco que la problemática del coloquio tuviera una especificidad en África, con relación a lo que sucede en otros países del

1 Texto traducido del francés al español por Andrés Rodríguez Gutiérrez.

2 Sin que ello signifique que se esté en presencia de un “mimetismo”, como se satisface en calificar así la situación jurídica de los países antiguamente colonizados. Cf. nuestro artículo, « le mimétisme post-colonial et après ? » Revista « Pouvoirs », n° 129, 2009.

mundo. Y nos abstendremos de abordar esta “experiencia” desde un punto de vista teórico, so pena de sucumbir ante los peligros del relativismo frecuentemente devastador. Es la razón de la orientación de nuestros planteamientos y de la escogencia de privilegiar el examen de casos concretos, que no se presentan idénticamente en todas partes de África y/o en el mundo, utilizando la treintena de años de investigaciones sobre los regímenes constitucionales y políticos en África y nuestra propia experiencia de campo.

Más allá de una diversidad difícilmente controlable, y de un cierto número de puntos comunes a los cuales nos aferramos para poner de relieve sin todavía convencer, que hay un evento en la historia reciente de África que la marca profundamente: su entrada en la “transición democrática” desde los años 1980-1990. Se trata de una revuelta mayor en la vida política, social y jurídica de África. Opera según las modalidades variables y según ritmos diferenciados y, como tal, ese evento constituye un buen campo de estudio de esas relaciones complejas entre el Estado de derecho, la justicia y la democracia en general, como también del rol positivo pero igualmente negativo que juegan las instituciones judiciales y los jueces en los procesos de democratización y de consolidación democrática.

Los observadores están generalmente de acuerdo en reconocer, sobre esta nueva relación que entretienen los países de África con la democracia, el surgimiento indiscutible del constitucionalismo liberal y pluralista en un continente tradicionalmente presentado como invadido por las tensiones y las más extremas crisis. Conviene sin embargo no ignorar ni subestimar el escepticismo en aumento y las serias dudas expresadas por muchos observadores sobre la efectividad de la democracia y sobre la adaptación del nuevo constitucionalismo a las sociedades que se supone debe regular. Para algunos, la democratización no es más que una apariencia, una ilusión, que no puede disimular la existencia de Jefes de Estado autocráticos, de elecciones manipuladas, de una vida política dominada por el dinero y la corrupción, de derechos del hombre violados ... Numerosas son las críticas fundadas y reflejan a la vez una decepción constitucional y una desilusión democrática, hasta hacer resurgir discursos que se creían enterrados en las mazmorras del pasado, denunciando el débil impacto de un derecho constitucional que estaría en vigor en África solamente en nombre de un orden político y de una ideología jurídica en gran medida impuesta por la comunidad internacional. Algunos toman sus argumentos de las dificultades encontradas en la práctica del funcionamiento de las instituciones para decretar, nuevamente, una incompatibilidad de principio del constitucionalismo y de África ... y justificar de antemano las violaciones de los gobiernos a un derecho que sería finalmente y en realidad ... inexistente. Más grave y ... más serio, el periodo contemporáneo se caracterizaría por la desconexión progresiva del constitucionalismo y del objetivo que éste se ve oficialmente asignado y que le daría sentido, la democracia y el orden liberal.

La realidad es mucho más matizada y los avances democráticos son innegables; el Estado de derecho también; y los aparatos judiciales como las Cortes constitucionales existen y contribuyen a veces de manera espectacular al desarrollo democrático. Comencemos por ahí.

I. África intervenida por el derecho y por sus jueces

Cualquiera que sean las circunstancias y el contexto, hay una realidad y es que África en su camino hacia la democratización es intervenida por el derecho y por sus jueces. El constitucionalismo y el Estado de derecho se han convertido en un elemento importante de la vida política en África.

1. Existe un cierto número de indicios de evolución, a veces incluso de mutación que atesta que la proclamación del Estado de derecho y del constitucionalismo democrático liberal y pluralista ya no es un simple adorno.

Por lo tanto, el asunto constitucional se ha catapultado al primer plano de la escena política; luego de haber sido discretamente colocado en el momento del acceso a la independencia, dicho asunto ha sido uno de los objetos de cristalización y uno de los desafíos mayores de las crisis políticas y sociales que han sacudido a muchos Estados en la década de 1990. La definición de un nuevo régimen constitucional se ha convertido en una prioridad. Desde sus primeras reuniones, las conferencias nacionales, en las que algunos autores han visto una revolución jurídica (Maurice Kamto) se han instalado, para manejar el período provisional, instituciones conforme a los principios democráticos y pluralistas. Y la adopción de una Constitución definitiva es el resultado buscado y esperado que debe sellar la victoria sobre un orden autoritario en tela de juicio.

Otro elemento de la evolución, el discurso político actual en África otorga un lugar, variable pero cada vez menos secundario, a las consideraciones jurídicas y a los intercambios de argumentos de derecho aprendidas de la Constitución y de las interpretaciones de las cuales ella ha sido objeto. Los debates políticos se realizan en el ámbito del derecho y hacen hincapié en el “argumento constitucional.” Signo de un cambio en la mente de la clase política y de los medios de comunicación, la referencia a las normas y a la legalidad se convirtió en un pasaje obligado de la legitimidad, tanto en relación con la opinión interna nacional como con la comunidad internacional.

Grado adicional en la jurisdicción de lo político, son los mecanismos de la Constitución destinados a resolver los conflictos los cuales son útiles y se aplican. La regulación de las relaciones políticas no es únicamente brutal o armada, ella es también pacífica; ella no es tampoco solamente política, es también jurídica. Los recursos de la ingeniería constitucional se ponen como contribución para resolver

la crisis (véase más adelante). Los procedimientos jurisdiccionales y el hecho de acudir a los jueces sirven, en lugar de los otros medios, de armas para vaciar los conflictos políticos y como instrumentos estratégicos de la acción política.

2. Un buen ejemplo de lo anterior está dado por las Cortes constitucionales sobre las cuales es necesario insistir:

Inactivas durante mucho tiempo, las Cortes y los Tribunales no solamente existen en el papel de los textos que los crean, también funcionan. En numerosos casos, los textos les atribuyen competencias generales que, a veces, ellos mismos –las Cortes y los Tribunales– pueden ejercer en uso del poder oficioso que les es reconocido (Benin). Ellos son cada vez más solicitados y se consagran a cumplir plenamente con el oficio que se les ha confiado³. Ellos profieren decisiones a veces atrevidas y sus decisiones son respetadas por las autoridades políticas. Por lo tanto, los altas jurisdicciones no dudan en reformar operaciones electorales (en Malí en abril de 1997 cuando la Corte Suprema anuló la totalidad de la primera vuelta de las elecciones legislativas), censurar la organización de un referéndum y la prórroga del mandato presidencial (Comores, 2009, 2010), cuestionando la designación de un Jefe de Estado convencido de la violación de la Constitución (en Madagascar, en donde el jefe de Estado se vio obligado a dimitir en 1996 después de un procedimiento de impedimento) censurar las leyes del parlamento o los actos del Ejecutivo por inconstitucionalidad. Más importante aún, los efectos que conllevan dichos fallos⁴.

Se podría estar tentado a considerar que no existe nada más normal que las Cortes, incluso constitucionales, ejerzan su oficio... Pero en muchos países las jurisdicciones constitucionales, a menudo jóvenes y frágiles se encuentran confrontadas más que en otras partes a los más difíciles contenciosos, los más inéditos, sin precedentes. En un contexto de tensión política, a veces hasta el extremo, las Cortes deben operar sin referentes jurídicos asegurados y lanzarse a un trabajo de construcción jurídica delicada. La tarea es particularmente ardua cuando se está

3 Mirar : Issa Abdourhamane Boubacar, Les cours constitutionnelles dans le processus de démocratisation en Afrique : analyse comparative à partir des exemples du Bénin, de la Côte d'Ivoire et du Niger, tesis Université Montesquieu-Bordeaux IV, octubre de 2002. Sobre éstas evoluciones, mirar también , nuestro artículo « Défense et illustration du constitutionnalisme en Afrique après quinze ans de pratique du pouvoir », in *Renouveau du droit constitutionnel*, Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu, ediciones Dalloz , 2007.

4 Corte constitucional de Benin diciembre 23 de 1994, n° 34-94 (Rec. Cons. Const. P. 159) declarando no contrario a la Constitución la ley creando, en contra del parecer del Presidente de la República una Comisión electoral nacional autónoma, distinta de la Administración, engarfada de asegurar la organización y la supervisión de las elecciones.

en presencia de un bloque de constitucionalidad incierto, o incluso en desuso, porque está puesto en tela de juicio en razón de acuerdos políticos de contenido jurídico acordados como resultado de las negociaciones conducidas por la comunidad internacional, con el objetivo de poner fin a una crisis política, a veces sangrienta. Dichos acuerdos modifican las normas constitucionales o demandan su modificación inmediatamente sin que por ello sean reemplazadas o suspendidas las ya existentes. Percibimos las dificultades que hubiese encontrado el Consejo Constitucional de Costa de Marfil si ante él se hubieren presentado los acuerdos de Linas Marcoussis sobre un recurso relativo a las reglas aplicables a la elección presidencial ... (Sobre este tema, consulte nuestro análisis, l' « *Accord de Linas Marcoussis, entre droit et politique* », *Afrique contemporaine*, 2003, N ° 206).

Otro aspecto de la situación particular en la cual se encuentran muchas Cortes constitucionales en África, es su implicación en los procesos de salida de crisis hasta que se convierten en *actores mayores de la democratización*. Estas intervenciones revisten varias formas: las Cortes, como fue el caso en Sudáfrica, fueron oficialmente y directamente asociadas a la elaboración de los textos fundamentales; durante el período de transición que se caracterizó por la promulgación de tres textos constitucionales, la Corte Constitucional se vio investida del rol de “co-constituyente”.

En otros casos, las Cortes no han dudado en sancionar *los usos no democráticos pero formalmente reguladores del constitucionalismo, por el ejecutivo, el legislativo o incluso el propio constituyente*. Se trata probablemente de uno de los desafíos que tuvo la Unión Africana, de los más difíciles a afrontar, con el riesgo de distanciar la relación entre legalidad y legitimidad, e incluso de oponer la una a la otra, lo cual es signo de una profunda crisis de la democracia.

Algunas de esas jurisdicciones, en Benín por ejemplo, han podido censurar los actos del jefe de Estado, del parlamento e incluso del constituyente juzgado contrario no solamente a la letra de los textos fundamentales, sino también al “espíritu democrático”, o incluso al espíritu que prevaleció en el momento de la elaboración del orden constitucional como resultado de un consenso alcanzado con la perspectiva de salir de la crisis (Corte Constitucional de Benín, decisión del 13 de julio 2006, N ° 06-074).

Estos ejemplos -existen otros- aportan de manera remarcable la prueba de ese rol que las Cortes ejercen, con un coraje que las puede convertir en víctimas (Níger en 2009) que producen las soluciones requeridas por la ocurrencia de situaciones inéditas amenazantes para el constitucionalismo y la democracia. Su alcance no debe ser sobreestimado, pero las Cortes existen e ilustran bien la celebre fórmula del Decano Louis Favoreu para quien “la política es intervenida por el derecho” y adicionaremos que la política y África son intervenidas por el

derecho y la democracia. Las instituciones judiciales contribuyen a ello... pero ¿hasta dónde? La pregunta no puede dejar de hacerse.

II. El Estado de derecho y las instituciones judiciales, un peligro para la democracia en África?

No puede pasarse por alto los límites reales del progreso realizado, ni fundarse sobre algunas experiencias para prejuzgar la naturaleza democrática y liberal de los regímenes políticos y de las soluciones constitucionales en vigor. Sin que por ello se adopte una postura eufórica y angelical de las situaciones, conviene no caer en la tónica tendiente a maximizar sistemáticamente los defectos, el mal funcionamiento y las críticas, para ver dentro del Estado de derecho los procedimientos democráticos y la justicia antes que los instrumentos de un poder que sigue siendo autoritario, estructuralmente no democrático. La realidad es compleja, se ha visto, así como los fenómenos de apropiación muy poco estudiados hasta la fecha; recordemos que la generalización de las conclusiones de los observadores es buena fuente de prueba falsa. Habiendo hecho estas advertencias, y sin retomar los debates teóricos que se aplican en África como en otros lugares, al parecer las instituciones judiciales pueden amenazar la democracia y su funcionamiento.

1. En primer lugar, existe un discurso crítico sobre el papel desempeñado por el aparato judicial y especialmente las jurisdicciones constitucionales. Los avances en el control y la manera a veces audaz de ejercer su oficio no está exenta de provocar reacciones de naturaleza tendiente a amenazar su existencia.

Numerosos son aquellos que hoy se inquietan de ver las jurisdicciones constitucionales convertirse en un actor del proceso legislativo y, en su interpretación del bloque de constitucionalidad, trazar en nociones de carácter político. Se encuentra desmesurado un cierto número de sus poderes, que les confiere un rol determinante, por ejemplo cuando son jueces de elecciones presidenciales e incluso legislativas, constituyendo un asunto mayor en los procesos de transición democrática.

El oficio de las Cortes constitucionales, porque se trata de “lo político” y de “la política” no es nunca cosa fácil. Estas Cortes encuentran dificultades en donde las responsabilidades tienen fuentes múltiples. Algunas incumben a la conducta de los jueces, a la Constitución, a menudo con lagunas, silenciosa o aún insuficiente en sus textos fundadores.

Otras dificultades tienen también como origen el juego de las políticas que no dudan en instrumentalizar el derecho constitucional y en recostarse sobre los jueces que están encargados de misiones altamente sensibles y políticamente ex-

puestas. Estas críticas no son exclusivas de las Cortes africanas, pero esas críticas son dirigidas a las Cortes frágiles operando en un contexto poco favorable y a veces solamente como contra-poderes a la institución presidencial (por ejemplo, las Comoras en 2009-2010). Testigos de la vulnerabilidad de esas Cortes Constitucionales son las proposiciones de revisión constitucional destinadas a encuadrar o a reducir sus poderes (sobre una presentación reciente de esas críticas (F.J. Aivo, *Le juge constitutionnel et l'Etat de droit en Afrique, l'exemple du modèle béninois*, L'Harmattan, 2006), en donde con el pretexto de una evaluación de sus logros y de una investigación de su racionalización, el autor se pregunta si la Corte Constitucional de Benin “no hace demasiado” o “no va demasiado lejos”, si esa Corte es medida con el uso que ella hace de sus competencias (o incluso si ella no abusa de su posición) como también las estrategias de elusión lanzadas por los gobiernos. En África central, después de la conferencia de Libreville organizada bajo el auspicio del Presidente O. Bongo, la Corte Constitucional de Transición, de la cual se desconfiaba por su composición, ha perdido parte de sus poderes electorales en provecho de la Comisión electoral mixta independiente integrada por representantes de los partidos políticos, organizaciones de la sociedad civil y de la administración.

En todo caso, las Cortes se encuentran a menudo colocadas en una situación en la que hagan lo que hagan... ellas serán culpables, víctimas o cómplices! Así sucede evidentemente cuando ellas son confrontadas a situaciones de crisis política y por ejemplo cuando ellas son solicitadas, más o menos voluntariamente, bien sea para apoyar y consagrar un procedimiento irregular e inconstitucional (golpes de estado, golpes que cualquiera que sean sus formas tienen los mismos objetivos) o bien sea para facilitar una salida de crisis dentro de un marco jurídico, por definición incierto.

Las Cortes y tribunales constitucionales son en todo caso confrontados a desafíos particularmente difíciles, que ponen en duda una serie de cuestiones fundamentales para las jurisdicciones y los juristas. Por ejemplo, y para no retener sino los casos concretos que son a menudo discutidos:

- ¿Hasta donde ir en el reconocimiento de su competencia? La cuestión es particularmente relevante cuando las Cortes y tribunales constitucionales están en presencia de actos inéditos, ignorados por la jerarquía de las normas establecidas por los textos fundamentales.
- ¿Pueden esas Cortes y tribunales constitucionales ir hasta actuar oficiosamente y es necesaria su institución en los textos? Se conocen los peligros que conlleva ese procedimiento. Pero no es esa la única solución, en algunos casos, para permitir a una Corte asegurar la protección de la Constitución y de los derechos del hombre, bien sea

porque las instituciones y autoridades habilitadas para solicitarla han desaparecido, o bien porque aquellas que existen se abstienen de ejercer su competencia ...?

- ¿Pueden las Cortes y tribunales constitucionales rechazar un recurso relativo a una competencia que les es reconocida por la Constitución porque el legislador no ha definitivo todavía la vía de derecho que permita su ejercicio? La cuestión se planteó en las Comoras en materia de la protección de los derechos fundamentales o de conflictos entre la Unión y las Islas.
- ¿Deben las Cortes y tribunales constitucionales ampliar el bloque de constitucionalidad y, en caso afirmativo, pueden esas Cortes y tribunales hacerlo basándose en el espíritu de los textos o por referencia a normas “supra-constitucionales”? Decisiones recientes en Benin, Níger, y en otros lugares, se han pronunciado en este último sentido.
- ¿Cómo pueden las Cortes y tribunales constitucionales ejercer un control de constitucionalidad en un período en que las normas de referencia son inciertas? Ya hemos evocado el célebre caso de escuela, del lugar dado a esos acuerdos políticos de contenido jurídico como los que han sido señalados por Linas-Marcoussis y que se produjeron a propósito de la Costa de Marfil. (cf. supra).
- ¿Cómo salir del callejón sin salida producido por la expiración de los plazos previstos por los textos fundamentales?
- Qué suerte está reservada a las cláusulas de eternidad las cuales convierten en imposibles las modificaciones constitucionales consideradas en todo caso necesarias; su rigidez sirve como coartada para los golpes de Estado (Níger en 2009).
- ¿Cómo lidiar con las revisiones constitucionales instrumentalizadas, regulares en su procedimiento ordinario, pero cuyo objetivo es indiscutiblemente no democrático?

Estas son algunas preguntas que las situaciones de crisis han multiplicado y que han sido, en muchas situaciones, fuente de dificultades y tensiones. Las jurisdicciones tuvieron que resolverlas, ellas solas, en áreas poco o nada exploradas por la doctrina y las teorías; sin que el derecho aporte respuestas jurídicas, excepto para torcer el derecho hasta desfigurarlo o dejarlo sin su sentido y su espíritu. A este respecto, depende mucho del contexto político con el riesgo de politización del juez Constitucional.

2. *Existe enseguida una realidad, la de un poder judicial, jurisdiccional donde parece tener una gran responsabilidad en el déficit de democracia y en la debilidad de la seguridad jurídica que afecta a muchos países africanos.*

Según una opinión generalmente compartida, la justicia en África y su derecho tienen una crisis profunda y recurrente; uno y otro son objeto de todas las críticas y condenas; los observadores, especialistas, expertos, y los mismos jueces están de acuerdo en una constatación: “una justicia averiada”, un “naufragio de la justicia” o incluso un “caos jurídico y judicial”; los más moderados se inquietan por una justicia en crisis o en duda. En cuanto al derecho, éste se considera como en “plena crisis de credibilidad” y los sistemas jurídicos “en quiebra” o “en decadencia”.

Se tendrá una idea de la gravedad de la situación al escuchar a los responsables judiciales, del más alto rango, por ejemplo los de África que denuncian la patología de una justicia sin derramamiento de sangre con la larga lista de trasplantes justificando una condena sin apelación: la falta de independencia de la justicia, el sometimiento al poder político, la corrupción de los jueces, magistrados con capacidades intelectuales y técnicas dudosas, indigencia financiera, material y documental de las jurisdicciones, justicia desligada de la sociedad real y poco receptiva de las aspiraciones del medio aproximándose un poco más a la ... justicia. (Véase en este sentido y con las mismas palabras, la presentación realizada por dos magistrados de la Corte Suprema de Brazzaville en 1994, R. Mouteke e I. Locko, « *Protection des droits et des magistrats au Congo. Pathologie d'une justice exsangue* », in « *Droits de l'homme en Afrique centrale* », bajo la dirección de D. Maugenest y P.G. Pougoué UCAC-Karthala, 1995). Este estado de las cosas se considera todavía válido en la gran mayoría de los Estados de África, (véase especialmente Alioune Fall, « *Le juge, le justiciable et les pouvoirs publics : pour une appréciation concrète de la place du juge dans les systèmes politiques en Afrique* », Agence universitaire de la Francophonie, colloque de Québec, 29 septembre – 2 octobre 1999 consacré aux défis des droits fondamentaux, éditions Bruylant 2000).

Esta conclusión es aún más grave y no es nueva (ver el análisis hecho anteriormente en « *la justice en Afrique* » en el número especial de Afrique contemporaine bajo la dirección de J. du Bois de Gaudusson y G. Conac, 1990) y los esfuerzos se han dedicado durante todo el período colonial, y principios de la independencia, para que los Estados africanos sean dotados de una justicia moderna rica en recursos materiales y en garantías estatutarias suficientes para decir el derecho.

Las disfunciones de los aparatos judiciales, la falta de recursos, la multiplicación de las misiones que les son asignadas porque no son ejercidas por quienes

deberían hacerlo (se conocen los factores “judiciarios” de las sociedades desarrolladas) no son propias de los países del sur. Pero es patente que las preguntas no se plantean en los mismos términos; lo que está en duda, no son solamente las modalidades del cumplimiento de las funciones judiciales, más numerosas, ni siquiera la reforma de la institución, pero es primeramente la existencia de la institución judicial que se considera incapaz de desempeñar las funciones judiciales las más elementales. Las dificultades están ahí de alguna manera afectadas por un coeficiente multiplicador, extraordinariamente elevado, de naturaleza exponencial; las razones de muy diversa naturaleza, se fincan principalmente en las insuficiencias de estructuras y de recursos, así como en la incomprensión de una gran parte de la población de la justicia y del derecho que ella aplica, a las presiones del poder político y de una “sociedad civil”, cuyos segmentos son de peso y están presentes, al desarrollo de un contexto socio-económico susceptible de causar actos criminales, todos esos elementos no permiten esperar una salida rápida de la crisis.

Podrá encontrarse excesivo este panorama y estimarse que el falso proceso se lleva a cabo según los muchos aspectos del análisis. Como todo enfoque global, estos juicios deben ser matizados. Un cierto número de evoluciones se han producido y el regreso del derecho observado en los Estados que lo habían ignorado no es un eslogan en vano. El examen atento de las jurisprudencias, cuando se llega a conocerlas, muestra la innovación, el coraje y la competencia demostrada por muchos jueces. Así, de nuevo, como hemos visto, parece que incluso en los temas tradicionalmente sensibles como es el de lo político, los jueces juegan un rol efectivo como lo refleja la acción de las Cortes constitucionales. Convendría, entre otras cosas, hacer distinciones según los países y su historia, como también según el sector de las actividades de los jueces, los problemas no son los mismos dependiendo de que se trate del derecho de familia y de las personas, del derecho penal, del derecho mercantil, del derecho electoral o de la justicia constitucional.

El hecho es que en su conjunto, la justicia en África se encuentra en mal estado, sin servicios, a veces sin jueces y ... sin justiciables; un ministro de Justicia decía en forma de chiste que “el ciudadano cambia de acera cuando debe caminar en frente del Palacio de Justicia” (conferencia de Québec, supra).

Cualesquiera que sean los matices, hay ahí una situación cuya gravedad nadie discute, alimentando así 10as más severas críticas e inagotables controversias.

En conclusión, Para hacer frente a esas disfunciones de la justicia, un sin número de reformas se conciben y se ponen en marcha, pero ello no sin dificultad teniendo en cuenta que las decisiones son difíciles como lo demuestra el tema de la independencia o el hecho de tener que recurrir al arbitraje con el riesgo de internacionalizar una competencia esencial relativa a la soberanía de un Estado.

Uno de los factores de mejora se sitúa sin duda del lado de la llamada comunidad internacional y de las redes transnacionales de Cortes y de juristas ...

Pese a todo, los resultados son moderados en su conjunto. No podría ser de otra manera en la medida en que se ignora un dato fundamental: las instituciones judiciales son ciertamente necesarias para la consolidación democrática y así se ha visto en la construcción democrática. Pero la garantía definitiva, *sistémica*, de las libertades y del juez no se limita a institucionales y mecanismos procesales, esa garantía se sitúa *fundamentalmente* afuera en la democracia política (véase, por ejemplo, Slobodan Milacic, “*l’éclipse de la démocratie*”, in *Nouvelles questions sur la démocratie*, bajo de la dirección Alain Delcamp, Anne-Marie Le Pourriet, Bertrand Mathieu, Dominique Rousseau, Dalloz, 2010). Los derechos y las libertades, que son el oficio imparcial de los jueces no son siempre sino meras potencialidades y virtualidades por más positivas que ellas sean; esa circunstancia se olvida a menudo en una época en donde la prioridad les es sistemáticamente acordada, incluida dentro la definición de democracia que desarrolla una parte de la doctrina contemporánea (véase por ejemplo, Dominique Rousseau)...

No se puede solicitar de todo a los jueces y la justicia no puede jugar su rol si no existen instituciones políticas estables, pudiendo ellas mismas funcionar; se ve cómo se encuentran vinculadas estrechamente las virtudes de la ingeniería constitucional e institucional y la fuerza de la voluntad política. En otros términos, África nos recuerda que la política no puede ser intervenida por el derecho sino solamente bajo la condición que a su turno el derecho y el constitucionalismo sean ellos mismos solicitados o intervenidos por la política y por lo político; la suerte de la democracia en África depende de ello ... así como en otros lugares...

EL CARÁCTER GARANTISTA DE LA FUNCIÓN CONSULTIVA: SU EJERCICIO EN ESPAÑA

Por: Vicente Garrido Mayol

Presidente del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana

Profesor Titular de la Universidad de Valencia

I. Algunas consideraciones sobre la Función Consultiva

En los últimos años ha proliferado en España la creación de órganos consultivos en distintos ámbitos y materias, con el objetivo siempre loable de que quien tiene la facultad de adoptar decisiones en el ejercicio de las funciones ejecutiva y legislativa cuente con elementos de juicio necesarios para acertar en su cometido.

A tal esquema responde, por ejemplo, el Consejo Económico-Social previsto en el art. 131 de la Constitución y los órganos similares constituidos en las Comunidades autónomas; los Consejos de Cultura autonómicos; y otros órganos asesores en sectores específicos como los relativos a Asuntos Europeos, Mujer, Voluntariado, Recuperación del derecho civil foral o especial, etc.

Pero la “función consultiva” suele identificarse, por antonomasia, con la que tradicionalmente ha venido ejerciendo el Consejo de Estado, que, con distintas configuración y competencias, cuenta con varios siglos de existencia, y que cumple una eficaz labor como garantía para el interés general y la legalidad, procurando el acierto y la oportunidad en la toma de decisiones por parte del Gobierno del Estado.

Hoy hablar de función consultiva, sin más calificaciones, nos lleva al ámbito de actuación de todos los órganos autonómicos que, con el Consejo de Estado, no se hallan integrados en la Administración activa y que desempeñan, en las respec-

tivas Comunidades Autónomas, similares funciones a las del Consejo de Estado, circunscritas al ámbito de competencias de aquéllas.

Los órganos consultivos no “deciden”, sino que participan en el previo proceso que desemboca en la decisión, que corresponde a los correspondientes Organos de la Administración activa. Tampoco “controlan”, porque ésta es tarea que corresponde a los Juzgados y Tribunales una vez la decisión ha sido tomada. Son por tanto órganos de “garantía” con el objetivo de que la decisión administrativa sea conforme a derecho y de evitar, por tanto, su ulterior control judicial.

Por eso se habla de “Administración Consultiva” contraponiéndola a la “Administración activa” que es aquella de la que se vale el Gobierno para el cumplimiento de sus fines y que tiene una naturaleza eminentemente instrumental. Ambas Administraciones ofrecen aspectos funcionales difuminados, localizados en unidades orgánicas separadas en la forma legalmente establecida, para el cumplimiento de los fines que al Poder Ejecutivo corresponden¹, y lo mismo cabe decir respecto de la “Administración judicial”, mediante la cual se ejerce la función de control de lo actuado por la Administración activa, como rasgo característico del Estado de Derecho.

II. La Función Consultiva: del monopolio estatal a la diversidad regional

Se ha hablado y escrito mucho sobre el mimetismo de las Comunidades autónomas con respecto al Estado, al momento de organizarse y de determinar sus instituciones de autogobierno.

Y así, se han proveído de instituciones equivalentes a las del Estado. Evidentemente, no se puede concebir una Comunidad autónoma sin gobierno o sin parlamento. El ejercicio de las funciones ejecutiva y legislativa es inherente al concepto de autonomía política. Pero junto a los órganos que ejercen tales funciones, previstas, por otro lado, en la Constitución, las Comunidades autónomas han creado órganos para cumplir funciones similares a las del Defensor del Pueblo, o al Tribunal de Cuentas en el Estado.

También es lógico que se hayan provisto de órganos consultivos, que han desplazado al Consejo de Estado en sus respectivos territorios. Ello responde a la lógica propia de un Estado políticamente descentralizado.

La función consultiva goza de gran tradición en España y el Consejo de Estado que, en exclusiva la ha ejercido durante siglos, cuenta con un bien ganado

1 L. Lavilla Alsina. “La Administración Consultiva del Estado” en la obra colectiva “Administraciones Públicas y Constitución”. INAP. Madrid, 1998, p.469.

prestigio, sin duda alguna debido a la calidad de sus dictámenes, a la honorabilidad de sus miembros y a la alta cualificación técnica de sus Letrados. También, porque ha dado probadas muestras de independencia respecto del poder político ejercido por gobiernos de diverso signo. No podía ser de otro modo, pues lo propio de la función consultiva es el consejo objetivo y prudente que se ofrece a quien consulta, como garantía del interés público, de la legalidad, y de los derechos de los ciudadanos.

Aunque el art. 107 de la Constitución se refiere al Consejo de Estado como el supremo órgano consultivo del Gobierno, la Ley Orgánica 3/1980² que lo regula lo faculta para “aconsejar” también a las Comunidades autónomas, que deberán recabar preceptivamente su dictamen en los mismos casos en que debe pedirlo el Estado, y cuando hayan asumido las competencias correspondientes.

Y es que, tal y como ha declarado el Tribunal Constitucional, -Sentencia 56/1990-, *“El Consejo de Estado, pese al dicción literal del artículo 107 de la Constitución Española... tiene en realidad carácter de órgano del Estado con relevancia constitucional al servicio de la concepción de Estado que la propia Constitución establece. Así resulta de su composición y de sus funciones consultivas, que se extienden también a las Comunidades Autónomas, según prevén explícitamente, en el diseño competencial a que se remite la Norma Fundamental, los artículos 20 a 23 de Ley Orgánica del Consejo de Estado”*. Y aclara el Alto Tribunal que *“el concepto de Estado posee una naturaleza equívoca, por cuanto que puede usarse en diversos sentidos y, en concreto, bien como equivalente al conjunto de los poderes públicos, bien limitándose al conjunto de las instituciones centrales, o de ámbito nacional, en oposición a las Comunidades autónomas”*.

De esta forma, como ha destacado LOPEZ MENUDO³ la Ley Orgánica del Consejo de Estado acogió una interpretación mucho más amplia de lo que, a la luz de la Constitución se presumía que podría ser el ámbito del Consejo de Estado. Interpretación que fue ratificada posteriormente, como se ha visto, por el Tribunal Constitucional.⁴

2 Art. 23.

3 F. López Menudo. “Presente y futuro competencial del Consejo de Estado y de los Consejos Consultivos autonómicos”, en “Constitución y el nuevo diseño de las Administraciones estatal y autonómica”. XIX Jornadas de Estudio de la Dirección del Servicio Jurídico del Estado. Ministerio de Justicia. Madrid, 1996, pág. 674.

4 Sobre esta cuestión vid. V. Garrido Mayol. “La función consultiva en el sistema constitucional español: Consejo de Estado y Consejos Consultivos autonómicos”, en la obra colectiva “Administraciones Públicas y Constitución”. INAP.

Ahora bien, el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 204/1992, -de obligada cita para comprender que la función consultiva no es exclusiva del Estado concedido en sentido estricto-, afirmó que *“ningún precepto constitucional y menos aún el que se refiere al Consejo de Estado, impide que, en el ejercicio de la autonomía organizativa, las Comunidades Autónomas puedan establecer en su propio ámbito, órganos consultivos equivalentes al Consejo de Estado en cuanto a su organización y competencias, siempre que éstas se ciñan a la esfera de atribuciones y actividades de los respectivos gobiernos y administraciones autonómicas”*.

Tal criterio es lógico y coherente con la nueva estructura territorial del Estado, en la que el ejercicio del poder político se halla repartido entre aquel y las Comunidades autónomas. Si la función consultiva actúa como garantía de interés público y de la legalidad nada impide que dicha garantía pueda prestarse desde las Comunidades autónomas. Como ha señalado BRAVO-FERRER, el Estado, al amparo de lo dispuesto en el art. 149-1-18ª de la Constitución, puede imponer la garantía, pero no al garante⁵. Pero eso sí, el garante ha de estar revestido, como más adelante veremos, de similares rasgos a los que caracterizan al Consejo de Estado.

Por ello es lógico también, que el Tribunal Constitucional indicara que en donde o en tanto semejantes órganos consultivos autonómicos, dotados de las características de organización y funcionamiento que aseguren su independencia, objetividad y rigurosa cualificación técnica, no existan, es decir, en aquellas Comunidades autónomas que no cuenten con esta especialidad derivada de su organización propia, la garantía que representa la función consultiva *“exige mantener la intervención preceptiva del Consejo de Estado”*.

III. La creación de los Consejos Consultivos autonómicos como órganos equivalentes al Consejo de Estado

Inicialmente, fueron pocos los Estatutos de autonomía que preveían la existencia de un órgano que ejerciera la función consultiva. Sólo los de Cataluña, Canarias y Extremadura contemplaban Instituciones con competencias similares a las del Consejo de Estado.

Cataluña y Canarias crearon en 1981 y 1984, respectivamente, sus correspondientes Consejo Consultivos⁶. Pero fue tras la Sentencia del Tribunal Consti-

5 M. Bravo-Ferrer Delgado. “Consejo de Estado y Estado de autonomías”. Revista Española de Derecho Administrativo, nº 60, pág. 584.

6 Cataluña, además del Consejo Consultivo, creó en 1985 la Comisión Jurídica Asesora, que ejerce la función consultiva en relación con expedientes administrativos sobre las materias que su propia Ley de creación determina, reservando al Consejo Consultivo el examen de la adecuación a su Estatuto de todos los proyectos y proposiciones

tucional 204/1992 cuando la mayor parte de las Comunidades autónomas crearon por Ley⁷, aún sin que sus Estatutos contuvieran previsión alguna al respecto, sus correspondientes órganos consultivos⁸.

En la actualidad, todos los Estatutos de autonomía prevén órganos consultivos⁹, y con la excepción de Cantabria, todas las Comunidades autónomas han creado su Consejo Consultivo.

Y es que, como ha señalado EMBID IRUJO¹⁰, el Consejo de Estado no tiene un encaje excesivamente afinado en la estructura del Estado autonómico desde su misma mención constitucional, que lo vincula decisivamente al Gobierno de la Nación, “desvirtuando *ab initio*, y se quiera lo que se quiera, el carácter de órgano consultivo general para cualquiera gobiernos y administraciones públicas autonómicas que posteriormente se le ha intentado dar”.

Cómo ya tuve ocasión de expresar en otro trabajo¹¹, las críticas que ha recibido la creación de Consejos Consultivos autonómicos suelen apoyarse en la

de ley en la forma prevista en la ley que lo regula. El Consejo Consultivo de Cataluña ha sido sustituido por el Consejo de Garantías Estatutarias, creado por Ley 2/2009, de 12 de febrero, del Parlamento de Cataluña, que desarrolla el art. 76 del nuevo Estatuto de autonomía de Cataluña, aprobado por Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio.

- 7 Blanquer Criado opina que los órganos consultivos autonómicos deben estar previstos en los correspondientes Estatutos de autonomía. Vid. en “Consejo de Estado y autonomía”. E. Técno. Madrid, 1994, pág. 62 y ss.
- 8 En 1993 fueron creados los Consejos Consultivos de las Islas Baleares y de Andalucía; un año después, el Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana; en 1995, la Comisión Jurídica Asesora del Gobierno de Aragón, y los Consejos Consultivos de La Rioja, Galicia y Castilla-La Mancha; en 1997, fue creado el Consejo Jurídico de la Región de Murcia; en 1998, el de Cantabria, -aunque es la única Comunidad autónoma que no lo tiene constituido; en 1999, el Consejo de Navarra y la Comisión Jurídica Asesora del País Vasco; en 2001, el Consejo Consultivo de Extremadura; en 2002, el de Castilla-León; en 2004, el de Asturias; y, por último, en 2007, el de la Comunidad de Madrid.
- 9 Un total de once Estatutos de autonomía se formaron entre 1996 y 1999, como consecuencia de los Pactos Autonómicos de 1992 con el objetivo fundamental de incrementar las competencias de las respectivas Comunidades autónomas. Pero su aprovechó la reforma para perfeccionar el sistema de autogobierno. En algunos Estatutos se incluyó la mención a instituciones ya constituidas o cuya creación se pretendía. Tal ocurrió en relación con los Consejos Consultivos autonómicos, en Baleares, Asturias o Castilla-La Mancha, dándole una nueva configuración en Canarias
- 10 Vid. A. Embid Irujo. “Los principios jurídicos necesarios en la organización y funcionamiento de los Consejos consultivos autonómicos”. En Documentación Administrativa, nº 244-245. INAP, Madrid, 1996, pág. 339-340.
- 11 Vid. V. Garrido Mayol, “La función consultiva en el sistema constitucional español: Consejo de Estado y Consejos Consultivos autonómicos”, cit., pág 925 y ss.

opinión del Tribunal Constitucional que exige que aquellos participen de las mismas características y tengan idénticas o semejantes funciones a las del Consejo de Estado¹², y en la del Tribunal Supremo, que estima la necesidad de que dichos órganos consultivos sean homologables al Consejo de Estado¹³, dudando de que se observen tales criterios jurisprudenciales; pero es lo cierto que, en muchas ocasiones, se han vertido juicios apriorísticos que más que un análisis de la concurrencia de tales requisitos, encierran una evidente antipatía hacia el hecho mismo de su existencia y una desconfianza ante una actuación que era pronto, cuando se vertieron dichas críticas, para poder ser valorada debidamente.

A la de GARCÍA DE ENTERRÍA, para el que los órganos Consultivos no ofrecen frente al ciudadano, al menos “*a priori*”, ninguna garantía lejanamente comparable a la que el Consejo de Estado ha venido representando¹⁴, se une la de PARADA, que supone que los órganos consultivos de las Comunidades autónomas “sean más manejables y manipulables de lo que puede serlo el Consejo de Estado”¹⁵.

Hay que examinar, pues, la configuración de los Consejos Consultivos autonómicos para comprobar si cumplen con los presupuestos establecidos por el Tribunal Constitucional, -para ejercer, con garantías, la alta función consultiva-, cuestión que preocupa especialmente al Consejo de Estado¹⁶. Y todo ello sin caer en lo que FONT I LLOVET¹⁷ ha denominado “síndrome del Consejo de Estado”, que no es más que la obsesión por homologarse al alto Cuerpo Consultivo, pues la potestad de autoorganización de las Comunidades autónomas permite que puedan encontrarse soluciones adecuadas y convenientes a cada caso.

12 STC 204/1992.

13 SSTS, Sala Especial, 24.11.89, y 16.01.93

14 Vid. E. García de Enterría. “Un punto de vista sobre la nueva Ley del régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común”. Revista Española de Administración Pública, nº 130. Madrid 1993, pág. 216. Para el ilustre administrativista “...la experiencia común sobre el partidismo generalizado en todas las Comunidades autónomas, no permite ser demasiado optimista sobre cualquier mínima independencia de los órganos de nueva planta respecto de los respectivos Ejecutivos”.

15 Cfr. J.R. Parada “Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo común”. E. Marcial Pons. Madrid, 1993, pág. 340.

16 Vid. Memoria del Consejo de Estado de 1993, pág. 101 y siguientes. También lo pone de manifiesto su actual Presidente I. Cavero Lataillade, en “La alta función consultiva: Consejo de Estado, y órganos consultivos semejantes de las Comunidades Autónomas. Perspectiva actual y de futuro”, en “constitución y el nuevo diseño de las Administraciones estatal y autonómica”, cit. pág. 597 y ss.

17 Vid. Font i Llovet “Función consultiva y Estado autonómico Revista de Administración Pública, nº 138. Madrid, 1995, pág. 42.

En cuanto a la necesidad de que los órganos consultivos autonómicos puedan equipararse y responder a las mismas características que el Consejo de Estado, hay que indicar que, en términos generales, los Consejos existentes en la actualidad, con alguna excepción que veremos, cumplen con los requisitos mínimos para ello, pese a los muchos recelos que en algunos sectores de la doctrina des-pertó su creación.

Un análisis de las distintas leyes que regulan la configuración, estructura y composición, competencia y funcionamiento de los Consejos autonómicos, excede, por razones de espacio, del objeto de este trabajo; pero podemos afirmar que estamos ante unas Instituciones que ejercen sus funciones con autonomía orgánica y funcional y que no forman parte de la Administración activa ni se hallan integrados en ninguno de los Departamentos gubernamentales, -aunque en algún caso concreto su vinculación con el Ejecutivo sea demasiado estrecha-, lo que garantiza la objetividad e independencia en el ejercicio de sus funciones.

El ejercicio de la función consultiva por los correspondientes órganos autonómicos es, a mi juicio, satisfactoria, y va adquiriendo, progresivamente, prestigio y utilidad, lo que pone en entredicho las apresuradas críticas a las que me he referido.

IV. Configuración de los Consejos Consultivos

1.- La denominación de los órganos consultivos autonómicos es variada, aún cuando suele contener la calificación de “consultivo”. En la mayor parte de las Comunidades autónomas se denominan “Consejo Consultivo”: Cataluña¹⁸, Canarias, Andalucía, Galicia, Aragón, Asturias, La Rioja, Extremadura, Castilla-La Mancha, Castilla-León, e Islas Baleares; en la Comunidad Valenciana y en Cantabria, “Consejo Jurídico Consultivo”¹⁹; en la Región de Murcia, “Consejo Jurídico”; en Navarra, simplemente “Consejo de Navarra”; y en País Vasco y Cataluña²⁰, “Comisión Jurídica Asesora”.

Pero, obviamente, lo relevante no es el “*nomen iuris*” sino la configuración y funciones de la Institución.

Por regla general, todos los Consejos Consultivos existentes en la actualidad, con algunas excepciones, responden a la caracterización propia de los órganos de tal naturaleza con arreglo a los criterios señalados por el Tribunal Constitucional.

18 Aunque como ya he indicado, éste Consejo Consultivo ha sido sustituido por el Consejo de Garantías Estatutarias.

19 Aunque en Cantabria, como he advertido, no ha sido constituido.

20 Como es sabido, la función consultiva en Cataluña se ejerce tanto por el Consejo Consultivo, hoy Consejo de Garantías Estatutarias-, como por la Comisión Jurídica Asesora, teniendo repartidas las competencias correspondientes.

2.- El primero de ellos es su **objetividad e independencia** garantizadas legalmente por su **autonomía orgánica y funcional**.

Quiere ello decir que los órganos consultivos no deben formar parte de la Administración activa, ni estar, por tanto, adscritos orgánicamente a ningún departamento de la Administración.

Así se expresa en la normativa reguladora de la práctica totalidad de los Consejos Consultivos, con la excepción del singularísimo caso del País Vasco donde la función consultiva se halla integrada en los servicios jurídicos de la Administración. Este órgano del País Vasco se aparta del modelo común al resto de Comunidades autónomas y del que constituye el Consejo de Estado. Dice la Parte Expositiva del Decreto que crea la Comisión Jurídica Asesora del Gobierno Vasco, que *“Entre las diversas fórmulas mediante las que puede organizarse la función consultiva, este Gobierno ha considerado desde el principio que la más idónea es su integración en los servicios jurídicos de cada Administración, si bien cuidando de salvaguardar la objetividad e imparcialidad que requiere dicha función”*.

La configuración de su Comisión Jurídica Asesora es bien distinta al resto de los Consejos que ejercen la función consultiva. En primer lugar, ha sido creada por Decreto 187/1999 de su Gobierno, careciendo, por tanto, de garantía estatutaria o legal de la que gozan los demás órganos consultivos autonómicos. En segundo lugar, se halla integrada en la Secretaría General de Régimen Jurídico del Gobierno Vasco, como *“órgano colegiado superior consultivo de la Administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi”*, aunque *“actúa con independencia jerárquica, orgánica y funcional, con respecto a los órganos de la Administración activa”*, lo que es difícil de entender a la luz de las disposiciones básicas que configuran el régimen jurídico de las Administraciones Públicas, contenidas en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Evidentemente, a mi juicio, no es éste el modelo de órgano consultivo al que se han referido tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo, como sustitutivos del Consejo de Estado en las respectivas Comunidades autónomas.

3.- La **autonomía orgánica y funcional** es, o debe ser, por tanto, una característica de los órganos consultivos. Para reforzarla, son convenientes algunas previsiones.

La primera es que, los órganos consultivos deben gozar de la **potestad de autoorganización interna**, en el marco de las disposiciones legales que los configuran. Ello se traduce en la facultad de elaborar su propio Reglamento, que, obviamente, debe ser posteriormente aprobado por el Gobierno regional, que es el titular de la potestad reglamentaria con arreglo a lo dispuesto en los respectivos Estatutos de autonomía.

La segunda, es la relativa a la **autonomía presupuestaria**. Si no estuviera reconocida, la autonomía orgánica y funcional quedaría mermada. Normalmente, los Consejo Consultivos elaboran su propio presupuesto, que debe figurar como una sección dentro del presupuesto general de la Comunidad autónoma. Quiere ello decir que el Gobierno, a quien compete la aprobación del proyecto de ley de presupuestos, debe abstenerse de introducir modificaciones en el elaborado por su órgano consultivo, quedando reservada tal posibilidad a los respectivos parlamentos.

Esa autonomía presupuestaria se ve reforzada, además, si se evita la intervención de la gestión económica por parte de los órganos gubernamentales encargados de tal función. Naturalmente, la gestión económica debe estar sometida a control: pero para eso están los órganos autonómicos equivalentes al Tribunal de Cuentas. En tal sentido procedimos en el Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana cuando, al redactar el proyecto de Reglamento introdujimos un precepto en virtud del cual el Consejo somete su gestión económica a la Sindicatura de Cuentas, alto comisionado de las Cortes Valencianas que tiene como misión controlar las cuentas de la Generalitat Valenciana, quedando de este modo, dispensado de intervención delegada.

Así, a la facultad del Presidente de autorizar el gasto y proponer los pagos, se añade la de ordenar éstos, siendo de su exclusiva incumbencia las funciones relativas a la ejecución y liquidación del presupuesto del Consejo, previa deliberación del Pleno.

Este régimen presupuestario justificó que el Consejo Jurídico Consultivo fuera incluido, a petición propia, en la Disposición Adicional Primera de la Ley de Presupuestos para 1997, -año en que comenzó a ejercer su función consultiva-, que prescribía que las dotaciones presupuestarias de las Instituciones de la Generalitat se librarían por cuantas partes trimestrales en favor de las mismas y no estarían sujetas a justificación, pero sí a censura de la Sindicatura de Cuentas. Igual previsión se contiene en las ulteriores Leyes de Presupuestos.

Todo ello no fue fruto de la casualidad ni del capricho injustificado: la elaboración del Reglamento y los primeros meses de vida del Consejo se aprovecharon al máximo al considerar que era el momento oportuno para reforzar la necesaria autonomía orgánica y funcional, y por tanto presupuestaria, de la Institución.

También hay que enmarcar en la autonomía orgánica de los Consejos Consultivos la facultad de éstos de seleccionar al personal a su servicio. Especial relieve adquiere la creación de un cuerpo de letrados específico, tal y como ocurre en el Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana, al que se accede previa superación de la correspondiente oposición.

4.- La mayor parte de los Consejos consultivos autonómicos se han configurado como **órganos supremos** del Gobierno respectivo y de su Administración. La experiencia ha puesto de manifiesto que tal definición se ha quedado corta, pues en la práctica los Consejos Consultivos son algo más que eso: por prescripción legal deben emitir dictamen por consulta preceptiva de órganos ajenos al Gobierno autonómico y a su Administración. Tal ocurre en relación con las Corporaciones Locales, con las Universidades o con otros órganos que cabe encuadrar en la llamada Administración Institucional.

Piénsese, por ejemplo, en los procedimientos sobre responsabilidad patrimonial o sobre resolución, interpretación o nulidad de los contratos, con oposición del contratista; en las revisiones de oficio de actos nulos; o en los recursos extraordinarios de revisión, entre otros muchos.

Las Corporaciones Locales y las Universidades y otros órganos de la Administración institucional, están obligados a consultar al Consejo Consultivo autonómico, allí donde exista.

Por ello, debe tenerse en cuenta tal circunstancia a la hora de configurar los órganos consultivos.

Téngase en cuenta, además, que por lo general sólo el Gobierno autonómico y sus miembros están facultados para pedir dictamen, de tal forma que en las respectivas leyes de creación se suele prever que las Corporaciones Locales lo interesen a través del miembro del Gobierno que corresponda. Pero curiosamente, no hay previsión similar en relación con las Universidades y otras Administraciones.

Precisamente por ello, determinadas Comunidades autónomas han dado una regulación distinta, y más acorde con la realidad, a sus Consejos Consultivos, configurándolos como órganos consultivos, no solo del Gobierno regional, sino de toda la Región o Comunidad autónoma.

Es común a todos los órganos consultivos, el hecho de que, por prescripción legal, su dictamen sea el último trámite del procedimiento anterior a la resolución que deba adoptar la autoridad consultante y de que, en todo caso, los asuntos sobre los que haya dictaminado no pueden ser sometidos a Informe de ningún otro órgano. Ello pone de manifiesto la superioridad de los Consejos Consultivos en sus respectivos ámbitos de actuación, como la tiene reconocida el Consejo de Estado en el suyo propio.

Téngase en cuenta además que es reiterada la jurisprudencia del Tribunal Supremo, -que por unánime y constante no precisa de concreta cita-, en el sentido de que los actos administrativos dictados sin la intervención preceptiva del Consejo de Estado o del órgano consultivo autonómico, allí donde exista, son nulos de pleno derecho, al haberse producido con omisión de una garantía esencial del procedimiento.

Es éste otro de los rasgos característicos de los órganos consultivos: la omisión de su dictamen preceptivo constituye un **vicio de nulidad** de la disposición aprobada o de la resolución dictada.

5.- La composición de los órganos consultivos y el estatuto de sus miembros es otra circunstancia a tener en cuenta a efectos de constatar la independencia de criterio de tales órganos, y de verificar si se ajustan en su configuración, conforme a los condicionantes apuntados por los Tribunales Constitucional y Supremo.

Con la excepción, ya anotada, de la Comisión Jurídico Asesora del Gobierno Vasco, todos los Consejos Consultivos deben estar integrados, por regla general, por juristas de reconocida competencia a quienes se exige un tiempo mínimo de ejercicio de su profesión (entre siete y quince años), o por expertos en asuntos de Estado o autonómicos. De esta manera, se posibilita que formen parte de órganos que dictaminan en estrictos términos de legalidad, personas ajenas al mundo del derecho. Tal ocurre, por ejemplo, en los Consejos que cuentan con miembros natos (Comunidad Valenciana, Extremadura, Castilla-La Mancha o Castilla-León).

Téngase en cuenta que, por lo general, los órganos consultivos autonómicos, contrariamente a lo que ocurre en el Consejo de Estado, no pueden pronunciarse, en ejercicio de sus funciones, sobre aspectos de oportunidad y conveniencia, a no ser que les sea expresamente pedido. Curiosamente, la Comisión Jurídica Asesora del Gobierno Vasco, si que puede valorar, también desde la perspectiva del interés general, los aspectos de oportunidad y conveniencia *“cuando así lo exija la índole del asunto, o cuando lo solicite la autoridad consultante”*²¹.

Desde el punto de vista de su composición, observamos que hay varios modelos de órganos consultivos.

Dejando aparte el caso del Consejo de Estado, con tres tipos de Consejeros, (los permanentes, los electivos y los natos), la mayor parte de los Consejos Consultivos autonómicos están integrados por juristas elegidos bien por el Gobierno, bien parte de ellos por el Gobierno y parte por el Parlamento.

De procedencia sólo gubernamental son los miembros del Consejo Consultivo de Galicia (cinco, entre los que eligen a su presidente); País Vasco, (ocho miembros); Aragón (Presidente y ocho Consejeros), Andalucía (Presidente y un mínimo de 8 y máximo de 12 Consejeros electivos, aparte los miembros natos); Comisión Jurídica Asesora de Cataluña (un máximo de 25).

Por el contrario, en la designación de los miembros de sus respectivos Consejos participan tanto el Gobierno como el Parlamento, en: Comunidad Valenciana (3 el Gobierno y 3 el Parlamento, por mayoría de 3/5); Islas Baleares (4 el Gobierno y 3 el Parlamento, por mayoría de 3/5); Navarra (2 el Gobierno y

21 Art. 4.2 del Decreto 187/1999, del Gobierno Vasco.

5 el Parlamento); Murcia (2 el Gobierno y 3 la Asamblea, por 2/3); La Rioja (2 el Gobierno y 3 el Parlamento); Consell Consultiu de Catalunya (2 el Gobierno y 5 el Parlamento, por 3/5); Canarias (3 el gobierno y 4 el Parlamento, por 2/3); Castilla-La Mancha (1 el Gobierno y 2 por las Cortes, por 3/5, aparte los miembros natos); Castilla-León (2 por la Junta y 3 por las Cortes, además de los natos); y Extremadura (2 por el Gobierno y 3 por la Asamblea, por mayoría absoluta, aparte los natos).

Además, en cinco Consejos Consultivos se integran miembros natos:

*En Andalucía, lo son²²:

- el Presidente de una de las Reales Academias de Legislatura y Jurisprudencia, designado por el Instituto de las Academias de Andalucía.
- el Fiscal Jefe del Tribunal Superior de Justicia.
- un representante de los Colegios de Abogados, designados por los Decanos de dichos Colegios, en ellos.
- el Director General de Administración Local y Justicia.
- el Jefe del Gabinete Jurídico de la Consejería de Presidencia.

*En Castilla-La Mancha, son miembros natos:

- los ex-Presidentes de la Junta de Comunidades.
- los ex-Presidentes de las Cortes.
- los ex-Presidentes del Tribunal Superior de Justicia.

Pero sólo si han ejercido sus respectivos cargos al menos durante seis años y si gozan de la condición de ciudadano de Castilla-La Mancha²³.

Posteriormente, se previó²⁴ que los miembros natos tendrán un mandato efectivo de duración igual a la mitad del tiempo en que desempeñaron el cargo por el que acceden al Consejo Consultivo, sin que exista plazo para su incorporación, la cual se producirá por solicitud escrita del titular del derecho. Además, si durante su mandato incurren las causas de incompatibilidad, tendrán derecho a reincorporarse cuando desaparezca la causa, por el tiempo que restara hasta la terminación del periodo reconocido.

*En Extremadura²⁵, conviven los Consejeros electivos con los Consejeros “permanentes”. Estos son aquellos que, residiendo en la Comunidad Autónoma

22 Art. 8, de la Ley 8/1993, de 19 de octubre, del Consejo Consultivo de Andalucía.

23 Art. 41.3 de la Ley 7/1997, de 5 de septiembre, del Gobierno y del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.

24 Art. 4.3 de la Ley 16/2001, del Consejo Consultivo de Extremadura.

25 Art. 7.4 y 6 de la Ley 1/2002, de 9 de abril, reguladora del Consejo Consultivo de Castilla y León.

de Extremadura y gozando de la condición política de extremeño, hayan desempeñado, durante al menos un mandato completo, alguno de los siguientes cargos:

- Presidente del Gobierno de la Nación.
- Presidente del Congreso de los Diputados.
- Presidente del Senado.
- Presidente del Tribunal Supremo.
- Presidente del Gobierno Autónomo.
- Presidente de la Asamblea de Extremadura.
- Presidente del Tribunal Superior de Justicia.

Estos Consejeros “permanentes” se incorporarán en el plazo de dos años una vez abandonado el cargo que les da acceso al Órgano Consultivo, previa comunicación escrita dirigida al Presidente de la Comunidad.

*En Castilla-León²⁶, son Consejeros Natos los ex-Presidentes de la Junta que, habiendo ejercido el cargo durante al menos tres años, gocen de la condición de ciudadano de la Comunidad Autónoma. Tienen un mandato efectivo de igual duración a la mitad del tiempo en que desempeñaron el cargo, y aquel queda interrumpido si acceden a un cargo público. Quienes tengan derecho a ello deben notificar su disposición a integrarse en el Consejo Consultivo.

*Por último, en la Comunidad Valenciana²⁷ son Consejeros natos los ex-Presidentes de la Generalitat Valenciana, durante un plazo de quince años, cuando hayan ejercido el cargo de Presidente por un periodo igual o superior a una legislatura completa. En los restantes casos lo serán por un periodo igual al tiempo que hayan ejercido el cargo de Presidente, con un mínimo de dos años²⁸.

26 Art. 4 de la Ley 6/2002, de 2 de agosto, de Estatuto de los ex-Presidentes de la Generalitat Valenciana, según redacción dada por el art. 92 de la Ley 11/2002, de 23 de diciembre, de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera y de organización de la Generalitat Valenciana.

27 Según la Ley 4/2002, de 2 de agosto, de Estatuto de los ex-Presidentes de la Generalitat Valenciana, en su redacción original, los ex-Presidentes pasaban a ostentar la condición de Consejeros “permanentes” desde el momento de su cese.

28 Martínez Sospedra, en referencia al Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana, opina recomendable introducir un número de Consejeros permanentes a imagen y semejanza de los previstos en los arts. 7 y 11 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado. Vid. en “Las Instituciones políticas de la Comunitat Valenciana” en la obra colectiva “La societat valenciana: estructura social e institucional”. E. Bromera, Valencia, 2000, pág. 455.

Blanquer Criado estima, que la garantía institucional que protege a los órganos que ejercen la función consultiva no tolera que el miembro de ese órgano sea nombrado por un breve espacio de tiempo, máxime cuando puede ser renovado en su cargo. Por

Si incurren en causa de incompatibilidad, el mandato queda en suspenso. Hay incompatibilidad con el ejercicio de funciones ejecutivas, pero no con el de la función representativa.

Ahora bien, los Expresidentes Consejeros natos, tienen voz pero no voto en el Consejo Jurídico Consultivo, no computándose su asistencia a efectos del quorum de constitución previsto en el art. 13.1 de la Ley 10/1994, de creación del Consejo.

*También en Galicia los Expresidentes del Gobierno se incorporan al Consejo Consultivo como miembros natos.

El **mandato** de los miembros de los órganos consultivos también varía en las distintas Comunidades autónomas. Dejando aparte el régimen especial de los Consejeros natos a que se ha hecho referencia, el mandato se extiende desde 2 años en la Comisión Jurídica Asesora de Cataluña, hasta 6 años en Castilla-León, Navarra o Murcia, pasando por 3 años en el Consejo Consultivo de Aragón; 4 años en Baleares, Canarias o Galicia; y 5 años en Castilla-La Mancha, Extremadura y Comunidad Valenciana.

Al respecto conviene precisar que no me parece óptimo un mandato excesivamente corto, pues la estabilidad es garantía de independencia. Quizás por ello, incluso es oportuno que el mandato del Consejo difiera del de la Legislatura, lo que suele conseguirse, por otra parte, cuando una vez constituidos los órganos consultivos se van renovando con arreglo a sus respectivas previsiones legales. No hace falta señalar que quizás el carácter vitalicio de los Consejeros de Estado los dota de una estabilidad e independencia necesarias en este tipo de Instituciones; opción que, curiosamente, no ha sido seguida para configurar ninguno de los Consejos Consultivos autonómicos²⁹.

Como curiosidad cabe apuntar que la Ley de creación del Consejo Consultivo de Extremadura, fija en 72 años la edad máxima para ejercer la función consultiva, y que es prácticamente común a todos los Consejos que sus miembros sean inamovibles durante su mandato, lo que refuerza su independencia.

También el estatuto de los miembros de los órganos consultivos ofrece dos modelos: el de dedicación exclusiva, solo compatible con las funciones universitarias, docente e investigadora (como es el caso de la Comunidad Valenciana, Ga-

ello sugiere la conveniencia de un mandato de, por ejemplo siete años, y sin posibilidad de renovación. De esta forma se preservaría tanto la independencia como su apariencia. Vid. en “Consejo de Estado ...”, cit., pág. 125-125.

29 En su Memoria correspondiente a 2001 el Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana se hacía eco de su composición excesivamente exigua para seguir manteniendo la puntualidad y celeridad con la que viene despachando los asuntos.

licia, Canarias, Consejo de Garantías Estatutarias de Cataluña o Castilla-León); y el de la compatibilidad con el ejercicio de profesiones colegiadas y otro tipo de actividades profesionales (caso de la Comisión Jurídica Asesora de Cataluña, Illes Balears, Navarra o Andalucía).

La bondad o no de uno u otro modelo va a depender, fundamentalmente, del número de miembros con que cuenta el órgano y del trabajo a que tiene que hacer frente. Desde mi experiencia en el Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana, opino que tratándose de un órgano tan reducido, -con sólo seis Consejeros electivos³⁰, difícilmente se podría ejercer debidamente la función consultiva sin exclusiva dedicación, cuando se reciben anualmente en torno a las mil consultas.

Hay que indicar que todos los órganos consultivos cuentan con un Secretario General, Consejero-Secretario o Letrado-Secretario General, que por lo regular, y a menos que sea miembro del Consejo, asiste a éste con voz pero sin voto, y desempeña importantes funciones en orden a la coordinación de los Letrados y de los servicios administrativos del órgano.

Por último, y en cuanto a los **Letrados**, que son un elemento personal de indudable relevancia, en algunas Comunidades autónomas como Galicia, Canarias o la Comunidad Valenciana se ha creado un específico cuerpo de Letrados, aunque no en todos los supuestos se ha celebrado oposición para acceder al mismo. En otros casos, la función letrada es ejercida por funcionarios de la respectiva Administración autonómica.

Opina EMBID IRUJO, que no es imprescindible la existencia de un Cuerpo de Letrados de las características del propio del Consejo de Estado para que el juicio de homologación a que se refiere el Tribunal Constitucional pueda merecer un resultado positivo. La rigurosa cualificación técnica de los componentes de los Consejos a que apela la STC 204/1992, es referible, para este autor, a los miembros de éstos, a los Consejeros, y no a los elementos personales auxiliares de su función, por importantes que estos puedan ser³¹.

En sentido contrario el Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana se expresó en su Memoria correspondiente a 1997, en la que propuso, -y logró-, la modificación de su Ley de Creación a fin de que previera la existencia de un específico Cuerpo de Letrados, al estimar que una de las características para la equiparación y homologación al Consejo de Estado a que se refiere el Tribunal Constitucional, lo constituye el singular Cuerpo de Letrados con que cuenta.

30 Vid. en “Los principios jurídicos necesarios...”, cit., pág. 353.

31 Op. cit., pág. 141.

Al respecto, BLANQUER CRIADO³² señala que uno de los rasgos que perfilan el modelo reconocible de la función consultiva superior es la de contar con un cuerpo de funcionarios cuyo régimen estatutario esté adornado por los mismos caracteres de cualificación técnica e independienciacia que se predicen del órgano.

6.- Pero lo más relevante al hablar de los Consejos Consultivos autonómicos es, sin duda alguna, las **competencias** que tienen atribuidas. Obvio es decir que éstas han de estar referidas a las asumidas por las respectivas Comunidades autónomas, o a las previsiones de la normativa básica estatal. A estas últimas responde la preceptiva consulta en relación con los expedientes instruidos por las Administraciones en materia de responsabilidad patrimonial; de revisión de oficio de actos nulos; de recursos extraordinarios de revisión; de determinados supuestos de contratación pública; o de modificación de zonas verdes y espacios libres.

En estos asuntos la misión de los Consejos consiste, en primer lugar, en constatar la regularidad del procedimiento administrativo instruido, de suerte tal que se erigen en garantes de los derechos de los administrados, velando porque no se les genere indefensión (práctica de pruebas, audiencia...).

Común a todos los Consejos es su dictamen preceptivo en relación con los **proyectos de reglamento** o disposiciones de carácter general que se dicten en ejecución de leyes y sus modificaciones, tal cual ocurre con el Consejo de Estado.

Pero además, muchos de los Consejos autonómicos también tienen reconocida la competencia de dictaminar los **Anteproyectos de Ley** elaborados por sus respectivos Gobiernos. Tal ocurre en Canarias, Castilla-León, Extremadura, Illes Balears, Galicia, Comunidad Valenciana y Andalucía³³.

La misión primordial de los Consejos Consultivos en el ejercicio de esta competencia consiste, esencialmente, también en constatar la regularidad del procedimiento establecido para la elaboración de los proyectos normativos, normalmente regulado en leyes autonómicas que establecen una serie de trámites (Informes Técnicos, Memoria económica, Informe sobre el impacto de género...); en la comprobación de que el proyecto normativo no resulta contrario a ninguna norma de jerarquía superior y, consecuentemente, que se ajusta a la Constitución, al Estatuto de autonomía y, en su caso, a la legislación básica estatal y al derecho comunitario; que su rango es el adecuado, según la materia que pretende regular; que no producirá consecuencias contrarias a las pretendidas; que su forma y redacción se atienen a las normas habituales de técnica normativa; y que la norma proyectada guarda la coherencia interna necesaria en aras de hacer efectivo el principio de seguridad jurídica.

32 En los casos de la Comunidad Valenciana y Canarias, con excepción del Anteproyecto de Ley de Presupuestos.

33 F. López Menudo, op. cit., pág. 272-273.

De esta forma, los Consejos Consultivos, al dictaminar anteproyectos de ley, se erigen en órganos de garantía constitucional y estatutaria, ejerciendo un control preventivo –control de adecuación en el que no se impone la voluntad del controlador al controlado–, de indudable importancia al ser la consultiva una función pública neutral que representa el interés por la legalidad por encima de cualquier condicionante político, económico o social.

El dictamen en relación con los anteproyectos de ley, como el relativo a los recursos de inconstitucionalidad que el Gobierno autonómico pretenda formular contra Leyes estatales, comporta una especial defensa del Estatuto de autonomía como Norma institucional básica de la Comunidad. Y en el mismo sentido cabe considerar el preceptivo dictamen que los Consejos Consultivos deben emitir en los conflictos en defensa de la autonomía local previstos en los artículos 75-bis y siguientes de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

Es cierto que corresponde exclusivamente al Tribunal Constitucional la función jurisdiccional de pronunciarse sobre la adecuación a la Constitución de las leyes, a través de la resolución de los recursos o de las cuestiones de inconstitucionalidad o de los conflictos que en defensa de la autonomía local se le planteen, como también lo es que tiene asignada la labor de resolver los conflictos constitucionales de competencias que se susciten entre el Estado y las Comunidades autónomas de éstas entre sí. Asimismo, la jurisdicción contencioso-administrativa es competente para conocer, entre otras pretensiones, de los recursos que se deduzcan contra las disposiciones generales de rango inferior a la Ley.

Ahora bien, junto a la competencia del Tribunal Constitucional y de la jurisdicción contencioso-administrativa para el enjuiciamiento de las normas, el Consejo de Estado y los respectivos Órganos Consultivos autonómicos realizan una inestimable función preventiva en pro de la preservación del sistema de distribución territorial del poder, pues con su *autoritas* dotan a las Instituciones consultantes de una cierta seguridad jurídica en relación con sus propuestas, o bien las persuaden en innumerables ocasiones de la aprobación de preceptos que pueden resultar contrarios a la Constitución o al resto del ordenamiento jurídico, contribuyendo de este modo a reducir el posterior planteamiento de conflictos ante el Tribunal Constitucional o ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

De cualquier modo, en el caso de que no sean atendidas por las autoridades consultantes las observaciones formuladas respecto de las normas proyectadas y de que se judicialice el conflicto entre el ordenamiento estatal y autonómico, las consideraciones de los Consejos Consultivos sirven para fijar, centrar y orientar, desde un punto de vista estrictamente jurídico, las cuestiones de dudosa constitucionalidad, estatutoriedad y legalidad, constituyendo una opinión cualificada que puede servir al órgano judicial competente para la adecuada resolución del conflicto planteado.

El **panorama competencial** de los Consejos Consultivos **se completa** con la obligación de dictaminar los proyectos de legislación delegada; los convenios y acuerdos de cooperación con otras Comunidades autónomas; los conflictos de atribuciones entre los distintos departamentos de sus respectivos gobiernos, y los recursos de inconstitucionalidad y conflictos de competencia que los gobiernos pretenden formular ante el Tribunal Constitucional.

Por último, no podemos olvidar que, además de los asuntos de preceptiva consulta, los Gobiernos autónomos pueden someter a consideración de los órganos Consultivos cualquier cuestión, con **carácter facultativo**, para que se dictamine en términos de estricta legalidad, asuntos en los que la función consultiva adquiere toda su significación.

V. Conclusión

En definitiva, la función consultiva comporta una colaboración con la Administración, -en muchos casos necesaria, por imperativo legal-, en la conformación a derecho de sus actuaciones. No es que la Administración desarrolle su actividad inobservando voluntariamente el ordenamiento jurídico, pero dentro del complejo sistema de garantías establecido en favor del ciudadano y, obviamente, del interés general, se ha querido que un órgano externo a aquella, dotado de autonomía orgánica y funcional, integrado por profesionales de probada experiencia que ejercen su función con independencia, expresen su parecer sobre lo actuado por la Administración, analizándolo a la luz del ordenamiento jurídico aplicable. De esta forma se coopera a la consecución de una resolución acertada y, desde luego, ajustada a derecho.

A mi juicio, la descentralización del ejercicio de la función consultiva operada en España en los últimos años merece una valoración muy positiva, con independencia de que pueda mejorarse la configuración de los órganos consultivos autonómicos, y también, por qué no, la del Consejo de Estado.

Si nos atenemos a la actuación de los Consejos Consultivos podemos llegar a la conclusión de que las críticas apriorísticas a las que antes me he referido, caen por su propio peso.

Téngase en cuenta, en todo caso, que el prestigio, como la fama, se tiene o no se tiene y nadie lo puede adquirir, sea persona o institución, con el nacimiento o en el momento fundacional[□]; ello es algo que sólo el tiempo y el consenso externo sobre la bondad o calidad del sujeto es capaz de crear.

LOS ÓRGANOS CONSULTIVOS Y LA CALIDAD NORMATIVA

Por: Tomàs Font i Llovet

*Presidente de la Comisión Jurídica Asesora de la Generalidad de Cataluña
Catedrático de Derecho administrativo Universidad de Barcelona*

Sumario:

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. ALCANCE Y SIGNIFICADO ACTUAL DE LA CALIDAD NORMATIVA.
- III. LOS PRINCIPIOS DE LA CALIDAD NORMATIVA Y LA FUNCIÓN CONSULTIVA.
 - A. El rigor técnico normativo. El valor de las directrices.
 - B. Los órganos consultivos y las directrices de técnica normativa.
 - C. El principio de proporcionalidad.
 - D. El principio de confianza legítima.
 - E. Principios de transparencia y participación en el procedimiento normativo. Control de la arbitrariedad.
 - F. La motivación de las normas y el impacto normativo.
- IV. FUNCIÓN CONSULTIVA Y CONTROL JUDICIAL.

I. Introducción

El objeto de esta intervención, órganos consultivos en la salvaguardia de la técnica normativa, nos centra en sus dos aspectos; por un lado, hay que tener en cuenta el modelo de órgano consultivo al que nos vamos a referir y el alcance de ese tipo de organismo. Los órganos consultivos, tanto el Consejo de Estado como los autonómicos, tienen, en su gran mayoría, como mínimo común denominador en sus competencias la intervención preceptiva en los procedimientos de elaboración de las disposiciones generales. Aunque algunos de ellos, además,

también la tienen en los anteproyectos de ley podemos centrarnos en la función más común, que es la intervención en los proyectos de disposiciones generales.

El otro elemento del título de la intervención es la técnica normativa, y aquí podríamos extendernos sobre el alcance de ésta expresión, de esta materia. Ayer ya se dedicó toda la Jornada a los diversos contenidos y expresiones de la técnica normativa pero, mirando el programa por las dos caras, veo que, por una, tenemos los *órganos consultivos en la salvaguarda de la técnica normativa*, mientras que, por la otra, encontramos el papel de los *órganos consultivos en la salvaguarda de la calidad de las normas*. Me parece extraordinariamente acertado el carácter que se deja ver en las dos caras de esa intervención porque, efectivamente, la relación entre técnica normativa y calidad normativa es una relación muy íntima, yo diría que son casi las dos caras de la misma moneda.

Probablemente, la calidad normativa nos lleva a un concepto más amplio que incluye, como veremos inmediatamente, la técnica normativa en un concepto más global y que nos permite también vincularlo a un elemento al que he aludido hace un instante, que es el procedimiento de elaboración normativa. Es decir, la técnica normativa y el procedimiento normativo como elementos que redundan en su conjunto en la calidad de las normas. Pues bien, este va a ser el objeto de mi intervención.

II. Alcance y Significado Actual de La Calidad Normativa

Expondré primero lo que entiendo que es, precisamente el alcance de la calidad normativa; en segundo lugar, los principios que deben tomarse en consideración en relación con la calidad normativa y que configuran los elementos esenciales de la calidad normativa. Y, al hilo de la exposición de esos principios, analizaré cual es el papel, intervención y posición de los órganos consultivos en relación con la calidad normativa.

La exposición de unos principios generales sobre calidad normativa tiene la intención de intentar juridificar la norma, el criterio, la materia “calidad normativa”, caso contrario corremos el riesgo de ir hacia una evanescencia de la calidad normativa o de la técnica normativa, y entiendo que no nos interesa. Sobre todo nos interesa aprehender, de manera concreta, desde el punto de vista de los órganos consultivos y de los juristas que aquí estamos, cuál es ese contenido jurídico, así como los procedimientos que pueden hacer valer y hacer viable el control de la calidad de las normas desde la perspectiva, repito, jurídica.

En este sentido, con relación al alcance de los principios generales de la calidad normativa parece claro que existe, en el momento presente, una tendencia hacia una nueva cultura de la calidad normativa, pues hay un creciente interés

doctrinal, normativo y jurisprudencial en relación con la calidad normativa; interés doctrinal en cuanto a las discusiones sobre la calidad de la actuación administrativa, la buena administración y la gobernanza, con la incorporación de nuevos conceptos que ya estamos manejando, tales como la simplificación normativa y la regulación. Todo esto atrae la atención de los estudiosos, que también se dedican a analizar el procedimiento normativo bajo nuevas ópticas, no solo como elementos formales sino como mecanismos de adecuación del ejercicio de la potestad discrecional y, en concreto, de la más discrecional de todas, que es la potestad normativa. Además, ya se están desarrollando, de manera muy madura, los estudios que se iniciaron hace años en materia de ciencia de la legislación, de legística o de técnica normativa en nuestro país. Expresión de ello lo encontramos en obras y en publicaciones.

Quiero recordar los estudios de GRETEL (*Grup de Recerca i Tècnica legislativa*), formado por varios profesores de las Universidades de Cataluña, algunos de ellos miembros de la Comisión Jurídica Asesora, que a partir de esas publicaciones han desarrollado una gran influencia en el estudio y en la doctrina sobre la calidad de la técnica normativa, pero en los que, además, ese interés no solo es doctrinal, sino institucional y normativo. Las diversas aportaciones, documentos e informes de diversos organismos, desde las conocidas recomendaciones para la administración española del año 1995 y los informes sobre la actividad regulatoria en España, en el año 2000, de la OCDE, hasta las intervenciones de la Unión Europea en sus diversas aportaciones, sobre todo en el conocido informe Mandelkern del año 2001 sobre la mejora de la regulación; no está de más recordar que Mandelkern era el representante francés en la Comisión y era también Presidente de sección honorario del Consejo de Estado: por lo tanto, también aquí existe una vinculación entre Función Consultiva, Consejo de Estado y calidad de la regulación, en la que aquél aportó, precisamente, la experiencia de su Presidente honorario de sección en la elaboración de este conocido informe sobre la mejora de la regulación. A partir de ahí, toda la actuación de la Comisión Europea fue en favor de concretar las directrices sobre la evaluación del impacto normativo: directrices de impacto normativo de los años 2002 y 2005, básicamente.

La misma actividad institucional por parte no ya de instituciones europeas o de instituciones internacionales, sino las del propio Estado las conocemos bien, ya que las encontramos en las directrices sobre técnica legislativa aprobadas en el año 2005, que nos dan una sistematización de los elementos de técnica normativa que manejamos habitualmente, y en la creación de la Agencia Estatal de Evaluación de la Calidad regulada, como sabemos, por el Real Decreto 1418/2006, con una especial proyección hacia la evaluación de la calidad de las normas y un elemento organizativo dirigido a su control.

También en las Comunidades Autónomas, no hay que recordarlo porque lo manejamos de forma muy frecuente, contamos con normas como la Ley vasca del año 2003 sobre el procedimiento de elaboración de exposiciones generales y otros textos, como el Manual de Técnica Legislativa del año 1992, en Cataluña, en forma de manual –más adelante hablaré del valor de todas esas aportaciones y del valor normativo que pueden tener– y con recientes aportaciones, como las recientes Directrices del Gobierno de 19 de mayo de 2009: las Directrices sobre la Documentación de los Expedientes del Procedimiento de Elaboración de las Normas, aprobadas por el Gobierno, y las directrices sobre la oportunidad de las iniciativas legislativas. Por tanto, hay una intensa actividad en este sentido por no mencionar el Decreto 24/2009, del Consejo Jurídico de la Generalidad Valenciana, que va a ser objeto de un tratamiento específico en otras intervenciones.

Pero también la calidad de las normas recibe una especial atención por parte de la jurisprudencia. Tanto el Tribunal Supremo como los Tribunales Superiores de Justicia están expresando un cambio de sensibilidad en relación con los elementos normativos dirigida, precisamente, a garantizar su calidad. Una nueva apreciación de las exigencias de la motivación de las disposiciones generales, no ya sólo de los actos administrativos sino también de las disposiciones generales, está señalando una nueva etapa jurisprudencial del Tribunal Supremo en los últimos cinco años. Así, por ejemplo, es de interés la Sentencia de 2 de diciembre de 2005 sobre el Decreto de la Junta de Galicia relativo a la pesca del pulpo, que fue anulado por falta o insuficiencia de motivación de esa norma, a veces con una aplicación incluso excesivamente formalista en las exigencias de motivación.

Recuerdo también la Sentencia de 27 de noviembre de 2006 relativa al acuerdo con el Gobierno de trasladar la sede de la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones a Barcelona, decisión anulada también por falta de motivación, con independencia de las discusiones que se producen en la Sentencia y en sus votos particulares sobre el carácter normativo o no de esa decisión. Pues bien, ¿por qué esta creciente atención por la calidad normativa? Creo que hay causas que debemos conocer y que vale la pena tenerlas en cuenta, porque están suscitando o están justificando esa creciente atención.

En primer lugar, debe considerarse la crisis del modelo de Estado prestacional propio de la postguerra, el Estado social, y el paso a un Estado regulador, a un Estado garante, donde la función normativa o regulatoria tiene un mayor relieve en la actualidad que la función estrictamente prestacional o de servicio público. Por otro lado, el incremento de estructuras con poderes normativos, es decir, el papel creciente y ya omnipresente de la Unión Europea, junto a los clásicos niveles estatales, tanto por su actuación normativa desbordante, como por la complejidad normativa producida en el interior de los Estados y más aún en nuestro

país, con la de Comunidades Autónomas o Entes Locales con una autonomía constitucionalmente garantizada.

Debemos habituarnos a trabajar con esa complejidad para poder movernos con seguridad en este ordenamiento complejo, y para ello hay que mantener las exigencias de calidad, de simplificación o de calidad de las normas. Recuerdo el libro del profesor Luciano Vandelli, que se titula *Psicopatologie delle riforme quotidiane*, recientemente traducido al español. Es un libro de extraordinaria agudeza donde precisamente se repasan, parafraseando la conocida obra de Freud, las diversas patologías que puede sufrir la norma como producto o como ser vivo en el Estado actual, desde los síndromes de ansiedad hasta los síndromes bulímicos anoréxicos, según los casos: hiperinflación normativa o, al revés; de regulación excesiva o ausencia de regulación, etc., un libro muy interesante que recomiendo vivamente.

En segundo lugar, hay una preocupación importante, sobre todo por la simplificación normativa, desde el punto de vista también económico. Los agentes económicos requieren claridad en las normas, seguridad del ordenamiento aplicable, simplificación de procedimientos y, por tanto, está pesando también el punto de vista de la integración de mercados. Sin ir más lejos podemos comprobar como la aplicación de las Directivas de Servicios está exigiendo este tipo de actuaciones, y esto también nos lleva a poner en cuestión la simplificación normativa como elemento de calidad.

Y, en tercer lugar, por supuesto, hay que considerar la calidad como criterio de legitimación de la Administración Pública. La Administración ya no se legitima solo por la adecuación a la ley como producto de la voluntad general —la legitimación clásica— sino también por una actuación de calidad desde el punto de vista del usuario, el destinatario de su actuación; en este caso, de los destinatarios de las normas. Éste es un elemento de legitimación que no puede ser descuidado por la propia Administración.

En fin, las exigencias derivadas de las innovaciones tecnológicas, de las innovaciones sociales y de los cambios científicos exigen normas muchas veces no permanentes, normas cambiantes y, por lo tanto, elementos para que esa complejidad en el tiempo y en el espacio sea manejable a partir de principios y elementos de calidad.

III. Los Principios de La Calidad Normativa y La Función Consultiva

¿Qué grandes principios podemos seleccionar de los muchos que configuran la calidad normativa y que pueden ser objeto de conocimiento y de análisis por parte de los órganos consultivos estatales y autonómicos? Interesan esos princi-

prios, decía al inicio, como elemento de juridificación, por lo que pueden permitir realizar observaciones sobre la juridicidad y la legalidad de una norma por déficit de calidad y, si es el caso, podrían llevar a la anulación de una norma precisamente por infringir principios jurídicos atinentes a la calidad normativa.

a. El rigor técnico normativo. El valor de las directrices.

El primer principio de los que nombraré es el principio de *rigor técnico normativo* que es el más directamente vinculado con lo que de manera estricta denominaríamos técnica normativa, sobre todo en el aspecto de los elementos destinados a mejorar el rigor formal en la estructura y en la redacción de las normas. Es un aspecto de la calidad y de la técnica normativa que configura el elemento más visible, más exterior de la norma, esto es, su expresión escrita, su expresión formal. Este es un principio que ha recibido ya un tratamiento jurídico, precisamente a través de la aprobación de instrumentos que contienen normas o directrices en relación con la estructura y la forma de las normas. Me refiero a la Ley del año 2003 de Euskadi, a las directrices aprobadas por la Administración General del Estado en el año 2005, al Decreto 24/2009, del Consejo de la Generalidad Valenciana, a las directrices que ha aprobado el Consejo del Gobierno de la Generalidad de Cataluña, el 19 de mayo de 2009. Bien, estas directrices o estas normas atienden, como decía, a la estructura, forma y redacción de las normas. No entraré en su contenido, pues conocemos ya cual es la tónica general de esas directrices, y me detendré un momento en el valor que se les pueda otorgar.

¿Tienen valor normativo esas directrices? ¿Su incumplimiento conlleva una infracción legal, una infracción jurídica y, por lo tanto, puede llevar a una tacha de la legalidad y de la validez de aquella norma que no se ajuste a las directrices de técnica normativa?

Sin duda, esta cuestión ya habrá sido objeto de discusión porque es un tema clásico cuando se habla de técnica normativa y de directrices sobre técnica normativa. Lo que a mi entender puede decirse es que se puede reconocer un cierto carácter vinculante de esas directrices dependiendo del instrumento donde están formalizadas. Así, la Ley vasca del año 2003, en su disposición adicional tercera, nos dice que la elaboración de disposiciones generales por parte del Gobierno y de la Administración se realizará de acuerdo con las directrices establecidas el año 1993 –las directrices habían sido establecidas diez años antes–. Es decir, la Ley que regula el procedimiento se remite a las mismas diciendo: “la elaboración de las normas se realizará de acuerdo con las citadas directrices”. Ciertamente, hay una decisión legal que otorga un valor, al menos vinculante, hay que ver si es determinante, a esas directrices en la medida en que establece que la elaboración

de las disposiciones generales se realizará de acuerdo con ellas. En cambio, en el caso del Decreto valenciano 24/2009, de 13 de febrero, no se va tan lejos puesto que la misma exposición de motivos expresa en su preámbulo y se recoge en la disposición final primera que “las directrices o las normas o reglas referidas a la estructura y forma de los proyectos normativos carecen de rango reglamentario”. Carecen de rango reglamentario, sí, pero se puntualiza, “deben ser consideradas como normas internas de la Administración sin eficacia *ad extra*”.

Valor normativo sí, ¿y cuál es la eficacia de ese valor limitado? Hay que ver cuáles son las consecuencias de esta distinción, el valor de esa eficacia *ad intra*, ¿Podríamos decir que el cumplimiento de esas reglas de estructura y de forma puede hacerse valer por terceros?

Las directrices de la Generalidad de Cataluña fueron aprobadas por un acuerdo del Consejo de Gobierno del día 19 de mayo de 2009. No están publicadas, sino que solo son accesibles a través de una *intranet* de la Administración de la Generalidad. En ese acuerdo del Gobierno por el que se aprueban unas directrices sobre el contenido del expediente y del procedimiento de la elaboración de disposiciones de carácter general, se nos dice que se adoptan y se puntualizan en ejercicio de la facultad que el artículo 49 de la ley 13/1989, de organización de la Administración catalana, otorga al Gobierno para emitir orientaciones o criterios dirigidos a los órganos de la Administración de la Generalidad, con la finalidad de obtener mayor coherencia en los objetivos respectivos y una armonización en sus actuaciones, sin que ello implique el ejercicio de la potestad reglamentaria.

También aquí, con esa salvedad, las directrices no tienen naturaleza o rango o ejercicio de potestad reglamentaria pero sí facultad orientadora en relación con o dirigida a los órganos de la Administración. Una referencia parecida a la que encontrábamos en el mismo Decreto 24/2009 de la Generalidad Valenciana. En definitiva, parece que se está, utilizando una potestad de dictar instrucciones o circulares, y que las directrices de técnica normativa en el fondo tendrían naturaleza de instrucción, de orientación interna, de circular dirigida a la propia Administración, que no tendría valor reglamentario y que, por consiguiente, no podría hacerse valer, si procediera, y según estas acotaciones, por terceros ante los Tribunales.

b. Los órganos consultivos y las directrices de técnica normativa.

La anterior conclusión sobre el valor de las directrices pone de relieve una de las virtualidades de la función consultiva. Al conocer los órganos consultivos en sus dictámenes preceptivos sobre las disposiciones de carácter general, sí que pueden conocer sobre el ordenamiento en su conjunto, no solo sobre el marco

jurídico externo que acota el ejercicio de la potestad reglamentaria, sino también por ser precisamente Administración consultiva, –al menos en la concepción clásica de estos órganos– y en la medida en que intervienen como Administración consultiva en el procedimiento normativo, son parte de la Administración, no de la Administración activa, pero sí consultiva, y, por lo tanto, son concedores de estas reglas internas, de esas instrucciones, orientaciones o circulares que pueden ordenar la técnica normativa a utilizar por la propia Administración.

En ese sentido, sí que se plantearía la oportunidad y la posibilidad de que el órgano consultivo en sede de dictamen preceptivo sobre proyectos reglamentarios pudiera hacer valer las directrices de técnica normativa como elemento o parámetro de juicio y realizar observaciones y consideraciones sobre la falta de seguimiento o falta de adecuación de un determinado proyecto a esas directrices o normas internas. Entiendo que se puede hacer este tipo de observaciones, al menos, nos los podemos plantear con cierta solvencia, porque aunque no existieran esas directrices de técnica normativa o esas reglas establecidas por un instrumento formal, ya sea por decretos, por instrucciones o por acuerdos del Gobierno, el órgano consultivo, en el ejercicio de su propia función, debe y puede hacer observaciones de técnica normativa, repito, incluso en ausencia de reglas o de directrices formalizadas, y esto es lo que hace normalmente la actividad consultiva.

Todos los que hemos tenido responsabilidades en la misma conocemos perfectamente, igual que cualquier concedor de la doctrina de los órganos consultivos, del Consejo de Estado o de los órganos autonómicos, que un ámbito específico de los dictámenes en materia de anteproyectos de ley y de disposiciones generales se refiere a los elementos de técnica normativa. Por lo que, si esto es posible realizarlo en ausencia de directrices específicas, con mayor razón aún es posible realizarlo cuando estas existen en el propio ámbito interno de una determinada Administración.

He aquí una virtualidad de la función consultiva en relación con la técnica normativa: aquello que no puede ser parámetro de legalidad en un juicio realizado por un órgano jurisdiccional, que no puede o difícilmente puede ser hecho valer por un tribunal en un juicio de validez de una norma en su control *a posteriori*, en cambio, sí que puede ser objeto de consideraciones y, si fuera el caso, incluso llegar a una consideración de carácter esencial por parte de un órgano consultivo.

¿Y por qué se puede llegar a ese extremo de formular una observación de carácter esencial? Posiblemente, cuando de la infracción o del incumplimiento de determinadas directrices o elementos de técnica normativa se llegara a una situación de inseguridad jurídica, de déficit de inteligibilidad y de claridad de la norma tal que la hiciera difícilmente aplicable, generando con ello una infracción del principio de seguridad jurídica. En la medida en que esto pudiera ser argu-

mentado por el órgano consultivo podría efectuarse una observación de carácter esencial de la legalidad que impediría la aprobación de la norma “de acuerdo con el dictamen” del órgano consultivo, y debiera ser aprobada solamente “oído” el mismo, si no se subsanase el déficit observado. Éste es un elemento importante a tener en cuenta en relación con la actuación de los órganos consultivos.

c. El principio de proporcionalidad.

El segundo principio de la calidad normativa atañe al *principio de proporcionalidad* en un sentido amplio. El alcance del principio de proporcionalidad construido en relación con la calidad de las normas se ha formado, sobre todo, a partir de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, se ha traducido después en las recomendaciones de la misma Unión Europea y ha sido asimilado por la doctrina científica. Proporcionalidad en su triple vertiente: en lo relativo a que una norma debe ser idónea, debe ser necesaria y debe ser proporcional en sentido estricto.

En efecto, hay que verificar la idoneidad de las medidas establecidas en la norma con la finalidad que sea declarada y perseguida por la misma. *Idoneidad*, esto es, la capacidad para producir los efectos o satisfacer las finalidades perseguidas por la norma.

La *necesidad* de la norma es un elemento de la proporcionalidad importante. Necesidad en cuanto al hecho de que hayan podido ser ponderadas por el autor del proyecto las diversas alternativas regulatorias, incluida la alternativa de la no-regulación, y en cuanto a la mayor o menor incidencia en la esfera de los derechos de los ciudadanos o en la esfera de las competencias de otras Administraciones; ponderación de, por ejemplo, la subsidiariedad en relación con la autonomía local; ponderación, asimismo, de las medidas menos limitativas que podrían operarse en lugar de medidas coactivas o medidas ordenadoras, medidas prestacionales, medidas informativas, etc.

Y luego, naturalmente, la apreciación de la *proporcionalidad* en sentido estricto, es decir, ponderar si los beneficios obtenidos por la norma superan los costes que pueda producir su aplicación en los destinatarios de la misma: en los ciudadanos y en las empresas que puedan verse obligados a adoptar una conducta basada en los criterios establecidos por la norma.

Idoneidad, necesidad y proporcionalidad que pueden llevar también a una observación por parte de los órganos consultivos cuando se tramite un proyecto normativo, es decir, cuando se observe que una norma puede estar carente manifiestamente -ahí debe verse caso por caso- de un juicio de idoneidad en el expediente, ya sea en la memoria justificativa, ya sea en los estudios de evaluación de

impacto; o bien, carente de todo juicio sobre los resultados de las consultas que se hayan realizado en el procedimiento. Y si del análisis de todos esos elementos se deduce que manifiestamente no existe o no está explicitada la idoneidad o la necesidad de la norma, podría llegarse a la conclusión de que hay una actuación desproporcionada en sentido amplio, lo cual permitiría una observación eventualmente de ilegalidad por infracción del principio de proporcionalidad –principio jurídico, principio constitucional asimismo– aplicado en ese caso a la elaboración de las normas.

Naturalmente, hay que actuar con suma cautela, con suma prudencia, por parte de quien debe hacer el juicio de una eventual infracción de la proporcionalidad. Pero destaco que es posible realizarlo y más posible es que sea realizado por un órgano consultivo que por un órgano jurisdiccional, ya que aquél tiene un conocimiento interno más inmediato del expediente de elaboración normativa, que llevará a la decisión del órgano que propone esa norma.

d. El principio de confianza legítima

Otro principio de la calidad normativa es el de *protección de la confianza legítima*. El principio de protección de la confianza legítima lo manejamos en muchas ocasiones los órganos consultivos en sede de dictamen sobre responsabilidad patrimonial, cuando determinados operadores privados exigen a la Administración responsabilidad por daños debidos a cambios imprevistos en la actuación administrativa que afectan a ese principio de confianza legítima y entienden que se trata de daños antijurídicos que deben ser indemnizados. Pues bien, la cuestión previa, antes de producirse el eventual daño, es analizar que en las normas, en los proyectos normativos, deben ya preverse los mecanismos necesarios para proteger la confianza legítima y evitar precisamente alteraciones normativas imprevistas que afecten a las previsibles actuaciones de los destinatarios de la norma que han planificado su propia actuación económica normal de acuerdo con los parámetros normativos.

¿Qué quiere decir esto? Que hay que analizar en cada texto normativo el régimen de sus períodos transitorios, la previsión de normas transitorias adecuadas, suficientes, para hacer frente a diversas situaciones que pueden verse afectadas por un cambio normativo y, por lo tanto, hay que ponderar la oportunidad de establecer medidas o regímenes transitorios que atenúen, atemperen, los efectos innovadores de esa norma y que su aplicación sea progresiva en el tiempo.

Por consiguiente, adquiere importancia la parte final de las normas, la parte final de su contenido dispositivo en cuanto contiene normas transitorias. El análisis que hacemos los órganos consultivos de las disposiciones transitorias acos-

tumbra ser –hablo por mi experiencia– un análisis muy rico, muy enriquecedor desde el punto de vista de diseccionar con todo detalle cuáles son los grados de transitoriedad. Ya sabemos por la jurisprudencia constitucional que son varias las posibles transitoriedades y sus efectos eventualmente retroactivos que puedan tener, y ello hay que analizarlo en cada caso con mucho cuidado. Y también las disposiciones sobre la entrada en vigor de las normas, que en muchas ocasiones no merecen atención y, en cambio, la entrada en vigor de las normas debe ser adecuada y proporcionada al contenido normativo de cada caso. No vale aceptar acríticamente la regla general de que las normas entran en vigor al día siguiente de su publicación y, en ocasiones, al mismo día de su publicación, esto último una práctica absolutamente incorrecta desde mi punto de vista. Creo que no es admisible un uso abusivo de la entrada en vigor inmediata, sino que se debe justificar caso por caso. La vieja regla del Código Civil debe estar, en cierto modo, más presente a pesar de los avances tecnológicos. Una entrada en vigor diferida, sea a los veinte días o no –depende de cada sector u ordenamiento en particular– facilita que se vea no afectada la confianza legítima de los destinatarios.

Porque, en definitiva, la finalidad del ordenamiento y de las normas, de la producción normativa, es no afectar a la seguridad jurídica sino al revés, producir seguridad jurídica. La confianza legítima, como ya conocemos, es una proyección del principio de seguridad jurídica y, en consecuencia, debe ser tenida en cuenta en el momento de elaborar la norma, no solo en el momento de su aplicación y de reclamar responsabilidad patrimonial por la aplicación imprevista de cambios normativos que afectan a la actividad de los particulares.

e. Principios de transparencia y participación en el procedimiento normativo. Control de la arbitrariedad.

Conocemos perfectamente otro elemento muy relevante de la calidad normativa, que es el elemento procedimental, esto es, la elaboración de la norma por lo que se refiere a la transparencia y a la participación. Este es un elemento conocido por todos los juristas que nos ocupamos de los procedimientos normativos, con las exigencias de consulta, de audiencia, de información pública, si procede, de los particulares que están adquiriendo gran relieve. Aquí podríamos decir que no todo vale, es decir, el órgano consultivo debe verificar que no vale cualquier forma de consulta. El ordenamiento y la calidad normativa no se conforma con cumplir el trámite con la información pública colgada en la página web de un Departamento o de una Consejería, aunque hay muchos Tribunales que lo dan por suficiente. El órgano consultivo, en su función de orientación positiva de cuál es la mejor forma de actuar, debe advertir a la Administración que propone una

norma acerca de si el trámite de audiencia ha sido suficiente, no solo si ha existido o no, cuestión que, por cierto, en muchas ocasiones analizan los Tribunales. Es decir, conociendo la pluralidad de intereses afectados por la norma, intereses que en muchas ocasiones no son homogéneos sino que son contrapuestos, debe comprobarse que todos ellos hayan sido objeto de audiencia o de consulta.

La Comisión Jurídica Asesora analiza detenidamente esos aspectos en los dictámenes que afectan a proyectos normativos. En una regulación de la actividad comercial, pongo por ejemplo, es cuestión de analizar no solo si se ha consultado a las entidades representativas del sector de los grandes equipamientos, sino también a las de los pequeños equipamientos, las del comercio *al detall*, a los gremios, y hay que comprobar que se consulta a los consumidores y a los trabajadores del comercio. Fundamentalmente, también hay que comprobar que en los órganos de participación –Consejo Asesor de Comercio, por ejemplo, u otros órganos de participación que existen en la Administración– la representación en los mismos sea la adecuada para proteger los intereses que están en juego en cada caso. Es importante porque cuando los órganos consultivos analizan las normas organizativas, los decretos que regulan precisamente los órganos de participación –consejo participativo, consejo asesor, etc.– deben entrar, en mi opinión, en el interior de la norma, deben entrar a conocer la composición del órgano y si la representación de los diversos intereses que se prevé para determinado órgano es la adecuada, es proporcionada, es suficiente a los diversos intereses en juego, pudiendo hacer objeciones, como se hacen en muchas ocasiones, acerca de la falta de representación de determinados colectivos o de la desproporción de la representación de unos colectivos frente a otros. La norma hace ya una ponderación de intereses que si no está justificada puede entenderse arbitraria, y eso puede ser objeto de observaciones por parte de los órganos consultivos cuando dictaminan sobre decretos que contienen una creación o regulación de los órganos de participación.

Naturalmente, para que la consulta sea eficaz y tenga un reflejo en la calidad de la norma debe dar lugar a una respuesta. Este extremo cada vez se prevé con mayor detalle en las directrices de técnica normativa y en las normas de procedimiento, exigiéndose que conste en el expediente la respuesta a las alegaciones presentadas en el trámite de audiencia o de información pública, en cada caso, que realiza la Administración, respuesta que será más o menos pormenorizada pero sí, en todo caso, razonada y que demostrará el uso razonable, racional, de las potestades normativas; respuesta razonada a las alegaciones, argumentando las que se aceptan y las que se rechazan; el motivo de por qué se aceptan o se rechazan otras, y el resultado de su aceptación en un nuevo texto normativo. Esto es un elemento de gran relieve para controlar, en cada caso, la proporcionalidad de las medidas adoptadas y si están en correlación con las

alegaciones formuladas y también para controlar, repito, la arbitrariedad en el ejercicio de la potestad normativa.

La Comisión Jurídica Asesora, al analizar en sus dictámenes la elaboración interna de una norma, ha observado en algún caso que en su tramitación se han producido cambios radicales, cambios sustanciales que no obedecen a ninguna alegación, que no obedecen a ningún informe, que no obedecen a ningún elemento incorporado al expediente. De la versión inicial a la versión que se somete a la consulta del órgano consultivo ha habido un cambio radical en la orientación de la norma. En la medida en que este cambio interno, todavía en el *interna corporis* de la elaboración del procedimiento, no ha sido justificado, no se fundamenta en ninguna memoria complementaria ni en aportación de informes, de alegaciones, etc., la Comisión Jurídica ha hecho una observación respecto de la falta de justificación de la medida propuesta y, por tanto, observación de carácter esencial. Observación esencial que en algún caso ha dado pie a que la norma fuera anulada posteriormente en vía contencioso-administrativa, precisamente por esa arbitrariedad que se había observado en su elaboración.

Esto también pone de manifiesto la utilidad de la intervención consultiva previa: aunque no consiga su finalidad de depuración del ordenamiento en una primera fase, preventiva, porque el órgano que debe aprobar la norma no tiene que seguir necesariamente un dictamen que no es vinculante, sí que en una segunda fase de control jurisdiccional pueden acogerse las observaciones efectuadas por el órgano consultivo en vía previa.

f. La motivación de las normas y el impacto normativo

Una última proyección, y deo varias en el tintero, de los principios de calidad normativa que pueden ser controlados por los órganos consultivos es la *motivación*, que está relacionada con lo que se acaba de señalar, y que requiere precisamente de esa acreditación formal en el expediente, de una justificación razonada, fundamentada y no meramente expuesta. Son elementos que hay que calibrar en un dictamen: no la mera exposición sino la fundamentación, la motivación, de las opciones reguladoras que escoge el proyecto normativo.

El instrumento clásico para efectuar esa motivación es la memoria justificativa que debe acompañar todos los proyectos y que cada vez se establece con mayor claridad que sea un documento dinámico. En efecto, la memoria no puede ser un documento estático elaborado al inicio del procedimiento y que al final del mismo no refleje la evolución de aquel proyecto. La memoria debe ser dinámica, acoger y adecuarse a los cambios que se producen en la tramitación. Junto a la memoria, también se encuentra la evaluación del impacto normativo, que cada

vez está acogiéndose con mayor difusión. El ejercicio de una evaluación de impacto normativo por parte de la Administración autora de un proyecto normativo se incorpora en el expediente y es conocido también por el órgano consultivo. No me extenderé en lo que significa la evaluación de impacto normativo: tiene su origen en las prácticas realizadas en Gran Bretaña y que luego se han recogido en los informes emitidos por la OCDE y en la propia actividad de la Comisión Europea que ejerce y desarrolla esa evaluación de sus propios proyectos normativos, a la cual se ha acogido ya o se está acogiendo también el derecho interno. En efecto, en derecho interno se empieza a acoger, en varias normas, la idea de que los proyectos normativos deben llevar incorporada una evaluación previa de su impacto en el ordenamiento.

La Comisión Jurídica Asesora tuvo ocasión de pronunciarse al respecto con cierta extensión en el dictamen 233/2007, relativo a una consulta general –no a un dictamen preceptivo–, formulada por el Gobierno de la Generalidad de Cataluña en relación con las medidas posibles a introducir para evaluar el efecto y la eficacia de las normas en el contexto económico y social; se consultó sobre que medidas se podían adoptar y la Comisión Jurídica Asesora, al orientar al Gobierno, sugirió la adopción de esta técnica de la evaluación del impacto normativo, técnica que posteriormente ha sido acogida, en un aspecto, en un decreto que regula la simplificación de procedimientos en materia económica, que es donde se suscita mayor interés por el impacto que puede tener en la actividad empresarial. En el Decreto 106/2008 relativo a la actividad económica se introduce, en su artículo 4, la exigencia de acompañar un informe de impacto regulatorio a todos los proyectos normativos que incidan sobre la actividad económica o que establezcan cargas económicas o administrativas para las empresas. Precisamente este informe de impacto regulatorio, según el Decreto 106/2008, debe referirse a la adecuación de la norma en materia económica, a los principios, criterios y recomendaciones que pueda establecer una guía de buenas prácticas para la elaboración y revisión de la normativa.

Nos estamos remitiendo aquí a otro instrumento, a una “guía de buenas prácticas”. Hemos hablado de directrices, hemos hablado de reglas o de criterios comunes en materia de técnica normativa: nos estamos moviendo, como es visible, en el terreno de este derecho maleable, de este derecho suave, de este derecho débil pero que no deja de ser derecho. El cumplimiento de esas guías de buenas prácticas será analizado en el informe de impacto regulatorio y a su vez, la suficiencia de ese informe de impacto regulatorio en relación con un proyecto de disposición general será conocido por el órgano consultivo que podrá, naturalmente, apreciar su suficiencia, su adecuación, si cumple en efecto la función para el que está previsto.

Además, ese informe de impacto regulatorio, según el artículo 4 del Decreto 106/2008, debe también referirse a la identificación y a la cuantificación de las cargas administrativas que la nueva norma generará a las empresas y a los profesionales, -dar información, suministrar datos, seguir el procedimiento, etc.- y por tanto, identificar y cuantificar esas cargas utilizando el modelo de costes estándar como metodología de referencia. En la página web del Ministerio de Administraciones Públicas se encuentra precisamente la traducción española del informe sobre la valoración del modelo de costes estándar de las cargas administrativas para las empresas, por lo que ya es aplicable como regla, orientación o criterio, como ese derecho suave del que hablábamos.

IV. Función Consultiva y Control Judicial

Ese conjunto de elementos a los cuales he aludido permiten al órgano consultivo verificar *ex ante* la adecuación de una norma o proyecto normativo a elementos, a principios, a criterios de calidad normativa que redundan, en definitiva, en criterios de legalidad en última instancia. Si entendemos que esos principios de seguridad jurídica, de proporcionalidad, de confianza legítima, etc. son principios jurídicos, el control de su infracción nos llevaría a controlar también la legalidad de aquella norma.

En definitiva, tenemos esta doble vertiente del control: control preventivo y control judicial. Decía Santi Romano, el gran jurista italiano presidente que fue del *Consiglio di Stato* italiano, órgano consultivo y jurisdiccional, que la función consultiva y el control jurisdiccional son efectivamente dos caras de la misma moneda en la medida en que efectúan esta valoración de la legalidad, pero también con la especialidad de que el órgano consultivo puede hacerlo con mayor intensidad. Los Tribunales difícilmente pueden ejercer el poder de sustitución de la decisión administrativa en el ejercicio de potestades discrecionales. La sustitución acaso se puede dar –con grandes discusiones, no entraré en ello– en el control de las potestades regladas, donde la anulación de la resolución administrativa puede llevar a una única solución que el Tribunal puede adoptar.

Pero en el control de las potestades discrecionales, -y la potestad reglamentaria, la normativa, es la más discrecional de todas- difícilmente el órgano jurisdiccional podrá pasar de una función anulatoria que, en definitiva, no deja de ser sino un último remedio, pero que no es el mejor para la calidad normativa. No es el mejor porque significa eliminar del mundo del ordenamiento una norma que estaba regulando una materia que necesitaba regulación, creando un vacío normativo y la correspondiente distorsión. Por tanto, la anulación como última instancia nos lleva a realzar el papel del control preventivo por parte del órgano consultivo.

Esta función de control preventivo debe realizarse con prudencia, como decía al principio, para encontrar el equilibrio necesario entre la exigencia de los elementos formales de cumplimiento de los trámites del procedimiento, y las exigencias que hemos visto de simplificación, de agilización de trámites y de facilitar la actuación administrativa. Se trata de no cargar a la Administración que elabora un proyecto normativo con trámites innecesarios, desproporcionados, que redundarían en perjuicio de la calidad normativa.

El órgano consultivo tiene, además, una característica importante y es que permite dar la visión global y la visión última en la elaboración de una norma. Esto le permite efectuar una composición de lugar en perfectas condiciones porque conoce ya todos los intereses que se han hecho valer, y que no conoce el órgano que interviene inicialmente. El órgano consultivo debe basarse, —ahí creo que hay opciones distintas— en los análisis previos que han hecho los órganos de la administración activa del contenido normativo: en el caso de la Generalidad de Cataluña el ordenamiento exige que exista siempre un informe jurídico preliminar y un informe jurídico de la abogacía de la Generalidad antes de que se pase a dictamen del órgano consultivo. El órgano consultivo no debe hacer el asesoramiento ordinario de la Administración, no debe ser el primero que conoce la norma desde un punto de vista del análisis jurídico. Hay otras disposiciones que tal vez optan por soluciones distintas. Si he entendido bien el Decreto 24/2009 de la Generalidad Valenciana, en su artículo 53 establece una regla distinta, pues parece que ahí se entiende que no es necesario ese informe si los proyectos pasan a dictamen del Consejo Jurídico Consultivo. Yo creo que la distinción entre asesoramiento ordinario y asesoramiento solemne, formal, que es el que efectúa el órgano consultivo, deben separarse y el primero debe preceder siempre al segundo.

El órgano consultivo puede sugerir, puede efectuar orientaciones a la Administración activa y ésta puede o no seguirlos pero, —ahí viene otro elemento— está obligada a motivar, a dar razón del desacuerdo con el órgano Consultivo. En el Decreto 24/2009 así se prevé; se refiere a un informe en el que aunque sea de manera sintética se debe hacer referencia a la no aceptación de las observaciones del citado órgano consultivo. También las directrices de la Generalidad de Cataluña a que he hecho referencia obligan a que exista un informe, aunque sea un informe interno que el Gobierno conozca, el Gobierno que debe resolver aprobando la norma o el proyecto normativo debe conocer los motivos de la discrepancia. Por tanto hay que dar razón de esa discrepancia y eso da más fuerza todavía a la intervención del órgano consultivo.

Por último, no dejaré de decir que la función de los órganos consultivos no se limita a su intervención en el procedimiento normativo dictaminando preceptivamente los proyectos del reglamento. Como he dicho antes, puede despachar consultas que le puede formular el Gobierno con carácter abstracto, con carácter

general y ahí puede formular sugerencias a la Administración o al Gobierno en materia de calidad de las normas. Esto es lo que ha hecho la función consultiva desde siempre.

No hay más que ver el preámbulo del Decreto 24/2009, en donde se declara que en estas reglas o parámetros de técnica normativa se tienen en cuenta los criterios que han ido fijando en sus dictámenes el Consejo de Estado y el Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana. Hay, pues, una labor que trasciende al caso concreto, que es asumido como una aportación del órgano consultivo. Las directrices de la Generalidad de Cataluña también se expresan en términos literales diciendo que estas directrices recogen la doctrina de la Comisión Jurídica Asesora. Por tanto, y con ello finalizo, se produce un efecto de irradiación de la función consultiva más allá del expediente que permite trascender e incorporar su doctrina, aunque de esa manera orientadora, en las normas de carácter general.

Bibliografía

- CATALUÑA (PARLAMENTO), Técnica legislativa. Bibliografies, 5. Publicacions del Parlament de Catalunya, Barcelona, 2005.
- COMISIÓN JURÍDICA ASESORA DE LA GENERALIDAD DE CATALUÑA. La función consultiva en la España actual. En: *Revista Española de la Función Consultiva*, nº 7, Enero-Junio, 2007; pp. 59-76.
- DOMÉNECH PASCUAL, G., El seguimiento de normas y actos jurídicos. En: *Revista de Administración Pública*, nº 167, 2005; pp. 97-145.
- FONT i LLOVET, T., El control de la potestad reglamentaria por los órganos consultivos: legalidad y oportunidad. En: *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 62, Mayo-Agosto, 2001; pp. 57-76.
- MONTORO CHINER, M.J., La evaluación de las normas. Racionalidad y eficiencia. Atelier, 2001.
- PONCE SOLÉ, J., La calidad en el desarrollo de la discrecionalidad reglamentaria: teorías sobre la regulación y adopción de buenas decisiones normativas por los gobiernos y las administraciones. En: *Revista de Administración Pública*, nº 162, 2003; pp. 89-144.
- PONCE SOLÉ, J., SÁNCHEZ, A., La evaluación de la calidad normativa. En: *La Agencia Estatal de Evaluación de la Calidad de los Servicios y de las Políticas Públicas. Reflexiones y Propuesta de creación. Informe Comisión de Expertos*, INAP, 2005; pp. 139-171.

-
- SCHÄFFER, H. Towards a more rational and responsible lawmaking process (Evaluation and assessment of legal effects procedures). En: KARPEN, U. (ed.), *Evaluation of Legislation. Proceedings of the Fourth Congress of the European Association of Legislation (EAL) in Warsaw (Poland)*, Nomos, 2002; pp. 133-158.
- VV.AA. *Tècnica normativa: el procediment intern d'elaboració de normes. Col·lecció Estudis (DGIOA) n° 1*, Generalitat de Catalunya, 1991.
- VV.AA. Monográfico *Tècnica normativa*. En: *Revista Española de la Función Consultiva*, n° 6, [VIII Jornadas de la Función Consultiva], 2006, julio/diciembre.

*LA EXPERIENCIA
LATINOAMERICANA Y ANDINA*

¿EXISTE UN NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO? UNA VISIÓN SINTÉTICA DE LAS TRANSFORMACIONES CONSTITUCIONALES RECIENTE EN AMÉRICA LATINA¹

Por: Rodrigo Uprimny Yepes

*Director del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad “DeJusticia”
Profesor de la Universidad Nacional.*

Desde mediados de los años ochenta, y en especial a partir de los años noventa, América Latina ha conocido un intenso período de cambios constitucionales, pues casi todos los países ya sea adoptan nuevas constituciones (como en los casos de Brasil en 1988, Colombia en 1991, Paraguay en 1992, Ecuador en 1998 y 2008, Perú en 1993, Venezuela en 1999 o Bolivia en 2009, entre otros), o introducen reformas muy importantes a sus constituciones vigentes (como en el caso de Argentina en 1994, México en 1992 o Costa Rica en 1989). El punto de partida puede ser la nueva constitución de Brasil de 1988, pero se trata de una fase que puede tener desarrollos ulteriores.

Es obvio que existen diferencias nacionales muy importantes. Sin embargo, a pesar de estas diferencias nacionales, esta oleada de reformas constitucionales en América Latina parece tener algunos rasgos comunes.

Ahora bien, a pesar de la intensidad de los cambios constitucionales recientes en América Latina, no conozco ningún texto que haya intentado sistematizar las orientaciones comunes de esa evolución del constitucionalismo en la región.

1 Este artículo es una versión sintética de un texto más amplio llamado “Tendencias recientes del constitucionalismo en América Latina” que será publicado en Cesar Rodríguez, coord. El derecho en América Latina: los retos del siglo XXI. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2011.

Existen reflexiones importantes sobre las mutaciones constitucionales de algunos países específicos, como el trabajo de Boaventura Santos (2010) sobre Ecuador y Bolivia, o estudios que analizan algún aspecto del constitucionalismo latinoamericano, como su apertura al reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas (Yrigoyen, 2009) o al derecho internacional de los derechos humanos (Manili, 2002; Ayala Corrao, 2002; Abregú y Courtis, 2004), o trabajos que han pretendido comparar las tensiones y complementariedades entre las mutaciones constitucionales y la reforma del Estado impulsada por las instituciones financieras internacionales (Uprimny, 2007). Este texto busca entonces suplir en parte ese vacío, con las obvias limitaciones que tiene intentar sintetizar en pocas páginas cambios constitucionales que han sido profundos y complejos. El propósito es entonces señalar las tendencias comunes del constitucionalismo reciente en América Latina, así como sus diferencias más significativas, con el fin de caracterizar esas reformas y plantear los principales desafíos que plantean para la construcción de democracias profundas en la región.

Las anteriores consideraciones explican entonces la estructura del texto, que en la primera parte presenta las transformaciones de la parte dogmática de varias constituciones latinoamericanas, para luego, en la segunda parte, examinar los principales cambios de la parte orgánica. Estos dos puntos son entonces esencialmente descriptivos y en ellos enfatizo las tendencias coincidentes de las reformas en los distintos países. Por el contrario, la tercera parte es más reflexiva y analítica; en ella intento caracterizar las orientaciones básicas de esta evolución constitucional, pero igualmente discuto si las divergencias nacionales son tan profundas que en realidad no hay matices nacionales sino la existencia de tendencias constitucionales diversas en la región, con potencialidades y orientaciones distintas. El texto termina con unas breves reflexiones sobre el posible significado de esos cambios constitucionales y los desafíos que éstos implican para la democracia y para la reflexión constitucional.

I. Las variaciones de la parte dogmática: reconocimiento de la diversidad en múltiples campos y ampliación y protección de los derechos individuales y colectivos.

Un breve examen de las orientaciones de las reformas constitucionales recientes muestra que, a pesar de obvias diferencias nacionales, la mayor parte comparten algunos rasgos comunes en la definición de los principios ideológicos del Estado y en la regulación de los derechos y deberes ciudadanos.

Primero, la mayoría de las reformas y de los nuevos textos constitucionales modifica en forma importante el entendimiento de la unidad nacional, a fin de

enfaticar que ésta no se hace por una homogeneización de las diferencias culturales, como intentaron hacerlo algunos proyectos constitucionales previos en décadas pasadas, sino, por el contrario, por un reconocimiento acentuado de las diferencias y una mayor valorización del pluralismo en todas sus formas. Muchas constituciones empiezan entonces a definir a sus naciones como pluriétnicas y pluriculturales y establecen como principio constitucional la promoción de la diversidad², por lo cual estamos frente a una suerte de constitucionalismo de la diversidad.

Segundo, las reformas constitucionales tienden en general a superar ciertos rasgos confesionales de los ordenamientos jurídicos de muchos países, los cuales otorgaban privilegios importantes a la Iglesia Católica. Las nuevas constituciones, cuando no son claramente laicas, tienden a reconocer la igualdad entre las distintas confesiones religiosas, incluyendo las religiones de las poblaciones indígenas. El reconocimiento de la diversidad étnica y cultural se acompaña entonces de la consagración de la diversidad y la igualdad religiosa.

Tercero, y directamente ligado a los puntos anteriores, las reformas constitucionales amparan especialmente a grupos tradicionalmente discriminados, como los indígenas y las comunidades negras, a los cuales incluso, en ciertos países, se les reconocen derechos especiales y diferenciados de ciudadanía, en la medida en que se establecen circunscripciones especiales de representación política para estas comunidades, se reconocen sus lenguas como lenguas oficiales y se les reconoce un poder judicial propio y autonomía en sus territorios para la decisión de ciertos conflictos, de acuerdo con sus cosmovisiones³. Por ello, según ciertos analistas, estas constituciones no sólo avanzaron hacia una idea de identidad nacional pluralista sino que incluso habrían incorporado elementos y formas de ciudadanía diferenciada y multicultural⁴.

2 Ver, por ejemplo, el artículo 7 de la constitución colombiana, 215 de la constitución brasileña, el artículo primero de la constitución boliviana, el preámbulo de la constitución venezolana de 1994 y el artículo 2 numeral 19 de la constitución del Perú.

3 La Constitución de Colombia de 1991 fue la primera en reconocer, en su artículo 246, la aplicación de justicia por las comunidades indígenas, conforme a su derecho consuetudinario pero dentro de unos límites que permitan armonizar la jurisdicción estatal y la indígena. Esa regulación fue seguida por las constituciones de Paraguay (ver artículo 63) Perú (art. 149), Bolivia (art. 171), Ecuador (art. 191) y Venezuela (art. 260). Para una discusión crítica de los alcances y límites del reconocimiento de esos derechos de autonomía de los indígenas, ver Stocks (2005). Igualmente Grijalva et al (2009).

4 Sobre la idea de derechos diferenciados de ciudadanía, ver Will Kymlicka, Wayne Norman. (1997) "Un retorno del ciudadano. Una revisión de la producción reciente en teoría de la ciudadanía" en *La Política*, No 3.

Esta tendencia al reconocimiento de la diversidad y al otorgamiento de derechos especiales a las comunidades indígenas adquiere visos aún más radicales en las recientes constituciones boliviana y ecuatoriana que plantean la existencia de una nación de pueblos o de un Estado plurinacional y constitucionalizan concepciones provenientes de la tradición indígena, como la noción del buen vivir y los derechos que le están asociados⁵. Además, estas constituciones fortalecen también el reconocimiento de una mayor autonomía a los pueblos indígenas para el manejo de sus asuntos. Según ciertos analistas, esta orientación más radical en el tema de la nacionalidad y del reconocimiento de los pueblos indígenas hace de las constituciones boliviana y ecuatoriana unos constitucionalismos distintos y emergentes, diversos a las otras transformaciones recientes de América Latina, puesto que superan el marco del constitucionalismo liberal, incluso en su versión pluricultural y multiétnico, pues dichas constituciones ecuatoriana y boliviana avanzan a formas constitucionales distintas, que son plurinacionales, interculturales (Grijalva: 115 a 132) y experimentales (Santos, 2010: 77 y 123).

Cuarto, la casi totalidad de las reformas ha sido muy generosa en el reconocimiento de derechos constitucionales a sus habitantes, pues no sólo incorporan los derechos civiles y políticos heredados de las tradiciones demoliberales -como la intimidad, el debido proceso, la libertad de expresión o el derecho al voto- sino que también establecieron ampliamente los derechos económicos, sociales y culturales -como la educación, la vivienda o la salud- e incluso avanzaron en el reconocimiento de formas de derechos colectivos, en especial el derecho al medio ambiente, pero también derechos especiales de autonomía y ciudadanía a ciertos grupos poblacionales, en especial a los indígenas. En este aspecto, también la constitución ecuatoriana plantea novedades pues no sólo establece derechos no reconocidos en textos previos, como el derecho al agua, sino que incluso reconoce derechos a la naturaleza o “Pachamama” como tal, que es así, al menos formalmente sujeto jurídico⁶, sin que sea sin embargo claro cuáles pueden ser las implicaciones de ese reconocimiento. Además, las nuevas constituciones ecuatoriana y boliviana refuerzan mucho más que la mayor parte de los otros ordenamientos jurídicos latinoamericanos el reconocimiento amplio de los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

- 5 Por ejemplo, el artículo 10 de la Constitución ecuatoriana reconoce derechos a los pueblos, a las nacionalidades y a la naturaleza y el capítulo 2 del Título II establece los derechos del buen vivir. Por su parte, el artículo 306 de la Constitución boliviana establece que el modelo económico debe estar orientado al vivir bien de todas las bolivianas y bolivianos.
- 6 Ver el artículo 71 de la constitución ecuatoriana que señala que la “naturaleza o Pachamama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructuras, funciones y procesos evolutivos.”

Las técnicas de reconocimiento de esos derechos ha tenido algunas variaciones nacionales; en algunos casos, como en Argentina⁷, el mecanismo fue la constitucionalización directa y expresa de numerosos tratados de derechos humanos; en otros, como Brasil⁸, el mecanismo fue el de directamente definir y establecer esos derechos en el texto constitucional; otros ordenamientos constitucionales como el colombiano o el venezolano usaron ambos mecanismos, pues no sólo constitucionalizaron ciertos tratados de derechos humanos sino que además establecieron directamente en la constitución una amplia carta de derechos de las personas⁹. Pero independientemente del mecanismo jurídico empleado, la tendencia y el resultado fueron semejantes: una ampliación considerable de los derechos constitucionalmente reconocidos frente a los textos anteriores.

Quinto, la mayor parte de las constituciones realizó una apertura al derecho internacional de los derechos humanos, en especial a través del tratamiento especial y privilegiado a los tratados de derechos humanos (Manili, 2002; Ayala Corrao, 2002; Abregú y Courtis, 2004), que ha llevado a una aplicación importante por jueces nacionales de los estándares internacionales de derechos humanos, a través de figuras como el bloque de constitucionalidad, que ha adquirido un significado especial en América Latina (Uprimny, 2006).

Sexto, el reconocimiento de la multiculturalidad (o incluso de la plurinacionalidad) y de las competencias propias de la jurisdicción indígena, junto con la apertura al derecho internacional de los derechos humanos, se ha traducido por un pluralismo acentuado en América Latina, que ha erosionado el sistema tradicional de fuentes jurídicas y el papel central que tenía en el pasado la ley y la reglamentación gubernamental en los ordenamientos jurídicos nacionales.

Séptimo, muchas constituciones expresan un fuerte compromiso con la igualdad, no sólo prohibiendo la discriminación por raza, género y otros factores, sino también ordenando a las autoridades políticas especiales de acción afirmativa para lograr que la igualdad sea real y efectiva. En particular, varias reformas establecen en forma explícita cláusulas de igualdad y no discriminación entre hombres y mujeres, con lo cual el constitucionalismo latinoamericano autoriza o incluso exige la adopción de ciertos enfoques de género en las políticas públicas y en los desarrollos jurídicos.

Octavo, este generoso reconocimiento de derechos de distintas tradiciones – liberal, democrática y socialista- llevó a varios textos constitucionales a incorpo-

7 Ver el artículo 75 numeral 22 de la constitución argentina que establece una extensa lista de los tratados de derechos humanos que adquieren rango constitucional.

8 Ver los extensos artículos 5 y 8 de la constitución brasileña.

9 Ver la amplia carta de derechos de la constitución de esos dos países y los artículos 23 de la constitución venezolana y 53 y 93 de la Constitución colombiana que confieren rango constitucional a ciertos tratados de derechos humanos.

rar la fórmula ideológica del llamado “Estado social y democrático de derecho”, desarrollada por el constitucionalismo europeo de la postguerra, como el marco ideológico de las nuevas organizaciones jurídicas derivadas de estas reformas constitucionales¹⁰. El uso de esta definición jurídica del Estado no fue sin embargo mecánico, pues no sólo tuvo variaciones nacionales importantes sino que las reformas latinoamericanas incorporaron matices distintos a su formulación en la Europa de los años cincuenta del siglo pasado¹¹. Por ejemplo, algunos textos incorporaron la idea de que se trata no sólo de un Estado social de derecho sino también de justicia y de derechos, al parecer para enfatizar la importancia de la búsqueda de un orden social justo, que ampare todos los derechos. Igualmente, otros ordenamientos introdujeron una reflexión explícita de búsqueda de nuevas definiciones del tipo de Estado que se apartaran de las tradiciones europeas, con el fin de enfatizar la búsqueda propia de fórmulas constitucionales, como lo hicieron en especial las constituciones ecuatoriana y boliviana.

Noveno, la mayor parte de las reformas quiso explícitamente que el reconocimiento de los derechos fundamentales no fuera puramente retórico sino que tuviera eficacia práctica, por lo que se ampliaron los mecanismos de protección y garantía de dichos derechos. Así, muchas reformas previeron formas judiciales directas de protección de los derechos, como el amparo o la tutela¹², o reforzaron aquellas que ya existían; igualmente, en varios países se creó o reforzó la justicia constitucional¹³; finalmente, la mayor parte de las nuevas constituciones previeron, con denominaciones diversas, formas de “ombudsman” o de “Defensores del Pueblo”, que tienen a su cargo la promoción y protección de los derechos humanos¹⁴.

Finalmente, la mayor parte de las reformas plantean reconsideraciones de la función económica del Estado; sin embargo, en este punto, no es fácil encontrar

10 La bibliografía sobre el Estado social, su formación y su crisis, es muy extensa. Ver, por ejemplo, entre otros, Requejo Ferran (1994). Para una discusión de su relevancia en el proceso constitucional colombiano, ver Rodrigo Uprimny (2001).

11 Ver, por ejemplo, el artículo primero de la constitución brasileña, colombiana y paraguaya y el artículo 2 de la constitución venezolana

12 Por ejemplo, la Constitución colombiana de 1991 previó en su artículo 86 la tutela como mecanismo de protección directa de los derechos fundamentales, así como otros mecanismos, como las acciones populares, para la protección de derechos colectivos. Por su parte, la Constitución brasileña incorporó varios instrumentos de protección de derechos, como los llamados “mandados de segurança”. Ver artículo 5 LXIX y LXX de esta constitución.

13 Para una visión sistemática de las estructuras de justicia constitucional y de protección de derechos en América Latina, ver Losing (2002).

14 Ver, por ejemplo, los artículos 281 y 282 de la constitución colombiana, los artículos 161 y 162 de la peruana, el artículo 276 de la constitución paraguaya y el artículo 86 de la constitución de Argentina.

una tendencia común en los distintos textos constitucionales, ya que existen diferencias nacionales importantes; por ejemplo, mientras que textos como el peruano, que se hicieron al amparo del Consenso de Washington, tienden a ser más favorables a los mecanismos de mercado, constituciones como la ecuatoriana o la boliviana refuerzan considerablemente el papel del Estado en la economía y tienen incluso tendencias anticapitalistas (Santos, 2010). Pero además, ni siquiera los textos reformados o las nuevas constituciones tienen una total claridad sobre el punto; en efecto, muchas constituciones, como la colombiana de 1991, parecen al mismo tiempo ampliar la intervención estatal y las funciones redistributivas de las autoridades, al reconocer nuevos derechos sociales y mantener la dirección estatal de la economía, pero también parecen reducir dicha intervención, al posibilitar la privatización de ciertos servicios públicos, que anteriormente eran monopolio estatal, un poco siguiendo las recomendaciones dominantes del Consenso de Washington.

II. Los cambios, mecanismos de participación y en la parte institucional u orgánica.

Las reformas constitucionales de las dos últimas décadas trajeron igualmente cambios importantes tanto en los mecanismos de participación ciudadana como en el régimen político y el ordenamiento territorial.

Primero, la mayor parte de las reformas estuvieron orientadas por la idea de ampliar y fortalecer la democracia y los espacios de participación ciudadana. Por ello en general no se limitaron a restablecer la democracia representativa, lo cual era de por sí trascendental cuando se trataba de superar dictaduras militares, sino que intentaron generar nuevos espacios de participación ciudadana, básicamente por dos vías distintas: el reconocimiento y ampliación de los mecanismos de democracia directa, como las consultas populares y los referendos¹⁵; y de otro lado, por medio de la creación de instancias ciudadanas de control de la gestión pública, como pueden ser las asociaciones de usuarios que vigilan la gestión de los servicios públicos.

15 Por ejemplo, la Constitución colombiana incorporó el plebiscito, el referendo, la consulta popular, el cabildo abierto y la revocatoria de mandato. Ver artículos 103 y ss de esa constitución. Igualmente, la venezolana prevé en su artículo 70 la participación ciudadana mediante la elección de cargos públicos, el referendo, la consulta popular, la revocatoria del mandato, la iniciativa legislativa, constitucional y constituyente, el cabildo abierto y la asamblea de ciudadanos y ciudadanas. En Ecuador se consagró la consulta popular y la revocatoria del mandato en los artículos 103 al 113 de su constitución. Para un análisis de ese auge de la democracia directa en los procesos constitucionales recientes en América Latina, ver Barczak. (2001)

En este aspecto, las constituciones boliviana y ecuatoriana marcan también diferencias importantes, ya que estimulan nuevas formas participativas, que buscarían superar las limitaciones de la democracia liberal, puesto que incorporan también el reconocimiento de la democracia comunitaria desarrollada por los pueblos indígenas (Santos, 2010: 112 a 123).

Segundo, varias constituciones se esforzaron por reconocer explícitamente en el propio texto constitucional alguna forma de organización electoral autónoma y especializada, a fin de asegurar una mayor imparcialidad y transparencia de los procesos electorales, con lo cual las reformas recientes tendieron a consolidar lo que algunos han llamado un modelo latinoamericano de organización electoral, por oposición al modelo europeo, en donde no existe organización electoral autónoma.

Tercero, la casi totalidad de las reformas fortaleció los procesos de descentralización: se ampliaron los funcionarios locales electos por voto popular, se trasladaron nuevas competencias, en especial en materia de gasto social, a las entidades locales. Y finalmente se establecieron mecanismos para fortalecer económicamente a las autoridades locales, en especial gracias al sistema de transferencias de recursos del gobierno central a los gobiernos locales.

Ahora bien, conviene destacar que el fortalecimiento de la autonomía territorial provocó debates intensos en ciertos procesos constitucionales, como el boliviano, sobre todo en lo que tiene que ver con el manejo centralizado o no de los dineros provenientes de los recursos naturales, pues ese conflicto, que enfrentaba a las regiones ricas y petroleras, como Santacruz, frente a las pretensiones más centralizadoras en este aspecto del Gobierno de Evo Morales y del movimiento indigenista. Dicho conflicto amenazó la viabilidad misma del proceso constituyente.

Cuarto, las reformas buscaron reforzar las instancias estatales de control, fortaleciendo la autonomía y la capacidad fiscalizadora de las mismas. Por ejemplo, la constitución venezolana estableció toda una nueva rama del poder, el llamado poder ciudadano, que recoge esas instancias de control, mientras que la constitución colombiana también establece todo un conjunto de instancias de control, como el Ministerio Público (Procuraduría y Defensoría del Pueblo) y la Contraloría General¹⁶.

Estas instituciones de control juegan entonces un doble papel en estos procesos de reforma, pues no sólo son, según la conocida distinción desarrollada por O'Donnell (1994), mecanismos horizontales de rendición de cuentas, que buscan un mayor equilibrio de poderes, sino que también operan a veces también como

16 Ver los artículos 267 y ss. de la constitución colombiana y los artículos 136, 273 y ss. de la constitución venezolana.

formas verticales de rendición de cuentas y de reforzamiento de la capacidad de los ciudadanos de reclamar sus derechos, pues algunas de esas instituciones de control, en especial los Ministerios Públicos y las Defensorías del Pueblo, actúan ante las instancias políticas como voceras de los reclamos de las personas.

Este fortalecimiento de las instancias de control también se acompaña, en quinto término, de un elemento común a todos los procesos constitucionales en la región, que fue el esfuerzo por robustecer también el sistema judicial, no sólo para incrementar su eficiencia para perseguir el delito y tramitar los conflictos¹⁷ sino también para incrementar su independencia, que era vista, con razón, como supremamente precaria en toda la región¹⁸, con pocas excepciones. Para este último propósito, un mecanismo común fue la tentativa por sustraer el nombramiento y la carrera de los jueces de la injerencia directa del poder ejecutivo, por medio de la creación de instancias autónomas de administración de la rama judicial y encargadas parcialmente de la selección de los jueces, usualmente denominadas consejos superiores de la magistratura.

El fortalecimiento de la rama judicial no se limitó a las reformas destinadas a incrementar su eficiencia y su independencia sino que, como ya se señaló, también consistió en atribuirle responsabilidades importantes en la protección y garantía de derechos y en el control a las eventuales arbitrariedades de los órganos políticos.

Estos procesos de fortalecimiento de los órganos de control y de la rama judicial se acompañaron en muchos países de una estrategia más global de rediseño del régimen político, con el fin de lograr un mayor equilibrio entre los órganos y ramas del poder público, a fin de superar los excesos de poder presidencial. Por ello, en sexto término, la mayor parte de las reformas tendió a reducir ciertas facultades presidenciales y a incrementar la capacidad de control y de decisión de los congresos. Esta morigeración del presidencialismo fue empero limitada,

17 La bibliografía sobre los esfuerzos de modernización y fortalecimiento del sistema judicial en América Latina es muy amplia. Un debate de esos esfuerzos y de sus orientaciones se puede encontrar en Uprimny, García y Rodríguez (2006)

18 Para ejemplos de la precariedad de la independencia judicial en la región, ver Gargarella (1997). Un ejemplo nacional citado por ese autor puede ser ilustrativo de la situación: el caso argentino, pues en ese país, no sólo dicha independencia se vio profundamente afectada por las dictaduras y gobiernos de facto, que los propios jueces de la Corte Suprema se encargaron muchas veces de legitimar creando la llamada “doctrina de facto” sino que, además, en los períodos de gobiernos civiles, “sistemáticamente se modificó la composición de la mayoría de los jueces en la corte, de modo tal de garantizar siempre cúpulas judiciales favorables a las preferencias del poder político de turno (así en los años 1947, 1955, 1958, 1966, 1973, 1983, 1990)” (Gargarella, 1997: 972)

pues no sólo ningún país latinoamericano optó por fórmulas parlamentarias¹⁹, a pesar de que en los años noventa hubo múltiples propuestas académicas que defendieron las bondades del parlamentarismo para nuestros regímenes políticos²⁰ sino que, además, las constituciones de la región conservaron para el presidente poderes enormes frente al modelo presidencial clásico, como es el estadounidense (Gargarella, 1997: 978 y 979). Pero eso no es todo. Los esfuerzos por limitar el poder presidencial y reequilibrar la relación entre los poderes se acompañaron, paradójicamente, de una tendencia generalizada a aprobar la posibilidad de la reelección inmediata del presidente, en especial para poder elegir a gobernantes carismáticos, tal y como sucedió en Argentina con Menem, Brasil con Cardozo, Perú con Fujimori, Colombia con Uribe o Venezuela con Chávez. Todo esto muestra pues que los esfuerzos por moderar el excesivo poder presidencial en América Latina terminaron siendo unos esfuerzos bastante moderados. Además, en este tema del equilibrio de poderes, así como en el relativo a la relación Estado y economía, existen procesos divergentes pues algunos textos constitucionales buscaron expresa y conscientemente fortalecer directamente el poder presidencial. Un caso significativo en este aspecto es la Constitución ecuatoriana.

Un séptimo aspecto que conviene destacar de los procesos constitucionales recientes en América Latina a nivel institucional fue la tendencia a reconocer la existencia de organismos estatales autónomos, encargados de funciones técnicas de regulación, en especial en materia económica, y que no encajaban dentro de la división clásica de poderes. El reconocimiento de organismos estatales autónomos distintos a los tres poderes clásicos, el fortalecimiento de los organismos de control y de la organización electoral, se acompañó igualmente de un intento por reformular y superar la teoría clásica de las tres ramas del poder, la ejecutiva, la legislativa y la judicial. Esos desarrollos no han implicado un abandono de la idea de la división de poderes como un elemento esencial del constitucionalismo sino la posibilidad de prever otras ramas de poder como lo hacen la constitución venezolana y la ecuatoriana, o la existencia de órganos autónomos que no pertenecen a ninguno de los poderes clásicos del Estado.

III. Tendencias constitucionales comunes y diversidades nacionales

Vale la pena preguntarse si estamos o no frente a tendencias más o menos comunes a los distintos países o si existen divergencias nacionales significativas; de

19 El único país en donde una eventual transición a un régimen parlamentario se discutió con vigor fue Brasil, pero finalmente la fórmula fue rechazada en un referendo realizado algunos años después de adoptada la Constitución.

20 En un trabajo de 2004 intenté un balance de la evolución del debate latinoamericano sobre el tema, a fin de defender la adopción en Colombia de un régimen semiparlamentario. Ver Uprimny (2004)

otro lado, conviene examinar si esas transformaciones constitucionales contribuyen o no a la construcción de democracias más sólidas y profundas en la región.

a. Tendencias comunes. ¿Un neoconstitucionalismo transformador, más igualitario, participativo y de la diversidad?

Es posible detectar, a un nivel más abstracto, ciertos rasgos comunes y novedosos de los ordenamientos constitucionales latinoamericanos en los últimos años.

Primero, todos los ordenamientos muestran una adhesión no sólo teórica sino incluso práctica por alguna forma de Estado de derecho y de constitucionalismo con gobiernos civiles. En las últimas décadas, con la excepción de la tentativa fracasada contra Chávez y el golpe en Honduras, no ha habido levantamientos militares. Han caído varios presidentes, como sucedió en varias ocasiones en Ecuador y en Bolivia, pero no como consecuencia de intervenciones militares, como ocurría en el pasado sino por otros factores, como levantamientos populares. Esta consolidación de gobiernos civiles puede parecer una conquista menor pero implica un cambio profundo en la realidad política e institucional latinoamericana, si se tiene en cuenta la frecuencia de las dictaduras militares en la región durante los Siglos XIX y XX. En cierta medida, América Latina vive hoy su primera verdadera oleada constitucional.

Segundo, una tendencia común y nueva del constitucionalismo latinoamericano reciente es el reconocimiento y revalorización del pluralismo y la diversidad en casi todos los campos. Así, en especial, como ya se vio, es un constitucionalismo de orientación indigenista, multicultural o incluso plurinacional. Pero además es un constitucionalismo que prevé formas económicas diversas, como el mercado, espacios de producción reservados al Estado, al lado de formas comunitarias de producción económica. Y además, como ya se indicó, incluso a nivel de las fuentes jurídicas, es un constitucionalismo que tiende a un cierto pluralismo jurídico.

Tercero, y directamente ligado a lo anterior, el constitucionalismo reciente latinoamericano es además de un nuevo tipo pues es aspiracional o transformativo, y con una fuerte matriz igualitaria. En efecto, parece claro que los procesos constitucionales buscaron profundizar la democracia y combatir las exclusiones e inequidades sociales, étnicas y de género. En ese sentido, la mayor parte de las reformas, siguiendo la terminología de Teitel, conducen a textos que más que mirar hacia atrás (“backward looking”) se proyectan hacia el futuro (“forward looking”) (Teitel, 1997: 2014) pues, más que intentar codificar las relaciones de poder existentes, son documentos jurídicos que tienden a delinear un modelo de sociedad a construir. Son pues, en la terminología de otros autores como Mauri-

cio García, constituciones “aspiracionales”²¹ o, en la terminología de Boaventura Santos, “constituciones transformadoras” (Santos, 2010: 76 y 77), en la medida en que plantean una propuesta de una democracia incluyente, capaz de incorporar a la democracia y a los beneficios del desarrollo a los sectores tradicionalmente excluidos de las sociedades latinoamericanas, pues son textos llenos de promesas de derechos y bienestar para todos.

Esta naturaleza transformadora del constitucionalismo latinoamericano reciente ha tomado en general dos vías: de un lado, son constituciones densas en derechos, pues se considera que el reconocimiento de derechos colectivos o económicos, sociales y culturales, sobre todo si tienen protección judicial, contribuye a una mayor igualdad social y a la transformación democrática. De otro lado, las constituciones también apuestan a que la transformación a una sociedad más justa se haga por medio de una ampliación de los mecanismos de participación democrática, para lo cual han incorporado, además de la democracia representativa, nuevos espacios de deliberación y movilización democrática.

Estas dos vías de vocación transformadora de estas constituciones (la ampliación de la participación democrática y el reconocimiento constitucional de nuevos derechos) explican dos nuevos rasgos del constitucionalismo latinoamericano reciente: un esfuerzo por repensar y reformular la democracia y su entrada a formas de constitucionalismo fuerte o neoconstitucionalismo.

Así, de un lado, muchas constituciones, sin rechazar la democracia representativa, han intentado superarla, previendo espacios e instituciones nuevas de participación democrática. Los ciudadanos, además de elegir y revocar representantes, tienen también la posibilidad de decidir por medios directos, como referendos, plebiscitos o iniciativas populares. Pero eso no es todo: además varias constituciones, en especial las más recientes, como la boliviana y la ecuatoriana, han reconocido y fortalecido formas de democracia comunicativa, fuertemente vinculadas a las autonomías de los pueblos indígenas y otras comunidades étnicas. Por ello, algunos autores hablan de formas de “demodiversidad” o de “democracia intercultural”, que articulan la democracia representativa, la participativa y la comunal, de suerte que se trata de “una de las formulaciones constitucionales sobre democracia más avanzadas del mundo” (Santos, 2010: 110)

De otro lado, la otra forma de lograr la eficacia transformadora de las constituciones ha sido reforzando su fuerza normativa. En efecto, la mayor parte de estas constituciones aspiran a ser textos que efectivamente gobiernen la vida en sociedad, por lo que incluyen mecanismos de justicia constitucional que aseguren que sus promesas de derechos y bienestar no sean meramente retóricas sino

21 Ver el capítulo de Mauricio García sobre constitucionalismo aspiracional en Uprimny, García y Rodríguez (2006)

mandatos normativos con eficacia práctica. En ese sentido, las reformas constitucionales de los años noventa hacen entrar a América Latina en lo que algunos autores llaman “neoconstitucionalismo” (Carbonell, 2003), o conforme a otras terminologías, como las usadas por Ferrajoli, Estados de derecho constitucionales y no puramente legales (2001). Estamos pues frente a formas de constitucionalismo fuerte.

Finalmente, todos los anteriores rasgos explican además ciertas características formales comunes de las constituciones latinoamericanas recientes y es su considerable extensión, en términos de derecho comparado. Estas nuevas constitucionales son no sólo mucho más extensas que aquellas que derogaron sino que en general son mucho más extensas que las constituciones de otras regiones del mundo, en especial del capitalismo desarrollado.

b. Posibles divergencias nacionales. ¿Entre constitucionalismos meramente relegitimadores y constitucionalismos genuinamente transformadores?

Los anteriores rasgos, que son comunes a muchos procesos constitucionales latinoamericanos recientes, confieren a los ordenamientos actuales un cierto aire de familia común. Es entonces posible entonces hablar de un constitucionalismo latinoamericano actual que tiene rasgos distintivos frente a otros constitucionalismos en el mundo contemporáneo o frente a los ordenamientos de la región en el pasado. Considero entonces que son mayores las coincidencias que las divergencias entre los procesos constitucionales recientes latinoamericanos. Pero reconozco que se trata de una tesis polémica pues es claro que también existen divergencias nacionales significativas, por lo cual, si se enfatizan las diferencias cabría hablar de distintos constitucionalismos en la región. Conviene pues presentar brevemente tales diferencias.

En forma esquemática, es posible diferenciar las evoluciones, tomando en consideración i) el propósito general y la lógica de los procesos constitucionales, ii) ciertos contenidos y orientaciones de los ordenamientos constitucionales adoptados y iii) el impacto y las prácticas sociales e institucionales derivadas de esos procesos.

En cuanto al propósito, es tal vez posible distinguir entre procesos constitucionales más “fundacionales”, que se planteaban en abierta ruptura con el pasado, como el paraguayo, el venezolano, el ecuatoriano o el boliviano, y otros procesos más transaccionales o de ajuste o de consenso, que buscaban corregir defectos de la institucionalidad existente, pero también valoraban muchas de las tradiciones

previas y conservaron partes de sus elementos, como parece haber sido el caso argentino, mexicano o el costarricense.

En cuanto a los contenidos constitucionales, dos temas parecen diferenciar las tendencias nacionales: la relación entre Estado y la economía, en especial el mercado; y el tema de la diversidad y las autonomías de las comunidades étnicas.

Así, de un lado, es posible distinguir entre constituciones más amigables con el mercado y más cercanas al Consenso de Washington, como la Constitución peruana, y otras más dirigistas y que, según ciertas visiones (Santos 2010), se proponen una agenda superadora del capitalismo, como la ecuatoriana y boliviana. Se trata obviamente de una diferencia que no es menor, pues la regulación de la relación Estado, sociedad y economía representa una de las decisiones constituyentes esenciales.

De otro lado, frente al reconocimiento de la diversidad étnica, es posible encontrar al menos tres tipos distintos de constitucionalismos: algunos ordenamientos, como el chileno, el uruguayo y el costarricense, tienden a mantenerse en el pluralismo liberal pues no reconocen derechos especiales de grupo a las comunidades étnicas; otros, como el colombiano, en especial gracias a la jurisprudencia de su corte constitucional, tienden a plantearse como una forma de constitucionalismo multiétnico y multicultural; finalmente, las recientes constituciones ecuatoriana y boliviana van más lejos pues establecen un Estado plurinacional e intercultural. Esto muestra diferencias nacionales significativas pues no sólo hay Estados latinoamericano que no han adaptado sus constituciones a los nuevos desarrollos relativos a los pueblos indígenas, como el Convenio 169 de la OIT²², sino que incluso entre quienes han avanzado en este campo y pueden ser caracterizadas como “constituciones indigenistas” (Ramírez, 2009: 215), existen divergencias significativas, pues es distinto reconocer ciertos derechos de ciudadanía diferenciado en el marco de un Estado multiétnico pero que sigue siendo unitariamente nacional, como lo hacen la constitución colombiana de 1991 o la ecuatoriana de 1998, a intentar establecer un Estado plurinacional, que reconoce la autodeterminación de los pueblos indígenas (Ramírez, 2009: 217; Grijalva, 2009: 121 y ss).

Finalmente, en cuanto al impacto y a la eficacia y efectividad de estas reformas, la valoración es muy difícil, pues al parecer ninguna reforma ha sido totalmente inocua pero ninguna tampoco radicalmente transformadora. Pero los

22 En un ejercicio cuantitativo, Raquel Irigoyen (2009: 31 a 34) evalúa el porcentaje de disposiciones constitucionales relativas a los pueblos indígenas en diversos países latinoamericanos, lo cual muestra la diversidad de situaciones, desde constituciones más abiertas al indigenismo, como la colombiana o la ecuatoriana, hasta otras muy resistentes, como la chilena y la uruguaya.

países no sólo difieren en cuanto a la intensidad del impacto de sus reformas constitucionales sino también en cuanto a la forma de desarrollo del texto constitucional. Así, en ciertos casos, el impacto ha sido más político, como en Bolivia, mientras que en otros, como Colombia o Costa Rica, las reformas constitucionales han conducido a un nuevo tipo de activismo judicial, en especial de los jueces constitucionales, que ha llevado a una importante judicialización de la política (Sieder, Schjolden y Angell (Eds) 2005).

Existen pues importantes diversidades nacionales, por lo cual, podría pensarse que existen dos tendencias básicas de mutaciones constitucionales nacionales en la región: en algunos casos estaríamos en presencia de constitucionalismos verdaderamente nuevos y transformadores, mientras que en otros países, las reformas o las nuevas constituciones habrían operado esencialmente como mecanismos de relegitimación de los órdenes sociales y políticos existentes, que siguen siendo desiguales y excluyentes.

IV. Los desafíos académicos y políticos del nuevo constitucionalismo latinoamericano

Esta evolución constitucional reciente en América Latina plantea retos políticos y académicos importantes: i) su originalidad y pertinencia, esto es, si son transformaciones constitucionales que responden o no a las necesidades democráticas de la región; ii) su coherencia, esto es, si existen contradicciones insalvables entre sus componentes o se trata de elementos complementarios o con tensiones importantes pero superables; y iii) su eficacia. Estos tres retos remiten a su vez a un desafío académico: la importancia de acompañar estos procesos constitucionales de una reflexión teórica comprometida, que permita fortalecer sus potencialidades democráticas y reducir sus riesgos autoritarios o de promesas sistemáticamente incumplidas.

a. La (im)pertinencia de las reformas

Una discusión constitucional recurrente en América Latina, y que se remonta a los tiempos de la independencia, es la relativa a la autenticidad de nuestros procesos constitucionales, esto es, si se trata de la adopción de instituciones y ordenamientos adaptados a los desafíos sociales y políticos de nuestras naciones, o si nuestros constituyentes han intentado copiar instituciones o ideas que pueden funcionar en otros contextos pero que resultan ineficaces o producen efectos perversos en nuestras complejas realidades. No se trata obviamente de que no sea posible usar el derecho comparado o intentar ciertos trasplantes

normativos o institucionales, pues es obvio que es natural que un país intente aprender de las experiencias constitucionales ajenas. La pregunta genuina es si las reflexiones constitucionales y los proyectos planteados, incluso si toman parcialmente ideas o instituciones de otros países, responden o no a los problemas fundamentales de una sociedad, o si, por el contrario, si se trata de ideas o instituciones fuera de lugar.

Ahora bien, yo creo que el constitucionalismo reciente latinoamericano es relevante pues ha intentado enfrentar algunos de los problemas fundamentales de nuestras sociedades, como la precariedad del Estado de derecho, la profunda diversidad y heterogeneidad social y étnica, la debilidad del poder judicial, la persistencia de formas de discriminación y desigualdad social, étnica y de género muy profundas, la violación masiva de los derechos fundamentales de la población, y todo ello en el marco de un mundo globalizado y con desafíos ecológicos crecientes. Las fórmulas adoptadas pueden ser discutibles y no son siempre coherentes, como se mostrará en el siguiente apartado, pero es indudable que hubo, con intensidades nacionales variables, un esfuerzo de experimentación constitucional, que dista de ser deleznable. Ese esfuerzo merece ser analizado y debatido.

b. La (in)coherencia de las reformas.

Ahora bien, esos esfuerzos no han sido siempre consistentes y el nuevo constitucionalismo latinoamericano presenta tensiones importantes, por la adopción simultánea de figuras y prácticas constitucionales que en abstracto y de manera separada pueden parecer atractivas pero que combinadas pueden reforzar tendencias autoritarias en la región. Por ejemplo, la adopción de formas de democracia directa, como referendos o plebiscitos (para superar los déficits de la democracia puramente representativa), son importantes pero si dichas modificaciones se acompañan de un reforzamiento del poder presidencial (con el argumento de que es necesario fortalecer una voluntad unificada de cambio capaz de superar desigualdades y exclusiones), la combinación puede ser explosiva y negativa pues estimula formas de cesarismo democrático. Por ello creo que una tarea pendiente del constitucionalismo latinoamericano es superar su tendencia al caudillismo y al hiperpresidencialismo, si quiere transitar por mecanismos genuinos de democracia participativa.

Existen otros campos en donde no existen contradicciones graves (como la anterior de impulsar la participación mientras se preservan regímenes hiperpresidenciales) pero si tensiones que ameritan una reflexión sistemática. Por restricciones de espacio, me limito al examen breve de dos, que me parecen trascendentales: i) la tensión entre las distintas formas de democracia y ii) las que pueden

ocurrir por el intento de querer lograr simultáneamente un constitucionalismo fuerte y judicialmente protegido y una participación democrática fuerte.

Así, como se explicó, varias constituciones recientes incorporan distintas formas de democracia, como la representativa, la directa y la propia de las comunidades indígenas, que es comunal y autonómica. A su vez, conforme a la conocida distinción de Nancy Frazer (2000), las constituciones parecen igualmente consagrar principios distintos de justicia pues buscan tanto la igualdad social y una mayor justicia distributiva, en especial al consagrar los derechos sociales, pero también están inspiradas por una justicia de reconocimiento, sobre todo en relación con los pueblos indígenas. Estas distintas formas de democracia y estos diversos principios de justicia pueden entrar en fuerte tensión, como lo han mostrado los enfrentamientos recientes en Ecuador entre el Presidente Correo y los pueblos indígenas²³ en relación con la explotación de recursos mineros en territorios indígenas. Un desafío teórico y práctico para el nuevo constitucionalismo latinoamericano es entonces como articular esas formas diversas de democracia y de justicia.

Otro punto en donde pueden surgir tensiones importantes es debido al esfuerzo de muchas constituciones por articular simultáneamente una forma de neconstitucionalismo con un estímulo a la participación democrática, pues parecen ejercicios en dirección contraria. Así, el neoconstitucionalismo se caracteriza por una protección judicial reforzada de una carta constitucional muy densa de derechos, por lo cual tiende a la judicialización, ya que los jueces, en especial los jueces constitucionales, comienzan a decidir asuntos que anteriormente eran debatidos en espacios democráticos. Parece entonces difícil, aunque no imposible, lograr al mismo tiempo un constitucionalismo fuerte con una deliberación y participación democrática fuertes.

Una breve tipología de las democracias constitucionales, inspirada en parte en los modelos teóricos sistematizados por Gargarella (2005), ayuda a comprender la dificultad en este campo del nuevo constitucionalismo latinoamericano. Así, siguiendo a Gargarella, dos variables decisivas para caracterizar distintos pensamientos constitucionales es i) que tanto reconocen y protegen derechos fundamentales y ii) que tanto espacio otorgan a la participación democrática para la toma de las decisiones colectivas. Cruzando las dos variables, es posible entonces obtener cuatro visiones sobre la democracia constitucional, que sintetizamos en el siguiente cuadro:

23 Para una descripción y análisis de estos conflictos, ver Santos (2010: 131 a 139)

Formas de democracias constitucionales

	Participación y deliberación democrática débiles	Participación y deliberación democrática fuertes
Reconocimiento y protección débil de los constitucionales	I: Constitucionalismo conservador	III: Constitucionalismo republicano y radical
Reconocimiento y protección fuerte de los derechos constitucionales	II: Constitucionalismo liberal	IV: ¿Nuevo constitucionalismo latinoamericano?

Así, en la casilla I encontramos el pensamiento constitucional conservador, que por visiones perfeccionistas de la política y un temor frente a la participación ciudadana, se caracteriza por un reconocimiento débil tanto de los derechos constitucionales como de la participación ciudadana. En la casilla II podemos situar el constitucionalismo liberal, que reconoce vigorosamente los derechos constitucionales, por su compromiso con la autonomía personal, pero comparte con los conservadores el temor a una participación ciudadana fuerte. La casilla III refleja las posiciones republicanas y radicales, cercanas por ejemplo al pensamiento de Rousseau, que se caracterizan por una invocación fuerte de la soberanía popular, que no debería verse inhibida por los derechos constitucionales. Por ello plantean una participación y deliberación democráticas vigorosas pero a costa de un debilitamiento del reconocimiento y protección de los derechos constitucionales. Como vemos, la aspiración del nuevo constitucionalismo latinoamericano parece ser entonces la de lograr una protección judicial fuerte de los derechos acompañada al mismo tiempo de una participación y deliberación democrática fuerte. Y eso no es imposible pero es difícil. Un camino a explorar es el desarrollo de una teoría de la justicia constitucional para América Latina, que implique un ejercicio de la protección judicial de los derechos que tienda a promover y no a debilitar la participación y la discusión democráticas.

c. La (in)eficacia de las reformas.

Los análisis precedentes muestran las tensiones que atraviesan los nuevos diseños constitucionales en la región. Otro punto igualmente importante de reflexión es el relativo a la eficacia misma de estos procesos constitucionales, que tiene que ver con el tema mismo de la eficacia del derecho en América Latina. En efecto, que dichas constituciones tengan vocación normativa y se encuentren

llenas de aspiraciones, como ya se explicó, no ha significado obviamente que sus promesas se hayan realizado. Por el contrario, a pesar de dicha vocación, la distancia entre lo proclamado por los textos constitucionales y la realidad social y política de nuestros países es muy grande. En ese sentido, América Latina sigue manteniendo esa tradición, ya señalado desde hace décadas por varios teóricos, de adherir teóricamente a las formas constitucionales pero tener muchas dificultades para realizarlas prácticamente.

Dos de los puntos más significativos en estas distancias tienen que ver, a nivel socioeconómico, con los problemas de superación de la pobreza y la desigualdad, y en el campo político, con el control a los abusos presidenciales. Así, de un lado la mayor parte de los nuevos textos constitucionales plantean explícitamente la promoción de la igualdad social y la superación de la pobreza; pero los resultados han sido en general, con algunas contadas excepciones, muy pobres en este campo. De otro lado, paradójicamente, este nuevo constitucionalismo, que planteaba superar rasgos de autoritarismo y caudillismo en América Latina, se ha acompañado en la práctica de ciertos países por un reforzamiento de la figura presidencial y el surgimiento de nuevas formas de caudillismo, lo cual parece muy problemático para alcanzar democracias profundas.

d. Los retos para un pensamiento constitucional democrático

Con todos sus defectos, el constitucionalismo reciente latinoamericano representa un esfuerzo no deleznable de creatividad democrática. Pero igualmente esos esfuerzos están llenos de tensiones en sus propios contenidos y de promesas incumplidas por su falta de eficacia. Esta situación podría estar vinculada a un hecho, destacado por algunos analistas, y es el siguiente: a pesar de la presencia de intelectuales notables en algunos procesos constituyentes, como Alvaro García Linera en Bolivia, lo cierto es que ha habido un divorcio importante entre el desarrollo de un pensamiento constitucional progresista en la región y los debates constituyentes (Santos, 2010: 26 a 30). No ha habido o no hay aún una teoría que permita acompañar esos esfuerzos de reforma constitucional y de implementación de las promesas contenidas en las constituciones. Existe pues un desafío académico: el reto de ser capaces de crear una masa crítica de pensamiento constitucional progresista, comprometido con la profundización democrática en la región, que en diálogo con experiencias y tradiciones de otras regiones del mundo, acompañe críticamente los procesos constitucionales latinoamericanos en curso, a fin de reducir sus riesgos autocráticos y fortalecer las potencialidades democráticas de esos esfuerzos de experimentación institucional. Es posible que, como dice Boaventura Santos (2010: 10), la teoría que se necesite sea de retaguardia que de vanguardia, esto es, que se trate de una academia que esté comprometida y

acompañe los procesos pero sin pretender guiarlos; pero esa reflexión académica parece imprescindible.

Bibliografía

- Abregú, Martín; Courtis, Christian (comps.). 2004. *La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales*. Buenos Aires: Editores del Puerto, CELS,
- Aguirre, Ernesto; Junguito, Roberto y Millar, Geoffrey (Eds). 1997. *La Banca Central en América Latina. Aspectos económicos y jurídicos*. Bogotá, Tercer Mundo Editores y Banco de la República.
- Arantes, Rogelio. 2005. "Constitutionalism, the Expansion of Justice and the Judicialization of Politics in Brazil" en Rachel Sieder, Line Schjolden y Alan Angell (Eds). *The Judicialization of Politics in Latin America*. New York, Palgrave
- Ayala Corrao, Carlos M. 2002. "La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias", en Ricardo Mendez Silva (ed.), *Derecho Internacional de Los Derechos Humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. México: UNAM
- Barczak, Monica. 2001 "Representation by consultation? The rise of direct Democracy in Latin America" en *Latin American Politics and Society* Tomo 43, N° 3
- Carbonell, Miguel (Ed). 2003. *Neconstitucionalismos*. Madrid: Trotta,
- Ferrajoli, Luigi. 2001. *El garantismo y la filosofía del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Frazer, Nancy. 2000. "De la redistribución al reconocimiento?. Dilemas de la justicia en la era postsocialista" en *New Left Review*, enero-febrero, Madrid: Ediciones Akal.
- Gargarella, Roberto. 1997. "Recientes reformas constitucionales en América Latina: una primera aproximación" en *Desarrollo Económico*. Buenos Aires, Vol. 36 Nro. 144, Enero-Marzo
- Gargarella, Roberto. 2005. *Los fundamentos legales de la desigualdad. El constitucionalismo en América (1776-1860)*. Madrid, Siglo XXI.
- Grijalva, Agustín, et al. 2009. *Povos Indígenas. Constituicoes e Reformas Políticas na America Latina*. Brasilia; Instituto de Estudos Socioeconomicos.

- Grijalva, Agustín. 2009. "O Estado Plurinacional e Intercultural na Constituicao Ecuatoriana de 2008" en Grijalva, Agustín, et al. *Povos Indígenas. Constituições e Reformas Políticas na America Latina*. Brasilia; Instituto de Estudos Socioeconomicos.
- Losing, Norbert. 2002. *La jurisdiccionalidad constitucional en América Latina*. Madrid, Dykinson, Konrad Adenauer Stiftung
- Manili, y Pablo Luis . 2002. "La recepción del derecho internacional del derecho internacional de los derechos humanos por el derecho constitucional iberoamericano", en Ricardo Mendez Silva (ed.), *Derecho Internacional de Los Derechos Humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. México: UNAM.
- O'Donnell, Guillermo. 1994. "Delegative Democracy" en *Journal of Democracy* 5, 1
- Orjuela, Luis Javier. 2005. *La sociedad colombiana en los años noventa: fragmentación, legitimidad y eficiencia*. Bogotá, Uniandes, CESO.
- Prieto Sanchis, Luis. 2003. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid, Trotta, 2003
- Ramirez, Silvina. 2009. "Sete problemas do novo constitucionalismo indigenista: as matrizes constitucionais latino-americanas sao capazes de garantir os Direitos dos Povos Indigenas" en Grijalva, Agustín, et al. *Povos Indígenas. Constituições e Reformas Políticas na America Latina*. Brasilia; Instituto de Estudos Socioeconomicos.
- Requejo Coll, Ferran. 1994. *Las democracias*, Barcelona: Ariel.
- Rodríguez, Cesar y Uprimny, Cesar 2007) "Constitución, modelo económico y políticas públicas en Colombia" en Luis Eduardo Pérez, Cesar Rodríguez y Rodrigo Uprimny. *Los derechos sociales en serio: hacia un diálogo entre derechos y políticas públicas*. Bogotá, DeJuSticia
- Santos de Sousa, Boaventura. 2010. *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur*. La Paz: Plural Editores.
- Stocks, Anthony. 2005. "Too Much for Too Few: Problems of Indigenous Land Rights in Latin America" en *Annual Review of Anthropology*. Tomo34
- Teitel, Ruti. 1997. "Transitional Jurisprudence, The Role of Law in Political Transformation" en *Yale Law Journal*, Vol 106, No 7.
- Uprimny, Rodrigo. 2007. "Modernización del Estado y reformas constitucionales en América Latina: encuentros y desencuentros" en VV.AA. *Los*

procesos de control estratégico como pilares de modernización del Estado. Bogotá, BID, PGN.

Uprimny, Rodrigo. 2001. “Constitución de 1991, Estado social y derechos humanos: promesas incumplidas, diagnósticos y perspectivas”, en VV.AA *El debate a la constitución*. Bogotá: ILSA y Universidad Nacional.

Uprimny, Rodrigo. 2004. “¿Una forma de gobierno parlamentaria en Colombia?” en *Nueva Página*, Vol 1, No 1

Uprimny, Rodrigo. 2006. *Bloque de constitucionalidad, garantías procesales y proceso*

penal. Bogotá, Escuela Judicial Lara Bonilla, Consejo Superior de la Judicatura.

Uprimny, Rodrigo; García, Mauricio y Rodríguez, Rodrigo. 2006. *¿Justicia para todos? Derechos sociales, sistema judicial y democracia en Colombia*. Bogotá, Norma.

Irigoyen, Raquel. 2009. “Aos 20 anos do Convenio 169 da OIT: Balanco e desafios da implementacao dos direitos dos Povos Indígenas na América Latina” en Grijalva, Agustín, et al. *Povos Indígenas. Constituicoes e Reformas Políticas na America Latina*. Brasilia; Instituto de Estudos Socioeconomicos.

REFLEXIONES SOBRE EL FUTURO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN AMÉRICA LATINA

Por: Humberto Antonio Sierra Porto
Magistrado de la Corte Constitucional
Expresidente de la Corporación

Algunas precisiones metodológicas

Es innegable la amplitud y profundidad del tema que plantea el título de la presente intervención pues el futuro de la administración de justicia en América Latina conjuga factores políticos, jurídicos y económicos de gran complejidad. Sin embargo, por razones de tiempo y espacio, este texto no pretende abarcar a plenitud el asunto, sino presentar algunas reflexiones que sirvan de punto de partida para un estudio más profundo.

Además, es necesario advertir que las siguientes ideas parten de situaciones que son comunes a los países de América Latina, sin desconocer las diferencias que existen entre ellos, razón por la cual las reflexiones no son aplicables uniformemente a ellos pero sí sirven como una aproximación general al tema.

El contexto de América Latina determina particularidades en la administración de justicia

Cuatro factores comunes a los países de América Latina determinan que la administración de justicia que se imparte en ellos goce de particularidades importantes. En este sentido, la discusión sobre el futuro de la administración de justicia en América Latina difiere de aquellas que se adelantan en países europeos o de otro entorno con una realidad social y política distinta.

Estos factores son (i) la pobreza y las profundas desigualdades sociales que, en consecuencia, se presentan en estos países, (ii) el modelo de Estado Social de Derecho “privatizado”, es decir, en el cual se encarga a los particulares la satisfacción de necesidades básicas de los ciudadanos –como la salud- mientras el Estado es supervisor de tales actividades, (iii) la característica falta de legitimidad de los órganos de representación popular y (iv) un inveterado sistema de gobierno presidencialista.

A continuación se hará referencia a algunas de ellas con el objetivo de reflexionar sobre el futuro de la administración de justicia en América Latina.

a. La pobreza y las profundas desigualdades sociales en América Latina posicionan a los jueces como actores de las políticas públicas

Al tener en cuenta los altos índices de pobreza que afectan a nuestros países y las profundas desigualdades sociales que esta origina, es necesario iniciar las reflexiones sobre el futuro de la administración de justicia en América Latina con una pregunta ¿Cómo administrar justicia en sociedades profundamente desiguales como las nuestras? O, aún mejor, ¿Cómo pueden nuestros jueces hacer efectivo el Estado social de derecho consagrado en las constituciones políticas en el contexto de sociedades profundamente desiguales?

Aplicar el derecho, es decir, impartir justicia en estas circunstancias plantea al administrador de justicia –al juez- problemas jurídicos que exceden las inquietudes que tradicionalmente se le planteaban, pues conciernen a todo el aparato estatal y no solamente a la rama del poder judicial. En efecto, una justicia efectiva –que reconozca y garantice los derechos fundamentales de los ciudadanos- en el contexto latinoamericano exige que, en determinadas situaciones, los jueces influyan en la creación, modificación, implementación y seguimiento de las políticas públicas, particularmente cuando se trata de la protección de derechos prestacionales, competencia tradicionalmente reservada a la rama ejecutiva.

El principal instrumento del Estado social de derecho para lograr los objetivos de igualdad efectiva y bienestar general que se propone, es la creación e implementación de políticas públicas dirigidas a hacer efectivos los derechos fundamentales de carácter prestacional o derechos sociales - tales como la salud, la educación, la vivienda digna y la seguridad social-, los cuales resultan particularmente importantes en nuestro contexto latinoamericano pues son los que corrigen las profundas desigualdades sociales generadas por la pobreza. Así las cosas, si las competencias de los jueces encuentran un límite infranqueable en un principio de separación de poderes que les impida exigir a la rama ejecutiva

que establezca, implemente o corrija las políticas públicas, la administración de justicia no podrá asegurar la vigencia efectiva de los derechos de los ciudadanos en un contexto como el nuestro.

En la actualidad es posible hablar de la existencia de una marcada tendencia en los Tribunales con competencias constitucionales de América Latina, que si bien no ha sido totalmente homogénea, en general busca garantizar la justiciabilidad de los derechos sociales. Las decisiones y sentencias proferidas en tribunales como el de Costa Rica, Perú, Brasil y Colombia, entre otros, pone en evidencia esta evolución. Justificar la exigibilidad directa de los derechos sociales ha sido posible, en gran parte, debido a que en el constitucionalismo latinoamericano la enunciación de los derechos fundamentales no es taxativa sino un catálogo abierto, lo que ha permitido extender el concepto de derecho fundamental más allá de los derechos libertad o derecho de primera generación e incluir no sólo los derechos sociales o prestacionales sino también en muchos casos todos los derechos constitucionales sin límite alguno –la Constitución de Ecuador es paradigmática en ese sentido-. Considerar a los derechos sociales como fundamentales deriva en la posibilidad de reclamarlos directamente, lo que legitima la intervención del juez en las políticas públicas que buscan garantizarlos.

En la última Conferencia de Cortes y Tribunales Constitucionales de Iberoamérica celebrada en Nicaragua, se pudo constatar que, aunque con distinto nivel de intensidad, en todos los países se han emitido decisiones judiciales relacionadas con derechos sociales, en las que se dieron órdenes que fueron más allá del tradicional efecto *inter partes* al solicitar al gobierno la realización de actividades referentes a las políticas públicas. Este fenómeno ha generado conflictos entre la rama judicial y los demás órganos del poder, particularmente con el gobierno pero también con el poder legislativo, lo que ha hecho surgir intensos debates sobre el principio de separación de poderes y el denominado activismo judicial.

Una de las herramientas para la intervención del juez en las políticas públicas es la utilización de las denominadas sentencias intermedias, esto es, decisiones judiciales que, precisamente, ordenan la creación, modificación o implementación de políticas públicas o incluso llegan a proponer directrices para las mismas. Aquí se puede citar el ejemplo la sentencia T-760 de 2008 de la Corte Constitucional Colombiana. En esta decisión se acumulan varios casos de negación del acceso a servicios de salud por parte de empresas privadas promotoras de salud. Además de resolver los casos puntuales, la Corte indicó que las órdenes dadas eran insuficientes pues, en la mayoría de las ocasiones, la obstaculización al acceso a la salud se debe a problemas estructurales originados en fallas en la regulación o en la ausencia de la misma, por lo que a partir del análisis de los casos acumulados determinó cuales son las fallas o vacíos en la regulación que impiden el acceso a la salud y dio órdenes dirigidas a que los órganos competentes modifiquen la re-

gulación o la creen para superar estas fallas. Actualmente la Corte Constitucional se encuentra haciéndole seguimiento al cumplimiento de estas órdenes.

b. El modelo del Estado social de derecho “privatizado” exige la intervención de los jueces para garantizar la vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares

La demanda de derechos constitucionales, sobre todo de los prestacionales, no sólo genera que las decisiones judiciales replanteen la clásica relación entre los poderes del Estado por las razones ya anotadas. El entorno latinoamericano también nos muestra que la implementación de un sistema de justicia eficaz efectivo debe operar de manera protagónica y directa en las relaciones entre particulares.

Las constituciones latinoamericanas han configurado los Estados de forma tal que son Estados sociales en su parte dogmática, al reconocer gran cantidad de derechos prestacionales, y neoliberales en lo que respecta a la organización del Estado, pues no sólo permiten sino que privilegian la reducción progresiva del tamaño del Estado y la asignación de cada vez más funciones y competencias al sector privado en materia de necesidades básicas como la salud, la educación, la vivienda y la seguridad social, frentes en los cuales el Estado pasa a ser un supervisor.

En esta lógica de funcionamiento del Estado, la garantía de todos los derechos, pero de los de carácter prestacional, sólo podrá hacerse de manera efectiva si existe una eficacia horizontal de los derechos fundamentales, esto es, si la administración de justicia puede exigir la vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. Si la satisfacción de muchos de los derechos sociales, ahora considerados fundamentales, está en cabeza de los particulares y no del Estado, poco podrían hacer los jueces para hacerlos exigibles si no pueden dar órdenes en tal sentido a los particulares.

La legitimidad del papel del juez para asegurar la vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares se refuerza si se tiene en cuenta que es prácticamente una paradoja pretender que los particulares, que actúan movidos por el ánimo de lucro, se encarguen de la satisfacción de necesidad básicas en contextos de pobreza en los cuales es necesario aplicar, por ejemplo, el principio de solidaridad. Aunado a lo anterior, la función de control que se reserva al Estado se ve desdibujada debido a que este es cada vez de menor tamaño frente a un sector privado cada vez más importante cualitativa y cuantitativamente. En este orden de ideas, el gran reto de la administración de justicia es conseguir que el sector privado colabore en el logro de los objetivos generales de la sociedad en una forma que haga compatible el ánimo de lucro y los derechos fundamentales.

Así, el Estado social de derecho “privatizado” lleva indefectiblemente a la “constitucionalización del derecho”, es decir, de todas las áreas del derecho, lo cual no deja de generar cierta resistencia. Son muchos los ejemplos de áreas que se muestran reacias a esta dinámica pero quizá el más dicente es el relativo a las relaciones laborales que cada vez más, en nuestro entorno, se desarrollan en un contexto de flexibilidad laboral. En este se excluyen cada vez más los contratos laborales indefinidos y se privilegian aquellas relaciones laborales con derechos más restringidos –como los contratos laborales de obra y término fijo con empresas de servicios temporales- o aquellas relaciones que excluyen de plano la relación laboral –como los contratos de asociación con cooperativas y los contratos de prestación de servicios-. Evidentemente esta lógica busca disminuir las garantías y derechos de los trabajadores, ante lo cual el juez debe estar atento y usar sus competencias para exigir el respeto de los derechos fundamentales en todo tipo de relaciones entre particulares, laborales o civiles.

c. La extendida falta de legitimidad de los órganos de representación popular aumenta las competencias de la rama judicial

Los problemas de legitimidad de los órganos de representación democrática son un fenómeno extendido e incluso, se podría decir, característico de los Estados latinoamericanos. La falta de credibilidad en los órganos legislativos de elección popular es un elemento común, más acentuado en unos países que en otros, pero sin duda alguna fenómeno generalizado en América Latina. Este fenómeno tiene causas complejas –que no son objeto de este texto- pero a grandes rasgos se pueden identificar el clientelismo, la compra y venta de votos y, en general, la corrupción como los generadores de la convicción generalizada de que el órgano legislativo no siempre expresa de manera fidedigna la voluntad popular.

Esta carencia no sólo afecta a estos órganos sino que tiene efectos en el funcionamiento de la administración de justicia pues, como se verá, el déficit de legitimidad de nuestros parlamentos deriva en que la rama judicial termina por asumir sus competencias.

El desprestigio de los parlamentos se expresaba tradicionalmente en un aumento del poder presidencial que originaba limitaciones en la titularidad para ejercer la iniciativa legislativa, ampliación de la posibilidad de la delegación legislativa y mayor extensión de los vetos u objeciones presidenciales, por sólo dar algunos ejemplos. Sin embargo, en las últimas décadas, la deslegitimización se ha extendido al sistema presidencial, al gobierno e incluso a la figura misma del presidente.

Frente a lo anterior se ha producido un interesante proceso de legitimización de la administración de justicia y particularmente de los órganos de justicia constitucional, que se ha expresado en una cierta expansión de competencias, o mejor dicho, en una expansión de la forma de usar las mismas.

La justicia constitucional, por lo menos la que surge en la Europa de la posguerra, encuentra su razón de ser en los abusos en que incurrieron las mayorías parlamentarias en contra de las minorías. La implementación progresiva de Cortes y Tribunales Constitucionales en América Latina, si bien cumple propósitos similares a los cometidos de los tribunales europeos –garantizar los derechos de las minorías- ha tenido un alcance muy superior pues la falta de legitimidad de los demás poderes –ejecutivo y legislativo- han llevado a que haya una propensión al denominado activismo judicial, que no es otra cosa que la asunción de competencias que tradicionalmente se ejercían por los otros poderes públicos. Para demostrar lo anterior, baste mencionar el caso ecuatoriano en el cual la Corte Constitucional aceptó llenar las omisiones legislativas absolutas y la competencia de la Sala Constitucional de Venezuela de asumir conocimiento de todos los procesos, incluso antes de que sean decididas sus sentencias.

La ampliación de las competencias judiciales y, particularmente de la justicia constitucional tanto en sede de control de constitucionalidad de las leyes como de amparo o tutela, ha probocado reajustes en el equilibrio de poderes y generado preocupantes intentos de “apropiación” de este poder por parte de los otros poderes, particularmente del ejecutivo. Por ejemplo, la reciente creación del Tribunal Constitucional en República Dominicana, que ha sido interpretada por algunos sectores como un instrumento para limitar las competencias de la Corte Suprema. La dilación en el nombramiento de los magistrados de la Corte Constitucional de Ecuador también podría ser mencionado por algunos como ejemplo. En otras palabras, el contexto explicado origina la “tentación” de las demás ramas del poder de apropiarse de la justicia, y más aún de la justicia constitucional, no sólo para evitar límites o controles sino como un instrumento para recuperar el radio de acción de sus competencias e incluso utilizarla como mecanismo para implementar sus políticas públicas y de Estado.

A manera de conclusión

Los tres puntos desarrollados, que parten de lo que es el presente de la justicia en América Latina, llevan a plantear las siguientes reflexiones en torno a su futuro:

- a. La forma como se desarrolla la justicia en América Latina –la intervención de los jueces en las políticas públicas, en las relaciones entre

particulares, en las competencias asignadas tradicionalmente a otros órganos del poder- no deben calificarse, *prima facie*, como correctas o incorrectas, convenientes o inconvenientes, racionales o irracionales. Es necesario evaluar estos fenómenos de una forma omnicomprendiva y contextualizada histórica y geográficamente, teniendo en cuenta la dinámica y el funcionamiento de los demás órganos estatales.

- b. La problemática de la administración de justicia se inscribe en la problemática del Estado en su conjunto, razón por la cual su solución requiere soluciones que abarquen los demás poderes.
- c. La aplicación del derecho en sociedades profundamente desiguales y con modelos de Estado social de derecho en donde son cada vez más amplios los derechos y mas reducido el tamaño del Estado con una ampliación del papel de los particulares, origina una indudable expansión de las competencias judiciales, que se expresa principalmente en:
 - Las competencias en materia de políticas públicas, como instrumento efectivo para hacer efectivos derechos fundamentales y particularmente derechos económicos, sociales y culturales.
 - Las competencias para intervenir en las relaciones entre particulares, es decir, la eficacia horizontal de los derechos fundamentales.
 - El reto del Estado y de la administración de justicia de armonizar el ánimo de lucro propio del sector privado con los propósitos de solidaridad, igualdad y vigencia efectiva de los derechos fundamentales propios del Estado Social de Derecho.
- d. Finalmente, los problemas de legitimidad de los órganos representativos de la voluntad popular y del mismo ejecutivo generan efectos, que se expresan en:
 - La fuerte tendencia a potenciar las competencias de los tribunales, sobre todo, los constitucionales con riesgo de activismo judicial exacerbado, lo que lleva a sugerir un esfuerzo de autolimitación por parte de nuestros jueces.
 - Preocupantes intentos de “apropiación” de la justicia constitucional por parte de la rama ejecutiva para reconquistar los poderes perdidos, propuestas que deben ser examinadas con seriedad y serenidad.

LA REPÚBLICA DEMOCRÁTICA EN LA CONSTITUCIÓN MEXICANA

Por: Jorge Carpizo MacGregor¹

Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional

SUMARIO²: I. La clasificación de las formas de gobierno II. La forma de gobierno en México: 1821 a 1855 III. De 1856 a 1917 IV. La democracia V. Mi concepción de democracia VI. La República democrática en la Constitución de 1917

I. La clasificación de las formas de gobierno

1. Examinó el principio fundamental de la Constitución mexicana de 1917: República democrática, que aquélla señala expresamente en los arts. 39 y 40 c. Al respecto no puede existir duda alguna: es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una república democrática.

¿Cuáles son los alcances normativos de estos preceptos? ¿Qué constituye una democracia? ¿Qué caracteriza a una república? ¿Qué es la república democrática?

-
- 1 Investigador Emérito de la Universidad Nacional Autónoma de México, de la cual fue Rector, adscrito al Instituto de Investigaciones Jurídicas, donde se desempeñó como Director. Investigador Nacional Emérito del Sistema Nacional de Investigadores.
 - 2 Agradezco las valiosas sugerencias que me hicieron mis colegas los doctores César Astudillo e Imer Flores. Cualquier error que este ensayo pueda contener es responsabilidad exclusiva del autor. Asimismo, agradezco la transcripción del manuscrito a la señora Isabel Cacho, mi eficaz colaboradora.

Precisar la naturaleza de una democracia y la de una república ha preocupado a los científicos sociales desde épocas remotas.

Con el transcurso del tiempo, a esta cuestión se le ha singularizado como forma de gobierno, en virtud de que implica determinar quién tiene la titularidad del gobierno y de que manera lo ejerce. Desde luego que sí, pero es algo más: los principios democrático y republicano son parte del ser de la nación, afectan a la propia concepción del poder, del gobierno, de la relación gobernante-gobernado y de la protección de los derechos humanos. Entonces, esta cuestión implica un asunto de forma y de sustancia, indestructiblemente unidas.

2. Aristóteles aceptó planteamientos de Herodoto y Platón, y después de haber examinado la realidad de diversas polis, propuso una clasificación de las formas de gobierno, en la cual la finalidad que persigue el gobierno, en combinación con el número de quienes gobiernan, constituye el eje de la clasificación.

Así, si se gobierna con miras al interés general, y el gobierno lo posee una sola persona, se constituye una monarquía; si lo posee una minoría, aristocracia, y si lo posee una mayoría, democracia (politeia).

Estos gobiernos sufren desviaciones cuando el fin es el interés personal o particular. La monarquía deviene en tiranía; la aristocracia, en oligarquía; la democracia en demagogia (oclocracia). En la oligarquía el interés particular es el de los ricos y en la demagogia, el de los pobres.

El filósofo griego se percató de que dichos tipos se combinan, y en el sistema democrático se concilia la libertad con la igualdad. Dónde domina la clase media “se acerca más a la democracia que a la oligarquía, es también el más estable de todos estos gobiernos” (1).

Esta clasificación influyó en los siglos posteriores, ha sido muy citada y aún conserva alguna utilidad. Asimismo, en ella se encuentra ya la idea del gobierno mixto, que es el que combina elementos de la monarquía, la aristocracia y la democracia, los cuales se controlan entre sí.

3. Polibio es el gran teórico del gobierno mixto como la mejor forma de gobierno, y aseguró que floreció en la Roma republicana. Los cónsules encarnaron el principio monárquico; el senado, el aristocrático y el pueblo el democrático (el Estado popular), y entre ellos existían pesos y contrapesos, debido a que podían oponerse uno al otro o, por el contrario, auxiliarse mutuamente, aspectos que describió con detalle (2).

La Roma republicana indiscutiblemente obtuvo grandes triunfos, como la elaboración del valor de la ley y la constitución de un gran imperio a base de triunfos militares. No obstante, en su historia resaltan también múltiples guerras

civiles, que al final la llevaron al imperio, a la concentración de poderes y a la tiranía. Entonces, ¿qué tan exitosa fue la forma de gobierno de la Roma republicana?, o ¿fue ajena o auspició dichas guerras civiles?

La importancia del pensamiento de Polibio se encuentra en su idea del equilibrio del poder y la integración de las clases sociales en diversas instituciones del gobierno, lo cual inspiró, entre otros, a Harrington, Locke, Bolingbroke, Montesquieu y a los autores de El Federalista (3).

4. Maquiavelo clasificó las formas de gobierno en repúblicas y monarquías (principados). Estas son de carácter hereditario o nuevas.

Las repúblicas, a su vez, pueden ser aristocráticas o democráticas y, con gran frecuencia, pasan de un tipo al otro por los excesos de los gobernantes, incluso suelen convertirse en una monarquía, y viceversa. Así, un país puede dar vueltas por tiempo indefinido en la gran rueda de las formas de gobierno.

Maquiavelo hizo suyo el planteamiento de Polibio: la mejor forma de gobierno es la mixta; ahí donde se combina el principado, la aristocracia y el gobierno popular. Como ejemplo señaló la Constitución de Esparta, diseñada por Licurgo, que duró más de ochocientos años, y la de la Roma republicana (4).

5. Las clasificaciones de Aristóteles y Maquiavelo y sus combinaciones han inspirado múltiples y diversas tipologías de la índole más variada (5), que relacionan el número de quienes ejercen realmente el poder -monarquía, aristocracia y democracia- con la forma de acceso al poder y su permanencia -monarquía y república-.

Las clasificaciones de este tipo han ido perdiendo progresivamente parte de su valor explicativo, porque han permanecido estáticas frente a la irrupción de factores extraconstitucionales muy difíciles de concebir en su momento, como los poderes de hecho, grupos de presión, organizaciones no gubernamentales, conduciendo a una crítica en donde se enfatiza que lo importante en la forma de gobierno es la manera en que el poder político está distribuido o concentrado, y si se encuentra controlado o no (6).

Es cierto, debe tenerse cuidado, porque hoy en día los conceptos de monarquía y república pueden resultar equívocos, como otros tantos de las ciencias sociales. No siempre el vocablo responde a la naturaleza de lo expresado.

República no fue ni es actualmente sinónimo de democracia, debido a que puede implicar una concentración del poder sin posibilidad de control. La antigüedad conoció diversos ejemplos de república aristocrática, como la Atenas de los arcontes, designados por las familias aristocráticas y algunas épocas de Esparta. Lo propio aconteció en la Edad Media como en los casos de Venecia, Génova y Florencia, y más cerca en el tiempo en las repúblicas polaca y en las Provincias

Unidas (Holanda), aunque en su devenir, en algunas etapas, la concentración del poder en cuerpos aristocráticos fue mayor y, en otras, se abrió tímidamente la puerta a la intervención del pueblo.

En el siglo XX, incontables Estados y constituciones se autodenominaron repúblicas, pero la concentración del poder las alejaron de toda concepción democrática. Ahí están los ejemplos de muchos países de América Latina, África y Asia. En Europa aconteció la misma situación. Sólo recuérdese el tercer Reich alemán, la Unión de Repúblicas Soviéticas Socialistas y todos los sistemas que copiaron ese modelo.

A su vez, no toda monarquía es una tiranía o implica la concentración del poder. Las monarquías absolutas sí lo fueron a partir de finales del siglo XV. Incluso actualmente en muchas monarquías islámicas acontece la misma situación, como en Arabia Saudita, los Emiratos Árabes Unidos o Kuwait, por citar unos cuantos.

En pleno siglo XXI existen diversos Estados que se autodenominan repúblicas; si se examina la situación real del régimen político, se concluirá que son monarquías absolutas, autodesignadas socialistas y hereditarias, como los casos de Cuba, Corea del Norte y Siria.

Existen las monarquías constitucionales, en las cuales el rey posee únicamente funciones representativas y formales; en la realidad, son sistemas democráticos, como los de Gran Bretaña, Holanda, Bélgica y varios países escandinavos.

En consecuencia, monarquía y república son términos que pueden ser equívocos, por lo cual la tendencia actual consiste en buscar criterios más precisos para clasificar las formas de gobierno. Sin embargo, esos términos aún conservan utilidad como en el caso mexicano, como expondré. En esta cuestión, como en casi todas las del Derecho Constitucional, no es posible quedarse en el análisis del “deber ser”, sino que hay que completarlo con el del “ser”. Las dos perspectivas combinadas otorgan una percepción correcta de las instituciones, órganos, sistemas y gobiernos.

6. Para Hans Kelsen, desde su perspectiva normativista, el criterio para la clasificación de las formas de gobierno depende del método que se siga para la creación de la norma jurídica. Existe democracia en donde el orden jurídico, la legislación, es creado por los mismos a quienes se les va a aplicar; es decir, la voluntad representada en el orden legal del Estado coincide con la voluntad de los gobernados. La persona es libre si lo que debe hacer, conforme al orden social, coincide con aquello que quiere hacer. Por el contrario, en la autocracia, los gobernados están excluidos de la creación de la legislación, por lo cual no se garantiza, de manera alguna, la armonía entre el ordenamiento legal y la voluntad de las personas.

Kelsen precisó que esta distinción se fundamenta en la idea de la libertad política, y de inmediato aclaró que dichas concepciones de democracia y autocracia representan tipos ideales, debido a que en la realidad los Estados constituyen una combinación o una mezcla de elementos de ambos tipos, aproximándose cada Estado histórico a uno de ellos. Entre esos dos extremos ideales se encuentran múltiples modalidades. Un Estado, entonces, será democrático o autocrático de acuerdo con el principio que predomina en su organización (7).

II. La forma de gobierno en México: 1821 a 1855

7. Con los pensamientos anteriormente expuestos, queda claro a que se refiere el tema de las formas de gobierno.

Entonces, ¿qué es una república?

Una definición muy citada es la de Cicerón, quien identificó el término “república” con el de Estado; para el filósofo república es la res publica, todo lo contrario a la cosa o asuntos privados. La república es una propiedad del pueblo, de la comunidad, de la población (res publica res populi), y precisó “un pueblo no es cualquier agrupación de seres humanos reunidos de cualquier manera, sino una aglomeración de gentes en gran número, asociadas según un acuerdo o consentimiento común en lo que respecta a la justicia y derecho y a la comunidad de ciertos beneficios”.

Francisco de P. Samaranch, quien realizó la traducción y notas de la edición que he utilizado, anotó que parece que Cicerón no profundizó en el concepto de república, porque consideró que era claro, que era algo evidente para el auditorio y, en consecuencia, no quiso oscurecer el concepto con definiciones abstractas y oscuras (8).

A Samaranch le asiste algo de razón. Sin embargo, el concepto de república sí debe precisarse.

8. En su acepción moderna, el concepto de república renace como la antítesis de la monarquía absoluta y en contra de todo lo que ella representaba. Así aconteció con el movimiento de independencia de Estados Unidos y con la Revolución Francesa y sus ideas de libertad, igualdad, soberanía popular y democracia.

Madison, al tratar de explicar en forma sencilla qué era la república que se proponía en la Constitución, aclaró que aquélla era la única forma conciliable con los principios fundamentales de la Revolución, con los ideales de libertad y con la convicción de la capacidad del género humano para gobernarse, y cuyas características son: a) todos los poderes del gobierno derivan directa o indirectamente del pueblo; b) el gobierno se administra por personas que conservan sus cargos a

voluntad del pueblo; c) los gobernantes son electos por el pueblo para un periodo determinado o mientras observen buena conducta; es decir, son responsables de sus actos; precisó además que de acuerdo con las opiniones más respetables, los jueces debían conservar sus cargos en un sistema estable mientras su conducta fuera la correcta.

Madison adicionalmente se refirió a la prohibición absoluta a los títulos de nobleza, y a la garantía que proporciona la federación a las entidades federativas para la conservación de su forma republicana de gobierno (9).

9. El concepto de república resulta más comprensible si se contrasta con el de una monarquía tradicional. Como bien se ha dicho, incluso por Kelsen, ese concepto es de carácter negativo, en virtud de que república es equivalente a no monarquía (10). Claridad mata la pureza de la teoría.

Los elementos del concepto de república aportados por Madison se pueden contrastar con los de monarquía tradicional.

República	Monarquía
1. La base de los poderes del gobierno se encuentra en la idea de la soberanía popular.	1. La base de los poderes del monarca se encuentra en la divinidad, en la dinastía histórica o en la usurpación.
2. El pueblo elige al gobernante.	2. El rey lo es por voluntad divina, sucesión dinástica o por un acto de fuerza.
3. Al gobernante se le elige para un periodo determinado.	3. El rey ocupa el cargo vitaliciamente.
4. El gobernante es responsable de sus actos.	4. El rey es irresponsable de sus actos.

Los conceptos anteriores son claros y circunscriben bien lo que una república es.

No obstante, no faltará quien considere que el método negativo no es completamente adecuado. Con aquellos elementos se puede construir con facilidad una definición de república.

República es la forma de gobierno que se fundamenta en el principio de la soberanía popular, en la cual los gobernantes son libremente electos por los ciudadanos para un periodo determinado y son responsables jurídica y políticamente de sus actos, de acuerdo con la ley.

10. México es una república por voluntad expresa del pueblo mexicano, manifestada y consignada en la Constitución. El mexicano del siglo XXI contempla esta declaración con naturalidad, como algo muy propio de la nación; resulta casi imposible e inverosímil pensar que México pudiera constituirse en una monarquía del signo que fuere.

No obstante, el país ha adoptado un régimen monárquico en la mayor parte de nuestra historia. Así fue en el México prehispánico. Se puede alegar que esos sistemas de gobierno se encuentran muy lejanos. Algunos pueden datar hasta de hace tres mil años. Concedo. ¿Y los tres siglos de régimen virreinal?

Durante los años de la guerra de independencia de México casi todos los Estados extranjeros contaban con gobiernos monárquicos, mayoritariamente de carácter absoluto. La gran excepción era Estados Unidos y los países latinoamericanos que comenzaban a independizarse de España.

Algunos de quienes lucharon por la independencia de México eran republicanos; otros, monárquicos. Entre estos últimos destacan Hidalgo, Rayón e Iturbide. En el campo republicano brillan Morelos y sus principales lugartenientes.

En las proclamas que Hidalgo pronunció se encontraron siempre vivas a Fernando VII, el príncipe español secuestrado por Napoleón.

En los Elementos Constitucionales, circulados por Rayón, el art. 5o. expresó que la soberanía dimana inmediatamente del pueblo, y reside en Fernando VII, y su ejercicio en el Supremo Congreso Nacional.

Por el contrario, Morelos y la Constitución de Apatzingán configuraron un régimen republicano. El poder ejecutivo se integraría con tres personas designadas por el congreso, y cada año, por sorteo, uno de los tres dejaría el cargo.

La segunda etapa de la independencia, tan diferente de la primera (11), y que constituye su consumación, fue esencialmente monárquica.

El plan de Iguala, concebido por Agustín de Iturbide, y aceptado incluso por Vicente Guerrero, en su punto dos, proclamó la absoluta independencia del reino, y en el cuarto se señaló como emperador a Fernando VII, a alguien de su dinastía o de alguna otra casa reinante, como precaución contra los atentados funestos de la ambición.

En los Tratados de Córdoba, firmados por Iturbide y Juan O'Donojú, último capitán general de la Nueva España, se estableció que el gobierno sería una monarquía constitucional moderada, y se llamaría a ocupar el trono a Fernando VII y, por orden establecido, a los infantes Borbones de España, y que si ninguno de aquéllos lo aceptaba, sería rey el que las Cortes del Imperio designaran. Así, se abrió la posibilidad para que Iturbide llegara a ser emperador, tal y como

aconteció. Aquél estaba convencido de que ningún Borbón vendría a gobernar a México, y él contaba con el apoyo de la Iglesia católica y del ejército, su ejército desde la época virreinal.

El Congreso Constituyente de 1822, presionado por elementos de la tropa, declaró emperador a Iturbide, cuyo reino duró poco, del 19 de mayo de 1822 al 19 de marzo de 1823.

Entre dicho Congreso e Iturbide surgieron fuertes dificultades. El Congreso estaba a favor de una monarquía constitucional; Iturbide, en la realidad, de una absoluta. El conflicto llevó al emperador a disolver el Congreso. El descontento contra Iturbide fue creciendo. Santa Anna se sublevó en Veracruz, y el general Echávarri y treinta y cuatro oficiales lo secundaron.

El 6 de marzo de 1823, Iturbide reinstaló el Congreso Constituyente. Ya era tarde. Las provincias comenzaron a reconocer al Congreso sólo como convocante de uno nuevo, y a manifestar que sólo obedecerían al ejecutivo en cuanto les conviniera. Así actuó Jalisco, y le siguieron Oaxaca, Yucatán, Zacatecas y otras provincias (12).

El 12 de junio de 1823 el Congreso Constituyente expidió el Voto por la forma de república federada, en el cual manifestó a las provincias que el voto de su soberanía estaba a favor del sistema de república federada.

La idea de república nació en México estrechamente ligada a la del Estado federal, y fue el resultado de las decisiones de varias provincias de aceptar la unión únicamente bajo la fórmula de una república federada, fórmula que se propagó como un huracán por gran parte del territorio.

El Congreso Constituyente convocó a uno nuevo, que se instaló solemnemente el 7 de noviembre de 1823, y el 31 de enero de 1824 expidió el Acta Constitutiva de la Federación, cuyo art. 5o. dispuso: “La nación adopta para su gobierno la forma de república representativa popular federal”. Popular era sinónimo de democracia, de una república del pueblo. En el mismo sentido ya se había usado la palabra popular en varios documentos de esa época, como en las Bases para el gobierno del Estado de Oaxaca de 1823, en su art. 4o., y en las Instrucciones de la Junta electoral de Valladolid a sus diputados para el segundo Congreso Constituyente, en su art. 1o. (13).

Hay que fijarse en la redacción del art. 5o. del Acta: “república representativa popular federal”, sin comas de separación entre las palabras, se está expresando un solo concepto, una sola noción constituida por cuatro palabras.

En ese segundo Congreso Constituyente, escribió Tena Ramírez, ya no existía partido monárquico (14), cuando menos en esos años, porque el partido conserva-

dor acabó en monárquico. La idea republicana había triunfado. La discusión versaría sobre si la república se conformaría en Estado federal o en unitario. El primero se convirtió en estandarte del partido liberal; el segundo, del conservador.

El art. 4o. de la Constitución de 1824 expresó: “La nación mexicana adopta para su gobierno la forma de república representativa popular federal”. De nueva cuenta sin comas, como un solo concepto.

11. En México, durante el siglo XIX, no siempre fue posible identificar república con democracia. En diversas etapas de nuestra evolución política se establecieron repúblicas que en esencia fueron aristocráticas.

El documento de Las Bases Constitucionales, de diciembre de 1835, en su artículo 3o., dispuso que “El sistema gubernativo de la nación es el republicano, representativo popular”. Sin embargo, su concepción fue aristocrática por completo, en virtud de que la igualdad, uno de los presupuestos de la democracia se encontraba prácticamente ausente. Por ejemplo, los derechos del ciudadano se suspendían por el estado de sirviente doméstico y por no saber leer ni escribir a partir de 1846 (art. 10, II y IV de la primera Ley Constitucional), y para poder votar los ciudadanos debían gozar de una renta anual de por lo menos cien pesos (art. 7o., I de dicha Ley); entre los requisitos exigidos para ocupar los principales cargos se requería una altísima renta anual, que únicamente la clase más alta de la sociedad podía satisfacer; así, para miembro del supremo poder conservador, por lo menos tres mil pesos; para diputado, mil quinientos pesos; para senador, dos mil quinientos pesos; para presidente de la república, cuatro mil pesos.

Para algunas funciones, además de la renta anual, resultaba obligatorio haber desempeñado alguno de los más altos cargos; para miembro del supremo poder conservador era indispensable haber desempeñado el de presidente de la república, senador, diputado, secretario del despacho o magistrado de la Suprema Corte de Justicia (art. 10, III, de la segunda Ley Constitucional).

Las Bases Orgánicas de 1843 siguieron los mismos lineamientos de las Leyes Constitucionales de 1836, renta anual mínima para poder ocupar algunos de los cargos más importantes de la República, exclusiones de los derechos de ciudadanía, y para poseer la calidad de ciudadano la renta anual se duplicó en relación con la de 1836: por lo menos de doscientos pesos (art. 18), cantidad exorbitante en el México de aquel entonces.

12. Podría considerarse que con las Bases para la Administración de la República de 1853 México, vivió una República aristocrática; en la norma y en la realidad fue una monarquía, más allá de los conceptos, debido a que las Bases fueron expedidas por el propio “Presidente”, quien poseía todas las facultades sin control alguno. El art. 1o. de la sección tercera, denominada gobierno interior

indicó que “Para poder ejercer la amplia facultad que la nación me ha concedido para la reorganización de todos los ramos de la administración pública, entrarán en receso las legislaturas u otras autoridades que desempeñen funciones legislativas en los Estados y territorios”.

13. Por razones de claridad, recapitulo y sintetizo las formas de gobierno que México conoció en esos años, y a las cuales me he referido con brevedad.

Desde la consumación de la independencia en 1821 hasta agosto de 1855, México conoció siete diversas formas de gobierno, en una especie de gran rueda circulante de acuerdo con la concepción de Maquiavelo:

- a. La monárquica con el imperio de Iturbide,
- b. La república casi democrática a partir de 1823, en la cual no se reconocían varios derechos humanos, como la libertad de cultos y de conciencia. Era el resultado de la época y de las circunstancias del país.
- c. La república aristocrática de 1835-1836, que estuvo vigente hasta octubre de 1841.
- d. La república transitoria aristocrática de la fecha anterior de octubre de 1841 a la disolución del Congreso Constituyente de 1842, el 19 de diciembre de ese año.
- e. La república aristocrática de las Bases Orgánicas de 1843 hasta el triunfo de la rebelión del general Salas en agosto de 1846,
- f. La república casi democrática con el restablecimiento de la Constitución de 1824 y la promulgación del Acta de Reformas de mayo de 1847, expedida por un nuevo Congreso Constituyente. No desconozco los avances de esta Acta, la que subsistió hasta el triunfo del Plan del Hospicio en febrero de 1853,
- g. La monarquía disfrazada de Santa Anna a partir de abril de 1853, cuando regresó al país, con las Bases de ese año y hasta el triunfo del Plan de Ayutla y su destierro en agosto de 1855.

En esta rueda circulante hay espacios temporales entre una forma a otra de gobierno y a los que no aludo, en virtud de su transitoriedad, y que conformaron interinatos o, de plano, el poder quedó en las manos del jefe insurrecto triunfante.

¿Habría imaginado Maquiavelo, cuando se refirió a las vueltas de esa gran rueda por tiempo indefinido, que un Estado podría modificar su forma de gobierno en siete ocasiones en un lapso de treinta y seis años?

14. Ante los fracasos de las diversas Repúblicas, ya fueran casi democráticas o aristocráticas, federales, centrales, o monárquicas disfrazadas, las corrientes

monárquicas encontraron defensores. Es probable que el documento que resumió sus tesis fue la carta que José María Gutiérrez Estrada envió al presidente de la República, que se publicó en 1840 en un folleto, y cuyos puntos principales fueron: a) el país no alcanzaría la paz gobernado por los hombres de esa generación; b) en una monarquía se podía ser mucho más libre y feliz que en una república; c) se habían ensayado diversas clases de república y siempre el resultado había sido en detrimento de la felicidad y el honor de la nación; d) México, como colonia de una monarquía caduca y decadente, alcanzó un alto grado de prosperidad, esplendor y fama; con la república todo se había convertido en ruina, desolación, pobreza, matanzas y oprobioso descrédito; e) para atajar esos males había que regresar al lugar del que se había salido: la monarquía; f) era imperioso hacer un ensayo de verdadera monarquía en la persona de un príncipe extranjero; g) se necesitaba colocar a ese príncipe por encima de los dos partidos para que dirimiera las diferencias, y formar uno solo, verdaderamente nacional; h) la monarquía democrática era la que podría defender la integridad del territorio nacional amenazada por Estados Unidos. Estas ideas las reiteró y amplió en 1847 (15).

En enero de 1846 comenzó a publicarse el periódico El Tiempo, de tendencia claramente conservadora y monárquica. Su principal redactor fue Lucas Alamán. Los periódicos liberales sostuvieron con él una intensa polémica. Los argumentos de un bando y del otro fueron públicos, claros y explícitos (16).

En este contexto, Paredes Arrillaga se insurreccionó con el Plan de San Luis, fue nombrado presidente de la República y convocó a un Congreso Constituyente que no sesionó ni dos meses. Paredes Arrillaga, de acuerdo con el testimonio fidedigno de Francisco de P. Arrangoiz, desde 1832 tenía la convicción de que solo “un trono podía salvar a México de la anarquía y de la ambición de los Estados Unidos” (17).

La presidencia de Paredes finalizó con la sublevación del general Mariano Salas en La Ciudadela en agosto de 1846.

Lo que me interesa resaltar es que en esas décadas las ideas y movimientos monárquicos continuaron vivos a pesar del triunfo transitorio de las diversas clases de república que México conoció durante esos treinta y seis años; fue una discusión abierta, que confrontó las ideas liberales y republicanas con las conservadoras y monárquicas; estas últimas cuando las fuerzas no les favorecían se disfrazaban de republicanas aristocráticas y centralistas.

III. De 1856 a 1917

15. Regreso al momento del triunfo del Plan de Ayutla, al que me referí en el inciso 11, g). El gobierno fue designado conforme a dicho Plan, y los Presidentes fueron Juan N. Álvarez e Ignacio Comonfort. Este último expidió el Estatuto

Orgánico Provisional de la República Mexicana, del 15 de mayo de 1856, que es difícil de clasificar, en virtud de que su fundamento es la insurrección triunfante, que fue expedido por una persona, que no contiene aspectos esenciales en cualquier Constitución como la organización y facultades del poder legislativo, porque estaba sesionando el Congreso Constituyente y este funcionaba también como órgano legislativo; las facultades del Presidente eran muy amplias, incluso de carácter discrecional, entre las cuales se encontraba el nombramiento de los gobernadores de los Estados; no contuvo una declaración explícita de la forma republicana, aunque en el título y en varios artículos se mencionó a la República, y parecía que se inclinaba por el centralismo. Dicho Estatuto más que una Constitución debe considerarse como un instrumento de gobierno.

16. En el Congreso Constituyente de 1856-1857 el proyecto de art. 46, en su parte medular, expresó: “Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una república representativa, democrática, federativa...”. Esta fórmula no suscitó debate alguno. Dichos principios fueron aceptados y votados por unanimidad.

Las intervenciones sobre dicho proyecto versaron sobre la oportunidad de su discusión y sobre aspectos menores, (18) y se suprimió la última parte por innecesaria, lo cual es irrelevante para este tema. En la Constitución de 1857 este precepto fue el número 40.

17. La Constitución de 1857 enfrentó militarmente a las dos grandes fuerzas políticas de entonces: los partidos liberal y conservador. Este último fue vencido rotundamente. Sin embargo, lo que quedó de él, con el apoyo de la Iglesia católica y las tropas francesas de Napoleón III, instauró un imperio en la persona de Maximiliano de Habsburgo, quien aceptó la “corona” el 10 de abril de 1864 y quien, un año después, expidió el Estatuto Provisional del Imperio Mexicano, que declaró en el art. 1o. que la forma de gobierno era la monarquía moderada, pero en el art. 4o. precisó que el emperador representaba la soberanía nacional y la ejercía en todos sus ramos. Cuando menos en teoría fue una monarquía absoluta.

Las armas de la República vencieron al imperio. Maximiliano fue fusilado. La República había triunfado. El 15 de julio de 1867 el presidente Juárez entró victorioso a la capital. Nunca más se ha discutido la posibilidad de que nuestro país pueda organizarse como monarquía. La idea de república es el resultado de diversas concepciones sobre el país; venció la que representa nuestras libertades y una visión democrática de la existencia. Esta no fue sólo una batalla de las ideas y las teorías, sino también de las armas, y cuya victoria costó torrentes de sangre al país en el lapso que corre de la consumación de la independencia a 1867.

Durante la invasión francesa y el reinado de Maximiliano, la Constitución de 1857 y la República no dejaron de estar jurídicamente vigentes ni por un momento. Ciertamente es que las tropas extranjeras dominaron amplios espacios territoriales,

y contra ellas se luchó. El presidente Juárez siempre representó al gobierno republicano y la defensa de la Constitución de 1857.

18. El Congreso Constituyente de 1916-1917 aceptó la fórmula del art. 40 de la Constitución de 1857. La Comisión de Constitución recalcó que el proyecto de art. 40 era exactamente igual al del mismo número de la Constitución de 1857; la única diferencia era que en lugar de decir “federativa” dijo “federal”, lo que no modifica en nada su significado. El proyecto sólo mereció una pregunta, la cual se aclaró y no se suscitó discusión alguna (19), y fue aprobado por unanimidad. Incluso, por coincidencias del destino, hasta el mismo número de artículo conservó, y es de los preceptos que no ha sido reformado ni adicionado; ha permanecido intocado durante la vigencia de la Constitución actual. El artículo proviene de 1857 con su mismo significado y alcances jurídicos. Es un numeral con 154 años de vigencia. Es, indiscutiblemente, parte del ser de la nación.

19. En el inciso 11 señalé siete diversas formas de gobierno en México de 1821 a 1855; completo la rueda:

- h. La república transitoria cuasi democrática del Estatuto Orgánico Provisional de 1856;
- i. La república democrática de la Constitución de 1857;
- j. La monarquía absoluta del Estatuto Provisional del Imperio Mexicano de 1865;
- k. La república democrática de la Constitución de 1917.
- l. La calificación de la forma de gobierno la he realizado desde la perspectiva del documento constitucional, no como aquella se desarrolló en la realidad. A veces, esas perspectivas coincidieron, en otras ocasiones no o, cuando menos, no durante algún periodo.

20. Si se examinan las cuatro características o elementos que configuran una república, de acuerdo con Madison, éstos se encuentran plenamente satisfechos en nuestra actual Constitución, así como en la de 1857, salvo el sistema de responsabilidades, que debe ser afinado y ampliado.

En México, la república es forma de gobierno y, reitero, forma de ser de la nación. Es principio fundamental de la Constitución construida a base de tropiezos y dificultades. Es principio indiscutible e indiscutido a partir de 1867 con el triunfo de la República sobre la invasión francesa y el partido conservador.

IV. La democracia

21. Examinó ahora cuál es el significado de democracia, sus alcances y sus perfiles en nuestra Constitución.

La democracia, tal y como se entiende en la actualidad, es un hecho del siglo XX, que ciertamente tiene antecedentes remotos.

Algo parecido a la democracia existió en algunos periodos de la Grecia clásica. A ella se refiere Aristóteles (20), como he asentado. No obstante, sólo se reconocían derechos políticos al hombre libre por nacimiento y autóctono. Las mujeres y los esclavos no eran considerados ciudadanos, en virtud de que no formaban parte del poder político, sino del doméstico. Empero, ese sistema constituye un antecedente de la democracia actual en cuanto el hombre libre era considerado en condición de igualdad, sin tomar en cuenta aspectos o diferencias socioeconómicas (21), tanto para votar como para ser electo.

Otros antecedentes de la democracia actual son: a) la thing de la primitiva sociedad germánica, en la cual el pueblo poseía facultades legislativas y jurisdiccionales; b) algunas experiencias comunales en la Edad Media; c) el gobierno estadounidense a finales del siglo XVIII, y d) el sistema parlamentario inglés en formación, también en el crepúsculo del siglo XVIII y después de la segunda mitad del siglo XIX, aunque en estos dos últimos sistemas prevaleció la desigualdad.

La democracia de nuestros días nació en Nueva Zelanda en 1893, al concederse el derecho de voto a las mujeres y a la minoría maorí. No obstante, no se reconoció a la mujer el derecho de ser electa, sino hasta 1902. Desde luego, ese fue sólo el principio que se desarrollaría con la inclusión de derechos sociales en la Constitución mexicana de 1917 y la alemana de 1919. La idea democrática continuaría fortaleciéndose en cuanto la protección de los derechos humanos fuera una realidad. Los fracasos de la democracia durante el siglo XX implicaron siempre graves violaciones a los derechos humanos, y viceversa.

En consecuencia, y a pesar del prestigio del que actualmente goza, el sistema democrático es asunto bastante reciente. Este, antes de la Segunda Guerra Mundial, era desconocido, incluso en muchos países importantes de Europa occidental, tales como Portugal, España, Alemania e Italia. En Suiza no se reconoció el derecho de voto, en el ámbito federal, a las mujeres sino hasta 1971.

22. Muchas personas de cultura media, aunque quizá no puedan definir a la democracia, tienen noción de su naturaleza. Es probable que si se les preguntara, su contestación se referiría al gobierno del pueblo o de todos, o en donde se vota para elegir a los gobernantes.

Daniel Webster, en 1830, se refirió a la democracia como “un gobierno del pueblo, hecho para el pueblo, por el pueblo y responsable ante el pueblo” (22). Tal vez Lincoln se haya inspirado en él, treinta y tres años después, para elaborar su definición de democracia como el gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo. La oración de Lincoln puede ser criticada técnicamente, tal y como lo ha sido (23), pero tiene el mérito de que dice mucho de lo que la democracia es; se le comprende fácilmente, y cuando se le confronta con los elementos que la integran hoy en día, a pesar de su cortedad y sencillez, la mayoría de ellos pueden quedar incluidos en esa definición, y eso que en un siglo el concepto ha gozado de efectos expansivos.

23. Para Kelsen, la democracia es la “identidad de dirigentes y dirigidos, del sujeto y objeto del poder del Estado, y gobierno del pueblo por el pueblo”. Entiende por pueblo, no una masa o conglomerado de hombres, sino el sistema de actos individuales regidos por la ordenación jurídica del Estado.

La democracia en la definición de Kelsen tiene, a mi modo de ver, dos partes estrechamente unidas, que son insolubles:

a) Una procedimental, por medio de la cual los dirigidos eligen a los dirigentes para lograr la identidad entre ellos. Los dirigidos crean las normas que los rigen a través de los dirigentes que ellos mismos han electo. Así, la democracia es el método para alcanzar dicha identidad. En esta cuestión resulta esencial, cuando menos hasta ahora, el papel de los partidos políticos, porque el individuo aislado nada logra.

En la democracia prevalece la voluntad colectiva, que se determina por la mayoría de los dirigentes que han sido electos también por una mayoría de ciudadanos o dirigidos, pero preservando los derechos de la minoría que, a su vez, tiene posibilidad de obtener la mayoría en elecciones subsecuentes (24), y

b) Una segunda, de contenido: “el gobierno del pueblo por el pueblo”. Aquí contemplo los derechos del pueblo, sino, no sería su gobierno, sino el de un autócrata o el de una oligarquía. El pueblo vota y elige a los dirigentes para que gobiernen y legislen por él, creándose una unidad. En consecuencia, los dirigentes han de velar por las libertades, los intereses y el bienestar de sus dirigidos, y si estos no están de acuerdo, los podrán cambiar en las siguientes elecciones.

Schumpeter, Bobbio y Bovero se refieren también a este aspecto primero de la definición de Kelsen, el instrumental, o sea, el de las elecciones.

Así, Schumpeter asevera que la democracia es el método por medio del cual los que deciden han adquirido ese poder, porque han triunfado en unas elecciones. Textualmente señala que “El método democrático es la ordenación institucional establecida para llegar a la adopción de decisiones políticas por la cual algunos

individuos adquieren el poder de decidir a través de una lucha competitiva por el voto del pueblo” (25).

Bobbio y Bovero acentúan el segundo aspecto, el de contenido. El método no puede dejar de conjugarse con los derechos “inviolables” del individuo o, de acuerdo con la síntesis extrema de Bovero, con las cuatro grandes “libertades de los modernos”: la personal, la de opinión, la de reunión y la de asociación; además del énfasis que acertadamente pone en los derechos sociales (26).

24. Giovanni Sartori ofrece una definición en la que, como él mismo señala, sus enunciados son negativamente las características de la democracia y, por tanto, es una definición incompleta. La democracia es lo contrario de la autocracia. El profesor de las universidades de Florencia y Columbia dice que “la democracia es un sistema en el cual nadie puede seleccionarse a sí mismo, nadie puede investirse a sí mismo con el poder de gobernar y, por lo tanto, nadie puede arrogarse un poder incondicional e ilimitado”.

La democracia conlleva la limitación y el control del poder, así como su reducción en cuanto sea necesario para su moderación. Lo que la democracia no es, afecta adecuada y concluyentemente sobre lo que es (27).

El problema de la definición de Sartori, de lo cual es consciente, estriba en que presupone que se conoce lo que la autocracia significa. Ciertamente que una persona de cultura media tiene noción del concepto, como comprende el de democracia, pero el objeto de una definición es precisar, circunscribir, y entonces será preferible la enunciación de los elementos constitutivos, no de los negativos, aunque reconozco que la confrontación de las dos nociones puede ser útil; yo mismo la suelo utilizar.

El propio autor está alerta ante el mencionado problema. En consecuencia, en páginas anteriores había construido una definición positiva. Dice que “la democracia a gran escala es un procedimiento y mecanismo que: a) genera una poliarquía abierta cuya conurrencia en el mercado electoral b) atribuye el poder al pueblo y c) específicamente hace valer la responsabilidad de los líderes para con los liderados” (28).

V. Mi concepción de democracia

25. Expongo mi concepto y concepción de democracia, la que se nutre, por un lado, en la doctrina y, por el otro, en la observación de los fenómenos políticos que he podido contemplar de cerca y a distancia.

La democracia es fenómeno dinámico y expansivo. Las sociedades actuales se desarrollan a velocidad nunca antes vista; los avances científicos y tecnológi-

cos benefician grandemente y presentan nuevos peligros a las libertades. Problemas que realmente no lo eran unas cuantas décadas o años atrás, ahora hay que enfrentarlos y resolverlos, cuidando el respeto a los derechos de las personas. Los sistemas democráticos, para hacer frente a nuevas realidades, tienen que legislar y precisar cuestiones novedosas, o que no presentaban mayores dificultades con anterioridad, pero que se convirtieron en peligros potenciales para la propia democracia y las libertades de las personas.

Los derechos humanos poseen fuerza expansiva. La democracia goza de esa misma característica, y es natural, porque no puede existir democracia donde no se respeten los derechos humanos, y éstos realmente sólo se encuentran salvaguardados y protegidos en un sistema democrático.

Se puede definir a la democracia como el método y la técnica que permite a los ciudadanos elegir a los dirigentes, quienes se encuentran controlados y responsabilizados en los marcos que señala el orden jurídico del país, con la finalidad de garantizar el goce de los derechos humanos.

Ahora bien, prefiero una segunda definición, porque es más precisa y hace énfasis en el contenido o aspecto material de la democracia. Esta es: democracia es el sistema en el cual los gobernantes son electos periódicamente por los electores; el poder se encuentra distribuido entre varios órganos con competencias propias y con equilibrios y controles entre ellos, así como responsabilidades señaladas en la Constitución con el objeto de asegurar los derechos humanos que la propia Constitución reconoce directa o indirectamente.

En la anterior definición se encuentran los elementos básicos, o núcleo duro, que constituyen una democracia. No obstante, existen otros, y los primeros están estrechamente relacionados con los segundos. En una explicación de los alcances del sistema democrático debe hacerse referencia además de aquellos; a lo que me refiero enseguida:

a) Constitución, orden jurídico y Estado de derecho se dan en una democracia, o no son realmente tales.

El pueblo, en ejercicio del principio democrático de soberanía, se otorga una Constitución directamente o por medio de sus representantes. La puede cambiar a través de los procedimientos que ella misma señala, o extrajudicialmente, mediante una revolución, pero mientras se encuentre en vigor, la democracia está encauzada por la norma constitucional y sus leyes orgánicas y reglamentarias: los preceptos sobre elecciones; la organización y competencias de los órganos del poder; los controles y las responsabilidades; los derechos civiles, políticos y sociales; los procedimientos para resolver toda clase de conflictos, la defensa de la propia Constitución y de la democracia; los procedimientos para legislar. Es

un andamiaje para racionalizar el poder, y evitar la arbitrariedad y la discrecionalidad, y si estas se dan, existen los instrumentos que la propia Ley Fundamental otorga para combatirlas.

En otras palabras, la Constitución contiene las reglas del juego que los dirigidos, el pueblo o la sociedad política han decidido. La democracia constituye una serie de reglas del juego que se encuentran principalmente en la Constitución y en la ley. En consecuencia, la democracia se actualiza permanente y constantemente a través del respeto a esas reglas del juego; es decir, a la Constitución y al Estado de derecho que esta construye.

La democracia presupone una Constitución, un orden jurídico y un Estado de Derecho que garanticen las libertades y los derechos fundamentales de las personas.

b) El sufragio universal significa que no puede haber exclusiones en el derecho de voto por distintas razones, como el sexo, la raza, la religión, la educación o la renta, entre otras. Las exclusiones se refieren fundamentalmente a menores de edad e incapacitados mentales. En la actualidad, en este aspecto, se discuten diversas cuestiones relacionadas con el voto de los nacionales en el extranjero, que presenta desafíos interesantes y peligrosos en algunos casos (29), y el voto de los residentes extranjeros, que satisfacen los requisitos, en votaciones locales. En algunos países se comienza a reconocer este último derecho y es uno de los aspectos expansivos para el futuro, debido a que debe tener derecho de voto quien cubre los requisitos y cumple obligaciones, pero especialmente a quienes las decisiones de los dirigidos les van a afectar directamente como a los demás dirigidos.

c) El voto debe ser libre y secreto, sin coacción alguna. Las elecciones deben ser imparciales, objetivas y equitativas. En este aspecto se incluyen temas como la financiación de las elecciones, gastos máximos, topes de las contribuciones privadas, equidad en los tiempos disponibles en los medios electrónicos de comunicación, prohibición de prácticas desleales de autoridades, partidos políticos y candidatos.

La única forma de llegar a ser dirigente es por medio del método democrático, y este estriba exclusivamente en las elecciones, en las cuales se manifiesta el electorado; incluso un millón o más de manifestantes no son el pueblo, sino una minoría. Recuérdese la marcha de Mussolini sobre Roma en 1922. Los consensos y los disensos generales deben manifestarse en las elecciones y en los congresos; cualquier otro método no es democrático porque vulnera el Estado de Derecho (30). Las manifestaciones no pueden suplir, menos abolir, las elecciones.

d) Las elecciones deben realizarse periódicamente, en los plazos que señala la Constitución o la ley. Nadie debe perpetuarse en el poder; la alternancia se encuentra en la esencia de la propia democracia. El dirigente es un ciudadano que es

electo por un periodo determinado. Ciertamente, es factible que puede ser reelecto o no de acuerdo con las normas constitucionales, pero es un ser igual que sus electores, tiene un mandato temporal que debe cumplir y del cual es responsable.

Este aspecto es tan importante, que fue el origen del sistema presidencial: se perseguía un gobernante que fuera electo periódicamente, un titular del órgano ejecutivo con facultades limitadas, pero suficientes, electo por un período fijo.

La cuestión de la alternancia en el poder es otra de aquellas en las cuales la democracia aún mostrará sus efectos expansivos. La Constitución debe determinar cuántos periodos como máximo se podrá ser dirigente, incluso en los sistemas parlamentarios, pero no la perpetuidad en el poder; hay que tomar en cuenta que la situación es diferente en los cargos ejecutivos que en los legislativos. En estos últimos no soy partidario de más de cuatro o dos períodos consecutivos, dependiendo de la duración de aquéllos.

e) La democracia actual es de partidos políticos, que son organizaciones de interés público para principalmente agrupar individuos y colaborar en el proceso de las elecciones, seleccionar candidatos, precisar un programa electoral y organizar o auxiliar a sus candidatos en la campaña electoral, así como asumir labores de educación cívica.

Los partidos políticos son, cuando menos hasta ahora, parte esencial del sistema representativo, ya sea que integren gobierno, o se encuentren en la oposición.

La democracia no es concebible con la existencia de un solo partido político o de varios, pero en donde únicamente uno tiene posibilidades de obtener el triunfo electoral.

La democracia necesita un sistema de partidos plural, fuerte, consolidado y competitivo, que ofrezca distintas opciones a los electores, porque de no ser así, más que elecciones se estarán realizando simulacros o farsas.

f) La minoría o minorías políticas tienen que ser protegidas, son la garantía mínima para la existencia de elecciones periódicas, que los ciudadanos tengan la posibilidad de decidir si se convierten en mayoría gobernante, y que los dirigentes realicen el esfuerzo de cumplir con sus promesas electorales, si no ellos o sus partidos pueden ser castigados por los electores en la siguiente elección. Las minorías políticas se transforman en el verdadero control del poder cuando el gobierno cuenta con mayoría en el órgano legislativo.

Una democracia no puede existir sin minoría o minorías políticas; equivaldría a la misma contradicción que implica la supuesta democracia unipartidista.

g) ¿Para qué elegimos representantes o gobernantes? Para que integren transitoriamente los órganos del Estado que crea la Constitución y ejerzan las facul-

tades que esta les otorga; la más importante, la esencial es la defensa y protección de los derechos humanos que la propia Constitución garantiza, y los reconocidos por el Estado en los tratados, convenios y pactos internacionales.

La democracia implica respeto a la dignidad humana. La autocracia, por el contrario, su desprecio.

La batalla por los derechos humanos y la dignidad humana es una de las epopeyas de la humanidad; ir asegurando libertades y derechos ha sido la base de luchas cruentas.

h) Entre los derechos humanos hay dos que se encuentran en el nacimiento y la base del sistema democrático: la igualdad y la libertad.

Se ha especulado cuál de los dos derechos es más importante y cuál fue primero en la concepción democrática; con esa finalidad se suele citar a clásicos griegos. Considero que los dos son igualmente importantes, y son gemelos y convergentes, porque bien entendida la democracia, uno no puede subsistir sin el otro.

La igualdad tiene dos dimensiones: todos los individuos deben participar en la formación de la ley, y todos debemos ser iguales ante la ley, lo que implica que esta debe tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales. La propia libertad no puede subsistir sin igualdad, porque, en caso contrario, se corre el peligro de que se pierdan los mínimos de consenso indispensables para la democracia.

Las personas somos, en forma simultánea, física e intelectualmente, iguales y desiguales. La democracia persigue reducir lo más posible las desigualdades en poder y riqueza.

En la democracia el hombre no busca la libertad únicamente para él mismo, sino también para todos y cada uno de los miembros de la comunidad. Así, la idea de igualdad circunscribe a la propia libertad (31).

Todos los individuos adultos detentan y participan de derechos políticos al elegir a los dirigentes. En este sentido, poseen libertad democrática, porque no están subordinados a una voluntad externa, sino que participan, igual que los otros, en la formación de la voluntad colectiva.

Por lo anterior, se ha considerado que la democracia “es la forma de gobierno en que el apoyo voluntario, fundado en la autonomía individual, es mayor. La libertad y el derecho van juntos como dos aspectos de la misma cosa” (32). Es decir, democracia es libertad y derecho simultáneamente; o en otras palabras, la autonomía individual contribuye a fortalecer la democracia de acuerdo con las normas del orden jurídico. Sin derecho no existe la posibilidad de libertad ni de democracia.

i) La democracia protege el pluralismo social. La defensa de los derechos humanos y el principio de la dignidad humana se proyectan sobre los derechos de las minorías étnicas, religiosas y sexuales y, en general, contra cualquier discriminación, ya sea por razones de género, condiciones de salud, ideológicas o de capacidades diferentes.

j) Cada día existe mayor consenso en que la democracia implica necesariamente calidad de vida. Es lo que se denomina democracia social, justicia social o Estado de bienestar.

La democracia social impulsa una forma de desarrollo humano; este, de acuerdo con los informes del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), es “el aumento de las opciones para que las personas puedan mejorar su vida”. Amartya Sen afirma que el desarrollo humano es el proceso de expansión de las libertades reales de las cuales goza un pueblo.

El PNUD sostiene que únicamente en democracia quienes están privados de niveles mínimos de bienestar y soportan las injusticias de la desigualdad pueden reclamar, movilizarse y defender sus derechos (33).

El PNUD ha elaborado un índice de desarrollo humano a partir de las conquistas en capacidades humanas básicas en tres dimensiones fundamentales: existencia sana y longeva, conocimientos y un nivel de vida decente. Este índice se basa en los ingresos económicos, la esperanza de vida y el nivel educativo.

No puede existir real y consolidada democracia donde gran parte de la población sufre miseria y no cuenta con niveles mínimos de bienestar.

k) Otra serie de características de la democracia se refieren a aspectos o cuestiones de naturaleza política, diversos de los del voto. En la democracia el poder tiene que estar distribuido entre varios órganos. Al contrario, en la autocracia, el poder tiende a su concentración.

Es, a final de cuentas, la idea inglesa de los pesos y contrapesos entre los órganos del poder, o la de Montesquieu, de que el poder limite al poder para que resplandezca la libertad y, además, es indispensable para la propia legitimidad del poder. Este es el fundamento de la independencia del poder judicial y, en parte, de su función revisora de la constitucionalidad y legalidad de leyes y actos.

De lo anterior surge uno de los grandes temas del constitucionalismo: el control del poder, para que no se extralimite en sus competencias constitucionales. Controlar al poder es un acto de poder. Diego Valadés lo explica con gran claridad: no es posible controlar al poder desde fuera de él, ni sin poder o en contra suya. Controlar al poder es una manifestación de poder; sus instrumentos son parte del poder, y necesariamente tienen que ser de naturaleza bidireccional; sino, el control del poder constituiría a uno de los órganos en poder sin control, y así tendería a

convertirse -lo que hay que eludir- en poder único, sin contrapeso y, en consecuencia, arbitrario.

El control del poder únicamente existe en un sistema democrático constitucional, o sea, dentro de un régimen representativo (34).

En una democracia, los electores pueden controlar a los gobernantes a través de elecciones periódicas. Es probable que un representante en su actuación tenga presente el sentir de su electorado, porque piensa en su posible reelección. Además, el referendo y la iniciativa popular, bien regulados y utilizados con prudencia, son otros instrumentos de control de los dirigentes, sin olvidarnos de la opinión pública.

I) El control del poder está estrechamente relacionado con la idea de que todo funcionario público es responsable de sus actos, ya que siempre debe actuar dentro del marco constitucional y legal.

En un sistema democrático, la responsabilidad debe abarcar no sólo a los funcionarios públicos. Toda persona poderosa, ya se trate de empresarios, dirigentes sindicales, religiosos o comunicadores, deben estar obligados a rendir cuenta de sus actos. La irresponsabilidad rompe con la idea misma de la igualdad de todos ante la ley. La impunidad destruye la confianza social en el propio sistema.

El gobierno debe informar periódicamente a los ciudadanos las acciones emprendidas y los resultados obtenidos para que en base a parámetros objetivos se pueda valorar la gestión gubernamental, como actividad de control social sobre el gobierno.

II) La democracia es sinónimo de laicismo, debido a que es contraria al fanatismo, al dogmatismo, a la superstición, al pensamiento único y a los valores absolutos que son inaccesibles a la razón humana.

Por el contrario, democracia es sinónimo de tolerancia, del derecho a pensar distinto, del examen de todas las doctrinas, de que estas son iguales y deben tener la posibilidad de persuadir el intelecto y la voluntad humanos. La democracia es pluralismo y derecho a disentir.

En cambio, la autocracia puede ser cristiana, islámica, hinduista o budista. La democracia es laica o no es democracia (35).

Sartori, en un importante discurso, aseveró que la sociedad laica separa la religión de la política, lo cual ocurrió en el mundo cristiano alrededor del año 1600 en adelante, lo que no ha acontecido con el islam, que constituye un sistema teocrático. Entonces, el problema es ¿voluntad del pueblo o voluntad de dios? Mientras prevalezca esta última, la democracia no penetra en ningún ámbito, ni en el exterior, ni en el interior de las personas (36).

m) La democracia es diálogo, discusión y negociación política. El disenso político implica que se está en contra de los gobernantes, no en contra de la forma de gobierno, lo cual es la base misma de la oposición.

La democracia se fundamenta en el derecho, no en el temor.

En la democracia, el continuo debate político se convierte en condición para la supervivencia de las instituciones libres (37).

n) En la democracia existe publicidad de los actos de los gobernantes, en contraste con la secrecía de la autocracia.

La democracia implica transparencia en la toma de decisiones públicas y apertura de la información al escrutinio social. La información es imprescindible para que la opinión pública tenga conocimiento de los hechos y de los actos, y pueda influir positivamente en los procesos políticos.

ñ) No hay democracia sin medios de comunicación libres, plurales, responsables y comprometidos con la verdad. Con su actividad contribuyen a generar un debate público abierto e informado, posibilitando la consolidación de una opinión pública que participe de manera efectiva en la orientación de las decisiones colectivas vinculantes.

o) La democracia se defiende con la fuerza del derecho y con sus propias fortalezas: diálogo, negociación y concertación.

La fuerza armada es el recurso último de defensa de la democracia, cuando han fracasado todos los otros medios y no queda otra posibilidad que su uso para salvaguardar a la propia democracia, a la Constitución y al orden jurídico libremente auto otorgado por la mayoría de los ciudadanos. El uso de la fuerza armada debe ser únicamente la necesaria para la resolución del problema, o sea, proporcional a la solución, y de acuerdo con los mandatos del orden jurídico. Actos ilícitos o extralegales para defender a la democracia no son admisibles. La fuerza de la democracia es la Constitución y el orden jurídico. El delito no se combate con otra infracción jurídica, sino con la ley.

p) La democracia implica la existencia de una moral pública, basada en valores laicos, como son el respeto a la dignidad del otro, la verdad, la honestidad, el ánimo de servicio público.

La democracia se deteriora grandemente cuando el gobernante miente a los gobernados; confunde los recursos económicos públicos con los privados; existe tráfico de influencias de gobernantes y sus familiares; la corrupción y la consiguiente impunidad se convierten en regla; se utiliza el cargo para satisfacción personal, no para servir a la comunidad, o para construir alianzas con los poderes fácticos en beneficio propio, durante o después del ejercicio del cargo; se dejan

crecer los problemas para no exponerse políticamente, no se cuidan las instituciones sino a sí mismo; las actitudes cínicas se vuelven cotidianas; se trastocan los valores republicanos por los del dinero y el poder sin sustento jurídico.

Si examinamos mi definición de democracia con cuidado, se puede constatar que todos los indicadores principales que he señalado y que circunscriben a la democracia de nuestros días se encuentran contenidos explícita o implícitamente en la misma definición.

Así, la democracia se edifica y preserva con reglas, y estas sólo pueden encontrarse en el orden jurídico, libremente construido por los representantes de los ciudadanos o por estos mismos dentro de los cauces que señala la Constitución.

Sin sufragio universal, voto libre y secreto y partidos políticos no existen realmente elecciones, sino un simulacro o engaño de estas.

Si no hay adecuada protección y defensa de los derechos humanos, la democracia no tendría contenido, no sería ni formal, porque ella no es simple estructura, sino algo vivo y dinámico que se actualiza constantemente a través de la Constitución, el orden jurídico y la vida cotidiana. En este aspecto, asegurar un nivel de calidad de vida es esencial. Las libertades difícilmente subsisten en donde grandes sectores de la población no cuentan con mínimos de existencia digna.

La democracia es tolerancia, discusión, espacio abierto a todas las ideas, o no lo es. En consecuencia, el laicismo le es elemento esencial.

Sostengo que las mencionadas características se encuentran incluidas en mi definición, en virtud de que aquellas se imbrican para construir el edificio de la democracia en un determinado país. Si falta una de ellas, el edificio estará mal cimentado, y corre el peligro de desmoronarse.

Cuestión diferente es que cada característica adopta diversas modalidades, de acuerdo con tiempo, lugar y singularidades de la nación.

26. El ejercicio que he realizado de resaltar los indicadores del sistema democrático ha sido efectuado con anterioridad, aunque con diversas perspectivas y enfoques, por varios autores, entre ellos Alf Ross (38) y Robert A. Dahl (39). Mi ejercicio, si algún mérito puede tener, es que trato de ser omnicompreensivo, más amplio y adecuado, a nuestros días. Estoy convencido de que la fuerza expansiva de la democracia proseguirá, y entonces también mi ejercicio comenzará a ser incompleto.

El PNUD concibe a la democracia como una gran experiencia humana, ligada a la búsqueda histórica de libertad, justicia y progreso material y espiritual. Por ende, es una experiencia permanentemente inconclusa. La democracia es más que un régimen de gobierno. “Es más que un método para elegir y ser elegido. Su sujeto, más que el votante, es el ciudadano” (40). Así es. No más. No menos.

En la realidad existen diversos tipos de democracia, que deben respetar los elementos que la caracterizan y singularizan. Cada Estado la expresa en normas de acuerdo con su evolución política, su ser y sus necesidades, con la finalidad de que el sistema democrático opere de la mejor manera en ese contexto de tiempo y espacio, en beneficio de la sociedad y de la libertad, igualdad y derechos de la persona. El propio Aristóteles se percató de que existen diversos tipos de democracia (41).

VI. La República democrática en la Constitución de 1917

27. En el inciso 10 de este trabajo, me referí al movimiento de las provincias mexicanas al exigirle al Congreso Constituyente reinstalado la convocatoria a uno nuevo, y a las manifestaciones de aquéllas a favor de una república federal. En esas manifestaciones se encuentra la concepción de democracia; en varias así se manifestó expresamente al referirse al gobierno popular, como en las ya mencionadas Bases para el gobierno del Estado del Congreso de Oaxaca del 28 de julio de 1823, y en las instrucciones a sus diputados para el segundo Congreso Constituyente de la Junta Electoral de Valladolid del 7 de septiembre de ese mismo año. Por gobierno popular entendieron el gobierno del pueblo, el gobierno no monárquico, en repudio a cualquiera que se asemejara al virreinal o al de Iturbide; es decir, se pronunciaron por el gobierno democrático.

Popular también fue el vocablo que se utilizó en los dos documentos constitucionales de 1824. Popular constituía una noción de prestigio, a grado tal que como máscara también se empleó en las dos cartas fundamentales de 1835-1836 y 1843, que estructuraron repúblicas aristocráticas, y que de populares nada o poco contuvieron.

El Plan de Ayutla y su reforma, ambos de 1854, se refieren implícitamente a la forma democrática; aunque tal concepto no se incluyó en esos documentos, sí una preocupación profunda por el respeto a las garantías individuales; igual situación se encuentra en el Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana, expedido por Ignacio Comonfort.

El tránsito del vocablo “popular” a democracia o democrática aconteció en el proyecto de Constitución de 1857 que presentó la comisión respectiva. Si se examina con cuidado dicho dictamen y proyecto, es fácil percatarse de que la concepción de los dos vocablos es la misma; que en el dictamen comenzó a hablarse de gobierno popular y se transitó a la expresión de democracia, que esta última ya había adquirido carta de naturalización en las teorías y documentos de otros países; al inicio del dictamen se utilizó popular, debido a que fue la palabra empleada en la Constitución de 1824 -“¿Qué hemos tenido en la carrera

pública que no deba su origen al principio fecundo de la Constitución de 24?"; se expresaron varios de los elementos constitutivos de la democracia, y al final esta fue la palabra que se plasmó en el correspondiente proyecto de artículo. Las razones y argumentos del dictamen deben haber convencido plenamente a los constituyentes porque, como sabemos, el proyecto de artículo respectivo no suscitó discusión alguna.

Recuerdo unos párrafos de dicho dictamen. El lector podrá constatar si la interpretación asentada en el párrafo anterior es la correcta:

El plan de Ayutla y la convocatoria que fue su consecuencia, han prevenido que la nación debe constituirse bajo la forma de república representativa, popular, democrática.

La democracia ...es el mando, el poder, el gobierno, la autoridad, la ley, la judicatura del pueblo. El gobierno popular y democrático se funda en la igualdad de los hombres, se manifiesta por su libertad, se consume y perfecciona por la fraternidad; por el precepto nuevo, por la fórmula social del cristianismo, los hombres son iguales, porque todos son libres, porque todos son hermanos. El gran principio de la igualdad es innegable, porque el derecho divino, las castas privilegiadas, las clases nacidas exclusivamente para mandar y gobernar, son teorías que ya no tienen crédito y que la civilización, después de una lucha de siglos, ha declarado absurdas. El gobierno se instituye para el bien de la sociedad y para su mejora y perfección, tanto en la parte moral como en la parte física.

...

La mayoría (del pueblo) en realidad ha sido un hecho en todos los tiempos; unas veces pasiva y consintiendo, otras activa y hablando, sin ella no habría existido ningún gobierno. No es la mayoría despótica, porque no es precisamente el número el que predomina; es la razón, el derecho, el sentimiento público, en que se apoya y representa ese número. (La minoría puede convertirse en mayoría).

...

En tales principios, que son un compendioso resumen de las teorías democráticas, se fundan los artículos del proyecto que declaran, que la soberanía nacional reside en el pueblo... Obsequiando también la voluntad nacional, bien expresada en todas las representaciones y documentos populares de la época, se declara ser voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática y federativa...

28. Como ya asenté, tal fórmula fue aceptada sin discusión y por unanimidad, tanto en el Congreso Constituyente de 1856-1857 como en el de 1916-1917.

Asimismo, del desarrollo de este trabajo queda claro que, en principio, república y democracia no son sinónimos; ya expuse ejemplos de repúblicas aristocráticas y de monarquías democráticas o constitucionales.

No obstante, en México, al examinar su evolución política, los documentos constitucionales citados, la Constitución de 1857, el triunfo de la República en 1867 y la actual Constitución, república y democracia tampoco pueden considerarse sinónimos; son algo más, constituyen una única noción; son dos aspectos de una misma forma y de un mismo ser.

República democrática es la forma de gobierno que ha decidido el pueblo mexicano, es su voluntad, como expresa el art. 40 c., pero es, asimismo, el ser de la propia nación y de su orden jurídico, de su constitución física y jurídica, de su ser y su deber ser, o en otras palabras, república democrática constituye una cláusula de identidad, un elemento del núcleo esencial o un componente inexorable del ADN de nuestra forma de gobierno.

Lo anterior se comprueba debido a que si este principio fundamental se modificara, la Constitución de 1917 se destruiría por completo; no constituiría ni un cascarón, porque, a su vez, se abrogarían múltiples o casi todos los preceptos de la propia Constitución, en virtud de que esos artículos desarrollan y precisan las características y elementos a los que me he referido, y que circunscriben a la república y a la democracia, y que en múltiples preceptos de la Constitución las presupone y las imbrica, para construir el principio fundamental de la República democrática.

Reitero: esa abrogación afectaría profundamente al ser nacional, lo debilitaría, lo modificaría, lo alteraría. ¿Puede concebirse al México de nuestros días con una forma de gobierno monárquica o aristocrática, sin la garantía de los derechos humanos? ¿Puede concebirse a México como un país en el cual el gobierno derive su poder de un dios o varios, o como una teocracia? ¿Puede concebirse a México sin la renovación periódica de los gobernantes electos libremente?

Por esta virtud, República democrática es un único principio fundamental, no dos, y cuya esencia se alimenta de otro: la soberanía popular, que es la base, el fundamento y el fin de la organización política. En el dictamen aludido de la Constitución de 1857 se sostiene que la soberanía del pueblo es la base fundamental de los principios republicanos, que es el punto de partida para todas sus aplicaciones, que es la regla segura para la solución de todos los problemas. Las ideas se reafirmaron y confirmaron en 1867 con el triunfo de la república sobre el imperio sostenido por un ejército invasor.

29. La palabra popular subsiste como sinónimo de democracia en la Constitución de 1917, en el encabezado del art. 115, al ordenar que “Los Estados adoptarán, para su régimen interior, la forma de gobierno republicano, representativo, popular...”.

30. La original Constitución de 1917 delimitó nuestra forma de gobierno en el multicitado art. 40: es una República democrática, fórmula, reitero, idéntica e ininterrumpida desde 1857, y que la encontramos en nuestro país desde 1823, afirmada y reconfirmada en los dos documentos constitucionales de 1824.

Tal fórmula se vivifica y actualiza en todos los artículos constitucionales que norman las características y elementos de la República democrática.

No obstante, en 1946, al reformarse el art. 3o. c. sobre la educación, se incluyó una concepción de la democracia. Con precisión se resaltó que la democracia no es solamente una estructura jurídica y un régimen político, sino que es un sistema de vida fundado en el constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo.

Es una estupenda visión de la democracia y confirma mi afirmación. En México, la República democrática, desde la ley fundamental de 1857, es una forma de gobierno y es parte del propio ser nacional. Es nuestro sistema de vida en el cual se imbrican los derechos humanos y la concepción de justicia social que se proyecta en toda la Constitución actual. Democracia y desarrollo económico, social y cultural del pueblo van unidos para que realmente sea un gobierno del pueblo para el pueblo.

En el propio art. 3o. c., tres párrafos posteriores a dicha concepción, se especifica que los programas y planes de estudio se regirán por los criterios asentados en el propio numeral. La educación en México, en consecuencia, se debe orientar con esa concepción democrática. La educación, base de la existencia digna y de todas las oportunidades para la persona, debe inculcar la visión de la democracia como nuestro sistema de vida. A través de la educación, la República democrática se fortalece para impregnar la mente y la voluntad de los educandos mexicanos.

En 1977 se modificó el art. 41 c. como parte de una reforma política. Uno de sus aspectos fue “constitucionalizar” a los partidos políticos y declararlos entidades de interés público, con las correspondientes consecuencias. En el párrafo cuarto, entre los fines de esos partidos se encuentra la promoción de la participación del pueblo en la vida democrática. Se insiste que en México la democracia es un sistema de vida que todos debemos promover, con mayor razón las entidades de interés público, y más aquellas que son indispensables para realizar el aspecto formal de la democracia: las elecciones.

En 1983 se reformaron los arts. 25 y 26 c. En el 25 se precisó que la rectoría del desarrollo nacional corresponde al Estado para garantizar el fortalecimiento

to de la soberanía nacional y el régimen democrático; asimismo, se precisó la manera como se lograrían dichas metas y las finalidades a conseguir: “el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales, cuya seguridad protege esta Constitución”.

El art. 26 c., en consonancia con el anterior, indicó que el Estado habrá de organizar un sistema de planeación democrática del desarrollo nacional, y enunció sus fines, entre ellos “la democratización política, social y cultural de la Nación”. Sólo en el primer párrafo del artículo se menciona dos veces la democracia: como planeación y como democratización de los diversos aspectos de la vida nacional.

En los párrafos segundo, tercero y quinto se insiste en la planeación democrática y se precisa qué se entiende por ella.

Todas las reformas anteriores han desarrollado el postulado de 1857 en su art. 40 y ratificado en 1917: la democracia es un sistema de vida. Si a la Constitución se le quisiera suprimir la concepción y normación de la democracia, sería como un cuerpo al cual se le extrajera toda su sangre. Se extinguiría. Por ello, la República democrática es en nuestra Constitución una forma de gobierno y, simultáneamente, intrínsecamente, reitero y lo vuelvo a reiterar, es parte del ser nacional. Es forma y es contenido, unidos como una de las bases y columnas de todo el orden jurídico.

La República democrática es principio fundamental de la Constitución mexicana de 1917.

Ciudad Universitaria, D. F., marzo de 2011

NOTAS

1. Aristóteles, La Política, Madrid, Espasa-Calpe, 1962, pp. 91-93, 202-204 y 221.
2. Polibio de Megalópolis, Historia Universal durante la República Romana, Barcelona, Iberia, 1968, vol. II, pp. 111-116.
3. Loewenstein, Karl, Teoría de la Constitución, Barcelona, Ariel, 1964, p. 43.
4. Maquiavelo, Nicolas, El Príncipe, comentado por Napoleón Bonaparte, Madrid, Espasa-Calpe, 1961, pp. 12 y 13; del mismo autor, Discursos sobre la primera década de Tito Livio, Madrid, Alianza Editorial, 1987, pp. 33-37.
5. Linares Quintana, Segundo V., Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado, Buenos Aires, Alfa, 1956, t. VI, pp. 17-70.
6. Loewenstein, Karl, op.cit., pp. 36-37 y 49-51.
7. Kelsen, Hans, Teoría General del Derecho y del Estado, 3a. ed., México, UNAM, Textos Universitarios, 1969, pp. 336 y 337.

8. Cicerón, La República, Buenos Aires, Aguilar, 1967, p. 57; en la edición bilingüe de la UNAM, México, 1984, p. 20; véase Valadés, Diego, “La República en México” en Formación y perspectivas del Estado en México, Héctor Fix-Zamudio y Diego Valadés, (coords.), México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas y El Colegio Nacional, 2010, pp. 442 y 443.
9. Hamilton, Madison y Jay, El Federalista, México, Fondo de Cultura Económica, 1957, pp. 158-160.
10. Kelsen, Hans, Teoría General del Estado, 15a. ed., México, Editora Nacional, 1979, p. 434.
11. Carpizo, Jorge, “150 años de las Leyes de Reforma” en Revista de la Universidad de México, México, UNAM, 2009, núm. 63, p. 10
12. Actas constitucionales mexicanas (1821-1824). Diario de las sesiones del Congreso Constituyente de la federación mexicana, introducción y notas de José Barragán y Barragán, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1980, t. VIII, pp. XXXVIII-L.
13. Ibidem, pp. XLI y LXVIII.
14. Tena Ramírez, Felipe, Leyes Fundamentales de México 1808-1999, 22a. ed., Porrúa, 1999, p. 153.
15. Reyes Heróles, Jesús, El liberalismo mexicano. La sociedad fluctuante, México, UNAM-Facultad de Derecho, 1958, t. II, pp. 332-338.
16. Ibidem, pp. 340-341 y 347.
17. Tena Ramírez, Felipe, Leyes Fundamentales..., op.cit., pp. 404 y 405.
18. Zarco, Francisco, Historia del Congreso Extraordinario Constituyente (1856-1857), México, El Colegio de México, 1956, pp. 833 y 834.
19. Diario de los Debates del Congreso Constituyente 1916-1917, México, Comisión Nacional para la Celebración del Sesquicentenario de la Proclamación de la Independencia y del Cincuentenario de la Revolución Mexicana, 1960, t. II, pp. 964 y 965.
20. Aristóteles, op.cit., pp. 76-78, 171, 174-176; del mismo autor, Constitución de Atenas, Buenos Aires, Aguilar, 1962, pp. 42-43 y 60-65; véase Sartori, Giovanni, Teoría de la democracia I. El debate contemporáneo, Madrid, Alianza Universidad, 1988, pp. 204 y 205.
21. Bovero, Michelangelo, Una gramática de la democracia contra el gobierno de los peores, Madrid, Trotta, 2002, pp. 26-28 y 31.
22. Lijphart, Arend, Modelos de democracia. Formas de gobierno y resultados en treinta y seis países, Barcelona, Ariel Ciencia Política, 2000, p. 13.
23. Sartori, Giovanni, op.cit., p. 59. En sentido contrario, Favoreu, Louis et al., Droit constitutionnel, París, Dalloz, 1999, p. 531, apoyan la oración de Lincoln, con lo cual yo coincido.

24. Kelsen, Hans, Esencia y valor de la democracia, México, Editora Nacional, 1980, pp. 30-31, 35 y 45.
25. Schumpeter, Joseph A., Capitalism, Socialism and Democracy, Nueva York, Harper Torchbooks. Harper and Row, Publishers, sin año, p. 269; véase Silva-Herzog Márquez, Jesús, La idiotez de lo perfecto. Miradas a la política, México, FCE, 2006, pp. 96-99.
26. Bobbio, Norberto, El futuro de la democracia, México, FCE, 1992, pp. 14-15, 29-31 y 136; Bovero, Michelangelo, op.cit., pp. 42 y 114.
27. Sartori, Giovanni, op.cit., pp. 98, 259 y 260.
28. Ibidem, p. 202.
29. Carpizo, Jorge y Valadés, Diego, El voto de los mexicanos en el extranjero, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, 140 pp.
30. Sartori, Giovanni, op.cit., p. 120.
31. Kelsen, Hans, última op.cit., pp. 27, 28, 126 y 138-140; Ross, Alf, ¿Por qué democracia?, op.cit., p. 137. Bovero, Michelangelo, op.cit., pp. 26-27; Silva-Herzog Márquez, Jesús, op.cit., pp. 102-104.
32. Ross, Alf, ¿Por qué democracia?, op.cit., p. 112. Véase Bovero, Michelangelo, op.cit., p. 90.
33. Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), La democracia en América Latina. Hacia una democracia de ciudadanos y ciudadanas, Buenos Aires, Aguilar-Altea-Taurus-Alfaguara, 2004, pp. 16, 38, 43.
34. Valadés, Diego, El control del Poder, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, pp. 17 y 43.
35. Bovero, Michelangelo, op.cit., pp. 47 y 48, Kelsen, Hans, última op.cit., pp. 156 y 157.
36. Sartori, Giovanni, Democracia: exportabilidad e inclusión, discurso publicado en el periódico El País, 22 de octubre de 2005, p. 30.
37. Vergottini, Giuseppe de, Derecho Constitucional Comparado, México, UNAM-Secretariado Europeo per le pubblicazioni Scientifiche, 2004, p. 279.
38. Alf Ross se refiere a la mentalidad democrática, la cual se manifiesta en las instituciones políticas del propio Estado democrático; contrasta los elementos democráticos con sus opuestos autocráticos, “así:
 1. Respeto al hombre, versus desprecio hacia el hombre; de donde se sigue:
 2. Reconocimiento de la autonomía del individuo, versus afirmación de la autoridad; de donde se sigue:
 3. El deseo de lograr consentimiento, versus el deseo de dominar.Ello recibe expresión también en las ideas de:

-
- a) discusión y libertad intelectual, versus imposición y compulsión intelectuales.
- b) un régimen jurídico (rule of law), en especial en lo tocante a la seguridad personal versus la arbitrariedad y la inseguridad personal; y
- c) la paz versus el uso de la fuerza”, ¿Por qué la democracia?, op.cit., pp. 140 y 141.
39. Robert A. Dahl asume que para que un gobierno sea responsivo y otorgue respuestas a las preferencias de sus ciudadanos, considerados éstos como iguales políticos, todos deben contar con oportunidades plenas, las que engloba en tres condiciones. A su vez, cada una de esas condiciones debe satisfacer garantías institucionales para poder constituir una democracia. La tercera de esas condiciones implica que las preferencias de los ciudadanos deben tener igual peso en la conducta gubernamental; es decir, no habrá de existir discriminación en razón de la materia o de la fuente de la preferencia. Esta tercera condición engloba las garantías institucionales o criterios requeridos en las otras dos condiciones para que un país pueda ser considerado una democracia o la aproximación que guarda respecto a dicho sistema. Dichas garantías o criterios son ocho: a) libertad de asociación, b) libertad de expresión, c) derecho de voto, d) derecho a ser electo, e) derecho de los dirigentes políticos a competir para obtener apoyos y votos, f) fuentes alternativas de información, g) elecciones libres y justas, y h) instituciones para que las políticas públicas dependan de los votos y otras expresiones de preferencia, en Polyarchy. Participation and Opposition, New Haven, Yale University Press, 1971, pp. 2-4.
40. Programa de las Naciones Unidas... (PNUD), op.cit., pp. 33 y 34.
41. Aristóteles, La Política..., op.cit., pp. 174-176.

EL PAPEL DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN LA CONSOLIDACIÓN DE LA DEMOCRACIA EN BOLIVIA

Por: José Antonio Rivera Santibáñez

Ex Magistrado del Tribunal Constitucional de Bolivia

1. Introducción

Un tema importante de vital importancia que requiere de un análisis y profunda reflexión al finalizar esta primera década del Siglo XXI es el referido al sistema judicial del Estado y la democracia; a objeto de evaluar el aporte de las instituciones judiciales al fortalecimiento y consolidación del Estado democrático de Derecho, y el régimen democrático, que en América Latina aun enfrenta serios riesgos de retrocesos.

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado de la República de Colombia, ha tenido la feliz iniciativa de organizar el Seminario Internacional “Instituciones Judiciales y Democracia”, como homenaje al Bicentenario de la Independencia de Colombia y al Centenario del Acto Legislativo 3, de 1910.

He sido invitado a participar en tan importante evento, para abordar el tema “El papel de la Jurisdicción Constitucional en la consolidación de la democracia en Bolivia”. Atendiendo esa amable invitación, a continuación se analiza el tema sobre la base de una caracterización de la Jurisdicción Constitucional en Bolivia, para luego realizar una evaluación del papel que ha desempeñado el Tribunal Constitucional en la consolidación del Estado democrático de Derecho en Bolivia, anotando las tensiones generadas con su labor; para cerrar el análisis con la Jurisdicción Constitucional en el nuevo modelo de Estado, configurado por la Constitución promulgada el 07 de febrero de 2009.

2. *La Jurisdicción Constitucional en Bolivia*

El Estado boliviano al nacer a la vida republicana adoptó un modelo de control político de constitucionalidad, encomendando la labor al propio órgano legislativo, el que, a través de su Cámara de Censores, debió ejercer el control con relación al Gobierno, entendiéndose por este al órgano Ejecutivo; así se definió en la norma prevista por el art. 51 de la Constitución de 1826¹.

A través de la reforma constitucional del año 1831 se creó el Consejo de Estado otorgándole, entre otras, la función del control de constitucionalidad. Por disposición del art. 93 de la Constitución, dicho organismo estaba “compuesto de siete individuos, nombrados por el Congreso a pluralidad absoluta de votos”, a ellos se sumaban el *Expresidente* y el *Exvicepresidente* de la República. Una de las atribuciones del Consejo de Estado fue la de “velar sobre la observancia de la Constitución, e informar documentadamente al Cuerpo Legislativo sobre las infracciones de ella”. Esa tarea constituye un control de constitucionalidad.

En la reforma constitucional de 1861, se restituyó el Consejo de Estado, que había sido suprimido en la reforma constitucional de 1851; a tiempo de restituirlo se ampliaron sus atribuciones en lo que concierne a la labor de control de constitucionalidad. Este modelo de control político de constitucionalidad realizado por el Consejo de Estado tuvo su vigencia hasta la reforma constitucional de 1878.

Resulta importante señalar que, en la reforma constitucional del año 1861, paralelamente a la restitución del Consejo de Estado, se adoptó el modelo americano de control de constitucionalidad, conocido también como control jurisdiccional difuso o de la revisión judicial; toda vez que, la Constitución reformada consagró, por una parte, el principio de la supremacía constitucional cuando en su art. 86 estableció textualmente lo siguiente: “Las autoridades y tribunales aplicarán esta Constitución con preferencia a las leyes, y éstas con preferencia a cualesquiera otras resoluciones” y, por otra, encomendó la labor de control de constitucionalidad, por la vía de acción concreta, al Tribunal Supremo de Justicia, cuando en su art. 79 dispuso que: “son atribuciones del Tribunal Supremo de Justicia, además de las que le señalen las leyes: 2° Conocer de los negocios de puro derecho, cuya decisión depende de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes”.

1 El art. 51 de la Constitución, al nombrar las atribuciones de la Cámara de Censores, previó lo siguiente: “Son atribuciones de la Cámara de Censores: 1° velar si el Gobierno cumple y hace cumplir la Constitución, las leyes y los tratados públicos; 2° Acusar ante el Senado las infracciones que el Ejecutivo haga de la Constitución, las leyes y los tratados públicos”.

Sobre la base de la norma constitucional referida, se organizó el control jurisdiccional de constitucionalidad ejercido por todos los jueces y tribunales, que al resolver un caso concreto tenían la atribución y obligación de inaplicar una disposición claramente incompatible con las normas de la Constitución; de otro lado, un control ejercido por la Corte Suprema de Justicia, la que tenía la facultad y atribución de conocer y tramitar el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de una disposición legal, cuya decisión tenía un efecto *inter partes*, es decir, para el caso concreto.

A partir de la reforma constitucional de 1994, Bolivia adoptó el modelo europeo o “kelseniano” de control de constitucionalidad, lo que en la doctrina clásica se conoce con el nombre de control concentrado de constitucionalidad; pero debe advertirse que no se trata de un modelo químicamente puro, pues perviven rasgos y elementos importantes del modelo americano de la revisión judicial, lo que en la doctrina clásica se conoce como control difuso de constitucionalidad.

En efecto, mediante la reforma constitucional introducida el año 1994, el Constituyente boliviano ha encomendado la labor de control de constitucionalidad al Tribunal Constitucional, órgano jurisdiccional que se consagra como el máximo guardián y último intérprete de la Constitución, desarrollando su labor a través del conocimiento y resolución de los conflictos o controversias constitucionales que le son planteados mediante las acciones o procesos constitucionales por quienes están legitimados por la Constitución y la Ley.

Cabe referir que, dada la configuración del modelo de control de constitucionalidad, el Tribunal Constitucional tiene el monopolio de la competencia para anular y expulsar del ordenamiento jurídico del Estado las disposiciones legales contrarias a la Constitución, de ahí la caracterización del modelo como europeo o “kelseniano”. Empero, los jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria participan en el ejercicio del control de constitucionalidad. De un lado, participan en el saneamiento del ordenamiento jurídico, promoviendo de oficio o a instancia de parte el Recurso Indirecto o Incidental de Inconstitucionalidad, en aquellos casos en los que exista una duda razonable sobre la compatibilidad de la Ley, con la que resolverá el proceso judicial que conoce, con las normas de la Constitución; situación en la que realizan un primer análisis y juicio de constitucionalidad para decidir si promueven o no el recurso. De otro, participan en el control tutelar de constitucionalidad, conociendo y resolviendo las acciones tutelares de hábeas corpus, amparo constitucional y hábeas data, acción de cumplimiento y acción popular.

La misión fundamental del Tribunal Constitucional es la de preservar el sistema constitucional, como base esencial del régimen democrático y la convivencia pacífica, garantizando la primacía de la Constitución; el resguardo y la

protección de los derechos fundamentales para garantizar el ejercicio pleno de los mismos; y el control del ejercicio del poder político para que el mismo se efectúe en el marco del equilibrio que garantice la paz social; todo ello en la búsqueda de la consolidación del Estado constitucional de Derecho. En suma, cumple el papel de racionalizar el poder, tanto el político del Estado, cuanto el poder particular de los ciudadanos.

Según las normas previstas por la Constitución, el Tribunal Constitucional ejerce el control de constitucionalidad en tres ámbitos:

- a. El control de constitucionalidad de las disposiciones legales; atribución que desempeña procediendo a la verificación de la compatibilidad o incompatibilidad de una disposición legal con los valores, principios, declaraciones y normas de la Constitución; puede ser ejercerlo por: i) la vía de control previo o preventivo, absolviendo las consultas que le formulen el Presidente del Congreso Nacional, el Presidente de la República y el Presidente de la Corte Suprema de Justicia, sobre la constitucionalidad de proyectos de leyes, decretos o resoluciones; o el Presidente del Congreso Nacional sobre la constitucionalidad de tratados o convenciones internacionales; y ii) la vía del control posterior o correctivo, conociendo y resolviendo los recursos de inconstitucionalidad de leyes, decretos o cualquier género de resoluciones no judiciales; recursos contra tributos, y demandas de infracción del procedimiento de reforma constitucional.
- b. El control del ejercicio del poder político; atribución que la ejerce conociendo y resolviendo los conflictos constitucionales que se generan entre los órganos del poder público a nivel horizontal (entre los órganos del poder central o los órganos del poder local y entre los órganos de la administración departamental), o a nivel vertical o territorial (entre un órgano del poder local o departamental con un órgano del poder central), por la invasión de las competencias asignadas por la Constitución y las leyes orgánicas; tiene por objetivo resguardar el principio de separación de funciones o división del ejercicio del poder político, tanto en su sentido horizontal, como en su sentido vertical o territorial.
- c. El control tutelar de los derechos fundamentales y garantías constitucionales; atribución que la ejerce conociendo y resolviendo en grado de revisión los recursos de hábeas corpus, amparo constitucional y hábeas data; y de manera directa el recurso contra resoluciones legislativas, todos ellos planteados para restablecer o restituir los derechos fundamentales o garantías constitucionales restringidos o suprimidos ilegal o indebidamente.

3. El control de constitucionalidad antes de la creación del Tribunal Constitucional

El modelo americano de control de constitucionalidad, que tuvo su vigencia entre 1861 a 1999², no rindió sus frutos esperados, debido a diversas razones, entre las que se pueden señalar las siguientes: a) la no vigencia permanente del régimen democrático de gobierno y del Estado de Derecho, que a lo largo de la historia republicana tuvo una presencia fugaz, debido a las permanentes interrupciones mediante los golpes de Estado que instauraron regímenes de hecho o de facto; b) la falta de una doctrina constitucional boliviana sólida y carencia de una cultura constitucional; pues ha de recordarse que por la falta de una vigencia material de la Constitución, el Derecho Constitucional fue objeto de un estudio enciclopédico más que práctico y concreto, además que el sistema constitucional boliviano se configuró sobre la base del constitucionalismo clásico, por lo tanto, sobre la base del principio de legalidad y no tanto del principio de supremacía constitucional, lo que dio lugar a que se catalogara la Constitución como una mera carta política y no una norma jurídica, cuando menos eso sucedió en el Siglo XIX y las primeras ocho décadas del Siglo XX; c) la incompleta positivación de los derechos humanos y la falta de judicialización de los mismos, pues habrá de recordar que en esa materia la Constitución no fue generosa, ya que recién en 1931 se introdujo el hábeas corpus como garantía para el derecho a la libertad física, y el amparo constitucional en 1967; ello incidió significativamente en la ineficacia del sistema en el control tutelar de constitucionalidad; y d) la extrema concentración de funciones en la Corte Suprema de Justicia, como la función jurisdiccional ordinaria y contenciosa, la jurisdicción constitucional y la labor administrativa y disciplinaria, que incidió en la generación de la retardación de justicia y que el control de constitucionalidad no tuviese la eficacia esperada.

En una revisión del movimiento de los procesos constitucionales que formaron parte del modelo de control de constitucionalidad en el período de tiempo que transcurre entre 1991 a 1998, se ha logrado evidenciar la ineficacia del sistema, que ha arrojado los resultados que se detallan a continuación.

En el ámbito del control normativo, ejercido a través de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, los resultados fueron los siguientes: ingresaron 258 acciones de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de las cuales se admi-

2 Si bien es cierto que el nuevo modelo europeo o “kelseniano” de control de constitucionalidad fue adoptado en la reforma constitucional de 1994, debido a la falta de emisión de la legislación de desarrollo, el Tribunal Constitucional recién fue implementado durante la gestión de 1998 e inició sus labores jurisdiccionales el 01 de junio de 1999.

tieron 251 causas; de esa cantidad de acciones sólo fueron resueltas en el fondo 119 acciones que representan al 47,4% de causas admitidas; de las restantes 132 acciones 89 concluyeron con declaración de perención, 24 no fueron resueltas, el resto tuvieron un conclusión extraordinaria por desistimiento, retiro de causa o extinción. Con relación a las decisiones de fondo, cabe señalar que 96 acciones, que representan el 38% del total de causas admitidas, fueron declaradas improbadas, en cambio 23, que representan el 9.2% del total de acciones admitidas, fueron declaradas probadas; lo que supone que se declaró la inaplicabilidad de la disposición legal impugnada por inconstitucional, con efecto para el caso concreto. Con relación al plazo, corresponde referir que las decisiones de fondo fueron emitidas en un promedio de tres años y medio; pues el menor tiempo empleado fue de dos años y el de mayor tiempo de cinco años.

En el ámbito del control tutelar, los resultados del estudio demuestran que en las acciones tutelares de hábeas corpus y amparo constitucional, cuya resolución en grado de revisión de oficio fue parte de las atribuciones de la Corte Suprema de Justicia, no todos los recursos eran remitidos a la Corte Suprema de Justicia en grado de revisión, no obstante que las normas previstas por la Constitución disponían que la remisión se efectúe de oficio. De otro lado, con relación a los recursos de hábeas corpus, éstos eran resueltos en un promedio de un año y medio. Finalmente, sobre los amparos constitucionales, cabe señalar que la Corte Suprema de Justicia asumió la tesis negativa sobre la procedencia de este recurso contra resoluciones judiciales pasadas en aparente calidad de cosa juzgada, de manera que a través de esa vía tutelar no se podían impugnar aquellas decisiones judiciales que eran emergentes de procesos sustanciados con grave vulneración de los derechos fundamentales y garantías constitucionales de alguna de las partes; además dichos recursos eran resueltos en un promedio de un año y tres meses.

4. La Jurisdicción Constitucional y su contribución a la consolidación de la Democracia

4.1 La justicia constitucional pronta y oportuna

Para superar el crónico mal de la retardación de justicia, el Tribunal Constitucional, desde el inicio de sus labores jurisdiccionales, asumió la premisa de brindar el servicio judicial constitucional con la debida celeridad, oportunidad, idoneidad y transparencia, poniéndose como meta el estricto cumplimiento de los plazos procesales previstos por la Ley N° 1836.

En la primera etapa de funcionamiento del Tribunal Constitucional, entre el 01 de junio de 1999 al 31 de diciembre de 2007³, fueron ingresados un total de 17.232 procesos constitucionales, con el siguiente desglose: revisión de Amparo Constitucional un total de 9.980 procesos, que constituyen el 57.92% del total de procesos ingresados; revisión de hábeas corpus un total de 4.654 procesos, que representan el 27.01%; recurso directo de nulidad un total de 1.119, que significan un 6.49%; recurso indirecto o incidental de inconstitucionalidad un total de 1.056 procesos, que constituyen un 6.13%; recurso directo o abstracto de inconstitucionalidad un total de 234, que representan 1.33%; recurso contra tributos en general un total de 81 procesos, que constituyen un 0.47%; consulta sobre la constitucionalidad de leyes, decretos o resoluciones un total de 33, que significan un 0.19%; recurso contra resoluciones legislativas un total de 22 procesos, que representan un 0.13%; acciones de conflictos de competencias y controversias un total de 20 procesos que representan un 0.12%; revisión de hábeas data un total de 15 procesos, que representan un 0.09%; consultas sobre la constitucionalidad de Proyectos de Ley un total de 13 procesos, que constituyen un 0.08%; revisión de recursos de hábeas corpus y amparo constitucional planteados en un solo proceso un total de 4 procesos, que representan un 0.02%; y demanda de infracción de procedimientos de reformas a la constitución un proceso, que constituye un 0.01% con relación al total de procesos ingresados⁴.

Los procesos ingresados fueron resueltos anualmente de la siguiente manera⁵: año 1999, procesos ingresados 604, procesos resueltos con sentencia 475, con un total de 147 días laborales y un promedio de 3.23 resoluciones emitidas por día; la gestión 2000 un total de 1.410 procesos ingresados, de los que fueron resueltos con sentencia un total de 1.386 procesos, con 251 días laborales, haciendo un promedio de 5.52 resoluciones por día; año 2001 un total de 1.838 procesos ingresados, de los que fueron resueltos con sentencia un total de 1.647 procesos, con 251 días laborales, haciendo un promedio de 6.56 resoluciones por día; gestión 2002 un total de 1.970 procesos ingresados, de los que fueron resueltos con sentencia un total de 1.967 procesos, con 251 días laborales, haciendo

- 3 Debido a las renunciaciones presentadas por tres magistrados titulares, mismos que no fueron oportunamente reemplazados por el Congreso Nacional, y posterior instauración de un juicio de responsabilidades a cuatro de los cinco magistrados y posterior renuncia de los mismos, a partir del mes de noviembre de 2007, el Tribunal Constitucional dejó de cumplir con sus labores jurisdiccionales, hasta el mes de febrero de 2010, fecha en que se reiniciaron las labores jurisdiccionales con magistrados que fueron designados mediante Decreto Presidencial, de manera interina.
- 4 Datos estadísticos obtenidos de la página web del Tribunal Constitucional, que tiene la siguiente dirección: <http://www.tribunalconstitucional.gov.bo/gpwtc.php?name=Estadisticas>
- 5 Fuente: Ibidem.

un promedio de 7.84 resoluciones por día; año 2003 un total de 2.358 procesos ingresados, de los que fueron resueltos con sentencia un total de 2.303 procesos, con 251 días laborales, haciendo un promedio de 9.18 resoluciones por día; gestión 2004 un total de 2.563 procesos ingresados, de los que fueron resueltos con sentencia un total de 2.357 procesos, con 251 días laborales, haciendo un promedio de 9.39 resoluciones por día; año 2005 un total de 2.402 procesos ingresados, de los que fueron resueltos con sentencia un total de 2.092 procesos, con 251 días laborales, haciendo un promedio de 8.33 resoluciones por día; gestión 2006 un total de 2.072 procesos ingresados, de los que fueron resueltos con sentencia un total de 2.067 procesos, con 251 días laborales, haciendo un promedio de 8.24 resoluciones por día; año 2007 un total de 2.015 procesos ingresados, de los que fueron resueltos con sentencia un total de 1.380 procesos, con 251 días laborales, haciendo un promedio de 5.50 resoluciones por día⁶. Ello significa que de un total de 17.232 procesos constitucionales ingresados, un total de 15.674 procesos fueron resueltos con sentencia y declaración constitucional, conforme corresponda⁷; y un total de 1.558 procesos pendientes de resolución.

Tomando en cuenta que el Tribunal tiene 5 Magistrados y los plazos procesales son breves, en comparación con otros Tribunales Constitucionales de América o Europa, los datos estadísticos demuestran la efectividad y el empeño con el que cumple su función el Tribunal Constitucional.

4.2 El fortalecimiento del régimen democrático

Desde octubre de 1982, Bolivia viene transitando el sendero de la construcción democrática, partiendo de un profundo proceso de reformas estructurales del

- 6 La disminución de causas resueltas en la gestión 2007 se debe a que el Congreso Nacional instauró un juicio de responsabilidades contra cuatro de los cinco magistrados, quienes se vieron obligados a trasladarse a la ciudad de La Paz para prestar declaraciones informativas y realizar actuaciones procesales que obligaron a suspender plazos; y en el mes de noviembre presentaron renuncia al cargo dos magistrados, y un magistrado pidió licencia, de manera que al no existir la mayoría exigida por Ley para adoptar decisiones (tres de cinco magistrados), los magistrados restantes resolvieron no emitir resoluciones.
- 7 Según la norma prevista por el art. 41 de la Ley N° 1836, las resoluciones del Tribunal Constitucional son de tres clases: a) Los autos constitucionales son emitidos por la Comisión de Admisión al pronunciarse sobre la admisión o rechazo de los procesos constitucionales; las sentencias constitucionales son emitidas al resolver el fondo de un proceso constitucional; y las declaraciones constitucionales son emitidas al absolver las consultas sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de proyectos de leyes, decretos o resoluciones, así como de tratados o convenciones internacionales.

Estado, y haciendo un tránsito del Estado legislativo de Derecho hacia el Estado Constitucional de Derecho.

En ese contexto el Tribunal Constitucional ha contribuido al fortalecimiento del régimen democrático y el Estado constitucional de Derecho, a partir de una adecuada interpretación de las normas de la Constitución para garantizar una sucesión presidencial pacífica; resolver conflictos electorales; para dar lugar a la materialización de la democracia participativa; proteger a las minorías políticas; así como para lograr una solución democrática a los conflictos sociales, viabilizando la realización adelantada de elecciones generales.

Ante la emergencia surgida para viabilizar la sucesión presidencial por la renuncia presentada por el Presidente de la República Gral. Hugo Bánzer Suárez a su cargo de primer dignatario de Estado, el Tribunal Constitucional, al absolver la Consulta formulada por el Presidente del Congreso Nacional en ejercicio de la Presidencia de la República, sobre los alcances de las normas previstas por los arts. 91 y 93 de la Constitución, con relación a la sucesión presidencial, a través de la Declaración Constitucional N° 003/2001 de 31 de julio ha efectuado una interpretación sistematizada de la Constitución y ha definido los alcances de la norma constitucional para que pueda procederse a la sucesión presidencial en el marco de la institucionalidad democrática.

En efecto, frente a la duda sobre sí para proceder a la sucesión presidencial se requería que el Congreso Nacional aceptara la renuncia del Presidente de la República y proclamara mediante una Ley al Vicepresidente de la República en el cargo de Presidente, el Tribunal Constitucional hizo una interpretación sistematizada de las normas de la Constitución, aplicando el principio de la concordancia práctica, para extraer la *ratio legis* de la norma prevista por el art. 93 de la Ley Fundamental, sobre esa base definió que no se requería de una nueva Ley de Proclamación, toda vez que el Vicepresidente ya había sido proclamado en ese cargo con la potestad constitucional de suceder en el cargo al Presidente de la República en caso de afección, por lo que estableció que la sucesión presidencial debió operarse con el respectivo juramento de fidelidad a la Constitución que debe prestar ante el Congreso Nacional.

Con la Declaración Constitucional de referencia, se produjo la sucesión presidencial en condiciones de normalidad y en estricto respeto del orden constitucional y la institucionalidad democrática, cosa que en el pasado no era posible, pues situaciones como esas provocaban la interrupción del proceso democrático y el surgimiento de regímenes De Facto.

De otro lado, el Tribunal Constitucional ha contribuido a resolver conflictos electorales que se presentaron en los diferentes procesos electorales, realizando la interpretación de las leyes electorales desde y conforme a la Constitución, para resolver los conflictos.

Así, cuando surgió un problema respecto a la adjudicación de un escaño para la Cámara de Senadores por el Departamento de Potosí, debido a que el Partido Político que obtuvo el primer lugar en la votación no había postulado los dos candidatos a Senadores que exige el Código Electoral para cumplir con el sistema electoral de la lista incompleta; el Tribunal Constitucional, mediante Declaración Constitucional N° 0001/2003 de 28 de enero, al absolver una consulta formulada por el Presidente del Congreso Nacional sobre la constitucionalidad de una Resolución Senatorial y disposiciones legales aplicables al caso concreto, corrigió los errores cometidos por la Corte Nacional Electoral y la Cámara de Senadores, declarando inconstitucionales sus resoluciones; de la primera, porque declinó de su propia jurisdicción y competencia vulnerando las normas constitucionales que regulan el régimen del Sistema Electoral; y, de la segunda, porque emitió la resolución en franco desconocimiento de las normas constitucionales que delimitan las competencias y funciones tanto del Poder Legislativo, cuanto de la Corte Nacional Electoral.

Otra contribución importante del Tribunal Constitucional al fortalecimiento del régimen democrático fue la de viabilizar la realización de un Referéndum Popular convocado por el Presidente, para materializar la democracia participativa que el Estado boliviano había adoptado mediante la reforma constitucional de 2004.

Ante la convocatoria al Referéndum Popular para consultar la adopción de la política energética, surgió un conflicto referido a un aparente vacío normativo para que la Corte Nacional Electoral y las Cortes Departamentales Electorales puedan organizar y administrar el proceso de la consulta popular. El Tribunal Constitucional, a través de su SC 64/2004 de 8 de julio, desarrollando una interpretación sistemática de las normas previstas por los arts. 4 y 219 de la Constitución, así como las normas del Código Electoral en conformidad con la Ley Fundamental, determinó que los organismos electorales tenían plena competencia para ese efecto. Sobre el mismo tema, mediante la SC 069/2004, de 14 de julio, ha definido la naturaleza jurídica y los alcances del referéndum convocado por el Presidente de la República; de manera que, desarrollando una interpretación sistematizada de las normas constitucionales, así como de las normas del Decreto Supremo de Convocatoria, desde y conforme a la Constitución, ha declarado la constitucionalidad de dicho Decreto de Convocatoria; de esa forma ha dado viabilidad a la realización de la consulta popular como una concreción de la democracia participativa adoptada en la última reforma constitucional.

Algo significativo en la contribución de la Jurisdicción Constitucional al fortalecimiento del proceso democrático, es que a través de la resolución de los diferentes procesos constitucionales ha establecido un equilibrio en la relación de los poderes del Estado, de las mayorías con las minorías, de los gobernantes con los

gobernados, de los particulares con el Estado así como entre particulares; se ha constituido en un instrumento de pacificación de los procesos políticos y sociales.

El Tribunal Constitucional ha resguardado el derecho de las minorías frente a las mayorías, en lo que concierne al proceso de elaboración de la Ley y el consiguiente debate que se genera en el órgano Legislativo. Al resolver los diferentes recursos directos o abstractos de inconstitucionalidad planteados por diputados o senadores, como la fracción minoritaria del Congreso Nacional, impugnando de inconstitucional leyes aprobadas por la fracción mayoritaria en franco desconocimiento de las normas de la Constitución, el Tribunal Constitucional, verificada la infracción ha declarado la inconstitucionalidad de las disposiciones legales impugnadas y las ha expulsado del ordenamiento jurídico. Así, en la SC N° 009/2003 de 3 de febrero, declaró la inconstitucionalidad de la Ley de Sustanciación y resolución de los juicios de responsabilidades contra el Presidente de la República, Vicepresidente de la República, Ministros de Estado y Prefectos de Departamento, por considerar que la misma fue aprobada y sancionada sin observar las condiciones de validez del acto legislativo, infringiendo la norma prevista por el art. 47 de la Constitución, por cuyo mandato en las sesiones extraordinarias el Congreso Nacional sólo se ocupará de los negocios consignados en la convocatoria, en el caso que motivó el recurso, durante las sesiones extraordinarias, en cuya agenda no se había incluido la consideración y aprobación de la Ley impugnada, la mayoría parlamentaria procedió a la consideración, discusión y aprobación de la Ley, que luego fue impugnada por la minoría parlamentaria.

También merece destacar el papel desempeñado por el Tribunal Constitucional en la solución democrática a las crisis sociales que se expresaron, sucesivamente en febrero y octubre de 2003, así como en junio de 2005, con el resultado de la renuncia al cargo de la Presidencia por Gonzalo Sánchez de Lozada (octubre de 2003) y Carlos Mesa G. (junio de 2005), y la renuncia a la sucesión constitucional de los Presidentes de la Cámara de Senadores y de la Cámara de Diputados, hasta que se convoque al último en la línea de sucesores, es decir, el Presidente de la Corte Suprema de Justicia; este último, si bien aceptó asumir el cargo de la primera magistratura del Estado, propuso que para solucionar la crisis se convoque a elecciones generales, sin embargo la norma prevista por el art. 93.III de la Constitución no lo permitía, por lo que el Congreso Nacional procedió a reformar dicha norma constitucional, mediante Ley N° 3089, de 6 de julio de 2005, con lo que el Presidente de la República procedió a convocar a elecciones generales para elegir al Presidente y Vicepresidente de la República, diputados y senadores, mediante DS 28228. A partir de la emisión de la Convocatoria a Elecciones Generales se plantearon varios recursos de inconstitucionalidad, impugnando la reforma constitucional; el art. 88 del Código Electoral, respecto a la distribución de escaños; la convocatoria a elecciones de ciudadanos para la desig-

nación de Prefectos de Departamento; y la convocatoria a elecciones generales; dichas impugnaciones pusieron en riesgo la realización de las elecciones, con ello también el proceso democrático.

Ante tal situación el Tribunal Constitucional, como no podía ser de otra manera, actuó con absoluta serenidad, seguridad, firmeza, transparencia, idoneidad e imparcialidad, asumiendo decisiones apoyadas en la Constitución, los valores supremos, principios fundamentales y los derechos constitucionales de las personas en ella proclamados y consagrados; resolviendo los diferentes recursos planteados con la prontitud y celeridad que el caso exigía; demostrando una vez más la importancia que tiene la jurisdicción constitucional especializada para la preservación del sistema constitucional, en general, la defensa del régimen democrático y la protección de los derechos fundamentales, en particular.

Así, ante la impugnación del art. 88 del Código Electoral, que en cumplimiento del art. 60 de la Constitución distribuye los escaños entre los departamentos, el Tribunal Constitucional, mediante su SC 066/2005, de 22 de septiembre, declaró inconstitucional la disposición legal impugnada, en defensa del principio de la representación proporcional proclamado por el art. 219 de la Constitución, base del régimen democrático representativo y participativo, del valor supremo de la igualdad proclamado por el art. 1.II de la Ley Fundamental, y la protección del derecho a la igualdad de las personas ante la Ley que debe expresarse en el valor igual del voto emitido; principios, valores y derechos que resultaban vulnerados por el art. 88 del Código Electoral, en razón a que la distribución de escaños realizada sobre la base del censo nacional de 1992 ya no respondía a la nueva composición poblacional de los departamentos, que había variado como resultado de los flujos migratorios internos y fue determinado en el último censo nacional de 2001. De manera que, el Tribunal Constitucional, al momento de declarar la inconstitucionalidad de la disposición electoral impugnada, exhortó al Poder Legislativo para que con carácter de urgencia sancione la Ley modificatoria al art. 88 de la Ley Electoral, ajustado a lo previsto por el art. 60.VI de la CPE.

Con relación a la impugnación de La ley 3015, de 8 de abril de 2005, que modificó el Código Electoral, introduciendo reglas para regular el proceso de elección para la selección de ciudadanos a ser designados Prefectos de Departamento; y los Decretos Supremos N° 27988, de 28 de enero de 2005; N° 28077, de 8 de abril de 2005 y N° 28229, de 6 de julio de 2005, a través de los cuales se convocó a elecciones para la selección de ciudadanos para ser designados Prefectos de Departamento y se fijaron nuevas fechas de realización del acto electoral; el Tribunal Constitucional, mediante su SC 075/2005, de 13 de octubre, declaró la constitucionalidad de dichas disposiciones legales, posibilitando de esa forma la realización de dicho proceso electoral como un medio de concreción de la democracia participativa y la legitimación popular del Prefecto de departamento,

quien sería designado por el Presidente de la República previa aprobación, por voto popular, de la ciudadanía. A ese efecto, el Tribunal Constitucional, interpretó las normas previstas por el art. 109.I, en concordancia práctica con las previstas por los arts. 1.I, 2.I y 4 de la Constitución, luego interpretó las disposiciones legales impugnadas desde y conforme a la Ley Fundamental, determinando que las mismas eran compatibles con la Constitución.

Respecto a la impugnación del Decreto Supremo (DS) 28228, de 6 de julio de 2005, por el que el Presidente de la República convocó a elecciones generales, el Tribunal Constitucional, mediante su SC 076/2005, de 13 de octubre, resolvió el recurso declarando la constitucionalidad de dicha disposición legal; para sustentar su decisión, el Tribunal argumentó que el Decreto Supremo impugnado *“fue emitido en cumplimiento de lo dispuesto por el art. 93.III de la CPE modificado por la Ley 3089, precepto constitucional vigente, a partir del cual se debe efectuar el análisis de constitucionalidad del DS 28228, impugnado de inconstitucional”*; partiendo de esa constatación interpretó los alcances de las normas previstas por el art. 93.III, en concordancia práctica con las normas previstas por los arts. 1.II y 2 de la Constitución para luego proceder a realizar el juicio de constitucionalidad de la disposición legal impugnada, contrastándola con las normas previstas por los arts. 33, 60.VII, 65, y 81, que en criterio de los recurrentes fueron vulnerados; en esa labor establece que la disposición legal impugnada era compatible con la Constitución y no existía la infracción denunciada. Con dicha decisión, en el marco de las normas previstas por la Constitución, allanó el camino para la realización de las elecciones generales como una solución democrática a los conflictos sociales y políticos.

4.3 La protección de los derechos humanos

El Tribunal constitucional también ha contribuido al fortalecimiento del régimen democrático y el Estado constitucional de Derecho protegiendo de manera efectiva y eficaz los derechos humanos; a cuyo efecto asumió la posición del activismo judicial, dando fuerza expansiva a los derechos humanos a través de la interpretación de las normas de la Constitución así como de los tratados y convenciones internacionales que fueron suscritos y ratificados por el Estado boliviano.

Tomando en cuenta que el catálogo de derechos fundamentales previsto por la Constitución era muy reducido, el Tribunal Constitucional, por vía de interpretación integro a dicho catálogo el derecho de acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva; sobre cuya base el Constituyente lo ha integrado en las garantías constitucionales.

Al resolver un amparo constitucional en el que el recurrente denunció que un Juez de Sentencia, anulando una decisión de conversión de acción penal pública en acción penal privada decretada por el representante del Ministerio Público, se negó a tramitar un proceso penal por delitos de carácter patrimonial negando su derecho de acceso a la justicia, el Tribunal Constitucional, interpretando las normas de la Constitución aplicando el principio *pro hómine*, en su SC 0600/2003-R, de 06 de mayo, ha integrado al catálogo de derechos fundamentales el derecho de acceso a la justicia o tutela judicial efectiva, expresando los siguientes fundamentos: *“según la norma prevista por el art. 8.1 del Pacto de San José de Costa Rica, ‘toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecidas con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter’, como podrá advertirse la norma transcrita consagra dos derechos humanos de la persona: 1) el derecho de acceso a la justicia; y 2) el derecho al debido proceso, entendiéndose por aquélla la potestad, capacidad y facultad que tiene toda persona para acudir ante la autoridad jurisdiccional competente para demandar que se preserve o restablezca una situación jurídica perturbada o violada que lesiona o desconoce sus derechos e intereses, a objeto de lograr, previo proceso, una decisión judicial que modifique dicha situación jurídica. Conocido también en la legislación comparada como ‘derecho a la jurisdicción’ (art. 24 de la Constitución Española), es un derecho de prestación que se lo ejerce conforme a los procedimientos jurisdiccionales previstos por el legislador, en los que se establecen los requisitos, condiciones y consecuencias del acceso a la justicia; por lo mismo, tiene como contenido esencial el libre acceso al proceso, el derecho de defensa, el derecho al pronunciamiento judicial sobre el fondo de la pretensión planteada en la demanda, el derecho a la ejecución de las sentencias y resoluciones ejecutoriadas, el derecho de acceso a los recursos previstos por ley. Finalmente, este derecho está íntimamente relacionado con el derecho al debido proceso y la igualdad procesal”*.

En el mismo sentido, a través de una interpretación constitucional aplicando los principios de la fuerza expansiva y *pro hómine*, ha integrado al catálogo de los derechos fundamentales el derecho a la seguridad jurídica, mediante la SC 287/1999-R de 28 de octubre; y el derecho a la Libertad religiosa, por SC 1662/2003-R, de 17 de noviembre.

De otro lado, debido a que la Constitución, en su art. 16, redujo los alcances del derecho al debido proceso a algunas garantías mínimas, el Tribunal Constitucional interpretando las normas de la Constitución en conformidad con las normas de la convención Americana sobre derechos Humanos y del Pacto Internacional

de Derechos Civiles y Políticos, en su SC 1274/2001-R, de 4 de diciembre, ha definido que *“el debido proceso en materia penal, además de la presunción de inocencia, comprende las siguientes garantías mínimas para el procesado: a) el derecho de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete; b) derecho de comunicación previa y detallada de la acusación formulada; c) concesión del tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa; d) derecho a la defensa técnica y material; e) derecho a ser asistido por un defensor oficial proporcionado por el Estado si, el procesado, no tiene recurso para designar su defensor; f) derecho de interrogar a los testigos presentes; g) derecho a no declarar contra sí mismo ni a declararse culpable; y h) derecho de recurrir del fallo ante un Juez o Tribunal superior; así está prescrito por el art. 8.2 del Pacto de San José de Costa Rica incorporado a la legislación interna a través de la Ley N° 1430 de 11 de febrero de 1993”*; esa jurisprudencia fue reiterada en la SC 0119/2003-R, de 28 de enero, en la que se ha definió que el derecho al debido proceso *“en materia penal comprende un conjunto de garantías mínimas que han sido consagrados como los derechos del procesado en los arts. 8.2 del Pacto de San José de Costa Rica y 14.3 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, entre esos derechos se tiene el derecho del inculpado a la concesión del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa, así como la presentación de prueba amplia y pertinente”*.

Asimismo, con relación a los ámbitos de aplicación del derecho al debido proceso, considerando que la norma prevista por el art. 16 de la Constitución no es explícita al respecto, haciendo una interpretación concordada de dicha norma con los instrumentos jurídicos internacionales sobre derechos humanos, el Tribunal Constitucional, en su SC 1234/2000-R, de 121 de diciembre, ha señalado que *“el debido proceso que consagran los arts. 16 de la Constitución Política del Estado y 8 del Pacto de San José de Costa Rica, es aplicable no sólo al ámbito judicial, sino también al administrativo cuando se tenga que someter a una persona a un procedimiento en el que deberá determinarse una responsabilidad”*, lo que ha corregido las omisiones indebidas en que incurrían frecuentemente instancias administrativas o disciplinarias respecto al reconocimiento de este derecho en la sustanciación de procesos administrativos o disciplinarios.

Uno de los derechos que mereció mayor atención del Tribunal Constitucional, fue el derecho a la vida. El catálogo de los derechos fundamentales previstos por la Constitución, consagra en primer orden el derecho a la vida y la salud porque, como lo ha definido el Tribunal Constitucional en su SC 411/2000-R, de 28 de abril, este derecho es *“el origen de donde emergen los demás derechos, por lo que su ejercicio no puede ser obstaculizado por procedimientos burocráticos ni sujeto a recursos previos, más aún cuando su titular se encuentra en grave riesgo de muerte”*. Con relación a la importancia que tiene el derecho a la vida, el Tri-

bunal Constitucional, en su SC 687/2000-R, de 14 de julio, ha señalado que “(..) es el bien jurídico más importante de cuantos consagra el orden constitucional, de ahí que se encuentre encabezando el catálogo de los derechos fundamentales previstos en el art. 7 de la Constitución. Es el derecho de toda persona al ser y a la existencia, siendo su característica esencial la base para el ejercicio de los demás derechos. Es decir, la vida misma es el presupuesto indispensable para que haya titularidad de derechos y obligaciones. Es un derecho inalienable de la persona que obliga al Estado en dos sentidos: su respeto y su protección”.

Sobre esa base, al resolver un recurso de Amparo Constitucional planteado por la Defensora del Pueblo solicitando tutela al derecho a la vida de los enfermos renales que requieren de un tratamiento especializado de hemodiálisis en forma continuada, tratamiento que la Caja Nacional de Salud se negó a prestar invocando una norma del Código de Seguridad Social que establece un tiempo máximo de 52 semanas para que el seguro pueda cubrir dicho tratamiento, el Tribunal ha establecido la línea jurisprudencial en el sentido de que la protección de la vida y la salud es la tarea primordial del Estado, de manera que el tratamiento de las personas con enfermedades terminales debe ser inmediato, continuo y efectivo, y por tanto, que no puede estar supeditado a trámites administrativos, menos suspendido por esos motivos. Así, en su SC 687/2000-R, de 14 de julio, ha señalado que “el tratamiento de los enfermos crónicos supone una atención que debe ser prestada en forma inmediata y continua, no debiendo ser interrumpido por trámites y resoluciones administrativas, que en definitiva determinan únicamente la transferencia de responsabilidad sobre el suministro y costo del tratamiento, que pasa de una entidad a otra del Estado como es de la Caja Nacional de Salud al Ministerio de Salud y Previsión Social”. De manera que sobre la base de dicho fundamento, dispuso que una vez concluidas las 52 semanas de atención a cuenta del seguro social, la Caja de Salud debe seguir brindando la atención especializada debiendo facturar el costo de la atención al Ministerio de Salud y Previsión Social, y no debe, por motivo alguno, dejar de suministrar el tratamiento especializado, porque ello implicaría una franca vulneración del derecho a la vida del paciente, ya que el dejar de suministrar la hemodiálisis provocaría su muerte.

En la misma línea de razonamiento, mediante SC 0026/2003-R, de 8 de enero, al resolver un Amparo Constitucional planteado por un enfermo del virus VIH, el Tribunal Constitucional ha determinado que es obligación del Estado suministrar el tratamiento especializado y los medicamentos necesarios de forma continuada al o los enfermos con SIDA, como una forma de preservar su derecho a la vida y la salud.

En Bolivia, al igual que en otros Estados, existen sectores sociales vulnerables, entre los que se pueden mencionar a las mujeres embarazadas y los discapacitados, entre otros; sectores que, con mucha frecuencia, reciben en sus fuentes

laborales tratos lesivos de sus derechos fundamentales, siendo así que deben recibir un trato acorde con su situación, que no implica un trato especial discriminatorio con relación a otras personas que no son discapacitadas, sino la aplicación adecuada del principio de la igualdad conforme a la fórmula aristotélica de que “hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual”.

Ante esa realidad, al conocer y resolver las acciones tutelares de amparo constitucional planteadas por mujeres embarazadas o, en su defecto, por personas con discapacidad física, por haber sido víctimas de la vulneración de sus derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional ha brindado y brinda tutela efectiva, desarrollando para ello una interpretación pro activa de las normas constitucionales y, en su caso, normas internacionales sobre derechos humanos, aplicando los principios de la fuerza expansiva de los derechos humanos, *pro hómine* y la preferencia normativa; de manera que en este ámbito, el Tribunal Constitucional ha desarrollado una interpretación dinámica generando una sólida doctrina constitucional protectora de los derechos humanos.

Con relación a las mujeres embarazadas, a partir de una interpretación concordada de las normas previstas por la Constitución y la Ley N° 975 de 2 de marzo de 1988, ha desarrollado la doctrina de la inamovilidad en su fuente de trabajo durante la gestación y hasta el año siguiente al nacimiento de su hijo, disponiendo el inmediato restablecimiento a su trabajo a las que habían sido despedidas estando en pleno período de gestación; asimismo, ha determinado que no le es permitido al empleador disponer el cambio a un nivel inferior en la planilla presupuestaria o, en su caso, disponer la reubicación a otro puesto de trabajo que implique el desempeño de sus funciones en condiciones inadecuadas para su salud estando en estado de gravidez.

En esa línea de acción, el Tribunal Constitucional, con relación a las mujeres embarazadas despedidas de su fuente de trabajo estando en período de gestación, otorgó tutela inmediata y efectiva a sus derechos vulnerados, estableciendo para ello una excepción a la regla de aplicación del principio de subsidiaridad al amparo constitucional; así, en su SC 505/2000-R, de 4 de mayo, concedió tutela a una mujer embarazada que había sido despedida de su fuente de trabajo, bajo el fundamento siguiente: “(...)el derecho que se debe proteger no es solamente al trabajo, sino otros derechos primarios de la recurrente y el ser en gestación, los cuales necesitan protección urgente e inmediata, ya que el retiro intempestivo de la recurrente importa también la supresión del derecho a la seguridad social que a su vez, resguarda y garantiza el derecho a la salud, derechos que con la medida adoptada ponen en riesgo el primer derecho, la vida, que no puede estar pendiente de otros recursos o vías administrativas que establece la Ley. Por ello, la Constitución Política del Estado mediante el art. 193 establece: ‘El Matrimonio, la familia y la maternidad están bajo la protección del Estado’, precepto consti-

tucional que guarda estrecha coherencia con el art. 1ro. de la Ley No. 975 de 2 de marzo de 1988, que señala: ‘Toda mujer en periodo de gestación hasta un año del nacimiento del hijo, gozará de inamovilidad en su puesto de trabajo en instituciones públicas y privadas’ (...)”. Posteriormente, con relación a la excepción a la regla de aplicación del principio de subsidiaridad al amparo constitucional, mediante su SC 238/2003-R, de 27 de febrero, ha establecido la siguiente doctrina: *“si bien es cierto que el amparo tiene una naturaleza subsidiaria, en cuanto implica que antes de plantear el recurso extraordinario se deben agotar las vías ordinarias de defensa; no es menos cierto que agotar esos medios ordinarios implican para la gestante un perjuicio irremediable, que nace de una acción ilegal e indebida de las autoridades recurridas. En tal situación, es viable este amparo como un mecanismo a través del cual de manera urgente, rápida y eficaz se protege los derechos de la recurrente embarazada y del ser en gestación”*.

Finalmente, cabe señalar que con relación a la aplicación de las disposiciones legales que protegen a la mujer embarazada, como la Constitución, la Ley N° 975 de 2 de marzo de 1988, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación de la Mujer, la Convención sobre los derechos del Niño, el Tribunal Constitucional, en su SC 0715/2005-R, 28 de junio, ha establecido las respectivas sub reglas, señalando lo siguiente: *“las citadas normas jurídicas de protección a la mujer embarazada se aplican bajo los siguientes criterios: a) en el marco del derecho a la igualdad ante la ley, así como las normas previstas por la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, aprobada mediante Ley 1100, la protección que brinda el art. 1 de la Ley N° 975, abarca tanto a las empleadas del sector privado sujetas a la Ley General del Trabajo como a las funcionarias o servidoras públicas, sin exclusión; asimismo alcanza a las mujeres trabajadoras o empleadas que tengan contratos indefinidos, contratos a plazo definido como a las trabajadoras o funcionarias eventuales, porque el sentido de la norma es la protección de la maternidad por parte del Estado, conforme a lo previsto por el art. 193 de la Constitución, es decir, que no se admite distinción alguna entre trabajadoras del sector público o privado, ni respecto a la naturaleza de los contratos a los que están sujetas; en ese sentido se ha pronunciado anteriormente este Tribunal en sus SSCC 310/2000-R, 447/2000-R, 807/2001-R y 483/2002-R, entre otras; b) la efectivización de la inamovilidad funcionaria implica que necesariamente el empleador debe tener conocimiento pleno y oportuno del estado de embarazo de la funcionaria o empleada estando vigente la relación laboral, es decir, la trabajadora embarazada debe comunicar su estado de gravidez antes de que concluya materialmente la relación laboral; en ese sentido se han pronunciado las SSCC 1069-2004-R y 1416/2004-R, entre otras”*.

Con relación a las personas discapacitadas, que son víctimas de vulneración de sus derechos fundamentales en su fuente de trabajo, el Tribunal Constitucional ha brindado tutela efectiva restableciendo los derechos vulnerados, desarrollando una sólida doctrina constitucional a partir de la interpretación de las normas previstas por la Constitución y los tratados o convenciones internacionales sobre derechos humanos, así como de la Ley N° 1678 de la Persona Discapacitada, de 15 de diciembre de 1995. Así, en su SC 638/2000-R, de 3 de julio, partiendo de la constatación de que los discapacitados constituyen una minoría heterogénea que ha sido y es objeto de constante marginación social, y discriminación que frecuentemente no está acompañada de hostilidad, si no motivada por prejuicios o por la incomodidad que genera la relación constante con personas diferentes, sin que por ello fuera menos dañina, ha señalado que “(..) *a partir del ‘70 se aprobaron varias declaraciones por las Naciones Unidas como la Declaración de los Derechos del Retrasado Mental (1971). Declaración de los Derechos de los Impedidos (1975) y las Normas Uniformes sobre la Equiparación de Oportunidades para las Personas con Discapacidad.(1993) y otros Convenios de la Organización Internacional del Trabajo (..) todos estos instrumentos internacionales parten de la base de que los discapacitados tienen los mismos derechos que los no discapacitados y que los efectos de la discapacidad sobre una persona dependen de manera fundamental del entorno social, es decir, que la discapacidad no es únicamente un problema individual sino de la sociedad en general. Esto significa que un medio social negativo y poco auspiciador puede convertir la discapacidad en invalidez, y que por el contrario un ambiente social positivo e integrador contribuye de manera decisiva a facilitar y aliviar la vida de las personas afectadas con una incapacidad*”, luego ha concluido señalando que “(..) *como resultado de ello ha surgido la convicción acerca de la necesidad de modificar la percepción sobre los discapacitados y su relación con la sociedad, imponiendo el concepto de que los Estados y las sociedades deben impulsar su integración para que estos puedan ejercer sus derechos y asumir sus responsabilidades*”.

Partiendo de las premisas referidas, al examinar y resolver un amparo constitucional planteado por una persona discapacitada que fue objeto de discriminación en su fuente de trabajo del que fue despedido por su discapacidad, el Tribunal Constitucional, en su Sentencia Constitucional señalada, ha sostenido que: “*el principio de igualdad para personas discapacitadas, debe entenderse como el trato especial que permita a éstos el acceso a bienes, servicios y beneficios, consecuentemente la violación de este principio se da cuando injustamente se niega un trato especial, es decir, que, siendo los discapacitados física y socialmente distintos no deben ser tratados como iguales con las demás personas no discapacitadas, sino que es preciso dárseles un tratamiento diferenciado para que puedan integrarse plenamente a la sociedad, siendo uno de los aspectos muy importantes el contar con un trabajo que les asegure una subsistencia digna*”;

luego, interpretando las normas previstas por la Constitución, Ley N° 1678 de la Persona Discapacitada, su Decreto Reglamentario N° 24807, las normas previstas por el art. 9.e) del Convenio 159 de la OIT, y el Convenio sobre la Readaptación (rehabilitación) profesional y el empleo de personas inválidas, ha concluido señalando que: “(...) del precepto constitucional antes aludido así como de los conceptos asumidos por la Organización Internacional del Trabajo, se extrae que la finalidad de la rehabilitación es la de permitir que la persona inválida obtenga y conserve un empleo adecuado y de ese modo se promueva su integración en la sociedad; por tanto, todo acto que no consulte esta política social contraviene los lineamientos básicos que sobre la materia sienta el orden constitucional boliviano”. Finalmente, ha concluido señalando que “en ningún caso la limitación de un discapacitado podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral al menos que ésta sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar, lo que no ocurrió en el presente caso de análisis, pues el recurrente estaba trabajando en el cargo desde 1998 por 3 contratos a plazo fijo consecutivos que de conformidad con el D.S. 16187 de 16.2.97 dan a la contratación el carácter indefinido”. Sobre la base de ese razonamiento jurídico concedió la tutela solicitada.

Algo significativo en la labor del Tribunal Constitucional es que ha integrado al bloque de constitucionalidad los tratados, pactos y convenciones internacionales sobre derechos humanos.

Debido a que la Constitución reformada contenía un catálogo reducido de derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional, aplicando el principio de la fuerza expansiva de los derechos fundamentales, a través de la interpretación integradora ha integrado al bloque de constitucionalidad las declaraciones, tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos a los que se ha adherido, o ha suscrito y ratificado el Estado boliviano. Ello significa que ha integrado al catálogo de los derechos fundamentales previsto por la Constitución todos los derechos humanos consagrados en los instrumentos jurídicos que forman parte del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Esa interpretación integradora, la ha sustentado en la “cláusula abierta” prevista por el art. 35 de la Constitución.

Al resolver un amparo constitucional planteado por el Defensor del Pueblo, solicitando tutela al derecho a la objeción de conciencia de un boliviano que pertenece a la Iglesia de los Testigos de Jehová, el Tribunal Constitucional en su SC 1662/2003 – R 17 de noviembre, ha señalado que “en el sistema constitucional boliviano, los derechos humanos invocados por la recurrente, como son el derecho a la objeción de conciencia, el derecho a la libertad de conciencia y el derecho a la libertad de religión, no están expresamente consagrados como derechos fundamentales en el catálogo previsto por el art. 7 de la Constitución, ni siquiera como derechos constitucionales (...) Sin embargo, cabe señalar que en las

normas que forman parte del Derecho Internacional de los Derechos Humanos están expresamente consagrados los derechos invocados por la recurrente. En efecto, el art. 18 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el art. 3 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; el art. 18 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y el art. 12 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Aunque cabe aclarar que los referidos instrumentos internacionales proclaman los derechos a la libertad de conciencia, a la libertad de religión y a la libertad de cultos, no así a la objeción de conciencia, pues como se tiene referido precedentemente no es un derecho autónomo sino un elemento constitutivo del derecho a la libertad de conciencia (...)”, partiendo de dicha constatación, el Tribunal Constitucional, concluyó señalando que “(...) los tratados, las declaraciones y convenciones internacionales en materia de derechos humanos, forman parte del orden jurídico del sistema constitucional boliviano como parte del bloque de constitucionalidad, de manera que dichos instrumentos internacionales tienen carácter normativo y son de aplicación directa, por lo mismo los derechos en ellos consagrados son invocables por las personas y tutelables a través de los recursos de hábeas corpus y amparo constitucional conforme corresponda”.

En ese mismo orden de cosas, el Tribunal Constitucional ha materializado la fuerza vinculante de la jurisprudencia expedida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Al resolver el recurso directo o abstracto de inconstitucionalidad, la Defensoría del Pueblo impugnó las normas previstas por el art. 14. a) y c) del Código de Seguridad Social, por establecer un tratamiento discriminatorio a las mujeres en el acceso al sistema de la seguridad social, infringiendo la norma prevista por el art. 6-I de la Constitución, en su SC/0062/2003 de 3 de julio, aplicó la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, establecida en su OC 4/84 de 19 de enero de 1984.

En la mencionada sentencia, el Tribunal Constitucional, señaló lo siguiente: *“La noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, como reconoce la Opinión Consultiva 4/84 de 19 de enero de 1984 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. De esa manera, en función del reconocimiento de igualdad ante la ley, se prohíbe todo tratamiento discriminatorio de origen legal, es decir que si bien, ante la necesidad de lograr la efectividad de los valores consagrados en la Constitución, el legislador puede, inicialmente, ver la necesidad o conveniencia de establecer diferencias y dar un tratamiento diverso a las personas en forma legítima, sin apartarse de la justicia y de la razón, no le está permitido crear diferencias que carezcan de una justificación objetiva, razonable y proporcional, y que persigan fines arbitrarios, caprichosos o despóticos, o que*

de alguna manera desconozcan la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana, dando como resultado la violación de los derechos y libertades consagrados en la Constitución, o que en general sean contrarias a cualquier precepto o principio reconocido por la Carta Fundamental. En definitiva, lo que prohíbe el principio de igualdad jurídica es la discriminación, es decir que la desigualdad de tratamiento legal sea injustificada por no ser razonable ni proporcional”.

Partiendo de esa base jurisprudencial y doctrinal, procedió al análisis de las normas impugnadas aplicando el test de razonabilidad, luego efectuó el contraste con la norma constitucional supuestamente infringida, llegando a la conclusión de que las normas impugnadas contradecían el art. 6-I de la Constitución al establecer un tratamiento discriminatorio a las mujeres. Por lo tanto declaró la inconstitucionalidad de las normas cuestionadas.

En el mismo sentido aplicó la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su SC 0058/2003 de 25 de junio, emitida al conocer y resolver el recurso directo o abstracto de inconstitucionalidad planteado por la Defensoría del Pueblo impugnando las normas previstas por el art. 99 del Código de Familia, por establecer un tratamiento discriminatorio para las cónyuges mujeres en el ejercicio de la profesión u oficio.

5. Las tensiones emergentes de la labor cumplida por el Tribunal Constitucional

El activismo judicial asumido por el Tribunal Constitucional en defensa de la Constitución y la protección de los derechos humanos, ha generado tensiones en los órganos del poder público y en las autoridades públicas cuyos actos y resoluciones fueron sometidos al control de constitucionalidad. Ello es normal, aunque no siempre razonable ni admisible, pues sucede que quien ejerce el poder público no gusta que se ejerza un control sobre sus actos y decisiones, ya que siempre busca un poder omnímodo e incontrolado; de manera que un Tribunal Constitucional que desempeñe sus funciones con efectividad e idoneidad resulta siendo una amenaza a sus pretensiones.

Las principales tensiones tuvieron su origen en la jurisdicción ordinaria que no asimiló ese cambio protagonizado por el Tribunal Constitucional en el pensamiento jurídico y la labor jurisdiccional respecto a la protección de los derechos humanos, es decir, ese abandono del formalismo legalista y el “ritualismo procedimental”, para asumir la posición del activismo judicial que concibe la eficacia directa de los derechos humanos frente a la Ley y frente a los actos y resoluciones de las autoridades públicas; otro elemento generador de las tensiones con la jurisdicción ordinaria fue la adhesión del Tribunal Constitucional a la tesis permisiva,

respecto a la procedencia del amparo constitucional contra las decisiones judiciales pasadas en aparente calidad de cosa juzgada, pues a partir de esa posición asumida desde el inicio, el Tribunal Constitucional anuló decisiones judiciales a través del amparo constitucional, concediendo tutela a alguna de las partes que intervinieron en el proceso por la grave vulneración a sus derechos fundamentales y garantías constitucionales, entre ellos el derecho al debido proceso; las tensiones se fueron acentuando en la medida en que el Tribunal Constitucional fue generando jurisprudencia constitucional y, a través de ella, precedentes obligatorios con fuerza vinculante tanto horizontal como vertical, de manera que, mediante sus sentencias constitucionales, fue anulando decisiones judiciales aplicando sus precedentes, además fue exigiendo el cumplimiento y aplicación de los precedentes por los tribunales judiciales de la jurisdicción ordinaria.

Las tensiones con la jurisdicción ordinaria dieron lugar a que la Corte Suprema de Justicia planteara oficialmente, presentando el proyecto de Ley, la modificación del art. 44.I de la Ley N° 1836 del Tribunal Constitucional, para que se redujera la fuerza vinculante de la jurisprudencia constitucional al ámbito del control normativo de constitucionalidad; asimismo, planteara también la necesidad de analizar las atribuciones del Tribunal Constitucional para establecer si algunas no constituían un exceso.

También se generaron tensiones en otros órganos del poder público, aunque con menor intensidad y a partir de otras motivaciones y con distintas justificaciones; así, desde el órgano Legislativo a raíz de las sentencias constitucionales que declararon inconstitucionales algunas disposiciones legales emitidas por ese órgano de poder. En el órgano Ejecutivo se generaron tensiones por la declaración de inconstitucionalidad de algunos Decretos Supremos o Resoluciones, y en otras porque no obtuvieron sentencias favorables; también desde las Fuerzas Armadas, por la emisión de sentencias que otorgaron tutela a las víctimas de los lamentables sucesos de febrero de 2003, lo que a juicio de las Fuerzas Armadas constituyó un desconocimiento del fuero militar y de la jurisdicción militar.

Una de las consecuencias de esas tensiones es que durante el funcionamiento de la Asamblea Constituyente surgieron voces, si bien aisladas pero voces al fin, que plantearon una modificación en el sistema de control de constitucionalidad, unos propusieron recortar algunas atribuciones del Tribunal Constitucional pero manteniendo a esta institución; en cambio, otros propusieron suprimir este órgano constitucional para encomendar la labor de control de constitucionalidad a una Sala de la Corte Suprema de Justicia, se entiende una Sala especializada.

Pero la tensión más fuerte se produjo durante el proceso constituyente, cuando el Tribunal Constitucional, mediante Auto Constitucional N° 568/2006-CA, de 17 de noviembre de 2006, advirtió que tenía la potestad de ejercer control de

constitucionalidad sobre el procedimiento de reforma constitucional (art. 120.10ª de la Constitución).

Esa advertencia motivó que desde el gobierno se desplegaran acciones directas e indirectas tendientes a neutralizar el control de constitucionalidad sobre la reforma constitucional. La serie de acciones desplegadas con la intención de menoscabar la independencia de los magistrados del Tribunal Constitucional, cronológicamente se pueden resumir en lo siguiente:

- a. Acciones de desprestigio, mediante injustas, infundadas y calumniosas acusaciones públicas lanzadas por el Presidente de la República contra magistrados del Tribunal Constitucional, por admitir a trámite procesos constitucionales que cuestionan las decisiones del gobierno con infracción de la Constitución.
- b. Acciones de amedrentamiento, mediante acciones de grupos de ciudadanos, autodenominados “movimientos sociales”, que asumieron acciones de hecho, atacando físicamente las instalaciones del Tribunal Constitucional, al grado de haber puesto explosivos en las puertas del Edificio en el que funciona el Tribunal Constitucional, provocando daños materiales y personales, con la exigencia pública de la renuncia de los magistrados si no emitían sentencias en un determinado sentido requerido por ellos; acciones de hecho ante las que el gobierno no asumió medida alguna; pues no se dispuso el resguardo físico de las instalaciones del Tribunal Constitucional, ni de la integridad física y la vida de sus magistrados; al extremo que hasta la fecha no se ha investigado el caso; por lo tanto, no se sancionó a sus autores.
- c. Acción directa para lograr la destitución de los magistrados y magistradas, mediante la instauración de un injusto e ilegal juicio de responsabilidades contra cuatro magistrados, ante la denuncia planteada por el Presidente de la República, quien los acusó de haber cometido delitos de prevaricato, de emitir resoluciones contrarias a la Constitución, y de impedir o estorbar el desempeño de funciones públicas; delitos en que supuestamente habrían incurrido los magistrados acusados al emitir la SC 0018/2007, de 9 de mayo; ello porque el Tribunal Constitucional, al resolver el Recurso Directo o Abstracto de Inconstitucionalidad planteado por senadores de la República, impugnando el Decreto Supremo por el que se realizó la designación interina de Ministros de la Corte Suprema, declaró constitucional la disposición legal impugnada y, a partir de una interpretación sistemática de la Constitución así como de disposiciones legales aplicables al caso, determinó que, dada la naturaleza jurídica de un cargo interino, los Ministros designados cesan en sus funciones por

haber transcurrido un tiempo superior al límite para el desempeño de cargos interinos.

4. La Jurisdicción Constitucional en la nueva Constitución

Según las normas previstas por el art. 179.III de la Constitución promulgada el 07 de febrero de 2009, la Justicia Constitucional será ejercida por el Tribunal Constitucional Plurinacional; el que por mandato del art. 196 velará por la supremacía de la Constitución, ejercerá el control de constitucionalidad, y precautelarará el respeto y la vigencia de los derechos y las garantías constitucionales.

La denominación del órgano de control de constitucionalidad como Tribunal Constitucional Plurinacional, responde al nuevo modelo de Estado unitario social de Derecho Plurinacional Comunitario. Siendo ese el nuevo modelo de Estado, es indudable que el órgano de control de constitucionalidad debe y tiene que reflejar la nueva forma de organización del Estado; lo que supone que no se trata de una mera y formal adición de lo “Plurinacional” a la denominación; se trata de una concepción del órgano constitucional cuya estructura institucional y orgánica debe y tiene que reflejar la pluralidad social, étnica, cultural, política, económica y jurídica del Estado boliviano.

En el contexto referido, el Tribunal Constitucional Plurinacional ejercerá el control de constitucionalidad sobre los actos, decisiones y resoluciones de las autoridades públicas del Estado Plurinacional, así como sobre el sistema jurídico del Estado, y los sistemas jurídicos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos. En efecto, el Tribunal Constitucional Plurinacional conocerá y resolverá, entre otras, las consultas de las autoridades indígenas originario campesinas sobre la constitucionalidad de sus normas jurídicas aplicables a un caso concreto; los conflictos de competencia entre la jurisdicción indígena originaria campesina y la jurisdicción ordinaria y agroambiental.

Para el ejercicio de la Justicia Constitucional en el nuevo modelo de Estado boliviano, el Tribunal Constitucional Plurinacional se organizará con las características que se detallan a continuación.

Según las normas previstas por el art. 197.I de la nueva Constitución, el Tribunal Constitucional Plurinacional estará integrado por magistradas y magistrados elegidos con criterios de plurinacionalidad, con representación del sistema jurídico ordinario y del sistema jurídico indígena originario campesino⁸.

8 En el nuevo Estado Plurinacional, según la norma prevista por el art. 179 la función judicial se ejercerá a través de la Jurisdicción Ordinaria, con aplicación del sistema

Según la norma prevista por el art. 13 de la Ley N° 027, el Tribunal Constitucional Plurinacional estará integrado por siete magistrados titulares y siete magistrados suplentes, quienes durarán en sus funciones seis años sin derecho a una reelección.

Según las normas previstas por el art. 198 de la Constitución promulgada el 07 de febrero de 2009, los magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional serán elegidos por voto popular directo y sufragio universal, con mayoría relativa o simple mayoría de votos. La elección se realizará sobre la base del criterio de plurinacionalidad, con representación del sistema jurídico estatal ordinario y del sistema jurídico indígena originario campesino; lo que significa que en la preselección de los postulantes que realizará la Asamblea Legislativa Plurinacional, para que luego sean sometidos a la votación popular, deberá cuidarse que se incluyan juristas con formación en el sistema jurídico estatal, y juristas con formación en el sistema jurídico de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, es decir, en el Derecho consuetudinario, y preferentemente aquellos que hubiesen ejercido la función de autoridades naturales de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, o haber ejercido la Jurisdicción Indígena Originaria Campesina. Por mandato expreso de la norma prevista por el art. 199.II de la nueva Constitución, las organizaciones de la sociedad civil y de las naciones y pueblos indígena originario campesinos podrán proponer, ante el Tribunal Supremo Electoral, candidatos y candidatas a magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional.

Según las normas previstas por los arts. 199.I y 234 de la Constitución, son requisitos para ser elegidos magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional los siguientes: a) contar con la nacionalidad boliviana; b) haber cumplido la edad de 35 años al día de las elecciones; c) haber cumplido con los deberes militares; d) no tener pliego de cargo ejecutoriado, ni sentencia condenatoria ejecutoriada en materia penal, pendientes de cumplimiento; e) no estar comprendida ni comprendido en los casos de prohibición y de incompatibilidad establecidos en la Constitución; f) estar inscrita o inscrito en el padrón electoral; g) hablar al menos dos idiomas oficiales del Estado; h) tener especialización o experiencia acreditada de por lo menos ocho años en las disciplinas de Derecho Constitucional, Derecho Administrativo o Derechos Humanos.

La Constitución promulgada el 07 de febrero de 2009 le asigna al Tribunal Constitucional Plurinacional la misión de velar por la supremacía de la Constitu-

jurídico del Estado; y la Jurisdicción Indígena Originaria Campesina, con aplicación del sistema jurídico de cada nación o pueblo indígena originario campesino que tiene su base en el derecho consuetudinario, y se lo ejercerá por sus propias autoridades sin intervención del Estado.

ción, ejerciendo el control de constitucionalidad, y precautelando el respeto y la vigencia de los derechos y las garantías constitucionales. Para el cumplimiento de esa misión, el art. 202 de la Constitución le asigna las atribuciones que abarcan tres ámbitos de control de constitucionalidad:

- a) El control de constitucionalidad sobre las siguientes disposiciones legales: Leyes nacionales, departamentales y municipales, estatutos autonómicos de los Departamentos Autónomos, cartas orgánicas de los Municipios autónomos, reglamentos nacionales, departamentales, y municipales; los tratados y convenciones internacionales; y resoluciones de naturaleza normativa.

El control de constitucionalidad sobre disposiciones legales, lo ejercerá por la vía del control preventivo y la vía del control correctivo.

Según las normas previstas por el art. 202 de la Constitución, cuyas normas serán desarrolladas por la Ley de la Jurisdicción Constitucional, el control preventivo o *a priori*, será ejercido absolviendo las consultas de la Presidenta o del Presidente de la República, de la Asamblea Legislativa Plurinacional, del Tribunal Supremo de Justicia o del Tribunal Agroambiental sobre la constitucionalidad de proyectos de Ley; absolviendo las consultas de las autoridades indígenas originario campesinas sobre la aplicación de sus normas jurídicas aplicadas a un caso concreto; y desarrollando el control preventivo imperativo sobre los tratados y convenciones internacionales antes de su ratificación.

Con relación al control correctivo o *a posteriori*, según las normas previstas por el art. 202 de la Constitución, el Tribunal Constitucional Plurinacional, lo ejercerá conociendo y resolviendo los siguientes procesos constitucionales: i) el recurso directo o abstracto de inconstitucionalidad contra leyes nacionales, departamentales y municipales, estatutos autonómicos de los Departamentos Autónomos, cartas orgánicas de los Municipios autónomos, reglamentos nacionales, departamentales, y municipales; y resoluciones de naturaleza normativa; ii) el recurso indirecto o incidental de inconstitucionalidad contra las disposiciones legales antes referidas; iii) la Acción de Inconstitucionalidad planteada por cualquier persona individual o colectiva que se considere afectada por una disposición legal contraria a la Constitución; iv) el recurso contra tributos, que procede contra las disposiciones legales que crean, modifican o suprimen tributos en cualquiera de sus formas; y v) demanda de infracción del procedimiento de reforma parcial de la Constitución.

- b) El control de constitucionalidad sobre el ejercicio del poder político; atribución que la ejercerá con la finalidad de precautelar y resguardar el principio de separación de funciones y la distribución territorial del ejercicio del poder político. Ejercerá esa función conociendo y resol-

viendo los siguientes procesos constitucionales: i) las acciones de conflictos de competencias y atribuciones entre órganos del poder público; ii) las acciones de conflictos de competencias entre el gobierno plurinacional, las entidades territoriales autónomas y descentralizadas, y entre éstas; iii) las acciones de conflictos de competencia entre la jurisdicción indígena originaria campesina y la jurisdicción ordinaria y agroambiental; y iv) los recursos de nulidad contra los actos o resoluciones de autoridades públicas que usurpen funciones.

- c) El control de constitucionalidad de carácter tutelar; atribución que tiene por finalidad resguardar y proteger los derechos humanos positivados por la Constitución, y las garantías constitucionales de las personas. Esta función la ejercerá conociendo y resolviendo: i) los recursos contra resoluciones del Órgano Legislativo, cuando sus resoluciones afecten a uno o más derechos fundamentales o garantías constitucionales; ii) la revisión de oficio de las acciones tutelares siguiente: Acción de Libertad, Acción de Amparo Constitucional, Acción de Protección de Privacidad; Acción de Cumplimiento, y Acción Popular.

JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y DEMOCRACIA EN EL ECUADOR

Por: Edgar Zárate Zárate

Vicepresidente de la Corte Constitucional de Ecuador

De acuerdo con la propuesta planteada, voy a tratar de esbozar una visión que la denominaré “consolidación de la Justicia Constitucional Ecuatoriana y su relación con la vigencia del principio democrático”.

He de iniciar mi exposición pasando revista al proceso constituyente que dio como resultado la aprobación de la Constitución ecuatoriana actualmente vigente. Luego analizaré la imagen y el papel paradójico que tienen el principio democrático y el legislador en el modelo constitucional ecuatoriano; y finalmente, concluiré mi intervención aludiendo al importante papel que tienen hoy en día la Corte Constitucional y los jueces constitucionales en el proceso de consolidación democrática y en la garantía de los derechos de las personas.

1. El Proceso Constituyente

En relación con la primera cuestión planteada, quisiera conducirlos a la realidad política ecuatoriana de los últimos dos años, para hacer un recorrido rápido por proceso constituyente ecuatoriano 2007 - 2008.

Comenzaré con una afirmación objetiva: El actual gobierno ecuatoriano fue elegido en noviembre de 2006 con una motivación clara: el deseo del pueblo de transformar las estructuras políticas, económicas y jurídicas que gobernaron al país en los últimos 50 años, las cuales, como en muchos países de nuestro entorno nos llevaron a una situación de postración institucional y moral sin precedentes, que se reflejó en la permanente inestabilidad política ecuatoriana de la última década y que incluso nos llevó a perder nuestra moneda (el sucre), símbolo natural de la soberanía nacional.

La metamorfosis de esas estructuras tuvo dos elementos esenciales: el desmonte de la estructura económica neoliberal que en 20 años había desarmado el Estado y llevado a la diáspora a casi 3 millones de compatriotas; y, la necesidad de una revolución política y jurídica que aparte de modificar el sistema electoral transformara la noción tradicional de democracia representativa, entendida como supremacía absoluta de una mayoría, por la idea de democracia constitucional y participativa, pensada como camino de realización de la supremacía de la Constitución. También estaba en la idea de los constituyentes acabar con la subordinación y hegemonía del congreso legislativo sobre las funciones primarias de control.

Pero una cosa es plantear el objetivo y otra cosa conseguirlo. El primer problema que debimos sortear la mayoría de los ecuatorianos que creímos en la necesidad de un cambio de rumbo, fue el rechazo al proceso por parte de los poderes tradicionales representados en los partidos políticos que habían manejado el país en los últimos 25 años.

En efecto, los partidos políticos, no solo habían sido los protagonistas fundamentales de vulneraciones muy importantes a la Democracia en el Ecuador, a través de su participación activa y protagónica en procesos de desinstitucionalización bien conocidos, que llevaron a la salida del poder de tres Presidentes constitucionales en menos de 10 años, y personeros directos, por acción y por omisión de graves violaciones a la soberanía y al orden constitucional como por ejemplo, la entrega de la base militar de Manta al Gobierno de los Estados Unidos o la dolarización; sino que, ya en tiempos recientes, este poder político tradicional que dominaba el Congreso Nacional, se negó a darle trámite a la consulta popular que buscaba viabilizar la realización de una Asamblea Constituyente.

El resultado de este boicot, fue la destitución por parte de las máximas autoridades de electorales (Tribunal Supremo Electoral) de la época de los 57 legisladores que contrariando las disposiciones constitucionales y legales se negaron a dar trámite a la consulta, y la posterior revocatoria del mandato de todos los miembros de la función legislativa elegidos en el 2006.

Una vez iniciada la Constituyente, esta actitud reaccionaria y provocadora fue ampliamente rechazada por el pueblo ecuatoriano y sus representantes a la hora de la configuración institucional del poder. El resultado fue la asunción del poder legislativo por parte de la Asamblea Constituyente de plenos poderes y la pérdida de importantes competencias por parte de la nueva función legislativa en relación con el anterior congreso. Al respecto merece la pena recordar que en la anterior Constitución ecuatoriana, la de 1998, la función legislativa había asumido no solo las tradicionales atribuciones de legislación y control político sino que además había monopolizado y abusado de la potestad nominadora y de

designación de la gran mayoría de los cargos públicos, especialmente de los relacionados con los poderes de control.

El proceso constituyente término con la aprobación de una nueva Constitución que establece un nuevo Estado democrático integralmente coherente donde la parte orgánica de la Constitución y la estructura del Estado en su conjunto está ordenado y dirigido a la realización efectiva de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos.

2. Principio democrático y Función legislativa

Vistas así las cosas, se podría argumentar que la nueva posición Constitucional de la función legislativa significa un deterioro importante de la calidad democrática del Ecuador, en la medida en que minimiza el rol institucional de una de las funciones que goza de legitimidad democrática directa, sin embargo, en mi opinión, se puede decir, que la actual hora amarga de los órganos de la función legislativa, con su legitimidad afectada y sus funciones gravemente disminuidas, no implica en realidad un ataque o minusvaloración del principio democrático; todo lo contrario: En el Ecuador los abusos de la función legislativa en el manejo de las funciones públicas generó un fortalecimiento del principio democrático a través de la participación directa del constituyente primario en la elaboración de leyes y en la atribución directa al pueblo de importantes funciones de fiscalización y control a través de la nueva función de transparencia y control social.

Esto por supuesto se traduce en una paradoja aparente: por una parte hay una manifiesta pérdida de poder y relevancia institucional de la Asamblea Nacional, que evidentemente ha sufrido una disminución sustancial de sus atribuciones y de su peso político; pero por otra parte le transfiere estas atribuciones directamente al pueblo, lo que en términos de calidad democrática implica un mejoramiento evidente.

Esto por supuesto implica una modificación sustancial de la teoría del poder constituyente que en la doctrina tradicional era calificado con el atributo de supraconstitucional, especial, y extraordinario, para convertirlo potencialmente en un elemento constitucional y de ejercicio permanente, pues el pueblo ejerce directamente las atribuciones que antes eran potestad de los poderes constituidos.

3. El papel de la justicia constitucional en la consolidación de la nueva democracia ecuatoriana

En lo tocante al modelo de justicia y al papel de los jueces en el nuevo ordenamiento constitucional ecuatoriano, tenemos que según el artículo 1 de la actual Constitución, el nuevo Estado ecuatoriano es un Estado Constitucional de los Derechos y Justicia, además de plurinacional e intercultural.

Este cambio aparentemente semántico tiene una significación enorme porque implica la superación definitiva, en el Ecuador, del Estado legalista o de legalidad, que había prevaecido en el país desde los inicios de la República, allá en 1830, para adoptar el llamado modelo constitucional garantista o garantizado.

El paradigma constitucional garantista pretende en última instancia la rematerialización de la Constitución a través de su conversión en norma jurídica plenamente eficaz. Como se sabe, el objetivo principal de este modelo de Constitución es justamente garantizar efectivamente los derechos de las personas mediante un sistema de garantías jurídicas eficaz y moderno, al igual que se ha integrado, al ejercicio y garantía de sus derechos específicos a las nacionalidades y pueblos culturalmente diferenciados.

Ahora bien, cumplir con este designio implica, como es obvio, transformaciones en la propia estructura y funcionamiento del Estado que se convierte en un “Estado jurisdiccional” debido a la metamorfosis del rol de los jueces que asumen un papel activo y esencial en el proceso de creación del derecho vigente y se convierten en realizadores materiales de los valores y principios constitucionales.

La estructura del Estado se modifica en tanto se produce una superación radical de la teoría de la separación de poderes en la versión clásica montesquiana. Particularmente, en lo que atañe a la función judicial, la asunción de este modelo garantista de Estado implica cambiar la tradicional imagen de los jueces como “poder invisible y nulo” para transformarlos en eje articulador y garantía básica de la existencia misma del Estado, a través de su labor de intérpretes y aplicadores de los actos normativos y de poder del resto de las funciones públicas.

En ese sentido, a partir de que los jueces se convierten en agentes esenciales de la axiología constitucional, la práctica judicial se transforma. Concretamente esta deja de ser una mera operación de subsunción de normas para convertirse en un proceso fundamentalmente retórico donde la argumentación y la hermenéutica son los principales actores en el escenario privilegiado de acción judicial.

Por supuesto que este modelo de Constitución y de Justicia choca, en el caso ecuatoriano, con la cultura jurídica dominante en el país, que es, como la mayoría de las latinoamericanas, tributaria de la visión más atrasada del positivismo jurí-

dico europeo, visión que como hemos dicho condena a los jueces a desempeñar un rol totalmente dependiente y mecánico frente a los otros poderes públicos, y que convierte al juez en un verdadero autómatas ciego cuya subjetividad social, moral y política en nada incide a la hora de tomar decisiones jurisdiccionales.

Al contrario de esta visión, la nueva Constitución ecuatoriana, representa una ruptura epistemológica radical respecto del modelo de jurisdicción y de justicia existente en el pasado, reemplazándolo por un orden jurídico en donde el ejercicio de la función judicial se transforma en el mecanismo básico de generación de legitimidad del sistema político, lo cual quiere decir que a partir del momento en que se asume este modelo constitucional, los jueces comenzarán a participar realmente en la definición y control de las políticas públicas a raíz de la necesaria aplicación directa e inmediata de los derechos constitucionales.

Un modelo jurídico como el aquí esbozado implica por supuesto que el tránsito de la regla general a la decisión concreta se hace mediante un proceso de argumentación e interpretación, sobre la base del sentido común, de los valores y del balance de interés político del juez, que tiene como antecedente la idea de justicia imperante en la sociedad, de tal suerte que el **derecho vigente** no se halla en la leyes debidamente aprobadas, sino que la realidad del derecho se encuentra, como decía Alf Ross en la década de los años cincuenta del siglo pasado, en realidad, en las acciones de los tribunales.

Si asumimos como verdadero que en este modelo constitucional garantista, el derecho vigente es aquel efectivamente aplicado por los jueces, obviamente que esto implica la previa garantía de la independencia de los jueces para tomar las decisiones constitucionales. Independencia en la toma de las decisiones concretas (conocida como independencia interna) pero también y fundamentalmente una independencia externa entendida como autonomía política, administrativa y financiera de la función judicial respecto de los demás poderes del Estado, lo cual sin embargo no puede ser entendido como patente de corso para la irresponsabilidad o la autarquía.

Ahora bien, esa independencia sin embargo está limitada por una decisión política ideológica del propio constituyente: los jueces ecuatorianos estamos obligados a ser los primeros defensores de la Constitución; aspecto que implica, de hecho, asumir y aceptar una militancia ideológica en las toldas del constitucionalismo garantista.

La primera consecuencia de esa obligada militancia pasa por aceptar que la existencia de las garantías jurisdiccionales de los derechos es el elemento esencial de la existencia del Estado Constitucional de derecho; así como asumir como ciertos los límites que los derechos fundamentales implican para el principio democrático. En ese sentido, nuestra correcta actuación como jueces constitu-

cionales no depende de la existencia de un correcto enunciado normativo constitucional, cuanto de la aplicación que de ese enunciado normativo hagan los propios jueces, para convertirlas en normas vigentes, de acuerdo con los postulados básicos de la ideología constitucional.

Y ahí es donde, en el caso ecuatoriano actual llegamos a un punto crítico, en la medida en que la aplicación práctica y la interpretación de las llamadas garantías judiciales de los derechos es competencia exclusiva de los jueces ordinarios. Estos por supuesto deben estar teóricamente preparados para asumir esa grave responsabilidad.

Pero la cuestión no es fácil: la constitucionalización del derecho implica fundamentalmente, y antes que todo, una revolución cultural que como todo cambio cultural es de largo aliento. No depende entonces, aunque se deba comenzar por ahí, de un simple proceso de formación o capacitación de los operadores jurídicos, sino que es en realidad una cuestión de decisión ideológica personal y colectiva: los jueces constitucionales, en el contexto del neoconstitucionalismo se convierten por propia definición, en agentes revolucionarios y por lo tanto en sujetos progresistas.

Y esa situación es algo que no depende de la mayor o menor independencia del juez, sino de la asunción de nuestra condición de realizadores concretos de los valores y principios de la Constitución y de nuestra apropiación entusiasta del constitucionalismo como ideología.

Como vemos el reto es inmenso, por el riesgo de fracaso y la labor futura titánica, pero sin lugar a dudas emocionante y sustancial para el futuro de la sociedad ecuatoriana.

4. *Conclusión*

Llegados aquí es necesario construir una conclusión provisional. Lejos de la imagen apocalíptica de muchos juristas ecuatorianos que identifican la constitucionalización del derecho con el "*fin de la república*", el proceso constituyente de 2008 ha representado un fortalecimiento sin precedentes en la historia jurídica del país, tanto del principio democrático como de la función judicial pues la nueva Constitución le otorga al pueblo como titular del poder constituyente la grave función de control de los actos de los poderes públicos, y a los jueces constitucionales les entrega la garantía última y definitiva de la eficacia del modelo constitucional en su conjunto.

LA DEMOLICIÓN DE LAS INSTITUCIONES JUDICIALES Y DE DESTRUCCIÓN DE LA DEMOCRACIA. LA EXPERIENCIA VENEZOLANA

Por: Allan R. Brewer-Carías

Profesor Emérito de la Universidad Central de Venezuela

Profesor Honorario de las Universidades Externado de Colombia, Javeriana y Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario

Hablar sobre “Las Instituciones Judiciales y la Democracia” en Venezuela, en la actualidad, es realmente una tarea imposible o, al menos, sería una ficción.

Venezuela carece de un sistema propio de un Estado de derecho, y las instituciones judiciales, en lugar de haber sido las garantes del mismo y de haber contribuido al afianzamiento de la democracia – que de paso sea dicho, es mucho más que elecciones periódicas; – han sido los instrumentos más arteros para afianzar el autoritarismo y dismantelar la democracia como régimen político. Por ello, en lugar de referirme al tema de “Las Instituciones Judiciales y la democracia,” a lo que me puedo referir es al despiadado proceso de demolición continua de las instituciones judiciales y de destrucción de la democracia que el país ha sufrido durante la última década.¹

1 Véase, en general, Allan R. Brewer-Carías, “La progresiva y sistemática demolición de la autonomía e independencia del Poder Judicial en Venezuela (1999-2004),” en XXX Jornadas J.M Dominguez Escovar, Estado de Derecho, Administración de Justicia y Derechos Humanos, Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, Barquisimeto 2005, pp. 33-174; Allan R. Brewer-Carías, “El constitucionalismo y la emergencia en Venezuela: entre la emergencia formal y la emergencia anormal del Poder Judicial” en Allan R. Brewer-Carías, Estudios Sobre el Estado Constitucional (2005-2006), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007, pp. 245-269; y Allan R. Brewer-Carías “La justicia sometida al poder. La ausencia de independencia y autonomía de los jueces en Venezuela por la interminable emergencia del Poder Judicial

Ese proceso comenzó, precisamente, con la ilegítima presión que a finales de 1998 ejerció el entonces Presidente electo Hugo Chávez Frías, sobre la antigua Corte Suprema, la cual con unas ambiguas decisiones dictadas en enero de 1999, abrió la vía para la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente de aquel año, que no estaba prevista en la Constitución como mecanismo para su reforma.² Asamblea Constituyente que, lamentablemente, fue la que inició el proceso de demolición de las instituciones judiciales y del Estado de derecho,³ siendo el resultado, luego de una larga década, que el país se encuentra sometido a un gobierno autoritario donde si bien hay elecciones, sin embargo, no está asegurado el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales; ni la existencia de un régimen plural de partidos y organizaciones políticas; ni la separación e independencia de los poderes públicos; ni la transparencia de las actividades gubernamentales o la probidad y responsabilidad en la gestión pública; ni la libertad de expresión y de prensa; y ni siquiera la subordinación de las instituciones del Estado a la autoridad civil, pues lo que existe en definitiva es un régimen militar.

El primer producto de aquel proceso constituyente fue la sanción en 1999 de una nueva Constitución, considerada por muchos como una de las mejores de América Latina; afirmación con la cual sin embargo, nunca estuve de acuerdo excepto en lo que se refiere precisamente a sus previsiones en materia de derechos humanos, de independencia judicial y de justicia constitucional. Todas ellas, sin embargo y lamentablemente, son letra muerta. Como miembro de aquella Asamblea Nacional Constituyente contribuí a la redacción de muchas de esas disposi-

(1999-2006)” en Cuestiones Internacionales. Anuario Jurídico Villanueva 2007, Centro Universitario Villanueva, Marcial Pons, Madrid 2007, pp. 25-57, disponible en www.allanbrewercarias.com, (Biblioteca Virtual, II.4. Artículos y Estudios No. 550, 2007) pp. 1-37. Véase también Allan R. Brewer-Carías, Historia Constitucional de Venezuela, Editorial Alfa, Tomo II, Caracas 2008, pp. 402-454.

- 2 Véase Allan R. Brewer-Carías, “La configuración judicial del proceso constituyente o de cómo el guardián de la Constitución abrió el camino para su violación y para su propia extinción”, en Revista de Derecho Público, N° 77-80, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999, pp. 453 y ss.; y Golpe de Estado y proceso constituyente en Venezuela, UNAM, México, 2001, pp. 60 y ss.
- 3 Véase en general Allan R. Brewer-Carías, “El autoritarismo establecido en fraude a la Constitución y a la democracia y su formalización en “Venezuela mediante la reforma constitucional. (De cómo en un país democrático se ha utilizado el sistema eleccionario para minar la democracia y establecer un régimen autoritario de supuesta “dictadura de la democracia” que se pretende regularizar mediante la reforma constitucional)” en el libro Temas constitucionales. Planteamientos ante una Reforma, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, FUNEDA, Caracas 2007, pp. 13-74; “La demolición del Estado de Derecho en Venezuela Reforma Constitucional y fraude a la Constitución (1999-2009),” en El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho, No. 6, Editorial Iustel, Madrid 2009, pp. 52-61

ciones; pero también fui de los pocos Constituyentes que abogó por el rechazo de dicha Constitución en el referéndum de diciembre de 1999.

Pero lo más frustrante de esta celebrada Constitución es que durante su vigencia ha sido constantemente violada por todas las ramas del Poder Público, y más grave aún, precisamente por las instituciones judiciales, en particular, por el Tribunal Supremo de Justicia y su Sala Constitucional la cual como una suerte de Corte Constitucional, fue concebida para ser la garante de la supremacía constitucional. Pero, contrariamente a ese rol, la Sala Constitucional en Venezuela, estando totalmente controlada por el Poder Ejecutivo, ha sido precisamente el mecanismo utilizado para erosionar el Estado de derecho y apuntalar el autoritarismo, legitimando todas las violaciones institucionales que se han producido, y además para el falseamiento de la Constitución lo que ocurre cuando se otorga “a las normas constitucionales una interpretación y un sentido distinto del que realmente tienen, lo que es en realidad una modificación no formal de la Constitución misma.”⁴

Ese proceso de desmantelamiento del Estado de derecho y de falseamiento o mutación de la Constitución, incluso puede decirse que se inició a comienzos del mismo año 1999 cuando el entonces recién electo Presidente, el mismo día de la toma de posición de su cargo (2 de febrero de 1999), convocó por Decreto, sin fundamento constitucional alguno,⁵ un referéndum consultivo para la convocatoria de una Asamblea Constituyente, sólo dos semanas después de que la mencionada y muy presionada Corte Suprema de la época dictara las antes indicadas ambiguas sentencias de 19 de enero de 1999,⁶ en las cuales, sin decidir lo que se le había requerido que era si se podía o no convocar dicha Asamblea no prevista en la Constitución sin reformarla previamente, abrió la vía para su convocatoria.

Entonces, el dilema que debía resolverse era entre soberanía popular y supremacía constitucional, el mismo dilema que una década antes se había planteado aquí en Colombia en 1991 – tema que recuerdo haber conversado hace 20 años en París, en 1990, con el organizador de este Seminario, el Consejero William Zambrado, entonces joven estudiante del postgrado de la Facultad de

4 Véase en Revista de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, No. 105, Caracas 2006, pp. 76 ss.

5 Véase Decreto No. 3 de 2 de febrero de 1999, en Gaceta Oficial N° 36.634 de 02-02-99.

6 Véase el texto de las sentencias en Allan R. Brewer-Carías, Poder Constituyente Originario y Asamblea Nacional Constituyente, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1998, pp. 25 a 53; y véanse los comentarios a dichas sentencias en ese mismo libro, pp. 55 a 114 y en Allan R. Brewer-Carías, Asamblea Constituyente y Ordenamiento Constitucional, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 1998, pp. 153 a 228. Igualmente en Revista de Derecho Público, N° 77-80, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999, pp. 56 y ss. y 68 y ss.

Derecho en la Place du Panthéon y yo ya viejo Profesor en dicha Facultad, – y que aquí logró resolverse después de una enjundiosa decisión de la antigua Corte Suprema que dio paso a una evolución democrática ejemplar. El mismo dilema se planteó el año pasado en Honduras, donde los jueces contencioso administrativos lo resolvieron en otra forma, prohibiendo la realización de una consulta popular para violentar la Constitución.⁷ En Venezuela, en cambio, en 1999, el juez contencioso administrativo que en ese momento era la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, se abstuvo de resolver el dilema planteado, dejando irresponsablemente a la libre interpretación de todos, el curso de los acontecimientos.⁸

El resultado fue precisamente la inicial e inconstitucional decisión del Presidente Chávez⁹ adoptada con base en su propia interpretación de la ausencia de decisión judicial expresa por parte de la Corte Suprema,¹⁰ conduciendo el proceso a la elección, en Julio de 1999, de una Asamblea Constituyente hecha a su medida y completamente controlada por sus seguidores, conforme a un estatuto que él mismo impuso y que no fue objeto de consulta o consenso político alguno. Esa Asamblea, como dije, y de la cual formé parte, fue el principal instrumento utilizado por el Presidente – con mis votos salvados en todos los casos – para materializar el vio-

7 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Reforma Constitucional, Asamblea Constituyente y Control Judicial: Honduras (209), Ecuador (2007) y Venezuela (1999)*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2009.

8 Sobre esta decisión de la sentencia, por ejemplo, Lolymer Hernández Camargo señaló: “lejos de dar una respuesta directa a la importante interrogante planteada, abre la posibilidad para que se realice el referendo consultivo, pero no establece con precisión el mecanismo que permita tal convocatoria, sino que entrega tal cometido a los ‘órganos competentes’” en *La Teoría del Poder Constituyente. Un caso de estudio: el proceso constituyente venezolano de 1999*, UCAT, San Cristóbal, 2000, pp. 54 a 63.

9 Véase el texto de la acción de nulidad intentada contra el decreto presidencial en Allan R. Brewer-Carías, *Asamblea Constituyente y Ordenamiento Constitucional*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 1999, pp. 255 a 321. Véase además, Carlos M. Escarrá Malavé, *Proceso Político y Constituyente*, Caracas 1999, anexo 4.

10 Lo que la propia Corte trató luego de corregir en un tímido y tardío intento de rectificación en sentencias de marzo y abril de 1999 (Véase en Allan R. Brewer-Carías, *Poder Constituyente Originario y Asamblea Nacional Constituyente*, Caracas 1999, pp. 169 a 185 y 190 a 198. Igualmente en *Revista de Derecho Público*, N° 77–80, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999, pp. 73 y ss., y 85 y ss), provocando que el propio Presidente también tuviera a su vez que rectificar en sus propósitos absolutistas, como consta del “Aviso Oficial” publicado en G.O. N° 36.658 de 10–03–99, con las bases de la convocatoria de la asamblea nacional constituyente, para ser sometida para la aprobación del pueblo en el referéndum convocado para el 25 de abril de 1999.

lento asalto político al poder y a todas las ramas del Poder Público que se produjo, ignorando las previsiones de la entonces en vigencia Constitución de 1961.¹¹

Esa Asamblea Constituyente, aun cuando no fue el producto de un golpe de Estado militar como tantas otras en nuestra historia política,¹² técnicamente fue el resultado de un golpe de Estado dado contra la Constitución,¹³ y adicionalmente, fue en si misma el instrumento usado para dar un golpe de Estado continuado contra los poderes constituidos.¹⁴ La Asamblea Constituyente, en efecto, intervino todos los poderes públicos existentes electos y constituidos unos meses antes,¹⁵ en particular, el Poder Judicial, cuya autonomía e independencia comen-

11 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Golpe de Estado y proceso constituyente en Venezuela*, op. cit., p. 160.

12 Véase sobre las Asambleas Constituyentes y sus actos en la historia de Venezuela, Elena Plaza y Ricardo Combellas (Coordinadores), *Procesos Constituyentes y Reformas Constitucionales en la Historia de Venezuela: 1811–1999*, Universidad Central de Venezuela, 2 Tomos, Caracas 2005; Allan R. Brewer-Carías, *Las Constituciones de Venezuela*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2 vols., Caracas 2008; *Historia Constitucional de Venezuela*, Editorial Alfa, 2 vols, Caracas 2008.

13 La Asamblea asumió, en su Estatuto, un “poder constituyente originario.” Véase en *Gaceta Constituyente (Diario de Debates)*, Agosto–Septiembre 1999, Sesión de 07–08–99, N° 4, p. 144. En el acto de instalación, el presidente de la Asamblea señaló que “la Asamblea Nacional Constituyente es originaria y soberana”, en *Gaceta Constituyente (Diario de Debates)*, Agosto–Septiembre 1999, Sesión de 03–08–99, N° 1, p. 4. Véase el texto, además, en *Gaceta Oficial* N° 36.786 de 14–09–99. Como ha señalado Lolymar Hernández Camargo, con la aprobación del Estatuto “quedó consumada la inobservancia a la voluntad popular que le había impuesto límites a la Asamblea Nacional Constituyente... Se auto proclamó como poder constituyente originario, absoluto e ilimitado, con lo cual el Estado perdió toda razón de ser, pues si se mancilló la voluntad popular y su manifestación normativa (la Constitución), no es posible calificar al Estado como de derecho ni menos aun democrático”, en *La Teoría del Poder Constituyente*, cit., p. 73. Véase los votos salvados por razones de inconstitucionalidad respecto de la aprobación del Estatuto en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente, (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)* tomo I, (8 agosto–8 septiembre 1999), Caracas 1999, pp. 15 a 39. Así mismo, en *Gaceta Constituyente (Diario de Debates)*, Agosto–Septiembre 1999, Sesión de 07–08–99, N° 4, pp. 6 a 13

14 Véase Allan R. Brewer-Carías, “Constitution Making in Defraudation of the Constitution and Authoritarian Government in Defraudation of Democracy. The Recent Venezuelan Experience”, en *Lateinamerika Analysen*, 19, 1/2008, GIGA, Germa Institute of Global and Area Studies, Institute of Latin American Studies, Hamburg 2008, pp. 119-142

15 Véase Decreto mediante el cual se declara la reorganización de todos los órganos del Poder Público” de fecha 12 de agosto de 1999, en *Gaceta Oficial* N° 36.764 de 13–08–99; Decreto mediante el cual se regulan las funciones del Poder Legislativo de 25 de agosto de 1999, en *Gaceta Oficial* N° 36.772 de 25–08–99. Sobre esto último,

zó a ser sistemáticamente demolida.¹⁶ Y todo ello ocurrió, lamentablemente, con el consentimiento y complicidad de la antigua Corte Suprema la cual avaló la creación de una Comisión de Emergencia Judicial, llegando incluso a nombrar a uno de sus Magistrados como miembro de la misma.¹⁷ Esa Comisión, once años después, continúa en funcionamiento en violación de la nueva Constitución, aun cuando con otro nombre.

Todos estos actos de la Asamblea Constituyente fueron impugnados ante la entonces ya completamente sometida Corte Suprema, la cual en otra altamente criticada decisión dictada el 14 de octubre de 1999,¹⁸ avaló la constitucionalidad de los mismos reconociendo supuestos poderes supra-constitucionales de la Asamblea. Era, sin duda, la única forma que tenía la Corte Suprema para justificar la inconstitucional intervención de los Poderes Públicos, por lo cual habría de pagar un muy alto precio, como fue el de su propia existencia. Con esas decisiones, en realidad la Corte Suprema había firmado su propia sentencia de muerte, desapareciendo del panorama institucional dos meses después, como la primera de las víctimas del gobierno autoritario al cual había ayudado a apoderarse del poder.

Esto sucedió el 22 de diciembre del mismo año 1999, cuando la Asamblea Constituyente, una semana después de aprobada de Constitución por voto popular (15 de diciembre de 1999), dictó un acto “constituyente” violando, a la vez, la antigua (que estaba aún vigente) Constitución de 1961) y la sancionada (aún no

véase en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, tomo I, op. cit., pp. 75 a 113; y en *Gaceta Constituyente* (Diario de Debates), Agosto–Septiembre 1999, cit., Sesión de 25–08–99, N° 13, pp. 12 a 13 y 27 a 30 y Sesión de 30–08–99, N° 16, pp. 16 a 19. Con posterioridad, sin embargo, y con la intermediación de la Iglesia Católica, el 9–9–99, la directiva de la Asamblea llegó a un acuerdo con la directiva del Congreso, con lo cual, de hecho, se dejó sin efecto el contenido del Decreto, siguiendo el Congreso funcionando conforme al régimen de la Constitución de 1961. Véase el texto del Acuerdo en *El Nacional*, Caracas 10–9–99, p. D–4

16 El 19 de agosto de 1999, la Asamblea Nacional Constituyente resolvió declarar “al Poder Judicial en emergencia,” *Gaceta Oficial* N° 36.772 de 25–08–99 reimpreso en *Gaceta Oficial* N° 36.782 de 08–09–99. Véase en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, tomo I, op. cit., p. 57 a 73; y en *Gaceta Constituyente* (Diario de Debates), Agosto–Septiembre de 1999, cit., Sesión de 18–08–99, N° 10, pp. 17 a 22. Véase el texto del Decreto en *Gaceta Oficial* N° 36.782 de 08–09–99.

17 Acuerdo de la Suprema de Justicia de 23 de agosto de 1999. Véanse nuestros comentarios sobre el Acuerdo en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente*, tomo I, op. cit., pp. 141 y ss. Véanse además, los comentarios de Lolymar Hernández Camargo, *La Teoría del Poder Constituyente*, cit, pp. 75 y ss.

18 Véase sentencia en el Caso: Impugnación del Decreto de Regulación de las Funciones del Poder Legislativo, en *Revista de Derecho Público*, N° 77–80, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999, pp. 111 y ss.

publicada) Constitución de 1999,¹⁹ eliminando la misma Corte Suprema, y destituyendo sus magistrados junto con todos los demás altos funcionarios del Estado, incluso los que habían sido electos un año antes. Esto lo logró la Asamblea dictado un Decreto de Transición del Poder Público,²⁰ con disposiciones no aprobadas popularmente. Mediante este Decreto se organizó el nuevo Tribunal Supremo nombrándose los Magistrados sin cumplirse con las exigencias establecidas en la nueva Constitución, el cual resultó integrado completamente por personas adeptas al gobierno; transformándose la Comisión de Emergencia Judicial en una Comisión de Reorganización y Funcionamiento del Poder Judicial destinada a remover a los jueces sin debido proceso, la cual continúa hoy existiendo, con el aval del Tribunal Supremo. Ese Tribunal Supremo, como se ha dicho, ha sido precisamente el que durante la última década ha sido el más terrible instrumento para la consolidación del autoritarismo en el país.

Transcurridos once años de aquél proceso constituyente, el resultado ha sido la imposición a los venezolanos de un sistema de Estado centralizado y militarista, basado en la concentración del poder y en un modelo político de un régimen socialista por el cual nadie ha votado, montado sobre una supuesta “democracia participativa” manejada por instituciones directamente controladas desde el poder central. En todo caso, de aquél proceso constituyente, además de haber sido el instrumento para el conducir el asalto al poder y materializar el apoderamiento de todas las ramas del Poder Público, quedó el texto de la Constitución de 1999, la cual a pesar de los avances que contiene por ejemplo en la formulación de los de derechos humanos, también contiene previsiones que han sido utilizadas para reforzar la concentración del poder, la centralización del Estado, el extremo presidencialismo y la casi ilimitada participación del Estado en las actividades económicas, todo en general y a pesar de toda la retórica “participativa,” marginalizando a la sociedad civil de las actividades públicas.

Todas estas deformaciones institucionales condujeron incluso al Presidente de la República en 2007, a proponer una reforma constitucional tendiente a consolidar formalmente en el texto mismo de la Constitución, un Estado socialista, centralizado, militarista y policial;²¹ reforma que fue sancionada por la Asamblea Nacional violando la propia Constitución que solo permite que reformas constitucionales

19 Véase en Gaceta Constituyente (Diario de Debates), Noviembre 1999–Enero 2000, cit., Sesión de 22–12–9, N° 51, pp. 2 y ss. Véase Gaceta Oficial N° 36.859 de 29–12–99; y Gaceta Oficial N° 36.860 de 30–12–99.

20 Véase en Gaceta Oficial N° 36.859 de 29–12–99.

21 Véase Allan R. Brewer-Carías, *Hacia la consolidación de un Estado Socialista, Centralizado, Policial Y Militarista. Comentarios sobre el sentido y alcance de las propuestas de reforma constitucional 2007*, Colección Textos Legislativos, No. 42, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007.

sustantivas de ese tipo sean aprobadas mediante la convocatoria de una Asamblea Constituyente. Por supuesto, el Tribunal Supremo, muy diligentemente, se negó a pronunciarse sobre el fraude constitucional que se estaba ejecutando, y en múltiples decisiones declaró “improponibles” las demandas de nulidad ejercidas contra el viciado proyecto de reforma,²² lo contrario, por cierto, a lo que hizo por ejemplo, la Corte Constitucional de este país, hace unos meses, respecto de la Ley sobre la reforma constitucional referida al tema de la reelección presidencial.²³

Afortunadamente, sin embargo, fue el pueblo quien rechazó mediante referendo el 2 de diciembre de 2007 la fraudulenta reforma constitucional propuesta por el Presidente; rechazo que desafortunadamente ha sido sistemáticamente burlado por el gobierno, el cual durante los últimos tres años, en un nuevo y continuo fraude no sólo a la Constitución sino a la voluntad popular, ha venido implementando las rechazadas reformas constitucionales mediante legislación ordinaria y decretos leyes delegados inconstitucionalmente sancionados, y que el Tribunal Supremo se ha abstenido de controlar.²⁴ Así ocurrió, por ejemplo, mediante varios de los Decretos Leyes dictados en ejecución de la Ley habilitante de febrero de 2007,²⁵ tendientes, por ejemplo, a establecer la planificación centralizada,²⁶ im-

22 Véase el estudio de las respectivas sentencias en Allan R. Brewer-Carías, “El juez constitucional vs. la supremacía constitucional. O de cómo la Jurisdicción Constitucional en Venezuela renunció a controlar la constitucionalidad del procedimiento seguido para la “reforma constitucional” sancionada por la Asamblea Nacional el 2 de noviembre de 2007, antes de que fuera rechazada por el pueblo en el referendo del 2 de diciembre de 2007”, en *Revista de Derecho Público*, núm. 112, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2007, pp. 661-694

23 Véase la sentencia de la Corte Constitucional sobre la Ley No. 1354 de 2009, en Comunicado No. 9, de 26 de febrero de 2010, en www.corteconstitucional.com

24 Véanse los trabajos de Lolymar Hernández Camargo, “Límites del poder ejecutivo en el ejercicio de la habilitación legislativa: Imposibilidad de establecer el contenido de la reforma constitucional rechazada vía habilitación legislativa,” en *Revista de Derecho Público*, No. 115 (Estudios sobre los Decretos Leyes), Editorial Jurídica venezolana, Caracas 2008, pp. 51 ss.; Jorge Kiriakidis, “Breves reflexiones en torno a los 26 Decretos-Ley de Julio-Agosto de 2008, y la consulta popular referendaria de diciembre de 2007”, *Idem*, pp. 57 ss.; y José Vicente Haro García, “Los recientes intentos de reforma constitucional o de cómo se está tratando de establecer una dictadura socialista con apariencia de legalidad (A propósito del proyecto de reforma constitucional de 2007 y los 26 decretos leyes del 31 de julio de 2008 que tratan de imponerla)”, *Idem*, pp. 63 ss

25 *Gaceta Oficial* 38.617, de fecha 1º de febrero de 2007

26 Véase por ejemplo, Allan R. Brewer-Carías, “Comentarios sobre la inconstitucional creación de la Comisión Central de Planificación, centralizada y obligatoria”, *Revista de Derecho Público*, No. 110, (abril-junio 2007), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007, pp. 79-89

plementar las bases del Estado Socialista y del sistema económico socialista,²⁷ y transformar la Fuerza Armada en una Fuerza Armada Bolivariana con una Milicia no prevista en la Constitución,²⁸ todo lo cual había sido rechazado el pueblo. También ha ocurrido mediante leyes, como por ejemplo, la dictada para regular el Distrito Capital como una entidad territorial totalmente dependiente del Poder Nacional,²⁹ reviviéndose el desaparecido “Distrito Federal” de 1864, contrariando abiertamente la Constitución, que lo regula como una entidad con autonomía política. Lamentablemente para el Estado de derecho, el Presidente ha estado absolutamente seguro de que la sumisa Sala Constitucional que controla, jamás ejercerá el control de constitucionalidad sobre esos textos inconstitucionales.

En este contexto, por ello, casi no resulta sorprendente oír decir al Presidente Chávez, al referirse a los decretos leyes que dictó en agosto de 2008, simplemente: “*Yo soy la Ley. Yo soy el Estado,*”³⁰ repitiendo las mismas frases que ya había dicho en 2001, aun cuando con un pequeño giro (entonces dijo “*La Ley soy yo. El Estado soy yo,*”³¹) al referirse también a la legislación delegada que había sancionado violando la Constitución y que la Sala Constitucional se ha abstenido de controlar. Esas frases, como sabemos, se atribuyeron en 1661 a Luis XIV para calificar el gobierno absoluto de la Monarquía, cuando a la muerte del cardenal Gulio Raimondo Mazarino, el Rey asumió el gobierno sin nombrar un sustituto como ministro de Estado; pero la verdad histórica es que incluso Luis XIV nunca llegó a expresar esas frases.³² Por ello, oírlas de boca de Jefe de Estado de nuestros tiempos, es suficiente para entender la trágica situación institucional de Venezuela, precisamente caracterizada por la completa ausencia de separación de poderes, de independencia y autonomía del Poder Judicial y, en consecuencia, de gobierno democrático.³³

27 Por ejemplo, Ley Orgánica de Seguridad y Soberanía Agroalimentaria, y Ley para el fomento y desarrollo de la economía popular, Gaceta Oficial N° 5.890 Extraordinaria de 31 julio de 2008.

28 Véase Ley sobre la Ley Orgánica de la Fuerza Armada Nacional, Gaceta Oficial con fecha 31 de julio de 2008.

29 Gaceta Oficial N° 39.156 de 13 de abril de 2009.

30 Expresión del Presidente Hugo Chávez Fris, el 28 de agosto de 2008. Ver en Gustavo Coronel, Las Armas de Coronel, 15 de octubre de 2008: <http://lasarmasdecoronel.blogspot.com/2008/10/yo-soy-la-leyyo-soy-el-estado.html>

31 Véase en El Universal, Caracas 4-12-01, pp. 1,1 and 2,1. Es también lo único que puede explicar, que un Jefe de Estado en 2009 pueda calificar a “la democracia representativa, la división de poderes y el gobierno alternativo” como doctrinas que “envenenan la mente de las masas.” Véase la reseña sobre “Hugo Chávez seeks to catch them young,” The Economist, 22-28 Agosto 2009, p. 33.

32 Véase Yves Guchet, Histoire Constitutionnelle Française (1789-1958), Ed. Erasme, Paris 1990, p.8.

33 Véase el resumen de esta situación en Teodoro Petkoff, “Election and Political Power.

Esto ha llevado a sucesivas e ilegítimas mutaciones de la Constitución hechas en fraude a la misma,³⁴ siendo la primera de todas en el tiempo, la comedita por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo al decidir la acción de inconstitucionalidad contra el Decreto de Transición del Poder Público dictado por la Asamblea Constituyente al margen de la voluntad popular, nombrando a los propios Magistrados del nuevo Tribunal Supremo de Justicia, quienes en lugar de inhibirse, pasaron a decidir en causa propia, apresuradamente, considerando el Decreto impugnado como “un acto de rango y naturaleza constitucional,”³⁵ y aceptando la existencia, no de uno, sino de dos regímenes constitucionales paralelos: uno aprobado por el pueblo y contenido en la Constitución de 1999; y otro, impuesto al pueblo por la Asamblea Constituyente, dictado con posterioridad a la aprobación popular de la Constitución. Con ello, el Tribunal Supremo abrió un largo e interminable periodo de inestabilidad e inseguridad constitucional que aún continúa once años después, socavando lo poco que queda de las ruinas del Estado de derecho.

El Tribunal Supremo de Justicia, lamentablemente, en lugar de cumplir con su deber como contralor de la constitucionalidad, precisamente cuando comenzaba a entrar en aplicación la nueva Constitución, decidió que ese ilegítimo régimen transitorio no estaba sometido ni a la nueva ni a la vieja Constitución,³⁶ era entonces una especie de régimen “para-constitucional” que sin embargo formaba parte del “bloque de la constitucionalidad” a pesar de no haber sido aprobado por el pueblo.³⁷

Uno de los resultados de este inconstitucional régimen de transición constitucional ha sido precisamente el nombramiento de los propios Magistrados del

Challenges for the Opposition”, en *ReVista. Harvard Review of Latin America*, David Rockefeller Center for Latin American Studies, Harvard University, Fall 2008, pp. 12. Véase además, Allan R. Brewer-Carías, “Los problemas de la gobernabilidad democrática en Venezuela: el autoritarismo constitucional y la concentración y centralización del poder,” en Diego Valadés (Coord.), *Gobernabilidad y constitucionalismo en América Latina*, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2005, pp. 73-96.

34 Véase Allan R. Brewer-Carías, “El juez constitucional al servicio del autoritarismo y la ilegítima mutación de la Constitución: el caso de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela (1999-2009)”, en IUSTEL, *Revista General de Derecho Administrativo*, No. 21, junio 2009, Madrid, ISSN-1696-9650

35 Véase sentencia N° 4 de fecha 26 de enero de 2000, caso: Eduardo García, en *Revista de Derecho Público*, N° 81, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, pp. 93 y ss.

36 Véase sentencia N° 6 de fecha 27 de enero de 2000, en *Revista de Derecho Público*, N° 81, (enero-marzo), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, pp. 81 y ss.

37 Véase sentencia de 28 de marzo de 2000, caso: Allan R. Brewer-Carías y otros, en *Revista de Derecho Público*, N° 81, (enero-marzo), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, p. 86.

Tribunal Supremo de Justicia sin cumplirse con las condiciones impuestas en la Constitución para tales nombramientos, y sin garantizarse el derecho ciudadano a participar en los mismos a través del Comité de Postulaciones Judiciales que conforme a la Constitución debía estar integrado sólo y exclusivamente por representantes de los “diversos sectores de la sociedad.” Ese Comité nunca ha sido creado, habiendo sido las normas constitucionales fraudulentamente distorsionadas al convertírsele de hecho en una simple comisión parlamentaria sujeta a la Asamblea.³⁸

Esto ocurrió en 2000, cuando la nueva Asamblea Nacional, en lugar de sancionar la Ley Orgánica del Tribunal Supremo para regular dicho Comité de Postulaciones Judiciales, lo que dictó una “Ley Especial para la Ratificación o Designación de los Funcionarios del Poder Ciudadano y Magistrados y Magistradas del Tribunal Supremo de Justicia para su Primer Periodo Constitucional,”³⁹ sin organizar el mencionado Comité de Postulaciones Judiciales. Esa Ley Especial fue incluso impugnada por la Defensora del Pueblo por inconstitucionalidad por violar el derecho a la participación política de los ciudadanos;⁴⁰ acción que hasta la fecha la Sala Constitucional no ha decidido. Lo sorprendente fue, sin embargo, que mediante una medida cautelar de amparo los Magistrados de la Sala Constitucional, en lugar de inhibirse de conocer del caso que los involucraba a ellos mismos, decidieron en causa propia, resolviendo que la Constitución no les era aplicable a ellos mismos porque supuestamente ellos no iban a ser “designados” sino “ratificados,”⁴¹ forjándose así una grotesca burla a la Constitución.

38 Véase Allan R. Brewer-Carías, “La participación ciudadana en la designación de los titulares de los órganos no electos de los Poderes Públicos en Venezuela y sus vicisitudes políticas”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo*, Año 5, N° 5-2005, San José, Costa Rica 2005, pp. 76-95.

39 Gaceta Oficial N° 37.077 del 14 de noviembre de 2000.

40 Véase *El Universal*, 14 de diciembre de 2000, pp. 1-2.

41 La Sala Constitucional adoptó el punto de vista de que ellos podían ser “ratificados” por la Ley Especial sin cumplir con la Constitución porque la Constitución sólo establecía la “postulación” de los Magistrados y no contemplaba la “ratificación” de los que ya estaban ocupando el cargo. La Sala decidió: “Consecuencia de la necesaria aplicación del Régimen de Transición de los Poderes Públicos el cual - como lo ha señalado esta Sala - tiene rango constitucional, es que es sólo con respecto a los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia que se aplicará el concepto de ratificación [concepto] que no está previsto en la Constitución, como resultado de lo cual la frase en el Artículo 21 del Régimen de Transición de los Poderes Públicos, conforme al cual se harán ratificaciones definitivas de conformidad con la Constitución, es inaplicable, ya que, como lo ha señalado previamente esta Sala, la Constitución actual no establecía (sic) normas sobre ratificación de Magistrados para el Tribunal Supremo de Justicia.” Véase Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Decisión del 12 de diciembre de 2000 en *Revista de Derecho Público* N° 84, Editorial Jurídica Vene-

Esta irregular situación continuó en 2004 cuando al fin la Asamblea Nacional sancionó la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia,⁴² aumentando de 20 a 32 el total de Magistrados, pero distorsionando las condiciones constitucionales para su nombramiento y remoción, consolidando el Comité de Postulaciones Judiciales como la referida comisión parlamentaria ampliada, sujeta a la Asamblea. Esta reforma fue criticada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su *Informe Anual de 2004*, al decir que carecía “de las salvaguardas necesarias para impedir que otras ramas del Poder Público pudieran minar la independencia del Tribunal.”⁴³

Después de esa reforma, en todo caso, el proceso de postulación y designación de los Magistrados del Tribunal Supremo, a pesar de ser de la exclusiva competencia del Poder Legislativo, fue completamente controlado por el Presidente de la República, como lo reconoció públicamente el Presidente de la Comisión parlamentaria, al punto de afirmar públicamente, además, que “En el grupo de postulados no hay nadie que vaya actuar contra nosotros.”⁴⁴

zolana, Caracas, 2000, p. 109. Véanse comentarios en Allan R. Brewer-Carías, “La participación ciudadana en la designación de los titulares de los órganos no electos de los Poderes Públicos en Venezuela y sus vicisitudes políticas” en *Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo*, Año 5, N° 5-2005, San José, Costa Rica 2005, pp. 76-95, disponible en www.allanbrewercarias.com, (Biblioteca Virtual, II.4. Artículos y Estudios No. 469, 2005) pp. 1-48.

42 Gaceta Oficial N° 37.942 del 20 de mayo de 2004. Para los comentarios sobre esta ley, véase, en general, Allan R. Brewer-Carías, *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Procesos y Procedimientos Constitucionales y Contencioso-Administrativos*, Caracas, 2004.

43 Véase IACHR, 2004 Annual Report (Follow-Up Report on Compliance by the State of Venezuela with the Recommendations made by the IACHR in its Report on the Situation of Human Rights in Venezuela [2003]), para. 174. Available at <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2004eng/chap.5b.htm>

44 Declaró a la prensa: “Si bien los diputados tenemos la potestad de esta escogencia, el Presidente de la República fue consultado y su opinión fue tomada muy en cuenta.” Añadió: “Vamos a estar claros, nosotros no nos vamos a meter autogoles. En la lista había gente de la oposición que cumplen con todos los requisitos. La oposición hubiera podido usarlos para llegar a un acuerdo en las últimas sesiones, pero no quisieron. Así que nosotros no lo vamos a hacer por ellos. En el grupo de postulados no hay nadie que vaya actuar contra nosotros.” Véase *El Nacional*, Caracas, 13 de diciembre de 2004. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos sugirió en su Informe a la Asamblea General de la OEA para 2004 que “estas normas de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia habrían facilitado que el Poder Ejecutivo manipulara el proceso de elección de magistrados llevado a cabo durante 2004.” Véase Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre Venezuela 2004*, párrafo 180.

Ha sido esa configuración del Tribunal Supremo, altamente politizada y sujeta a los deseos del Presidente, lo que ha permitido la completa eliminación de la autonomía del Poder Judicial, y por ende, la separación de poderes, permitiendo al gobierno ejercer un control absoluto sobre el Tribunal y en particular, sobre su Sala Constitucional. Ello ha llegado al punto, por ejemplo, de que en algún caso en el cual el Tribunal dictó una absurda sentencia “reformando” la Ley de Impuesto sobre la Renta,⁴⁵ el Presidente la criticó, pero no por su absurdo contenido, sino porque se hubiese dictado sin consultar previamente al “líder de la Revolución,” advirtiendo a los tribunales que eso de decidir sin que se le consultaran los asuntos, podía considerarse “traición al Pueblo” o a “la Revolución.”⁴⁶

Y ha sido mediante el control ejercido sobre del Tribunal Supremo, que en Venezuela es el órgano encargado del gobierno y administración del sistema judicial, que el gobierno ha ejercido un control político sobre la universalidad de las instituciones judiciales, con la cooperación de la sobreviviente Comisión de Reorganización del Poder Judicial, legitimizada por el propio Tribunal Supremo. Con ello, se han hecho completamente inaplicables las magníficas previsiones constitucionales que buscaban garantizar la independencia y autonomía de los jueces.⁴⁷

45 Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Decisión No. 301 del 27 de febrero de 2007 (Caso: Adriana Vigilanza y Carlos A. Vecchio) (Exp. No. 01-2862) en Gaceta Oficial No. 38.635 del 1 de marzo de 2007. Véanse comentarios en Allan R. Brewer-Carías, “El juez constitucional en Venezuela como legislador positivo de oficio en materia tributaria” en Revista de Derecho Público No. 109, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007, pp. 193-212, disponible en www.allanbrewercarias.com, (Biblioteca Virtual, II.4. Artículos y Estudios No. 508, 2007) pp. 1-36; y Allan R. Brewer-Carías, “De cómo la Jurisdicción constitucional en Venezuela, no sólo legisla de oficio, sino subrepticamente modifica las reformas legales que “sanciona”, a espaldas de las partes en el proceso: el caso de la aclaratoria de la sentencia de Reforma de la Ley de Impuesto sobre la Renta de 2007” en Revista de Derecho Público No. 114, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2008, pp. 267-276, disponible en <http://www.brewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea8/Content/II.4.575.pdf>.

46 “Muchas veces llegan, viene el Gobierno Nacional Revolucionario y quiere tomar una decisión contra algo por ejemplo que tiene que ver o que tiene que pasar por decisiones judiciales y ellos empiezan a moverse en contrario a la sombra, y muchas veces logran neutralizar decisiones de la Revolución a través de un juez, o de un tribunal, o hasta en el mismísimo Tribunal Supremo de Justicia, a espaldas del líder de la Revolución, actuando por dentro contra la Revolución. Eso es, repito, traición al pueblo, traición a la Revolución..” Discurso en el Primer Encuentro con Propulsores del Partido Socialista Unido de Venezuela desde el teatro Teresa Carreño, 24 de marzo de 2007, disponible en http://www.minci.gob.ve/alocuciones/4/13788/primer_encuentro_con.html, p. 45.

47 Véase, en general, Allan R. Brewer-Carías, “La progresiva y sistemática demolición de la autonomía e independencia del Poder Judicial en Venezuela (1999-2004)”

De acuerdo con el texto constitucional, en efecto, jueces sólo pueden ser quienes entren en la carrera judicial mediante concurso público con participación ciudadana. Estos, sin embargo, nunca se han implementado, estando el Poder Judicial compuesto casi exclusivamente por jueces temporales y provisorios, sin estabilidad alguna. Desde 2003, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos⁴⁸ ha advertido sobre esta situación irregular, de manera que todavía en su *Informe Anual de 2008*, la califica como un “problema endémico” que expone a los jueces a su destitución discrecional, llamando la atención sobre el “permanente estado de emergencia al cual están sometidos los jueces.”⁴⁹

Pero si se lee el texto de la Constitución, lo que resulta es que al contrario, los jueces sólo podrían ser removidos a través de procedimientos disciplinarios conducidos por jueces disciplinarios que deben formar una Jurisdicción Disciplinaria Judicial. Sin embargo, de nuevo, esta última diez años después aún no

en XXX Jornadas J.M Dominguez Escovar, Estado de Derecho, Administración de Justicia y Derechos Humanos, Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, Barquisimeto 2005, pp. 33-174; Allan R. Brewer-Carías, “El constitucionalismo y la emergencia en Venezuela: entre la emergencia formal y la emergencia anormal del Poder Judicial” en Allan R. Brewer-Carías, Estudios Sobre el Estado Constitucional (2005-2006), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007, pp. 245-269; y Allan R. Brewer-Carías “La justicia sometida al poder. La ausencia de independencia y autonomía de los jueces en Venezuela por la interminable emergencia del Poder Judicial (1999-2006)” en Cuestiones Internacionales. Anuario Jurídico Villanueva 2007, Centro Universitario Villanueva, Marcial Pons, Madrid 2007, pp. 25-57, disponible en www.allanbrewercarias.com, (Biblioteca Virtual, II.4. Artículos y Estudios No. 550, 2007) pp. 1-37. Véase también Allan R. Brewer-Carías, Historia Constitucional de Venezuela, Editorial Alfa, Tomo II, Caracas 2008, pp. 402-454.

48 Un juez provisorio es un juez designado mediante un concurso público. Un juez temporal es un juez designado para cumplir una tarea específica o por un periodo específico de tiempo. En 2003, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos indicó que había sido: “informada que sólo 250 jueces han sido designados por concurso de oposición de conformidad a la normativa constitucional. De un total de 1772 cargos de jueces en Venezuela, el Tribunal Supremo de Justicia reporta que solo 183 son titulares, 1331 son provisorios y 258 son temporales.” Reporte sobre la Situación de Derechos Humanos en Venezuela; OAS/Ser.L/V/II.118. doc.4rev.2; 29 de diciembre de 2003, par. 174, disponible en <http://www.cidh.oas.org/countryrep/Venezuela2003eng/toc.htm>. La Comisión también agregó que “un aspecto vinculado a la autonomía e independencia del Poder Judicial es el relativo al carácter provisorio de los jueces en el sistema judicial de Venezuela. Actualmente, la información proporcionada por las distintas fuentes indica que más del 80% de los jueces venezolanos son ‘provisionales.’” Id., par. 161.

49 Véase Annual Report 2008 (OEA/Ser.L/V/II.134. Doc. 5 rev. 1. 25 febrero 2009), para. 39

ha sido creada, habiendo asumido la función disciplinaria la antes mencionada Comisión ad hoc,⁵⁰ la cual, además de remover a los jueces en forma discrecional sin garantía alguna del debido proceso,⁵¹ como lo destacó la misma Comisión Interamericana en su *Informe de 2009*, lo peor es que ella misma, no goza de independencia, pues sus integrantes son de la libre remoción discrecional de la Sala Constitucional.⁵²

Esa Comisión de Reorganización, por tanto, literalmente ha “depurado” la judicatura de jueces que no están en línea con el régimen autoritario, como lo ha reconocido la propia Sala Constitucional,⁵³ removiendo discrecionalmente jueces que puedan haber dictado decisiones que no han complacido al Ejecutivo. Esto ha llevado a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a decir, en el mismo *Informe Anual de 2009*, que “en Venezuela los jueces y fiscales no gozan de la garantía de permanencia en su cargo necesaria para asegurar su independencia en relación con los cambios de políticas gubernamentales.”⁵⁴

Uno de los casos emblemáticos que muestra esta aberrante situación tuvo lugar en 2003, cuando la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo dictó una medida cautelar suspendiendo la ejecución de un programa de contratación pública de médicos extranjeros sin licencia, para programas sociales de atención médica; medida que se dictó a solicitud del Colegio de Médicos de Caracas que alegaba discriminación contra los médicos licenciados.⁵⁵ La respuesta del Go-

50 La Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia ha resuelto que la remoción de jueces temporales es una facultad discrecional de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, la cual adopta sus decisiones sin seguir procedimiento administrativo alguno. Véase Decisión No. 00463-2007 del 20 de marzo de 2007; Decisión No. 00673-2008 del 24 de abril de 2008 (citada en la Decisión No. 1.939 del 18 de diciembre de 2008, p. 42). La Sala Constitucional ha establecido la misma posición en la Decisión No. 2414 del 20 de diciembre de 2007 y Decisión No. 280 del 23 de febrero de 2007.

51 Véase Tribunal Supremo de Justicia, Decisión No. 1.939 del 18 de diciembre de 2008 (Caso: Gustavo Álvarez Arias et al.)

52 Véase Annual Report 2009, Par. 481, en <http://www.cidh.org/annualrep/2009eng/Chap.IV.f.eng.htm>.

53 Decision N° 1.939 (Dec. 18, 2008) (Case: Abogados Gustavo Álvarez Arias y otros), in which the Constitutional Chamber decided the nonenforceability of the decision of the Inter American Court of Human Rights of Aug. 5, 2008 (Case: Apitz Barbera y otros [“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”] vs. Venezuela [Corte IDH], Case: Apitz Barbera y otros [“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”] vs. Venezuela, Sentencia de 5 de agosto de 2008, Serie C, N° 182.

54 Véase Informe Anual de 2009, paragrafo 480, en <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2009eng/Chap.IV.f.eng.htm>

55 Véase Claudia Nikken, “El caso “Barrio Adentro”: La Corte Primera de lo Contencioso Administrativo ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia o el

bierno contra una simple medida cautelar de suspensión de efectos, además de anunciar públicamente que no sería acatada,⁵⁶ fue el allanamiento policial de la sede del tribunal; la destitución de todos sus Magistrados y la clausura del mismo por casi un año, y el insulto público proferido por el Presidente de la República contra los Magistrados destituidos.⁵⁷ El caso fue llevado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual dictó sentencia en 2008 condenando al Estado venezolano por la violación de las garantías judiciales de los Magistrados,⁵⁸ pero la respuesta de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo a solicitud del gobierno, fue simplemente declarar que las decisiones de la Corte Interamericana son inejecutables en Venezuela.⁵⁹ Tan simple como eso, mostrando la total subordinación de las instituciones judiciales respecto de las políticas, deseos y dictados del Presidente de la República.

Hace un año tuvo lugar otro asombroso caso, que fue la detención policial arbitraria, en diciembre de 2009, de una juez penal (María Lourdes Afuni Mora) por habersele ocurrido ordenar, conforme a sus atribuciones y siguiendo las recomendaciones del Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre Detenciones Arbitrarias, la excarcelación de un individuo investigado por delitos financieros a los efectos de que fuese enjuiciado en libertad como lo garantiza la Constitución. El mismo día de la decisión, el Presidente de la República pidió públicamente la detención de la juez, exigiendo que se le aplicara la pena máxima de 30 años establecida en Venezuela para crímenes horribles y graves. La juez fue efectivamente detenida por la policía ese mismo día, y todavía permanece en detención, sin que se haya iniciado juicio alguno contra ella. El mismo Grupo de Expertos de Naciones Unidas consideró estos hechos como “un golpe del Presidente Hugo Chávez contra la independencia de los jueces y abogados” solicitando la “inmediata liberación de

avocamiento como medio de amparo de derechos e intereses colectivos y difusos,” en *Revista de Derecho Público*, No 93-96, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2003, pp. 5 y ss.

- 56 “Váyanse con su decisión no sé para donde, la cumplirán ustedes en su casa si quieren...” Exposición en el programa radial *Aló Presidente*, N° 161, 24-08-2004
- 57 Exposición pública el 20-09-2004. Véase la información en *El Nacional*, Caracas 05-11-2004, p. A2, donde el Presidente destituido de la Corte Primera señaló que: “La justicia venezolana vive un momento tenebroso, pues el tribunal que constituye un último resquicio de esperanza ha sido clausurado”.
- 58 Véase sentencia de la Corte Interamericana de 5 de agosto de 2008 *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*, en www.corteidh.or.cr . Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 182;
- 59 Véase sentencia de la Sala Constitucional, sentencia No 1.939 de 18 de diciembre de 2008 (*Caso Abogados Gustavo Álvarez Arias y otros*), en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Diciembre/1939-181208-2008-08-1572.html>

la juez” concluyendo que “las represalias ejercidas sobre jueces y abogados por el ejercicio de sus funciones garantizadas constitucionalmente creando un clima de temor, solo sirve para minar el Estado de derecho y obstruir la justicia.”⁶⁰

El hecho es que en Venezuela ningún juez puede adoptar una decisión que pueda afectar las políticas gubernamentales, los deseos del Presidente, los intereses del Estado o la voluntad de los funcionarios públicos, por lo que por ejemplo, la Jurisdicción Contencioso Administrativa ha dejado de tener efectividad e importancia.⁶¹ Por ello la Comisión Interamericana de Derechos Humanos después de describir con preocupación en su *Informe Anual de 2009* que en muchos casos, “los jueces son removidos inmediatamente después de adoptar decisiones judiciales en casos con impactos políticos importantes,” concluyó señalando que “la falta de independencia judicial y de autonomía en relación con el poder político es, en opinión de la Comisión el punto más débil de la democracia venezolana.”⁶²

En este contexto de sujeción política, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo desde 2000, por otra parte, lejos de actuar como guardián de la Constitución, ha sido el instrumento más importante del gobierno autoritario para mutar ilegítimamente la Constitución, imponiendo interpretaciones inconstitucionales,⁶³ no sólo sobre sus propios poderes de control,⁶⁴ sino en materias sustantivas, sin

60 Véase en http://www.unog.ch/unog/website/news_media.nsf/%28httpNewsByYear_en%29/93687E8429BD53A1C125768E00529DB6?OpenDocument&cntxt=B35C3&cookielang=fr. En Octubre 14, 2010, el mismo Grupo de Trabajo de la ONU solicitó formalmente al Gobierno venezolano que la Juez fuse “sometida a un juicio apegado al debido proceso y bajo el derecho de la libertad provisional”. Véase en El Universa, 14 de Octubre de 2010, en http://www.eluniversal.com/2010/10/14/pol_ava_instancia-de-la-onu_14A4608051.shtml

61 Véase Antonio Canova González, La realidad del contencioso administrativo venezolano (Un llamado de atención frente a las desoladoras estadísticas de la Sala Político Administrativa en 2007 y primer semestre de 2008), cit., p. 14.

62 Véase en ICHR, Annual Report 2009, para. 483. Available at <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2009eng/Chap.IV.f.eng.htm>.

63 Véase Allan R. Brewer-Carías, “Crónica sobre la “In” Justicia Constitucional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007.

64 La Sala Constitucional ha venido asumiendo y auto-atribuyéndose competencias no previstas en la Constitución, no sólo en materia de interpretación constitucional al crearse el recurso autónomo de interpretación abstracta de la Constitución, sino en relación con los poderes de revisión constitucional de cualquier sentencia dictada por cualquier tribunal, incluso por las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia; con los amplísimos poderes de avocamiento en cualquier causa; con los supuestos poderes de actuación de oficio no autorizados en la Constitución; con los poderes de solución de conflictos entre las Salas; con los poderes de control constitucional de las omisiones del Legislador; con la restricción del poder de los jueces de ejercer el con-

estar sometida a control alguno.⁶⁵

En este aspecto, uno de los instrumentos más letales utilizados para distorsionar la Constitución ha sido la invención de una acción directa para la interpretación abstracta de la Constitución, que es un medio procesal constitucional creado por la propia Sala Constitucional, sin fundamento en la Constitución y sin antecedentes en el derecho comparado.⁶⁶ Mediante este recurso, que puede ser interpuesto por cualquier persona con un mínimo interés, y también, muy convenientemente por el Abogado del Estado que está sujeto al Presidente (Procurador General de la República), la Sala Constitucional ha venido “reformando” en forma ilegítima la Constitución, e incluso ha venido implementando también en una forma ilegítima las reformas constitucionales que propuso el Presidente en 2007 y que fueron rechazadas por el pueblo mediante referéndum.

Muchos casos pueden ilustrar este inconstitucional proceso de mutación constitucional, aún cuando sólo podré referirme a algunos de ellos. Por ejemplo, ocurrió con el cambio de sentido que se hizo del artículo 72 de la Constitución que regula el referendo revocatorio de mandatos de todos los cargos de elección popular. Dicha norma dispone que la revocatoria de mandato de funcionarios electos por iniciativa popular se produce cuando en el referendo respectivo un número “igual o mayor del número de electores que eligieron al funcionario” vota a favor de la revocación.⁶⁷ Sin embargo, en una forma claramente inconsti-

trol difuso de la constitucionalidad de las leyes; y con la asunción del monopolio de interpretar los casos de prevalencia en el orden interno de los tratados internacionales en materia de derechos humanos. Véase además, en Crónica sobre La “In” Justicia Constitucional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela, Colección Instituto de Derecho Público, Universidad Central de Venezuela, No. 2, Caracas 2007

65 Véase Allan R. Brewer-Carías, “Quis Custodiet ipsos Custodes: De la interpretación constitucional a la inconstitucionalidad de la interpretación,” en VIII Congreso Nacional de Derecho Constitucional, Fondo Editorial and Colegio de Abogados de Arequipa, Arequipa, Peru, 2005, 463-89; y Crónica de la “In” Justicia constitucional: La Sala constitucional y el autoritarismo en Venezuela, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007, 11-44, 47-79.

66 Véase Sentencia N° 1077 de la Sala Constitucional de 22-09-00, caso: Servio Tulio León Briceño. Véase en Revista de Derecho Público, N° 83, Caracas, 2000, pp. 247 y ss. Este criterio fue luego ratificado en sentencias de fecha 09-11-00 (N° 1347), 21-11-00 (N° 1387), y 05-04-01 (N° 457), entre otras. Véase Allan R. Brewer-Carías, “Le recours d’interprétation abstrait de la Constitution au Vénézuéla”, en Le renouveau du droit constitutionnel, Mélanges en l’honneur de Louis Favoreu, Dalloz, Paris, 2007, pp. 61-70

67 Sentencia N° 2750 de 21 de octubre de 2003, Caso: Carlos Enrique Herrera Mendoza, (Interpretación del artículo 72 de la Constitución (Exp. 03-1989). Sentencia N° 1139 de 5 de junio de 2002 (Caso: Sergio Omar Calderón Duque y William Dávila Ba-

tucional, en 2003, la Sala Constitucional, convirtió dicho referendo “revocatorio” en un referendo “ratificatorio,” al considerar que la revocación no se producía si en el referendo se depositaban más votos en contra que a favor de la revocación, en cuyo caso consideró que el funcionario antes que salir, “debería seguir” en el cargo, “aunque votasen en su contra el número suficiente de personas para revocarle el mandato.”⁶⁸ Esta ilegítima mutación de la Constitución tuvo por supuesto un claro propósito, que fue el impedir que el mandato al Presidente de República, Hugo Chávez fuera revocado. Este había sido electo en agosto de 2000 con 3.757.774 votos. En el referendo revocatorio de 2004, votaron por la revocación de su mandato 3.989.008 electores, por lo que constitucionalmente su mandato había quedado revocado automáticamente, *ex constitutione*. Sin embargo, como “por la no revocación” supuestamente habrían votado 5.800.629 de electores, el Consejo Nacional Electoral conforme a la doctrina hecha a la medida del caso por la Sala Constitucional, decidió “ratificar” al Presidente de la República en su cargo hasta 2007.⁶⁹ Así, ilegítimamente, un referendo revocatorio fue transformado en un referendo ratificatorio o en un plebiscito que no existe en la Constitución.⁷⁰

Otras mutaciones constitucionales ilegítimas no menos importantes han ocurrido en materia de protección de derechos humanos, también mediante sendas sentencias de la Sala Constitucional. En una de ellas, por ejemplo, la Sala Constitucional eliminó el rango supraconstitucional de los tratados internacionales en materia de derechos humanos establecido en el artículo 23 de la Constitución, cuando contienen previsiones más favorables a su ejercicio que las establecidas en el derecho interno. Con esta mutación, además, la sala implementó ilegítimamente una de las reformas constitucionales que había propuesto el Presidente en 2007 y que había sido rechazada por el pueblo.⁷¹ En otra decisión, a pesar de que el mismo artículo 23 de la Constitución dispone que los tratados internacionales

rios) Véase en Revista de Derecho Público, N° 89-92, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2002, p. 171. Criterio seguido en la sentencia N° 137 de 13-02-2003 (Caso: Freddy Lepage Scribani y otros) (Exp. 03-0287).

68 Sentencia N° 2750 de 21 de octubre de 2003 (Caso: Carlos E. Herrera Mendoza, Interpretación del artículo 72 de la Constitución), n Véase El Nacional, Caracas, 28-08-2004, pp. A-1 y A-2

69 Véase en El Nacional, Caracas, 28-08-2004, pp. A-1 y A-2

70 Véase Allan R. Brewer-Carías, “La Sala Constitucional vs. el derecho ciudadano a la revocatoria de mandatos populares: de cómo un referendo revocatorio fue inconstitucionalmente convertido en un “referendo ratificatorio,” in Crónica sobre la “In” Justicia Constitucional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007, 349-78.

71 Véase sentencia No. 1.939 de 18 de diciembre de 2008 (Caso Gustavo Álvarez Arias y otros) Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Diciembre/1939-181208-2008-08-1572.html>

en materia de derechos humanos son “de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público,” la misma Sala Constitucional, al contrario, les negó tal potestad a los tribunales, reservándose en forma exclusiva tal competencia, violando el texto constitucional.⁷²

En otros casos, la mutación constitucional ha ocurrido respecto de previsiones fundamentales de la Constitución que fueron concebidas como principios pétreos, como sucedió con el principio de la alternabilidad republicana. Pues bien, la Sala Constitucional, simplemente, en forma deliberada, confundió el principio de “gobierno alternativo” con el principio de “gobierno electivo,” considerándolos como supuestamente sinónimos, cuando en realidad el primero apunta a evitar el continuismo o la permanencia en el poder por una misma persona, y el segundo apunta a asegurar la elección de los gobernantes. La Sala Constitucional, sin embargo, al confundir los conceptos, afirmó que la alternabilidad “lo que exige es que el pueblo como titular de la soberanía tenga la posibilidad periódica de escoger sus mandatarios o representantes,” indicando además, que el principio “sólo se infringiría si se impide esta posibilidad al evitar o no realizar las elecciones.”⁷³ Con esta mutación constitucional, el Tribunal Supremo despejó el camino para que, en fraude a la Constitución, en febrero de 2009 se pudiera votar una Enmienda Constitucional para modificar un principio pétreo de la Constitución, lo que ocurrió sólo días después de dictada la sentencia. De ello resultó la previsión en la Constitución del principio contrario a la alternabilidad, es decir, el de la posibilidad de la reelección continua o ilimitada de cargos electivos.⁷⁴ Debo recordar que una reforma similar se propuso en este país, pero afortunadamente el año pasado la Corte Constitucional optó por declararla inconstitucional.

La ilegitimidad de las mutaciones constitucionales impuestas por la Sala Constitucional ha llegado incluso al extremo de cambiar las bases constitucionales del Estado federal, incidiendo en la distribución territorial del poder público, para implementar en fraude a la voluntad popular reformas constitucionales que fueron rechazadas por el pueblo. Ocurrió en 2008 mediante una sentencia dictada muy convenientemente, a solicitud del Abogado del Estado que como dije en Ve-

72 Véase sentencia N° 1492 de 15 de julio de 2003 (Caso: Impugnación de diversos artículos del Código Penal Véase en Revista de Derecho Público, N° 93-96, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2003, pp. 135 ss..

73 Véase la sentencia No. 53, de la Sala Constitucional de 2 de febrero de 2009 (Caso: Interpretación de los artículos 340,6 y 345 de la Constitución), en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Febrero/53-3209-2009-08-1610.html> y en Revista de Derecho Público 117, Editorial Jurídica venezolana, Caracas 2009, 205-211

74 Véase Allan R. Brewer-Carías, “El Juez Constitucional vs. La alternabilidad republicana (La reelección continua e indefinida),” en Revista de Derecho Público 117, Editorial Jurídica venezolana, Caracas 2009, 205-211

nezuela es un funcionario dependiente del Poder Ejecutivo (Procurador General de la República), con lo cual se transformó una competencia “exclusiva” de los Estados de la federación para la conservación, administración y aprovechamiento de autopistas y carreteras nacionales y de puertos y aeropuertos comerciales, en una competencia “concurrente” con el Poder Nacional y así permitir su centralización e intervención,⁷⁵ modificando el contenido de la norma constitucional. Con esta “interpretación constitucional,” la Sala Constitucional usurpó la voluntad popular, obligando además a la Asamblea Nacional a dictar una legislación contraria a la Constitución,⁷⁶ lo que efectivamente hizo, entre otras, mediante la reforma en marzo de 2009, de la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público,⁷⁷ a los efectos de eliminar las competencias exclusivas de los Estados. En esta forma, un nuevo fraude a la Constitución y a la voluntad popular que había rechazado dicha reforma constitucional en 2007, se consumó con la participación diligente del Tribunal Supremo de Justicia.⁷⁸

En esta muestra del rol jugado por la Sala Constitucional en el proceso de desmantelamiento del Estado de derecho en Venezuela, debe también mencionarse cómo el Juez Constitucional fue el vehículo utilizado por el gobierno para secuestrar y tomar control directo de otras ramas del Poder Público, como sucedió con el Poder Electoral. Esto comenzó en 2002, después de la sanción de la Ley Orgánica del Poder Electoral,⁷⁹ cuando la Sala Constitucional, al declarar sin lugar un recurso de inconstitucionalidad ejercido contra una Disposición Transitoria de la Ley Orgánica que interpuesto el propio Presidente de la República, en un *obiter dictum*, consideró que dicha Ley era inaplicable al existente Consejo Nacional Electoral en materia de quórum para decidir, impidiéndole entonces a dicho órgano, para poder tomar decisión alguna, pues debía hacerlo con una

75 Véase. Sentencia de la Sala Constitucional , n° 565 de 15 de abril de 2008, caso Procuradora General de la República, recurso de interpretación del artículo 164.10 de la Constitución de 1999 de fecha 15 de Abril de 2008, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Abril/565-150408-07-1108.htm>

76 De ello resulta según la sentencia: “la necesaria revisión general de la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público, Ley General de Puertos y la Ley de Aeronáutica Civil, sin perjuicio de la necesaria consideración de otros textos legales para adecuar su contenido a la vigente interpretación.”

77 Gaceta Oficial N° 39 140 del 17 de marzo de 2009

78 Véase Allan R. Brewer-Carías, “La Sala Constitucional como poder constituyente: la modificación de la forma federal del estado y del sistema constitucional de división territorial del poder público, en Revista de Derecho Público, No. 114, (abril-junio 2008), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2008, pp. 247-262

79 Véase en Gaceta Oficial No. 37.573 de 19-11-2002

mayoría calificada de 4/5 que no estaba prevista en la Ley (la cual disponía otra mayoría de 3/5), reviviendo para ello una previsión que estaba en un derogado Estatuto Electoral transitorio que se había dictado en 2000 sólo para regir las elecciones de ese año, y que ya estaba inefectivo.⁸⁰ Con ello, por la composición de entonces del Consejo Nacional Electoral, la Sala Constitucional impidió que pudiera darle curso a la iniciativa popular de más de tres millones de firmas de convocar un referendo consultivo sobre la revocación del mandato del Presidente.

En todo caso, ello significó, en la práctica, la parálisis total y absoluta del Poder Electoral, lo que se consolidó por decisión de otra Sala del Tribunal Supremo, la Sala Electoral, primero, impidiendo que uno de los miembros del Consejo pudiese votar,⁸¹ y segundo, anulando la convocatoria que había hecho el Consejo para un referendo consultivo sobre la revocación del mandato del Presidente.⁸²

La respuesta a estas decisiones fue una nueva iniciativa popular respaldada por tres millones y medio de firmas para la convocatoria de un nuevo referendo revocatorio del mandato del Presidente de la República, para lo cual resultaba sin embargo indispensable designar los nuevos miembros del Consejo Nacional Electoral. La bancada oficialista en la Asamblea no pudo hacer por sí sola dichas designaciones, pues en aquél entonces no controlaba la mayoría de los 2/3 de los diputados que se requería, por lo que ante la imposibilidad o negativa de llegar a acuerdos con la oposición, y ante la perspectiva de que no se nombran los miembros del Consejo Nacional Electoral, la vía que se utilizó para lograrlo, bajo el total control del gobierno, fue que la Sala Constitucional lo hiciera. Y cómo? Pues utilizando para ello la vía de decidir un recurso de inconstitucionalidad que se había intentado contra la omisión legislativa en hacer la designación. Al decidir el recurso, la Sala, en lugar de exhortar a la Asamblea Nacional a hacer los nombramientos como correspondía, procedió a hacerlo directamente, usurpando la función del Legislador, y peor aún sin cumplir con las condiciones constitucionales para hacer los nombramientos.⁸³ Con esta decisión, la Sala Constitucional le

80 Véase Sentencia No. 2747 de 7 de noviembre de 2002 (Exp. 02-2736)

81 Véase Sentencia No. 3 de 22 de enero de 2003 (Caso: Darío Vivas y otros). Véase en Allan R. Brewer-Carías, "El secuestro del Poder Electoral y de la Sala Electoral del Tribunal Supremo y la confiscación del derecho a la participación política mediante el referendo revocatorio presidencial: Venezuela: 2000-2004" en *Revista Costarricense de Derecho Constitucional*, Tomo V, Instituto Costarricense de Derecho Constitucional, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., San José 2004, pp. 167-312

82 Véase Sentencia No. 32 de 19 de marzo de 2003 (Caso: Darío Vivas y otros). Véase Allan R. Brewer-Carías, en "El secuestro del Poder Electoral y la confiscación del derecho a la participación política mediante el referendo revocatorio presidencial: Venezuela 2000-2004" en *Revista Jurídica del Perú*, Año LIV N° 55, Lima, marzo-abril 2004, pp. 353-396.

83 Sentencia No. 2073 de 4 de agosto de 2003 (Caso: Hermán Escarrá Malaver y otros);

aseguró al gobierno el completo control del Consejo Nacional Electoral, secuestrando a la vez el derecho ciudadano a la participación política, y permitiendo al partido de gobierno manipular los resultados electorales.

La consecuencia de todo ello ha sido que las elecciones que se han celebrado en Venezuela durante la última década, han sido organizadas por una rama dependiente del Poder Público, controlada por el gobierno, totalmente parcializada. Esa es la única explicación que se puede dar, por ejemplo, al hecho de que aún hoy día se desconozca cuál fue el resultado oficial de la votación del referendo de 2007 mediante el cual se rechazó la reforma constitucional propuesta por el Presidente de la República. Ello es igualmente lo que explica que se pudiera sancionar la Ley Orgánica de los Procesos Electorales en 2008, para materialmente eliminar, en fraude a la Constitución, la representación proporcional al punto de que en las pasadas elecciones legislativas de septiembre de 2010, con una votación inferior al cincuenta por ciento de los votos, el partido oficial obtuvo casi los 2/3 de diputados a la Asamblea Nacional.

Pero a pesar de ese distorsionante resultado, sin duda, la importancia de esas elecciones ha sido determinante: el Presidente y sus seguidores las plantearon como un plebiscito sobre su propio mandato y su modelo socialista, y el resultado fue que efectivamente perdieron el plebiscito y el gobierno es minoría en el país, a pesar de los esfuerzos que se han hecho en el Consejo Nacional Electoral por maquillar los resultados electorales y mostrarlos como una suerte de empate, tratando de minimizar la importancia del hecho de que la oposición ganó el voto popular.

Lo cierto, en todo caso, es que después de una década de demolición del Estado de derecho mediante el control de las diferentes ramas del Poder Público, la pérdida de la mayoría del voto popular por parte del Gobierno que en cualquier democracia debería conducir a implementar la elemental regla de que para gobernar hay que compartir el ejercicio del poder, en el caso del gobierno autoritario que tenemos, lo que se ha anunciado es lo contrario, indicando no habrá dialogo alguno con la oposición, amenazando incluso con aprobar durante los dos meses que faltan hasta que la nueva Asamblea Nacional tome posesión en enero de 2011, leyes inconstitucionales tendientes a implementar fraudulentamente los restantes aspectos de la rechazada reforma constitucional de 2007. Un ejemplo ha sido la amenaza de implementar el llamado Poder Popular montado sobre unas

y sentencia No. 2341 del 25 de agosto de 2003 (Caso: Hemann Escarrá y otros). Véase en Allan R. Brewer-Carías, “El secuestro del poder electoral y la confiscación del derecho a la participación política mediante el referendo revocatorio presidencial: Venezuela 2000-2004”, en *Studi Vrbinati, Rivista trimestrale di Scienze Giuridiche, Politiche ed Economiche*, Año LXXI – 2003/04 Nuova Serie A – N. 55,3, Università degli studi di Urbino, pp.379-436

Comunas y Consejos Comunales no previstos en la Constitución y que son controlados desde el Poder Central. Y todo ello se hace en fraude a la Constitución y a la voluntad popular que rechazo de las reformas de 2007, y que en septiembre de 2010 en las elecciones parlamentarias rechazó las políticas socialistas propuestas por el Presidente de la república.

Ese fraude, en todo caso, da tristeza advertirlo, se está materializando precisamente en estos mismos días en lo que respecta al nombramiento de los nuevos Magistrados del Tribunal Supremo. Lo que hace unas semanas había sido una amenaza de hacer esos nombramientos antes de que comenzara en sus funciones la nueva Asamblea Nacional con la participación de los diputados de oposición, se ha convertido en una realidad, y ello se ha logrado a través de una “reforma” de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo que se ha hecho, no por las vías regulares, sino mediante la “reimpresión” del texto de la Ley en la *Gaceta Oficial* por un supuesto error material de copia, que se efectuó a los cuatro días de la elección de los nuevos diputados a la Asamblea.⁸⁴ El artículo 70 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo, en efecto, dispone que el plazo para presentar las candidaturas a Magistrados del Tribunal ante el Comité de Postulaciones Judiciales no debe ser “*menor de treinta días continuos,*” redacción que se ha cambiado gracias a un “aviso” del secretario de la Asamblea Nacional, en el cual se indica que en lugar de la palabra “menor” la palabra supuestamente correcta es la antónima, “mayor” en el sentido de que el plazo “*no será mayor de treinta días continuos.*” Es decir, con un cambio de palabras, de “menor” a “mayor,” un plazo mínimo se convirtió en un plazo máximo, con la clara intención de reducir los plazos para recibir las postulaciones y proceder a la inmediata designación de los nuevos Magistrados precisamente ahora antes de que se instale la nueva Asamblea Nacional.⁸⁵ Así se cambia el texto de las leyes en la Venezuela actual, reimprimiéndolo en la *Gaceta Oficial* sin institución judicial alguna que controle el desaguisado.

Como puede apreciarse de todo lo anteriormente expuesto, lamentablemente, la génesis de la Constitución de 1999 estuvo signada por el fraude constitucional cometido con la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente, y luego, cometido por esta misma al violentar el orden jurídico y dar un golpe de Estado, tanto contra la Constitución de 1961, cuya interpretación le había dado origen,

84 Véase gaceta Oficial No. Gaceta Oficial N° 39.522, de 1 de octubre de 2010

85 Véanse los comentarios de Víctor Hernández Mendible, “Sobre la nueva reimpresión por “supuestos errores” materiales de la LOTSJ en la Gaceta Oficial N° 39.522, de 1 de octubre de 2010,” y Antonio Silva Aranguren, “Tras el rastro del engaño, en la web de la Asamblea Nacional,” publicados en el Addendum al libro de Allan R. Brewer-Carías y Víctor Hernández Mendible, *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2010*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2010,.

como contra su producto final que fue la Constitución de 1999. La evolución posterior ha estado también signada, por una parte, por el fraude a la Constitución tanto en el desarrollo de la rechazada reforma constitucional de 2007, como de la aprobada “enmienda constitucional” de 1999, y por la otra, por el falseamiento o ilegítima mutación de la Constitución, en fraude a la voluntad popular, obra de una Sala Constitucional controlada por el Poder Ejecutivo, que ha estado al servicio del autoritarismo.

En esta forma, después de cuatro décadas de práctica democrática que tuvo Venezuela entre 1959 y 1999, durante esta última década entre 1999 y 2010, en fraude continuo a la Constitución efectuado por el Legislador y por el Tribunal Supremo de Justicia, guiados por el Poder Ejecutivo, a pesar de las excelentes normas constitucionales de las cuales disponemos, se ha venido estructurando un Estado autoritario en contra de las mismas, que ha aniquilado toda posibilidad de control del ejercicio del poder y, en definitiva, el derecho mismo de los ciudadanos a la democracia.

Entienden ustedes entonces por qué no me era posible hablar en este importante Seminario de los logros de las Instituciones Judiciales y la democracia en la Venezuela actual, y más bien haber tenido que hablar de las catastróficas consecuencias que para el Estado de derecho y la democracia han tenido unas instituciones judiciales sometidas al poder, que han sido las artífices de la masacre institucional que Venezuela ha sufrido impunemente. Al menos ello ha sido así durante la última década, hasta ahora.

Bogotá, 3 de noviembre de 2010

EJERCICIOS COMPARATIVOS
FRANCO-COLOMBIANOS

EJERCICIO FRANCO-COLOMBIANO DE FICCIÓN COMPARATIVA ENTRE JURISPRUDENCIAS CONSTITUCIONALES.

O CÓMO EL CONSEJO CONSTITUCIONAL FRANCÉS HABRÍA JUZGADO EL CASO DE LA SEGUNDA REELECCIÓN DEL PRESIDENTE URIBE

*Por: Jean Erick Schoettl**
Consejero de Estado de Francia

La actualidad del control de constitucionalidad en Colombia me procura una ocasión temeraria para confrontar tanto nuestras instituciones como nuestros modos de razonamiento.

Quiero hablar de la Sentencia C-141/10 de la Corte Constitucional colombiana (en adelante la CCC), proferida con ocasión del proyecto de ley de iniciativa popular sobre la convocatoria de un referendo con el fin de modificar las disposiciones de la Constitución (artículo 197) relativas al número de mandatos presidenciales que puede ejercer una misma persona.

El objetivo concreto de esta iniciativa ciudadana era, se sabe, el de permitir al Presidente Álvaro Uribe ejercer un tercer mandato. La Constitución ya había sido modificada en el 2004 para levantar el impedimento constitucional de una primera reelección. El reto consistía en franquear una vez más dicho impedimento para permitir una segunda reelección.

* Texto traducido del francés al español por el profesor Andrés Rodríguez Gutiérrez

El 26 de febrero de 2010, la CCC declaró “*inexequible*” (inejecutable) la ley de convocatoria.

El ejercicio que desarrollo es tan osado como excitante (diría incluso *descarado, atrevido*): consiste en preguntarse ¿cómo habría sido juzgado este caso por el Consejo Constitucional francés (en adelante el CC)?

Se trata de comparar no solamente nuestras normas de referencia (Constitución, principios de valor constitucional y leyes orgánicas), lo que es ya delicado, sino también los modos de razonamiento de los dos jueces constitucionales, lo cual constituye una pretensión insostenible.

El ejercicio es tanto más peligroso cuanto que me apoyé sobre el único documento oficial que, parece ser, existe el día de hoy: el comunicado de prensa de la CCC accesible en su página de Internet.

Ustedes tendrán todo el placer, particularmente del lado colombiano, de corregir los terribles malentendidos que siembra mi exposición.

Aquí queremos encontrar un simple pretexto para debatir acerca de las habi- tudes jurisdiccionales de pensamiento.

I. La Competencia

Al inicio de este ejercicio comparativo encontramos evidentemente la com- petencia.

El CC se declaró incompetente para examinar una ley constitucional adu- ciendo que su competencia era de atribución y que ni el artículo 61 (sobre el control previo de las leyes ordinarias, de las leyes orgánicas, de los tratados y de los reglamentos de las asambleas), ni el artículo 89 (sobre la revisión constitu- cional), ni ninguna otra disposición de la Constitución de 1958 lo habilitaba para controlar una ley constitucional (26 de marzo de 2003, ley constitucional relativa a la organización descentralizada de la República).

Corriendo el riesgo de traicionar el secreto de deliberación, yo diría que el CC:

- se complació declarándose incompetente sobre el fondo, de no poder encontrar en el texto de 1958, como sí existe en la Constitución alema- na, prescripciones o principios superiores a otros e intocables por parte del poder constitucional derivado. El CC no se estimaría legítimamente habilitado para proferir un “bloque de supra-constitucionalidad” a par- tir del solo precepto según el cual la revisión “no debe atentar contra la forma republicana del gobierno”;

- lamentó no poder controlar el procedimiento, no porque éste haya sido viciado en el 2003 (el procedimiento ni siquiera fue discutido), sino porque dicho control procesal de la revisión constituye una precaución democrática elemental.

El CC habría entonces encontrado un feliz equilibrio en la Constitución colombiana.

En efecto, esta Constitución prevé expresamente que la CCC controla las revisiones constitucionales, y prevé expresamente nada menos que su control se hace exclusivamente sobre el procedimiento.

Es de esa manera que el artículo 241 dispone que la Corte conoce, antes de realizarse un referendo tendiente a reformar la Constitución, de la ley que convoca al cuerpo electoral, la que debe llevar el enunciado preciso de la pregunta realizada. Sin embargo, la CCC, nos dice el parágrafo 2 de este artículo 241, debe pronunciarse sobre la ley de convocatoria “*solo por vicios de procedimiento en su formación*”.

El CC se habría sentido satisfecho con este límite.

Así las cosas, existe ahí una primera diferencia de apreciación con la CCC, pues ésta juzga poder y deber oponerse - incluso en el caso, como aquí, del examen de la ley de convocación al referendo - a toda reforma constitucional - incluso de iniciativa popular - que “desconociera los principios estructurales de la Carta de 1991” e implicara, en consecuencia, no la revisión de la Constitución, sino su reemplazo.

En el caso que nos ocupa, la CCC estima que el contenido de la ley sometida a su examen es contrario:

- al principio de separación de poderes,
- al principio de igualdad
- y a la regla (igualmente conocida en el derecho constitucional francés) según la cual la ley no debe ser “*ad hominem*”, sino que debe conservar un “carácter general y abstracto”.

II. Las irregularidades que vician el procedimiento adelantado

El juez constitucional francés, al igual que el colombiano, puede censurar una ley por las falencias que vician el procedimiento después del cual ella ha sido adoptada, tanto antes de la remisión al Parlamento, como en el transcurso de los trabajos parlamentarios.

Si se compara lo que ha juzgado en este caso la CCC y lo que habría juzgado el CC sobre la base del texto colombiano, dos diferencias me impresionan:

- un manejo más parsimonioso, por parte del juez constitucional francés, de la economía de los recursos;
- una visión más amplia, por parte del juez constitucional colombiano, de las irregularidades sustanciales.

El número de irregularidades revelado por la CCC es impresionante. Unas tienen que ver con la fase de recolección de firmas de los electores que concurren a la iniciativa popular; otras aluden al procedimiento seguido ante las dos cámaras.

El comunicado de prensa de la CCC evoca una “cadena de irregularidades” sugiriendo, a través de esa misma imagen, que la Corte las sitúa en un mismo plano.

El CC habría, a su turno, intentado jerarquizar los reproches de procedimiento, con el fin de:

- distinguir las irregularidades sustanciales y las que no lo eran;
- indicar, en caso tal, si la censura estaba fundada sobre la acumulación de esas irregularidades, o bien, si alguna de esas irregularidades (o un determinado subconjunto de entre ellas) hubiese sido suficiente para justificar dicha censura;
- en este último caso, limitarse al vicio determinante, conforme al principio de economía de los recursos.

En tratándose del carácter sustancial de las irregularidades, y particularmente de la apreciación de su incidencia sobre la constitucionalidad de la ley, el CC habría recurrido al razonamiento hipotético llamado “realista”, familiar al juez electoral francés.

Ese razonamiento hipotético – realista del juez electoral francés es practicado, por extensión, por todo juez, incluido el propio CC, cuando éste debe pronunciarse sobre un procedimiento de recolección de opiniones, de agregación de preferencias o de toma de decisión colectiva.

Dicho razonamiento se encuentra en el siguiente interrogante: ¿la irregularidad considerada tuvo como efecto alterar la sinceridad del voto o de la deliberación?

Más puntualmente: dada su naturaleza, su posible impacto y la brecha o diferencia existente entre los votos, una determinada irregularidad – o tal o cual configuración de irregularidades – ¿es posible decir que esa falencia haya influido en el resultado global del voto, en el sentido mismo de la deliberación?

La pregunta que aquí se formula habría sido, para el CC, la consistente en saber si las irregularidades reveladas hacían dudar:

- de un lado, de la voluntad de más del 5% de los ciudadanos de someter a referendo la pregunta formulada en la ley de convocación;
- de otro lado, de la adhesión mayoritaria de las dos cámaras al acaecimiento de un referendo realizado sobre ésta pregunta.

Me parece que la posición que habría adoptado el CC habría sido bien diferente según las irregularidades mencionadas en el comunicado de prensa del 26 de febrero de 2010.

Yo tomaré cuatro ejemplos.

A) El financiamiento de la campaña a favor de la recolección de firmas se expone a dos tipos de críticas:

- de un lado, la falta de unidad de caja, en razón del rol jugado por la asociación “*Colombia primero*”, junto al “comité de patrocinio” único organismo habilitado para cumplir las funciones de “mandatario financiero” de la campaña según la “*ley estatutaria*” colombiana, Ley 134 de 1994 relativa a los “mecanismos de participación ciudadana” (las “*leyes estatutarias*” son análogas a nuestras leyes orgánicas);
- de otro lado, rebasando significativamente los topes legales (“*rebaso de topes*”) relativos tanto a los gastos totales como a las contribuciones individuales.

En Francia (refiriéndome a las reglas relativas al financiamiento de la campaña de referendo del 2005 sobre el tratado constitucional europeo, ver el decreto n° 2005-238 del 17 de marzo de 2005), la violación de esas reglas habría generado sanciones financieras (privación del reembolso) o penales.

Esas irregularidades no habrían implicado la anulación del proceso sino en la eventualidad, dada su incidencia, en que ellas hubiesen contribuido de manera determinante en la recolección del número de firmas necesarias.

Para su juzgamiento, el CC habría tomado en cuenta dos elementos:

- la importante diferencia o brecha entre el porcentaje de firmas obtenidas a favor del referendo constitucional sobre el tercer mandato (15%), y aquel requerido por la Constitución colombiana (artículo 155) para la presentación de un proyecto de ley de iniciativa popular (5%).
- la ausencia de discusión (respeto a los efectos de una propaganda que hubiera sido masiva o engañosa) acerca de la sinceridad de los apoyos (se sabe que esta reelección presidencial contaba con fuerte apoyo popular, mas allá del 5% de los electores).

Estos desconocimientos de las reglas de financiamiento, habrían probablemente sido juzgados por el CC, en términos de “*por lamentables que ellas sean*”, conduciendo a sanciones financieras o penales, pero no a la censura del conjunto del procedimiento (ver, en materia electoral: E1. legislativas en el segundo distrito de París, 20 de febrero de 1998; y en materia de procedimiento legislativo, los ejemplos dados por las tablas del CC (10.3 y 10.8), principalmente la decisión sobre el voto personal: n° 86-225 DC del 23 de enero de 1987, cons. 2 a 5).

B) El CC habría prestado especial atención a la omisión de toda formalidad prevista por la *ley estatutaria* colombiana de 1994 (relativa a los mecanismos de participación ciudadana) con miras a garantizar el número, la autenticidad y la calidad de elector de los firmantes.

La CCC revela en ese sentido que el dossier del proyecto de ley de iniciativa popular enviado al Congreso colombiano no incluía la certificación del Registrador Nacional del Estado Civil. El anexo de esta certificación parece estar prevista (¿de manera implícita por el artículo 24 de la ley de 1994? No lo sé...) por la *ley estatutaria* de 1994.

Suponiendo que la exigencia de anexar dicha certificación se encuentre debidamente prevista por la ley orgánica colombiana (nuestros amigos colombianos nos lo confirmarán), el CC habría entendido su inobservancia como una irregularidad grave, “*capaz de viciar el conjunto del procedimiento adelantado*”.

En todo caso, el CC no se habría detenido allí, me parece, para decidir que el procedimiento se encontraba global y definitivamente viciado.

En efecto, el CC se habría formulado los siguientes interrogantes:

- a. ¿El número y la autenticidad de las firmas son cuestionadas? ¿Existen razones para dudar que el número de firmas verdaderas de electores inscritos es inferior al 5% del cuerpo electoral? Este interrogante se plantea evidentemente con menor agudeza en un espacio en el que la diferencia o brecha entre el número de firmas requerido y el número obtenido es tres veces mayor y en el que un poderoso movimiento popular es favorable a la iniciativa en curso, según todos los indicios disponibles ...
- b. El hecho de no anexar la mentada certificación ¿implica una simple carencia administrativa, o la reserva que pueda tener el Registrador Nacional del Estado Civil sobre la autenticidad de las firmas?

Si la certificación no fue anexada por existir un rechazo, por parte del Registrador, de certificar las firmas, me parece, en efecto, que el CC habría censurado la ley, sin necesidad de entrar a examinar otros vicios de procedimiento, y menos aun de fondo.

Por otro lado, si el hecho de no anexar la certificación fue el resultado de un retardo administrativo (muy comprensible dada la amplitud de una tarea como ésta, verdadero talón de Aquiles de la democracia directa), me parece que el CC habría esperado, para pronunciarse, a la culminación de los respectivos trabajos de verificación.

El CC habría esperado para tomar la decisión, teniendo en cuenta además que la Constitución colombiana invita en estos casos a la CCC a suspender o aplazar la decisión. El último párrafo del artículo 241, relativo al control de constitucionalidad, dispone en efecto que: “*Cuando la Corte encuentre vicios de procedimiento subsanables en la formación del acto sujeto a su control, ordenará devolverlo a la autoridad que lo profirió para que, de ser posible, enmiende el defecto observado. Subsanao el vicio, procederá a decidir sobre la exequibilidad del acto*”.

En todo caso, frente a una carencia administrativa, el CC no habría ni presumido el procedimiento fraudulento, ni censurado al legislador por el hecho de un tercero.

C) Pasemos ahora al procedimiento adelantado ante el Congreso colombiano.

Dos de las irregularidades declaradas por la CCC no habrían sido apreciadas, me parece, como sustanciales por el CC:

- a. La circunstancia según la cual la Cámara de Representantes comenzó a deliberar horas antes de la publicación en el diario oficial del decreto de convocación del Congreso a sesión extraordinaria, no habría viciado el procedimiento sino en el evento en que esta precipitación hubiera podido tener como efecto impedir, a los adversarios del proyecto, la obstaculización de su votación: ello no me parece ni probado, ni siquiera alegado;
- b. El hecho de que cinco miembros de la Cámara de Representantes, hasta ese momento pertenecientes al partido Cambio Radical, hayan adherido al proyecto y que ellos no hayan seguido la consigna de voto de ese grupo, lo cual es contrario a la (para nosotros los franceses) muy desconcertante ley orgánica (*estatutaria*) colombiana sobre los grupos parlamentarios (*ley de bancadas*), no habría sido juzgado como de naturaleza suficiente para distorsionar los resultados de la deliberación si la brecha de los votos entre los “por” y los “contra” era superior a $2 \times 5 = 10$, o incluso si los interesados votaron de esa manera después de haber dejado su partido (o después de haber sido expulsados de esa colectividad), ya que esta ruptura les devolvió su libre albedrío (eximiéndolos o librándolos de la disciplina impuesta por la ley de bancadas).

D) Mucho más serio, de otro lado, le habría parecido al CC el reproche según el cual el texto emanado de la iniciativa popular había sido modificado en el Congreso en condiciones irregulares, pues el Senado votó un texto diferente al que había aprobado la Cámara de Representantes (que estaba obligada a votar el proyecto de ley presentado).

En efecto, mientras el texto presentado limitaba a tres el número de mandatos presidenciales, incluso no sucesivos, susceptibles de ser ejercidos en total por una misma persona en el transcurso de su vida, una enmienda adoptada en el Senado, sometido a la segunda cámara, limitó a tres el número de mandatos presidenciales sucesivos de una misma persona.

A esta alteración de redacción de la pregunta formulada por la ley de iniciativa popular, el CC habría reaccionado muy diferentemente según el alcance de las disposiciones pertinentes de la Constitución colombiana.

a) ¿La Constitución colombiana le prohíbe al Congreso modificar los términos de un proyecto de ley de iniciativa popular?

En caso afirmativo, el vicio sería sustancial a los ojos del CC, pues los términos y el sentido mismo del proyecto de ley fueron modificados durante la fase parlamentaria del procedimiento (hubieran sido ellos en términos idénticos en cada cámara que esa circunstancia no cambiaba nada).

b) ¿La imposibilidad de alterar el texto del proyecto de iniciativa popular de revisión radica (me parece) no en la letra de la Constitución colombiana, sino en la idea de una necesaria identidad de objeto entre el proyecto que emana de los ciudadanos y aquel que debe ser objeto del debate parlamentario?

Si ese es el análisis de la CCC, el CC probablemente lo seguiría en cuanto al principio, pero no consideraría dicho principio quebrantado en este caso conforme a lo términos del artículo 155 que prevé que los proyectos de ley de iniciativa popular son votados según el procedimiento de urgencia, lo cual no me parece prohibir su enmienda.

Igualmente, el CC habría sin duda alguna juzgado que la modificación hecha al texto en la enmienda del Senado colombiano no viciaba el procedimiento pues él no implicaba sustituir un tema por otro. Para decir las cosas en lenguaje constitucional francés, la enmienda del Senado “*presenta un vínculo directo con el texto en discusión*”. En Colombia se diría: “no se trata de un mico parlamentario” (“mico parlamentario” = “singé parlementaire” = “cavalier législatif”).

c) Sin embargo, leyendo bien el comunicado de la CCC, la irregularidad podría ser de un tercer tipo, lo cual sería decisivo para el CC: la modificación realizada por el Senado es un hecho de una sola cámara y no del Congreso.

Ahora bien, el artículo 378 de la Constitución colombiana, a pesar de la relativa ambigüedad de su formulación (“aprobación por la mayoría de los miembros de ambas cámaras”), bien parece imponer un voto mayoritario, en términos idénticos, para los miembros que integran cada cámara (mayoría de los representantes, y a su turno mayoría de los senadores) y no por la mayoría de los representantes y senadores reunidos en pleno.

No había lugar, en la materia, ni para la reunión de las dos cámaras en el Congreso, ni para la intervención de la “*Comisión de conciliación*” (equivalente colombiano de nuestra “*Commission mixte parlementaire*”), ni siquiera para ir de una cámara a otra, pues el artículo 155 de la Constitución colombiana, relativo al voto de dichas leyes, se refiere a su artículo 163, relativo al procedimiento de urgencia (una sola lectura en cada cámara).

Ya era demasiado tarde para enmendar el texto presentado ante el Senado: éste no podía sino adoptarlo o rechazarlo.

Las dos cámaras no tenían que reunirse en sesión plenaria en el Congreso como en Francia y, en todo caso, se sabe que en Francia el derecho de enmienda no es abierto al Congreso reunido en Versailles...

Me parece entonces que el CC habría juzgado el procedimiento viciado desde el momento mismo en que el Senado no aprobó el mismo texto que la Cámara de representantes y que ese vicio le habría sido suficiente para censurar el conjunto del procedimiento...

... El CC habría podido igualmente anular solamente la parte parlamentaria del procedimiento aplicando el último párrafo del artículo 241 e invitando al Congreso a conocer nuevamente el proyecto de ley de iniciativa popular desde el inicio de la fase parlamentaria, lo cual habría permitido:

- a la Cámara de Representantes, competente nuevamente:
- bien sea (como la vez precedente), adoptar el proyecto sin modificación,
- bien sea, adoptar la misma enmienda que el Senado en 2009
- y, tanto en un caso como en el otro, habría permitido al Senado, competente nuevamente, abstenerse de hacer cualquier enmienda, al contrario de lo sucedido la vez anterior.

**

Al término de este ejercicio tan acrobático, nada de definitivo puede especularse sobre lo que habría hecho el CC.

¿El CC habría censurado o admitido el texto sometido a su examen?

En suma, yo diría que sí, sin poder ser categórico.

Una respuesta categórica se enfrenta a incertidumbres “al cubo”:

- incertidumbre sobre los hechos (ver por ejemplo el problema del incumplimiento frente al requisito de la certificación del Registradro Nacional del Estado Civil o el problema de la diferencia existente entre los votos en la Cámara de Representantes);
- incertidumbres sobre el alcance de los textos colombianos (por ejemplo: ¿la Constitución colombiana le permite o no al Congreso modificar el proyecto de ley de iniciativa popular tendiente a la realización de un referendo constitucional? Si la respuesta es afirmativa, ¿con qué límites y según qué modalidades procesales? o inclusive: ¿hasta dónde la Constitución colombiana le permite a la CCC ordenar la retoma o la recuperación del procedimiento después de la censura de su última fase?);
- Incertidumbres finalmente sobre lo que habría juzgado el CC en el lugar de la CCC si él hubiese debido aplicar los mismos textos frente a los mismos hechos.

Sin embargo, lo que sí es seguro es que, si todo esto se diera en aplicación idéntica de los textos, y si las dos instituciones llegaran a la misma conclusión final, el CC no habría razonado como su homólogo colombiano.

Evidentemente, yo no saco ninguna conclusión sobre los méritos comparados de una y otra Corte (¿un CC más laxista o más realista? ¿una CCC más audaz o más impresionista?).

El solo juicio de valor que me permitiré hacer rinde homenaje a las disposiciones constitucionales colombianas relativas al control de las revisiones. La Constitución colombiana es más satisfactoria que la francesa, en la medida en que ella prevé un control por parte de la Corte, limitando ese control al procedimiento.

Lo que quise poner de presente, a través de este ejemplo, es que, más allá de las diferencias textuales e institucionales, existen diferencias sensibles entre los modos de razonamiento de nuestros respectivos jueces constitucionales.

Casa de América Latina (2 de junio de 2010)

EL CONSEJO DE ESTADO COLOMBIANO Y EL CONSEJO DE ESTADO FRANCÉS, APROXIMACIONES Y DIFERENCIAS

Por: Andrés Rodríguez Gutiérrez

Profesor de la Universidad Santo Tomás

Doctor en derecho de la Universidad Montesquieu-Bordeaux IV

El propósito principal de este texto es desarrollar una reflexión comparativa entre el Consejo de Estado colombiano y el Consejo de Estado francés¹.

Contrariamente al caso francés en donde la fecha de creación de Consejo de Estado no suscita duda, ni controversia, en Colombia, la doctrina no es unánime sobre el punto a partir del cual debe hablarse de la existencia del Consejo de Estado colombiano.

Algunos autores, como Miguel González Rodríguez, estiman que el origen nacional del Consejo de Estado colombiano se encuentra en un decreto orgánico de 1828.² Otros tratadistas encuentran el origen nacional del Consejo de Estado colombiano en la Constitución de 1830. Tulio Enrique Tascón, por ejemplo, considera que el Consejo de Estado colombiano fue creado en 1830 y que el decreto orgánico del 28 de agosto de 1828, dictado por Bolívar durante la dictadura, instaura en realidad un cuerpo de consulta con el nombre de Consejo de Estado,

1 Sobre el particular : MESTRE Jean-Louis, Introduction historique au droit administratif français, Paris, PUF, 1985. Coll. : « Droit fondamental », p. 38 ; GUENEE Bernard, « Le Conseil du Roi au Moyen Age », Le Conseil d'Etat avant le Conseil d'Etat, La Revue Administrative, n° spécial n° 3, Paris, 1999, p. 5 ; BARBICHE Bernard, « Le Conseil du roi dans tous ses états », Le Conseil d'Etat avant le Conseil d'Etat, La Revue Administrative, numéro spécial n° 3, Paris, 1999, p. 23 ; ARNOULT Erik, MONNIER François, Le Conseil d'Etat, Paris, Gallimard, 1999, p. 27. Coll. « Découvertes ».

2 GONZALEZ RODRIGUEZ Miguel, Derecho Procesal Administrativo, 10ª éd, Bogotá, Ed. Jurídicas Gustavo Ibañez, 2002, p. 228.

pero que en razón de sus funciones y del personal que lo integran, se trata de un Consejo de gobierno y no de un tribunal administrativo independiente.³

Según Francisco Cajiao Vejarano, el origen de Consejo de Estado en Colombia se encuentra desde el inicio de la vida republicana en la Constitución de Cundinamarca de 1811, la cual establecía en su título V los preceptos que dibujaban la idea de la futura institución.⁴

Numerosos autores, nacionales y extranjeros, afirman con nosotros, que el Consejo de Estado colombiano fue creado por el Libertador el 30 de octubre de 1817.

Nuestro Consejo es en todo caso un poco mas joven que el Consejo de Estado francés, creado por Napoleón el 13 de diciembre de 1799, conforme a las disposiciones del artículo 52 de la Constitución francesa del mismo año.

Nuestro el Consejo de Estado fue concebido conforme al modelo del Consejo de Estado Francés, por Simón Bolívar, ferviente admirador de Napoleón, de Francia y de sus Instituciones.

Uno de los primeros interrogantes que surgen es descubrir la manera como esta Institución creada en Francia, pudo atravesar el Atlántico e instalarse en el territorio jurídico e institucional colombiano, tan lejano de las tierras galas.

Algunos autores, entre ellos Gustavo Quintero Navas, afirman que el derecho colombiano es el resultado de un fenómeno de imitación de los diversos modelos extranjeros.⁵ Otros tratadistas, como Diego Eduardo López Medina, hacen alusión a una *teoría impura del derecho*, en donde los procesos de trasplatación teórica de los lugares de producción a los lugares de recepción, no son libres de complejidad. El producto final del trasplante es mucho más que una simple copia de la teoría original. En efecto, las teorías resultan transformadas en el trasplante, incluso si su interpretación es relativamente normal y estándar.⁶

De esa manera, el Consejo de Estado colombiano, en tanto que « *producto final* » del trasplante Francia - Colombia, por utilizar los términos de la teoría impura de Derecho, es efectivamente mucho más que una simple copia del Consejo de Estado francés.

3 TASCÓN Tulio Enrique, Derecho Contencioso-Administrativo Colombiano, 2^{da} éd, Bogotá, Ed. La Gran Colombia, 1946, p. 16.

4 CAJIAO VEJARANO Francisco, El Consejo de Estado y su competencia, Bogotá, 1944, p. 18.

5 QUINTERO Gustavo, Libertés publiques et responsabilité de la puissance publique en droit Colombien, thèse de Doctorat en droit public, Université de Nantes, 1997, 17.

6 LOPEZ MEDINA Diego Eduardo, Teoría impura del derecho, La transformación de la cultura jurídica latinoamericana, Bogotá, Legis, 2005, p. 239.

Podríamos preguntarnos igualmente, si el Consejo de Estado colombiano es el resultado de ese fenómeno de imitación llamado: « *mimetismo* ». ⁷

En lo concerniente a los fenómenos de imitación, el Profesor De Gaudusson estima que: « *en lo que tiene que ver con la reproducción idéntica de artículos, de reglas y de mecanismos, esa reproducción debe ser interpretada con prudencia. Ella puede ser el resultado de un verdadero proceso de elaboración normativa y de una elección determinada y deseada. La historia no nos ha enseñado que pueden existir varias interpretaciones de unos mismos textos y que éstos son susceptibles de ser reapropiados en función de un contexto y de circunstancias diferentes a aquellas que han precedido a su definición inicial?* ». ⁸

La historia tiene un lugar muy importante en esta reflexión, pues como lo afirma Jean – Louis Mestre: “*las investigaciones comparativas deben tomar en consideración el conjunto de las perspectivas históricas. Esas perspectivas históricas devendrán aun mas complejas, pero ellas ganarán fuerza pues explicarán similitudes o divergencias sorprendentes en principio y esas mismas perspectivas revelarán filiaciones desconocidas*”. ⁹

Por ello en primer lugar vamos a recordar los orígenes del Consejo de Estado, tanto en Colombia como en Francia. En segundo lugar, analizaremos el Consejo de Estado como una Institución que se encuentra en el centro de diversos fenómenos de imitación. Finalmente, haremos alusión a algunas de las múltiples divergencias y convergencias que existen entre los dos Consejos de Estado.

Los orígenes del Consejo de Estado, en Colombia y en Francia

Los orígenes del Consejo de Estado son lejanos. En la historia de las civilizaciones encontramos desde siempre hombres ricos y poderosos, así como sabios que rodean y aconsejan al Príncipe. Los historiadores sin embargo, se contentan de recordar al Imperio Romano considerando al Emperador Augusto ¹⁰ como su inventor. ¹¹ Previsto para servir a un hombre, el Rey, el Consejo refuerza su posición y amplía sus competencias a medida que se refuerza igualmente la autoridad Real sobre el conjunto de Reino. En el periodo Renacentista el Consejo pasa de servir a un solo hombre, para aconsejar a una entidad abstracta: el Estado.

7 Du BOIS de GAUDUSSON Jean, La justice en Afrique, Revue Afrique contemporaine n° 156 spécial, 4^o trimestre, Paris, La documentation française, 1990, p. 7.

8 Du BOIS de GAUDUSSON Jean, Les Constitutions africaines publiées en langue française, Paris, La documentation Française, 1997, p. 10. Coll. « Retour aux textes ».

9 MESTRE Jean-Louis, op. cit., p. 19.

10 (Año 63 antes de J.C. – año 18 después de J.C.)

11 ARNOULT Erik y MONNIER François, op. cit., p. 12.

El Estado, en tanto que organización política,¹² tiene necesidad de un Consejero el cual se institucionaliza a través de la creación del Consejo de Estado francés, en el año VIII según el calendario revolucionario. A partir de ese momento, ese cuerpo, compuesto por Consejeros de Estado, de “*Maîtres des requêtes*”¹³ y de Auditores para el caso francés, no ha cesado de asistir a los gobernantes esforzándose siempre en garantizar los derechos de los gobernados.

El Consejo de Estado es una Institución establecida desde su origen para asegurar el buen funcionamiento del poder, que por un desarrollo lógico se convirtió en una manera eficaz de protección de los derechos de los ciudadanos y de sus libertades, pues, desde el comienzo trató de temperar la autoridad absoluta del Estado a través de reglas de equidad. Estas reglas de equidad, tan pronto como el poder absoluto desapareció, se convirtieron en reglas de derecho en donde el principio es justamente equilibrar las prerrogativas legítimas del interés general y los derechos de los ciudadanos.¹⁴

En un Estado de derecho, la Administración no puede actuar como su propio jefe, como en el llamado Estado de Policía. La Administración debe obedecer la Constitución y la ley. El respeto del principio de legalidad es una garantía para la existencia de un control jurisdiccional destinado a verificar la conformidad a esas normas de los actos administrativos y a reiterarlas según la necesidad del ordenamiento jurídico. Ese control de la actividad administrativa por parte de un juez independiente constituye una de las dimensiones esenciales de un Estado de derecho.¹⁵

En Colombia, la vida institucional del Consejo de Estado ha sido bastante agitada desde el momento mismo de su instauración. Por ejemplo, el Consejo de Estado colombiano ha sido suprimido en dos oportunidades, en 1843 y en 1905. A su vez, el Consejo de Estado francés, ha estado bajo amenaza de supresión, pero nunca ha sido efectivamente retirado del panorama institucional francés.¹⁶

12 CHEVALLIER Jacques, *Science administrative*, Paris, Puf, 2002, p. 79. Coll. « *Thémis* ».

13 La traducción literal sería: “Maestros de demandas o de solicitudes”.

14 Palabras de Alexandre Parodi, ex Vice-Presidente del Consejo de Estado francés, citado por ARNOULT Erik y MONNIER François, op. cit., p. 1.

15 CHEVALLIER Jacques, op. cit., p. 259.

16 Ver MODERNE Frank, « *Origine et évolution de la Juridiction Administrative en France* », *Historia y perspectivas de la jurisdicción administrativa en Francia y en América Latina*, Bogotá, Temis, 1999, p. 15. Empero cabe recordar que el Consejo de Estado francés fue disuelto como consecuencia del golpe de Estado del 2 de diciembre de 1851, suspendido de 1870 a 1872 y remplazado por una Comisión provisorio, pero nunca efectivamente suprimido. ROBINEAU Yves y TRUCHET Didier, *Le Conseil d'Etat*, Paris, PUF, 2002, p. 6. Coll.: “*Que sais-je*”.

En Colombia, podemos distinguir dos momentos o estadios importantes y diferentes en la vida del Consejo de Estado: Primero, la recepción y luego la adaptación del modelo francés.

La recepción del modelo francés en Colombia

La recepción en Colombia del modelo francés es obra, principalmente, de un hombre: Simón Bolívar.

Algunos autores colombianos, entre ellos Libardo Rodríguez, ponen de presente la admiración del General Bolívar por Francia y los resultados de su Revolución.¹⁷ Otros tratadistas, como Juan Carlos Galindo Vacha y Efraín Gómez Cardona, nos recuerdan la estima que el Libertador sentía por Napoleón.¹⁸ Y es que dada la formación intelectual y filosófica del Libertador, no sorprende la adaptación hecha en Colombia del modelo francés.

Los historiadores colombianos nos recuerdan igualmente que en 1801 Bolívar viaja a Francia, visita París et Amiens. El país, su cultura y la gente le encantan. En París, el Libertador lleva una intensa vida social, aprovechando de los placeres que le ofrecen la capital francesa. Bolívar frecuenta los salones frecuentados por hombres políticos y militares, diplomáticos, científicos y comerciantes. Bolívar observa con sagacidad los hechos políticos y militares que se encuentran cambiando el mundo. Es la época, en 1804, cuando Napoleón es coronado Emperador, impresiona a Bolívar, quien a su vez admira profundamente el genio militar de Bonaparte. Es en esa misma época, cuando el Libertador comienza a abordar el tema de la Independencia con los sabios Humboldt y Bonpland.

Así, como ya lo anunciamos, el Consejo de Estado colombiano es instaurado el 30 de octubre de 1817, según lo establecido en un decreto de la misma fecha.¹⁹

17 RODRIGUEZ R. Libardo, Historia y perspectivas de la jurisdicción administrativa en Francia y en América Latina. Coloquio conmemorativo del bicentenario del Consejo de Estado francés, Bogotá, Temis, 1999, p. 44.

18 GALINDO VACHA Juan Carlos, Derecho Procesal Administrativo, Bogotá, JAVEFRAG, 2004, p. 140. Coll. « Discentibus auxilia 1 »; GOMEZ CARDONA Efraín, Derecho Administrativo Social y Democrático, Bogotá, Ed. Jurídicas Gustavo Ibañez, 1999, p. 53.

19 En 1817, el Libertador Simón Bolívar toma importantes decisiones de carácter político, judicial y administrativo dentro de las cuales se encuentra la organización de un cuerpo consultivo destinado a colaborar con la autoridad suprema en la dirección de los asuntos públicos. El Libertador dicta un decreto que establece la creación de un Consejo de Estado provisorio con el fin de obtener su asistencia en la dirección suprema del Estado. Éste Consejo, compuesto, entre otros, de un gran número de

En ese decreto se hace alusión a un “*Consejo provisional de Estado*” integrado por los mas altos funcionarios, civiles y militares, de la época.²⁰

Se trataba de un órgano eminentemente político con funciones estrictamente de consulta y de asesoría, a través de las cuales se contribuía en la toma de importantes decisiones militares y administrativas con el fin de obtener, según las palabras del propio Libertador “*el buen gobierno del Estado*”.²¹

funcionarios militares y civiles entre los cuales se encuentran los Magistrados de la Corte de justicia y los Magistrados del Tribunal de la Guerra. Una de las motivaciones de ese decreto es “la imposibilidad de establecer por el momento un buen gobierno representativo y una Constitución eminentemente liberal” y el deseo de que “ las decisiones importantes, las leyes, las instrucciones benéficas y los reglamentos que deban ser publicados para obtener la administración y la organización de las provincias ya liberadas o aquellas que se liberarán, sean propuestas, debatidas y acordadas en una asamblea que, gracias al numero y a la dignidad de sus miembros, merezca la confianza pública”.

20 El decreto del 30 octubre de 1817 tenía en total 11 artículos de los cuales el primero trata de un Consejo provisorio de Estado como cuerpo de consejeros del jefe supremo de la República ; el 2^{do} artículo establece la división del Consejo de Estado en tres secciones: la primera, el Estado y las finanzas, la segunda, la marina y la guerra, la tercera, el interior y la justicia. Este decreto confiere la facultad al gobierno de nombrar a los miembros del Consejo de Estado e igualmente establece que el Consejo puede ser convocado y presidido solamente por el jefe supremo y en ausencia de éste, el Consejo de Estado puede ser presidido por un Consejero delegado para el efecto. En el seno del Consejo de Estado ejercen funciones el Almirante, el jefe del Estado mayor general, el Intendente general, el Comisario general de la Armada, el Presidente y los Ministros de la Alta Corte de justicia, el Presidente y los Ministros del Tribunal de Finanzas, los secretarios del Despacho y los empleados de las provincias en donde el decreto ha sido firmado, como el Gobernador Comandante general, las Generales y los Coroneles que se encontraban en servicio en la ciudad de Angostura, el Intendente, los Ministros, el Contador, el Tesorero y el Gobernador político. El decreto establece entonces tres secciones: La primera, es encargada de las relaciones exteriores, de los altos asuntos de policía y de todas las contribuciones directas e indirectas, de los ingresos de la Administración, así como de todos los asuntos concernientes al tesoro público, etc. La segunda sección se ocupa de todo lo relativo a la organización y movimientos de las fuerzas militares de tierra y mar, así como de la administración militar en general como las armas y las prendas de la armada. La sección tercera es la encargada de los estudios concernientes a la administración civil de la justicia, la policía municipal, así como todo lo relativo a la promoción y al desarrollo de la agricultura, el comercio, la industria, la instrucción pública, las obras públicas, etc.

21 Es la « *bonne administration* » según las palabras de Georges LANGROD, como justificación de la copia al momento de la Independencia, in, « *Genèse et conséquences du mimétisme administratif en Afrique* », *Revue internationale de science administrative*, n° 39, 1973, p. 124.

La instauración de un Consejo de Estado en Colombia fue marcada por aquello que algunos autores llaman “*la lógica de la urgencia*” o “*lógica coyuntural*”.²²

La adaptación del modelo francés en Colombia

Contrariamente al caso francés, la mayor parte de las reglas concernientes al Consejo de Estado colombiano han sido establecidas en las diferentes constituciones a lo largo de la historia.²³

En el momento en que el Consejo de Estado es instaurado, Colombia viene de declarar su Independencia y, se hace necesario organizar y administrar el nuevo Estado. Y es en ese espíritu de organización y de administración que nace el Consejo de Estado colombiano cuyo estatus no cesa de cambiar y evolucionar.

A través del estudio de las diferentes Constituciones, Actos legislativos, leyes y decretos, es posible observar los diferentes cambios del Consejo de Estado colombiano conforme a las realidades y circunstancias propias de la historia de Colombia.

Sobre el particular, hagamos aquí un breve resumen:

La mayoría de la doctrina colombiana²⁴ confirma la existencia de un Cuerpo consultivo del gobierno en la Constitución de 1821.²⁵

22 CAZALIS Pierre, « La logique du stratégique » in Les administrations qui changent, Innovations techniques ou nouvelles logiques ? Ouvrage collectif sous la direction de G. Timsit, Université de Paris I Panthéon-Sorbonne, Paris, PUF, 1996, p. 207.

23 Incluso antes de la promulgación de la Constitución de 1991, pues bajo la Constitución de 1886 el Consejo de Estado colombiano tenía ya un título aparte en la Constitución (Título XIII, artículos 136-141). Ese estatus fue modificado por el acto legislativo n° 1 de 1979.

24 CAJIAO V. Franciso, op. cit., p. 6 ; GONZALEZ R. Miguel, op. cit., p. 229 ; LUNA BENITEZ Luis Alberto, Lo Contencioso Administrativo, Bogotá, éd. Librería el Profesional, 1981, p. 33 ; PENAGOS Gustavo, Derecho administrativo, nuevas tendencias, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley LTDA, 2004, p. 29 ; PINEDA DE CASTRO Álvaro, El Consejo de Estado, Universitas No. 1, Bogotá, 1951, p. 44 ; RODRIGUEZ R. Libardo, op. cit., p. 44.

25 Institución integrada por el Vice-Presidente de la República, de un ministro de la Alta Corte de Justicia y de los secretarios de despacho. Ésta Institución debe aconsejar al gobierno en la designación de ciertos funcionarios y en la elaboración de proyectos de ley, así como en los asuntos concernientes a la guerra y la perturbación interior. Los conceptos del Consejo deben ser seguidos por el Presidente en los casos establecidos en la Constitución.

Dada la composición et las funciones de ese Consejo, doctrina colombiana es mayoritaria al afirmar que se trata de un Consejo de gobierno y no de un Consejo de Estado.²⁶

Algunos autores colombianos,²⁷ señalan que en la Constitución de 1821 se ve con claridad la inspiración francesa. De la Espriella asegura que: “*Es justo insistir en que las ideas predominantes a partir de la Revolución francesa, actúan en nuestro medio conforme a un contacto ideológico, en el cual la visible influencia no puede ser sustraída de las nuevas Repúblicas*”.²⁸

El 27 de agosto de 1828, Bolívar, dos años antes de su muerte, establece a través de un decreto orgánico, la instauración de un nuevo Consejo de Estado con funciones consultivas y co – legislativas.²⁹

En lo relativo al Consejo de Estado, la Constitución de 1830 contiene casi las mismas normas de la Constitución de 1828, pero se aclara y precisa el estatus del Consejo de Estado como cuerpo auxiliar del poder ejecutivo.³⁰

Una de las particularidades de la Constitución de 1830 consiste en que los Consejeros de Estado son nombrados, “*indistintamente, en todas las clases sociales*”.³¹

La Constitución de 1832 instaura un Consejo de gobierno con funciones similares a las de un Consejo de Ministros.³²

La Constitución de 1843 suprime, por primera vez, el Consejo de Estado colombiano,³³ el cual es restablecido 43 años mas tarde, en 1886.

26 Salvo PENAGOS Gustavo quien constata la existencia de un Consejo de Estado propiamente dicho, pero que la Constitución llama « Consejo de gobierno », op. cit., p. 29.

27 Por ejemplo, ESPRIELLA Ramiro de la, Orígenes de nuestras instituciones políticas, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 2003, p. 76.

28 Idem.

29 Éste Consejo es integrado por el Presidente del Consejo de ministros, los Ministros secretarios de Estado y de un Consejero por cada departamento de la República. Esta Institución es presidida por el Libertador y en su ausencia por el Presidente del Consejo de Ministros. Analizando la composición de éste Consejo de Estado, se denota la manera como el Libertador quiere que el Consejo figure como un cuerpo representativo de todo el territorio nacional.

30 Las funciones consultivas y co-legislativas del Consejo de Estado son actualizadas, principalmente la facultad especial de aconsejar al gobierno en la aprobación de las leyes.

31 RODRIGUEZ R. Libardo, op. cit., p. 45.

32 Notemos entonces que es el Congreso quien nombra los Consejeros y no el Presidente de la República, lo que constituye uno de los primeros pasos hacia la futura independencia del Consejo de Estado del poder ejecutivo.

33 Guardando la existencia de un Consejo de gobierno como cuerpo consultivo del ejecutivo.

En la Constitución de 1886 aparece, por primera vez, la actual función mixta del Consejo de Estado colombiano, el cual es a la vez un cuerpo consultivo del gobierno y un cuerpo jurisdiccional. Al mismo tiempo, según lo previsto en la Constitución de 1886, el Consejo de Estado tendría una función co-legislativa, pues tendría competencia para presentar proyectos de ley ante el Congreso de la República. El Consejo de Estado es encargado de funciones jurisdiccionales y se convierte en el Juez supremo de la Administración, se trata entonces de un cuerpo consultivo y al mismo tiempo de un Tribunal supremo de lo contencioso administrativo.³⁴ El ejercicio efectivo de esas funciones jurisdiccionales fueron condicionadas a la promulgación de una futura ley, la cual fue aprobada 28 años más tarde, en 1914.

Esta época y ésta Constitución de 1886 pueden ser consideradas como dos de los puntos de partida de la futura jurisdicción de lo contencioso administrativo, la cual es finalmente instaurada en 1914. Jurisdicción contencioso administrativa de la cual el Consejo de Estado se convierte en el Juez supremo.³⁵

A través del Acto legislativo n° 10 del 27 de abril de 1905, el Consejo de Estado colombiano es suprimido nuevamente, argumentando razones de “*economía fiscal y de utilidad*”, sin embargo, algunos autores manifiestan que el Consejo de Estado fue eliminado sin tener verdaderas razones técnicas o políticas.³⁶

Para justificar la supresión del Consejo de Estado colombiano, uno de los miembros de la comisión encargada de informar sobre el proyecto del gobierno, mencionaba la necesidad de reducir los cargos del Consejo de Estado, en aras de obtener economías indispensables para la reconstrucción nacional. Otro miembro de la misma comisión estimaba que el Consejo de Estado era inútil para la administración pública.³⁷

34 PINEDA DE CASTRO Álvaro, op. cit., p. 48.

35 En lo concerniente a éste periodo especial de la historia del Consejo de Estado colombiano, Humberto Mora Osejo, ex – Consejero de Estado colombiano, afirma que la jurisdicción de lo contencioso administrativo constituye una de las soluciones institucionales a los numerosos problemas que atravesó el país entre 1886 y 1910. El mismo autor estima que por diversas razones de carácter político, histórico, económico y social, en 1886 le régimen federal es reemplazado por un Estado centralizado. Se busca entonces consolidar la autoridad del ejecutivo y reestablecer el orden que había sido perturbado durante numerosas guerras civiles: MORA OSEJO Humberto, « La juridiction du contentieux administratif en Colombie » in études et documents, n° 43, Le Conseil d’Etat, Rapport public 1991, Paris, La Documentation française, 1991, p. 341.

36 GONZALEZ CHARRY Guillermo, « Importancia de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en Colombia », in Primer Congreso Nacional de Derecho Administrativo, p. 47. Obra editada en el marco del primer Congreso nacional de derecho administrativo que tuvo lugar en Medellín en junio de 1980.

37 Idem.

El Consejo de Estado colombiano a partir del Acto legislativo n° 3 de 1910

El Acto legislativo n° 3 de 1910, cuyo centenario celebramos con el presente evento, previó que la Ley debía establecer una “*jurisdicción de lo contencioso administrativo*”. Los juristas Antonio José Cadavid y Hernando Holguín y Caro presentaron ante el Congreso de la República un proyecto de ley orgánica del Consejo de Estado, el cual fue aprobado por el órgano legislativo, pero finalmente rechazado por el gobierno nacional.

En 1913, el jurista José Vicente Concha³⁸ presentó un proyecto de reforma constitucional que pretendía el restablecimiento del Consejo de Estado y que, afortunadamente, fue finalmente aprobado pese a ciertas modificaciones.

El 10 de septiembre de 1914, gracias a un acto reformativo de la Constitución, el Consejo de Estado fue finalmente restablecido como órgano supremo consultivo del gobierno en los asuntos administrativos e igualmente como Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo.

A partir de ese momento, el Consejo de Estado colombiano ha permanecido vigente y sin interrupción en el paisaje institucional colombiano, velando siempre por la protección de los gobernados frente al poder del Estado.

Aunque la ley 130 de 1913 previó las nuevas funciones jurisdiccionales del Consejo de Estado³⁹, fue el acto legislativo n° 1 de 1914 el que estableció definitivamente las competencias jurisdiccionales del Consejo de Estado colombiano, sin que ello le reste mérito ni al Acto legislativo n° 3 de 1910, ni a la ley 130 de 1913, los cuales permanecen, junto con la Constitución de 1886, como los antecedentes de la actual jurisdicción de lo contencioso administrativo.

La ley n° 60 de 1914, llamada “*Ley orgánica del Consejo de Estado*” divide el Consejo de Estado colombiano en dos Salas: La Sala de asuntos generales y la Sala de lo contencioso administrativo.

El Consejo de Estado en el centro de los fenómenos de imitación

La existencia de un Consejo de Estado en Colombia puede explicarse analizando varios fenómenos de imitación como son: La globalización jurídica, el mimetismo y la difusión institucional.

38 En aquella época, José Vicente Concha tenía a su cargo la Presidencia del Senado de la República.

39 CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. LEY 130 DE 1913, Bogotá, Imprenta nacional, 1933.

La globalización jurídica puede ser interpretada a través de tres tesis: La tesis de la convergencia de derechos, la tesis de la dominación de un modelo jurídico y la tesis del relativismo cultural.⁴⁰

Dentro del fenómeno llamado mimetismo encontramos la teoría impura del derecho de Diego Eduardo López Medina, el mimetismo tecnológico de Denis Lambert, el mimetismo institucional de Yves Meny y las políticas del mimetismo institucional de Darbon Dominique. El tema del mimetismo es igualmente tratado, algunas veces de manera crítica, en las obras del Profesor De Gaudusson.⁴¹

La difusión institucional es tratada entre otros por Yves Dezalay en sus obras *La mundialización de las guerras de Palacio y Mercaderes del derecho*. Este fenómeno es igualmente analizado por David Ibarra en su libro *Los laberintos del orden internacional : la importación de reformas*.⁴²

Estamos hablando entonces de fenómenos de imitación de modelos extranjeros. Las dinámicas de éstos fenómenos de imitación han sido igualmente expuestas por un tratadista francés de larga trayectoria en Colombia: Jean Rivero.⁴³

40 Éstas tesis son expuestas por : PONTTHOREAU Marie-Claire, Trois interprétations de la globalisation juridique, in AJDA, n° 1, Paris, 2006, pp. 20 – 25.

41 Dentro de la cual se incluye la « teoría impura del derecho » presentada por LOPEZ MEDINA Diego Eduardo, op. cit. El fenómeno del mimetismo es igualmente tratado por Du BOIS de GAUDUSSON Jean, « Les nouvelles constitutions africaines et le mimétisme », La création du droit en Afrique, Paris, Karthala, 1997 ; Du BOIS de GAUDUSSON Jean, L'influence du droit français sur les institutions juridiques du tiers-monde, coloquio de derecho público que tuvo lugar en la Universidad Santo Tomás, Bogotá, del 4 al 6 de octubre de 2007 ; LAMBERT Denis Clair, Le mimétisme technologique des Tiers-mondes, Paris, Economica, 1983 ; DABBOU Sophie, Les conditions de recevabilité du recours pour excès de pouvoir en France et en Tunisie. (Mimétisme et originalité), thèse, droit public, Paris I, 1998 ; MENY Yves, sous la direction de, « La greffe et le rejet », Les politiques du mimétisme institutionnel, Paris, L'Harmattan, 1993 ; DARBON Dominique, « A qui profite le mime ? Le mimétisme institutionnel confronté à ses représentations en Afrique », Les politiques du mimétisme institutionnel, Paris, l'Harmattan, 1993.

42 Fenómeno explicado, entre otros, por DEZALAY Yves, La mondialisation des guerres de palais, Paris, Seuil, 2002. Coll. « Liber » ; DEZALAY Yves, Marchands de droit, thèse, lettres et sciences humaines, Ecole des hautes études en sciences sociales, 1991 ; IBARRA David, « Los laberintos del orden internacional : la importación de reformas », in Revista de la CEPAL, n° 82, Mexico D.F., abril, 2004, p. 16; LINCE ECHAVARRIA Astrid Elena e IDARRAGA ARANGO Ana Cristina, Bases jurídicas para la contratación de transferencia de tecnología en Colombia, tesis de derecho, Medellín, Universidad de Antioquia, 1996, p. 99.

43 RIVERO Jean, « Les phénomènes d'imitation des modèles étrangers en droit administratif », Mélanges Ganshof Van Der Meershe, tome troisième, Bruxelles, Bruylant, 1972, pp. 619-639. Sobre éste tema, ver también : MELLERAY Fabricie, L'imitation

El propio Consejo de Estado francés afirma que él ha sido imitado, total o parcialmente, en numerosos países, imitación que se ha dado no solamente al interior de Europa,⁴⁴ como es el caso en Colombia.

Con ocasión del bicentenario del Consejo de Estado francés en 1999, numerosas publicaciones le fueron consagradas. Su creación fue igualmente conmemorada en el marco de un coloquio organizado en Cartagena en noviembre de 1997,⁴⁵ al cual una considerable delegación francesa fue invitada.⁴⁶

En julio de 2008, miembros del Consejo de Estado francés⁴⁷ participaron en un seminario Franco – Colombiano organizado en Bogotá con el objeto de discutir sobre la reforma de la jurisdicción de lo contencioso administrativo en Colombia. Actividad ésta que fue organizada por el Consejo de Estado colombiano en cooperación con el Consejo de Estado francés.⁴⁸

Se trataba de una misión de cooperación técnica con el fin de enriquecer las discusiones sobre la reforma al Código contencioso administrativo colombiano.⁴⁹

Ésta misión de cooperación, así como las otras actividades a las cuales se ha hecho alusión, hacen parte de toda una serie de intercambios, a todos los niveles, entre el Consejo de Estado colombiano y el Consejo de Estado francés.

Las relaciones internacionales entre el Consejo de Estado francés y los Consejos de Estado instaurados en otros países conforme al modelo francés, son bien conocidas.

Algunos autores hacen alusión a éste tipo de intercambios institucionales en términos de relaciones *Norte-Sur* o *Centro-Periferia*.⁵⁰

de modèles étrangers en droit administratif français, in AJDA, n°23, Paris, Juin 2004, pp. 1224 – 1229.

44 LE CONSEIL D'ÉTAT, L'influence internationale du droit français, Paris, La Documentation française, 2001, p. 55.

45 Coloquio que tuvo lugar del 19 al 21 noviembre de 1997.

46 Delegación integrada por el Vice-presidente del Consejo de Estado francés y otros miembros del Consejo francés, dentro de los cuales se encontraban cuatro Presidentes de Sección, así como varios profesores de las Universidades de Paris I y II.

47 Los Consejeros de Estado Marc Durand-Viel y Marcel Pochard.

48 Seminario internacional que tuvo lugar en Bogotá del 7 al 11 de julio de 2008.

49 BOTERO Enrique Gil, ex - Presidente del Consejo de Estado colombiano, in « CONSEJO DE ESTADO, Memorias. Seminario Franco – Colombiano sobre la reforma a la jurisdicción contencioso administrativa. Misión de cooperación técnica en Colombia del Consejo de Estado Francés », Bogotá, 7-11 julio, 2008, p. 3.

50 ETIENNE Gilbert, Le développement à contre-courant, Paris, Presses de Sciences po, 2003, p. 137; FALS BORDA Orlando y MORA OSEJO Luis Eduardo, La superación del Eurocentrismo. Enriquecimiento del saber sistémico y endogeno sobre nuestro contexto natural, Bogotá, Editora Guadalupe LTDA, 2002, p. 8.

Otros juristas tratan el tema en términos de *lugares de producción* y *lugares de recepción*,⁵¹ haciendo alusión a los llamados *viajes institucionales*.

Algunos autores, irán hasta afirmar que existen, en ese tipo de relaciones, *juristas imperiales* o *dominantes* y *juristas dominados*, a través de los cuales se produce la expansión de un modelo jurídico.⁵²

Un Expresidente del Consejo de Estado colombiano aseveró que: “*El origen de nuestra jurisdicción de lo contencioso administrativo ha estado marcado entonces por una influencia determinante de las instituciones francesas, pero también se ha permeado de nuestra realidad, lo que ha conducido a una configuración, si bien no del todo original, sí especial, lo que aunado a innovaciones constitucionales y legales a lo largo del siglo XX nos pone hoy frente a una jurisdicción de fisonomía mestiza y por consiguiente con problemas de identidad.*”⁵³

De esa manera, podemos preguntarnos si los problemas de identidad, a los cuales hace alusión el ex – Presidente del Consejo de Estado colombiano, se encuentran ligados a las lógicas propias de los fenómenos de imitación enunciados anteriormente.

Algunas divergencias y convergencias entre el Consejo de Estado colombiano y el Consejo de Estado francés

Numerosas divergencias son identificadas entre los dos Consejos de Estado, tanto en su historia como en sus funciones, organización⁵⁴ y jurisprudencias.⁵⁵

Evoquemos aquí algunos ejemplos de esas divergencias:

51 LOPEZ MEDINA Diego Eduardo, op. cit., p. 16.

52 DEZALAY Yves, 1991, op. cit., p. 212.

53 BOTERO Enrique Gil, op. cit., p. 4.

54 Recientemente, la organización interna del Consejo de Estado francés ha sido profundamente modificada por el decreto del 6 de marzo de 2008. Sobre éste tema ver por ejemplo : MARCOU Gérard, « La fonction consultative juridique centrale. Approche de droit comparé ». In CONSEJO DE ESTADO, Memorias. Seminario Franco – Colombiano sobre la reforma a la jurisdicción contencioso administrativa. Misión de cooperación técnica en Colombia del Consejo de Estado Francés, Bogotá, 7-11 julio, 2008, p. 251.

55 La historia, organización, funciones, así como la jurisprudencia de los Consejos de Estado francés y colombiano, son analizados a lo largo de nuestra tesis doctoral. Sobre la historia, organización y funciones del Consejo de Estado colombiano, ver por ejemplo: RODRIGUEZ GUTIERREZ Andrés, *Le Conseil d’Etat colombien*, mémoire de D.E.A., Science administrative, sous la direction de Jacques Chevallier, Université Panthéon-Assas Paris II, 2004.

- Mientras que el conjunto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo en Colombia está compuesto por 428 miembros, de los cuales 31 son Consejeros de Estado, 144 son Magistrados de Tribunales superiores de Distrito judicial y 257 son Jueces únicos administrativos,⁵⁶ el Consejo de Estado francés esta integrado, el solo, por 305 miembros, aproximadamente, de los cuales 200 ocupan sus cargos en el Palacio Real, sede del Consejo de Estado francés.
- Frente a los 428 integrantes de la jurisdicción de lo contencioso administrativo en Colombia, Francia dispone de 1305 miembros, aproximadamente, distribuidos entre el Consejo de Estado, las Cortes administrativas de apelación y los jueces únicos administrativos.⁵⁷ Recordemos que, en Francia las Cortes administrativas de apelación son el equivalente de los Tribunales administrativos superiores de Distrito judicial que existen en Colombia.
- El estatus de los miembros del Consejo de Estado es bien diferente en Colombia y en Francia.⁵⁸ Los miembros del Consejo de Estado francés, provienen, por regla general, de una misma Institución, la ENA: Escuela Nacional de Administración. En Colombia, los Consejeros de Estado tienen el mismo estatus de los Magistrados de la Corte Suprema de justicia.⁵⁹ En Colombia los miembros del Consejo de Estado son egresados de diferentes Universidades a lo largo y ancho del país, en ese sentido, podría decirse que al interior del Consejo de Estado colombiano no se presenta la llamada “*uniformidad de pensamiento*”, tan criticada en Francia, dado que en dicho país la mayoría de los miembros del Consejo de Estado son formados en la misma Institución, hecho éste que genera, según algunos autores, una uniformidad de pensamiento

56 Documento de la Sala administrativa del Consejo superior de la judicatura: « Fortalecimiento de la jurisdicción contencioso administrativa », in CONSEJO DE ESTADO, Memorias. Seminario Franco – Colombiano sobre la reforma a la jurisdicción contenciosa administrativa. Misión de cooperación técnica en Colombia del Consejo de Estado Francés, Bogotá, 7-11 julio, 2008, p. 460.

57 Francia dispone actualmente de unos 1000 Magistrados de Tribunales administrativos y de las Cortes administrativas de apelación : DURAND – VIEL Marc, « Les mécanismes de rationalisation du procès contentieux : l’expérience française », in CONSEJO DE ESTADO, Memorias. Seminario Franco – Colombiano sobre la reforma a la jurisdicción contencioso administrativa. Misión de cooperación técnica en Colombia del Consejo de Estado Francés, Bogotá, 7-11 julio, 2008, p. 174.

58 Sobre el estatus de los miembros del Consejo de Estado francés ver por ejemplo : Gérard Marcou, op. cit., p. 249.

59 Por ejemplo, ni el desprendimiento, ni la vuelta del exterior existen en el seno del Consejo de Estado colombiano.

que afecta la diversidad de intelectualidades al interior del Consejo de Estado.

- Contrariamente al caso colombiano, en Francia no es necesario tener el título de abogado para poder integrar dicha corporación. En Francia por ejemplo, un filósofo o un médico pueden hacer parte del Consejo de Estado.⁶⁰ Circunstancia ésta que puede presentarse solamente dentro del llamado *servicio extraordinario*, el cual no existe en el caso colombiano.

Recordemos que en Francia son dos las vías de acceso para ser miembro del Consejo de Estado:

1. Los mejores alumnos de la Escuela Nacional de Administración, egresan directamente de esa Institución para integrar el Consejo de Estado francés.
 2. La segunda vía de acceso es a través del llamado “*tour de l’extérieur*” o vuelta del exterior si se hace una traducción literal. A través de éste medio el gobierno puede designar un ciudadano francés mayor de 30 años y con 10 años de experiencia profesional en el servicio público. El interés de ésta vuelta del exterior es enriquecer el Consejo de Estado con una diversidad de experiencias en diversos sectores del conocimiento, de esa manera, como ya lo anunciamos, pueden hacer parte del Consejo de Estado Magistrados, Prefectos, abogados, exministros, etc.
- Contrariamente al caso colombiano, el Consejo de Estado francés dispone de la famosa Sección de reporte y de estudios, creada por decreto en 1985, a través de la cual el Consejo de Estado publica, cada año, un balance de las múltiples actividades de la Institución. En el mismo reporte se incluye un estudio sobre un determinado tema de actualidad e interés para la comunidad jurídica francesa.
 - El principio de la doble pertenencia, que se aplica para los Consejeros de Estado en Francia, no tiene cabida entre los miembros del Consejo de Estado colombiano. Según éste principio de la doble pertenencia, en Francia, los miembros de Consejo de Estado pueden ejercer tanto funciones jurisdiccionales, como funciones administrativas y de consulta. Recordemos que en Colombia, en virtud de lo dispuesto por la Constitución, los miembros del Consejo de Estado que ejercen funciones de consulta, es decir, los miembros de la Sala de Consulta y de servicio civil, no pueden ejercer funciones jurisdiccionales.

60 ROBINEAU Yves y TRUCHET Didier, op. cit., p. 34.

En ese sentido, es menester recordar que el Consejo de Estado colombiano se ha anticipado, desde 1945⁶¹, a las últimas reformas que sobre el particular se han hecho en Francia, pues, luego de la expedición en Francia del Decreto del 6 de marzo de 2008, el cual fue introducido en el Código francés de justicia administrativa, un miembro del Consejo de Estado francés no puede conocer de un negocio contencioso, si sobre ese mismo asunto ha tenido previo conocimiento como juez de consulta. Recordemos que es esa una de las consecuencias del famoso fallo *Procola*, proferido por la Corte europea de los derechos del hombre.

- El principio de protección de la confianza legítima, de origen alemán, reconocido por la jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano, no es aplicado por el Consejo de Estado francés, pese a que se hace alusión a dicho principio en su jurisprudencia. Este principio de la protección de la confianza legítima no es aplicado por el Consejo de Estado francés pues, el Juez administrativo considera que el principio de la seguridad jurídica engloba los derechos que pretende proteger el principio de protección de la confianza legítima. Sobre ese punto, algunos autores franceses afirman que el Consejo de Estado francés se resiste a aplicar ese principio de protección de la confianza legítima por su origen foráneo y prefiere aplicar el principio de la seguridad jurídica, el cual es considerado como de más arraigo en el sistema judicial francés.⁶²

En cuanto a algunas de las convergencias existentes entre el Consejo de Estado colombiano y el Consejo de Estado francés, tenemos las siguientes:

- De alguna manera podemos decir que el Consejo del Rey es el antecedente institucional tanto para el Consejo de Estado francés, como para el Consejo de Estado colombiano. Ello como consecuencia de las dinámicas de los fenómenos de imitación a los cuales se hizo alusión anteriormente.
- Los dos Consejos de Estado se encuentran en medio de toda una serie de fenómenos de difusión institucional. Estas dinámicas hacen que las dos instituciones se encuentren en permanente comunicación, conciente o inconcientemente. Algunos autores hacen referencia a esa circunstancia en términos de “*dialogo de Jueces*”.⁶³

61 Ver ZAMBRANO CETINA William, “Les antécédents historiques de la fonction consultative du Conseil d’Etat”, in POCHARD Marcel y ZAMBRANO CETINA William, sous la direction de, *Le Conseil d’Etat en Colombie et en France. La protection de l’Etat de droit*, Paris, l’Harmattan, 2009. Coll.: “Logiques juridiques”, p. 257.

62 Sobre el particular : CALMES Sylvia, *Du principe de protection de la confiance légitime en droit allemand, communautaire et français*, thèse, droit public, sous la direction de Didier Truchet, Université Panthéon-Assas Paris II, 2000.

63 Du BOIS de GAUDUSSON Jean, « La complexité de la participation des cours su-

- La instauración de cada uno de los dos Consejos de Estado se le atribuye, en principio, a un solo hombre: Napoleón para el caso francés y Bolívar para el caso colombiano. Sin olvidar en todo caso el aporte de Sieyès y Santander, respectivamente.
- La función consultiva fue la primera competencia conferida tanto para el Consejo de Estado francés, como para el Consejo de Estado colombiano.
- La segunda de las grandes competencias otorgadas a los dos Consejos de Estado fue la función jurisdiccional. En Francia a partir de 1806 y en Colombia a partir de 1886.
- Actualmente las dos instituciones son el máximo órgano de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.
- Como resultado de la evolución de los dos Consejos de Estado, tanto en Colombia como en Francia existe la llamada dualidad de jurisdicciones: De un lado la jurisdicción ordinaria y del otro la jurisdicción de lo contencioso administrativo.
- Existen puntos comunes entre las jurisprudencias de los dos Consejos de Estado en lo que tiene que ver con el régimen general de la responsabilidad del Estado.⁶⁴ El famoso fallo Blanco es punto de partida y referencia en la jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano relativa al régimen general de la responsabilidad del Estado.
- Existen igualmente líneas comunes entre las jurisprudencias de los dos Consejos de Estado en lo relativo al régimen de la responsabilidad del Estado por el hecho de la administración de justicia.

Conclusión

Así las cosas, podemos concluir ésta presentación, recordando que el Consejo de Estado francés ha sido la fuente de inspiración para la instauración del Consejo de Estado colombiano. Después del establecimiento de ese modelo ex-

prêmes des pays en voie de développement au dialogue des juges », in, Diversité des systèmes juridiques et inspiration réciproque des juges, Bordeaux – Paris, Petites affiches, La loi, Le quotidien juridique, n° 112 spécial, 4 juin 2008, pp. 22 – 25.

64 Sobre el particular : POCHARD Marcel, CONSEJO DE ESTADO, « L'indemnisation des victimes sur le fondement du principe de la solidarité nationale », in Memorias. Seminario Franco – Colombiano sobre la reforma a la jurisdicción contencioso administrativa. Misión de cooperación técnica en Colombia del Consejo de Estado Francés, Bogotá, 7-11 julio, 2008, p. 354.

tranjero, el Consejo de Estado colombiano ha tenido su propia evolución de la cual son testigos la historia, las Constituciones y todos los documentos evocados en este evento.

Tanto el Consejo de Estado colombiano, como el Consejo de Estado francés, ha vivido su propia evolución con algunos puntos de acercamiento que han sido marcados por las lógicas propias de los fenómenos de imitación.

Estos fenómenos de imitación permiten y han permitido una transmisión importante de conocimientos entre el Consejo de Estado colombiano y el Consejo de Estado francés.

Esa transferencia se traduce en toda una serie de intercambios institucionales, profesionales, académicos y culturales, entre Colombia y Francia, como es el caso del presente seminario internacional, en el cual he tenido el inmenso honor de participar.

Bibliografía

- ARNOULT Erik, MONNIER François, *Le Conseil d'Etat*, Paris, Gallimard, 1999. Coll. « Découvertes ».
- BARBICHE Bernard, « Le Conseil du roi dans tous ses états », *Le Conseil d'Etat avant le Conseil d'Etat*, *La Revue administrative*, numéro spécial n° 3, Paris, 1999.
- BOTERO Enrique Gil Botero, ex - Presidente del Consejo de Estado colombiano, in « CONSEJO DE ESTADO, Memorias. Seminario Franco – Colombiano sobre la reforma a la jurisdicción contencioso administrativa. Misión de cooperación técnica en Colombia del Consejo de Estado Francés », Bogotá, 7-11 julio, 2008.
- BRAIBANT Guy, *LE CONSEIL D'ÉTAT, De l'an VIII à nos jours*, livre jubilaire du deuxième centenaire du Conseil d'Etat français, Paris, Adam Biro, 1999.
- CAJIAO VEJARANO Francisco, *El Consejo de Estado y su competencia*, Bogotá, 1944.
- CALMES Sylvia, *Du principe de protection de la confiance légitime en droit allemand, communautaire et français*, thèse, droit public, sous la direction de Didier Truchet, Université Panthéon-Assas Paris II, 2000.
- CAZALIS Pierre, « La logique du stratégique » in *Les administrations qui changent, Innovations techniques ou nouvelles logiques ?* Ouvrage collectif sous la direction de G. Timsit, Université de Paris I Panthéon-Sorbonne, Paris, PUF, 1996.

- CHEVALLIER Jacques, *Science administrative*, Paris, Puf, 2002. Coll. « Thémis ».
- CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. LEY 130 DE 1913, Bogotá, Imprenta nacional, 1933.
- DABBOU Sophie, *Les conditions de recevabilité du recours pour excès de pouvoir en France et en Tunisie. (Mimétisme et originalité)*, thèse, droit public, Paris I, 1998.
- DARBON Dominique, « A qui profite le mime ? Le mimétisme institutionnel confronté à ses représentations en Afrique », *Les politiques du mimétisme institutionnel*, Paris, l'Harmattan, 1993.
- DENOIX DE SAINT MARC Renaud, *Le Conseil d'Etat avant le Conseil d'Etat*, *La Revue administrative*, numero especial n° 3, Paris, 1999.
- DEZALAY Yves, *La mondialisation des guerres de palais*, Paris, Seuil, 2002. Coll. « Liber ».
- DEZALAY Yves, *Marchands de droit*, thèse, lettres et sciences humaines, Ecole des hautes études en sciences sociales, 1991.
- Du BOIS de GAUDUSSON Jean, « La complexité de la participation des cours suprêmes des pays en voie de développement au dialogue des juges », in, *Diversité des systèmes juridiques et inspiration réciproque des juges*, Bordeaux – Paris, Petites affiches, *La loi*, *Le quotidien juridique*, n° 112 spécial, 4 juin 2008.
- Du BOIS de GAUDUSSON Jean, *La justice en Afrique*, *Revue Afrique contemporaine* n° 156 spécial, 4^o trimestre, Paris, *La documentation française*, 1990.
- Du BOIS de GAUDUSSON Jean, *Les Constitutions africaines publiées en langue française*, Paris, *La documentation Française*, 1997. Coll. « Retour aux textes ».
- Du BOIS de GAUDUSSON Jean, « Les nouvelles constitutions africaines et le mimétisme », *La création du droit en Afrique*, Paris, Karthala, 1997.
- Du BOIS de GAUDUSSON Jean, *L'influence du droit français sur les institutions juridiques du tiers-monde*, coloquio de derecho público que tuvo lugar en la Universidad Santo Tomás, Bogotá, del 4 al 6 de octubre de 2007.
- Du BOIS de GAUDUSSON Jean, préface, Elisabeth MELLA, *Essai sur la nature de la délibération locale*, Paris, L.G.D.J., 2003.
- DURAND – VIEL Marc, « Les mécanismes de rationalisation du procès contentieux : l'expérience française », in *CONSEJO DE ESTADO, Memorias*. Se-

- minario Franco – Colombiano sobre la reforma a la jurisdicción contencioso administrativa. Misión de cooperación técnica en Colombia del Consejo de Estado Francés, Bogotá, 7-11 julio, 2008.
- ESPRIELLA Ramiro de la, Orígenes de nuestras instituciones políticas, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 2003.
- ETIENNE Gilbert, *Le développement à contre-courant*, Paris, Presses de Sciences po, 2003.
- FALS BORDA Orlando y MORA OSEJO Luis Eduardo, *La superación del Eurocentrismo. Enriquecimiento del saber sistémico y endógeno sobre nuestro contexto natural*, Bogotá, Editora Guadalupe LTDA, 2002.
- GALINDO VACHA Juan Carlos, *Derecho Procesal Administrativo*, Bogotá, JAVEFRAG, 2004. Coll. « *Discentibus auxilia 1* »
- GOMEZ CARDONA Efraín, *Derecho Administrativo Social y Democrático*, Bogotá, Ed. Jurídicas Gustavo Ibañez, 1999.
- GONZALEZ CHARRY Guillermo, « *Importancia de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en Colombia* », in *Primer Congreso Nacional de Derecho Administrativo*. Obra editada en el marco del primer Congreso nacional de derecho administrativo que tuvo lugar en Medellín en junio de 1980.
- GONZALEZ RODRIGUEZ Miguel, *Derecho Procesal Administrativo*, 10ª éd, Bogotá, Ed. Jurídicas Gustavo Ibañez, 2002.
- GUENEE Bernard, « *Le Conseil du Roi au Moyen Age* », *Le Conseil d'Etat avant le Conseil d'Etat*, *La Revue Administrative*, n° spécial n° 3, Paris, 1999.
- IBARRA David, « *Los laberintos del orden internacional : la importación de reformas* », in *Revista de la CEPAL*, n° 82, Mexico D.F., abril, 2004.
- LAMBERT Denis Clair, *Le mimétisme technologique des Tiers-mondes*, Paris, Economica, 1983.
- LANGROD Georges, « *Genèse et conséquences du mimétisme administratif en Afrique* », *Revue internationale de science administrative*, n° 39, 1973.
- LE CONSEIL D'ÉTAT, *L'influence internationale du droit français*, Paris, La Documentation française, 2001.
- LINCE ECHAVARRIA Astrid Elena e IDARRAGA ARANGO Ana Cristina, *Bases jurídicas para la contratación de transferencia de tecnología en Colombia*, tesis de derecho, Medellín, Universidad de Antioquia, 1996.
- LOPEZ MEDINA Diego Eduardo, *Teoría impura del derecho, La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Bogotá, Legis, 2005.

- LUNA BENITEZ Luis Alberto, *Lo Contencioso Administrativo*, Bogotá, éd. Librería el Profesional, 1981.
- MARCOU Gérard, « La fonction consultative juridique centrale. Approche de droit comparé ». In CONSEJO DE ESTADO, *Memorias. Seminario Franco – Colombiano sobre la reforma a la jurisdicción contencioso administrativa. Misión de cooperación técnica en Colombia del Consejo de Estado Francés*, Bogotá, 7-11 julio, 2008.
- MELLERAY Fabrice, *L'imitation de modèles étrangers en droit administratif français*, in AJDA, n°23, Paris, Juin 2004.
- MENY Yves, sous la direction de, « La greffe et le rejet », *Les politiques du mimétisme institutionnel*, Paris, L'Harmattan, 1993.
- MESTRE Jean-Louis, *Introduction historique au droit administratif français*, Paris, PUF, 1985. Coll. : « Droit fondamental ».
- MODERNE Frank, « Origine et évolution de la Juridiction Administrative en France », *Historia y perspectivas de la jurisdicción administrativa en Francia y en América Latina*, Bogotá, Temis, 1999.
- MORA OSEJO Humberto, « La juridiction du contentieux administratif en Colombie » in études et documents, n° 43, *Le Conseil d'Etat, Rapport public 1991*, Paris, La Documentation française, 1991.
- PENAGOS Gustavo, *Derecho administrativo, nuevas tendencias*, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley LTDA, 2004.
- PINEDA DE CASTRO Álvaro, *El Consejo de Estado, Universitas No. 1*, Bogotá, 1951.
- POCHARD Marcel, CONSEJO DE ESTADO, « L'indemnisation des victimes sur le fondement du principe de la solidarité nationale », in *Memorias. Seminario Franco – Colombiano sobre la reforma a la jurisdicción contencioso administrativa. Misión de cooperación técnica en Colombia del Consejo de Estado Francés*, Bogotá, 7-11 julio, 2008.
- POCHARD Marcel y ZAMBRANO CETINA William, sous la direction de, *Le Conseil d'Etat en Colombie et en France. La protection de l'Etat de droit*, Paris, l'Harmattan, 2009. Coll. : « Logiques juridiques ».
- PONTHOREAU Marie-Claire, *Trois interprétations de la globalisation juridique*, in AJDA, n° 1, Paris, 2006.
- QUINTERO Gustavo, *Libertés publiques et responsabilité de la puissance publique en droit Colombien*, thèse de Doctorat en droit public, Université de Nantes, 1997.

- RIVERO Jean, « Les phénomènes d’imitation des modèles étrangers en droit administratif », Mélanges Ganshof Van Der Meershe, tome troisième, Bruxelles, Bruylant, 1972.
- ROBINEAU Yves y TRUCHET Didier, Le Conseil d’Etat, Paris, PUF, 2002. Coll.: “Que sais-je”.
- RODRIGUEZ GUTIERREZ Andrés, Le Conseil d’Etat colombien, mémoire de D.E.A., Science administrative, sous la direction de Jacques Chevallier, Université Panthéon-Assas Paris II, 2004.
- RODRIGUEZ R. Libardo, Historia y perspectivas de la jurisdicción administrativa en Francia y en América Latina. Coloquio conmemorativo del bicentenario del Consejo de Estado francés, Bogotá, Temis, 1999.
- SALA ADMINISTRATIVA DEL CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA : « Fortalecimiento de la jurisdicción contencioso administrativa », in CONSEJO DE ESTADO, Memorias. Seminario Franco – Colombiano sobre la reforma a la jurisdicción contenciosa administrativa. Misión de cooperación técnica en Colombia del Consejo de Estado Francés, Bogotá, 7-11 julio, 2008.
- TASCON Tulio Enrique, Derecho Contencioso-Administrativo Colombiano, 2^{da} éd, Bogotá, Ed. La Gran Colombia, 1946.
- ZAMBRANO CETINA William, “Les antécédents historiques de la fonction consultative du Conseil d’Etat”, in POCHARD Marcel y ZAMBRANO CETINA William, sous la direction de, Le Conseil d’Etat en Colombia et en France. La protection de l’Etat de droit, Paris, l’Harmattan, 2009. Coll.: “Logiques juridiques”.

LA EXPERIENCIA COLOMBIANA

LA PERSPECTIVA HISTÓRICA

LA CONSTITUCIÓN DE CUNDINAMARCA DE 1811 Y EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN LA PERSPECTIVA HISTÓRICA

Por: William Zambrano Cetina¹

Magistrado de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado

Introducción

Debo comenzar por agradecer a todos nuestros invitados internacionales y nacionales por haber aceptado nuestra invitación al evento realizado para conmemorar el Bicentenario de la independencia y el Centenario del Acto Legislativo 03 de 1910. Para todo el equipo de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado fue un verdadero privilegio tenerlos con nosotros para participar en la reflexión a la que convocamos con el fin de destacar la importancia de las instituciones judiciales y su contribución en este periodo a la consolidación de la democracia.

Esta es una versión actualizada del texto propuesto en dicho evento que a su vez recogía el texto presentado en París con la profesora Laura Ospina Mejía en la Casa de América Latina, en el marco de la celebración del Bicentenario de las independencias de América Latina y el Caribe, con el que se pretendió hacer una síntesis histórica de la vigencia entre nosotros del principio de supremacía constitucional y del control de constitucionalidad, a manera de introducción de las reflexiones que nuestros colegas realizaron con mayor lucidez y sabiduría sobre la evolución de nuestras instituciones judiciales.

¿Por qué hablar de supremacía de la Constitución y de control de constitucionalidad a propósito del Bicentenario?

1 En colaboración con la Profesora Laura Ospina Mejía.

La respuesta es simple: la historia de la independencia y del nacimiento del nuevo Estado, concebido desde su inicio como un Estado de Derecho, así como la de la República que surgirá entonces, es la historia misma de la Constitución, de su consolidación, de su defensa y de los esfuerzos para hacer efectivos sus principios en la realidad.

En efecto, la independencia, cuyo curso inevitable habían insinuado las revueltas de los comuneros y luego los sucesos en toda América provocados por la invasión de España por Napoleón, se planteó desde un primer momento como un problema constitucional. En este sentido bien puede afirmarse que la “Declaración de 1810” contiene esencialmente una alegación sobre el derecho del pueblo a darse una Constitución que rijan su propio destino² y que la primera Constitución

2 Así el texto señaló:

En la ciudad de Santafé, a veinte de julio de mil ochocientos diez, y hora de las seis de la tarde, se juntaron los S. S. del M. I. C. en calidad de extraordinario, en virtud de haberse juntado el pueblo en la plaza pública y proclamado por su Diputado el señor Regidor don José Acevedo y Gómez para que le propusiese los vocales en quienes el mismo pueblo iba a depositar el Supremo Gobierno del Reino; (...).

Enseguida se manifestó al mismo pueblo la lista de los sujetos que había proclamado anteriormente, para que unidos a los miembros legítimos de este cuerpo (...) *se deposite en toda la Junta el Gobierno Supremo de este Reino interinamente, mientras la misma Junta forma la Constitución que afiance la felicidad pública*, contando con las nobles Provincias, a las que en el instante se les pedirán sus Diputados, firmando este Cuerpo el reglamento para las elecciones en dichas Provincias, *y tanto éste como la Constitución de Gobierno deberán formarse sobre las bases de libertad e independencia respectiva de ellas, ligadas únicamente por un sistema federativo, cuya representación deberá residir en esta capital, para que vele por la seguridad de la Nueva Granada, que protesta no abdicar los derechos imprescindibles de la soberanía del pueblo a otra persona que a la de su augusto y desgraciado Monarca don Fernando VII, siempre que venga a reinar entre nosotros, quedando por ahora sujeto este nuevo Gobierno a la Superior Junta de Regencia, interin exista en la Península, y sobre la Constitución que le dé el pueblo, (...)*

Y enseguida se leyó la lista de las personas elegidas y proclamadas, en quienes con el Ilustre Cabildo ha depositado el Gobierno Supremo del Reino, (...)

En este estado proclamó el pueblo con vivas y aclamaciones a favor de todos los nombrados; (...)

Entretanto, se recibió juramento a los señores Vocales presentes, que hicieron en esta forma, a presencia del M. I. Cabildo y en manos del señor Regidor primer Diputado del pueblo don José Acevedo y Gómez, puesta la una mano sobre los Santos Evangelios y la otra formando la señal de la cruz, a presencia de Jesucristo Crucificado, dijeron: «*Juramos por el Dios que existe en el Cielo, cuya imagen está presente y cuyas sagradas y adorables máximas contiene este libro, cumplir religiosamente la Constitución y voluntad del pueblo expresada en esta acta, acerca de la forma del Gobierno provisional*

que concretará ese ideal será la de Cundinamarca de 1811.

Si bien solo será la Constitución de Tunja de ese mismo año la que proclamará la República, para nuestros efectos, debemos destacar que es en esa Constitución aún monárquica de la Provincia de Cundinamarca en la que se va a establecer desde el inicio de nuestro ya largo recorrido institucional, ese principio de supremacía constitucional, así como en la que se esbozarán por primera vez los principales elementos que caracterizan aún hoy nuestro modelo de control de constitucionalidad.

que ha instalado; derramar hasta la última gota de nuestra sangre por defender nuestra sagrada religión C. A. R. nuestro amado Monarca Don Fernando VII y la libertad de la Patria; conservar la libertad e independencia de este Reino en los términos acordados; trabajar con infatigable celo para formar la Constitución bajo los puntos acordados, y en una palabra, cuanto conduzca a la felicidad de la Patria».(...)

En este estado, habiendo recibido por escrito la comisión que pedía el señor Jurado a Su Excelencia, y esto estando presentes la mayor parte de los señores Vocales elegidos por el Pueblo, con asistencia de su particular Diputado y Vocal el Regidor don José Acevedo, se procedió a oír el dictamen del Síndico Personero, doctor don Ignacio Herrera, *quien, impuesto de lo que hasta aquí tiene sancionado el pueblo y consta del acta anterior, dirigida por especial comisión y encargo del mismo pueblo, conferida a su Diputado el señor Regidor don José Acevedo, dijo que el Congreso presente, compuesto del M. I. C., cuerpos, autoridades y vecinos, y también de los Vocales del nuevo Gobierno, nada tenía que deliberar; pues el pueblo soberano tenía manifestada su voluntad por el acto más solemne y augusto con que los pueblos libres usan de sus derechos, para depositarlos en aquellas personas que merezcan su confianza; que en esta virtud los vocales procediesen a prestar el juramento, y en seguida la Junta dicte las más activas Providencias de seguridad pública.*

Enseguida se oyó el voto de todos los individuos del Congreso, que convinieron unánimemente y sobre que hicieron largas y eruditas arengas, demostrando en ellas los incontestables derechos de los pueblos, y particularmente los de este Nuevo Reino, que no es posible puntualizar en medio del inmenso pueblo que nos rodea (...).

Como lo recuerda Restrepo Piedrahita “Meses más adelante, el 25 de Enero de 1811, cuando la Junta Suprema de Santa Fé proyectaba transformarse en Colegio Constituyente de Cundinamarca, el acta pertinente reconoció como derecho natural del pueblo el de “dictar la *Constitución* o reglas fundamentales que deben jurar y observar los funcionarios públicos...” y formó una comisión de ciudadanos “...para que acuerden y escriban *dicha Constitución* sobre los principios de un sistema liberal representativo...” y agregó que “...los Diputados que resulten electos por el mismo Colegio (Constituyente, *Crp.*) en la renovación de esta Suprema Junta Provincial, juren el *Pacto o Constitución* antes de entrar al ejercicio de sus elevadas funciones... ..” Ver Carlos Restrepo Piedrahita “El principio de supremacía de la Constitución en el Derecho constitucional colombiano” en *Tres ideas constitucionales*. Universidad Externado de Colombia, 1988, pág. 11.

Y permítanme hablar de “modelo”, porque existe una especie de orgullo nacional cuando se afirma por autorizadas voces³ que nuestros primeros constituyentes se anticiparon ampliamente en el tiempo a otros ordenamientos jurídicos tradicionalmente invocados como referentes en la materia, al concebir en esta primera constitución provincial -como también se dio en el mismo año en Venezuela⁴- un sistema propio de control de constitucionalidad por iniciativa ciudadana encargado a un órgano judicial, así como también un mecanismo de objeciones presidenciales o derecho de veto en el que se defería a una autoridad judicial la atribución de pronunciar la última palabra. Elementos que van a consolidarse a lo largo del siglo XIX y que van a ser efectiva y definitivamente consagrados en la reforma constitucional de 1910, que definirá por lo esencial los instrumentos del control de constitucionalidad aún vigente entre nosotros.

Es por ello que el tema que pretendo abordar se inscribe en la doble celebración, de 1810 y de 1910, año este último a partir del cual y sin interrupción, se ha tenido en Colombia un sistema de control de constitucionalidad de una gran riqueza y complejidad. Sistema en el que han sido actores sucesiva y concurrentemente, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, protagonistas indiscutibles por lo demás de la reflexión que hoy nos convoca.

Ahora bien, sea o no posible hablar de modelo -pues quizás ello sea lo que tenga menor importancia-, lo cierto es que ya sea por el carácter temprano de su instauración, por la variedad de sus mecanismos, actores e instrumentos, o ya sea por la vitalidad con la que ese control se ejerce en Colombia, nuestro sistema merece sobradamente el interés que el mismo suscita entre los comparatistas y los historiadores del derecho.

¿Cuáles han sido las principales características de este sistema a través de estos doscientos años y cuál la herencia de los textos con los que comienza nuestra historia institucional? Para responder esa pregunta proponemos examinar a continuación, en una primera parte, la historia de la consolidación de la constitución

3 Ver Carlos Restrepo Piedrahita. *Ob cit* y Manuel Gaona Cruz. La estructura y la operancia del control de constitucionalidad en Colombia Publicado en *Control y reforma de la Constitución en Colombia*. Manuel Gaona Cruz. 1988. Ministerio de Justicia- Superintendencia de Notariado y Registro, p 78. Hernando Yepes Arcila *Interrogantes sobre la justicia constitucional en Colombia*. Jornadas Colombo Venezolanas de Derecho Público. Bogotá. Universidad Externado de Colombia 1996. Tulio Chinchilla Herrera. “*Concepciones sobre el Juez constitucional en la Reforma de 1910: Una cuestión de Confianza*”. 2010 En: Revista *Elementos de Juicio -Temas constitucionales-*. Tomo 14, pág. 48.

4 Allan Brewer Carías. *El sistema mixto o integral de control de constitucionalidad en Colombia y Venezuela*.

y su defensa en el transcurso del siglo XIX en Colombia. Y en una segunda parte, la historia de la afirmación del principio de supremacía constitucional a partir de 1910 y la consolidación de un sistema integral⁵ de protección de la Constitución, que el texto de 1991 mantiene y enriquece.

I. La consolidación de la Constitución y su defensa

En el curso del siglo XIX, varias constituciones provinciales se expidieron y sucedieron entre los años 1811 a 1815⁶; así como se expidieron varias constituciones nacionales entre 1821 y 1886.

Se puede afirmar que este período fue el de la consolidación de las instituciones republicanas y de la constitución misma. Los debates entre centralistas y federalistas, partidarios y opositores de Bolívar, benthamistas y antibenthamistas, autoritarios y radicales, liberales y conservadores van a dar lugar a confrontaciones militares, revueltas y revoluciones que terminarán por reflejarse en los textos constitucionales, unos centralistas y conservadores como los de 1832, 1843 y 1886; otros federalistas y liberales como los de 1853, 1858 y 1863. Ciclos que se cerrarán con la Constitución de 1886, la cual, con muy importantes reformas, perduró por más de cien años.

De este período resulta pertinente referirse a tres momentos importantes: el del primer bosquejo de un sistema de control de constitucionalidad por una

5 En la terminología de Manuel Gaona Cruz, quien defendió siempre con orgullo y vehemencia el sistema colombiano. Ver. Ob cit pág. 60. En similar sentido ver Álvaro Tafur Galvis. La titularidad del control de constitucionalidad. En *Estudios de Derecho Público*. Editorial Ibáñez. 1997. Pág. 32, y Ricardo Zuluaga Gil. *El carácter integral, Complejo y Abierto del Sistema Colombiano de Control de Constitucionalidad* Revista Criterio Jurídico. Número 3, Santiago de Cali 2003.

6 Durante este periodo se expiden la Constitución Monárquica de Cundinamarca de 1811, que será reformada en 1812 para adoptar la forma republicana, y nuevamente en 1815 ya integrada Cundinamarca como miembro de la Confederación Granadina, la Constitución de la República de Tunja del 23 de diciembre de 1811, la de Cartagena de 1812, la de Antioquia de 1812, la de Popayán del 17 de julio de 1814 y las de Mariquita del 24 de junio y Neiva del 31 de agosto de 1815. Algunos historiadores aluden igualmente a las Constituciones republicanas de Casanare y Pamplona de 1812, esta última reformada en 1815.

Se hace énfasis en las Constituciones en sentido estricto sin desconocer la importancia histórica de documentos como “el Acta de la Constitución del Estado libre e independiente del Socorro del 15 de agosto de 1810, el Acta de independencia de la Provincia de Cartagena de 1811, o sobre todo del Acta de Confederación de las provincias Unidas de la Nueva Granada del 27 de noviembre de 1811 y sus reformas.

autoridad judicial en 1811, y su abandono durante gran parte del siglo; la introducción de algunos instrumentos de control en las constituciones federales; y finalmente la reaparición con la Constitución de 1886 del mecanismo de objeciones presidenciales decidido por la autoridad judicial.

A. La supremacía de la constitución en la Constitución de Cundinamarca de 1811. El primer ensayo de control de constitucionalidad por una autoridad judicial por iniciativa de cualquier ciudadano, así como de un mecanismo de control a priori de las leyes

La Constitución de la provincia de Cundinamarca de 1811 estableció un mecanismo de control de constitucionalidad encargado a un Senado de Censura y Protección, concebido como el más alto tribunal del poder judicial (art. 3, Título VII⁷) integrado por el Vicepresidente de la Representación Nacional y por cuatro miembros, encargado de: “*velar sobre el cumplimiento exacto de esta Constitución e impedir que se atropellen los derechos imprescriptibles del pueblo y del ciudadano*” (art. 4, Título VII).

Dicho Senado, establecido 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*” (art. 9 Título I), estaba obligado “*a tomar en consideración cualquier queja o aviso documentado que se le dé por cualquier poder, funcionario público o ciudadano, de haber alguno de los tres Poderes Ejecutivo, Legislativo o Judicial, o alguno de sus miembros, usurpado las facultades de otro u otros, o quebrantado notoriamente alguno o algunos de los artículos de esta Constitución...*” (art. 11, Título VII).

El Senado así establecido como órgano judicial tenía la facultad de conminar al poder o funcionario que estuviere violando la Constitución para que reformara su conducta o providencia y se ajustara a la Carta Política “dentro del tercero día” (art. 14, Título VII). Si no era obedecido, la Representación Nacional -conforma-

7 “Del Poder judicial” Explícitamente el artículo 3° del Título VII estructura así la totalidad del Poder Judicial:

“El primer Tribunal de la Provincia preferente a todos los demás es el Senado, después siguen los de apelación; últimamente entran los jueces de primera instancia con los de apelación; últimamente entran los jueces de primera instancia con sus municipalidades, y los pedáneos con las pequeñas municipalidades que debe haber en todo poblado por pequeño que sea”.

da por funcionarios de los tres poderes⁸- conminaba nuevamente al infractor, y si no había acción satisfactoria, ella misma procedía a su deposición y reemplazo, “*sin intervenir en otra cosa ni confundir en sí misma, ni permitir que se confundan en otras corporaciones, los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial*” (art. 16, Título VII).

Dicho Senado de Censura y Protección estaba llamado igualmente a intervenir en el mecanismo de control *a priori* de la ley previsto en la misma Constitución, con participación del Poder ejecutivo, y del Poder judicial, por él representado.

Así el Poder ejecutivo podía objetar las leyes por motivos no solo de inconveniencia sino también de inconstitucionalidad, ya fuere por no haberse respetado las formalidades previstas en la Carta o por vicios sustanciales (art. 24, título V)⁹. Si el Poder legislativo consideraba que los motivos expuestos por el Poder Ejecutivo eran fútiles o arbitrarios, así lo hacía saber al mencionado Senado de Censura para que conminara al Ejecutivo sobre la publicación y orden de ejecución de la ley; pero si el poder legislativo consideraba que las razones invocadas por el Ejecutivo para objetar la ley por inconstitucional eran de peso, se debía archivar el proyecto. En caso de que las objeciones fueren fundadas, y el Legislativo hubiere hecho los ajustes necesarios, el Ejecutivo debía sancionar la ley; y si estimaba aún que los arreglos a la ley no habían sido suficientes o adecuados, podía el Ejecutivo disponer su suspensión hasta nueva Legislatura, pero si ésta insistía en el proyecto, el Ejecutivo estaba finalmente obligado a su sanción.

Cabe hacer énfasis en que la misma Constitución disponía que si pasados diez días después de recibir la nueva propuesta del poder Legislativo, el poder Ejecutivo guardare silencio “*por el mismo hecho (...) quedará la ley sancionada y se procederá a su publicación y ejecución*”, pero “*si la ley fuere derogatoria de algún artículo o artículos de esta Constitución, no valdrá en su favor que el tiempo la haya ejecutoriado; y el Senado tomará la mano para impedir su ejecución*” (art. 25, Título V).

8 “Título IV De la representación nacional. Artículo 1. La Representación Nacional se compone del Presidente y Vicepresidente, Senado de Censura, dos Consejeros del Poder Ejecutivo; los miembros del Legislativo y los tribunales que ejercen el Poder Judicial. Cuando el Rey está presente y en ejercicio de sus funciones, el Presidente y los Consejeros del Poder Ejecutivo, y el Vicepresidente, que es Presidente del Senado de Censura, concurren como miembros de la Representación Nacional.”

9 Artículo 24.- Si la ley que se le presenta se opone directa o indirectamente a la Constitución, bien sea en su sustancia, o bien por no haberse guardado las formalidades prescritas por dicha Constitución, -el Poder ejecutivo- pondrá al pie del decreto «devuélvase por inconstitucional»; y en el oficio de devolución expresará los artículos o las formalidades de la Constitución que son contrarios a la ley propuesta.

Por otra parte, en la misma Constitución se señalaba un sistema de control de unos poderes sobre otros para efectos de evitar su violación. Así, en relación con los dos Consejeros asociados al poder Ejecutivo¹⁰, se señalaba que si ellos “*notan que el Presidente quiere tomar o toma providencias directa o indirectamente subversivas de esta Constitución, no cubrirán su responsabilidad únicamente con ser de contraria opinión; sino que estarán obligados bajo la misma responsabilidad a dar inmediatamente parte al Senado -de Censura-, para que éste, en uso de sus facultades, tome las medidas que estime oportunas*”.

A su vez el artículo 33 del mismo título V señalaba que “*El Poder Ejecutivo no podrá entrometerse en el ejercicio y las funciones del Poder Judicial; pero sí estará a la mira de sus operaciones para asegurar la observancia de la Constitución en los Tribunales, y en caso de infracción notoria, pasar noticia al Senado -de Censura-, para que se proceda a la reforma*”.

Ahora bien, se tiene que esta Constitución de Cundinamarca de 1811, siguiendo los principios de los revolucionarios franceses que tanto influyeron las ideas de nuestros próceres, proclamaba el principio de separación absoluta de poderes, pero agregaba un elemento que bien podría tenerse como perturbador o contradictorio con la concepción más pura de esa separación de poderes que imperaba en esa época, cual es la atribución asignada a un órgano perteneciente al Poder Judicial, de controlar los actos de todos los poderes públicos para hacer efectiva la supremacía de la Constitución. De manera que al tiempo en que se le impedía al poder judicial interpretar las leyes –pues así se señaló expresamente en la constitución¹¹-, acorde con la visión del poder judicial como un “poder casi nulo”, según palabras de Montesquieu -y en estricto sentido, concebido no como un verdadero poder sino tan solo como una “autoridad” de ejecución, pues poderes solo existían dos: el legislativo y el ejecutivo¹²- paradójicamente se le

10 El artículo 3 del Título V, disponía: “A falta de Rey, entra en el ejercicio del Poder Ejecutivo el Presidente de la Representación Nacional; y para el mejor desempeño de su ejercicio y acierto en sus deliberaciones estará asociado a dos Consejeros, que tendrán voto consultivo y no deliberativo”.

11 Así, el artículo 20 del Título VI de la Constitución de Cundinamarca de 1811, al regular lo relativo al poder legislativo, señaló que solamente ese poder tenía la facultad de interpretar, ampliar, restringir o comentar las leyes, y que “*el poder Ejecutivo y el Judicial deberán seguirlas a la letra; y en caso de duda consultar al cuerpo legislativo*”.

12 Como lo explica Carré de Malberg, “*si la Constitución de 1791 consideró al poder judicial como un tercer gran poder; fue por razones orgánicas únicamente, o sea por el motivo de que se entendía que dicho poder había de ser organizado de una manera independiente, especialmente frente al Ejecutivo*” Carré de Malberg. *Teoría General del Estado*. Ed Facultad de Derecho de la UNAM y Fondo de Cultura Económica, México, 1998, pág. 659. Y el solo hecho de haber previsto en esa Constitución la

reconocía a un determinado tribunal la facultad de interpretar la Constitución, al asignarle la función de velar por su cumplimiento. De esta manera aparece altamente atenuado el concepto de separación de poderes, tal cual se concibió por los revolucionarios y se plasmó en las constituciones francesas. Podría tal vez percibirse algún tipo de contradicción interna en esta Constitución de Cundinamarca de 1811, no solo en cuanto es monárquica y republicana a la vez, sino también porque de una parte apela al concepto de ley como expresión de la voluntad general, soberana e intangible, y limita la interpretación de la ley por parte del juez; y al mismo tiempo se le entrega al máximo órgano del poder judicial la posibilidad de interpretar la Constitución y adoptar medidas tendientes para impedir su violación.

En cuanto se refiere a la guarda de la Constitución, recuérdese que en Francia la Asamblea Constituyente de 1789-1791, no previó un control jurídico, sino meramente social y moral de la Constitución, pues ella expresó que *“la deja en depósito a la fidelidad del cuerpo legislativo, del rey y de los jueces, a la vigilancia de los padres de familia, a las esposas y a las madres, a la afición de los jóvenes ciudadanos y al coraje de todos los franceses”*.

Pero ya en 1799, Sieyès había replanteado el principio de separación de poderes y había hablado de la división de los poderes en la unidad, y había lanzado nuevamente su fórmula de un “Jurado Constitucional” (Jury constitutionnaire). Esta propuesta de Sieyès¹³ que había sido rechazada años antes por la Asamblea, fue la inspiradora del Senado Conservador creado en la Constitución de 1799 (Título II) y del cual él mismo hizo parte por expresa disposición constitucional (artículo 24), órgano que tenía por misión la de avalar o anular todos los actos acusados de inconstitucionalidad por el Tribunado o por el gobierno, incluidas las listas de elegibles (artículo 21).

Ahora bien, algunos han considerado que tanto el Senado de Censura y Protección de la Constitución de Cundinamarca de 1811 como el Senado conservador francés, tuvieron su inspiración en la Constitución de Pensylvania de 1776 (artículo 47), en la de Vermont de 1777, que crearon Consejos de Censura (artículo 44), o incluso en la de Nueva York del mismo año que creó un Consejo de Revisión, pero como lo dice Gómez Serrano, *“ninguno de ellos trascendía del ni-*

elección popular de jueces, no por ello les fue reconocida la representación. El poder judicial, a diferencia de los otros dos poderes no tenía la representación nacional; por tanto no podían poner en tela de juicio la ley, ni dejarla de aplicar aunque fuera abiertamente contraria a la Constitución. Esta visión de las cosas dio origen a que se hablara en realidad solo dos poderes: el Legislativo y el Ejecutivo, y de una función o autoridad judicial.

13 Ver Sieyès, Emmanuel. Escritos y discursos de la Revolución. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, pág. 397 y ss.

vel de control político”¹⁴. Por el contrario, hay quienes orgullosamente sostienen que el Senado Censura y Protección de la Constitución de Cundinamarca de 1811 fue una institución propia, de cosecha criolla, que no solo resulta relevante en tanto trascendió el mero control político, pues como se ha visto el Senado hacía claramente parte del poder judicial, sino en tanto afirmó expresamente como objeto de ese control el respeto de los derechos¹⁵.

Recalcamos que sea cual fuere su influencia, lo cierto es que debe hacerse énfasis en que la Constitución de Cundinamarca de 1811, le había asignado la función de control constitucional a un órgano judicial; mientras que el Senado Conservador francés o el Consejo de Censura norteamericano estaban vinculados al poder legislativo. Eso marca una gran diferencia en la concepción de las relaciones entre los poderes públicos, pues reconoce al juez la posibilidad de poner en tela de juicio la ley, expresión de la voluntad general. Por esto estimamos que el control de nuestra Constitución fue un control jurisdiccional, y no político, como el que estaba llamado a hacer un órgano perteneciente al cuerpo legislador.

En la Constitución de Cartagena de 1812 se previó también este sistema de control de constitucionalidad, a través de un órgano llamado “Senado Conservador” -como se denominó el de la Constitución francesa de 1799-, pero perteneciente al Poder Judicial como en el caso de Cundinamarca, que tenía por objeto “mantener en su vigor y fuerza la Constitución, los derechos del pueblo y del ciudadano”. También se previó una acción pública para que los ciudadanos pudieran “denunciar la violación de la Constitución”¹⁶.

Y aunque se puede decir que la Constitución de Cundinamarca de 1811, como las demás constituciones provinciales, con sus virtudes y defectos¹⁷, solo

14 Gómez Serrano, Laureano. El control constitucional en Colombia. Ed UNAB, Bucaramanga, 2001, p 39. López Michelsen decía que este órgano de pomposo título era una “vaga reminiscencia de la Corte Suprema norteamericana”. Ver Introducción al estudio de la Constitución colombiana. Ed. El liberal S.A., pág. 238.

15 Ver Yepes Arcila, Hernando, ob cit, pág. 662.

16 En otras constituciones provinciales se previó también un control de constitucionalidad a cargo de un órgano también llamado Senado, pero éste era la primera cámara de la legislatura, así que no corresponde al mismo sistema de control. Ver la Constitución de Tunja de 1811, de Cundinamarca de 1812 y de Mariquita de 1815. Así por ejemplo el artículo 18 la Constitución de la República de Tunja del 9 de diciembre de 1811 establecía: “puede el Senado, sin que preceda acusación o denuncia de la Cámara de Representantes pedir al Gobernador o Teniente Gobernador razón de cualquiera decreto, orden o determinación que se juzgue por las tres quintas partes de sus miembros ser contra la Constitución o perjudicial a la causa pública. En caso de que no se dé una razón satisfactoria, podrá el Senado prevenir a cualquiera de los dos que suspenda su determinación”.

17 Al respecto resulta relevante recordar las famosas afirmaciones de don José María Samper “*Unos mismos defectos y unas mismas cualidades se advierten en todas*

tuvo una aplicación limitada en el tiempo y en el espacio, e incluso apenas un carácter simbólico, es indudable que ella marcó el camino que luego será seguido en materia de control de constitucionalidad¹⁸, con la fijación de cuatro elementos claves que se van a repetir y enriquecer, bajo ciertos matices, en nuestro ordenamiento desde entonces: el principio de supremacía de la constitución, la intervención del poder judicial para su defensa, la acción pública de inconstitucionalidad, y el mecanismo de las objeciones presidenciales resueltas por el poder judicial.

Pero estos aportes solo se consolidarán muchos años más tarde, como veremos luego, dado que en los años siguientes la fuerza de la constitución y su control va a languidecer. Las constituciones de 1821, 1830, 1832 y 1843, sin abandonar el principio de supremacía constitucional, no van a establecer mecanismos concretos para hacerla respetar y van a acoger la idea de la ley como expresión de la voluntad general y del Parlamento como guardián de su obra. Según esas constituciones, debía ser el Parlamento la institución encargada de resolver las dudas sobre “la inteligencia de los artículos de la Constitución”.¹⁹

las constituciones de Cundinamarca y Tunja, Casanare y Pamplona, Cartagena y Antioquia, Mariquita y Neiva. En cuanto a sus defectos —obra de la inspiración francesa, de la impresionabilidad latina y del candor de unos criollos filósofos—, son: un espíritu mucho más teórico que práctico; una tendencia manifiesta a dar excesiva autoridad al poder legislativo, reputándolo soberano, de quien el poder ejecutivo es un mero instrumento; una gran confusión entre lo electoral y lo legislativo, lo judicial y lo administrativo; y un propósito de reglamentación excesiva, que se patentiza con la mezcla, en toda la Constitución, de disposiciones de derecho civil y penal, fiscal y procesal, militar y de policía, con principios verdaderamente constitutivos del Estado. En todas aquellas obras hay falta de método, precisión y concisión, y frecuentemente se confunden simples máximas de moral y de política con los preceptos imperativos propios de una ley fundamental”.

“Pero si de hecho no tuvieron trascendencia inmediata aquellas constituciones, formaron, sin embargo, el más hermoso monumento de la historia de nuestro derecho constitucional. En ellas quedó la simiente del futuro derecho público y privado; con ellas se dio vida al espíritu republicano, y se hizo probar a los pueblos el sabor hasta entonces desconocido, de la libertad y la justicia; y sin ellas, sin que lo hayan confesado los imitadores, sirvieron de modelo, en lo esencial, a cuando han hecho nuestros legisladores, cada vez que, desde 1821 hasta 1886, han querido constituir y reconstituir la república fundada en 1811 por Camilo Torres, Castillo Rada, Acevedo, Camacho, Gutiérrez, Lozano y todos los hombres de su escuela” Samper, José María. *Derecho Público Interno de Colombia*. Ed Temis. Bogotá, 1982, págs. 83-85.

18 El profesor Yepes Arcila afirma que esta constitución fue “pionera del constitucionalismo latinoamericano, diseñó precozmente un sistema de control, y que en esa primera y sorprendente formulación fueron incluidos elementos técnicos como la acción popular y el mandamus judicial que los lentos refinamientos ulteriores tardaron en asimilar”. Ob. Cit., pág. 660.

19 Rodríguez Piñeres consideraba que esta idea en realidad se encuentra en todos los

textos anteriores a 1910. Al respecto señaló:

“a) La Constitución de Cundinamarca de 1811, después de dar las reglas para la expedición de las leyes, implícitamente privó a los Poderes Ejecutivo y Judicial de la facultad de interpretarlas y dejó ésta exclusivamente al Legislativo.

b) Este principio se reprodujo en la Constitución cundinamarquesa de 1812.

c) También aceptaron ese sistema los constituyentes de Cartagena, pero lo formularon en otros términos.

d) La Constitución de Tunja fue más explícita en el sentido de imponer a los Poderes Ejecutivo y Judicial la absoluta sujeción a la ley escrita, puesto que dice que “únicamente la Legislatura tendrá facultad para interpretar, ampliar y restringir; comentar y suspender las leyes” y que los Poderes Ejecutivo y Judicial deberán ligarse “a la letra de las leyes, y en caso de duda, consultar a la Legislatura”.

e) Idéntico principio se consignó en el Estatuto de Antioquia.

f) La Carta Fundamental de Cúcuta no reprodujo estos principios, pero refiriéndose a los textos constitucionales, dejó al Congreso la facultad de resolver cualquiera duda que ocurriera.

g) El Estatuto de 1830 reprodujo este sistema y lo complementó con un texto, en virtud del cual la Alta Corte de Justicia debía “oír las dudas de los Tribunales Superiores sobre la inteligencia de alguna ley, y consultar sobre ellas al Congreso por conducto del Poder Ejecutivo”.

h) La Constitución granadina de 1832 consignó los mismos principios de la anterior.

i) No expresó nada la de 1843 al respecto del sometimiento al Congreso de las dudas ocurridas a los Poderes Ejecutivo y Judicial en su aplicación, pero dijo que al Congreso correspondía “interpretar cualesquiera leyes o actos legislativos vigentes”.

j) La Constitución de 1853 guardó silencio sobre la materia en que nos ocupamos.

k) La Carta Fundamental de 1858, dada para la Confederación Granadina, dio el primer paso serio en el sentido de poner limitaciones a la acción conjunta de los Poderes Legislativo y Ejecutivo, si no a los de la entidad nacional, sí a los de los Estados, a cuyo cargo quedó, entre otras cosas, lo relativo al Derecho Privado. Al efecto, en ella se dijo que a la Corte Suprema le correspondía suspender la ejecución de los actos de las Legislaturas de los Estados que fueran contrarios a la Constitución o a las leyes de la Confederación, y que al Senado tocaba decidir definitivamente sobre la validez o nulidad de dichos actos; pero en cuanto a la interpretación de las leyes nacionales, mantuvo el principio hasta entonces tradicional.

l) La Constitución de 1863 estableció un sistema científico y armónico que resuelve de modo bastante satisfactorio, para un régimen federal como el que organizó, lo relativo a la declaración de la inconstitucionalidad de las leyes.

Así, en ella se dijo que si una ley de una Legislatura era inconstitucional, podía la Corte Suprema Federal suspenderla y el Senado anularla; y que si una ley nacional era inconstitucional por vulnerar los derechos individuales o la soberanía de los Estados, podía ser anulada por la mayoría de las Legislaturas de éstos, y que corres-

Así mismo, y aunque algunas de estas constituciones conservaron la figura del veto del ejecutivo para las leyes, no se previó esta posibilidad por razones de inconstitucionalidad.

Restrepo Piedrahita sintetiza así el alcance de dichas constituciones:

“La primera Constitución propiamente del ya Estado República de Colombia (30 de agosto de 1821) trasunta el principio de supremacía en su artículo 188 que declaró “...en su fuerza y vigor las leyes que hasta aquí han regido en todas las materias y puntos que directa o indirectamente no se opongan a esta Constitución.....”. No prescribió procedimiento alguno de control de constitucionalidad. Tampoco la efímera de 1830 (29 de abril). La de 1832, que al Estado le cambió el nombre por Estado de la Nueva Granada reiteró en substancia (artículo 219) el precepto del artículo 188 de la de 1821, y al Poder Ejecutivo (artículo 162) le asignó la facultad de suspender los actos y resoluciones de las Cámaras de Provincia “en los casos de que sean contrarios a la Constitución o a las leyes....; y el Gobernador de la Provincia tiene también la misma facultad de suspenderlos....” (Art. 162). Pero esa potestad no la podía ejercer el gobierno, ni otro órgano, respecto de las leyes del Congreso. La de 1843 (20 de abril) entre las facultades para objetar los proyectos de leyes que le dio al Gobierno, hallábase la de que si éste “...observare que respecto de algún proyecto se ha faltado a lo dispuesto en los artículos 70 y 71, devolverá ambos ejemplares, dentro de los dos días siguientes al de su recepción, a la Cámara de su origen, para que, subsanada la falta por aquella en que se haya cometido, siga el proyecto de allí adelante su curso constitucional....” (Art. 82). Los aludidos artículos 70 y 71 se referían a formalidades de procedimiento para el curso de los proyectos en las Cámaras. Ninguna otra previsión de control contenía ese estatuto”²⁰.

pondía a la Corte declarar cuándo quedaba anulada por esa mayoría.

ll) Los constituyentes de 1886, al reconstituir la República en forma central, no podían dejar vigentes los científicos contrapesos de la Constitución Federal de 1863, y, con la mira de asegurar el respeto debido a la Constitución, establecieron que en el caso de que el Poder Ejecutivo objete un proyecto de ley en el concepto de ser inconstitucional, debe éste pasar a la Corte Suprema de Justicia a fin de que ella se pronuncie sobre la materia; de modo que si resuelve que está ajustado al Estatuto, el Poder Ejecutivo debe sancionarlo.

m) Más comoquiera que, en la práctica, ocurrió que precisamente se expidieron leyes inconstitucionales, algunas debidas nada menos que a la iniciativa del Poder Ejecutivo, la opinión pública se uniformó en el sentido de que debía buscarse una fórmula constitucional que pusiera coto a mal tan grave, la cual quedó consignada en la reforma de 1910.(...)” (ob. cit., págs. 348 a 350).

B. El control en las constituciones federales de 1853, 1858 y 1863

Solo será con las constituciones federales de 1853, 1858 y 1863 que el tema de la supremacía de la Constitución y del control de constitucionalidad encontrará nuevamente alguna incidencia, aunque con un alcance limitado.

Así, la Constitución de 1853 va a restablecer el mecanismo de objeciones por razones de inconstitucionalidad -pero sin restablecer aún la intervención de la autoridad judicial- al tiempo que señaló que correspondía a la Corte Suprema de Justicia resolver sobre la nulidad de las ordenanzas municipales contrarias a la Constitución y a las leyes de la República.

Así de acuerdo con el artículo 38 “El Poder Ejecutivo pondrá a continuación del proyecto de las Cámaras un decreto de ejecución, si lo juzga conveniente; o de devolución a la reconsideración del Congreso, *si lo creyese inconstitucional, perjudicial o defectuoso...*”. La insistencia del Congreso en el proyecto obligaba empero al Gobierno a sancionarlo como ley (art. 39). Por su parte el artículo 58 reconocía “...*en cuanto no sean contrarias a la Constitución...*” la vigencia de las leyes nacionales, ordenanzas provinciales y disposiciones municipales anteriores a la Constitución. A su vez el artículo 42 señaló dentro de las atribuciones de la Corte Suprema de Justicia la de “*resolver la nulidad de las ordenanzas municipales, en cuanto sean contrarias a la Constitución y a las leyes de la República*”

Las constituciones de 1858 (Confederación Granadina) y 1863 (Estados Unidos de Colombia), esta última por vía de acción pública, atribuyeron competencia a la Corte Suprema para suspender los actos legislativos de los Estados federados contrarios a la Constitución, dando noticia al Senado para que éste decidiera sobre su validez de manera definitiva. Es importante precisar que este mecanismo no fue previsto para las leyes de la Unión, sino solo para las leyes de los Estados federados.

Así el artículo 50 de la Constitución de 1858 señaló lo siguiente: “*Corresponde a la Corte Suprema de Justicia suspender la ejecución de los actos de las Legislaturas de los Estados, en cuanto sean contrarios a la Constitución, o a las leyes de la Confederación; dando cuenta de la suspensión al Senado, para que éste decida definitivamente sobre la validez o nulidad de dichos actos*”.

Con este artículo para Eduardo Rodríguez Piñeres: “*La Carta Fundamental de 1858, (...) dio el primer paso serio en el sentido de poner limitaciones a la acción conjunta de los Poderes Legislativo y Ejecutivo, si no a los de entidad nacional, sí a los de los Estados*”²¹.

21 Eduardo Rodríguez Piñeres “Relaciones entre los Poderes Judicial y Legislativo”, En Por el reinado del Derecho, Bogotá, 1927, pág. 349.

La Constitución de 1858 en su artículo 36, estableció igualmente la atribución para el Presidente de la Confederación de objetar los proyectos de ley por razones de inconstitucionalidad pero “Si ambas Cámaras declararen infundadas las observaciones, se devolverá el proyecto al Presidente de la Confederación, quién en tal caso no podrá negarle su sanción”.

En similar sentido el artículo 57 de la Constitución de 1863 previó la posibilidad para el Presidente de objetar los proyectos de leyes por inconstitucionalidad, pero la insistencia del Congreso obligaba a aquel a sancionarlos.

Así mismo de manera similar a las previsiones de la Constitución anterior, la de 1863 señalaba en el artículo 72 que correspondía “a la Corte Suprema suspender (...), la ejecución de los actos legislativos de las Asambleas de los Estados, en cuanto sean contrarios a la Constitución o las leyes de la Unión, dando, en todo caso, cuenta al Senado para que éste decida definitivamente sobre la validez o nulidad de dichos actos”²², pero esta vez, la decisión de la Corte debía darse “por unanimidad de votos”, y la misma podía producirse “a pedimento del Procurador general *o de cualquier ciudadano*”. Se rescató entonces el rasgo precursor del texto de 1811 de permitir la intervención ciudadana en el control de constitucionalidad.

Pero tal vez el texto más interesante que se estableció en la Constitución de 1863 fue el que señaló para las leyes de la Unión y para los actos del gobierno nacional un mecanismo *sui generis* de anulación a través del voto de la mayoría de las asambleas de los estados federados para el caso en el que las leyes nacionales o los actos del gobierno desconocieran los derechos reconocidos en la Constitución o la distribución de competencias entre la nación y los Estados Federados.

Para Restrepo Piedrahita precisamente “Rasgo original e importante de esta Constitución liberal-federal fue el mecanismo especial de supergarantía que instituyó por el artículo 25 para defensa de los derechos individuales, enunciados en el artículo 15, cuyo reconocimiento y garantía por parte del Gobierno general y de los gobiernos de todos y cada uno de los Estados de la federación fue declarado como: “base esencial e invariable” de la Unión”²³.

22 Entre las atribuciones del Senado, el artículo 51 establecía en su numeral 5 la de “Decidir definitivamente sobre la nulidad o validez de los actos legislativos de las Asambleas de los Estados y que se denuncien como contrarios a la Constitución de la Republica.”

23 Carlos Restrepo Piedrahita. Ob cit pág. 26.

Dicho artículo 25 señalaba:

“Todo acto del Congreso nacional o del Poder Ejecutivo de los Estados Unidos, que viole los derechos garantizados en el artículo 15, o ataque la soberanía de los Estados Unidos, es anulable por el voto de éstos expresado por la mayoría de sus respectivas Legislaturas”.

C. La Constitución de 1886 y el restablecimiento del mecanismo de objeciones presidenciales sometido a la decisión del poder judicial

La Constitución Nacional de 1886 fue producto del llamado movimiento de La Regeneración. Durante la discusión del proyecto de Constitución de los delegatarios de los Estados reunidos en Consejo Nacional Constituyente, don Miguel Antonio Caro²⁴ propuso una norma que señalaba el principio de supremacía constitucional y la garantía judicial de su cumplimiento a través de la inaplicación de leyes inconstitucionales en casos concretos. El texto era del siguiente tenor:

“Artículo 21. La potestad reglamentaria no constituye derecho contra las leyes, ni las leyes contra la Constitución. En consecuencia, los tribunales que hayan de actuar en asuntos contencioso administrativos prestarán defensa a los particulares agraviados por providencias de la administración; y la autoridad judicial protegerá a las personas contra los abusos de cualquiera de los poderes públicos”.

No obstante, el mismo Caro cambió su criterio y retiró su propuesta, al considerar que atribuir un poder semejante a los jueces podía afectar gravemente el llamado “principio de autoridad”, desequilibraría el sistema de separación de

24 Don Miguel Antonio Caro “...llevó la representación de la Regeneración en el Consejo. De acuerdo absolutamente con Núñez, tuvo sobre sus hombros la honrosa y dura misión de concretar en fórmulas jurídicas el idearium de la Reforma Política”. Liévano Aguirre Indalecio. Rafael Núñez. Ed Latinoamericana. Biblioteca Básica de Cultura Colombiana, 2º Festival del libro colombiano, pág. 275. Cabe anotar, como curiosidad histórica, que Rafael Núñez en un artículo publicado en el diario El Porvenir de Cartagena, el 25 de febrero de 1882, exaltó el papel de la Suprema Corte de los Estados Unidos de Norteamérica y propuso que aquí, “a la Corte, como poder moderador, debería confiarse la decisión de toda duda particular relativa a la interpretación de las leyes y aun de la Constitución; sin perjuicio del derecho de anulación de los actos ilegítimos que tienen hoy las Asambleas de los Estados, el cual debe ser mantenido como necesario contrapeso”. Tomo I (1). Núñez, Rafael. *La Reforma Política en Colombia*. Biblioteca Popular de Cultura Colombiana. Ed. Antena, Bogotá, 1945, pág. 349).

poderes y generaría caos²⁵. De esta manera, se optó finalmente por contemplar el control previo de constitucionalidad a cargo de la Corte Suprema de Justicia para decidir sobre las objeciones presidenciales a los proyectos de ley por motivos de inconstitucionalidad, sistema similar al previsto en la Constitución de Cundinamarca de 1811. Caro expresó que este sistema de control sería suficiente para evitar que pudieran existir leyes inconstitucionales, en una quizás demasiado idealizada concepción de lo que es en la práctica el ejercicio del poder.

A continuación se transcribe la intervención de don Miguel Antonio Caro en ese sentido:

“Propuse a la comisión la parte principal de este artículo, y la comisión lo adoptó, viendo seguramente en él la declaración de un principio justo y previsor que concilia la autoridad con la libertad, y se practica en naciones donde este feliz equilibrio es norma de la legislación y administración.

Si el soberano dicta una ley inconstitucional, esta ley sancionada y promulgada debe ser obedecida mientras o haya, como no lo hay, un poder superior que tenga la facultad de anularla. No puede dejarse al ciudadano la facultad de desobedecer una ley por cuanto la juzga contraria a la constitución. Tal principio sería anárquico. Pero sí debe tener el derecho de exigir que no se cumpla en su daño, y los tribunales no deben aplicarla cuando lesiona derechos civiles garantizados por la constitución. Nadie anula la ley: así se salva el principio de autoridad; pero el ciudadano tiene el derecho de defensa, ejercitada por las vías legales, y el poder judicial le dispensa protección: así se salva la libertad bien entendida, y ambos principios quedan conciliados.

Sin embargo, más adelante en las deliberaciones de la comisión, tuve también el honor de proponer otro artículo, por el cual se dispone que cuando el gobierno objeta una ley por razón de inconstitucionalidad, no basta la insistencia del congreso para obligar al jefe de gobierno a sancionarla.

En ese caso, el proyecto pasa a la Suprema Corte, la cual decide el punto, y es en efecto quien debe decidirlo, porque no se trata ya, como en otros casos, de conflicto de opiniones y voluntades entre poderes colegisladores, sino de una cuestión de derecho.

25 El profesor Alfredo Vazquez Carrizosa al comentar la Constitución de 1886 señalaba que *“preocupaba a los autores de la Carta Fundamental consagrar el principio de autoridad, bajo la forma de las atribuciones taxativas y la separación de los Poderes Públicos. A esta razón obedeció, que se hubieran eliminado los artículos que implicaban la mengua del principio de autoridad”*. *Curso de Derecho Constitucional Colombiano. Vol I. Los principios generales del orden jurídico de la República de Colombia*. Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá, 1946, pág. 70.

Si el consejo adopta esta regla, aprobada después de maduro examen por la comisión, no habrá posibilidad moral de que se expidan leyes inconstitucionales; y sí puede ofrecer inconvenientes dejar a los jueces la facultad de aplicar, aunque en esos casos particulares siempre, la constitución contra las leyes, sobre todo tratándose de aquellas que llevan el pase de la Corte Suprema. Un tribunal inferior no puede revisar lo que aprobó el tribunal supremo.

Por estas razones creo que este artículo no debe aprobarse, si hay ánimo de aprobar luego las disposiciones a que he aludido, relativas a la objeción de leyes inconstitucionales”.

Por su parte, Don José María Samper, en su calidad de delegatario ante el referido Consejo propuso otro artículo que tenía la siguiente redacción:

“Cuando hubiere discordancia entre la Constitución y las leyes o los decretos o actos reglamentarios, los jueces y entidades públicas que deban decidir algún punto, aplicarán en primer lugar la Constitución y en segundo la ley.

Las leyes que hubieren sido declaradas exequibles por la Corte Suprema antes de obtener la sanción ejecutiva serán aplicadas sin confrontarlas con la Constitución”.

Luego, durante el debate, se añadiría como frase final del artículo que *“Las leyes fijarán el procedimiento por medio del cual se hará efectiva la garantía a que este artículo se refiere”.* Pero, o bien su discusión fue suspendida y el proyecto de artículo no se aprobó por el Consejo de Delegatarios, porque éste se hallaba bajo el apremio de expedir cuanto antes la nueva Constitución, según relata Restrepo Piedrahíta²⁶, o bien, de acuerdo con lo dicho por el mismo Samper, hubo temor de la posible anarquía que pudiera presentarse en las decisiones judiciales, y por ello se prefirió incluir el título III de la Constitución, sobre derechos civiles y garantías sociales, en el Código Civil para así asegurar la efectividad de aquellos²⁷.

Así, en cuanto se refiere al control de constitucionalidad solo se previó el sistema de objeciones de la siguiente manera:

“Artículo 90. Exceptúese de lo dispuesto en el artículo 88²⁸ el caso en que el proyecto fuere objetado por inconstitucional. En este caso, si las cámaras insistieren, el proyecto pasará a la Corte Suprema, para que ella, dentro de seis días, decida sobre su exequibilidad. El fallo afirmativo de la Corte obliga al Presidente a sancionar la ley. Si fuere negativo, se archivará el proyecto”.

26 Restrepo Piedrahita, Carlos. Ob. Cit., págs. 31 y 32.

27 Ver Rodríguez Piñeres, ob cit, pág. 353.

28 “Artículo 88.- El Presidente de la República sancionará, sin poder presentar nuevas objeciones, todo proyecto que, reconsiderado, fuere adoptado por dos tercios de los votos en una y otra Cámara”.

El sistema de control constitucional a través de objeciones presidenciales pronto demostró su insuficiencia para lograr el respeto efectivo a la Constitución y de esa manera evitar la expedición de leyes inconstitucionales. La historia nos muestra que el mismo Gobierno se encargó de promover en el Congreso varias leyes en contravía de las libertades públicas²⁹ -que por supuesto no fueron sometidas al control previo de constitucionalidad señalado en la Carta de 1886-.

Ahora bien, el principio de supremacía constitucional se consagró de alguna manera en el artículo 21 de la Carta de 1886, pues esa norma señalaba:

“En caso de infracción manifiesta de un precepto constitucional en detrimento de alguna persona, el mandato superior no exime de responsabilidad al agente que lo ejecuta”. *Los militares en servicio quedan exceptuados a esta disposición. Respecto de ellos, la responsabilidad recaerá únicamente en el superior que da la orden*”.

Y al hablar la norma de “responsabilidad”, se puede entender que hace alusión, entre las diferentes clases de responsabilidad que pudieran haber -como la política y administrativa -, sin duda estaría comprendida también una de carácter judicial, lo que de alguna forma podría tenerse como un control judicial sobre el cumplimiento de la Constitución respecto de las órdenes superiores -la cuestión es la de considerar si ello ha debido aplicarse aun cuando éstas estuvieran fundadas directamente en la ley; un interrogante que seguramente en el pasado se habría contestado negativamente, y que tal vez en la actualidad también plantearía discusión sobre la responsabilidad patrimonial que debe o no asumir el agente por error del legislador-. Este control -judicial- en todo caso se podría calificar

29 Una de las leyes más tristemente recordada, fue la Ley 61 de 1888, conocida como “ley de los caballos” que señalaba:

“Artículo 1. Facúltase a la Presidente de la República: 1. Para prevenir y reprimir administrativamente los delitos y culpas contra el Estado que afectan el orden público, pudiendo imponer, según el caso, las penas de confinamiento, expulsión del territorio, prisión o pérdida de derechos políticos por el tiempo que crea necesario; 2. Para prevenir y reprimir con iguales penas las conspiraciones contra el orden público y los atentados contra la propiedad pública o privada que envuelvan, a su juicio, amenaza de perturbación del orden o mira a infundir terror entre los ciudadanos; 3. Para borrar del escalafón a los militares que por su conducta, se hagan indignos de la confianza del gobierno a juicio de aquel magistrado.

El Presidente de la República ejercerá el derecho de inspección y vigilancia sobre las asociaciones científicas e instituciones docentes; y queda autorizado para suspender por el tiempo que juzgue conveniente, toda sociedad o establecimiento que bajo el pretexto científico o doctrinal sea foco de propaganda revolucionaria o de enseñanzas subversivas”. Ver Uribe Vargas, Diego. Las Constituciones de Colombia, Tomo I, Ediciones Cultura Hispánica, Madrid, 1977, pág. 196.

de precario, dado su carácter *ex post*, y aparentemente circunscrito solo a la reparación del perjuicio infligido a cargo del infractor. En todo caso, es importante recordar que en 1897, los líderes del partido conservador consideraron que se hacía necesaria la declaración de que *"la Constitución tiene prioridad sobre la ley en todos los casos y que corresponde a los magistrados y jueces decidir acerca de los casos particulares de conflicto, cuando una persona establece demanda por daños y perjuicios"*³⁰.

Ahora bien, en un primer momento el legislador estimó necesario incluir el principio de supremacía constitucional en una ley, pues en aquellos tiempos, como dijimos, parecía reconocerse mayor fuerza normativa a la ley, que al supuesto pacto social contenido en la Constitución³¹. Así, el artículo 5 de la Ley 57 del 15 de abril de 1887, por su parte, señaló claramente el principio de supremacía constitucional: "cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirá aquélla".

Pero así como el legislador contempló esta previsión, asimismo la derogó unos meses más tarde al expedir otra norma legal en sentido contrario. En efecto, paradójicamente la Constitución quedó expuesta a la soberana voluntad del legislador -y en últimas a la de un fuerte Ejecutivo que se imponía en el Congreso³²-,

30 Cita hecha por Sanín Greiffenstein, Jaime. Ed Temis, Bogotá, 1971, pág. 108.

31 En nuestro sistema, a tal punto llegó a concebirse la importancia de la consagración legal de los derechos para efectos de lograr su efectiva garantía, que la Constitución de 1886 (artículo 52) dispuso la inclusión del título constitucional que los contenía, en el Código Civil; el artículo 4 de la Ley 57 de 1887 declaró incorporado al Código Civil el título III de la Constitución de 1886. Y para reforzar el carácter normativo de los derechos reconocidos en la Carta, la Ley 153 de 1887 señaló: *"El título III de la Constitución sobre 'derechos civiles y garantías sociales' tiene también fuerza legal, y, dentro de las leyes posteriores a la Constitución, la prioridad que le corresponde como parte integrante y primordial del Código Civil"*. El Código Civil fue llamado *"la Constitución de la burguesía liberal"*, y bajo la concepción de un legislador siempre justo e infalible, *"la Constitución se excluyó como referencia y marco de la actividad legislativa en el campo de los derechos"*. Ver Ospina Mejía, Laura. "Breve aproximación al bloque de constitucionalidad en Francia". En: *Elementos de Juicio -temas constitucionales-* N°2, 2006, pág. 187.

32 Y no solo se imponía en el Congreso sino que también lo reemplazaba a través del uso desmesurado de las facultades extraordinarias. Sobre la supremacía del poder ejecutivo en la Constitución de 1886 hay una anécdota recordada por Carlos Lozano y Lozano, que bien da una idea sobre la percepción que se tuvo de los extensos poderes del Ejecutivo: "...al comentar este asunto, dijo alguien a don Miguel Antonio Caro: 'hemos hecho una constitución monárquica'; a lo cual respondió el jefe de la reacción victoriosa: 'sí, pero desgraciadamente electiva'"(Prólogo al libro *La reforma constitucional de 1936* de José Gnecco Mozo, Ed. ABC, Bogotá, 1938, pág. XXXI).

pues el artículo 6 de la Ley 153 de 1887 expresamente consagró la supremacía del orden legal sobre el constitucional en los siguientes términos:

“Una disposición expresa de la ley posterior a la Constitución se reputa constitucional, y se aplicará aun cuando parezca contraria a la Constitución. Pero si no fuere disposición terminante sino oscura y deficiente, se aplicará en el sentido más conforme con lo que la Constitución preceptúe”.

Y a pesar de lo dispuesto expresamente en el artículo 21 constitucional que preveía la obligación para el funcionario de inaplicar una norma contraria a la Constitución cuando esa aplicación pudiera generar “detrimento de alguna persona”, en la citada disposición legal se encontró excusa normativa para la frecuente violación de la Carta³³.

Aquí cabe recordar cómo es de acertado lo dicho por el profesor García de Enterría, cuando afirma que la idea de supremacía normativa de la Constitución, impone la necesidad de establecer un órgano de control que asegure su vigencia, pues *“una Constitución sin un Tribunal Constitucional que imponga su interpretación y la efectividad de la misma en los caos cuestionados es una Constitución herida de muerte, que liga su suerte a la del partido en el poder, que impone en esos casos, por simple prevalencia fáctica, la interpretación que en ese momento le conviene. La Constitución pasa a ser instrumentalizada políticamente por unos grupos o partidos frente a otros”*³⁴.

Esto fue precisamente lo que pasó en Colombia durante los primeros años de vigencia de la Constitución de 1886, una carta utilizada, en palabras de Vázquez Carrizosa, como “instrumento de mando”³⁵, y frecuentemente modificada, de hecho, por las necesidades coyunturales del poder. La Constitución de 1886, en cuanto adquirió la misma jerarquía normativa de las leyes -o más bien una inferior a ellas- fue, como diría el Juez Marshall en su famoso fallo de 1803, tan solo un intento absurdo “de limitar un poder que por su misma naturaleza es ili-

33 Carlos Martínez Silva sostenía que “esta regla de interpretación señalada a los jueces es perfectamente injurídica, y aun nos atreveríamos a decir, absurda, puesto que coloca al legislador en opción con su mandato y eleva a la categoría de precepto lo que puede ser la violación de un deber. La regla debería ser precisamente la contraria, considerando la Constitución como ley suprema y norma de todas las leyes expedidas con posterioridad a ella”. Citado por Francisco de Paula Pérez. *Derecho Constitucional*, T.II, Ed. Santafé. Bogotá, 1964, pág. 285.

34 García de Enterría, Eduardo. *La Constitución como norma*. Ed. Civitas. Madrid. 1983. pág. 186.

35 “La peligrosa confusión admitida entre Constitución y Ley, así como entre Gobierno y Partido, dio al traste con la autoridad intrínseca de la Constitución sobre la Ley y de ambas sobre las pasajeras conveniencias de los Directores Políticos”. Vázquez Carrizosa, Alfredo, ob. cit., pág. 66.

mitado”. La Constitución se convierte así en una ley más que puede ser derogada por el peso de las exigencias políticas del momento, como en efecto sucedió.

En un esfuerzo por implementar un mecanismo para proteger la Constitución, la Ley 2 de 1904 consagró la base para el establecimiento del control jurisdiccional de constitucional así: “Artículo 2°. La Corte Suprema de Justicia, a solicitud de cualquier ciudadano y previa audiencia del Procurador General de la Nación, decidiría definitivamente en Sala de Acuerdo, sobre la validez o nulidad de los decretos legislativos, de conformidad con el artículo anterior, y con lo dispuesto en la Constitución Nacional sobre la materia”.³⁶¹⁶ No obstante, el mecanismo tuvo una muy corta duración, pues mediante Ley 8 del mismo año se derogó la citada Ley 2.

Todo ello ambientó el debate para que pudiera prosperar la reforma constitucional de 1910, mediante la cual se reorganiza el sistema de separación de poderes ideado en 1886. Y se consolida así el control de constitucionalidad en Colombia con los elementos que básicamente lo caracterizan hasta el día de hoy.

II. La afirmación a partir de 1910 de la supremacía de la Constitución y la consolidación de un sistema integral de protección de la Constitución

Al respecto cabe abordar los siguientes tres aspectos:

La reforma constitucional de 1910 y la implantación de un mecanismo de control judicial por vía de acción concentrado en la Corte Suprema de Justicia y de un mecanismo de control difuso por vía de excepción.

La variación del control concentrado previsto originalmente, con la participación del Consejo de Estado como nuevo actor de ese control respecto de aquellos decretos no controlados por la Corte Suprema, la creación de una Sala Constitucional en la Corte Suprema de Justicia, y el establecimiento de controles automáticos.

La creación de la Corte Constitucional, el enriquecimiento de los elementos esenciales consagrados desde 1910 y la vivificación del principio de supremacía constitucional con la consagración de la acción de tutela.

36 ¹⁶ Antes de que se decidiera adoptar esta norma, a la Corte Suprema de Justicia no le estaba asignada legalmente la atribución de interpretar en forma general la Constitución o la ley sustantiva. Cabe advertir que la Ley 2° de 1904 fue derogada por la ley 8° de 1904.

A. La reforma constitucional de 1910 y la implantación de un mecanismo de control judicial por vía de acción concentrado en la Corte Suprema de Justicia y de un mecanismo de control difuso por vía de excepción

Cabe recordar que por las convulsiones de las guerras que se padecieron a lo largo del siglo XIX, primero para evitar la reconquista española y luego para defender la estabilidad en el poder del partido triunfante, la práctica, y no pocas veces los textos, hicieron del Ejecutivo el poder preeminente. Las guerras civiles se originaron en las medidas adoptadas por los gobiernos hegemónicos que cuando llegaban al poder oprimían a los vencidos. Las Constituciones se convirtieron así -a pesar de su usual riqueza dogmática expresada en sus textos- en los instrumentos de cada partido victorioso para implantar su propia visión política, y por ello no perduraron ni lograron la paz y ni convivencia social. En cuanto a la Constitución Nacional de 1886 no rigió porque sobre aquella se impuso la ley.

Las frecuentes violaciones a la Constitución Nacional de 1886, las convulsiones políticas -dictadura incluida- y el descontento social que ello generó, condujeron a la reforma de 1910, inspirada ésta en un clima de unión nacional y de mistificación de los principios y de los valores republicanos³⁷. Se trataba finalmente de lograr que la Constitución fuera respetada, y concebida como límite al poder en pro de la garantía de los derechos.

En 1910 se expide el acto legislativo N° 3 (arts. 40 y 41³⁸), mediante el cual se establece el principio de supremacía de la Constitución, se le otorga la facultad a la Corte Suprema de Justicia de decidir sobre la constitucionalidad de las leyes y decretos ante ella demandados mediante el ejercicio de la acción pública, y se establece la “excepción de inconstitucionalidad”. También se conserva el sistema de control a través de las objeciones presidenciales ya consagrado en 1886.

Las citadas normas son del siguiente tenor literal³⁹:

37 Rodríguez Peñaranda, María Luisa. “La acción pública de inconstitucionalidad en su centenario y los orígenes del control abstracto y concentrado de constitucionalidad”.

En Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia Número. 346 Año 2011.

38 214 y 216 de la Constitución de 1886.

39 En la Asamblea Constituyente Hernán Holguín y Caro propuso el siguiente texto, que finalmente no fue aprobado: “*Corresponde a la Corte Suprema suspender, para cada caso particular, a solicitud de la parte agraviada y con audiencia del Procurador General, el efecto de las leyes que vulneren los derechos civiles garantizados por el título III de la Constitución*”. El texto del artículo 41 del Acto Legislativo 3 de 1910 fue el propuesto por el doctor Nicolás Esguerra. Ver Melo Guevara, Gabriel. *El Estado y la Constitución*. Ed Temis, Bogotá, 1967, p 107. También Holguín y Caro y Clemente Salazar propusieron la siguiente norma: “*En las controversias judiciales y*

“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 y supremacía 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 hayan sido objetados como inconstitucionales por el Gobierno, o sobre todas las leyes o Decretos acusados ante ella por cualquier ciudadano como inconstitucionales, previa audiencia del Procurador General de la Nación”.

Miguel Moreno Jaramillo decía que *“si fuera dable establecer que un solo artículo contiene el espíritu y el significado de toda una constitución, dijéramos que el 40 transcrito es, por su proceso histórico y por su esencia íntima, la piedra angular de las reformas verificadas en el año 1910 y el origen y la síntesis de ellas”*⁴⁰.

De esta manera, *“‘el rey de burlas’ que, como resultado de la desventurada fórmula legislativa -se refiere al artículo 6 de la Ley 153 de 1887- llegó a ser la Constitución, según la frase de José Vicente Concha, hubo de cambiarse por la que Miguel Moreno Jaramillo denominó ‘ley de leyes’”*⁴¹.

En todo caso, la reforma fue objeto de críticas pues se consideró que con el fin de corregir los errores del pasado, quizá se había exagerado al implantar dos sistemas de control distintos, el concentrado (artículo 41) y el difuso (artículo 40), pero que era tan hondo el mal que quiso desterrarse, que ello en todo caso justificaba la obra de los constituyentes de 1910⁴².

También se dijo que la reforma atentaba contra el principio de separación de funciones del poder público; que hacía prevalecer la rama judicial sobre la legislativa, y que el artículo 40 implantaba un control de constitucionalidad similar al norteamericano, ajeno a nuestro sistema jurídico. Al respecto se respondía que la función de control quedaba a cargo del más alto Tribunal de la República,

en caso de incompatibilidad manifiesta entre la Constitución y una disposición legal, se aplicará lo dispuesto en la Constitución”. Pero como se estimó que el asunto no debía limitarse a los casos judiciales, el artículo 40 finalmente quedó redactado sin esa previsión. Cosa diferente es que ya en vigencia el acto legislativo, se presentara en todo caso discusión sobre si era una atribución limitada a los jueces o se extendía a todas las autoridades.

40 Moreno Jaramillo, Miguel. *Ley de Leyes*. Publicación de Agencia Moreno Jaramillo Abogacía, Medellín, 1932, pág. 40-41.

41 Ver Pérez, Francisco de P., ob. cit., pág. 286.

42 Rodríguez Piñeres, Eduardo. Ob.cit., pág. 350. En su brillante artículo este autor hace una relación de todas las críticas que le llovieron a la reforma.

que así se garantizaba la supremacía constitucional –principio que no rigió desde expedición de la Constitución de 1886 porque cualquier ley podía modificar el Estatuto “superior”-, y que el Legislador no padece ninguna disminución en sus atribuciones por el error que le corrijan, pues bien puede en todo momento modificar o derogar una ley⁴³.

No obstante esa prevención inicial, pronto los temores fueron desapareciendo a medida que la aplicación del sistema iba perfilando con mayor nitidez el alcance del control, bien por vía de acción, bien a través de la excepción⁴⁴. Aunque cabe resaltar que, en cuanto a este último mecanismo se refiere, su aplicación ha sido quizá demasiado austera o tímida; o tal vez simplemente cauta, y los intentos de regulación legal han fracasado. La figura que en un primer momento causó mayor inquietud en términos de seguridad jurídica y de autoridad, no ha tenido la aplicación que muchos esperaban, tanto para bien o como para mal.

En cuanto concierne al control abstracto de constitucionalidad, a lo largo del siglo XX se presentaron críticas sobre las limitaciones demasiado exageradas y autoimpuestas por la Corte Suprema en el desarrollo de esta función; pero así como fue acusada de asumir en ocasiones una posición muy pasiva –o prudente, para otros-, también fue duramente atacada por algunos gobiernos a causa de decisiones que consideraron éstos ser expresión de un ilegítimo “gobierno de los jueces”. La discusión de ayer continúa hoy.

En todo caso, independientemente de las críticas a las que naturalmente está expuesto, el control abstracto de constitucionalidad concebido en 1910 indudablemente ha hecho realidad el principio de supremacía constitucional, ha servido de garantía a las libertades y de freno al abuso del poder. Este sistema logró finalmente poner en vigencia la Constitución de 1886, una carta que rigió –podemos decir además que gracias a este control- durante más de cien años.

Ahora bien, en términos de la gran reorganización de los tres poderes que implicó la Reforma de 1910, Rodríguez Piñeres, al comentar por qué no era conveniente para nosotros el modelo norteamericano, señalaba que dada la particularidad de la situación de los países suramericanos, era necesario pensar en un Derecho Público de carácter criollo. Y anotaba que en estos países, “...se observa el fenómeno de que al propio tiempo que rigen en ellos teóricamente instituciones

43 Pérez, Francisco de P., págs. 287 a 289.

44 En este caso cualquier autoridad –aunque algunos sostuvieron que solo los jueces- debe inaplicar –no anular- la ley contraria a la Carta. Su decisión surte efectos inter partes en el caso particular, así que su criterio bien podría variar posteriormente cuando deba aplicar esa misma disposición legal. Hoy esta figura se mantiene pero resulta claro que puede hacer uso de ella cualquier autoridad, no necesariamente una judicial.

libérrimas, en la práctica se encuentran sometidas a Gobiernos de partido que tienen su origen en revueltas armadas. En estos países no se tiene la necesidad de que el pueblo se defienda contra el predominio de realeza o aristocracia algunas ni contra plutocracias del estilo norteamericano. En ellos lo que es preciso buscar es un medio que asegure la eficacia del Derecho contra la acción conjunta de los Poderes Legislativo y Ejecutivo, como que aquél es formado con frecuencia bajo la presión o la inspiración de éste, y a menudo obra a sus órdenes, acción conjunta que se caracteriza con la expedición de leyes inconstitucionales que violan el Estatuto mismo que en el momento del triunfo dio el partido vencedor creyendo con él perpetuarse en el mando y que luego le resulta estorbo para dominar al contrario”.

Como lo señala el profesor Chinchilla, en la misma línea de Rodríguez Piñeres, sobre el nuevo papel que asumirían los jueces, *“las experiencias de gobiernos autoritarios y congresos homogéneos manipulados por el ejecutivo durante la época de la Regeneración fueron el referente histórico inmediato que alimentó esta visión pesimista sobre el poder legislativo (...). Aquellos juristas y estadistas criollos ante la desconfianza en el legislador hallaron la solución institucional del juez sabio e imparcial capaz de arribar a decisiones más justas y correctas que las ofrecidas por la mayoría parlamentaria o ciudadana”*⁴⁵.

Con el Acto Legislativo 3 de 1910 nos apartamos de la tradición francesa que había permeado nuestro pensamiento jurídico durante tantos años, pues se dejó atrás la intangibilidad de la ley como expresión de la voluntad general, esto es, la soberanía parlamentaria, y se decidió confiar en los jueces, a pesar del recelo natural que despertaron en los revolucionarios franceses por haber actuado durante el Antiguo Régimen dentro de un esquema de “justicia delegada”, atada esencialmente a la voluntad real. La reforma constitucional de 1910 está marcada por la gran confianza depositada en los jueces; éstos se convirtieron en un verdadero poder para controlar tanto al legislativo como al ejecutivo que, como lo hemos dicho, en no pocas ocasiones actuaban mancomunadamente bajo la fuerte dirección de un Presidente robustecido de atribuciones. Esta confianza ha continuado hasta el día de hoy, y llega hasta el punto de tener fe también en el autocontrol que el juez deba aplicar al momento de asumir tan importante función de “conservar” la Constitución, de guardar y proteger su “supremacía” e “integridad”. El tema de legitimación rondará siempre las decisiones de un tribunal constitucional.

Ahora bien, después del año 1910, como pasamos a verlo, este sistema de control asignado a los jueces será enriquecido con el fin de lograr lo que Gaona

45 Chinchilla Herrera Tulio. “Concepciones sobre el juez constitucional en la reforma de 1910: una cuestión de confianza”. En: *Revista Elementos de Juicio- Temas constitucionales-*, N° 14, Bogotá, 2010, pág. 59-60.

Cruz calificaba de ser un “control integral”, para de esta manera no dejar un solo resquicio por donde se pudiera filtrar alguna violación constitucional que quedara excluida de pronunciamiento judicial.

B. La variación del control concentrado previsto en 1910. La Participación del Consejo de Estado en dicho control, el establecimiento de controles automáticos y la creación de una Sala Constitucional en la Corte Suprema de Justicia.

Mora Osejo explica que en el año de 1910, se le atribuyó a la Corte Suprema de Justicia el control de constitucionalidad de todos los decretos del Gobierno junto con las objeciones de inconstitucionalidad a los proyectos de ley y de las acciones de inexecuibilidad contra las leyes, lo cual afirma resultaba muy entendible “*si se considera que en ese entonces no existía una Jurisdicción Contencioso Administrativa y que si bien la reforma constitucional de ese año la instituyó, el mandato de organizarla fue deferido a la ley; en consecuencia, ante la urgencia de someter a control jurisdiccional los actos del Gobierno, la indicada reforma constitucional atribuyó competencia a la Corte Suprema de Justicia para entender de las acciones de inconstitucionalidad contra todos los decretos del Gobierno. Pero, la evolución institucional posterior habría de modificar este régimen*” .

Al respecto cabe recordar que mediante el Acto legislativo N°10 de 1905 se suprimió el Consejo de Estado y se derogó el Título XIII de la Constitución⁴⁶.

Terminada la dictadura, el artículo 42 del Acto Legislativo 3 de 1910 que restableció el orden democrático, solamente señaló que “La ley establecerá la jurisdicción contencioso-administrativa”, lo que aconteció mediante la Ley 130 de 1913. Pero será solo mediante el Acto reformativo de la Constitución de 10 de septiembre de 1914 que se restablecerá el Consejo de Estado en el ordenamiento constitucional, esta vez como “Cuerpo Supremo Consultivo del Gobierno, en asuntos de administración, debiendo ser necesariamente oído en todos aquellos que la Constitución y las leyes determinen”, encargado de “preparar los proyectos de ley y de Códigos que deban presentarse a las Cámaras Legislativas, y proponer las reformas convenientes en todos los ramos de la legislación”, así como también de “desempeñar las funciones de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo conforme a las reglas que señale la ley”⁴⁷.

46 Ver Fernando Mayorga García. “Las reformas constitucionales del periodo Reyes”. En: *Revista Elementos de Juicio -Temas constitucionales-* N. 15-16 2011, pág. 197.

47 Ver Archila José Antonio, *Jurisprudencia del Consejo de Estado*, Tipografía Minerva, Bogotá 1918.

En la Ley 130 de 1913 “Sobre la jurisdicción de lo contencioso administrativo” se señaló en el artículo 78 que “La revisión de los actos del Gobierno o de los Ministros, que no sean de la clase de los sometidos a la jurisdicción de la Corte Suprema de Justicia por el citado artículo 41 del Acto Legislativo número 3 de 1910, corresponde al Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo cuando sean contrarios a la Constitución o a la ley, o lesivos de derechos civiles”⁴⁸.

Expedido el acto Legislativo de 1914 el mantenimiento de esa atribución limitada de competencia de competencia para el Consejo de Estado fue revisada⁴⁹, puesto que si se había atribuido al Consejo el carácter de Tribunal Supremo

48 Similar competencia se atribuyó a los tribunales administrativos seccionales respecto de las ordenanzas y acuerdos de las Asambleas y Consejos. Así: “Artículo 52. Todo ciudadano tiene derecho de pedir al respectivo Tribunal Seccional Administrativo que se declare la nulidad de una ordenanza u otro acto de una asamblea Departamental que se considere contrario a la Constitución o a la ley.

Artículo 72. Todo ciudadano tiene derecho de pedir al respectivo Tribunal Administrativo Seccional que se declare nulo un acuerdo, u otro acto de un Concejo, que considere contrario a la Constitución, a la ley o a la ordenanza departamental.

49 Al respecto la exposición de motivos de la Ley 167 de 1941 señalaba: “En el orden nacional la sanción de nulidad recae sobre aquellos actos que se dicten contra los preceptos de la Constitución o la ley, cuando provienen del Gobierno, los Ministros u otros funcionarios o personas administrativas adscritas al servicio público del estado.

Actualmente, según las reglas de la Ley 130, la acción pública que ella consagra se limita a preservar el orden jurídico contra las resoluciones de los Ministerios (artículo 18, ordinal I) y los actos del Gobierno o de los Ministros, permitiendo su anulación por concepto de inconstitucionalidad o ilegalidad (artículo 78 y 79). Como se ve, el proyecto extiende la competencia jurisdiccional del Consejo de Estado, al colocar bajo su control los actos de otros funcionarios distintos de los ministros e imponer contra ellos el recurso de anulación, cuando se invoca para mantener el imperio de la Constitución o la ley. Según el artículo 41 del Acto Legislativo N° 3 de 1910, a la Corte Suprema de Justicia le está confiada la guarda de la Constitución Nacional y le corresponde: “Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los actos legislativos que hayan sido objetados como inconstitucionales por el Gobierno, o sobre todas las leyes o decretos acusados ante ella por cualquier ciudadano por inconstitucionales, previa audiencia del Procurador General de la Nación”.

De su parte, el mencionado artículo 18 de la Ley 130 excluyó plenamente del conocimiento del Consejo de Estado los actos del Gobierno o de los Ministros que sean de la clase de los sometidos a jurisdicción de la Corte Suprema de Justicia, por el citado artículo 41 del Acto Legislativo N° 3 de 1910. Y la Ley 105 de 1931 – artículo 3- establece que la Corte Suprema De Justicia en Sala Plena decide definitivamente sobre la exequibilidad de los actos legislativos objetados por el Gobierno como inconstitucionales, o de las leyes o decretos acusados ante ella por cualquier ciudadano.

En aplicación de los preceptos de la Constitución y las leyes que acaban de citarse, se

ha sentado por el Consejo de Estado y por la Corte la jurisprudencia invariable de que a la última corporación está reservada la competencia para conocer de la acusación por inconstitucionalidad de los decretos de carácter ejecutivo o legislativo del Gobierno Nacional, en tanto que el Consejo conoce de las demandas por ilegalidad de los mismos decretos, así como también de la inconstitucionalidad o ilegalidad de las resoluciones del Gobierno y de los decretos y otros actos de los ministros del despacho.

Este sistema legal de colocar bajo distintas jurisdicciones de un mismo acto, según que se dirija contra él el cargo de violar la Constitución o la ley, ha sido causa de grandes dificultades en la práctica, ya porque se obliga al ciudadano a presentar una doble acción ante organismos distintos, ora porque en veces no resulta fácil determinar si es la norma constitucional o el precepto legal el que aparece violado por el decreto que se acusa, como ocurre, por ejemplo, cuando se trata de demandas contra reglamentos del ejecutivo, por el cargo de haberse excedido el Presidente de la República en el ejercicio de su potestad reglamentaria, emitiendo disposiciones nuevas no contenidas en la ley reglamentaria.

Además, el sistema presenta los siguientes inconvenientes:

Que las situaciones de derecho, tanto objetivas como subjetivas, generales o particulares, pueden ser creadas o definidas tanto por decretos como por resoluciones, lo que implica que basta que el acto se presente bajo una u otra forma, pues ninguna diferencia sustancial ni de contenido existe entre una y otra denominación –resolución o decreto- para que la acusación por inconstitucionalidad sea de la competencia de la Corte o del Consejo.

1. Orgánicamente, los actos del Ejecutivo son de naturaleza administrativa, de manera que la Corte, al decidir sobre su constitucionalidad, aparece desempeñando funciones de tribunal de lo Contencioso Administrativo, lo que es anticientífico indudablemente;
2. La demanda ante la Corte por inconstitucionalidad y ante el Consejo por ilegalidad contra un mismo acto del Gobierno, puede dar lugar – y lo ha dado- a decisiones contrarias.

Muchos juristas han sido del concepto de que, a pesar de los textos sobre la materia, en realidad es el Consejo la autoridad competente para resolver sobre el cargo de violación de normas constitucionales por los decretos del Ejecutivo. Se fundan quienes sostienen esta tesis en los siguientes argumentos:

En que cuando se expidió el Acto Legislativo número 3 de 1910, no existía el Consejo de Estado ni la jurisdicción de lo contencioso administrativo y, por lo tanto, la Asamblea Nacional le atribuyó a la Corte la facultad de la que se trata. De donde resulta que habiendo sido aquella jurisdicción especial impuesta con carácter obligatorio por el mismo Acto Legislativo, de hecho entraban a su dominio aquellas materias que antes pertenecían a una jurisdicción diferente, entre ellas la atinente al control constitucional de los decretos del Gobierno.

Esta tesis sería incontestable si no existiera el obstáculo legal de las disposiciones de 1913 y 1931 (leyes 130 y 105 citadas), que le dan a la Corte la atribución de que se habla. Y de ahí que el Consejo considere que basta una simple reforma legal, sin que sea

de lo Contencioso Administrativo, resultaba incongruente que la Corte Suprema de Justicia mantuviera la competencia para conocer de los decretos del gobierno; lo que provocó que al expedirse la ley 167 de 1941 sobre la organización de la jurisdicción contencioso administrativa se señalara que “Podrán ser acusados ante el Consejo de Estado o ante los Tribunales Administrativos, según las reglas de competencia señaladas en los dos anteriores capítulos, los decretos, resoluciones y otros actos del Gobierno, los Ministros y demás funcionarios, empleados o personas administrativas, por motivos de inconstitucionalidad o legalidad”.

En su momento se señaló que “La más importante de las reformas de la Ley 167 es la consignada en el artículo 62, que atribuye competencia al Consejo de Estado para decidir sobre la violación de los Decretos del Gobierno acusados por inconstitucionalidad. Esta reforma, sin duda alguna, fue la que más controversias suscitó después de que el Consejo de Estado suspendió el Decreto 970 de 1942”⁵⁰.

Esta reforma legal no fue encontrada ajustada a la Constitución por la Corte Suprema de Justicia que por sentencia del 7 de julio de 1942, declaró parcialmente inexecutable el precepto del artículo 62 en cuanto prescribía que el Consejo de Estado podía ejercer el control de constitucionalidad de los decretos del Gobierno, porque consideró que el artículo 41 de la reforma constitucional de 1910, le atribuía competencia privativa para efectuarlo⁵¹.

necesaria una enmienda a la Carta, como otros sostienen, para que esta corporación pueda conocer de los juicios de revisión de los decretos del Gobierno por el concepto de inconstitucionalidad.

Para proponerlo así en el proyecto, tenemos en cuenta que la reforma constitucional del año de 1910, en esta materia no sólo fue influida por la disposición que ordenó a la ley crear y ordenar la jurisdicción de lo contencioso administrativo, sino por el Acto Legislativo de 1914, que restableció el Consejo de Estado y no sólo le asignó las funciones de Supremo Tribunal de lo contencioso administrativo, sino que expresamente dijo que tendría las otras “que le señalen las leyes”. Puede, pues, una simple reforma de orden legal –según nuestra opinión– radicar esta competencia en el Consejo, modificando así las normas legales vigentes que se la asignan a la Corte. Ver Carlos H. Pareja. *Código administrativo*. Librería y editorial Gran Colombia. 1942. Páginas 105- 106.

50 Antonio Escobar Camargo *Los Decretos-leyes ante el Consejo de Estado*, Bogotá, Editorial Librería Voluntad, 1942, p.68. citado por Restrepo Piedrahita.

51 Frente a dicha sentencia se afirmó de manera vehemente que “la Corte estaba imposibilitada para invalidar una disposición que había sido reclamada reiteradamente por la doctrina, basado en análisis precipitados y con olvido de la unidad constitucional, con violación directa del ordinal 3º del artículo 6º del acto legislativo número 1 de 1914 que confiere esa atribución al Consejo de Estado”, precisaba que “en esta “errada” conclusión la Corte afirmó que el acto legislativo Número 3 de 1910 le confirió la guarda de la Constitución y la autorizó para decidir definitivamente sobre las leyes y los decretos acusados de inconstitucionalidad. La Corte no quiso entender que el

Fue necesario entonces que el Acto Legislativo 01 de 1945 señalara en el Artículo 41.- Artículo Nuevo.- “Corresponde a la jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo conocer de las acusaciones por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno, cuando no sean de los expedidos en ejercicio de las facultades de que tratan los ordinales 11 y 12 del Artículo 69 y el Artículo 117 de esta Constitución”. Decretos estos últimos cuyo control se atribuyó expresamente a la Corte Suprema de Justicia. La competencia del Consejo de Estado en este campo quedó así claramente establecida en concurrencia con las funciones atribuidas al máximo órgano de la jurisdicción ordinaria.

La reforma constitucional de 1968 refrendó ese reparto de competencias al señalar en el artículo 72 reformativo del artículo 216 de la Constitución Nacional que correspondía “a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo conocer de las acusaciones por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno, cuando no sean de los expedidos en ejercicio de las facultades de que tratan los artículos 76, ordinales 11 y 12, 80, 121 y 122 de la Constitución”, cuyo control asignó expresamente a la Corte Suprema de Justicia.

Concurrencia de competencias que se desarrolló sin mayores sobresaltos a pesar de algunas normales diferencias de criterio entre las dos corporaciones⁵²

acto legislativo número 3 fue implícitamente reformado por el acto legislativo número 1 de 1914 que otorgó al Consejo de Estado las funciones de tribunal supremo de lo contencioso administrativo, y nadie discute, ni la Corte misma, que el control constitucional de los actos de gobierno es una función contencioso administrativa por esencia.” Antonio Escobar Camargo, *ob. cit.*, pág. 205

52 Al respecto el entonces Magistrado Mora Osejo recordaba lo siguiente en el primer Congreso de Derecho administrativo realizado en Medellín en 1980:

“el Gobierno Nacional, mediante facultades transitorias dadas por la reforma constitucional de 1968, dictó el Decreto 432 de 1969, estatuto para el ejercicio de las atribuciones jurisdiccionales de las Salas Constitucional y Plena de la Corte Suprema de Justicia.

Acusado el artículo 30 de ese decreto ante el Consejo de Estado, por sentencia de fecha 8 de junio de 1972 lo declaró inexecutable. Estimó que era competente para conocer porque, aunque el decreto 432 de 1969 tiene fuerza de ley, por haber sido expedido por el Gobierno con base en facultades transitorias que le dio la reforma constitucional de 1968, su control no fue atribuido por la Constitución a la Corte Suprema de Justicia, sino por la ley, mediante cláusula general de competencia, al Consejo de Estado. Declaró inconstitucional la norma acusada porque al disponer que la Corte debe abstenerse de resolver, por sustracción de materia, si en la oportunidad de decidir verifica que la ley o decreto no está vigente, interfirió el libre ejercicio de su función jurisdiccional.

Como se puede observar, se trata de dos casos indicativos de la relación recíproca que puede existir, por causa de sus decisiones, entre la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado.

Ahora bien, además de la ratificación de la intervención del Consejo de Estado, que como veremos se mantendrá en 1991, el segundo elemento que debe destacarse del texto de 1968 es el establecimiento de controles automáticos para asegurar el principio de supremacía constitucional con el que se enriqueció aun mas el sistema de control.

También es posible que la Corte y el Consejo de Estado, en ejercicio de sus respectivas atribuciones, sustenten criterios o motivaciones coincidentes. Ello ha ocurrido, por ejemplo, a propósito del juzgamiento del decreto colombiano 1245 de 1971, por el cual Colombia aprobó el tratado andino: tanto la Corte como el Consejo de Estado consideraron que, como parte integrante de un tratado, cuya ratificación había efectuado, ese decreto no podía ser controlado por una jurisdicción interna.

Pero ha habido casos en que la Corte y el Consejo de Estado han tenido criterios divergentes que a veces han implicado decisiones antagónicas, sobre todo, en relación con las facultades del Gobierno para expedir ciertas medidas económicas. De modo especial acerca de si debe prevalecer la ley sobre los decretos que puede expedir el Gobierno en ejercicio de atribuciones constitucionales o si a éstos, por tener fuerza de ley, también les corresponde el segundo grado de la jerarquía normativa.

La jurisprudencia del Consejo de Estado, en relación con este aspecto de doctrina, en forma reiterada ha afirmado que la intervención económica requiere de todos modos ley, tanto el mandato de la ley a que se refiere el artículo 32 como la que expida el plan de desarrollo que prevé la misma Constitución, y que el Gobierno, mediante decretos o reglamentos constitucionales, solo puede prescribir medidas administrativas directa o indirectamente derivadas de la ley, mas no las que son de la privativa competencia del legislador. Si los reglamentos constitucionales, como todos los actos administrativos, son obligatorios, esta característica no implica que tengan "fuerza legislativa", como sucede, exclusivamente, con las cinco clases de decretos, antes indicadas, a los cuales la Constitución les atribuye la misma jerarquía de la ley.

Pero las discrepancias han tenido carácter estrictamente conceptual, a propósito de las decisiones de las dos máximas Corporaciones jurisdiccionales del país, en relación con las exclusivas materias de su competencia.

Existen decisiones que implican cierta complementariedad. Así sucedió, por ejemplo, a propósito de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia que en el año de 1973 declaró inexecutable la mayor parte de la ley que regulaba la inspección y vigilancia de las instituciones de utilidad común. La Corte consideró que, según la Constitución, ese estatuto no podía ser expedido por ley sino por decreto del Gobierno".

Inmediatamente después de que quedara ejecutoriada la sentencia de la Corte, el Gobierno expidió el decreto que fue acusado ante el Consejo de Estado de inconstitucionalidad, porque se estimaba que no era el Gobierno, sino el Congreso, la entidad competente para expedir el estatuto de control de instituciones de utilidad común.

Pero el Consejo de Estado estimó que ese decreto fue dictado como directa consecuencia de la sentencia de la Corte y declaró probada la excepción de cosa juzgada".

Ya en 1960, dentro de la lógica de consensos que acompañó el frente nacional se produjo la reforma del artículo 121 de la Constitución sobre estado de sitio. El Acto Legislativo No. 1 de 1960 dispuso con relación al control de constitucionalidad de los decretos legislativos emitidos en este caso lo siguiente:

“El Congreso, por medio de proposición aprobada por mayoría absoluta de una y otra Cámara, podrá decidir que cualquiera de los decretos que dicte el gobierno en ejercicio de las facultades extraordinarias del estado de sitio, pase a la Corte Suprema de Justicia para que decida sobre su constitucionalidad. La Corte fallará dentro del término de seis días, y si así no lo hiciera, el decreto quedará suspendido. La demora de los Magistrados en pronunciar el fallo es causal de mala conducta” (Inciso 2o. del artículo 1o.).

El texto de 1968 irá más allá al disponer al final del artículo 121 lo siguiente:

“El Gobierno enviará a la Corte Suprema de Justicia el día siguiente a su expedición, los decretos legislativos que dicte en uso de las facultades a que se refiere este artículo, para que aquélla decida definitivamente sobre su constitucionalidad. Si el Gobierno no cumpliera con el deber de enviarlos, la Corte Suprema de Justicia aprehenderá inmediatamente de oficio su conocimiento”.

“Los términos señalados en el artículo 214 se reducirán a una tercera parte, y su incumplimiento dará lugar a la destitución de los Magistrados responsables, la cual será decretada por el Tribunal Disciplinario” (artículo 42 del Acto Legislativo No. 1 de 1968).

Disposición en iguales términos fue adoptada con relación a los decretos -también legislativos- que el Gobierno podía dictar durante el denominado estado de emergencia económica y social (artículo 43 del Acto Legislativo No. 1 de 1968).

Se complementó así el sistema de control con un mecanismo automático de examen de constitucionalidad de dichos decretos legislativos.

Cabe recordar igualmente en este apartado que la misma reforma de 1968 estableció que la Corte Suprema de Justicia cumpliría sus funciones de control constitucional *“en Sala Plena, previo estudio de la Sala Constitucional compuesta de Magistrados especialistas en Derecho Público”*. Antecedente importante del proceso que va a culminar en 1991 con la creación de la Corte Constitucional.

C. La creación de la Corte Constitucional, el enriquecimiento de los mecanismos de control y la vivificación del principio de supremacía constitucional a través de la acción de tutela

La Constitución de 1991 va a confiar la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución a la Corte Constitucional⁵³.

El artículo 241 señala que lo hará en los estrictos y precisos términos de ese artículo, y precisa que con tal fin, cumplirá las siguientes funciones:

1. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación.
2. Decidir, con anterioridad al pronunciamiento popular, sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una Asamblea Constituyente para reformar la Constitución, sólo por vicios de procedimiento en su formación.
3. Decidir sobre la constitucionalidad de los referendos sobre leyes y de las consultas populares y plebiscitos del orden nacional. Estos últimos sólo por vicios de procedimiento en su convocatoria y realización.
4. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.
5. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra los decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno con fundamento en los artículos 150 numeral 10 y 341 de la Constitución, por su contenido material o por vicios de procedimiento en su formación.
6. Decidir sobre las excusas de que trata el artículo 137 de la Constitución.
7. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los decretos legislativos que dicte el Gobierno con fundamento en los artículos 212, 213 y 215 de la Constitución.

53 Durante largos años este advenimiento fue deseado, ver Carlos Restrepo Piedrahita iniciativas para crear una Corte Constitucional en Colombia en *Tres ideas constitucionales* Universidad Externado de Colombia 1988 pág. 79. También combatido, ver Manuel Gaona Cruz Control y reforma de la Constitución en Colombia. Ministerio de Justicia Superintendencia de Notariado y Registro, Bogotá 1988.

8. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales, y de los proyectos de leyes estatutarias, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.
9. Revisar, en la forma que determine la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales.
10. Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben. Con tal fin, el Gobierno los remitirá a la Corte, dentro de los seis días siguientes a la sanción de la ley. Cualquier ciudadano podrá intervenir para defender o impugnar su constitucionalidad. Si la Corte los declara constitucionales, el Gobierno podrá efectuar el canje de notas; en caso contrario no serán ratificados. Cuando una o varias normas de un tratado multilateral sean declaradas inexequibles por la Corte Constitucional, el Presidente de la República sólo podrá manifestar el consentimiento formulando la correspondiente reserva.
11. Darse su propio reglamento.

La simple lectura de este artículo muestra la importancia que al principio de Supremacía de la Constitución (art. 4 C.P.) quiso dar la Asamblea Nacional Constituyente en la línea de nuestra tradición iniciada en 1811. La variedad de instrumentos viejos y nuevos, que este solo texto enuncia y que se debe concatenar con todas las demás disposiciones de la Constitución que están establecidos para asegurar su eficacia, explica por sí sola que pueda hablarse del carácter “*integral, complejo y abierto del sistema colombiano de control de constitucionalidad*”⁵⁴.

54 Zuluaga explica que “Se dice que es integral porque las opciones de control abarcan la totalidad de las normas del ordenamiento jurídico, desde los actos reformativos de la Constitución (Actos Legislativos), hasta las más discretas normas reglamentarias del orden local. Es complejo en la medida que su ejercicio está encomendado a diversas instancias de la organización estatal: tenemos así que en la Rama Judicial cumplen con esta labor la jurisdicción constitucional (Corte Constitucional), la contencioso administrativa (Consejo de Estado, tribunales de lo contencioso administrativo y jueces administrativos) y la ordinaria (todos los jueces de la República, desde la Corte Suprema, hasta los jueces promiscuos municipales); que también el gobierno, en sus expresiones nacional, departamental y municipal coadyuva en el ejercicio de esta función e incluso la administración pública tiene el deber de asegurar la integridad y coherencia del ordenamiento jurídico. Finalmente, se afirma que es abierto en la medida que la posibilidad de provocar los mecanismos de control está a disposición de cualquier juez mediante la excepción de inconstitucionalidad e incluso de todo ciudadano a través de una vía general como son las acciones populares”. Ver Ricardo Zuluaga Gil. *El carácter integral, Complejo y Abierto del Sistema Colombiano de*

Ahora bien, una de las especificidades de ese sistema radica precisamente en que si bien se optó en la Constitución de 1991 por la creación de una Corte Constitucional -característica de los sistemas puros de control concentrado- el Constituyente mantuvo la competencia del Consejo de Estado para todos aquellos decretos dictados por el Gobierno cuyo control no fue asignado de manera expresa a la nueva institución que remplazó en esa función a la Corte Suprema de Justicia⁵⁵. Manteniendo así un carácter bipolar del control que se venía aplicando⁵⁶ mezclado con el elemento por excelencia del control difuso a saber la

Control de Constitucionalidad. Revista Criterio Jurídico. Número 3, Santiago de Cali 2003.

- 55 Cabe recordar que el proyecto presentado por el Gobierno a la Asamblea Nacional Constituyente planteaba el establecimiento en Colombia de un sistema concentrado puro de control de constitucionalidad en cabeza de la Corte Constitucional. Dicho proyecto no fue aprobado.

Los artículos 237 y 241 regulan las competencias concurrentes de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado en materia de control de decretos del Gobierno

Así el artículo 237 señala dentro de las atribuciones del Consejo de estado en el numeral 2 la de “2. Conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional .

Por su parte el artículo 241 superior señala que” a la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones:

(...)“5. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra los decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno con fundamento en los artículos 150 numeral 10 (facultades extraordinarias) y 341 de la Constitución (sobre el plan de desarrollo), por su contenido material o por vicios de procedimiento en su formación.

(...)7. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los decretos legislativos que dicte el Gobierno con fundamento en los artículos 212, 213 y 215 de la Constitución (sobre estados de excepción).

- 56 Al respecto la Corte Constitucional precisó en su momento lo siguiente: *“Como bien es sabido, el control de constitucionalidad en Colombia se vio reforzado con la creación de la Corte Constitucional. Sin embargo, no por ello puede afirmarse que nuestro país ha adoptado el llamado “control concentrado” o austriaco, pues en realidad éste sigue siendo de carácter difuso funcional. Lo anterior, habida cuenta de que además de los pronunciamientos que realice esta Corporación, al Consejo de Estado se le ha atribuido, dentro de la llamada acción de nulidad por inconstitucionalidad, el pronunciamiento acerca de los decretos dictados por el Gobierno nacional cuya competencia no sea asignada a la Corte Constitucional (Art. 237-1). Como si lo anterior no fuese suficiente, el artículo 4o superior consagra la denominada excepción de inconstitucionalidad, a través de la cual, en un caso concreto y con efectos inter-partes, un juez o inclusive una autoridad administrativa, pueden abstenerse de aplicar una*

excepción de inconstitucionalidad en cabeza de todos los jueces. A lo que deben sumarse las demás novedades del artículo 241, así como los nuevos mecanismos que en función del principio de supremacía constitucional buscan asegurar la garantía de los derechos fundamentales (acción de tutela -encargada a todos los jueces-), los derechos colectivos (acciones populares -asignadas por la ley según la materia a las jurisdicciones ordinaria y administrativa-), o incluso el respeto del régimen de inhabilidades e incompatibilidades (acción de pérdida de investidura de los congresistas -atribuida por la Constitución al Consejo de Estado-), para no referirse sino a estas novedades de la Carta.

Tal vez el elemento que merezca una mención particular en esta síntesis es sin duda el de la introducción de la acción de tutela⁵⁷, la cual más que un nuevo elemento del frondoso sistema de control establecido en la Carta ha comportado la vivificación del principio de supremacía constitucional. Es ella hoy sin duda la imagen viva de esa idea plasmada desde 1811 de un sistema de control para “*velar sobre el cumplimiento exacto de la Constitución e impedir que se atropellen los derechos imprescriptibles del pueblo y del ciudadano*” (art. 4 del título VII de la Constitución de Cundinamarca).

norma en aquellos eventos en que ésta contradiga en forma flagrante el texto de la Carta Política. Tampoco puede olvidarse que dentro de los parámetros definidos por el artículo 86 fundamental, cada juez de la República, al momento de resolver de un asunto de tutela, también está haciendo parte de la llamada jurisdicción constitucional.” Sentencia C-037/96 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

- 57 Institución que no sobra recordar fue propuesta hace más de un siglo por don Rafael Rocha Gutiérrez en términos casi idénticos a los que finalmente fueron consagrados en 1991. Como recordó Tulio Eli Chinchilla, aquel celebre liberal, al proponer una Constitución en 1887 en respuesta a la Constitución de la Regeneración de 1886 « Se anticipó cien años a la Carta del 91 al diseñar nuestra acción de tutela, tal como hoy la tenemos, sorprendentemente con su misma configuración y el mismo texto: “*Toda persona natural o jurídica puede ocurrir ante un juez nacional, en solicitud de amparo para cualquier derecho individual que le haya sido violado por funcionarios públicos de los Estados; y el juez requerido para ello, tendrá el deber de resolver la solicitud breve y sumariamente, oyendo al ofensor, dentro del término que prudentemente fije la ley*”. A lo cual agregaba: “*Los autos que dicten los jueces, concediendo o negando el amparo de los derechos individuales, serán siempre consultados ante la Corte Suprema y se cumplirán desde el momento en que se pronuncien*”. Y preveía: “*La desobediencia a los autos judiciales que amparen derechos individuales constituye un delito... castigado con la destitución del empleo y con la pena de reclusión que la ley determine*” ». Ver Diario el Espectador, 27 de mayo de 2008, citado por Laura Ospina en “*¿Modificación de la cosa juzgada constitucional? –Historia de la muerte y resurrección de la acción de tutela contra sentencias-*”, En: *Revista Elementos de Juicio –Temas constitucionales-*, N°12, Bogotá, 2009, pág. 59.

Bibliografía

- Brewer Carías Allan. *El sistema mixto o integral de control de constitucionalidad en Colombia y Venezuela*, Bogotá, 1995.
- Carré de Malberg. *Teoría General del Estado*. Ed Facultad de Derecho de la UNAM y Fondo de Cultura Económica, México, 1998.
- Charry Urueña Juan Manuel. *La excepción de inconstitucionalidad*, Ediciones jurídica Radar, Bogotá 1994.
- Chinchilla Herrera Tulio. “Concepciones sobre el Juez constitucional en la Reforma de 1910: Una cuestión de Confianza”. En: *Revista Elementos de Juicio. Temas constitucionales*. N° 14, Año 2010.
- Gaona Cruz Manuel. *Control y reforma de la Constitución en Colombia*. Ministerio de Justicia- Superintendencia de Notariado y Registro. 1988.
- García de Enterría, Eduardo. *La Constitución como norma*. Ed. Civitas. Madrid. 1983
- Gómez Serrano Laureano. *El control constitucional en Colombia*. Editorial UNAB, Bucaramanga, 2001.
- Hinestrosa Fernando. *Constitución y Democracia en el Nuevo Mundo. Una visión panorámica de las Instituciones Políticas en el Continente Americano*. Universidad Externado de Colombia. 1988.
- Liévano Aguirre Indalecio. *Rafael Núñez*, Biblioteca Básica de Cultura Colombiana, 1944.
- Mayorga García Fernando. “Las reformas constitucionales del periodo Reyes”. En: *Revista Elementos de Juicio -Temas constitucionales-* N° 15-16, 2011.
- Malagón Pinzón Miguel “La acción pública de inconstitucionalidad en la Colombia del Siglo XIX a través de una ley sobre el Colegio Mayor del Rosario”, En *Revista Estudios Sociojurídicos*, Bogotá julio diciembre 2007.
- Melo Guevara Gabriel. *El Estado y la Constitución*. Ed Temis, Bogotá, 1967
- Moreno Jaramillo Miguel. *Ley de leyes*. Publicación de Agencia Moreno Jaramillo Abogacía, Medellín, 1932.
- Miguel Moreno Jaramillo *Control judicial de las leyes*. En *Estudios Jurídicos Tip*. Industrial Medellín. 1938.
- Ospina Mejía, Laura. “Breve aproximación al bloque de constitucionalidad en Francia”. En: *Revista Elementos de Juicio –Temas constitucionales-*, N°2, Bogotá, 2006.

- Ospina Mejía, Laura. “¿Modificación de la cosa juzgada constitucional? –Historia de la muerte y resurrección de la acción de tutela contra sentencias–”, En: *Revista Elementos de Juicio –Temas constitucionales–*, N°12, Bogotá, 2009
- Julio César Ortiz. *El sistema de control de constitucionalidad en Colombia*. Boletín mexicano de Derecho Comparado, UNAM, No. 71, mayo-agosto de 1991.
- Pérez Francisco de Paula. *Derecho Constitucional*, T.II, Ed Santafé. Bogotá, 1964.
- Restrepo Piedrahita Carlos. *Tres ideas constitucionales*. Universidad Externado de Colombia. 1988.
- Restrepo Piedrahita Carlos. (Compilador) *Control de constitucionalidad. Colombia y República de Nueva Granada 1821-1860*. Universidad Externado de Colombia, 2006.
- Rodríguez Peñaranda María Luisa. La acción pública de inconstitucionalidad en su centenario y los orígenes del control abstracto y concentrado de constitucionalidad. *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia* Número. 346 Año 2011.
- Rodríguez Piñeres Eduardo. “Relaciones entre los poderes judicial y legislativo”. *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia* No. 51 y 52. Año 5 Bogotá, Enero 28 de 1916.
- Rodríguez Piñeres Eduardo. *Por el reinado del Derecho*, Imprenta de La Luz Bogotá, 1927.
- Saa Velasco Ernesto. *Teoría constitucional colombiana*. Contraloría General de la República. 1983.
- Sanín Greiffenstein Jaime. *La defensa judicial de la constitución*. Editorial Temis 1971.
- Tafur Galvis Álvaro. “La titularidad del control de constitucionalidad”. En *Estudios de Derecho Público*. Editorial Ibáñez. 1997.
- Samper José María, *Derecho Público Interno de Colombia*. Ed. Temis. Bogotá, 1982.
- Sieyès Emmanuel, *Escritos y discursos de la Revolución*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.
- Vázquez Carrizosa Alfredo, *Curso de Derecho Constitucional Colombiano. Vol I. Los principios generales del orden jurídico de la República de Colombia*. Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá, 1946.

- Venegas Franco Alejandro. “La Reforma Constitucional de 1910 y la Reconstrucción del Estado de Derecho en Colombia”. *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia* No. 346 Año 2011.
- Yepes Arcila Hernando. “Interrogantes sobre la justicia constitucional en Colombia”. *Jornadas Colombo Venezolanas de Derecho Público*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 1996.
- Zuluaga Gil Ricardo. “El carácter integral, Complejo y Abierto del Sistema Colombiano de Control de Constitucionalidad”. *Revista Criterio Jurídico*. Número 3, Santiago de Cali 2003.

LA IMPORTANCIA DE LA CORTE SUPREMA FEDERAL DE LOS ESTADOS UNIDOS DE COLOMBIA (1863-1886) EN LA CONSOLIDACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS NACIONALES.

Por: Hugo Andrés Arenas Mendoza
Profesor de la Universidad del Rosario

Introducción

La Corte Suprema Federal de los Estados Unidos de Colombia nace con la Constitución de 1863 y desaparece en la Constitución de 1886, por lo que tiene una vigencia de 23 años durante los cuales tiene ocasión para conocer de los procesos civiles ordinarios en que los particulares reclaman al Estado por los daños sufridos durante las guerras civiles ocurridas durante este período.

Durante esos años está en vigencia la Constitución de Rionegro marcada por una fuerte influencia del pensamiento liberal, el cual propende por el desarrollo de un modelo federal y por la defensa de los derechos individuales, como el de propiedad.

La Corte Suprema federal como máximo Tribunal Judicial tiene la oportunidad de realizar importantes aportes en materia de responsabilidad del Estado desde 1864; sin embargo, la producción intelectual de los Magistrados de esta corporación se sigue consolidando paulatinamente.

La evolución continúa hasta que en la década comprendida entre 1876 a 1886 surge una jurisprudencia uniforme y coherente sobre los hechos por los cuales el Estado colombiano estaba obligado a responder en situación de guerra, a quienes fueran víctimas de los abusos debidos a la confrontación, sin importar el bando al que pertenecía el causante de la lesión patrimonial.

En este orden de ideas, resulta fácil comprender el papel de la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos de Colombia en el nacimiento, evolución y afianzamiento de la responsabilidad del Estado y de esta manera, la forma en que la rama judicial es un claro artífice de la defensa de la democracia y de la protección de las garantías individuales de los asociados al reconocer una serie de indemnizaciones por daños causados como consecuencia de las guerras civiles.

En cuanto a la estructura metodológica de este escrito se debe explicar que está dividido en cuatro bloques principales que son: 1. La Constitución de 1863, el Federalismo y la ideología liberal; 2. La Corte Suprema Federal de los Estados Unidos de Colombia; 3. La jurisprudencia de la Corte Suprema Federal en materia de la responsabilidad patrimonial durante su última década de existencia y por último, 4. Consideraciones finales.

1. La Constitución de 1863, el federalismo y la ideología liberal.

La Constitución de Rionegro de 1863 consagrara “la orientación liberal clásica en todos los órdenes”¹ y por ende, “la preocupación de los constituyentes de Rionegro se centró en dos puntos fundamentales: Ilimitada autonomía para los estados que conformaban la Unión, y el carácter absoluto de los derechos y libertades individuales”.² En otras palabras, estos lineamientos se concretan en: La consagración de un sistema federal y la incorporación de derechos civiles liberales, como el de propiedad.

Este fue el marco de pensamiento que rigió durante la existencia de la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos de Colombia, por tanto es indispensable profundizar en estas tres directrices principales, es decir: 1.1. La constitución Política de 1863, 1.2. La forma de Estado federal y 1.3. Las ideas liberales de los constituyentes del siglo XIX y la protección del Derecho Propiedad.

1.1 La Constitución de 1863.

En Colombia el pensamiento liberal tuvo su principal influencia en materia jurídica por medio de los tratados de derecho público de los constitucionalistas de la época, quienes la plasmaron en algunas de las constituciones del siglo XIX.

1 SÁCHICA, Luis, Nuevo constitucionalismo colombiano, Bogotá, Editorial Temis, 1996, p. 85.

2 URIBE, Diego, Las Constituciones de Colombia: Historia crítica y texto, Madrid, tomo I, 1977, p. 159.

De este modo, como lo afirma Augusto Hernández Becerra en el apéndice bibliográfico de autores del proyecto de Carlos Restrepo Piedrahita “por una rara coincidencia la tratadística constitucional colombiana se inicia en el mes de febrero del año de 1839 con dos obras y dos autores: los *Elementos de derecho constitucional, seguido de un examen crítico de la Constitución Neo-granadina*, del cartagenero Antonio del Real, y el *Tratado de Ciencia Constitucional*, en dos tomos, del veleño Cerbeleón Pinzón”.³ Las ideas de estos dos autores, basadas en las obras de Benjamín Constant y Alberto Friot, tuvieron una fuerte influencia en el pensamiento constitucional incluido en las Normas Supremas de 1853, 1858 y 1863.

La Constitución de 1863 o de Rionegro surgió de la reunión de 70 representantes de cada uno de los nueve estados miembros⁴, en la población de Rionegro, ubicada en el Estado Soberano de Antioquia.⁵ Como lo precisa Luis Jiménez: “Sus miembros fueron electos por voto directo, pero dada la situación política, únicamente entre los candidatos del liberalismo”.⁶

Estaba compuesta por 93 artículos; los cuales se distribuían en trece capítulos de la siguiente manera: Capítulo I. La nación; Capítulo II. Bases de la Unión (Sección 1ª Derechos y deberes de los Estados, Sección 2ª Garantía de los derechos individuales, Sección 3ª Delegación de Funciones, Sección 4ª Condiciones generales); Capítulo III. Bienes y cargas de la Unión; Capítulo IV. Colombianos y extranjeros; Capítulo V. El Gobierno General; Capítulo VI. Poder legislativo (Sección 1ª Disposiciones generales, Sección 2ª Congreso, Sección 3ª Senado, Sección 4ª Cámara de Representantes, Sección 5ª Formación de las Leyes, Sección 6ª Disposiciones comunes a las dos Cámaras); Capítulo VII. Poder Ejecutivo; Capítulo VIII. Poder Judicial; Capítulo IX. Ministerio Público; Capítulo X. Elecciones; Capítulo XI. Disposiciones varias; Capítulo XII. Reforma y Capítulo XIII. Régimen.⁷

Finalmente, resulta pertinente transcribir el artículo 36 de la Constitución, debido a que es donde se fijan gran parte de la teoría que permite comprender las

3 RESTREPO, Carlos, *Derecho Constitucional Colombiano Siglo XIX*, Bogotá, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Universidad Externado de Colombia, Imprenta Nacional, 1998, p. 429.

4 El artículo primero de la Constitución de 1863 señala que los nueve Estados integrantes de los Estados Unidos de Colombia eran los de Antioquia, Bolívar, Boyacá, Cauca, Cundinamarca, Magdalena, Panamá, Santander y Tolima.

5 Estos constituyentes se reunieron desde el 4 de febrero de 1863 hasta la promulgación de la constitución el 8 de mayo de 1863. Ver URIBE, Diego, *Las Constituciones de Colombia: Historia crítica y texto Madrid*, tomo I, 1977. p. 156.

6 JIMÉNEZ, Luis, *El pensamiento liberal en las Constituciones*, Bogotá, Ediciones el Tiempo, 1990, p. 45.

7 VIDAL PERDOMO, Jaime. *El federalismo*. Primera Edición. Ediciones Rosaristas. Bogotá. 1999. p. 107-142.

ideas que orientan la Unión, el cual dice textualmente que: “El Gobierno general de los Estados Unidos de Colombia será, por la naturaleza de sus principios constitutivos, republicano, federal, electivo, alternativo y responsable; dividiéndose para su ejercicio en Poder Legislativo, Poder Ejecutivo Y Poder Judicial”.⁸

2.1 *La forma de Estado Federal.*

La constitución de 1863 continúa el proceso de implementación de un modelo federal, dividiendo administrativamente al país en nueve estados autónomos y un poder ejecutivo central muy débil, con unas funciones bastante limitadas y ambiguas. Particularmente, el numeral 19 del artículo 66 atribuye al Presidente de la Unión la función de: <<Velar por la conservación del orden general>>, “lo cual podía interpretarse como que debía *vigilar* o *salvaguardar* o *proteger* dicho orden”.⁹

Siguiendo al profesor Jaime Vidal Perdomo la forma de Estado federal tiene como bases fundamentales la noción del Estado compuesto, las competencias jurídicas de los estados federados y la participación de los estados miembros en las funciones federales.¹⁰

1.2.1. La noción del Estado compuesto: Hace referencia a la unión de Estados que trasfieren parte de su soberanía a la nueva entidad. En este orden de ideas, “las partes componentes de la federación tienen atributos de Estados, reducidos o limitados en aquellas partes que han cedido a aquella; tiene así el ejercicio de una soberanía parcial”.¹¹

Estos principios se consagraron en la Constitución de 1863 al constituirse una nueva nación por la unión libre de los 9 estados miembros (art. 1), los cuales se comprometen a auxiliarse y defenderse mutuamente (art. 2) y a aparecer como uno sólo hacia el exterior, llamándose los Estados Unidos de Colombia.

1.2.2. Las competencias jurídicas de los Estados federados: Los estados miembros o “las partes componentes de la federación tienen las cuatro funciones

8 RESTREPO, Carlos, *Constituciones políticas nacionales de Colombia*, 2a ed., Bogotá, Editorial Universidad Externado de Colombia, 1995, p. 313.

9 SAFFORD, Frank, “Capítulo X: La era liberal: 1845–1876”. En *Colombia país fragmentado, sociedad dividida. Su historia*, Bogotá, Grupo Editorial Norma, Colección Vitral, 2004, p. 429.

10 Ver VIDAL PERDOMO, Jaime, *El Federalismo*, 1ª ed., Bogotá, Centro Editorial Universidad del Rosario, 1999, pp. 43-54.

11 VIDAL PERDOMO, Jaime, *La región en la organización territorial del Estado*, 1ª ed., Bogotá, Centro Editorial Universidad del Rosario, 2001, pp. 20-21.

que el derecho reconoce a quienes poseen la condición estatal: Funciones constituyentes, legislativas, judiciales y administrativas”.¹²

En este orden de ideas, se presenta la existencia de un doble ordenamiento jurídico; el de la federación y el propio de cada uno de los Estados miembros, donde es necesario establecer las funciones de los diferentes niveles de la Administración territorial. Fue así como, el Constituyente de Rionegro estableció la siguiente fórmula en el artículo 16 <<Todos los asuntos de Gobierno cuyo ejercicio no deleguen los Estados expresa, especial y claramente el Gobierno general, son de la exclusiva competencia de los mismos Estados>>.

1.2.3. La participación de los estados miembros en las funciones federales: La forma de Estado federal, hace que se repartan las funciones entre la federación y los estados miembros. A continuación se explicarán brevemente algunas de las funciones y facultades propias de cada Estado.

Los Estados estaban obligados a cumplir con ciertas tareas establecidas tanto en la Constitución y las leyes, entre estas se deben destacar: El deber de velar por el cumplimiento de la normatividad federal y estatal; tenían que controlar el acatamiento de los fallos judiciales (art. 9); eran responsables por la conservación del orden público interno de cada estado; en caso de agresión extranjera debían apoyar al Gobierno general en la defensa de la soberanía e integridad nacional; podían participar en la creación de leyes federales por medio de sus representantes y de reformas constitucionales.

1.3. Las ideas liberales de los constituyentes del siglo XIX y la protección del Derecho Propiedad en la Constitución de 1863.

El pensamiento encaminado a la defensa de la propiedad en Colombia se remonta hasta la primera ideología liberal que criticaba el antiguo régimen¹³ y se fue consolidando en los siglos posteriores basado en la legislación española, en la influencia francesa y en los desarrollos propios del derecho indiano.¹⁴

12 VIDAL PERDOMO, Jaime, La región en la organización territorial del Estado, 1ª ed., Bogotá, Centro Editorial Universidad del Rosario, 2001, p. 21.

13 “[...] el derecho de propiedad se garantizó por medio de la supresión del régimen señorial, de la liberación del régimen jurídico de la propiedad de la tierra y de la flexibilización de las normas que regían las relaciones de producción y de intercambio, características propias de una incipiente economía capitalista”. MAYORGA, Fernando, “Los dueños del poder: los electores del Estado Soberano de Cundinamarca”, en Anuario de Historia Regional y de las fronteras, núm. 8, Bucaramanga, Escuela de historia de la Universidad Tecnológica de Santander, Septiembre de 2003, p. 64.

14 Ver MALAGÓN PINZÓN, Miguel Alejandro. Vivir en policía. Editorial Universidad

Dando un gran salto temporal, por cuestiones espaciales y temáticas, es conveniente centrarse en el siglo XIX, donde se presentaron grandes avances en materia del derecho de propiedad. Antes de concentrarse en los avances constitucionales, que resultan mucho más relevantes con el tema que se está trabajando, se debe resaltar la gran importancia de los diversos Códigos Civiles estatales que se proliferaron a partir de 1860, fecha en que se expidió el del Estado Soberano de Cundinamarca, los cuales fueron otra fuente invaluable sobre el tema del derecho de propiedad.¹⁵

Retomando el curso natural de este escrito, como se afirmó anteriormente en 1839 aparecieron los primeros textos de derecho constitucional colombiano con las siguientes orientaciones en materia de propiedad: En el libro de Antonio del Real se decía que la “las leyes pueden limitar este derecho de modo que sea prohibido a un hombre usar de cierta manera del objeto que tiene en su dominio, y no se dirá por esto, que carece de propiedad mientras las limitaciones sean en corto número y mientras el derecho que conserva sobre la cosa sea perpetuo y exclusivo”¹⁶; a su vez, Cerbeleón Pinzón sostiene que es un derecho social fundamental, el cual se debe proteger para que la sociedad pueda progresar y en este sentido, “el primero que cercando un campo dijo, *esto es mío*, lejos de causar, como lo pretende Rousseau, las desgracias del género humano, puso uno de los primeros fundamentos de la felicidad social”.¹⁷

Estas orientaciones, liberales tendientes a garantizar el derecho de propiedad quedaron plasmados en la Constitución de 1863, particularmente en el inciso 5

Externado de Colombia. 2007.

- 15 Este tema se encuentra desarrollado en: MAYORGA, Fernando, “Pervivencia del Derecho Español durante el Siglo XIX y Proceso de Codificación Civil en Colombia”, en Revista chilena de Historia del Derecho, núm. 14, Santiago de Chile, Publicaciones del Centro de Investigaciones de Historia del Derecho del Departamento de Ciencia del Derecho de la Universidad de Chile, 1991, pp. 291-313. Ver también, MAYORGA, Fernando, “El proceso de Codificación Civil en Colombia”, en CRUZ, Óscar (coord.), La Codificación, México, Editorial Porrúa, UNAM, 1ª ed., 2006, pp. 103-160.
- 16 DEL REAL, Antonio, “Derecho Constitucional y crítica de la Constitución Neo-Granadina”, en Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita [comp.], Derecho Constitucional Colombiano Siglo XIX, tomo I, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Imprenta Nacional, 1998, p. 9.
- 17 PINZÓN, Cerbeleón. “Tratado de Ciencia Constitucional”, en Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita [comp.], Derecho Constitucional Colombiano Siglo XIX, tomo I, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Imprenta Nacional, 1998, p. 245.

del artículo 15¹⁸ y en el inciso segundo del artículo 21.¹⁹ En cuanto al contenido de estos artículos se debe destacar que en caso de guerra la expropiación sólo puede obedecer a razones de necesidad pública²⁰ y que es posible hacerla sin autorización judicial y sin previa indemnización; no obstante en ningún caso estaba permitido realizar una confiscación o desconocer los derechos patrimoniales que tenía la persona propietaria sobre el bien.

En los años siguientes, la teoría constitucional en materia de la propiedad continuó evolucionando, basándose en las obras de Cerbeleón Pinzón, *Juicios sobre la Constitución de 1863*²¹; Florentino González, *Lecciones de Derecho Cons-*

18 “La propiedad; no pudiendo ser privado de ella sino por pena o contribución general, con arreglo a las leyes, o cuando así lo exija algún grave motivo de necesidad pública, judicialmente declarada, y previa indemnización.

En caso de guerra la indemnización puede no ser previa y la necesidad de la expropiación puede ser declarada por autoridades que no sean del orden judicial.

Lo expuesto en este inciso no autoriza para imponer pena de confiscación en ningún caso.”

RESTREPO, Carlos, *Derecho Constitucional Colombiano Siglo XIX*, Bogotá, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Universidad Externado de Colombia, Imprenta Nacional, 1998, p. 307.

19 “Las indemnizaciones que tenga que acordar la Unión por actos violatorios de las garantías individuales reconocidas en el artículo 15, ejecutados por funcionarios de los Estados, se imputarán al Estado respectivo, quien quedará responsable al Tesoro federal por el importe pecuniario de la indemnización acordada”.

RESTREPO, Carlos, *Constituciones políticas nacionales de Colombia*, 2a ed., Bogotá, Editorial Universidad Externado de Colombia, 1995, p. 310.

20 Otro punto importante que se debe tener en cuenta para entender el manejo que se le daba a la expropiación consiste en observar que la Constitución de 1863 es la última en que se exige un grave motivo de necesidad pública para que sea procedente. Posteriormente, es decir, desde la Constitución de 1886 se amplía el criterio, desde ese momento se requerirá que revista una utilidad pública, lo cual permite la utilización de un criterio mucho más flexible e inclusivo. De esta manera, el constituyente estableció otras posibilidades o menores exigencias para la procedencia de la expropiación.

21 En cuanto a la segunda obra de Cerbeleón Pinzón, *Juicio sobre la Constitución de 1863*, se debe aclarar que no realizó un análisis particular sobre el tema que nos ocupa y de esta manera, mantiene las afirmaciones presentadas en su *Tratado de Ciencia Constitucional* escrito en años anteriores.

titucional²²; Juan Félix de León²³, *Constitución de Estados Unidos de Colombia según Lecciones de Derecho Constitucional* y Antonio José Iregui, *Ensayo sobre ciencia constitucional*.²⁴

Por último, se debe mencionar que en casos de guerra cuando se presentaban situaciones en que se vio comprometida la responsabilidad del Estado federal se expidieron una serie de leyes y decretos, sobre los cuales se reconocieron indemnizaciones a los particulares.

2. La Corte Suprema Federal de los Estados Unidos de Colombia.

La Corte Suprema Federal nace con la Constitución de Rionegro como máximo Tribunal de la Rama Judicial, su regulación, se encuentra establecida en el

22 Florentino González: realizando un estudio de Derecho comparado sostiene que “respecto a la facultad de tomar la propiedad de los particulares para uso público, no hay la misma uniformidad, aunque en todas es admitido el principio de que esto no puede hacerse sin pagar al expropiado una competente indemnización. En unas partes, está dispuesto que la propiedad pueda tomarse por causa de utilidad, en otras solamente por causa de necesidad pública”.

GONZÁLEZ, Florentino, “Lecciones de Derecho Constitucional”, en Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita [comp.], *Derecho Constitucional Colombiano Siglo XIX*, tomo II, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Imprenta Nacional, 1998, p. 41.

23 Juan Félix de León: “El hecho de permitir la Constitución que en tiempo de guerra pueda ser declarada la necesidad de la expropiación por autoridades que no sean del orden judicial, es sólo un permiso para que la ley pueda señalar esa función a las autoridades de cualquier otro orden, pero no una autorización a empleado alguno a quien no se le haya delegado expresamente por ley”.

DE LEÓN, Juan, “Constitución de Estados Unidos de Colombia según Lecciones de Derecho Constitucional”, en Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita [comp.], *Derecho Constitucional Colombiano Siglo XIX*, tomo III, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Imprenta Nacional, 1998, p. 318.

24 Antonio José Iregui: “Por utilidad pública se entiende la expropiación de la propiedad individual para la ejecución de obras útiles para a la sociedad; y por necesidad pública la de las cosas indispensables para el mantenimiento del Estado. Pero ni una ni otra se fundan en un dominio eminente de la sociedad sobre la propiedad individual, pues esto implicaría el absurdo de que lo que se alcanza por el trabajo individual, no es del trabajador sino de los demás, es decir, negaría el derecho mismo”.

IREGUI, José, “Ensayo sobre Ciencia Constitucional”, en Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita [comp.], *Derecho Constitucional Colombiano Siglo XIX*, tomo III, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Imprenta Nacional, 1998, p. 403.

Capítulo VIII denominado “Del poder Judicial”, concretamente en los artículos 69 al 72.²⁵ Aunque, como es natural se encuentran menciones a esta institución en otros lugares de la norma fundamental.

En este momento se debe incluir unos breves comentarios acerca de la Corte Suprema Federal, para conocer cómo estaba concebido este alto tribunal y conocer las funciones que le otorgaba la Constitución de 1863; de esta manera, se estudiarán los siguientes temas: 2.1. Las nociones fundamentales sobre la Corte Suprema federal y sus principales funciones y 2.2. Los primeros desarrollos jurisprudenciales de la Corte Suprema Judicial, importantes antecedentes para la responsabilidad del Estado como consecuencia de las Guerras Civiles.

2.1. Nociones fundamentales sobre la Corte Suprema Federal y sus principales funciones.

Por cuestiones expositivas es conveniente subdividir el tema de las precisiones iniciales sobre la Corte Federal en dos pequeñas partes que son: 2.1.1. Nociones fundamentales y 2.1.2. Las principales funciones.

2.1.1. Nociones fundamentales.

La Corte Suprema ha existido desde los mismos inicios de la República de Colombia “su instalación no fue obra constitucional: fue una de las benéficas medidas dadas por el Presidente Bolívar cuando estaba revestido de facultades omnímodas en 1817, para legalizar la sustitución que se había hecho de las antiguas audiencias por este Tribunal, que debía ejercer el Poder Judicial en última instancia: en primera debían ejercerla los alcaldes ordinarios”.²⁶ Con los años se le dio consagración constitucional y dependiendo de la forma de Estado que se utilizara se le cambiaba tanto su denominación como sus funciones.

La forma de Estado federal estuvo presente en las Constituciones de 1853²⁷ y 1858²⁸, pero el nombre de Corte Suprema Federal es introducido en la Constitu-

25 VIDAL PERDOMO, Jaime. El federalismo. Primera Edición. Ediciones Rosaristas. Bogotá. 1999. pp. 134-136.

26 GUERRA, José y POMBO, Manuel, Constituciones de Colombia, 2ª ed., Bogotá, Imprenta de la Luz, tomo II, 1911, p. 331.

27 En la Constitución Política de la República de la Nueva Granada de 1853 se denomina la Corte Suprema de Justicia (artículos 12, 13, 21 y 23) o Suprema Corte de la Nación (artículos 41, 42 y 53).

RESTREPO, Carlos, Constituciones políticas nacionales de Colombia, 2a ed., Bogotá, Editorial Universidad Externado de Colombia, 1995, pp. 225-243.

28 Por su parte, en la Constitución Política para la Confederación Granadina de 1858 se

ción de 1863, de este modo la Corte Suprema Federal existió desde 1863 a 1886, es decir durante los 23 años de existencia de los Estados Unidos de Colombia.

Esta institución, desarrollada en el capítulo VIII de la Constitución de Rionegro, pertenecía al poder judicial, tenía jurisdicción sobre todo el territorio nacional y poseía una mayor jerarquía que los demás tribunales y juzgados.

Este alto Tribunal estaba conformado por cinco magistrados, los cuales no podían pertenecer a un mismo Estado (art. 70)²⁹, con el fin de evitar que un solo estado impusiera sus decisiones judiciales a los demás y, de este modo, garantizar que se mantuviera una real imparcialidad en los fallos.

Así mismo, el tiempo de duración del período de sus magistraturas era de 4 años (art. 80).³⁰ Los cuales se elegían siguiendo los parámetros establecidos en el artículo 76 de la Constitución, que preciaba lo siguiente: 1) Cada estado presentaba ante el Congreso una lista de individuos según las plazas que debían proveerse. 2) El Congreso declara elegidos los cinco que reunieran más votos. 3) En caso de empate se decidía por suerte.³¹

2.1.2. Principales funciones.

Las atribuciones de la Corte Suprema Federal estaban enunciadas en el artículo

llamó Corte Suprema o Corte Suprema de la Confederación Granadina (arts. 47-54).

RESTREPO, Carlos, *Constituciones políticas nacionales de Colombia*, 2a ed., Bogotá, Editorial Universidad Externado de Colombia, 1995, pp. 261-284.

29 “La Corte Suprema se compondrá de cinco Magistrados, no pudiendo haber en ella, a un mismo tiempo, más de un Magistrado que sea ciudadano, natural o vecino de un mismo Estado”.

VIDAL PERDOMO, Jaime. *El federalismo*. Primera Edición. Ediciones Rosaristas. Bogotá. 1999. p. 134.

30 “El período de duración de los Magistrados de la Corte Suprema Federal, será de 4 años; y el procurador general de la Nación será de 2 años”.

VIDAL PERDOMO, Jaime. *El federalismo*. Primera Edición. Ediciones Rosaristas. Bogotá. 1999. p. 138.

31 Se debe tener en cuenta, además, las condiciones adicionales para ser elegible fijados en el artículo 33 de la Constitución.

“Art. 33. Son elegibles para los puestos públicos del Gobierno general de los Estados Unidos de Colombia, los colombianos varones mayores de 21 años, o que sean o hayan sido casados; con excepción de los Ministros de cualquier religión”.

VIDAL PERDOMO, Jaime. *El federalismo*. Primera Edición. Ediciones Rosaristas. Bogotá. 1999. p. 120.

culo 71 de la Carta, el cual se dividía en 15 numerales.³² En general, se puede afir-

32 “Art. 71. Son atribuciones de la Corte Suprema Federal:

1. Conocer a las causas por delitos comunes contra el Presidente de la Unión y los Secretarios de Estado, previa la suspensión declarada por el Senado, cuando decida que hay lugar a formación de causa.
2. Conocer de las causas por delitos comunes contra el procurador general de la Unión, los Magistrados de la misma Corte Suprema, y los Ministros públicos de la Nación en el extranjero.
3. Conocer de las causas de responsabilidad contra los empleados diplomáticos y consulares de la Unión, por el mal desempeño en el ejercicio de sus funciones.
4. Conocer de las causas de responsabilidad contra los Gobernadores, Presidentes, Jefes Superiores y Magistrados de los Tribunales superiores de los Estados, por infracción de la Constitución y leyes de la Unión.
5. Conocer de las causas de responsabilidad contra los Generales y comandantes en jefe de las fuerzas nacionales, y contra los Jefes Superiores de las oficinas principales de Hacienda de la Unión.
6. Decidir las cuestiones que se susciten entre los Estados, o entre uno o algunos Estados, y el Gobierno general de la Unión, sobre competencia de facultades, propiedades, límites y demás objetos contenciosos.
7. Conocer de los negocios contenciosos sobre presas marítimas, contravención por buques nacionales o extranjeros a las disposiciones legales relativas al comercio exterior, de cabotaje y costanero, o a las formalidades que deben observarse en los puertos nacionales, y sobre las disposiciones relativas a la navegación marítima y de los ríos que bañen el territorio de más de un Estado o que pasen al de una Nación limítrofe.
8. Conocer de las controversias que se susciten sobre los contratos y convenios que el Gobierno de la Unión celebre con los Estados, o con los particulares, y en última instancia, en toda cuestión en que deban aplicarse las estipulaciones de los Tratados públicos.
9. Conocer los de las controversias que se susciten relativas a las comunicaciones interoceánicas por el territorio de la Unión, y a la seguridad del tránsito por ellas.
10. Conocer de todos los negocios contenciosos que se refieren a bienes y rentas de la Unión.
11. Dirimir las competencias que se susciten entre los Tribunales y Juzgados de diferentes Estados, entre los Tribunales de uno o más Estados y los Tribunales de la Unión, o entre dos o más de estos últimos.
12. Nombrar los empleados subalternos de la misma Corte, y removerlos libremente.
13. Dar todos los informes que las Cámaras legislativas, el Presidente de la Unión y el Procurador general le pidan respecto de los negocios que conocen.
14. Declarar cuáles son los actos del Congreso nacional, o del Poder Ejecutivo de la Unión, que han sido anulados por la mayoría de las Legislaturas de los Estados; y

mar que sus funciones principales consistían en conocer de los procesos contra los altos funcionarios de la Federación, las discrepancias que se suscitaran entre los Estados o de estos con la Unión, los negocios contenciosos en temas de gran importancia, los contratos del Estado, las comunicaciones y tránsito interoceánico, conocer de todos los negocios referentes a bienes y rentas de la Unión, dirimir las controversias que se presenten entre la rama judicial, escoger sus empleados, enviar informes a solicitud de los demás órganos y ejercer las funciones que la ley determine.

Otra función estaba incorporada en el artículo 72, el cual le permitía suspender, por unanimidad de votos, la ejecución de los actos legislativos de las asambleas de los estados, cuando fueran contrarios a la Constitución o a la ley.³³ Sin embargo, este mismo artículo señalaba que correspondía al senado la decisión final sobre la validez o nulidad del acto en cuestión.³⁴

En cuanto al cumplimiento de las funciones anteriormente expresadas, algunos escritores señalan que por razones políticas y de falta de fortaleza por parte de este Tribunal no fueron ejercidas cabalmente: Por ejemplo, el control constitucional de exequibilidad de las leyes³⁵, la solución de las controversias entre el gobierno Federal y los Estados³⁶ y en ocasiones, se prestaba para el desconoci-

15. Ejercer las demás funciones que la ley determine respecto de los negocios de la competencia del Gobierno general”.

16. RESTREPO, Carlos, *Constituciones políticas nacionales de Colombia*, 2a ed., Bogotá, Editorial Universidad Externado de Colombia, 1995, pp. 322-323.

33 “Art. 72. Corresponde a la Corte Suprema, suspender, por unanimidad de votos, a solicitud del Procurador General o de cualquier ciudadano, la ejecución de actos legislativos de la Asamblea de los Estados, en cuanto sean contrarios a la Constitución o a las leyes de la Unión, dando, en todo caso, cuenta al Senado para que éste decida definitivamente sobre la validez o nulidad de dichos actos”.

VIDAL PERDOMO, Jaime. *El federalismo*. Primera Edición. Ediciones Rosaristas. Bogotá. 1999. p. 136.

34 Este artículo es un antecedente del Control de Constitucionalidad en Colombia.

35 “El control constitucional, la exequibilidad de las leyes, se llevaba a cabo por el mismo cuerpo que las había producido como era el Congreso, aunque la Corte hubiera podido ejercerlo le faltó autoridad, con la fuerza política para ello”.

JIMÉNEZ, Luis, *El pensamiento liberal en las Constituciones*, Bogotá, Ediciones El Tiempo 1990, p. 50.

36 “La solución de conflictos de competencia entre el gobierno general y los estados no fue llevada a cabo por la Corte Suprema Federal que era la institución a que de derecho y de hecho le correspondía”.

JIMÉNEZ, Luis, *Ibidem*, p. 50.

miento de algunos derechos de los ciudadanos.³⁷ Pese a la situación descrita por estos autores, lo que sí se puede constatar la jurisprudencia de la Corte Suprema Federal es su constante preocupación por la defensa del derecho de propiedad en los casos de guerra civil, como se verá más adelante.

2.2. Los primeros desarrollos jurisprudenciales de la Corte Suprema Judicial, importantes antecedentes para la responsabilidad del Estado como consecuencia de las Guerras Civiles.

Obedeciendo a razones de claridad es necesario subdividir esta parte del escrito en tres porciones: 2.2.1. Primeros desarrollos jurisprudenciales de la Corte Suprema Federal, 2.2. La guerra de 1876-1877 como generadora de los supuestos de hechos que permitieron importantes desarrollos en materia de reconocimiento de daños causados a los particulares y 2.2.3. La Corte Suprema Federal y su competencia en responsabilidad en materia de responsabilidad para conocer los casos de responsabilidad pública por guerra.

2.2.1. Primeros desarrollos jurisprudenciales de la Corte Suprema Federal.

Siguiendo a Jairo López Morales³⁸ y a Juan Carlos Henao³⁹ existen importantes desarrollos en materia de responsabilidad patrimonial del Estado colombiano, que se presentaron en la segunda mitad del Siglo XIX, a los cuales contribuyó en gran medida la jurisprudencia de la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos

37 “La Corte Suprema parecía estar destinada a ser el mejor garante de los derechos individuales, y debía adoptar sus providencias, para tal fin, por unanimidad de votos. ¿Qué hizo la Corte? Con escándalo del buen sentido se profesó allí la doctrina de que aquellos derechos dejaban de ser ciertos, necesarios y efectivos, desde que los individuos asociaban sus intereses en cuerpos colectivos, tales como la iglesia, cofradías, compañías anónimas y otras corporaciones, -salvo, eso sí, los cuerpos francmasónicos, que gozaban del privilegio!...”.

SAMPER, José, Derecho Público Interno, historia crítica del Derecho constitucional colombiano desde 1810 hasta 1886, Bogotá, Biblioteca Popular de Cultura colombiana, tomo I, 1951, p. 327.

38 LÓPEZ, Jairo, Responsabilidad Patrimonial del Estado, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., tomo I, 1997, p. 33-35.

39 HENAO, Juan, La Responsabilidad Extracontractual del Estado de Colombia: Evolución jurisprudencial 1864-1990, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, tomo II, 1991, pp. 1-3.

de Colombia. De este modo, se propone que la evolución de la responsabilidad del Estado en Colombia fue un proceso no lineal, en el cual se pueden observar la existencia tanto de avances como de retrocesos.⁴⁰

En este orden de ideas, la primera sentencia sobre el tema sería la del 7 de diciembre de 1864, proferida por la Corte Suprema Federal, en la que se reconoce que el Gobierno debe responder por una propiedad que fue destruida por un incendio y que había sido previamente expropiada con el fin de utilizarla por el ejército federal.⁴¹

Pese a esto, la jurisprudencia de dicho tribunal no fue uniforme y en el año siguiente, en otro caso, en el que el demandante Pedro de Sales demostró que su casa fue ocupada para operaciones militares y a pesar de que los perjuicios fueron probados, no bastó esto para reconocer una indemnización.⁴²

40 Existen otras tesis sobre el momento del nacimiento de la responsabilidad del Estado en Colombia es atribuido a las construcciones de la Corte Suprema de Justicia, que pienso desconocen la importancia de las decisiones que se produjeron anteriormente:

1. La Sentencia del 22 de octubre de 1896.

RODRIGUEZ, Libardo, *Derecho Administrativo*, Bogotá, Editorial Temis, 2002, p. 434. Para él, el Estado colombiano fue irresponsable en el siglo XIX, hasta el 22 de octubre de 1896, con una sentencia de la Corte Suprema de Justicia en la que se estableció que “todas las Naciones deben protección a sus habitantes nacionales y extranjeros, y si bien es cierto, como persona jurídica, no es susceptible de responsabilidad penal, si está obligado a las reparaciones civiles por los daños que resultan de un delito imputable a sus funcionarios públicos, cuando no es posible que éstos los resarzan con sus bienes”. En el mismo sentido, SAAVEDRA, Ramiro, *La Responsabilidad Extracontractual de la Administración Pública*, Bogotá, Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda., 2003, Reimpresión, p. 96, para quien “la responsabilidad del Estado ya se concibe como al menos en obiter dicta desde 1896, en sentencia del 22 de octubre de ese año, sobre la responsabilidad civil de la Nación con base en el delito imputable a los funcionarios públicos que fuese cometido en el ejercicio del cargo, o con pretexto del mismo”. Así mismo, parece sostenerlo MOLINA BETANCUR, Carlos Molina. “El derecho Administrativo y la responsabilidad patrimonial del Estado colombiano”. En *Temas de Derecho administrativo comparado*. Centro Editorial Universidad del Rosario, 2005, pp. 78-91.

2. La Sentencia del 20 de octubre de 1898.

HOYOS, Ricardo, *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*, Bogotá, Editorial Temis, 1984, p. 74. En el mismo sentido, opina QUINTERO NAVAS, Gustavo, “Conflicto armado y responsabilidad del Estado”, en *Revista Derecho Público*, Núm. 10, 1999, p. 172.

41 Corte Suprema Federal, Bogotá, 7 de diciembre de 1864, en *Diario Oficial*, año II, núm. 213, Bogotá, martes 3 de enero de 1865, p. 12.

42 Corte Suprema Federal, Bogotá, 3 de enero de 1865, en *Diario Oficial*, año II, núm. 222, Bogotá, viernes 13 de enero de 1865, p. 849.

La jurisprudencia retomó su anterior curso en diciembre 11 de 1865, cuando se reconocieron y pagaron unas expropiaciones ordenadas por el general Juan José Reyes Patria, quien expidió recibos con la finalidad de indemnizar a los expropiados.⁴³ Estos fallos se sustentaron en el inciso segundo del artículo 21 de la Constitución de 1863⁴⁴ y en la Ley 27 del 2 de mayo de 1865.⁴⁵

Esta misma línea jurisprudencial fue la que continuó evolucionando y consiguió uniformidad durante las sentencias que se produjeron como resultado de las expropiaciones realizadas en la guerra civil de 1876-1877. En consecuencia, en los años posteriores a la guerra se desarrolló la responsabilidad del Estado, principalmente debido al reconocimiento que hace el Estado de los empréstitos, expropiaciones y suministros causados a los particulares por causa de las guerras, sin importar el ejército que la hubiese realizado.

2.2. La guerra de 1876-1877 como generadora de los supuestos de hechos que permitieron importantes desarrollos en materia de reconocimiento de daños causados a los particulares.

La guerra civil de 1876-1878 es muy importante para el estudio de la responsabilidad del Estado en Colombia, pues fue por causa de los daños causados por los ejércitos durante ésta que la Corte Suprema Federal desarrolló una abundante y a la vez uniforme jurisprudencia que le garantizaba a los particulares la defensa de su derecho de propiedad, a pesar de las circunstancias de orden público de la época.⁴⁶

Se debe tener presente que estas decisiones no surgen espontáneamente, sino que son el resultado de una serie de construcciones teóricas y de hechos sociales que deben ser estudiados para complementar la historia de la responsabilidad del Estado en Colombia. Particularmente, se debe tener en cuenta que la “Guerra de los Curas” es la última que se presentó durante la vigencia de la Constitución de

43 Corte Suprema Federal, Bogotá, 11 de diciembre de 1865, en Diario Oficial, año III, núm. 531, Bogotá, martes 9 de enero de 1866, p. 27.

44 “Las indemnizaciones que tenga que acordar la Unión por actos violatorios de las garantías individuales reconocidas en el artículo 15, ejecutados por funcionarios de los Estados, se imputarán al Estado respectivo, quien quedará responsable al Tesoro federal por el importe pecuniario de la indemnización acordada”. Este artículo permite constatar el incipiente reconocimiento del Estado sobre las actuaciones de sus agentes.

VIDAL PERDOMO, Jaime. El federalismo. Primera Edición. Ediciones Rosaristas. Bogotá. 1999. p. 117.

45 Expedida teniendo como objetivo primordial el reconocimiento a cargo de la República de todos los créditos procedentes de suministros, empréstitos y expropiaciones realizadas en la guerra trascurrida entre el 8 de mayo de 1860 y el 30 de noviembre de 1861.

46 ARENAS MENDOZA, Hugo Andrés, ¿Estado responsable o irresponsable? La responsabilidad patrimonial del Estado luego de la Guerra Civil de 1876-1877, Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2009.

1863 y que origino que los jueces tuvieran que resolver las demandas que los privados hicieran por las lesiones causadas a su patrimonio por parte del Ejército federal, del conservador o de alguna de las guerrillas intervinientes.

La guerra de 1876-1877 se produjo como “resultado de 14 años de confrontación (1863-1876) entre el liberalismo radical gobernante y el partido conservador en la oposición, asociado *en causa común* con la iglesia católica, confrontación que tuvo intensidades desiguales y ritmos regionales diferentes”.⁴⁷ El resultado de la lucha fue la victoria del partido liberal, gracias al apoyo del ejército federal.

El final de la guerra llegó muy pronto debido a las aplastantes derrotas que sufrió el partido conservador y, principalmente, porque los dirigentes de la revolución conservadora consideraron “que era preferible económicamente un arreglo con el enemigo doctrinario a una guerra en su propio territorio, aunque fuera victoriosa pero que dejara como secuela la destrucción de sus bienes. El resultado fue el arreglo.”⁴⁸ De este modo, se firmó la capitulación de San Antonio el 6 de abril de 1877. En virtud de ella, el gobernador de Antioquia entregó el gobierno al general Trujillo.⁴⁹

No obstante, no hay que olvidar que a pesar de la victoria liberal en la guerra del 76, el radicalismo perdió hegemonía en el país y por ende, los independientes fueron los que aprovecharon el triunfo y sentaron las bases para el regreso del conservatismo al poder, luego de los gobiernos de Rafael Núñez.

En cuanto a la bibliografía sobre la guerra de 1876-1877 se deben destacar los siguientes textos: Algunos clásicos como los de Constancio Franco⁵⁰ y Manuel Briceño⁵¹ y otros más recientes como los de Patricia Álvarez⁵² y Javier Ortiz⁵³ y

47 ORTÍZ, Luis, Fusiles y plegarias: Guerra de guerrillas en Cundinamarca, Boyacá y Santander, Medellín, Universidad Nacional de Colombia, Dirección de investigaciones, 2004, p. 13.

48 TIRADO, Álvaro, “El Estado y la política en el siglo XIX”, en Nueva Historia de Colombia, Bogotá, Instituto Colombiano de Cultura, Procultura S.A., tomo II, 1989, p. 175.

49 OCAMPO, Fernando, Ensayo sobre historia de Colombia, Manizales, Biblioteca de Escritores Caldenses, 1998, p. 41.

50 FRANCO, Constancio, Apuntamientos para la historia: La guerra civil de 1876 y 1877, Dos tomos, Bogotá, Imprenta de la época, 1877.

51 BRICEÑO, Manuel, La Revolución (1876-1877): Recuerdos para la Historia, 2ª ed., Bogotá, Imprenta nacional, 1947.

52 ÁLVAREZ, Patricia, Uniformes y sotanas: Estudio histórico de la Guerra Civil de 1876-1877 [tesis de maestría], Bogotá, Universidad Nacional, Maestría en Historia, 1989.

53 ORTÍZ, Luis, Fusiles y plegarias: Guerra de guerrillas en Cundinamarca, Boyacá y Santander, Medellín, Universidad Nacional de Colombia, Dirección de investigaciones, 2004.

finalmente, se debe mencionar el texto de Hugo Arenas⁵⁴, que se ocupa concretamente de la responsabilidad del Estado por las lesiones patrimoniales causadas a los particulares durante este lapso.

2.2.3. La Corte Suprema Federal y su competencia en responsabilidad en materia de responsabilidad para conocer los casos de responsabilidad pública por guerra.

Como se demostró previamente la Constitución de 1863 estableció las funciones de la Corte Suprema Federal, se debe hacer referencia al numeral 15 del artículo 71 el cual disponía que este Tribunal tenía que “ejercer las demás funciones que la ley determine respecto de los negocios de la competencia del Gobierno general”⁵⁵; de esta manera, corresponde hacer énfasis a las leyes que le atribuyeron la competencia concreta en materia de responsabilidad por las acciones de las administraciones públicas durante la guerra de 1876-1877.

A pesar de otras leyes anteriores sobre el tema⁵⁶, la norma más importante

54 ARENAS MENDOZA, Hugo Andrés, *¿Estado responsable o irresponsable? La responsabilidad patrimonial del Estado luego de la Guerra Civil de 1876-1877*, Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2009.

55 VIDAL PERDOMO, Jaime. *El federalismo*. Primera Edición. Ediciones Rosaristas. Bogotá. 1999. p. 136.

56 La Ley 27 del 2 de mayo de 1865.

Esta norma fue expedida con la finalidad de reconocer a cargo del Tesoro de la República la totalidad de los créditos procedentes de suministros, empréstitos y expropiaciones realizadas por los dos partidos y sus ejércitos en la guerra transcurrida entre el 8 de mayo de 1860 y el 30 de noviembre de 1861.

En ella se indicaba el procedimiento para hacer la reclamación, el cual consistía en presentar una demanda ante los jueces de Primera Instancia de lo Civil; en última instancia conocería la Corte Suprema Federal, por medio de los recursos de apelación o de consulta (art. 7).

En su artículo 5 enunciaba los requisitos que debían contener las demandas, los cuales eran: 1) Señalar el valor definitivo de la demanda, 2) Expresar las especies u objetos suministrados, 3) Establecer su valor al momento de la ocurrencia del hecho, 4) Determinar la fecha y lugar del suceso, 5) Relacionar el jefe o autoridad que ordenó o recibió el suministro, empréstito o la expropiación, incluyendo el partido al que pertenecía el funcionario.

En cuanto a la forma de pago de los créditos reconocidos, se harían por medio de dos maneras, dependiendo de la nacionalidad del accionante: a los nacionales se les pagaría por medio de bonos flotantes del 3% anual, mientras que a los extranjeros se les cancelaría la deuda dependiendo de los Convenios o Tratados públicos existentes entre los Estados Unidos de Colombia y el lugar de origen del demandante.

sobre la materia es la Ley 67 del 4 de junio de 1877 al preceptuar que: “Los jueces nacionales conocerán en primera instancia de los juicios de que trata esta ley, y la Corte Suprema Federal en segunda; pero este Tribunal decidirá como Jurado, verdad sabida y buena fe guardada, tanto para fijar la cuantía de la reclamación, como para hacer la calificación de partidario o adversario del Gobierno general en el respectivo reclamante, y expondrá en la sentencia las razones de su fallo”.⁵⁷

En este artículo encontramos varios elementos que se deben tener en cuenta; el primero es la competencia que se le reconoce a la Corte Suprema Federal para conocer de los procesos civiles ordinarios sobre suministros, empréstitos y expropiaciones como consecuencia de la guerra y el segundo, las facultades que se le otorgaban para poder tomar decisiones.

En cuanto a la competencia, la Corte Suprema Federal resolvía en última instancia de este tipo de procesos; para esto, era necesario que llegara a su conocimiento por medio de los recursos de apelación o de consulta. El otro punto es que este alto tribunal debía fallar en sus sentencias no sólo bajo criterios normativos, sino que podía hacerlo por medio de la fórmula de *verdad sabida y buena fe guardada*, la cual implicaba un mayor campo de acción y la utilización de criterios mucho más flexibles en torno a sus decisiones.

Adicionalmente a esta norma se debe hacer referencia a la Ley 57 del 1 de julio de 1878⁵⁸ que se refiere a la forma de reconocer los créditos a los extranjeros y la Ley 60 del 3 de julio de 1878⁵⁹ que introduce algunas reformas puntuales a la Ley 64 de 1877.

3. La jurisprudencia de la Corte Suprema Federal en materia de responsabilidad patrimonial durante su última década de existencia.

En la parte final de este artículo se deben presentar los últimos avances jurisprudenciales realizados por la Corte Suprema Federal durante los años terminales de su existencia sobre el tema de lesiones causadas a los particulares como consecuencia de la guerra.

Para facilitar la presentación del pensamiento de este Tribunal y las orientaciones que rigieron sus fallos durante ese tiempo, se ha decidido repartir en cinco subtemas claves que son: 3.1. ¿Quiénes podrían solicitar la indemnización?; 3.2.

Codificación Nacional, tomo XII, años 1865-1866, Bogotá, Imprenta Nacional, 1932. pp. 75-77.

57 Diario Oficial, Bogotá viernes 8 de junio de 1877, año VIII, núm. 3,954, pp. 4843-4844.

58 Diario Oficial, Bogotá, martes 1 de julio de 1878, año XIV, núm. 3296.

59 Diario Oficial, Bogotá miércoles 10 de julio de 1878, año XIV, núm. 4227, p. 5945.

¿Quién debía ordenar la expropiación?; 3.3. Bienes y daños; 3.4. El sistema probatorio en la jurisprudencia de la Corte Suprema federal y 3.5. La forma de pago

3.1. *¿Quiénes podrían solicitar la indemnización?*

La podía solicitar toda persona natural o jurídica (por ejemplo, la Casa Comercial Hederich & Goelkel⁶⁰ y Fergusson, Noguera y Compañía⁶¹), nacional o extranjera que hubiese sido gravada por un empréstito, una expropiación o un suministro.

La primera condición era la de ser un ciudadano o una empresa que hubiese sido afectada con un empréstito⁶², una expropiación⁶³ o un suministro⁶⁴ impuesto por los ejércitos en contienda, durante el transcurso de la guerra de 1876 a 1877.

Las reclamaciones podían ser hechas tanto por nacionales como por extranjeros. Algunos ejemplos de las nacionalidades diferentes a la colombiana que fueron aceptadas por la Corte Suprema Federal son: Francia⁶⁵, Gran Bretaña⁶⁶,

60 Corte Suprema Federal, Bogotá, 18 de marzo de 1879, en Diario Oficial, Bogotá, viernes 25 de abril de 1879, año XV, núm. 4399, p. 6640.

61 Corte Suprema Federal, Bogotá, 19 de marzo de 1879, en Diario Oficial, Bogotá, viernes 25 de abril de 1879, año XV, núm. 4399, p. 6641.

62 El empréstito era un préstamo entregado en dinero que realizaba el particular al Estado con el fin de contribuir con las actividades de la guerra; al recibirlo, el Gobierno general expedía un recibo que servía de prueba para reclamar su posterior pago.

63 Las expropiaciones eran las apropiaciones que hacían los dos ejércitos sin la aprobación de los propietarios; en ocasiones, se les denominaba suministros o empréstitos no voluntarios, obligatorios o forzosos. Algunos ejemplos de bienes susceptibles de ser expropiados fueron dinero, animales y en general cualquier cosa que las necesidades inmediatas de los ejércitos exigiesen.

64 El suministro se definía como la entrega voluntaria de un bien con el fin de ser utilizado por el ejército constitucional en las diversas necesidades de las batallas; por tanto, eran de diferentes clases; animales, comida, armas, municiones, productos para fabricar armas, elementos para acondicionar los caballos, etcétera.

65 De igual forma, el ciudadano francés Aquiles Braley recibió 200 pesos por el caballo, que fue tomado por el Escuadrón Forero para el servicio de las fuerzas constitucionales.

Corte Suprema Federal, Bogotá, 12 de marzo de 1878, en Diario Oficial, Bogotá, domingo 31 de marzo de 1878, año XIV, núm. 4146, p. 5688.

66 En otra ocasión, la Corte ordena revocar una sentencia en la cual se le había reconocido una indemnización al ciudadano británico Jorge Crapper, por la expropiación de su caballo. Así mismo, a pesar de existir tratados vigentes con Gran Bretaña, las leyes no permitían que se hicieran reconocimientos de intereses en estos casos.

Corte Suprema Federal, Bogotá, sábado 2 de marzo de 1878, en Diario Oficial, Bogotá, lunes 11 de marzo de 1878, año XIV, núm. 4129, p. 5554.

Nueva Escocia⁶⁷, Estados Unidos de Norteamérica⁶⁸, Italia⁶⁹ y Holanda.⁷⁰

Como se puede observar, la nacionalidad no era un requisito esencial para solicitar la indemnización, pero sí era de especial importancia en los juicios a extranjeros, pues era indispensable probar su neutralidad o adhesión al Gobierno general, como se verá más adelante.

3.2. *¿Quién debía ordenar la expropiación?*

Este punto es uno de los más interesantes de las decisiones de la Corte Suprema Federal en cuanto al tema de la evolución de la responsabilidad del Estado, porque para reconocer las indemnizaciones no era necesario que éstas provinieran de la orden de algún representante del Gobierno general, sino que podían ser realizadas por un jefe revolucionario. Es decir, no era un requisito que la expropiación fuera decretada por miembros del gobierno, pues cuando las expropiaciones eran efectuadas por los conservadores, también eran reconocidas e indemnizadas por los Estados Unidos de Colombia.

A continuación se expondrán algunos ejemplos de diferentes funcionarios del gobierno encargados de conseguir las cosas y ordenar su posterior expropiación para contribuir con el sostenimiento de las tropas legítimas. La intervención de la rama ejecutiva fue importante; por ejemplo, el gobernador del Estado de Cun-

67 A José Armstrong, natural de Nueva Escocia y súbdito británico, le entregaron una indemnización por su caballo. Corte Suprema Federal, Bogotá, 29 de julio de 1878, en Diario Oficial. Bogotá, Año XV, sábado 31 de agosto de 1878, núm. 4257, p. 6072-6074.

68 El Estado le reconoció al ciudadano norteamericano Carlos Putnam una indemnización por el valor de su caballo.

Corte Suprema Federal, Bogotá, 22 de febrero de 1878, en Diario Oficial, año XIV, núm. 4141, Bogotá, martes 29 de marzo de 1878, p. 5602.

69 Carmelo Vito Pugliese, súbdito italiano, por medio de su hermano demandó al Estado colombiano por la pérdida de las mercancías de su almacén ubicado en la ciudad de Cali.

Corte Suprema Federal, Bogotá, 25 de enero 1879, en Diario Oficial, Bogotá, jueves 3 de abril de 1879, año XV, núm. 4386, p. 6588.

70 Al holandés Abraham Isaac el Estado colombiano le reconoció la suma de 250 pesos, valor de una mula suministrada al alcalde de Barranquilla el 20 de marzo de 1877.

Corte Suprema Federal, Bogotá, 19 de junio de 1879, en Diario Oficial, Bogotá, sábado 5 de julio de 1879, año XV, núm. 4455, p. 6866.

dinamarca⁷¹, el Alcalde de Bogotá⁷² y el Prefecto Constitucional⁷³. En ocasiones las expropiaciones eran mucho más informales y provenían de un jefe del ejército constitucional, especialmente Generales como Sánchez⁷⁴, Acosta o Camargo.⁷⁵

Por parte de los revolucionarios, las expropiaciones eran ordenadas por los jefes de las diferentes guerrillas en la mayoría de los casos. Entre ellos se debe destacar la guerrilla de los Mochuelos⁷⁶ (bajo la supervisión de Carlos Urdaneta y Juan Ardila), la guerrilla de Guasca⁷⁷ (dirigida por Manuel Briceño), la Guerrilla de Facatativa⁷⁸ (organizada por Inocencio Salgado); también se presentaron en otros Estados Soberanos como en Boyacá⁷⁹ (Benito Santos e Isaías Acuña), en Cauca⁸⁰ (Juan Bautista Cajiao), Santander (Antonio Valderrama).⁸¹ Adicionalmente, se debe enfatizar en que las órdenes podrían provenir de algún funcionario de los Estados rebeldes, como por ejemplo el Comisario Pagador del Ejército Revolucionario.⁸²

3.3. Bienes y daños.

Se podía pretender una indemnización por la expropiación de cualquier bien que hubiese sido utilizado en la guerra; pero, en la práctica no se reconocieron daños en las propiedades o cultivos causados por alguno de los contendores.

71 Corte Suprema Federal, Bogotá, 20 de junio de 1878, en Diario Oficial, Bogotá, martes 23 de julio de 1878, núm. 4235, p. 5981.

72 Corte Suprema Federal, Bogotá, 12 de febrero de 1880, en Diario Oficial, Bogotá, 26 de febrero de 1880, año XVI, núm. 4649, p. 7646.

73 Corte Suprema Federal, Bogotá, 13 de enero de 1879, en Diario Oficial, Bogotá, martes 4 de febrero de 1879, año XV, núm. 4346, p. 6429.

74 Corte Suprema Federal, Bogotá, 5 de febrero de 1880, en Diario Oficial, Bogotá, lunes 23 de febrero de 1880, año XVI, núm. 4646, p. 7633.

75 Corte Suprema Federal, Bogotá, 20 de enero de 1879, en Diario Oficial, año XV, núm. 4351, Bogotá, martes 11 de febrero de 1879, p. 6450.

76 Corte Suprema Federal, Bogotá, 8 de abril de 1879, en Diario Oficial, año XV, núm. 4402, Bogotá, miércoles 30 de abril 31 de 1879, p. 6653.

77 Corte Suprema Federal, Bogotá, enero 20 de 1880, en Diario Oficial, año XVI, núm. 4626, Bogotá, sábado 31 de enero de 1880, p. 7552.

78 Corte Suprema Federal, Bogotá, 18 de noviembre de 1878, en Diario Oficial, año XV, núm. 4334, Bogotá, lunes 13 de enero de 1879, p. 6381.

79 Corte Suprema Federal, Bogotá, 4 de julio de 1878, en Diario Oficial, año XV, núm. 4238, Bogotá, sábado 27 de julio de 1878, p. 5993.

80 Corte Suprema Federal, Bogotá. 10 de enero de 1880, en Diario Oficial, año XIV, núm. 4643, Bogotá, jueves 19 de febrero de 1880, p. 7622.

81 Corte Suprema Federal, Bogotá, 20 de junio de 1879, en Diario Oficial, año XV, núm. 4457, Bogotá, martes 8 de julio de 1879, p. 6874.

82 Corte Suprema Federal, Bogotá 15 de enero de 1.879, en Diario Oficial, año XV, núm. 4346, Bogotá, martes 4 de febrero de de 1879, p. 6430.

Por lo general las expropiaciones que fueron reconocidas estaban destinadas al sostenimiento de las tropas y de sus bestias; por tanto, consistían en elementos para su alimentación, uniformes, municiones, armas, etcétera. Algunos ejemplos de indemnizaciones decretadas por la corte fueron: fulminantes, lino, monturas⁸³; novillos, mulas, vacas, toros, caballos, yeguas, azúcar⁸⁴; combustible, cebada, pastajes⁸⁵; escopetas, telas⁸⁶; mercancías extranjeras⁸⁷; fletes, provisiones⁸⁸; sumas de dineros en efectivo⁸⁹; consignaciones⁹⁰ y montos entregados a cambio de rescates de otros bienes.⁹¹

Ocasionalmente, al realizar las expropiaciones los grupos combatientes destruían algunos bienes o al menos les causaban algún detrimento que disminuía su valor comercial o perjudicaban su destinación o funcionamiento natural; en otras oportunidades, utilizaban las casas de los civiles como trincheras o fortines, con el fin de resistir los ataques y avances de sus enemigos. Por esto, las personas afectadas intentaban recuperar su propiedad en el estado que se encontraba antes de la intromisión de los beligerantes.

Acá se debe preciar que, la Corte Suprema Federal sostenía que sólo se podía reconocer la ocupación temporal de un inmueble como daño indemnizable cuando fuera destruido para lograr el éxito de una operación militar, como cuando se incendia una casa en combate, o con anterioridad a él, para impedir al enemigo la ocupación de un punto militar importante. En cambio, no se reconocían, los daños causados en la guerra como consecuencia normal de su desarrollo por considerarse que no estaban comprendidos por la Ley 64 de 1877. Por ejemplo, daños

83 Corte Suprema Federal, Bogotá 5 de junio de 1879, en Diario Oficial, año XV, núm. 4447, Bogotá, miércoles 25 de junio de 1879, p. 6834.

84 Corte Suprema Federal, Bogotá 30 de enero de 1879, en Diario Oficial, año XV, núm. 4368, Bogotá, viernes 7 de marzo de 1879, p. 6518.

85 Corte Suprema Federal, Bogotá 20 de diciembre de 1879, en Diario Oficial, año XVI, núm. 4612, Bogotá, jueves 15 de enero de 1880, p. 7497.

86 Corte Suprema Federal, Bogotá 27 de marzo de 1879, en Diario Oficial, año XV, núm. 4402, Bogotá, miércoles 30 de abril de 1879, p. 6652

87 Corte Suprema Federal, Bogotá 15 de abril 1879, en Diario Oficial, año XV, núm. 4405, Bogotá, sábado de mayo de 1879, p. 6664.

88 Corte Suprema Federal, Bogotá 19 de febrero 1879, en Diario Oficial, año XV, núm. 4449, Bogotá, viernes 27 de junio de 1879, p. 6841.

89 Corte Suprema Federal, Bogotá 27 de junio de 1879, en Diario Oficial, año XV, núm. 4461, Bogotá, sábado 12 de julio de 1879, p. 6890.

90 Corte Suprema Federal, Bogotá 22 de mayo de 1879, en Diario Oficial, año XV, núm. 4337, Bogotá, miércoles 11 de junio de 1879, p. 6793.

91 Corte Suprema Federal, Bogotá 2 de marzo de 1878, en Diario Oficial, año XIV, núm. 4144, viernes 29 de marzo de 1878, p. 5614.

a la casa, destrucción de adornos y muebles⁹²; destrucción de una rosa de maíz⁹³; los daños causados a su casa, cercas y otros bienes muebles⁹⁴ y reclamación por matas de café y sementeras (de plátano, yuca, maíz, y caña de azúcar)⁹⁵.

3.4. El sistema probatorio en la jurisprudencia de la Corte Suprema federal.

Este tipo de procesos eran civiles ordinarios donde la Corte Suprema Federal contaba con un amplio campo de acción en sus decisiones, debido a los principios generales que debían regir sus fallos; es decir, los de verdad sabida y buena fe guardada. Estos lineamientos eran de especial importancia para la valoración de las pruebas.

La prueba principal era el testimonio, pero ésta podía ser complementada por medio de la prueba documental y la pericial cuando la conveniencia lo aconsejara. En sentido, el tema principal de esta sección se concentrará en el desarrollo de la valoración del testimonio. Para que la prueba testimonial fuera aceptada como válida o considerada suficiente para probar un hecho, era necesario que ésta proviniese de dos testigos presenciales, contestes y mayores de toda excepción. Si el testimonio provenía de una sola persona “no forma plena prueba, sino grave presunción, según lo establecido en el artículo 540 del Código Judicial”.⁹⁶

En el caso de la prueba de la existencia de una expropiación era necesario que los dos testigos especificaran “los objetos, la fecha, y el lugar de la expropiación, los Jefes respectivos y el partido beligerante”.⁹⁷ Los testimonios podían darse en forma oral o escrita y tenían mayor validez si provenían de altos funcionarios del Gobierno, como cuando atestiguaron el general Camargo y el Alcalde de Guatavita Simón Jiménez para satisfacer algunas dudas probatorias.⁹⁸

92 Corte Suprema Federal, Bogotá 29 de noviembre de 1878, en Diario Oficial, núm. 4329, Bogotá, viernes 3 de enero de 1879, p. 6362.

93 Corte Suprema Federal, Bogotá, 9 de enero de 1879, en Diario Oficial, año XV, núm. 4334, Bogotá, lunes 13 de enero de 1879, p. 6382.

94 Corte Suprema Federal, Bogotá, marzo 6 de 1879, en Diario Oficial, año XV, núm. 4373, Bogotá, sábado 15 de marzo de 1879, p. 6538.

95 Corte Suprema Federal, Bogotá, 21 de enero de 1880, en Diario Oficial, año XVI, núm. 4633, Bogotá, sábado 7 de febrero de 1880, p. 7582.

96 Corte Suprema Federal, Bogotá, 19 de junio de 1878, en Diario Oficial, , año XIV, núm. 4267, Bogotá, sábado 14 de septiembre de 1878, p. 6113.

97 Corte Suprema Federal, Bogotá 27 de marzo de 1879, en Diario Oficial, año XV, núm. 4439, Bogotá, sábado 14 de junio de 1879, p. 6802.

98 Corte Suprema Federal, Bogotá, 27 de mayo de 1879, en Diario Oficial, año XV, núm. 4447, Bogotá, miércoles 25 de junio de 1879, p. 6834.

En ocasiones la Corte Suprema Federal desconocía los testimonios de los particulares como cuando el valor afirmado no correspondía con el valor real⁹⁹ o cuando presentaba claras deficiencias o ambigüedades.¹⁰⁰

Una de las pruebas complementarias era la documental y se materializaba como una información que estaba escrita en un papel, que podía ser de diferentes clases, como un comprobante de la expropiación¹⁰¹, un libro del registro de expropiaciones¹⁰², un documento privado sobre la propiedad, una escritura pública, un recibo del gobierno¹⁰³, un recibo expedido por los conservadores¹⁰⁴, un certificado de la aduana¹⁰⁵ o de un consulado extranjero, etcétera.

El segundo mecanismo coadyuvador era el peritaje que permitía determinar el precio de las cosas por medio de especialistas o evaluadores, debido a que no se podía determinar exactamente por el testimonio. Por ejemplo, para fijar el precio de animales.¹⁰⁶

3.5. *La forma de pago.*

Para entender la forma de pago de las indemnizaciones se debe tener en cuenta la posición que los demandantes hubieran tenido durante la guerra, pues ésta determinaba la forma en que se reconocía el pago de la indemnización. A este respecto, es importante señalar que para poder tener acceso a la indemnización, con las mejores ventajas económicas, era necesario no haber apoyado a los revolucionarios; es decir, se podía haber adoptado una posición neutral o haber intervenido en la guerra favoreciendo al Estado.

99 Corte Suprema Federal, Bogotá 8 de junio de 1878, en Diario Oficial, núm. 4253, Bogotá, sábado 24 de agosto de 1878, p. 6057.

100 Corte Suprema Federal, julio 2 de 1878, en Diario Oficial, año XV, núm. 4245, Bogotá, sábado 10 de agosto de 1878, p. 6025.

101 Corte Suprema Federal, Bogotá 21 de abril de 1879, en Diario Oficial, año XV, núm. 4405, Bogotá, sábado 3 de mayo de 1879, p. 6665.

102 Corte Suprema Federal, Bogotá, 26 de enero de 1880, en Diario Oficial, año XVI, núm. 4649, Bogotá, miércoles 13 de febrero de 1880, p. 7646.

103 Corte Suprema Federal, Bogotá, 12 de junio de 1880, en Diario Oficial, año XVI, núm. 4619, Bogotá, viernes 23 de enero de 1880, p. 7525.

104 Corte Suprema Federal, Bogotá septiembre 25 de 1878, en Diario Oficial, núm. 4334, Bogotá, lunes 13 de enero de 1878, p. 6380.

105 Corte Suprema Federal, Bogotá, 18 de febrero 1879, en Diario Oficial, año. XV, núm. 4379, Bogotá, martes 25 de marzo de 1879 p. 6562.

106 “Artículo 3°. Los reconocimientos de que trata el artículo 1° de esta ley, se dividen en cuatro clases, a saber:

1ª Suministros y empréstitos hechos por los partidarios o sostenedores del Gobierno general al mismo Gobierno;”

La cooperación o neutralidad era comprobada por la expedición de un certificado otorgado por diferentes funcionarios del Estado, en el cual se podía señalar por ejemplo, el ser liberal reconocido, el haber luchado directamente en la guerra, tener familiares participantes, simplemente haberse declarado abiertamente partidario del gobierno o neutral. Esta categorización era muy importante, dependiendo de ésta el gobierno hacía una especial clasificación para reconocer la forma de pago que debía realizar el Tesoro de la Nación al particular.

De esta manera, se reconocían los suministros de los sostenedores del gobierno indemnizándolos con vales de primera clase según los lineamiento contenidos en la Ley 67 de 1877, concretamente en los términos del inciso 1¹⁰⁷ del artículo 3 de la ley 67 de 1877¹⁰⁸; igualmente se reconocían las expropiaciones realizadas a partidarios del gobierno en los términos del inciso 2¹⁰⁹ del artículo 3 de la Ley 67 de 1877¹¹⁰. En vez, a los adversarios políticos del gobierno les pagaban en vales de segunda clase según la hipótesis consignada en el inciso 4¹¹¹ del artículo 3 de la Ley 67 de 1877.¹¹² Ésta misma forma de pago se utilizaba para los que no podían probar su adhesión al gobierno. □

4. *Consideraciones Finales.*

La Corte Suprema Federal de los Estados Unidos de Colombia nace con la Constitución de 1886 y desaparece con la Constitución Conservadora de 1886, teniendo así una existencia de 23 años. En este sentido, resulta evidente destacar como este alto Tribunal estuvo claramente orientado por la ideología liberal, que reflejaba las preocupaciones de una emergente clase burguesa que trataba de establecer los principios de una nueva visión del mundo, encaminados hacia el

107 Corte Suprema Federal, Bogotá, 30 de mayo de 1878, en Diario Oficial año XV, núm. 4238, Bogotá, sábado 27 de julio de 1878, p. 5993.

108 Artículo 3°. Los reconocimientos de que trata el artículo 1° de esta ley, se dividen en cuatro clases, a saber:

2ª Expropiaciones hechas a los partidarios o sostenedores del Gobierno general por dicho Gobierno y por las fuerzas revolucionarias en todos los Estados, con excepción del de Antioquia;

109 Corte Suprema Federal, Bogotá, junio 8 de 1878, en Diario Oficial, Bogotá, núm. 4235, martes 23 de julio de 1878, p. 5981.

110 4ª Empréstitos voluntarios hechos al Gobierno general, y expropiaciones hechas por el mismo a los que se consideren adversarios políticos de dicho Gobierno.

111 Corte Suprema Federal, Bogotá, 12 de diciembre de 1879, en Diario Oficial, año XVI, núm. 4614, Bogotá, Sábado 17 de enero de 1880, p. 7504.

112 Corte Suprema Federal, Bogotá 23 de diciembre 1.879, en Diario Oficial, año XVI, núm. 4638, Bogotá, viernes 13 de febrero de 1880, p. 7602.

desarrollo de un modelo federal y la protección de las garantías individuales de los asociados, entre los cuales se privilegia como esencial la propiedad privada.

El derecho de propiedad de los particulares se vio fuertemente vulnerando como consecuencia de las guerras civiles, por lo que los Estados Unidos de Colombia tuvieron que recurrir al marco jurídico establecido en la Constitución y las Leyes (incluyendo la expedición de algunas nuevas) para proteger adecuadamente a los privados afectados. Fue así como la Corte Federal tuvo que conocer de una serie de situaciones fácticas sobre las lesiones causadas durante las confrontaciones y aplicarles criterios jurídicos, con lo que se construyó una amplia jurisprudencia sobre el tema.

De este modo, bajo las Sentencias de la Corte Federal se consolidó la responsabilidad del Estado en Colombia en estos años, surgiendo una jurisprudencia uniforme y coherente sobre los hechos por los cuales el Estado colombiano estaba obligado a responder en situación de guerra a quienes fueran víctimas de los abusos debidos a la confrontación.

La línea jurisprudencial que se consolidó gracias al aporte de los Magistrados de esta corporación presentaba las siguientes características principales basadas claramente en el pensamiento constitucional liberal:

1. En cuanto a las facultades de la Corte Suprema Federal para decidir, se debe afirmar que en este tipo de procesos civiles ordinarios contaba con un amplio campo de acción en sus decisiones, puesto que los principios generales que debían regir sus fallos eran los de verdad sabida y buena fe guardada. Estos lineamientos eran de especial importancia para la valoración de las pruebas y permitían un mayor acercamiento al caso concreto.
2. Además, el sistema probatorio tenía como prueba principal el testimonio, la cual podía ser complementada, cuando la conveniencia lo aconsejara, por medio de la prueba documental y la pericial. En este orden de ideas, el tema principal que se consideraba en las decisiones era el de la valoración del testimonio.
3. Los requisitos para recibir una indemnización estaban determinados en las leyes anteriormente reseñadas; en términos generales podían ser reclamadas por cualquier persona (natural o jurídica, nacional o extranjero) que hubiera sido gravada por un empréstito, una expropiación o un suministro dentro de la guerra civil de los curas.
4. Las indemnizaciones que se reconocieron fueron sobre bienes destinadas al sostenimiento de las tropas y de sus bestias, por lo que consistían en: arrendamientos de viviendas o potreros, elementos para su alimen-

tación, uniformes, municiones, armas, etcétera. En la práctica no se reconocieron daños en las propiedades o cultivos causados por alguno de los contendores.

5. Sobre las situaciones en que los combatientes utilizaban las casas de los civiles como trincheras o fortines, con el fin de resistir los ataques y avances de sus enemigos, sólo se reconocía el valor del inmueble destruido si se demostraba que dicho daño fue efectuado intencionalmente para lograr el éxito de una operación militar. Por ejemplo, cuando se incendiaba una casa para impedir al enemigo la ocupación de un punto militar importante.
6. También es relevante precisar, en cuanto al tema de los saqueos realizados por los soldados, que estos no eran considerados como expropiaciones sino delitos (hurtos o robos) efectuados por personas desautorizadas y por tanto, debían responder sus ejecutores personalmente y no el Estado.
7. En relación con la forma de pago o manera en que se reconocía la indemnización por parte del Estado a los particulares, se debe señalar que para poder tener acceso a la indemnización no era necesario haber adoptado una posición neutral o haber intervenido en la guerra favoreciendo al Estado, también podían solicitar indemnización los adversarios del gobierno. Sin embargo, entre más cercano hubiese sido al Gobierno tenía prelación en el pago de los créditos, siguiendo el orden de: combatiente, sostenedor, aliado, neutral o adversario.
8. Otro punto central es que las expropiaciones podían ser ordenadas tanto por parte de un representante del Estado como del ejército revolucionario. Esto implicaba en la práctica que los Estados Unidos de Colombia también reconocían e indemnizaban las expropiaciones efectuadas por los grupos ilegítimos o enemigos del Estado.

En este orden de ideas, para principios del último cuarto del siglo XIX la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos de Colombia había desarrollado un verdadero sistema de responsabilidad de la administración, dentro del cual se reconocieron las violaciones al derecho de propiedad cometidas por los combatientes y en el que se entendía que el Estado era un garante de los derechos liberales, sin importar quien fuera el ejecutor de la violación al derecho.

De lo anteriormente expuesto se colige que, el Estado colombiano y en particular, la Corte Suprema Federal tenían la garantía de la defensa del derecho de propiedad como uno de sus principales pilares ideológicos y jurídicos, entendiendo que una de sus finalidades naturales era proteger a sus habitantes de cualquier irregularidad cometida dentro de un conflicto, sin importar de cual bando provi-

niera el daño en un caso específico y sin exponer otro tipo de consideraciones o de razones que lo liberaran de sus obligaciones esenciales.

Fuentes

A. Bibliográficas.

ÁLVAREZ, Patricia, *Uniformes y sotanas: Estudio histórico de la Guerra Civil de 1876-1877* [tesis de maestría], Bogotá, Universidad Nacional, Maestría en Historia, 1989.

ARENAS MENDOZA, Hugo Andrés, *¿Estado responsable o irresponsable? La responsabilidad patrimonial del Estado luego de la Guerra Civil de 1876-1877*, Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2009.

BRICEÑO, Manuel, *La Revolución (1876-1877): Recuerdos para la Historia*, 2ª ed., Bogotá, Imprenta nacional, 1947.

DE LEÓN, Juan, “Constitución de Estados Unidos de Colombia según Lecciones de Derecho Constitucional”, en Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita [comp.], *Derecho Constitucional Colombiano Siglo XIX*, tomo III, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Imprenta Nacional, 1998.

DEL REAL, Antonio, “Derecho Constitucional y crítica de la Constitución Neo-Granadina”, en Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita [comp.], *Derecho Constitucional Colombiano Siglo XIX*, tomo I, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Imprenta Nacional, 1998.

FRANCO, Constancio, *Apuntamientos para la historia: La guerra civil de 1876 y 1877*, Dos tomos, Bogotá, Imprenta de la época, 1877.

GONZÁLEZ, Florentino, “Lecciones de Derecho Constitucional”, en Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita [comp.], *Derecho Constitucional Colombiano Siglo XIX*, tomo II, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Imprenta Nacional, 1998.

GUERRA, José y POMBO, Manuel, *Constituciones de Colombia*, 2ª ed., Bogotá, Imprenta de la Luz, tomo II, 1911.

HENAO, Juan, *La Responsabilidad Extracontractual del Estado de Colombia: Evolución jurisprudencial 1864-1990*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, tomo II. 1991.

- HOYOS, Ricardo, *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*, Bogotá, Editorial Temis, 1984.
- IREGUI, José, “Ensayo sobre Ciencia Constitucional”, en Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita [comp.], *Derecho Constitucional Colombiano Siglo XIX*, tomo III, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Imprenta Nacional, 1998.
- JIMÉNEZ, Luis, *El pensamiento liberal en las Constituciones*, Bogotá, Ediciones el Tiempo, 1990.
- LÓPEZ, Jairo, *Responsabilidad Patrimonial del Estado*, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., tomo I, 1997.
- MALAGÓN PINZÓN, Miguel Alejandro. *Vivir en policía*. Editorial Universidad Externado de Colombia. 2007.
- MAYORGA, Fernando, “Los dueños del poder: los electores del Estado Soberano de Cundinamarca”, en *Anuario de Historia Regional y de las fronteras*, núm. 8, Bucaramanga, Escuela de historia de la Universidad Tecnológica de Santander, Septiembre de 2003.
- MAYORGA, Fernando, “Pervivencia del Derecho Español durante el Siglo XIX y Proceso de Codificación Civil en Colombia”, en *Revista chilena de Historia del Derecho*, núm. 14, Santiago de Chile, Publicaciones del Centro de Investigaciones de Historia del Derecho del Departamento de Ciencia del Derecho de la Universidad de Chile, 1991.
- MAYORGA, Fernando, “El proceso de Codificación Civil en Colombia”, en CRUZ, Óscar (coord.), *La Codificación*, México, Editorial Porrúa, UNAM, 1ª ed., 2006.
- MOLINA BETANCUR, Carlos Molina. “El derecho Administrativo y la responsabilidad patrimonial del Estado colombiano”. En *Temas de Derecho administrativo comparado*. Centro Editorial Universidad del Rosario, 2005.
- OCAMPO, Fernando, *Ensayo sobre historia de Colombia*, Manizales, Biblioteca de Escritores Caldenses, 1998.
- ORTÍZ, Luis, *Fusiles y plegarias: Guerra de guerrillas en Cundinamarca, Boyacá y Santander*, Medellín, Universidad Nacional de Colombia, Dirección de investigaciones, 2004.
- PINZÓN, Cerbeleón. “Tratado de Ciencia Constitucional”, en Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita [comp.], *Derecho Constitucional Colombiano Siglo XIX*, tomo I, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Imprenta Nacional, 1998.

- QUINTERO NAVAS, Gustavo, “Conflicto armado y responsabilidad del Estado”, en *Revista Derecho Público*, Núm. 10, 1999.
- RESTREPO, Carlos, *Constituciones políticas nacionales de Colombia*, 2a ed., Bogotá, Editorial Universidad Externado de Colombia, 1995.
- RESTREPO, Carlos, *Derecho Constitucional Colombiano Siglo XIX*, Bogotá, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Universidad Externado de Colombia, Imprenta Nacional, 1998.
- RODRIGUEZ, Libardo, *Derecho Administrativo*, Bogotá, Editorial Temis, 2002.
- SAAVEDRA, Ramiro, *La Responsabilidad Extracontractual de la Administración Pública*, Bogotá, Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda., 2003, Reimpresión.
- SÁCHICA, Luis, *Nuevo constitucionalismo colombiano*, Bogotá, Editorial Temis, 1996.
- SAFFORD, Frank, “Capítulo X: La era liberal: 1845–1876”. En *Colombia país fragmentado, sociedad dividida. Su historia*, Bogotá, Grupo Editorial Norma, Colección Vitral, 2004.
- SAMPER, José, *Derecho Público Interno, historia crítica del Derecho constitucional colombiano desde 1810 hasta 1886*, Bogotá, Biblioteca Popular de Cultura colombiana, tomo I, 1951.
- TIRADO, Álvaro, “El Estado y la política en el siglo XIX”, en *Nueva Historia de Colombia*, Bogotá, Instituto Colombiano de Cultura, Procultura S.A., tomo II, 1989.
- URIBE, Diego, *Las Constituciones de Colombia: Historia crítica y texto*, Madrid, tomo I, 1977.
- VIDAL PERDOMO, Jaime. *El federalismo*. Primera Edición. Ediciones Rosaristas. Bogotá. 1999.
- VIDAL PERDOMO, Jaime, *La región en la organización territorial del Estado*, 1ª ed., Bogotá, Centro Editorial Universidad del Rosario, 2001.

B. Originales.

Constituciones.

Constitución Política de la República de la Nueva Granada de 1853.

Constitución Política para la Confederación Granadina de 1858.

Constitución Política de los Estados Unidos de Colombia de 1863.

Constitución Política de la República de Colombia de 1886.

Leyes.

Ley 67 del 4 de junio de 1877

Ley 57 del 1 de julio de 1878.

Ley 60 del 3 de julio de 1878

Sentencias.

Corte Suprema Federal, Bogotá, 7 de diciembre de 1864, en *Diario Oficial*, año II, núm. 213, Bogotá, martes 3 de enero de 1865.

Corte Suprema Federal, Bogotá, 3 de enero de 1865, en *Diario Oficial*, año II, núm. 222, Bogotá, viernes 13 de enero de 1865.

Corte Suprema Federal, Bogotá, 11 de diciembre de 1865, en *Diario Oficial*, año III, núm. 531, Bogotá, martes 9 de enero de 1866.

Corte Suprema Federal, Bogotá, 18 de marzo de 1879, en *Diario Oficial*, Bogotá, viernes 25 de abril de 1879, año XV, núm. 4399, p. 6640.

Corte Suprema Federal, Bogotá, 19 de marzo de 1879, en *Diario Oficial*, Bogotá, viernes 25 de abril de 1879, año XV, núm. 4399, p. 6641.

Corte Suprema Federal, Bogotá, 12 de marzo de 1878, en *Diario Oficial*, Bogotá, domingo 31 de marzo de 1878, año XIV, núm. 4146, p. 5688.

Corte Suprema Federal, Bogotá, sábado 2 de marzo de 1878, en *Diario Oficial*, Bogotá, lunes 11 de marzo de 1878, año XIV, núm. 4129, p. 5554.

Corte Suprema Federal, Bogotá, 29 de julio de 1878, en *Diario Oficial*. Bogotá, Año XV, sábado 31 de agosto de 1878, núm. 4257, p. 6072-6074.

Corte Suprema Federal, Bogotá, 22 de febrero de 1878, en *Diario Oficial*, año XIV, núm. 4141, Bogotá, martes 29 de marzo de 1878, p. 5602.

Corte Suprema Federal, Bogotá, 25 de enero 1879, en *Diario Oficial*, Bogotá, jueves 3 de abril de 1879, año XV, núm. 4386, p. 6588.

Corte Suprema Federal, Bogotá, 19 de junio de 1879, en *Diario Oficial*, Bogotá, sábado 5 de julio de 1879, año XV, núm. 4455, p. 6866.

Corte Suprema Federal, Bogotá, 20 de junio de 1878, en *Diario Oficial*, Bogotá, martes 23 de julio de 1878, núm. 4235, p. 5981.

Corte Suprema Federal, Bogotá, marzo 17 de 1879, en *Diario Oficial*, viernes 25 de abril de 1879, núm. 4399, p. 6639.

- Corte Suprema Federal, Bogotá, 12 de febrero de 1880, en *Diario Oficial*, Bogotá, 26 de febrero de 1880, año XVI, núm. 4649, p. 7646.
- Corte Suprema Federal, Bogotá, 13 de enero de 1879, en *Diario Oficial*, Bogotá, martes 4 de febrero de 1879, año XV, núm. 4346, p. 6429.
- Corte Suprema Federal, Bogotá, 5 de febrero de 1880, en *Diario Oficial*, Bogotá, lunes 23 de febrero de 1880, año XVI, núm. 4646, p. 7633.
- Corte Suprema Federal, Bogotá, 20 de enero de 1879, en *Diario Oficial*, año XV, núm. 4351, Bogotá, martes 11 de febrero de 1879, p. 6450.
- Corte Suprema Federal, Bogotá, 8 de abril de 1879, en *Diario Oficial*, año XV, núm. 4402, Bogotá, miércoles 30 de abril 31 de 1879, p. 6653.
- Corte Suprema Federal, Bogotá, enero 20 de 1880, en *Diario Oficial*, año XVI, núm. 4626, Bogotá, sábado 31 de enero de 1880, p. 7552.
- Corte Suprema Federal, Bogotá, 18 de noviembre de 1878, en *Diario Oficial*, año XV, núm. 4334, Bogotá, lunes 13 de enero de 1879, p. 6381.
- Corte Suprema Federal, Bogotá, 4 de julio de 1878, en *Diario Oficial*, año XV, núm. 4238, Bogotá, sábado 27 de julio de 1878, p. 5993.
- Corte Suprema Federal, Bogotá, 10 de enero de 1880, en *Diario Oficial*, año XIV, núm. 4643, Bogotá, jueves 19 de febrero de 1880, p. 7622.
- Corte Suprema Federal, Bogotá, 20 de junio de 1879, en *Diario Oficial*, año XV, núm. 4457, Bogotá, martes 8 de julio de 1879, p. 6874.
- Corte Suprema Federal, Bogotá 15 de enero de 1.879, en *Diario Oficial*, año XV, núm. 4346, Bogotá, martes 4 de febrero de de 1879, p. 6430.
- Corte Suprema Federal, Bogotá 5 de junio de 1879, en *Diario Oficial*, año XV, núm. 4447, Bogotá, miércoles 25 de junio de 1879, p. 6834.
- Corte Suprema Federal, Bogotá 30 de enero de 1879, en *Diario Oficial*, año XV, núm. 4368, Bogotá, viernes 7 de marzo de 1879, p. 6518.
- Corte Suprema Federal, Bogotá 20 de diciembre de 1879, en *Diario Oficial*, año XVI, núm. 4612, Bogotá, jueves 15 de enero de 1880, p. 7497.
- Corte Suprema Federal, Bogotá 27 de marzo de 1879, en *Diario Oficial*, año XV, núm. 4402, Bogotá, miércoles 30 de abril de 1879, p. 6652
- Corte Suprema Federal, Bogotá 15 de abril 1879, en *Diario Oficial*, año XV, núm. 4405, Bogotá, sábado de mayo de 1879, p. 6664.
- Corte Suprema Federal, Bogotá 19 de febrero 1879, en *Diario Oficial*, año XV, núm. 4449, Bogotá, viernes 27 de junio de 1879, p. 6841.

- Corte Suprema Federal, Bogotá 27 de junio de 1879, en *Diario Oficial*, año XV, núm. 4461, Bogotá, sábado 12 de julio de 1879, p. 6890.
- Corte Suprema Federal, Bogotá 22 de mayo de 1879, en *Diario Oficial*, año XV, núm. 4337, Bogotá, miércoles 11 de junio de 1879, p. 6793.
- Corte Suprema Federal, Bogotá 2 de marzo de 1878, en *Diario Oficial*, año XIV, núm. 4144, viernes 29 de marzo de 1878, p. 5614.
- Corte Suprema Federal, Bogotá 29 de noviembre de 1878, en *Diario Oficial*, núm. 4329, Bogotá, viernes 3 de enero de 1879, p. 6362.
- Corte Suprema Federal, Bogotá, 9 de enero de 1879, en *Diario Oficial*, año XV, núm. 4334, Bogotá, lunes 13 de enero de 1879, p. 6382.
- Corte Suprema Federal, Bogotá, marzo 6 de 1879, en *Diario Oficial*, año XV, núm. 4373, Bogotá, sábado 15 de marzo de 1879, p. 6538.
- Corte Suprema Federal, Bogotá, 21 de enero de 1880, en *Diario Oficial*, año XVI, núm. 4633, Bogotá, sábado 7 de febrero de 1880, p. 7582.
- Corte Suprema Federal, Bogotá, 19 de junio de 1878, en *Diario Oficial*, , año XIV, núm. 4267, Bogotá, sábado 14 de septiembre de 1878, p. 6113.
- Corte Suprema Federal, Bogotá 27 de marzo de 1879, en *Diario Oficial*, año XV, núm. 4439, Bogotá, sábado 14 de junio de 1879, p. 6802.
- Corte Suprema Federal, Bogotá, 27 de mayo de 1879, en *Diario Oficial*, año XV, núm. 4447, Bogotá, miércoles 25 de junio de 1879, p. 6834.
- Corte Suprema Federal, Bogotá 8 de junio de 1878, en *Diario Oficial*, núm. 4253, Bogotá, sábado 24 de agosto de 1878, p. 6057.
- Corte Suprema Federal, julio 2 de 1878, en *Diario Oficial*, año XV, núm. 4245, Bogotá, sábado 10 de agosto de 1878, p 6025.
- Corte Suprema Federal, Bogotá 21 de abril de 1879, en *Diario Oficial*, año XV, núm. 4405, Bogotá, sábado 3 de mayo de 1879, p. 6665.
- Corte Suprema Federal, Bogotá, 26 de enero de 1880, en *Diario Oficial*, año XVI, núm. 4649, Bogotá, miércoles 13 de febrero de 1880, p. 7646.
- Corte Suprema Federal, Bogotá, 12 de junio de 1880, en *Diario Oficial*, año XVI, núm. 4619, Bogotá, viernes 23 de enero de 1880, p. 7525.
- Corte Suprema Federal, Bogotá septiembre 25 de 1878, en *Diario Oficial*, núm. 4334, Bogotá, lunes 13 de enero de 1878, p. 6380.
- Corte Suprema Federal, Bogotá, 18 de febrero 1879, en *Diario Oficial*, año. XV, núm. 4379, Bogotá, martes 25 de marzo de 1879 p. 6562.

Corte Suprema Federal, Bogotá, 30 de mayo de 1878, en *Diario Oficial* año XV, núm. 4238, Bogotá, sábado 27 de julio de 1878, p. 5993.

Corte Suprema Federal, Bogotá, junio 8 de 1878, en *Diario Oficial*, Bogotá, núm. 4235, martes 23 de julio de 1878, p. 5981.

Corte Suprema Federal, Bogotá, 12 de diciembre de 1879, en *Diario Oficial*, año XVI, núm. 4614, Bogotá, Sábado 17 de enero de 1880, p. 7504.

Corte Suprema Federal, Bogotá 23 de diciembre 1.879, en *Diario Oficial*, año XVI, núm. 4638, Bogotá, viernes 13 de febrero de 1880, p. 7602.

LA SUSPENSIÓN PROVISIONAL EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL COLOMBIANO*

Por: Miguel Malagón Pinzón

Director del área de Derecho Administrativo de la Universidad de los Andes

1. Introducción

Al cumplirse veinte años de la promulgación del texto constitucional de 1991, el Gobierno Nacional, busca atribuirle a la Corte Constitucional una nueva competencia. Esta se refiere a la suspensión provisional de las leyes que hayan sido demandas en Acción Pública de Inconstitucionalidad.

La inquietud por este tema surgió en las VIII Jornadas de Contratación Estatal de la Universidad de Los Andes. Allí intervino el Viceministro de Justicia¹, quien habló como esta facultad novedosa de la Corte correspondía a una determinante influencia francesa.

De tiempo atrás venía estudiando el siglo XIX y me había topado con esta misma competencia, que también tuvo la Corte Suprema de Justicia en el periodo del Federalismo, al ejercer control de constitucionalidad. Es decir que sería una institución propia del derecho colombiano y no una copia, como esgrimía el Viceministro de Justicia, del derecho referido ordenamiento europeo.

* Artículo desarrollado dentro del proyecto de investigación titulado “Acción Pública y Ordenamiento Territorial en Colombia” perteneciente a la línea de investigación de “Historia, Derecho y Ciencia de la Administración” de la Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes.

1 Ponencia del Viceministro de Justicia Pablo Felipe Robledo del Castillo, sobre el tema de “Reforma a la Justicia y Contratos Estatales”. VIII Jornadas de Contratación Estatal. Universidad de Los Andes. Medellín 29 de Octubre de 2010.

El origen de la suspensión provisional se le debe al derecho colonial español, por ello empezaremos estudiando en este período esta institución, que era conocida como el “se obedece pero no se cumple”. Allí examinaremos como era su procedimiento y miraremos algún caso para conocer como operó.

Luego proseguiremos con el nombrado siglo XIX en donde mostraremos dos casos de suspensión, bajo la vigencia de las Constituciones de 1858 y 1863 y terminaremos mencionando brevemente el proyecto de reforma a la Justicia del Gobierno Santos.

II. La Suspensión Colonial. El “Se obedece pero no se cumple”.

A. Aspectos Generales

Los orígenes americanos de esta institución se atribuyen a la realidad diversa con la que se toparon los europeos en el nuevo mundo, que ocasionaba que las normas que se redactaban en la península no se ajustaran a los hechos americanos o que fueran injustas.

La primera disposición que se dictó para regular este recurso, fue dada a Diego Colón por una real cédula el 13 de diciembre de 1508, el Rey le advirtió que:

Podría ser que yo por no ser bien informado, mandé despachar algunas cartas para las dichas Indias, en cosa que viniese perjuicio a nuestro servicio, yo vos mando que veáis las tales cartas y las obedezcáis, y en cuanto al cumplimiento nos lo hagáis luego saber, para que sobre ello os envíe a mandar lo que se haga; pero en recibiendo nuestro segundo mandado, obedecerlas y cumplirlas enteramente como os lo enviare a mandar, sin poner en ello dilación alguna.²

Al año siguiente el Gobernador Nicolás Obando planteó una consulta, sobre la suspensión del cumplimiento de algunas disposiciones, el Rey expidió la real cédula de 14 de agosto, en donde reguló que las nombradas disposiciones “primero deben ser obedecidas y no cumplidas y después consultadas”.³

2 GARCIA GALLO, Alfonso. La Ley como fuente del derecho en Indias. Publicado en: Estudios de historia del derecho indiano. Madrid: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. 1972. p. 209 - 210.

3 TAU ANZOATEGUI, Víctor. La Ley “se obedece pero no se cumple”. En torno a la suplicación de las Leyes en el derecho Indiano. Quito: Separata del Anuario Histórico Jurídico Ecuatoriano. Vol. VI. Corporación de estudios y publicaciones. 1980. p. 65.

Es palpable, por los dos casos vistos, que esta práctica se introdujo en América por voluntad real y no de los conquistadores y pobladores.

Los conquistadores consideraron este recurso como un derecho subjetivo, llegándose al extremo de que en 1518 todas las cédulas y provisiones que llegaban de la península eran suspendidas en la Española.⁴

Estos abusos hicieron que la corona limitara su uso, así lo reguló la real cédula dictada por Carlos V el 5 de junio de 1528 dirigida al Gobernador de Santa Marta, en la que ordenaba que

por provisiones del rey católico mi señor y abuelo, que aya santa gloria, y nuestras, está mandado y proveído, que todas las provisiones que nos hizieremos de mercedes y oficios a las personas que pasan a residir a essas partes, se cumplan como en ellas se contiene, sin embargo de qualquier suplicación que dellas se interponga, y embien ante los inconvenientes, o causas que para no los recibir ni cumplir oviere, para que por nos vistas, siendo justas, las mandemos revocar o proveer en ello lo que a nuestro servicio conviniessse, pero si fueran cosas de que convenga suplicar, vos damos licencia para lo poder fazer, sin que por esto se suspenda el cumplimiento y execución dellas, salvo si no fuere el negocio de calidad que del cumplimiento dello se seguiría escándalo conocido, o daño irreparable; en tal caso permitimos que aviendo lugar de derecha suplicación, e interponiéndose por quien como deva, podáis sobreseer el dicho cumplimiento, y no en otra manera alguna.⁵

Vemos que la suspensión quedó limitada a dos casos únicamente, el daño irreparable y el escándalo.

En 1528 se dio otro caso, el 12 de diciembre, se dictaron las ordenanzas de buen trato a los indios, estas fueron recurridas por los procuradores de las ciudades porque se afectaban muchos intereses particulares, la petición se desestimó porque las mismas ordenanzas prescribían que debían ser cumplidas a pesar de cualquier recurso⁶. Esta regulación fue confirmada por la real cédula de 24 de agosto de 1529.⁷

No obstante estas disposiciones, la leyes nuevas de 1542, en lo pertinente a los indios, tuvieron que ser suspendidas en México y en Perú, en este último virreinato se presentó la rebelión de Gonzalo Pizarro que llegó a proclamar la independencia y a dar muerte al Virrey.⁸

4 Ibid.

5 GARCIA GALLO, *La Ley como fuente*, Op. Cit. p. 211.

6 GONGORA, Mario. *El Estado en el Derecho Indiano*. Santiago de Chile: Instituto de Investigaciones Históricas Culturales. 1961. p. 263.

7 TAU ANZOATEGUI, *La Ley*, Op. Cit. p. 66.

8 GARCIA GALLO, *La Ley como fuente*, Op. Cit. p. 212. Mírese también a LORANDI,

En el siglo XVII reaparecen los casos de no cumplir, los más relevantes, a mi juicio, son el que se presentó en Perú en 1620, donde el rey expidió una real cédula, el 3 de junio, en la que establecía que las cédulas donde se presentaran los vicios de obrepción o subrepción para obtener un oficio, es decir en las que hubiera habido engaño al designar a un inhábil para un empleo, se obedecieran y no cumplieran⁹. Y el de 1627 que dispuso que si en los despachos reales que confirmaban los oficios vendibles y renunciables faltaban requisitos, se obedecieran y se suspendiera su cumplimiento.¹⁰

La recopilación de 1680 adoptó la fórmula general del obedecer y cumplir, pero con excepciones¹¹, como la de la ley 22 que consagraba el no cumplir para los despachos y disposiciones donde aparecieran los vicios, ya anotados, de obrepción y subrepción. La Ley 24 admitió la suspensión cuando se pudiera ocasionar escándalo conocido o daño irreparable. Por su parte la ley 5 no permitió el ejercicio del recurso sobre la legislación favorable a los indios.¹²

En el siglo XVIII con el advenimiento de la dinastía borbónica y del absolutismo ilustrado, el recurso de suspensión fue visto como una institución que iba en contra de la obediencia a la autoridad, de tal suerte que para interponerlo se expresaba la veneración debida al rey, la ciega obediencia que se tenía con las reales ordenes o que la suspensión se hacía en servicio del rey “sin que se entendiera ser el ánimo de no obedecer el mandato superior (...).”¹³

En la Nueva Granada en el setecientos, este recurso se aplicó como una garantía procesal, y no como un principio del derecho público, destinado a proteger el derecho de defensa del demandado en pleitos civiles. Operaba cuando a éste se le emplazaba en lugares diferentes a su domicilio, es decir que estos edictos “se obedecían pero no se cumplían” y los demandados así requeridos no incurrían en rebeldía y conservaban sus plenos derechos.

Ana María. *Ni Ley, ni rey, ni hombre virtuoso*. Buenos Aires. Gedisa. 2002. p. 69-98.

9 SUAREZ, Santiago Gerardo. El cumplimiento y el incumplimiento de la ley. XI Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano. Actas y Estudios. Tomo I. Buenos Aires. Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho. 1997. p 282.

10 TAU ANZOATEGUI, La Ley, Op. Cit. p. 69 - 71.

11 Tau dice, que de este modo se mantuvieron puntos de vista distintos que fueron extraídos de la casuística, para enriquecer el material de trabajo del jurista. La sutileza del legislador armonizó el conflicto de leyes, que se hizo evidente al sacarlas de su terreno originario y lograr generalizarlas. *Casuismo y Sistema. Indagación Histórica sobre el espíritu del derecho Indiano*. Buenos Aires: Instituto de Investigaciones de Historia del derecho. 1992. p. 401 - 402.

12 TAU ANZOATEGUI. La Ley, Op. Cit. p. 73 - 75.

13 Ibid. p. 77.

Traemos un caso que ocurrió en Antioquia en 1760, en donde el señor Muñoz Naranjo le compró al señor Lara un esclavo llamado Germán, con la circunstancia de que “no debía ser ladrón, borracho, ni cimarrón”. El vendedor aseguró que el único defecto que tenía era su afición al baile. Se hizo el negocio y a los pocos días el esclavo escapó, llevándose consigo varios bienes del comprador. El demandante solicitó bajo juramento unos testigos -quienes debían declarar sin anfibología, ni tergiversación, dando razón de por qué lo saben-, sobre si Germán, estando en poder de Lara, había sido borracho, ladrón y cimarrón. Recibidas las declaraciones demandó la rescisión de la venta por los defectos tan notables que se le han verificado. Lara contestó que si se atendía al punto céntrico de la materia se podía haber visto la maliciosa cavilosidad de Naranjo: porque sólo le vendí un negrito que el mismo comprador había escogido; y manifestándole que era fandaguero, nos ajustamos libremente en el precio. Se suscitó un conflicto de competencia entre los Alcaldes de Antioquia y de Remedios. El Fiscal conceptuó en esta causa pidiendo la rescisión del contrato e intentando la redhibitoria; dijo que el competente era el Alcalde de Remedios, ciudad donde se había celebrado el negocio (adquirió el fuero *ratione contractus*). Pero la Real Audiencia, celosa del derecho de defensa, declaró que este emplazamiento “se obedecía pero no se cumplía” y declaró competente al justicia de Antioquia de donde era domiciliario Lara.¹⁴

Durante el siglo XIX esta figura tuvo vigencia en la Nueva Granada hasta el año de 1818, en donde se aplicó a nombramientos burocráticos. Así consta en:

un decreto del superior gobierno de 4 de abril, en el cual se decía: Considerando que si S. M., en la real orden de 10 de octubre del año pasado, hizo mención en primer lugar del Sr. Lorenzo Corbacho, nombrándole Contador Mayor de este Tribunal de Cuentas, más bien debe atribuirse a ser nuevo empleado en dicho Tribunal que a que el ánimo del Soberano fuese priobar de su antigüedad al Sr. don Martín Urdaneta, a quien como se expresa en la real cédula fechada en Madrid a 11 de noviembre del citado año, se le expidió el título de Contador Mayor del mismo en 18 de marzo de 1803, cuyas funciones desempeñó hasta el tiempo del general trastorno y continúa desempeñando desde el ingreso del ejército expedicionario en esta capital, y reflexionando que las disposiciones reales en casos semejantes al presente, han de obedecerse pero no ejecutarse (...).¹⁵

14 A.G.N. Sección Colonia. Civiles Antioquia. Tomo IX. folios 819 r - 829 v.

15 OTS CAPDEQUI, José María. Las Instituciones del Nuevo Reino de Granada al tiempo de la Independencia. Madrid. Instituto Gonzalo Fernández de Oviedo. 1958. p. 31.

A. Aspectos Procesales

Analícemos ahora como era el trámite del recurso. El procedimiento comenzaba con la notificación del despacho y su ejecución. El despacho iba dirigido a una autoridad que lo tenía que ejecutar, ella era la primera que lo examinaba y decidía si lo cumplía o no. Al dorso del despacho se debían asentar las respuestas y presentaciones que se hacían a las prescripciones de las reales cédulas, esto le daba firmeza al despacho y además era la “constancia fehaciente que servía de cabeza a la tramitación del recurso de suplicación.”¹⁶

Analícemos la diferencia entre obedecer y cumplir. Hoy en día estas palabras son sinónimas, pero en la colonia la conducta de obedecer se entendía como acatar y reconocer a la autoridad real, era necesario hacerlo para no caer en rebeldía. Mientras que el cumplimiento hacía referencia a la eficacia que tenían las disposiciones, por esa razón se podían suspender sin incurrir en conductas delictivas.

El plazo para interponer el recurso era inexistente pero en la práctica se llevaba a cabo en el mismo acto de obediencia.

Las normas que podían ser suspendidas eran las provisiones, las cédulas y las órdenes reales, que no tuvieran el carácter de leyes o de pragmáticas. Tampoco se podían recurrir los despachos “que contuviesen ejecutorias ganadas en juicio contradictorio, es decir una vez oídas las partes de acuerdo a derecho.”¹⁷

El recurso se interponía ante la autoridad que sancionaba la disposición. Los recurrentes podían ser los virreyes, las audiencias, los gobernadores, los cabildos, y los vecinos, estos intervenían cuando sus intereses se veían afectados, lo hacían por medio del procurador general, o a veces por ellos mismos con la presentación de una petición conjunta, como la que se presentó en Buenos Aires donde los vecinos recurrieron la real cédula de 26 de febrero de 1680, que impuso nuevos impuestos, 28 de ellos lo interpusieron ante el rey y pidieron al gobernador general que suspendiera su cumplimiento hasta que el rey se pronunciara.¹⁸

Los efectos del recurso eran primero la suspensión de la ejecución de la norma y el segundo el pronunciamiento del legislador, que en unos casos podía ratificar las provisiones suspendidas y en otras las podía revocar. Este segundo pronunciamiento debía cumplirse sin admitir una nueva súplica.

16 Ibid. p 92.

17 Ibid. p. 97.

18 Ibid. p. 100 - 101.

I. La Suspensión Provisional en La Constitución de 1858

El texto constitucional del referido año desarrollaba la figura de la Suspensión en su artículo 50 preceptuando que:

Corresponde a la Corte Suprema suspender la ejecución de los actos de las legislaturas de los Estados, en cuanto sean contrarios a la Constitución o a las leyes de la Confederación; dando cuenta de la suspensión al Senado, para que éste decida definitivamente sobre la validez o nulidad de dichos actos.

Este artículo fue desarrollado por la Ley Orgánica del Poder Judicial, del 29 de Junio de 1858. Allí se estipuló que le correspondía a La Corte Suprema decidir en Sala de tres Magistrados sobre la Suspensión, de acuerdo a lo establecido en la atribución tercera del artículo décimo¹⁹.

Por su parte el artículo 37, numeral 5to. de la mencionada ley, desarrolló las funciones del Procurador General, y dentro de ellas dispuso la de “*promover ante la Corte Suprema la Suspensión de los Actos expedidos por las legislaturas de los Estados que sean contrarios a la Constitución o a las leyes de la Confederación.*”²⁰

Nos permitimos transcribir un caso para que se entienda como funcionaba este procedimiento:

Vista del Procurador General de la Nación en la solicitud de varios comerciantes de Santa Marta, sobre suspensión de un artículo de ley del Estado del Magdalena

Señores magistrados:

Los señores MANUEL J. MIER, GRANADOS, GARCÍA y COMPAÑÍA, Y ABELLO E HIJO, han ocurrido a esta Corte Suprema, por medio de apoderado, solicitando la anulación del inciso 3º, artículo 1º de la ley del Estado del Magdalena, sobre contribuciones, sancionada a 13 de octubre del corriente año, por el cual se establece un “derecho de patente, que pagará cada individuo que reciba en consignación efectos naturales o manufacturados del país o del extranjero, al respecto de cinco centavos de peso por cada bulto que se reciba en consignación” .

19 Codificación Nacional. Tomo XVIII. Años 1858 y 1859. Bogotá. Imprenta Nacional. 1930. p. 158.

20 Ibid. p. 166

El artículo 10 de la Constitución Federal prohíbe a los Estados, entre otras cosas, el imponer contribuciones sobre el comercio de exportación y sobre los objetos que deban consumirse en otro Estado; y es indudable que el inciso a que se alude peca contra esa doble prohibición, siendo así que en el impuesto que por él se establece están comprendidos los efectos del país que se reciban en consignación para encaminarlos al extranjero, y los efectos extranjeros, o del país también que se reciban del mismo modo para encaminarlos a otros Estados.

Es verdad que, por medio de un párrafo puesto inmediatamente después del inciso de que se trata, se ha cuidado de expresar que el derecho afecta directamente la industria personal del consignatario, y no al dueño del bulto; pero tal explicación, si para algo sirve, es para poner en evidencia las dudas, por lo menos, del impuesto mismo que establecía, pues a haberse tenido conciencia de esa legitimidad, la explicación habría estado de más, y es seguro que no se hubiera hecho.

Lo positivo es que el llamado derecho de patente recae directa e inevitablemente sobre los bultos, o sea sobre los efectos naturales o manufacturados del país o del extranjero, aun cuando tales efectos viajen con destino a la exportación, o al consumo de otros Estados; y que si bien el consignatario es quien debe satisfacer el impuesto, esto mismo sucede respecto de todos los gastos que ocasiona la consignación, los cuales no dejan por eso de ser de cargo del comitente o dueño de los efectos (art. 102 del Código de Comercio).

Por las razones expuestas, y por las contenidas en la petición particular, este ministerio es de concepto que debe suspenderse la ejecución del inciso en referencia, como contrario al artículo constitucional que queda citado; y así os lo pide en cumplimiento del deber que le impone el inciso 5° artículo 37 de la ley orgánica del 29 de junio de este año.

Bogotá, 15 de diciembre de 1858.

BARTOLOMÉ CALVO.

Gaceta Oficial, Bogotá, viernes 24 de diciembre de 1858, año XXVII, n° 2.330.

ACUERDO

LA CORTE SUPREMA SUSPENDE UN INCISO DE LA LEY DEL ESTADO DEL MAGDALENA DE 13 DE OCTUBRE DE 1858

Bogotá, 4 de enero de 1859.

Habiéndose prohibido por los incisos 5° y 9° del artículo II de la Constitución política de la Confederación, que el Gobierno de ninguno de sus Estados imponga contribuciones sobre el comercio exterior o sobre los objetos que deban consumirse en diferente Estado se comprende fácilmente que el inciso 3° del artículo 1° de la ley de 13 de octubre último, de contribuciones para gastos del Estado del Magdalena, pugna abiertamente contra una y otra prohibición.

Son estas las palabras de dicho inciso: “El derecho de patente que pagará cada individuo que reciba en consignación efectos naturales o manufacturados del país o del extranjero. Este derecho se pagará al respecto de cinco centavos de peso por cada bulto que se reciba en consignación”. Ahora bien: no puede revocarse a duda que semejante impuesto encarece los efectos que reciba el consignatario con dirección al extranjero, y así mismo los que se importen de él encaminados a otro Estado para su consumo; y siendo el aumento del valor proveniente de aquella contribución una rémora para el comercio exterior, y para el interior entre distintos Estados, debe hacerse respetar la voluntad del legislador constituyente nacional que se propuso destruirla para ensanchar las relaciones mercantiles con las otras naciones y entre los Estados; no dando a éstos más facultades, respecto de contribuciones, que las que no estuviesen comprendidas en el círculo descrito en el artículo 11 de que se ha hecho mención. Ni puede evitar la contravención constitucional el parágrafo agregado al referido inciso 3° que dice, que con dicho impuesto no se grava al dueño del bulto, sino la industria personal del consignatario, porque esa declaratoria es ineficaz, no mudando, como en realidad no muda, la naturaleza de las cosas, según la cual las erogaciones que el comisionista tenga que hacer por razón de los efectos que se le consignen son reembolsables por el comitente, como lo disponen las leyes comunes y comerciales. En nada, pues, varía las bases de la cuestión esa aclaratoria, una vez que el impuesto sobre los bultos mencionados no puede recaer sino sobre ellos, habiendo de hacer el desembolso el consignatario, con cargo de reintegro de parte del dueño, en último resultado. Estas sencillas observaciones bastan para que con fundamento se acceda a la solicitud del Procurador general, coadyutoria de la presentada por el apoderado de MANUEL J. MIER, GRANADAS, GARCÍA & CÍA., Y ABELLO E HIJOS. *En consecuencia, la*

Corte Suprema de la Confederación, en cumplimiento del deber que le impone el artículo 50 de la Constitución, resuelve: que se suspenda el inciso 3° arriba transcrito del artículo 1° de la ley del Estado del Magdalena, sancionada en 13 de octubre de 1858, de contribuciones para gastos del Estado. Pásese esta resolución al Senado, y comuníquese al poder ejecutivo para que sirva ordenar que sea publicada en la Gaceta Oficial.

ALEJANDRO OSARIO. JOSÉ VICENTE CONCHA. P. BALLESTEROS.
JUAN N.

ESGUERRA, secretario.

Es copia. JUAN N. ESGUERRA, secretario.

Gaceta. Oficial, Bogotá, martes 8 de enero de 1859, año XXVIII, n° 2.334.

RESOLUCIÓN DEL SENADO ANULANDO EL INCISO 3°, ARTÍCULO 1° DE LA LEY DEL ESTADO DE MAGDALENA DE 13 DE OCTUBRE DE 1858

El Senado de la Confederación Granadina, en uso de la facultad que le atribuye el artículo 50 de la Constitución, declara nulo el inciso 3. ° artículo 1° de la ley del Estado del Magdalena de 13 de octubre de 1858, que establece contribuciones para gastos del Estado, por ser contrario a los párrafos 5.° y 9.° del artículo 11 de la Constitución federal.

Dada en Bogotá, a 4 de marzo de 1859.

El presidente del Senado, VICENTE CÁRDENAS.

El secretario, M. M. MEDINA.

1. LA SUSPENSIÓN PROVISIONAL EN LA CONSTITUCIÓN DE 1863

La Constitución de Rionegro consagró en su artículo 72 la existencia de la Suspensión en los siguientes términos:

Artículo 72°. Corresponde a la Corte Suprema suspender, por unanimidad de votos, a pedimento del Procurador General o de cualquier ciudadano, la ejecución de los actos legislativos de las Asambleas de los Estados, en cuanto sean contrarios a la Constitución o a las leyes de la Unión, dando, en todo caso, cuenta al Senado para que éste decida definitivamente sobre la validez o nulidad de dichos actos.²¹

21 RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos. Constituciones Políticas Nacionales de Colombia. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2003. p. 366.

Sea lo primero establecer que la legitimación de la suspensión se extiende tanto a los nacionales como a los extranjeros, ya que:

Siendo la solicitud de suspensión un pedimento que puede tener por objeto defender los derechos individuales garantizados a los habitantes i transeúntes en los Estados Unidos de Colombia, los extranjeros, que gozan, según el número 12 del artículo 15, del derecho de obtener pronta resolución en las peticiones que por escrito dirijan a las corporaciones, autoridades o funcionarios públicos sobre cualquier asunto de interés jeneral o particular, tiene también el mismo derecho que los nacionales para hacer aquella solicitud, porque el derecho garantizado no es al ciudadano sino al habitante o transeúnte en la Unión Colombiana, sea que se ejerza sobre asunto jeneral o particular.²²

La suspensión se dirige contra los Actos Legislativos de las Asambleas de los Estados Federados, y por estos Actos debe entenderse “todos aquellos que constituyen leyes o que tienen, por cualquier, respecto, fuerza de lei”²³, es decir que aquí no estarían cobijadas las diversas Constituciones de los distintos Estados Federados, pues estas son “ un acto constituyente, y aunque pudiera considerarse tal acto como legislativo, queda todavía la consideración de que no sería un acto legislativo cualquiera, como que para hacer una Constitución, lo mismo que para reformarla, se prescriben de ordinario trámites y formalidades especiales”.²⁴

De conformidad con lo estipulado en el artículo 72° de la Constitución Federal, se puede ver que existe un control de constitucionalidad difuso, ya que la Corte en primera instancia por medio de Acuerdos debe analizar todas las disposiciones que sean consideradas como contrarias a la Constitución Federal o a las leyes nacionales por parte de solicitudes realizadas ya sea por parte del Procurador General (sea Nacional o seccional), o por parte de cualquier ciudadano; y le corresponde al Senado de Plenipotenciarios de los Estados Unidos de Colombia por medio de Resoluciones el resolver en forma definitiva sobre la validez o nulidad de las disposiciones acusadas como inconstitucionales.

Existen tres causas principales por las cuales se realizan la mayoría de solicitudes de inconstitucionalidad de las disposiciones emanadas de las Asambleas

22 DE LEON, Juan Félix. La Constitución de los Estados Unidos de Colombia según las lecciones generales de derecho constitucional. Publicado en: Derecho Constitucional Colombiano siglo XIX. Tomo III. Bogotá. Imprenta Nacional de Colombia. 1997. p. 274.

23 Ibid.

24 PINZON, Cerbeleón. Juicio Crítico sobre la Constitución de 1863. Publicado en: Derecho Constitucional Colombiano siglo XIX. Tomo I. Bogotá. Imprenta Nacional de Colombia. 1997. p. 404.

Legislativas de los Estados Soberanos; estas causas son producto principalmente de las violaciones que sufren los artículos 8°, 14° y 17° de la Constitución Federal.

Para que una disposición emanada de las Asambleas Legislativas de los Estados Soberanos sea suspendida debe, contrariar de cualquier forma posible lo estipulado en la Constitución Federal, o en las leyes nacionales. En la mayoría de casos las disposiciones suspendidas se deben a que los Estados Soberanos se extralimitan en sus facultades constitucionales, abarcando más allá de su esfera de acción constitucional, de conformidad con lo estipulado en el artículo 14° de la Constitución Federal, a saber: *Artículo 14°. Los actos legislativos de las Asambleas de los Estados, que salgan evidentemente de su esfera de acción constitucional, se hallan sujetos a suspensión y anulación, conforme a lo dispuesto en esta Constitución; pero nunca atraerán al Estado responsabilidad de ningún género, cuando no se hayan ejecutado y surtido sus naturales efectos.*

Miremos un caso para entender mejor el funcionamiento de este procedimiento.

1. Análisis de la ley 30 de diciembre 31 de 1875²⁵:

Por medio de Acuerdo de abril 29 de 1876, la Corte Suprema Federal remite la ley 30 de diciembre 31 de 1875 al Senado de Plenipotenciarios de los Estados Unidos de Colombia para que se realice un análisis posterior sobre la constitucionalidad de la ley en mención. La Corte Suprema Federal de conformidad con el artículo 72° de la Constitución Federal debe entrar en consideración sobre la constitucionalidad de la ley 30 de diciembre 31 de 1875²⁶, ya que esta ley contraría los incisos 9° y 10° del artículo 15° de la Constitución Federal²⁷. Además de

25 Diario Oficial # 3738 de mayo 12 de 1876. Pág. 4004

26 Artículo 1°: Los abogados reconocidos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13°, libro 1° del Código Judicial vigente, y otras disposiciones anteriores que hayan regido sobre la misma materia, deberán ocurrir a la Corte Superior del Estado solicitando les expida un título profesional, sin cuyo requisito no podrán ejercer la abogacía. Artículo 2°: Los títulos profesionales de que trata el artículo anterior serán extendidos en papel del sello 3°, y en ellos deberá hacerse especial mención de los conocimientos jurídicos, práctica forense y demás aptitudes que a juicio de la Corte, posea el solicitante para ejercer la abogacía. Artículo 3°: Los títulos de que se trata quedan sujetos al derecho de registro, son lo cual no serán válidos, y pagarán por él diez pesos por cada uno. Artículo 4°: Quedan reformadas en este sentido las disposiciones que se opongan a las consignadas en esta ley.

27 Artículo 15°: Es la base esencial e invariable de la Unión entre los Estados el reconocimiento y la garantía, por parte del Gobierno General y de los Gobiernos de todos y cada uno de los Estados, de los derechos individuales que pertenecen a los habitantes y transeúntes en los Estados Unidos de Colombia a saber: 9°. La libertad

que el ciudadano Pedro Vega Ayato solicitó la suspensión de la ley en mención, la cual fue expedida por la Asamblea Legislativa del Estado Soberano de Panamá.

La Corte Suprema Federal, dentro de sus consideraciones argumenta primeramente que el artículo 1° citado restringe claramente el ejercicio de la profesión de abogado a aquellos que obtengan un título de abogado que fuere expedido por la Corte Superior del Estado de Panamá, lo que consecuentemente a juicio de la Corte Suprema Federal- permite que el artículo 2° de esta ley restrinja la industria de la abogacía a quienes obtengan el título de abogado por parte de la Corte Superior del Estado extendido en el papel del sello 3° con las formalidades exigidas por la Corte Suprema del Estado de Panamá; el artículo 3° restringe la libertad de trabajar cómo abogado concediendo el permiso para ejercer esta profesión a quienes obtengan tanto el título expedido por la Corte Suprema del Estado de Panamá, cómo a quienes hayan pagado el derecho de diez pesos.

A renglón seguido la Corte Suprema Federal, dice que el Estado Soberano de Panamá está facultado para determinar por medio de la ley el ejercicio de la calidad de abogado, ya que sin los requisitos aducidos por el denunciante se estaría atacando gravemente la seguridad y la salubridad pública; sin embargo, la ley del Estado Soberano de Panamá se encuentra limitando y restringiendo la profesión de la abogacía a quienes obtengan el título con unas formalidades que contrarían el inciso 9° del artículo 15° de la Constitución Federal.

Finalmente, considera la Corte Suprema Federal que esta ley del Estado Soberano de Panamá también contraría claramente el inciso 10° del artículo 15° de la Constitución Federal ya que al establecer esta ley una especie de monopolio en la abogacía, otorgando beneficios a quienes la Corte Suprema del Estado de Panamá le expidió los títulos de abogados; al expedir estos títulos, la Corte Suprema del Estado de Panamá está concediendo beneficios a quienes le entregan dicho título haciendo que existan personas de peor condición que aquellos que han sido privilegiados por la Corte Suprema del Estado de Panamá.

Por las razones aquí expuestas, *la Corte Suprema Federal administrando justicia en nombre de los Estados Unidos de Colombia considera en virtud del artículo 72° de la Constitución Federal suspender la ley 30 de diciembre 31 de 1875. De tal forma remitiendo al Senado de Plenipotenciarios de los Estados*

de ejercer toda industria y de trabajar sin usurpar la industria de otro, cuya propiedad hayan garantizado temporalmente las leyes a los autores de inventos útiles, ni las que se reserven la Unión o los Estados como arbitrios rentísticos, y sin embarazar las vías de comunicación ni atacar la seguridad y la salubridad. 10°: La igualdad; y en consecuencia no es lícito dar privilegios o distinciones legales que cedan en puro favor o beneficio de los agraciados; ni imponer obligaciones especiales que hagan a los individuos a ellas sujetos de peor condición que los demás.

Unidos de Colombia para que se realice decisión ulterior de la ley solicitada por la Corte Suprema Federal.

El Senado de Plenipotenciarios de los Estados Unidos de Colombia en Resolución de marzo 14 de 1877²⁸, en uso de la atribución 5° del artículo 51° de la Constitución Federal²⁹, considera declarar la nulidad de la ley 30 de diciembre 31 de 1875, que adiciona el título 13, libro 1° del Código judicial del Estado de Panamá, expedido por la Asamblea Legislativa de dicho Estado Soberano.

1. LA SUSPENSION PROVISIONAL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

El proyecto de Acto Legislativo de reforma a la justicia que presentó el Ministro del Interior y Justicia³⁰, establece que en su artículo 16 que el artículo 241 de la Constitución quedará así:

A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones:

5. Suspender temporalmente una norma demandada, en cualquier momento anterior al fallo definitivo de constitucionalidad, cuando lo considere necesario para la protección del orden constitucional. La suspensión podrá decretarse de oficio o a petición de cualquier interviniente.

Vemos que esta atribución se compagina con la evolución de la suspensión en nuestro derecho público. Ya que presenta similitudes desde la Colonia. Pues podía ser pedida por cualquier súbdito o por los Procuradores del Rey.

Bajo el concepto de súbdito debía comprenderse a los hombres criollos, mestizos e indios. Quedaban excluidas las mujeres y los esclavos³¹.

Igual circunstancia a la del siglo XIX, en donde la Suspensión era un recurso público, que podía interponer cualquier ciudadano o también por el Ministerio Público.

Cabe anotar que la concepción de ciudadanía en el novecientos colombiano era muy restrictiva. Porque se tenía como soporte el voto censitario, permitiendo que únicamente ejercieran ese derecho los hombres, mayores de veintiún años, que supieran leer y escribir y tuvieran una renta significativa.

28 Diario Oficial # 3900 de marzo 22 de 1877. pág. 4628.

29 Artículo 51°: Son atribuciones del Senado: 5°. Decidir definitivamente sobre la nulidad o validez de los actos legislativos de las Asambleas de los Estados, y que se denuncien como contrarios a la Constitución de la República.

30 Proyecto de Acto Legislativo de 25 de Agosto de 2010.

31 WILLS, María Emma. La convención de 1821 en la villa del rosario de Cúcuta: Imaginando un soberano para un nuevo país. Revista Historia Crítica. No.17. Julio-Diciembre 1998. p. 105-139

Esta sería la diferencia significativa frente a la competencia atribuida a la Corte Constitucional, porque en el proyecto de reforma se estipula que la Suspensión la puede solicitar cualquier interviniente.

Por intervención se debe entender la actuación obligatoria del Ministerio Público, en cabeza del Procurador General, o cualquier participación ciudadana. Este último concepto comprende a las personas naturales, nacionales colombianos, mayores de edad y que no tienen suspendidos sus derechos políticos por sentencia judicial.³²

Como lo establece el profesor Quinche, esta intervención en defensa de la Constitución es un derecho fundamental derivado del artículo 40, numeral 6, de la Carta Política que estipula el “derecho de participar en el ejercicio y control del poder político” y en concreto el de “interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la Ley”.³³

Así las cosas, tenemos que la distinción entre las competencias esbozadas en este artículo radica en el concepto de súbdito o de ciudadano. Pero en el fondo sigue cumpliendo el mismo propósito desde la Colonia.

De tal suerte, que la figura de la suspensión provisional en cabeza de la Corte Constitucional, no es una innovación sino que existe desde la dominación española y tuvo además un singular desarrollo durante el siglo XIX, con las importantes actuaciones de la Corte Suprema de Justicia.

Al celebrar los veinte años de la Constitución de 1991, vemos que se le quieren otorgar competencias aparentemente novedosas a nuestro máximo Tribunal Constitucional, pero ligándolas a pretendidas influencias francesas, olvidando nuestra rica cantera de derecho público.

32 QUINCHE RAMIREZ, Manuel. Derecho Constitucional Colombiano. De la Carta del 1991 y sus reformas. Bogotá. Librería Gustavo Ibáñez. 2008. p.532.

33 Ibid.

CIENT AÑOS DEL ACTO LEGISLATIVO NO. 3 DE 1910

Por: Augusto Hernández Becerra

Presidente de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado

En el año de 1910 se celebraron los cien años de la independencia de Colombia. Ahora, en coincidencia con el año del bicentenario, se cumple un siglo de la reforma constitucional que conocemos como Acto Legislativo N° 3 de 1910, hecho que nos tienta a indagar sobre el significado de este hito político constitucional en el contexto de la historia de la república.

Furor de la lucha partidista en el siglo XIX

El surgimiento y vertiginoso crecimiento de los partidos políticos tradicionales a mediados del siglo XIX, está directamente asociado con el amplio debate público que, en circunstancias muy particulares de temperamento y cultura, logró cautivar el interés de los colombianos alrededor de ideas que resultaron ser altamente contrastantes en materia de organización del Estado, concepción del poder político y religión.

Los partidos adquirieron identidad y popularidad al mismo tiempo que las ideas y las emociones asociadas a sus banderas y líderes, sedujeron a sus entusiastas seguidores. Movilizado de esta manera el sentimiento popular a la lucha política, liberales y conservadores se mostraron resueltos a competir, por la razón o por la fuerza, en la defensa de sus respectivos ideales.

Dos grandes tendencias, referidas a la forma del Estado, habían dividido desde los orígenes de la república la opinión de los colombianos entre partidarios del centralismo y seguidores del federalismo. Los primeros, por lo general identificados con una concepción autoritaria y aristocrática del poder, y los segundos comprometidos con el ideal iusnaturalista y supremo de la libertad individual. La

cuestión religiosa, así como el papel que debe corresponder a la Iglesia Católica en el ordenamiento de la vida humana, asunto no indiferente a las autoridades eclesiásticas, introdujo un poderoso tinte emocional en la configuración de los partidos políticos que fraguaron bajo la acción de estos conceptos capitales.

Por estas razones la controversia política raras veces fue pacífica y con demasiada frecuencia adquirió dimensiones apocalípticas. No hubo en el imaginario colectivo del siglo XIX una estructura existencial que a la vez identificara y enfrentara a los colombianos con tanta fuerza como la filiación liberal y conservadora. Por ende, el sectarismo y la violencia distinguieron la lucha partidista, que de ordinario fue una lucha sin cuartel, bien en las urnas electorales, bien en el campo de batalla.

La profunda escisión de las posiciones políticas no permitió en el siglo XIX un consenso nacional sobre los fundamentos de una vida en común. Las oscilaciones de la política nacional, registradas en las distintas Constituciones, demuestran la persistencia de este desacuerdo del siglo en todo lo que puede ser fundamental para la convivencia civilizada.

Los cambios constitucionales de la época describen claramente ciclos que se desplazan entre los extremos del centralismo y el federalismo:

- Tendencia centralista y autoritaria (Constituciones de 1821, 1832 y 1843)
- Tendencia federal y libertaria (Constituciones de 1853, 1858 y 1863)
- Tendencia centralista y autoritaria (Constitución de 1886)

Las Constituciones culminantes del siglo XIX, las de 1863 y 1886, fueron el resultado de la victoria de un sector político sobre otro, y por tanto significaron una imposición sobre los derrotados, quienes sin desfallecer permanecieron dispuestos para la resistencia y el desquite.

Del panorama expuesto se concluye que las Constituciones del siglo XIX no lograron galvanizar un verdadero espíritu nacional y, así, la nación permaneció irremediabilmente escindida. La acción de los partidos políticos y de sus dirigentes, antes que contribuir a la causa de la unidad, exacerbaban el sentimiento de la diferencia y el deseo de avasallar al otro.

No otro es el caso de la Constitución de 1886 que, expedida como desenlace de una guerra civil promovida por los liberales y sofocada a sangre y fuego por los conservadores, se esgrimió por el Gobierno, en los primeros años de su vigencia, como un instrumento para castigar y perseguir con rigor y sin tregua a los vencidos. De allí que los liberales hubieran optado a los pocos años por la rebelión armada, cuya más grave secuela fue la “guerra de los mil días”, llamada así

porque se prolongó durante tres años, de octubre de 1899 a noviembre de 1902, cuando los contendores, exhaustos, acordaron ponerle fin.

En esta oportunidad ninguno de los partidos pudo proclamarse vencedor, pero en cambio mucho perdió el país: miles de vidas destruidas, arrasados los campos, caos administrativo, la hacienda pública en ruinas, paralizadas la industria y el comercio, y el territorio nacional ostensiblemente disminuido por la separación del departamento de Panamá (3 de noviembre de 1903), ocurrida en parte como consecuencia de tan graves desórdenes. Es en medio de esta situación caótica y desesperanzada cuando concluye el gobierno de José Manuel Marroquín y se emprende la campaña presidencial para el periodo 1904-1910.

La obra de paz y diálogo nacional de Reyes, antesala de la reforma de 1910

En procura de dejar atrás las secuelas de toda guerra, es decir, los temores, el rencor y las mutuas recriminaciones, sectores moderados de los partidos liberal y conservador, en un clima de decidida reacción contra el partidismo sectario, emprenden en 1903 el camino de la reconciliación y la reconstrucción nacionales. Proponen entonces reformar la Constitución de 1886 como asunto de inaplazable necesidad para el país, y reconocen en el candidato Rafael Reyes al dirigente más capaz para ponerse al frente de una cruzada por la paz y la reconstrucción nacionales. Ocurrió entonces que, a pesar de ser candidato de origen conservador y perteneciente a dicho partido, Rafael Reyes recibió del directorio liberal respaldo formal a su candidatura el 3 de mayo de 1904, hecho político que, de seguro, no fue indiferente ni tranquilizante para los más conspicuos dirigentes del partido conservador, esto es, el entonces denominado partido nacional.

Ha anotado el jurista Gustavo Samper Bernal: “Se ha dicho que en el fondo de esta ‘concordia nacional’ venía implícito el sometimiento del Partido Liberal a cambio de una reforma de la Constitución de 1986”.¹ Muy probablemente así fue. Y aun cuando el asunto no está muy documentado, todo indica que fue sin duda el proceso de negociación de la paz entre beligerantes más exitoso que se ha logrado en toda la historia del país.

Reyes, quien se disponía a dirigir un gobierno por encima de los partidos, ya conducía su propia campaña presidencial sin tener en cuenta a los directorios políticos. En efecto, sus lemas de campaña, “Paz, concordia y trabajo” y “Menos política, más administración”, miraban más al país en su conjunto que a los partidos en que vivía dividido, y le conquistaron un apoyo popular de carácter suprapartidista sin antecedentes.

1 Gustavo Samper Bernal. “Breve historia constitucional y política de Colombia”. Litografía Colombia S.A., Bogotá, 1957, p. 158.

Declara Reyes por entonces:

*“... Necesario es que a la obra de reconstrucción del país que debe ser obra de toda la nación, concurran todos los ciudadanos, en la seguridad de que en la dirección que en semejante labor corresponda al gobierno, no tiene como objetivo el beneficio o ventaja de parcialidad política alguna, sino la prosperidad, el engrandecimiento y el bienestar de la nación entera.”*²

Posesionado Reyes, introdujo un giro audaz en la política que, a pesar de los contratiempos que debió enfrentar y del duro cuestionamiento de sus detractores, abrió un nuevo capítulo en la historia, el de la colaboración entre los partidos, el de los grandes acuerdos nacionales en torno a políticas de beneficio común, sobre las bases de la tolerancia y el respeto mutuo, y el de la práctica de las coaliciones entre fracciones de distintos partidos.³

Sobre este último aspecto anota Hésper Eduardo Pérez:

*“La reorientación ideológica se debió, fundamentalmente, a Rafael Reyes, Carlos E. Restrepo y Pedro Nel Ospina. Conservadores, por cierto. Es sabido que en esos primeros años del siglo XX el partido conservador concentraba en sus manos todos los resortes del poder y sólo de su seno podía provenir el cambio. Los mencionados gobernantes lo inducen, guiados por objetivos claros y utilizando un medio simple pero insustituible, la coalición”.*⁴

En efecto, decidió Reyes hacer un gobierno de Concordia Nacional, para lo cual nombró en su gabinete de seis ministros a dos liberales, Lucas Caballero y Enrique Cortés. Como cabe suponer, los conservadores se sintieron traicionados por Reyes, pues no podían aceptar que, luego de haber derrotado a los liberales en la muy reciente guerra, estos ya estuvieran participando en el gobierno.

Por este motivo la oposición al gobierno de Reyes, posesionado el 7 de agosto de 1904, no provino de las filas liberales sino del Partido Nacional, que dirigido por Miguel Antonio Caro controlaba el Congreso, y que apenas comenzando el gobierno dilató sistemáticamente el trámite de los proyectos de ley presentados por Reyes, en especial el otorgamiento de facultades extraordinarias para adoptar importantes reformas económicas.

2 Eduardo Lemaitre. Rafael Reyes. Biografía de un gran colombiano. Espiral, Bogotá, 1967, p. 272.

3 “Yo no vengo como jefe de partido sino como mandatario de todos los colombianos”, declaró en su discurso de posesión. Eduardo Santa. Rafael Uribe Uribe. Editorial Bédout S.A., Medellín, 1973, p. 327.

4 Hésper Eduardo Pérez. Proceso del bipartidismo colombiano y Frente Nacional. Universidad Nacional, Bogotá, 1989, p. 44.

Al cabo de poco de pocos meses, el 6 de diciembre, el Partido Conservador ya se declaraba en oposición al gobierno, y de inmediato, el 10 de diciembre, el Partido Liberal le manifestó su respaldo y confianza. No son auspiciosos los comienzos del gobierno de Reyes, pero no desfallece y se concentra con gran empeño en la tarea administrativa. Ante el bloqueo del Congreso y dado que este no se reuniría en 1905 (entonces el Congreso se reunía una vez cada dos años), no pudiendo aplazar la expedición de las leyes que requería el progreso del país, convocó a una Asamblea Nacional Constituyente, previa consulta a las municipalidades, siguiendo así el mismo procedimiento a que se acudió para expedir la Constitución de 1886.

Integrada la Asamblea por 27 diputados (tres por cada uno de los nueve departamentos) y siendo un tercio de ellos liberales, se instaló para un período de sesiones de 30 días. Sin embargo, prórrogas sucesivas permitieron a esta Asamblea Nacional reunirse por cuatro períodos, entre 1905 y 1909, y asumir además las funciones del Congreso en su papel, también, de Asamblea Legislativa.

Muy considerable fue el desgaste político de Reyes durante sus cinco años de gobierno. Las reformas que promovió fueron muy ambiciosas y avanzadas, así como enérgico el liderazgo que invirtió para sacarlas adelante. El número de sus adversarios fue creciendo entre quienes se sintieron amenazados con las nuevas leyes, y entre quienes se ofendieron por no haber sido debidamente consultados. El país se polarizó entre reyistas y antirreyistas, el gobierno tuvo que enfrentar una espesa atmósfera de conspiración, las críticas llovieron inclementes, pero la obra de la paz nacional logró convertirse en una contundente realidad.

La oposición contra Reyes creció de punto con ocasión de la suscripción del tratado Cortés-Root con los Estados Unidos, del 5 de enero de 1909, en el cual Colombia reconocía la independencia de Panamá y recibía de los norteamericanos una módica indemnización. El rechazo del tratado por los partidos y la opinión pública, liderado por la Unión Republicana, movimiento integrado por ambos partidos y fraguado en el clima de concordia partidista propiciado por este gobierno, llevó al presidente a dejar el cargo y abandonar el país en junio de 1909, un año antes de concluir su mandato constitucional.

Para este entonces, sin embargo, el país político había encontrado la ruta del diálogo y la estrategia de la acción coaligada de los partidos para la defensa de la paz y la promoción de la prosperidad. Este es el espíritu que animará los debates que condujeron al Acto Legislativo N° 3 de 1910.

Contenido de la reforma constitucional de 1910

El gobierno provisionalmente elegido para organizar la transición, mediante decreto 126 del 25 de febrero de 1910, convocó a las municipalidades para elegir la Asamblea Nacional Constituyente, la cual quedó integrada por tres diputados por cada una de las quince circunscripciones electorales, es decir, treinta conservadores y quince liberales. En todos estos detalles el procedimiento aplicado fue similar al que se siguió para constituir la Asamblea convocada por Rafael Reyes.

A 1910 llega con fuerza el eco de las palabras del político conservador y jurista José Vicente Concha, quien el 21 de julio tronó con estas palabras:

*“La Constitución de 1886 nunca ha regido en su plenitud: de ella se han tomado apenas todas las facultades ejecutivas, pero quitándoles los contrapesos que ella establece. Se ha falsificado en su letra y en su espíritu; se ha desconocido su intención, se la ha hecho servir de instrumento para reclamar contra cuantos hablan de justicia, libertad y orden, como si ella misma fuera la antítesis de estas grandes ideas...”*⁵

La reforma de 1910 se definió como una “pequeña Constitución”, pues no otra cosa sugiere la extensión y diversidad temática de este documento de 70 artículos. Unas disposiciones obedecieron simplemente al propósito de restaurar la vigencia de normas del texto de 1886 que habían sido suprimidas o modificadas durante el quinquenio de Reyes. Otras modificaron aspectos especialmente ríspidos de dicha Constitución. Otras introdujeron nuevas instituciones, algunas de las cuales ya se habían propuesto en el gobierno de Reyes. Buen número de sus preceptos tendrá una finalidad meramente operativa: útiles para enfrentar la coyuntura, una vez cumplido su propósito pasarán al olvido. Otros, en cambio, introdujeron conceptos e instituciones que tendrán honda repercusión en la modelación de nuestro sistema constitucional moderno y democrático.⁶

En alocución para anunciar a los colombianos la sanción de la reforma constitucional, declara el Presidente Carlos Eugenio Restrepo:

“Entre los principios consagrados por las nuevas instituciones conviene recordar los siguientes: Ordenación de bases fijas para la división territorial del país; proclamación del principio de que sólo puede haber impuestos donde hay representación; restablecimiento

5 Cit. Francisco de Paula Pérez. “Derecho Constitucional Colombiano”. Ediciones Lerner, Bogotá, 1962, p. 115.

6 Cfr. Lácides Segovia (compilador). Historia de las leyes. Acto Legislativo Número 3 de 1910. Ediciones Academia Colombiana de Jurisprudencia. Bogotá, D.D., 2010.

*del Poder Legislativo ordinario, de origen popular; iniciación de la independencia del Poder Judicial; jurisdicción política del mismo; responsabilidad presidencial; prohibición de decretos de carácter legislativo en tiempo de paz; supremacía de las disposiciones constitucionales; consagración de la representación popular de las minorías; principios de descentralización administrativa; encaminados al reconocimiento de las autonomías departamental y municipal; restablecimiento de las asambleas departamentales, y clara reglamentación para futuras reformas constitucionales.”*⁷

La reforma de 1910 suprimió la pena de muerte y precisó que, en tiempos de paz, únicamente las corporaciones de representación popular pueden decretar impuestos; esto es, que no habrá impuestos sin representación.

Fortaleció el Congreso en su significado democrático representativo, y para convertirlo en un eficaz contrapeso al poder del gobierno. Los senadores serán elegidos por un periodo de cuatro años, con reelección indefinida (modifica periodo de seis años y suprime renovación parcial por terceras partes del artículo 95 de 1886). Consagró la reunión anual del Congreso y le asignó la facultad de elegir los magistrados de la Corte Suprema de Justicia.

Redujo el periodo presidencial de 6 a 4 años. Estableció la elección directa, no por las “Asambleas electorales”, del Presidente, pero con voto censitario (aplicación de restricciones por alfabetismo, renta o propiedad raíz de los electores). Suprimió la vicepresidencia para reemplazarla por la designatura. Estableció que “en ningún caso” habrá reelección para el periodo inmediato, fijó el principio de la responsabilidad del Presidente por sus actos u omisiones y suprimió la facultad presidencial de aprobar tratados y convenios en receso del Congreso. Se le quitó la facultad de elegir los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, que pasó al Congreso.

En relación con la justicia la reforma de 1910 ordenó la aplicación preferente de la Constitución cuando la ley sea incompatible con aquella. Creó, además, en el artículo 41, la acción pública de inexecutable, en virtud de la cual, ante demanda de cualquier ciudadano, la Corte Suprema tiene la facultad de decidir sobre la constitucionalidad de las leyes.⁸ En el artículo 42 ordenó establecer la jurisdicción de lo contencioso administrativo, que permite a los ciudadanos oponerse a los actos arbitrarios, dañinos e ilegales del Estado.

7 Carlos Eugenio Restrepo. Orientación Republicana. Bogotá, Biblioteca Banco Popular, Tomo II, 1972, p. 29.

8 Es de recordar que ya el 22 de julio de 1904 el representante José Vicente Concha había radicado en el Congreso un proyecto de ley que confería a la Corte Suprema de Justicia la guarda de la Constitución.

En materia electoral introdujo la elección a corporaciones públicas en circunscripción plurinominal por listas, para asegurar la representación proporcional de los partidos.

De las reformas constitucionales que aprobó la Asamblea Nacional durante el quinquenio de Rafael Reyes la reforma de 1910 conservó el reconocimiento del derecho a representación de las minorías; la supresión del Consejo de Estado, que sería restablecido en 1914, y la supresión de las magistraturas vitalicias para los miembros de la Corte Suprema.

Al apreciar las numerosas materias de que se ocupó la reforma constitucional de 1910, que en su conjunto llegan a adquirir el carácter de una contrarreforma, se observa que al menos 25 de sus disposiciones lograron superar el desafío de los tiempos, y encontrar sitio propio, desde 1991, en nuestra moderna Constitución, donde ocupan una posición destacada por su gran valor conceptual o porque apuntalan instituciones estratégicas del ordenamiento constitucional.

Epílogo

Cual bisagra entre dos épocas, el Acto Legislativo N° 3 de 1910 cierra el periodo de la política entendida como guerra que solo ocasionalmente se postergaba por motivo de las elecciones que, periódica y cumplidamente, se realizaron a todo lo largo del siglo XIX, y abre a una época nueva, en la que las fuerzas políticas del país declinan el recurso a la violencia para contribuir por medios pacíficos y de consuno a la realización de un proyecto de país. Esa fue, al menos, la inspiración del Centenario, rápidamente olvidada en los años posteriores, pero de la cual mucho puede aún aprender el país.⁹

La reforma de 1910 logra decantar instituciones que, gracias a su sostenido desarrollo durante el siglo XX, se revelan como expresión esencial de la cultura jurídica y política de los colombianos, como es el caso de la acción pública de inexequibilidad, la jurisdicción de lo contencioso administrativo y la aplicación de métodos de distribución proporcional de curules en elecciones a corporaciones públicas para garantizar el derecho a representación de las minorías.

Suelen destacar los analistas, con toda razón, que en 1910, por primera vez en nuestra historia, se aprobó un texto constitucional fundado en un auténtico

9 El Expresidentede la Unión Republicana, Carlos E. Restrepo (1910-1914), confesaría con amargura hacia el final de su mandato: “A la acción republicana de 1909 ha sucedido la reacción violenta de las tradiciones viejas y el país ha vuelto a dividirse en dos campamentos: todo el mundo se ha convertido en godo o en rojo sin admitir otros matices...” (Carlos E. Restrepo. *Orientación Republicana*. Banco Popular, Bogotá, 1972, T.II, p.33).

pacto nacional para la organización de la vida civil y el gobierno de todos los colombianos, en paz y democracia. La prenda de garantía fue entonces el concierto de los partidos para hacer una gran reforma constitucional, algo difícil de creer cuando apenas ocho años antes se enfrentaban a muerte en las breñas y llanuras del país.

Sobre este aspecto de la reforma comenta agudamente Samper Bernal: “Que la reforma de 1910 fue una buena obra política lo prueba el hecho de que, desde entonces, pudo gobernar el partido conservador dentro de la paz voluntaria de los colombianos, al amparo del orden legal que habían pedido con tanta insistencia los liberales.”¹⁰ A partir de 1910 la Constitución se convierte, pues, en una Constitución verdaderamente nacional, no de una facción política. Es justo recordar que el temperamento nacional que lo hizo posible se forjó durante el gobierno de Reyes.

Es posible que ninguna de sus más destacadas aportaciones, tomadas singularmente, sean en estricto rigor hallazgos o creaciones originales ni novedosas. Las más de ellas tuvieron antecedente en experiencias pretéritas, proyectos fallidos, ideas altruistas largamente acariciadas, ensayos avanzados a los que se opusieron fuerzas retrógradas. El Acto Legislativo N° 3 de 1910 brilla, más bien, por la solidez del conjunto y la fortuna de reunir armoniosamente un interesante número de instituciones, muy superiores a las del texto de 1886 en espíritu democrático, en sentido práctico, en apertura a las libertades públicas y a la modernidad.

En 1910 no ha llegado aún al plan constitucional de Colombia la dimensión de los derechos sociales. La reforma de 1910 no hizo justicia a los campesinos que, con entusiasmo y entrega, durante cien años de contiendas republicanas acudieron al llamado de sus jefes políticos y generosamente ofrendaron sus vidas por una causa que quizá nunca lograron entender. No estaba en la mente de nadie dar pasos en ese sentido. El talante de la política era entonces aún señorial y aristocrático y, en los campos, simplemente feudal.

Quedaba aún largo trecho por recorrer en el camino que conduce a la democracia y el Estado Social de Derecho. Con todo, el Acto Legislativo N° 3 de 1910 es la primera de las grandes reformas constitucionales del siglo XX que, junto con otras igualmente notables como la reforma de 1936, el plebiscito de 1958 y la reforma de 1968, confluirán en la Constitución de 1991.

10 Samper Bernal, op. cit., p. 159.

LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1910 Y LA CONSTITUCIÓN DE 1991: DOS TRASCENDENTES MOMENTOS CONSTITUCIONALES

Por: Gerardo Arenas Monsalve
Magistrado de la Sección Segunda del Consejo de Estado

Introducción

El propósito de este texto es mostrar los aportes a la construcción de la institucionalidad que significó en su momento la expedición del Acto Legislativo No. 3 de 1910, así como los principales avances que surgen en la mencionada reforma. La mirada que se intenta de la reforma constitucional de 1910, con ocasión del centenario de su expedición, se contrasta con la Constitución de 1991, igualmente a propósito de los veinte años de su vigencia.

En este análisis se plantea la tesis de que estas dos decisiones constitucionales han sido de tal trascendencia para el país, desde el punto de vista del fortalecimiento de la institucionalidad y del papel del ciudadano frente a la misma, que bien puede formularse la idea de que la reforma de 1910 construye en el constitucionalismo colombiano el Estado de Derecho, al paso que la Constitución de 1991 construye el Estado Social de Derecho, es decir, que ambos momentos constituyen los hitos de la mayor relevancia en la historia constitucional del país.

Este planteamiento no pretende ignorar la trascendencia institucional de la reforma constitucional de 1936, particularmente por lo que significó en avance de los derechos sociales, intervención estatal en la economía, función social de la propiedad, autonomía del Estado respecto de la Iglesia y fortalecimiento de la educación pública, entre otras transformaciones. Lejos de ignorar el aporte de esa reforma constitucional, se estima en la perspectiva del presente análisis

que la reforma de 1936 constituye el puente que puede extenderse entre el Estado de Derecho que se crea en 1910 y el Estado Social de Derecho que surge en 1991, en cuanto la reforma del 36 crea los primeros elementos de un estado social que se fue mediatizando y casi desvaneciendo en las décadas siguientes y cuya pérdida de fuerza se corrige en la Carta del 91. Con estas precisiones, no se hará alusión en este análisis a aquella importante reforma, por lo demás bastante estudiada y conocida, para centrar el esfuerzo en el centenario de la reforma de 1910 y relacionarlo en forma breve con la Carta de 1991, dado que resulta muy interesante desde el punto de vista histórico constitucional examinar en paralelo las implicaciones de ambas reformas y su significación para la institucionalidad actual del país, para lo cual se pondrá el énfasis en el análisis de la primera de las mencionadas reformas.

1. Los “Momentos Constitucionales” de 1910 y de 1991

Suele indicarse desde la ciencia política, que los denominados “momentos constitucionales” son épocas en las cuales el debate del conjunto de las fuerzas políticas de un país, en lugar de discutir la coyuntura política y la acción administrativa, como sucede cotidianamente, confluye en la necesidad de un cambio constitucional que resuelva conflictos y señale derroteros institucionales para el futuro.

Desde este aspecto, puede decirse que las reformas de 1910 y de 1991 surgieron en importantes momentos constitucionales. Antes de abordar el primero de ellos, conviene dar una breve mirada a la manera en que se hicieron las Constituciones del siglo XIX.

Señalaba Alfredo Vásquez Carrizosa en su clásico trabajo sobre el poder presidencial en el constitucionalismo colombiano que siglo XIX se caracterizó por la fragilidad de la organización institucional, característica común a las nacientes repúblicas del continente. Incluso destacaba que en Colombia el asunto se asumió “con más seriedad que en otros países bolivarianos”, pues la élite neogranadina de 1932 se caracterizó por el rechazo de la dictadura militar y del culto a la personalidad y la búsqueda de un Estado democrático y representativo. No obstante, las guerras civiles, a partir de la de 1840, interrumpieron el funcionamiento normal de los poderes públicos y los partidos asumieron que era posible “cambiar la Constitución para alterar las condiciones políticas del país y anular al adversario”, de modo que “las constituciones se hicieron de 1843 a 1886 contra alguien”¹.

La Constitución de 1886, significativa en cuanto pretendió reconstruir la unidad nacional luego de los excesos del sistema federal, fue también una Consti-

1 Alfredo Vásquez Carrizosa: El poder presidencial en Colombia. Enrique Dobry, editor, Bogotá, 1979, pág. 12.

tución hegemónica, si se toman en cuenta varios factores, como la exclusión de los liberales radicales del Consejo de Delegatarios que redactaría la Carta, de la cual resultó un poder presidencial excesivo y la ausencia de libertades de expresión para la oposición. Del modelo original de la Constitución no pudo surgir el consenso necesario para la paz, pues, como lo destaca Jorge Orlando Melo, “durante su vigencia, aunque se vivió inicialmente un período de orden fundado en la desbandada y la derrota reciente del liberalismo y en una situación económica internacional muy favorable, se sufrieron diversas perturbaciones y hubo dos guerras civiles, una de ellas la más violenta y prolongada de la historia nacional. Sólo cuando la Constitución fue reformada con la participación de ambos partidos, para garantizar los derechos de la oposición y para reducir los poderes presidenciales, así fuera en forma parcial, se inauguró un período largo de relativa paz política”². La aludida reforma es, precisamente, la de 1910.

a) El momento constitucional de 1910

Dentro de los factores que propiciaron el cambio constitucional de 1910 pueden señalarse los siguientes:

- ***El ambiente de cambio político que siguió al quinquenio del general Reyes:*** Durante el atípico período presidencia del general Reyes, el cual gobernó sin Congreso y a través de una Asamblea Nacional Constituyente y Legislativa, se fue produciendo un replanteamiento ideológico de los partidos, de modo que hacia 1908 la oposición aglutinó a todos los sectores políticos, y se precipitó la renuncia del Presidente a comienzos de 1909. El Congreso eligió a Ramón González Valencia para completar el período presidencial anterior, hasta 1910. Durante ese gobierno se gesta la idea de una urgente reforma constitucional, en un ambiente que describe así el historiador Jorge Orlando Melo: “Aunque muchos de los elementos de la Constitución de 1886 habían ganado el consenso de ambos partidos, en especial la forma unitaria de la República y su carácter presidencialista, existía acuerdo acerca de la necesidad de restringir los poderes presidenciales, ampliar la participación popular en las elecciones y reducir la posibilidad de implantación de dictaduras más o menos legales”. La salida era la convocatoria de una Asamblea Constituyente, sobre la cual presionó el partido republicano, hasta que, “finalmente, el 25 de febrero de 1910, cuando 470 concejos lo habían solicitado, el gobier-

2 Jorge Orlando Melo: “La Constitución de 1886”. En Nueva historia de Colombia, Tomo I: Historia política 1886-1946. Planeta Colombiana Editorial S. A., Bogotá, 1989, pág. 52.

no decidió convocar a una Asamblea Constituyente, elegida por las municipalidades, y con tres diputados por cada una de las 15 circunscripciones: dos de ellos corresponderían a la mayoría y uno a la minoría...La Constituyente, reunida el 15 de marzo, expidió finalmente el 31 de octubre el acto legislativo No. 3 de 1910”³.

- ***La generación del Centenario***: Señala Vásquez Carrizosa que la reforma constitucional de 1910 “fue, ante todo, la consecuencia de una mentalidad y de un espíritu: el de la generación del Centenario...De esa generación del año 10 puede decirse que fue portadora de un ideal de civilización política y concordia ciudadana. Aunque llevó al extremo cierta ingenua creencia en la inutilidad de los partidos y la posibilidad de fundar la república perfecta. El ‘republicanismo’ de Carlos E. Restrepo era, ante todo, el sencillo afán de construir un Estado que fuera la casa de todos y la imagen de derecho y de las libertades, sin odios de ninguna naturaleza. Quería equilibrar el régimen presidencial de la Constitución de 1886, para eliminar lo que tuviera de excesiva centralización y autoritarismo”⁴.
- ***El “Documento Histórico” de algunos dirigentes políticos***: Con las ideas de esa generación, y en el contexto político de reforma constitucional que se ha reseñado, el 3 de noviembre de 1909 apareció un manifiesto con el nombre de “Documento Histórico” firmado por Nicolás Esguerra, Miguel Abadía Méndez, Benjamín Herrera, Carlos E. Restrepo y Pedro Nel Ospina, entre otros. El texto del documento, transcrito en su integridad en la obra de Vásquez Carrizosa, proponía las bases de lo que debía ser la reforma constitucional, para “asegurar el establecimiento de una paz sólida y durable, nacida de la mutua tolerancia, del respeto a todos los derechos, y del armónico funcionamiento de todos los legítimos intereses sociales y políticos”. Tales ideales eran, conforme al documento, la “única esperanza de la regeneración de Colombia, tan rezagada en su progreso por culpa de la intolerancia, generadora de sangrientas y nefastas luchas fratricidas”. Señalaba luego las bases de la propuesta: defender la independencia e integridad del territorio; conservar los principios de la Constitución de 1886 y del Concordato sobre las relaciones Iglesia-Estado; procurar el funcionamiento efectivo del régimen republicano y representativo, “de manera que los poderes públicos giren en órbitas separadas y distintas”; velar por el respeto de los derechos individuales “y procurar que se haga efectiva la respon-

3 Jorge Orlando Melo: “De Carlos E. Restrepo a Marco Fidel Suárez. Republicanismo y gobiernos conservadores”. En Nueva historia..., ob. cit., páginas 220-221.

4 Vásquez, ob. cit., páginas 274-275.

sabilidad de los mandatarios o autoridades que resulten autores de la violación”; trabajar por la descentralización administrativa; propender por la difusión de la instrucción pública; esforzarse por la creación de un ejército formado sobre bases legales y sin reclutamiento forzoso; trabajar por un sistema tributario moderno, que tenga como base “el principio de que no puede haber impuestos allí donde no hay representación”; etc. La reforma de la Constitución buscaría, en síntesis, hacerla “verdaderamente nacional y que cuente con el amor y el acatamiento de todos los colombianos”.

b) El momento constitucional de 1991

Los historiadores contemporáneos de nuestra evolución institucional han señalado que durante los cuatro o cinco años anteriores a la Carta de 1991, Colombia vivió un momento constitucional, porque fue un período en el cual un tema central de la agenda política nacional fue la conveniencia y la necesidad de hacer una gran reforma constitucional que tradujera un gran acuerdo político y contribuyera a la ampliación de la democracia. Dentro de los factores que determinaron el surgimiento de ese momento constitucional pueden mencionarse los siguientes⁵:

- La tradición reformista, que ha buscado siempre solucionar los problemas políticos y sociales mediante reformas constitucionales.
- La necesidad de una relegitimación del Estado, en un momento en que el prestigio y la efectividad de las instituciones políticas se hallaban profundamente resquebrajados.
- El propósito de concebir una sociedad política que fuera más pluralista y que diera espacio a nuevas fuerzas políticas, étnicas, regionales, religiosas, etc.
- La necesidad de un nuevo modelo institucional acorde con las tendencias económicas que se estaban viviendo en el mundo luego de la crisis del modelo socialista.
- La aspiración política y jurídica de fortalecimiento de los derechos humanos, como un elemento de democracia y paz para el país.
- Finalmente, un grupo de factores de coyuntura política, relacionados con la violencia política, procesos de paz con grupos armados, etc.

5 Gerardo Arenas Monsalve: “El trabajo y la seguridad social en la Constitución de 1991”. En *Revista de Derecho Privado*, No. 10. Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, 1992, pág. 32 y ss.

c) Un balance de los momentos constitucionales

Si se analizan en paralelo los dos momentos constitucionales, puede observarse que en ambos casos, tanto en 1910 como en 1991, el contexto político fue de necesidad de ampliar el espacio político, fortalecer los derechos y fijar límites al poder en beneficio de la sociedad.

En ambos momentos constitucionales, igualmente, se buscó que las reglas constitucionales contribuyeran a una mayor legitimidad del Estado y de respeto y entusiasmo ciudadano hacia la Constitución.

Además, puede señalarse que en 1910, al igual que en 1991, el propósito de modificación constitucional no giró alrededor de un líder político en particular, ni se hizo tampoco en contra de ningún sector o facción política. En ambos casos, el esfuerzo normativo constitucional estuvo sinceramente inspirado en lo que en cada uno de esos momentos se veía como lo más apropiado para el país y su futuro. En ambos casos, en consecuencia, el trabajo realizado produjo sensación de satisfacción y de que Colombia quedaba mejor dotada institucionalmente como nación que antes de las reformas introducidas, como podrá verse en la conclusión de este estudio.

2. Los Avances Institucionales de 1910 Y 1991

Tanto la reforma constitucional que en 1910 se hizo a la estructura de la Constitución de 1886, como la Constitución de 1991 que sustituyó a aquella, constituyen indudables avances institucionales para el país. Así lo han destacado diversos analistas de la historia constitucional y del pensamiento político del país.

En efecto, son de tal trascendencia las dos reformas constitucionales, que puede formularse la hipótesis de que el Acto Legislativo No. 3 de 1910 constituye en nuestra evolución institucional un paso que consolida el *Estado de Derecho*; y que, por su parte, la expedición de la Constitución de 1991 representa la creación del *Estado Social de Derecho*.

a) La reforma de 1910: Hacia la consolidación del Estado de Derecho

Las constituciones nacionales que fueron expedidas en el siglo XIX contienen instituciones que representan elementos del Estado de Derecho: en efecto, hay en ellas –así sea en forma rudimentaria e incompleta– principios del como la separación de poderes, el sometimiento a la ley, el juzgamiento de delitos

conforme a leyes preexistentes, derechos ciudadanos frente a arbitrariedades del Estado, elementos de libertades individuales, etc.

No obstante, la reforma constitucional de 1910 contiene reformas a la Carta de 1886 que consolidan en el texto constitucional el Estado de Derecho, en cuanto contiene instituciones que constituyen verdaderas garantías al ciudadano, limitan el poder presidencial, fortalecen el legislativo, implican confianza en la rama judicial, limitan la creación de tributos a los órganos representativos, etc.

Así lo percibe Gerardo Molina desde el ángulo de la evolución de las ideas políticas cuando anota, luego de comentar brevemente las reformas de 1905, lo siguiente: “Hubo que esperar por eso unos años hasta que durante el ciclo dominado por la Unión Republicana se expidieran las normas que cuajarían el Estado burgués de Derecho. El Acto Legislativo número 3 de 1910, de corte liberal e individualista, contiene aquello que deseaban los nuevos hombres de empresa y cuantos habían padecido persecuciones: seguridad de que no habría más impuestos que los votados por el Congreso, reunión de éste por derecho propio, control constitucional de las leyes, representación de los partidos”⁶. Vásquez Carrizosa, por su parte, es perentorio en afirmar que el año 10 del siglo XX “es para Colombia la fecha de iniciación de su régimen constitucional. Lo anterior eran ensayos y aproximaciones. El derecho escrito no correspondía a la realidad de los actos ejecutivos y la Carta del 5 de agosto de 1886 había regido tan sólo en la teoría de las afirmaciones gubernamentales, encontrándose casi siempre el país en estado de anormalidad bajo el imperio de la ley marcial”⁷.

Es preciso, entonces, comentar esas reformas en detalle, a partir del propio texto del Acto Legislativo de 1910, para comprender en profundidad porqué todas ellas en su conjunto consolidan el Estado de Derecho.

● **La prohibición de la pena de muerte:** Aunque el constitucionalismo moderno no tiene un criterio unificado en torno al tema, y hay posturas legislativas en uno u otro sentido, es claro que una visión profundamente democrática y humanista le niega al Estado el poder de disponer de la vida de las personas. La Constitución de 1886 había previsto la pena de muerte, y la reforma de 1910 la prohibió en términos perentorios: “*El legislador no podrá imponer la pena capital en ningún caso*” (art. 3°). El artículo transitorio B dispuso castigar los delitos en los que se hubiera impuesto la pena capital con veinte años de presidio, mientras se modificaba la ley penal.

Esta norma tiene en su texto una doble connotación constitucional: de una parte es una garantía individual frente al Estado; y, de otro lado, constituye un

6 Gerardo Molina: Las ideas liberales en Colombia, Tomo I: 1849-1914. Tercer Mundo, octava edición, 1982, p. 245.

7 Vásquez, ob. cit., pág. 266.

límite al poder normativo del legislador. Ambos elementos constituyen caracteres del Estado de Derecho.

- **Otras garantías para el ciudadano:** Son también garantías constitucionales del ciudadano en la reforma constitucional de 1910 el principio de que no hay impuestos sin representación: “*En tiempo de paz solamente el Congreso, Las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales podrán imponer contribuciones*” (art. 6°). Igualmente, las prerrogativas de la rama judicial –que se comentan más adelante– son también garantías ciudadanas. Adicionalmente, las reglas sobre limitaciones al derecho de propiedad constituyen importantes garantías ciudadanas: se dispuso que “*nadie podrá ser privado de su propiedad en todo o en parte*” sino por las causas señaladas en la misma norma; y se regula el procedimiento de la enajenación forzosa (art. 5°). De otro lado, el establecimiento de monopolios supone la previa indemnización de los individuos que queden privados de una industria lícita (art. 4°).

- **La prohibición de emisión irresponsable de moneda:** La norma que prohibió “en absoluto” toda nueva emisión de papel moneda de curso forzoso (art. 7°) del Acto Legislativo No. 3 de 1910 constituyó en su momento un freno a la arbitrariedad gubernamental, frente a las emisiones irresponsables del gobierno para financiar la guerra de los Mil Días.

- **Limitaciones al poder presidencial:** En la reforma de 1910 constituyeron limitaciones al poder del Presidente de la República las siguientes; en primer término, la reducción del período presidencial de seis a cuatro años. En segundo lugar, la prohibición de reelección para el período inmediatamente siguiente, lo que buscaba evitar el aprovechamiento del poder presidencial a favor de la reelección. También se enmarca dentro de este grupo de reglas la eliminación de la vicepresidencia, que era electiva como la del Presidente, y se reemplaza por la de elección de los designados.

Aparte de lo anterior, constituye limitación al poder presidencial, que había sido tan ampliamente fortalecido en la Constitución de 1886, el principio de que el Presidente es responsable política y jurídicamente: “*El Presidente de la República o quien haga sus veces, será responsable por sus actos u omisiones que violen la Constitución o las leyes*” (art. 29). La misma reforma constitucional dispuso el fuero y las reglas de juzgamiento del Presidente: sólo puede ser juzgado en virtud de acusación de la Cámara de Representantes ante el Senado (art. 31).

Finalmente, la reforma de 1910 introdujo limitaciones al poder presidencial al dar un nuevo marco constitucional al estado de sitio (art. 33): el Presidente lo decreta “*en caso de guerra exterior o de conmoción interior*”, pudiendo legislar para superar tales situaciones, pero sin que pueda derogar las leyes sino sólo suspenderlas; además, el gobierno “*declarará restablecido el orden público tan*

pronto como haya cesado la guerra exterior o se haya reprimido el alzamiento”; el Presidente y los ministros “serán responsables...cuando declaren turbado el orden público sin haber ocurrido el caso de guerra exterior o de conmoción interior”, y lo serán también “lo mismo que los demás funcionarios, , por cualquier abuso que hubieren cometido en el ejercicio de las facultades concedidas”. Como puede observarse con estas reglas, hay una concepción mucho menos autoritaria que la concebida originalmente en la Constitución de 1886.

● **Los mecanismos de independencia entre el Ejecutivo y el Congreso:** La reforma constitucional de 1910 dispuso reglas específicas para garantizar la independencia de la rama legislativa con respecto al poder presidencial. Tales medidas fueron las siguientes: la facultad de las cámaras de reunirse “*por derecho propio cada año*”, con sesiones que “*durarán noventa días y podrán prorrogarse*” (art. 8°); el período de los senadores sería de cuatro años, con posibilidad de reelección indefinida (art. 16); los representantes a la Cámara durarían dos años en sus funciones y también tendrían reelección indefinida (art. 19); se dispuso que el Presidente, los ministros, los magistrados de la Corte, el procurador ni los gobernadores podrán ser elegidos miembros del Congreso sino tres meses después de cesar en sus funciones; tampoco podría ser congresista ningún individuo que en los tres meses anteriores a la elección hubiera ejercido jurisdicción o autoridad civil, política o militar (art. 22); y se prohibió al Presidente conferir empleo a los congresistas, con algunas excepciones específicas (art. 23).

● **El fortalecimiento del poder y autonomía del Congreso:** De la mano de los mecanismos de independencia con respecto al ejecutivo, en la reforma de 1910 el Congreso fortalece sus poderes, no sólo con la duración y autonomía constitucional de sus sesiones, sino con atribuciones específicas como las siguientes: posibilidad de la ley de decretar la formación de nuevos departamentos (art. 2°); la facultad de Congreso de elegir cada dos años designados que ejercerían el poder ejecutivo a falta del Presidente (art. 10°); la facultad del Senado de elegir a cuatro de los nueve los magistrados de la Corte Suprema (art. 17), la atribución de la Cámara de elegir los otros cinco (art. 20), en ambos casos de ternas elaboradas por el Presidente. Un importante mecanismo de autonomía del Congreso lo constituye, en esta reforma, la inmunidad del parlamentario para ser aprehendido o llamado a juicio criminal sin permiso de la cámara a la que pertenezca (art. 21). Finalmente, al regular el estado de sitio y los decretos que puede expedir el Presidente dentro del mismo, se le prohíbe “*derogar las leyes por medio de los expresados decretos*”, limitando su poder a “*la suspensión de las que sean incompatibles con el estado de sitio*” (art. 33).

● **Modificaciones al sistema electoral:** Otro indiscutible aporte a la democracia y al Estado de Derecho lo constituyen las modificaciones al sistema electoral que introdujo la reforma de 1910: los ciudadanos eligen directamente al Presiden-

te de la República (art. 25), como también diputados a las asambleas y concejales municipales (art. 43); no obstante, hubo aún restricciones al sufragio universal: para elegir Presidente y Representantes se requería que los ciudadanos “*sepan leer y escribir, o tengan una renta anual de trescientos pesos o propiedad raíz de valor de mil pesos*”, exigencias que se violaban en la práctica política⁸.

La más importante reforma en esta área del sistema electoral la constituyó la representación proporcional a minorías, al disponerse que en toda elección en que se vote por más de dos individuos, aquélla se hará por cualquier medio “*que asegure la representación proporcional de los partidos*” (art. 45).

● **La supremacía de la Constitución sobre las leyes:** Una de las más importantes innovaciones de la reforma de 1910 la constituye el principio de supremacía constitucional. Para comprender la trascendencia de este punto, y analizar críticamente lo que había dispuesto la Carta original de 1886 debe recordarse que en ella imperó el criterio de Miguel A. Caro, quien dejó dicho en el Consejo Nacional de Delegatarios que “si el soberano dicta una ley inconstitucional, esta ley sancionada y promulgada debe ser obedecida, mientras no haya, como no lo hay, un poder superior que tenga la facultad de anularla”; este criterio se morigeró un tanto con la facultad del Presidente de objetar los proyectos de ley por inconstitucionales. En la Ley 153 de 1887 se plasmó el criterio de Caro: “Una disposición expresa de ley posterior a la Constitución se reputa constitucional y se aplicará aun cuando parezca contraria a la Constitución” (art. 6°)⁹.

El Acto Legislativo No. 3 de 1910 cambia ese estado de cosas, y dispone inequívocamente la supremacía de la Constitución, disponiendo dos mecanismos de garantía de dicho criterio: En primer término, establece la excepción de inconstitucionalidad: “*En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales*” (art. 40). En segundo lugar, se crea la acción pública de inconstitucionalidad de las leyes (art. 41), que se examina más adelante. Ambas normas constituyen un indiscutible avance institucional que consolida el Estado de Derecho.

8 Al respecto comenta Jorge Orlando Melo: “Aunque sin duda estas medidas representaban una democratización del sistema electoral, al combinarse con los corruptos sistemas electorales dominantes, condujeron a una serie de paradojas en los veinte años siguientes. A pesar de que la tasa de alfabetización no llegaba al 30% y casi ningún asalariado podía contar con la renta señalada..., y era poco probable que los analfabetas tuvieran propiedades del valor exigido, la votación para presidente alcanzaba guarismos altísimos. Lo que es más curioso, mientras menos rico o alfabetado fuera un departamento o municipio, mucho más alta era la participación electoral”. En, “De Carlos E. Restrepo...”, ob. cit., pág 224

9 Vásquez, ob. cit., pág. 278. Ver también, Jacobo Pérez Escobar: Derecho constitucional colombiano. Octava edición. Editorial Temis, Bogotá, 2010, pág. 55.

● ***El reconocimiento de la rama judicial como un poder efectivo dentro del Estado***: Un elemento central del Estado de Derecho en las democracias contemporáneas lo constituye el reconocimiento de la independencia, el poder y el papel activo de la rama judicial. A este respecto, la reforma constitucional de 1910 representó el surgimiento de unos avances significativos, que vistos en su conjunto constituyen una nueva visión de la rama judicial.

Dentro de los avances en materia judicial, el más relevante lo constituye, sin duda, la creación del control constitucional ciudadano y su asignación a la cúpula de la rama judicial, en ese momento representada exclusivamente por la Corte Suprema de Justicia. La norma dispuso textualmente: “*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 las siguientes: Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los actos legislativos que hayan sido objetados por inconstitucionales por el Gobierno, o sobre todas las leyes o decretos acusados ante ella por cualquier ciudadano como inconstitucionales, previa audiencia del Procurador General de la Nación*”.

En un interesante estudio sobre la consolidación del control constitucional en la reforma que venimos analizando, Tulio Chinchilla¹⁰ ha destacado la significación del texto aprobado en esa ocasión: “La utilización del verbo *confiar*... sugiere la lúcida idea de que entregarle al juez constitucional el papel de garante de una Carta es ante todo un voto de confianza... que se yergue sobre la desconfianza en el poder legislativo y en el Gobierno”. De otro lado, “la expresión *guarda* sugiere que el control constitucional representa una nueva función del Estado, un poder vigilante –centinela- y conservador para defender el orden fundamental frente a quien puede desnaturalizarlo mediante normas generales”. Además, “que el objeto guardado sea *la integridad* de la norma suprema sugiere que el juez constitucional garantiza la vigencia no sólo de un texto sino también de sus profundos significados”. Finalmente, “la expresión *definitivamente* sugiere que estamos frente a un ‘órgano límite’ (pronuncia la última palabra en una controversia) y que el pronunciamiento genera cosa juzgada”.

También forma parte del reconocimiento de la rama judicial, la norma que ordenaba a la ley establecer la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 42). Dicha ley se expidió en 1914, restableciendo el Consejo de Estado como tribunal supremo de lo contencioso administrativo. Esta decisión, además de ampliar el

10 Tulio Chinchilla Herrera: “Concepciones sobre el juez constitucional en la reforma de 1910: una cuestión de confianza”. En Elementos de juicio, No. 14 (Marzo-julio de 2010), páginas 47 y ss.

aparato judicial, fortalece su estructura porque va a permitir la existencia de una jurisdicción especializada en el control de las actuaciones de la administración frente a los ciudadanos.

Dado que no existía aún la jurisdicción contencioso administrativa, la reforma de 1910 estableció importantes mecanismos de control judicial de los actos de asambleas y concejos. En efecto, se dispuso que las ordenanzas de las asambleas “*son obligatorias mientras no sean anuladas por la autoridad judicial en la forma que prescriba la ley*” (art. 57), con regla similar con respecto a los acuerdos de los concejos municipales (art. 63). En esta temática no se dejó todo a la regulación legal, pues se dispuso un control judicial expedito y con posibilidad de suspensión provisional, en normas poco conocidas y comentadas: “*Los particulares agraviados por actos de las Asambleas pueden recurrir al tribunal competente, y éste, por pronta providencia, cuando se trate de un grave perjuicio, podrá suspender el acto denunciado*” (art. 58); similar norma se establecía con respecto a los actos de los concejos municipales (art. 64). Estas normas se complementaban con la facultad de los gobernadores de revisar la constitucionalidad de los actos de los concejos y alcaldes, con remisión de algunos de ellos a la rama judicial: “*Son atribuciones del gobernador: ...7) Revisar los actos de las municipalidades y de los alcaldes por motivos de inconstitucionalidad o de ilegalidad, revocar los últimos y pasar los primeros a la autoridad judicial, para que ésta decida sobre su exequibilidad*”.

La reforma, adicionalmente, contiene normas que procuran parcialmente la estabilidad y continuidad de la actividad judicial por personal especializado: la Corte Suprema de Justicia tendría nueve magistrados, que dividirán su trabajo en salas especializadas (art. 35); el período de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia se fija en cinco años y el de los magistrados de los tribunales superiores en cuatro años, pudiendo unos y otros “*ser reelegidos indefinidamente*” (art. 36). La elección de los magistrados de los tribunales correspondía a la Corte Suprema, de ternas presentadas por las asambleas departamentales (art. 38).

Estas normas constitucionales sobre la rama judicial –aún con sus limitaciones a la luz de los criterios contemporáneos–, reflejan, en su conjunto, que el sector judicial es visto como un poder efectivo dentro del Estado, con capacidad para atender demandas ciudadanas con respecto a la supremacía de la Constitución –lo que constituye un avance notable dentro del constitucionalismo moderno–, sino también para defender al individuo de los excesos de la administración –haciendo avanzar de modo significativo el derecho administrativo que se estaba gestando desde las Constituciones del siglo XIX.

● ***Nuevas reglas de equilibrio entre el Estado central y las entidades territoriales:*** Otro aspecto digno de mención dentro de los cambios constitucionales

de 1910 lo constituyen las regulaciones que fortalecen a los departamentos y municipios en su relación con el Estado central. Sobre este aspecto, se fijó la norma general de división territorial, en los siguientes términos: “*El territorio nacional se dividirá en Departamentos, y estos en Municipios o Distritos Municipales*” (art. 2°); la misma norma dispuso los requisitos para que la ley pueda decretar la formación de nuevos departamentos. En cada departamento “*será elegido un Gobernador, que será a un mismo tiempo agente del poder ejecutivo y jefe de la administración seccional*” (art. 47). Habrá en cada departamento “*una corporación administrativa denominada Asamblea Departamental, que se reunirá cada año en la capital del Departamento*” (art. 52); el número de diputados sería proporcional a la población respectiva (art. 53). La reforma de 1910 estableció detalladamente las funciones de las asambleas (art. 54), entre las que cabe mencionar las siguientes: reglamentar los establecimientos educativos; dirigir y fomentar las industrias existentes y la introducción de otras nuevas, así como la introducción de capitales extranjeros; la construcción de vías de comunicación; la creación y supresión de municipios; etc. Los gobernadores tenían también importantes funciones administrativas tales como las siguientes (art. 59): dirigir la acción administrativa del departamento; auxiliar la justicia; vigilar y proteger las corporaciones oficiales y los establecimientos públicos; etc.

Con respecto a los municipios, la reforma dispuso que cada uno tendría “*una corporación de elección popular que se designará con el nombre de Concejo Municipal*” (art. 61). Al concejo le corresponde ordenar lo conveniente para la administración del municipio; formar el censo civil; y nombrar jueces, personas y tesoreros municipales, etc. En el municipio “*habrá un Alcalde que ejercerá las funciones de agente del Gobernador y que será jefe de la administración municipal*” (art. 65).

Estas normas muestran unas asambleas departamentales con importantísimas funciones normativas y administrativas que más adelante, con la tecnificación y crecimiento del aparato estatal, se volverían de competencia del Congreso o de resorte del ejecutivo nacional. Debe recordarse que las Asambleas habían sido establecidas en la Carta original de 1886 y suprimidas por las reformas constitucionales del general Reyes. Evidencian también estas normas un amplio poder normativo de los concejos municipales.

Otras modificaciones: Finalmente, se regularon los mecanismos de reforma de la Constitución, para señalar que “*sólo podrá ser reformada por un Acto Legislativo*”, con doble vuelta y con mayorías especiales (art. 70). Además, se derogaron todos los actos legislativos expedidos por la Asamblea Nacional anteriores a este (art. Transitorio F).

b) La Carta de 1991: Hacia la conformación del Estado Social de Derecho

Un brevísimo panorama del contenido y de las innovaciones de la Constitución de 1991 puede sintetizarse del que brinda Jacobo Pérez Escobar en su clásica obra de derecho constitucional¹¹:

- Se conserva la estructura unitaria del Estado, pero igualmente se prescribe la autonomía de las entidades territoriales; éstas son los departamentos, distritos, municipios y territorios indígenas.

- Desde el punto de vista ideológico, la Constitución tiene una estructura que corresponde a las constituciones democráticas, liberales y con marcado carácter social. Define al país como un “Estado Social de Derecho”, fundado en el respeto a la dignidad humana, el trabajo, la solidaridad y en la prevalencia del interés general.

- Se reconoce el pluralismo como una característica de la nación, tanto en lo político, religioso, étnico, lingüístico, cultural, regional, etc.

- Consagra la “democracia participativa”, combinada con la tradicional democracia representativa.

- En materia de derechos, se amplía la protección tanto en las modalidades de derechos reconocidos como en los mecanismos de protección. Aparte de los derechos individuales tradicionales, se explicitan el derecho al trabajo, el derecho a gozar de un ambiente sano, el derecho de defensa, los derechos al buen nombre, la intimidad, la circulación y la residencia, los derechos de los trabajadores, el derecho a la paz, el de asilo, la vivienda digna, la recreación, el acceso a la propiedad, la educación, etc. La mayor novedad en este aspecto fue sin duda el establecimiento de mecanismos e instituciones para la protección efectiva de las personas, el principal de los cuales es la acción de tutela, además de las acciones de cumplimiento, las acciones populares y las acciones de grupo.

- Además de los derechos, la Constitución introduce una clara definición de los deberes y obligaciones, tanto de los ciudadanos nacionales como de los extranjeros.

- Respecto del Congreso se establecieron estas novedades: el fortalecimiento del control político, el aumento del número de incompatibilidades de los congresistas, el proceso de pérdida de investidura y el fuero especial de juzgamiento de los mismos.

¹¹ Pérez Escobar, ob. cit., pág. 249 y ss. En esta síntesis, y en aras de la brevedad, se ha omitido citar expresamente las normas constitucionales respectivas.

- En relación con el Gobierno Nacional, la Constitución estableció la elección popular de un Vicepresidente en la misma fórmula con el Presidente, la doble vuelta electoral y la nueva regulación de los estados de excepción.

- Respecto de la Rama Judicial, la Constitución la dotó de mayor autonomía e independencia. Se creó la Corte Constitucional encargada del control constitucional de las leyes y como órgano de revisión de las sentencias de tutela. Se creó el Consejo Superior de la Judicatura, con una Sala Administrativa para el manejo del presupuesto, la organización interna de la rama y el manejo de la carrera judicial; y una Sala Jurisdiccional Disciplinaria para vigilar la conducta de jueces y de abogados. Se creó también la Fiscalía General de la Nación para la investigación de los delitos y la formulación de acusaciones ante los jueces.

- En relación con los órganos de control la principal novedad es el fortalecimiento de la Contraloría y la Procuraduría, así como la creación de la Defensoría del Pueblo.

- La Constitución elevó a la categoría de entidad constitucional la Organización Electoral, con amplias facultades para dirigir y controlar los procesos electorales.

- Se reguló en forma especial el régimen económico y la hacienda pública, señalando la autonomía del Banco de la República en la fijación de la política monetaria, además de su papel como banco central.

- Finalmente, para hacer menos rígida la reforma de la Constitución, se dispusieron tres procedimientos: por acto legislativo, por convocatoria de una Asamblea Constituyente y mediante referendo.

c) Un balance en paralelo de los avances institucionales

Si se intenta un balance en paralelo de los avances institucionales de las reformas de 1910 y 1991 se pueden encontrar valiosas similitudes:

- En ambas reformas se avanzó en la concepción institucional del Estado: en 1910 se perfilan los elementos de un verdadero Estado de Derecho, con un mayor equilibrio de poderes y el deber de respeto de los derechos por las autoridades. En 1991 se avanza en esa concepción al consagrar expresamente que Colombia es un Estado Social de Derecho, en el cual la prevalencia de la dignidad humana, el trabajo y la solidaridad marcan el derrotero del funcionamiento institucional.

- En ambos momentos se fortalece la supremacía constitucional como base de estabilidad institucional y prevalencia del derecho: en 1910, con la creación de la acción pública de constitucionalidad confiada a la Corte Suprema de Justicia

y también con la institución de la excepción de inconstitucionalidad. En 1991 la supremacía constitucional se traduce en la creación de un nuevo juez de constitucionalidad –la Corte Constitucional- y en el establecimiento de las nuevas acciones para la protección de los derechos constitucionales.

- Tanto en 1910 como en 1991 hay avances del constitucionalismo colombiano con respecto a la supremacía de los derechos del individuo frente al Estado: En 1910 no hay reformas amplias en este aspecto, dado que la Constitución de 1886 había puesto en la Constitución “los derechos civiles y garantías sociales” propios del Estado liberal que surge a finales del siglo XIX; no obstante, los avances de 1910 en este aspecto se simbolizan en la prohibición a la ley de imponer la pena de muerte. De otro lado, los avances de 1991 en cuanto a la primacía de los derechos, tanto individuales como sociales, se materializan en la amplia carta de derechos y de manera significativa en las acciones constitucionales.

- Ambos momentos implican también avances en el respeto a la diversidad como parte de una sociedad política pluralista: en la reforma de 1910, este progreso se simboliza en la consagración de los derechos electorales de las minorías. En la Constitución de 1991 en todas las normas que consagran la diversidad y el pluralismo en los aspectos políticos, religiosos, étnicos, lingüísticos, culturales y regionales.

- Ambas reformas reflejan también serias preocupaciones por la limitación de los poderes presidenciales en los estados de excepción. Las limitaciones al estado de sitio en la reforma de 1910 dan cuenta de esa preocupación. En la Carta de 1991, dicha preocupación se profundiza con la consagración de las diversas modalidades de los estados de excepción: guerra exterior, conmoción interior y emergencia económica y social.

- Se profundizó en ambas reformas en la búsqueda del balance más adecuado entre el Estado central y los entes territoriales. En la de 1910 se restablecieron los departamentos como la división territorial básica de la Nación, y se fortaleció el papel de las asambleas departamentales y los concejos municipales. En la Carta de 1991, siguiendo tendencias de reformas constitucionales anteriores, constituyó preocupación principal el establecimiento de mecanismos de autonomía de los entes territoriales.

- Igualmente puede señalarse que ambas reformas fortalecieron en forma significativa la rama judicial, tanto en su poder, independencia y estructura, como en la protección de los derechos de los ciudadanos. La reforma de 1910 fortalece la rama judicial en su conjunto, a través de las reglas dispuestas sobre la Corte Suprema de Justicia y los tribunales superiores; y también fortalece el nascente derecho administrativo, a través de mecanismos de control de legalidad de actos de asambleas departamentales y concejos municipales que causen agravio al par-

titular, como también a través de la orden al legislador para organizar la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Por su parte, la Constitución de 1991 amplía la independencia de la rama judicial, establece la jurisdicción constitucional para la protección de los derechos fundamentales, crea el órgano administrativo dentro de la misma rama judicial y le asigna a la rama importantes responsabilidades adicionales.

Sobre este aspecto, debe resaltarse cómo en ambos momentos se buscó la mejor opción judicial para la asignación de la función del control constitucional: en la reforma de 1910 se confía esa importante tarea a la Corte Suprema de Justicia, como la más alta corporación judicial del momento. En la Carta de 1991, y dada la especialidad en el rigor del recurso de casación que ha adquirido en ese momento la Corte Suprema, se decide confiar esa tarea a la nueva Corte Constitucional, con menos rigor formalista y mayor énfasis jurídico-político en sus análisis, además de seguir la tendencia del constitucionalismo contemporáneo de establecer cortes constitucionales separadas de la jerarquía judicial tradicional.

Finalmente debe decirse que en las reformas constitucionales de 1910 y de 1991 se avanzó hacia la paz política, pero igualmente no se lograron erradicar los factores de violencia, por ser mucho más estructurales y porque definitivamente no dependen solamente de los factores institucionales.

Reflexión Final

Como ha podido verse a lo largo de esta visión del contenido de la reforma constitucional de 1910 y de la Carta de 1991, así como del análisis en paralelo que se ha intentado, las dos reformas dejan la sensación de haber sido esfuerzos significativos desde el texto constitucional y desde las instituciones, en pos de la unidad nacional, el pluralismo, la democracia y la vigencia de los derechos. Así lo percibieron también los presidentes de turno al finalizar los respectivos trabajos constitucionales.

El Presidente Carlos E. Restrepo, en alocución al país para explicar el Acto Legislativo No. 3 de 1910 que acababa de sancionar señaló¹²:

“Las firmas que autorizan el Acto Legislativo No. 3, de hombres notables que han disputado sus convicciones en todos los campos de la lucha, prueban que hay fórmulas republicanas y democráticas que no son privilegio de ningún partido, sino común y glorioso patrimonio de todos los colombianos. (...)”.

12 Citado en Gerardo Molina, ob. cit., pág. 246.

“Será, en mi sentir, nuestra Constitución verdaderamente nacional, la constitución perfecta, aquélla que no contenga sino estos principios comunes de conciliación y deje a las leyes, expedidas por la legítima mayoría de los congresos, los de discordia y diferencia”.

Ochenta años más tarde, se expide la Constitución de 1991 con caracteres similares en cuanto a pluralismo y propósito de unidad nacional. Así lo destacó el Presidente César Gaviria en la clausura de las sesiones de la Asamblea Nacional Constituyente, el 4 de julio de 1991¹³:

“Una de las principales características de la nueva Constitución es que no nació de unas pocas plumas sino de un gran debate democrático en que participó todo el país...La Constitución de 1991 no es de nadie en particular. Por eso, como pocas en la historia, es de todos y para todos. Es una obra de creación colectiva que desde ahora y por muchas décadas nos pertenece por igual a cada uno de los colombianos. (...).

Por eso la Constitución de 1991 es como es. Tan extensa como democrática. Detallada para recoger la diversidad y ofrecer garantías a todos los grupos políticos y sociales. Redactada a muchas manos y estilos porque se hizo en un foro pluralista donde había representantes de todos los sectores de la sociedad. Generosa en materia de derechos; participativa y democrática en cuanto a lo político; fuerte y sólida en lo que se refiere a la justicia; sana y responsable en lo económico; revolucionaria en lo social. Así es la Carta que estrenamos hoy”.

13 Tomado de “Apartes del discurso de clausura de sesiones de la Asamblea Constituyente de 1991”. Citado en: Constitución Política de Colombia. Edición conmemorativa 10 años. Legis Editores S. A., Bogotá, 2001.

EL CONCEPTO DE ADMINISTRACIÓN EN LA LEY 4 DE 1913. VIGENCIA DE UNA LEY QUE NO HA CONOCIDO EL DESUSO.

Por: Oscar Eduardo Vargas Rozo

Magistrado Auxiliar de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado

En el contexto del bicentenario de la independencia y de los 100 años de la Reforma Constitucional de 1910, esta ponencia se ocupará del papel que la Ley 4 de 1913 sobre Código de Régimen Político y Municipal ha jugado en la construcción de las *Instituciones Judiciales y la Democracia*, desde la perspectiva de sus aportes a la gestión de los asuntos administrativos y la protección de las garantías ciudadanas a lo largo del Siglo XX. Valga decir de entrada que, a pesar de estar próxima a cumplir 100 años, es una ley sin la cual es imposible razonar y entender la Administración actual.

Dado que no tenemos certeza de su vigencia al no existir derogatoria expresa conocida (o al menos divulgada por quien conozca de ella) y al ser una ley bastante antigua, su aplicación suele generar problemas, y, valga decirlo, también su inaplicación.

Una visión muy general nos permitiría señalar que existen al menos cuatro bloques de materias que estarían derogados tácitamente: (i) La organización y funcionamiento del poder legislativo; (ii) la organización general de departamentos y municipios; (iii) las atribuciones de los empleados de tales corporaciones; (iv) la regulación de la función pública¹.

1 Además de las reformas constitucionales posteriores que modificaron el régimen político del país y de diversas leyes que modificaron aspectos puntuales de la Ley 4 de 1913, un estudio sobre la vigencia de la ley debe tener en cuenta por lo menos: (i) Que en cumplimiento de la reforma constitucional aprobada por Plebiscito el 1 de diciembre de 1957 (art.5), la Ley 19 de 1958 ordenó expresamente reformar el Código de Régimen Político y Municipal de 1913 en casi todo lo relacionado con función pública (art.7), mandato que se cumplió a través de diversos decretos extraordinarios

Por el contrario, existen dos bloques temáticos de uso recurrente por los operadores jurídicos, en los que es posible encontrar normas no tratadas en regulaciones posteriores, ni contrarias a éstas, y en todo caso conformes (al menos aparentemente) con los estándares constitucionales actuales. Por tanto tales bloques temáticos mantendrían de forma general su vigencia: (i) el Capítulo VI del Título II sobre promulgación y observancia de las leyes (arts.52-62); y (ii) algunas disposiciones ubicadas en el Título VIII de la Ley y referidas a Administración Pública, Despacho Público y Disposiciones Generales.

A la pervivencia de estos bloques normativos me referiré en esta exposición.

En su tratado de derecho público de finales del siglo XVIII, DOMAT señalaba: *“el no uso anula las leyes y costumbres”*; y explicaba este axioma señalando que *“la autoridad de las costumbres y usos está fundada sobre esta razón: que debe presumirse ser útil y justo lo que ha sido observado por largo tiempo; de donde se sigue que si alguna ley o costumbre ha estado por mucho tiempo sin observancia y sin uso, está sin duda también abolida, y habiendo tenido antes esta ley la autoridad en fuerza del uso continuado por mucho tiempo, esta misma causa puede quitarle su autoridad, porque se presume que no es útil aquello que ha dejado de observarse.”*²

Se refería entonces DOMAT, a lo que la en la teoría general del derecho se ha llamado el “desuetudo”, esto es la pérdida de vigencia de las leyes bien por su desuso, bien por el surgimiento de una costumbre contraria a ella, y frente a lo cual Aftalión y Villanova han señalado que *“la falta de vigencia de una ley puede darse desde un principio (se dice entonces que la ley es letra muerta), o puede darse después de algún tiempo en que la ley ha tenido efectiva vigencia pero la pierde en virtud del cambio de las circunstancias sociales y las convicciones imperantes (es lo que con más exactitud se llama desuetudo)”*³

(especialmente D. 550/160 y D. 1732/19690), además que en esa materia ha habido regulaciones integrales posteriores. (ii) Igualmente, que con la Ley 11 de 1986 se modificaron aspectos del régimen municipal y se dieron facultades extraordinarias para “codificar las disposiciones constitucionales y legales vigentes para la organización y el funcionamiento de la Administración Municipal”, lo que llevó a la exclusión de esas materias de la Ley 4 de 1913. (iii) Que lo mismo ocurriría en lo relacionado con el régimen departamental (arts.35 de la Ley 3 de 1986 y 339 del Decreto Extraordinario 1222 de 1986).

- 2 DOMAT, M. Derecho Público. Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1985, p.93.
- 3 AFTALION R. Enrique y VILLANOVA José. Introducción al derecho. Abeledo Perrot. Segunda Reimpresión, Buenos Aires, 1994. Una explicación completa de la pérdida de vigencia de una ley por su desuso, en DIEZ PICAZO, Luis María. La derogación de las leyes, Civitas, Madrid, 1990, págs. 42 y ss. Como explica este autor, en la figura del desuetudo caben dos supuestos de pérdida de vigencia (no derogatoria) de

Pues bien, la Ley 4 de 1913, sobre régimen político y municipal, expedida en el contexto de la reforma constitucional de 1910, pero que en muchos aspectos recoge el contenido de la Ley 149 de 1888, sufre de todo lo contrario al desuetudo. Si su vigencia se definiera por su uso, tendría que decirse que es una norma de vigencia reforzada, al menos respecto de los dos bloques de materias antes referidos.

Pese a la derogación tácita de gran parte de sus contenidos por el advenimiento de sucesivos y posteriores regímenes políticos, en lo restante estamos frente a una ley que sigue teniendo aplicación en la gestión actual de los asuntos de la Administración Pública. Es así que en diversos pronunciamientos de los órganos de cierre de las distintas jurisdicciones, se han utilizado disposiciones puntuales de esa Ley 4 de 1913 para solucionar problemas concretos que no encuentran respuesta expresa en los estatutos actuales de nuestra organización política y administrativa.

Tanto es así, que incluso algunas de sus disposiciones han sido objeto de juicios de constitucionalidad⁴, que al tener como presupuesto necesario la vigencia de la norma demandada (siendo así inadmisibles las demandas de normas en desuso⁵), refuerzan la tesis de su aplicabilidad por los operadores jurídicos.

la ley: su mera inobservancia y el nacimiento de una costumbre de contenido positivo que contradice la ley. Normalmente el derecho continental rechaza el desuso, privilegia la vigencia de la ley positiva y su derogatoria expresa o tácita por otra norma positiva, y proscribela costumbre que resulta contraria a la ley. Entre nosotros, artículo 8 del Código Civil: “La costumbre en ningún caso tiene fuerza contra la ley. No podrá alegarse el desuso para su inobservancia, ni práctica alguna, por inveterada y general que sea”.

- 4 Por ejemplo, Sentencia C-037 de 2000 en que se revisó la constitucionalidad del artículo 240 de la Ley 4 de 1913. Si bien esta disposición se declararía inexecutable por contrariar la Constitución Política de 1991, es interesante observar en todo caso que la Corte no consideró necesario analizar su vigencia (partió de la base de que sobre ese aspecto no había discusión); ni siquiera le dio el calificativo de “norma de dudosa vigencia”, lo que sí hizo en el mismo proceso de constitucionalidad con el artículo 12 de la Ley 153 de 1887.
- 5 Sentencias C-451 de 1999 y C-862 de 2006. De manera más reciente, Sentencia C-318/07: “Como tantas veces lo ha expuesto este Tribunal Constitucional, el control de constitucionalidad tiene como sustento la regla general consistente en que la norma objeto de control debe estar vigente, salvo que pese a su falta de vigencia, ésta siga produciendo efectos. Así pues, la jurisprudencia constitucional ha sido reiterativa en el sentido de afirmar que para que proceda el examen de constitucionalidad es preciso que la norma acusada se encuentre vigente pues, de lo contrario, tendría la Corte Constitucional que declararse inhibida para fallar de fondo el asunto planteado por sustracción de materia.”

¿Qué es, por tanto, aquello que mantiene vigente a la Ley 4 de 1913?; dicho de otra manera, ¿por qué, más allá de aquellas discusiones teóricas sobre la vigencia de la ley, esta sigue teniendo utilidad para las instituciones democráticas del Siglo XXI?; cabría preguntarse entonces, en términos de Domat, donde radica en la Ley 4 de 1913 “la autoridad que le otorga en fuerza el uso continuado por mucho tiempo”.

Quizá la respuesta tiene que ver mucho con la otra afirmación del Domat en el sentido que “*debe presumirse ser útil y justo lo que ha sido observado por largo tiempo*”. Habría que identificar entonces cuáles son esos elementos intemporales del Código de Régimen Político y Municipal que permiten que la concepción de la Administración en una ley de principios del siglo pasado, sea útil y justa y, por sobre todo, compatible con la Administración que demanda el Estado de Derecho de hoy.

Los estándares constitucionales actuales exigen de la Administración su objetividad y transparencia, su razonabilidad (no arbitrariedad), el respecto al debido proceso, un trato igual, su carácter participativo, el reconocimiento de la dignidad de las personas, la respuesta oportuna y adecuada a las peticiones ciudadanas y la sujeción a los principios que orientan la función administrativa.

Adicionalmente, el derecho comparado nos permite hablar ya de manera autónoma del derecho fundamental “a una buena administración” (artículo 44 de la “Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea” o Carta de Niza⁶), el cual comprende:

1. El derecho de toda persona a que sus asuntos sean tratados imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable.
2. El derecho a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente,
3. El derecho a acceder al expediente que le afecte
4. La obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones.
5. El derecho a la reparación de los daños.
6. El derecho a dirigirse y recibir respuesta en una de las lenguas de los Tratados.

6 La cual ha empezado a regir con la entrada en vigencia del Tratado de Lisboa, el pasado 1 de diciembre de 2009. El artículo 6 del Tratado de Lisboa establece: “Artículo 6. 1. La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados (...)”

Lo importante de esta codificación, es que a partir de un derecho fundamental general, el de la buena administración, se reúnen diversos derechos fundamentales que normalmente aparecen dispersos en las legislaciones de los Estados, con la ventaja adicional de que así formulado, como un sólo derecho, hace más visible la posición jurídica del ciudadano frente a la Administración; además estatuye a esta última como sujeto pasivo de ese derecho y resalta el deber de los Estados de proveer a la colectividad de *una buena administración*⁷. A ese derecho autónomo se unirán el derecho de acceso a los documentos (art.43 *ibidem*) y al derecho de petición (art.45 *ibidem*).

Pues bien, pese a las limitaciones propias de la época y del contexto normativo en que fue expedida, la intemporalidad de la Ley 4 de 1913 y su vigencia actual está marcada, precisamente, por su vinculación positiva con la gestión adecuada de los asuntos públicos a partir de estándares básicos que hoy se encuentran especialmente reforzados. Ello puede obedecer en gran medida a su correspondencia con un momento histórico en el que la consolidación de lo que Uribe Vargas denominó la República Democrática de Carlos E. Restrepo, exigía y facilitaba “un régimen ajustado a Derecho con vigencia de las libertades públicas”⁸.

Se establecía así como función permanente de los Ministros “proponer al presidente todos los medios conducentes a la buena marcha de la administración pública” (Art.75-7); de los Gobernadores “expedir reglamentos y dictar órdenes para la buena marcha de las oficinas administrativas” (art.127-30) y de los Alcaldes: “velar porque los empleados en el servicio municipal desempeñen oportuna y debidamente sus funciones”. Además, se encargaba al Ministerio Público la defensa de la sociedad y la vigilancia constante de la ejecución de las normas y de la conducta de los empleados públicos (art.215) y a las Asambleas Departamentales la tarea “de arreglar los demás detalles para conseguir *una administración pública enteramente satisfactoria* en las oficinas departamentales, provinciales y municipales” (art. 290)

En concordancia con lo anterior, el Título VIII de la Ley relativo a la “Administración Pública”, repite el mandato constitucional de protección de todas las

7 Sobre el particular puede revisarse “Derecho fundamental a la buena administración” de Beatriz Tomás Ballén, INAP, Madrid, 2004. Igualmente RODRIGUEZ Arana Muñoz, Jaime. Aproximación al Derecho Administrativo Constitucional. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009, p.101 y ss. Así mismo, se puede revisar el Código europeo de buena conducta administrativa redactado por el Defensor del Pueblo Europeo y aprobado por Resolución del Parlamento Europeo del 6 de septiembre de 2001.

8 URIBE Vargas, Diego. Las Constituciones de Colombia. Ediciones Cultura Hispánica. Instituto de Cooperación Americana, Volumen I y III. Segunda Edición, Madrid, p. 211 y ss. Al respecto, puede verse también RIVADENEIRA, Antonio José. Historia Constitucional de Colombia. Editorial Horizontes, Bogotá, 1978, p. 142.

personas en su vida, honra y bienes (norma de la cual se derivó en su momento la cláusula general de responsabilidad por los daños causados por el Estado) y establece además que las autoridades “también han sido instituidas para la administración y fomento de los intereses públicos, a fin de que marchen con la apetecida regularidad” (art.235). Señala igualmente que con el fin de lograr tales propósitos, la ley fija las reglas generales “*que deben tenerse en cuenta en el ramo administrativo, a fin de obtener la buena marcha de la cosa pública.*” (art.236).

Bajo esas directrices y siendo clara la intención del legislador de proveer una Administración eficiente para los asuntos del Estado, con responsables institucionales para el logro de ese propósito, no es difícil hallar diversas disposiciones que por su finalidad y contenido, responden sin dificultad a los estándares constitucionales actuales, en la medida que facilitan materialmente el logro *del derecho a una buena Administración* y se inscriben en el marco de garantías ciudadanas propias del Estado de Derecho.

Veamos algunos ejemplos de ello y de su aplicación por las autoridades judiciales para resolver asuntos concretos de la Administración.

1. Los artículos 52 a 56 de la Ley 4 de 1913, integrados al Código Civil en diversas compilaciones (arts. 11 y 12), consagran las reglas de promulgación y vigencia de las leyes, apoyadas en principios generales que se tomarán posteriormente para fijar las reglas de oponibilidad de los actos administrativos de carácter general: el que la ley no obliga sino con su publicidad, su efecto general inmediato (salvo regla en contrario), su carácter irretroactivo y la necesidad de contar con medios oficiales de divulgación⁹. Se ha perdido, quizá más por desuso que por derogación expresa posterior, la obligación de los alcaldes de comunicar en sus municipios las leyes expedidas a nivel central, lo cual sin duda contribuía al conocimiento efectivo de la ley (no por vía de presunción).

9 La aplicación de estos artículos por ejemplo en Sentencia C-084 de 1996 (con base en ellos se señaló que el Presidente de la República carece de facultades para fijar los plazos para que una ley entre a regir). Igualmente, Sentencia C-161 de 1999 que toma el concepto de promulgación de la Ley 4 de 1913 y también Sentencia C-581 de 1996. Más recientemente Sentencia C-932 de 2006:” No sobra recordar además que el procedimiento legislativo tiene un iter lógico señalado por el propio texto constitucional y en esa medida las distintas fases que lo componen han de producirse de manera sucesiva sin que sea posible pretermitir una de ellas. En esa medida la sanción de una ley es un requisito previo para su promulgación, y así mismo para que una ley entre en vigor previamente ha debido ser promulgada. Cobra sí sentido la previsión del artículo 52 del Código de Régimen Político y Municipal cuando señala que por regla general la observancia de la ley comienza dos meses después de haber sido publicada.” Y todavía, más reciente, Sentencia C-1199 de 2008.

En este aparte cabe referirse también a la posibilidad de corregir errores tipográficos de la ley: *“Tampoco tiene razón la actora cuando afirma que la Ley 4ª de 1913 también habría perdido vigencia porque leyes posteriores que regularon íntegramente la materia, la habrían derogado tácitamente. Contrariamente a lo afirmado, en la Ley 136 de 1994 no se encuentra norma alguna que se refiera a los yerros caligráficos o tipográficos. Por tanto, el artículo 45 de la Ley 4ª de 1913 está vigente: ARTÍCULO 45. Los yerros caligráficos o tipográficos en las citas o referencias de unas leyes a otras no perjudicarán, y deberán ser modificados por los respectivos funcionarios, cuando no quede duda en cuanto a la voluntad del legislador.”*¹⁰

2. Salvo la regulación posterior que haría el Código de Comercio para asuntos mercantiles, las reglas sobre contabilización de los plazos del Código de Régimen Político y Municipal, dan certeza acerca de los términos para cumplir las obligaciones civiles y frente a la Administración (Arts. 59-62). En particular y respecto al debido proceso y acceso a la justicia, se establece que para asuntos oficiales no cuentan los días feriados y vacantes, lo cual, por ejemplo, ha servido al Consejo de Estado para fijar los parámetros de contabilización de los plazos de caducidad de las acciones contenciosas, en especial para aplicar la regla de extensión del plazo al primer día hábil siguiente cuando el término para accionar cae un día inhábil (art.62)¹¹.
3. Como expresión de los principios de publicidad, acceso a documentos y seguridad jurídica, la Ley 4 de 1913 disponía también que los decretos y resoluciones del poder ejecutivo se compilarían anualmente para facilitar su consulta y aplicación (art.72), regla que hoy se cumple con publicación de dichos actos en el diario oficial, en las sedes electrónicas y en los boletines oficiales de ciertas entidades.
4. Para garantizar la continuidad de la función pública y evitar vacíos en el cumplimiento de la función administrativa, la ley en cuestión trae las siguientes reglas: (i) cuando un empleado no puede ser reemplazado por sus suplentes, la primera autoridad del lugar nombrará un funcionario interino y dará aviso a quien deba proveer el empleo; y (ii) los empleos públicos serán provistos por quien disponga la ley, pero en

10 Sentencia del 3 de mayo de 2002 Consejo de Estado Sección Primera, exp. 6520.

11 Por ejemplo, Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 21 de febrero de 2002, exp. 1745-01. Igualmente, Sección Tercera, Auto de agosto 30 de 2001, exp. (18247). La aplicación del C.R.P.M. a las actuaciones administrativas en materia de plazos puede verse en Sentencia de la Sección Cuarta del Consejo de Estado del 30 de agosto de 2007, exp. 15517.

- caso de duda o silencio, corresponderá al Presidente hacer la provisión de los destinos nacionales, al Gobernador los Departamentales y al Alcalde los municipales. Estas reglas fueron utilizadas, por ejemplo, por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en el Concepto 1860 de 2007 para definir la forma de proveer transitoriamente una vacancia en la CNTV.
5. Con el mismo fin se encuentra la regla general que permite que el acto de posesión en un cargo se cumpla ante cualquier empleado que ejerza autoridad o jurisdicción o ante dos testigos cuando quien deba hacerlo se niegue sin causa legal (art.269). Como se recuerda, esta previsión serviría de apoyo recientemente para facilitar la posesión de un magistrado del Consejo Superior de la Judicatura ante testigos, dada la decisión del Presidente de la República de suspender la posesión hasta tanto de resolviera sobre su viabilidad-jurídica.
 6. También con la finalidad de asegurar la continuidad de la función administrativa, se establece en el artículo 281 la obligación de quien deja un cargo público, inclusive si es de periodo, de no abandonar el mismo hasta que se presente quien deba remplazarlo, regla ésta que fue aplicada, por ejemplo, en Concepto 643 de 1994 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado para resolver una transición de funcionarios en el Consejo Nacional Electoral. Artículo igualmente citado en Concepto 1860 de 2007, aunque en éste se señaló que el artículo 281 de la Ley 4 de 1913 no se aplica actualmente en los casos de vencimiento de periodos institucionales.
 7. En cuanto al acceso a los despachos y documentos públicos, la Ley 4 obliga publicar los horarios de despacho obligatorio (art.284); encarga a los secretarios de las oficinas públicas a recibir, mantener, entregar y hacer funcionar los archivos documentales (art.288); y determina también quiénes son los funcionarios encargados de dar fe y expedir certificados relacionados con los asuntos a su cargo (art.315), a la vez que otorga a toda persona el derecho a pedir tales certificaciones (art.316¹²). Varios de estos derechos quedaron consagrados en la Ley 1437 de 2011 por la cual se expide el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.
 8. Del mismo modo la Ley 4 de 1913, otorga a todas las personas el derecho a pedir copias de los documentos que existan en las oficinas administrativas, el que sólo se puede limitar por razón de reserva

12 Ver art.24 Ley 57 de 1985.

(art.320). Señala además que todo empleado del orden administrativo debe cortesía y deferencia a los particulares, aspecto éste que, contradictoriamente, solamente aparece regulado en la actualidad en forma contraria: como deber de los ciudadanos de actuar respetuosamente ante la Administración¹³.

9. Finalmente y quizá más importante por su relación con la buena administración, las garantías ciudadanas y la construcción de ciudadanía, es el artículo 334 de la Ley 4 de 1913 que establecía las siguientes condiciones para reglamentar los asuntos administrativos:
 1. Que no se eluda el derecho de petición de los particulares, ni se demore indefinidamente el despacho de sus asuntos;
 2. Que cuando la naturaleza del caso lo requiera, se haga una averiguación prolija de los hechos, para que la decisión no lastime los derechos legítimos de los asociados;
 3. Que se definan bien los casos de impedimento, a fin de asegurar la imparcialidad de los empleados, y se disponga claramente la manera de reemplazar a los impedidos; y
 4. Que se definan claramente los casos de apelación y el procedimiento que debe seguirse en ellos, para que no se vulneren los derechos de los particulares ni se eluda la ley. “

Así que, desde ese momento, se establecía ya el derecho a la respuesta de las peticiones ciudadanas, al plazo razonable, a la objetividad e imparcialidad de la función administrativa, a la prueba suficiente y a un sistema de recursos en vía administrativa, todo lo cual estaría complementado con el acceso a la jurisdicción contenciosa previsto en la Ley 130 del mismo año (1913). Vemos así muchos de los elementos que hoy forman parte del derecho fundamental a la buena administración.

Señalaba León Duguit¹⁴ a principios del siglo anterior que el derecho público no se apoya como antes en relaciones de mando y sujeción que privilegian la posición de las autoridades públicas, sino que encuentra su fundamento “en la noción de función social de los gobernantes” (p.28), desde la perspectiva de “una forma de Estado más flexible, más protectora, más humana” (p.273). Jéze diría un poco más tarde en una formulación muy sencilla pero categórica que “en todos los países civilizados, la administración pública tiene por misión satisfacer

13 El nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011) consagra nuevamente este deber de la Administración (Art.7-1)

14 DUGUIT, León. Las transformaciones del Derecho Público y Privado, Comares, Granada, 2007

las necesidades de interés general”¹⁵. Y recientemente Schmidt Assman¹⁶ advertía que en la actualidad la lógica de los derechos fundamentales impide que las relaciones con los ciudadanos sean vistas únicamente desde la óptica de la Administración (como una relación de sujeción al poder público), en la medida que la protección y bienestar de las personas y de su dignidad precede y justifica cualquier acción pública. Por ello, se señala con acierto que la Administración válida para el derecho público de hoy no puede ser otra que la que resulta del Estado social y democrático de Derecho, esto es una Administración al servicio de los intereses generales que se singulariza y legitima por su vinculación positiva con éstos¹⁷.

Sería exagerado señalar que la Ley 4 de 1913 refleja los idearios del Estado Social de Derecho como lo percibimos actualmente. También podría ser equivocado sostener que el concepto de Administración prevista en ella afronta los mismos retos y exigencias de la sociedad del Siglo XXI. Pero sí es cierto que la Ley 4 de 1913 aporta los cimientos de una Administración moderna, que tiene por objeto principal la satisfacción de los intereses generales y la sujeción de las autoridades al principio de legalidad. Desarrollos posteriores han ido complementando las tareas administrativas, fortalecido las garantías ciudadanas y maximizado el control judicial de la Administración. El reto de las reformas por venir, estará en avanzar en esa misma dirección, reforzando la posición jurídica del ciudadano, permitiendo que la Administración actúe con eficiencia y oportunidad y afianzando la aplicación de aquéllos principios generales de derecho que han ido extendiéndose a la Administración con el fin de obtener, en sede administrativa, decisiones justas y proporcionadas. Interdicción de la arbitrariedad, buena fe, respeto de los actos propios, proporcionalidad e igualdad serán los parámetros de juzgamiento para las normas que pretendan reformar aquéllas disposiciones aún vigentes de la Ley 4 de 1913.

15 JÈZE, Gaston. Principios Generales del Derecho Administrativo, Axel Editores, Bogotá, 2010.

16 SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. La teoría general del Derecho Administrativo como Sistema, INAP-Marcial Pons, Madrid, 2003.

17 SÁNCHEZ MORON, Miguel. Discrecionalidad Administrativa y control judicial. Tecnos, Madrid, 1994, p. 98-99.

*EL APORTE DEL
CONSEJO DE ESTADO*

LA FUNCIÓN CONSULTIVA DEL CONSEJO DE ESTADO Y SU PAPEL INSTITUCIONAL

Por: Enrique J. Arboleda Perdomo

Magistrado de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado

Compartir con Ustedes, a través de estas breves palabras el devenir histórico de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado de la República de Colombia, me llena de orgullo y satisfacción, no sólo por la calidad de los expositores de esta magnífica reunión, sino por el profundo significado democrático que implica estar congregados en un mismo recinto con el propósito de conmemorar dos momentos históricos de especial trascendencia histórica en nuestra nación, los doscientos años del proceso de independencia de los países de Hispanoamérica y los cien años de la actual forma de control de constitucionalidad de las leyes, sino porque nos permite afirmar y afianzar la necesidad de tener un órgano judicial fuerte independiente que sirva, no sólo para solucionar las controversias entre los ciudadanos, sino de un efectivo control al ejercicio del poder. Desde su nacimiento, esta ha sido la misión encomendada al Consejo de Estado.

Un encuentro como este impone una evaluación histórica de la institución, por lo que he de referirme brevemente a su pasado, a la actual realidad, para dar una visión de lo que espero sea su avenir.

Como siempre es necesario volver a los orígenes. Comienzo por la fundación del Consejo de Estado en Colombia. Mediante decreto del 30 de octubre de 1817, en la población de Angostura, Don Simón Bolívar, creó un Consejo Provisional de Estado, para asesorar directamente al Jefe Supremo de la República, título que se le daba en aquella época al Libertador. Este Consejo tenía tres funciones: la de proponer proyectos de decretos y en general de normas jurídicas, la de asesorar al Jefe de Estado en sus decisiones, y la de servir de órgano deliberante en los demás asuntos del gobierno. Esta última función, se instituyó como respuesta inmediata

a la situación política que vivía el país, la que se encuentra descrita en las consideraciones del decreto suscrito por Bolívar, que dicen:

“Considerando que es imposible establecer por ahora un buen gobierno representativo y una Constitución eminentemente liberal, a cuyo objeto se dirigen todos mis esfuerzos y votos mas ardientes de mi corazón, mientras no se halle libre y tranquila la mayor parte del territorio de la república, especialmente la capital, y deseando que las providencias importantes, las leyes, reglamentos e instrucciones saludables que deben entretanto publicarse para la administración y organización de las provincias ya libres o que se liberten, sean propuestas discutidas y acordadas en una asamblea que por su número y por la dignidad de los que la compongan merezca la confianza pública, he venido en decretar y decreto lo siguiente:!”

Deseo resaltar del párrafo anterior dos ideas que considero altamente ilustrativas para esta reunión: la primera, que la fundación del Consejo de Estado en nuestro país coincidió con la instauración de la república, y segunda: que estuvo determinada por la necesidad de tener un cuerpo que garantizara la confianza pública.

Es sabido por todos, que buena parte de los países que conformamos la América Española, estamos celebrando dos siglos de independencia, entendiéndose por tal no sólo la separación política del imperio Español, sino de la instauración en el continente americano de repúblicas democráticas. La independencia debe ser analizada como una de las etapas del gran proceso histórico llevado a cabo por la humanidad a partir de la revolución de independencia de las 13 Colonias Inglesas en 1776 que dio origen a los Estados Unidos de América, seguido por la corriente emancipadora del resto del continente americano, la cual continúa con la independencia de las colonias de Asia y de Africa ocurrida durante los lustros que siguieron a la segunda guerra mundial, y concluye en la última década del siglo XX con la independencia de los países satélites de la Unión Soviética sobre los cuales ejercía una dominación oprobiosa. La construcción histórica de una sociedad de pueblos libres y soberanos que se relacionen en un plano de igualdad ha sido larga y dolorosa, pero nos permite hoy, a los aquí reunidos, provenientes de distintos países y culturas, reconocernos herederos de este proceso humanitario y democrático.

El fin que las instituciones aquí reunidas garantizan, según las palabras de Don Simón Bolívar, es la confianza pública. La función consultiva debe aportar a las decisiones públicas ese elemento de estudio previo, de deliberación y consenso que contribuya a la seguridad jurídica y a la legitimidad de las mismas.

1 CONSTITUCIONES DE COLOMBIA. Manuel Antonio Pombo y José Joaquín Guerra. Biblioteca Banco Popular. 4ª. Edición. Bogotá 1986. Tomo III. Pág. 12

Si bien los elementos que acabo de mencionar se han mantenido en el curso de estos ciento noventa años de historia, el contenido de la función ha ido cambiando. En sus orígenes fue primordialmente legislativa, pues se trataba de organizar un Estado con instituciones democráticas en un país en guerra.

Consolidada la independencia comienza el lento camino hacia la construcción de unas instituciones democráticas fuertes e independientes de los caudillos que dominaron la historia nacional durante el siglo XIX. Siguiendo al efecto la doctrina constitucional liberal dominante en los Estados Unidos, que empujaba hacia la obsolescencia las monarquías y noblezas en Europa, nuestro país adoptó desde el punto de vista institucional el dogma de la tridivisión del poder, organizando un Congreso dedicado a la producción de las leyes y un Gobierno encargado de ejecutarlas y administrar el país.

En la primera parte del siglo XIX, en las constituciones anteriores a 1858 la función consultiva sufrió una primera variación que es conveniente reseñar, pues cambió su objeto. La función consultiva, que en el decreto del Libertador tenía como fin dar consejo sobre los proyectos de ley antes de ser adoptados por el propio gobierno, ahora se ejerce al momento de ser sancionado un proyecto de ley, siendo obligatorio para el gobierno convocar al consejo de gobierno para “dar o rehusar su sanción a los proyectos de ley y demás actos legislativos que le pase el Congreso”. Se reduce así su campo de acción y obviamente su importancia política. A esta función, se le agregan otras de carácter típicamente administrativo, como la de conceptuar antes de hacer ciertos nombramientos, o la de asesorar en todos aquellos temas que el gobierno en forma discrecional solicite.

Durante casi treinta años, entre 1858 y 1886, desaparece de la constitución tanto el Consejo de Estado como la función consultiva. En esta época, las instituciones se conformaron según el modelo federal, lo que conllevó un fuerte debilitamiento del poder nacional, en beneficio de los poderes locales.

En 1886 se restablece el Consejo de Estado y con él la función consultiva para el gobierno nacional, instituyendo la fórmula constitucional que se encuentra vigente hasta hoy, que dice: “Actuar como Cuerpo Supremo consultivo del Gobierno, en asuntos de administración, debiendo ser necesariamente oído en todos aquellos que determinen la Constitución y las leyes.” Agregó la Carta Política que los dictámenes del Consejo no serían obligatorios para el Gobierno, salvo las excepciones que consagraren las demás normas positivas.

Como una atribución propia incluyó la de “preparar los proyectos de ley y Códigos que deban presentarse a las Cámaras, y proponer las reformas que juzgue convenientes en todos los ramos de la legislación” otorgándole así iniciativa

2 Artículo 117 Constitución Política de 1843 de la República de la Nueva Granada.

legislativa. Como se observa, nuevamente hay cambios en la forma como el Consejo de Estado ha de ejercer su función consultiva, pues se centra en la asesoría y consejo al gobierno en asuntos de administración, y limita sus competencias legislativas a la posibilidad de presentar proyectos de ley y de código. Con el transcurrir del siglo XX, su actividad girará hacia la función de asesoría al gobierno, dejando casi de lado la de presentar proyectos de ley.

La Carta Política de 1886 es igualmente importante en tanto le otorgó al Consejo de Estado la función de ser el máximo órgano del control judicial sobre la actividad de la administración, cuando la ley decidiera establecer la jurisdicción en lo contencioso administrativo, lo que sucedería en 1913 mediante la ley 130 de ese año. A partir de entonces, el Consejo tiene la doble función de servir como cuerpo consultivo del gobierno en asuntos de administración, y de ser el máximo órgano de la jurisdicción contencioso administrativa. Ante el incremento del tamaño del Estado y de su actividad administrativa, durante el siglo XX va cobrando cada vez más importancia práctica la función jurisdiccional, lo que se reflejará en la definición que trae la actual constitución.

La historia política de la primera mitad del siglo pasado estuvo marcada por el ejercicio hegemónico del poder por parte de los dos partidos que en ese entonces lo disputaban, el liberal y el conservador, por lo que, cada vez que había rotación en los partidos había despidos masivos de funcionarios que militaban en la causa contraria. Esta desviación del ejercicio del poder generó entre otras fenómenos, una situación de violencia armada a cargo de ambos partidos y una dictadura militar entre 1953 y 1957; la que fue derrocada por un movimiento cívico encabezado por los jefes de los partidos liberal y conservador, y culminó con una reforma constitucional de carácter plebiscitario el 1^a de diciembre de 1957. Uno de los elementos votados en esta reforma consistió en la necesidad de implementar, como una política de Estado, la carrera administrativa para todos los funcionarios públicos a más de un reparto transitorio de todos los cargos entre los militantes de los dos partidos. El Consejo de Estado surge como uno de los garantes de la ejecución de la carrera administrativa que ahora tenía rango constitucional, y al efecto es dividido en dos salas independientes para separar las competencias jurisdiccionales de las consultivas, denominando esta última de Consulta y Servicio Civil para indicar que una de sus funciones es la de asesorar en el campo laboral para la puesta en marcha de la carrera administrativa.

A finales del siglo pasado, en 1991, se expidió por una Asamblea Constituyente la Constitución Política que rige en la actualidad. El mayor aporte de la Constitución vigente consistió en replantear el difícil equilibrio que debe existir en toda sociedad organizada entre el individuo y la sociedad, elevando a rango constitucional los derechos humanos. Se desplaza el eje de la actividad del Estado

hacia la efectiva realización de estos derechos, buscando así una mayor satisfacción de las necesidades individuales.

En cuanto al Consejo de Estado, la Constitución que nos rige consagra para él la doble función de servir de órgano consultivo al gobierno y de ser el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, privilegiando esta última función, pues orgánicamente ubica la institución dentro de la rama judicial del poder público. En cuanto a la función consultiva, reitera la competencia para presentar proyectos de reforma constitucional y de ley.

Esta brevísima mirada al devenir del Consejo de Estado en su función consultiva, hoy a cargo de la Sala de Consulta y Servicio Civil, nos permite presentar a Ustedes las funciones actuales de esta institución.

Decíamos antes que desde la óptica constitucional ejerce dos competencias principales, la de presentar proyectos de reforma constitucional y de ley, y la de servir como máximo órgano consultivo del gobierno en asuntos de administración.

La función de presentar proyectos de reforma a la constitución y a la ley ha sido muy poco utilizada por el Consejo de Estado. Recientemente intervino para presentar, junto con la Corte Suprema de Justicia, un proyecto de reforma constitucional que suprimiera la tutela contra las sentencias judiciales, con el fin de acabar los enfrentamientos entre las altas cortes. El proyecto no se tramitó en el Congreso de la República y este punto es hoy en día objeto de nuevo debate político. La misma situación se presenta en relación con la iniciativa de presentar proyectos de ley, pues participó en la elaboración del proyecto de código contencioso administrativo que se debate actualmente ante el legislativo, proyecto que fue elaborado junto con una amplia comisión en la que estuvieron presentes otros miembros del Consejo y delegados del Gobierno Nacional. Actualmente elabora un proyecto de ley sobre la responsabilidad social de los medios de comunicación frente a la niñez. Desde una perspectiva cuantitativa, no ha sido la función que más haya ejercido el Consejo de Estado, a pesar de lo cual es una de las más valoradas por la doctrina constitucional del país. A manera de ejemplo, transcribo el siguiente párrafo de un tratadista de mediados del siglo pasado. Decía así Francisco de Paula Pérez³:

“Hacer leyes, dice Laurent, es la más alta de las funciones sociales.”

Si se necesitan especialistas para aplicarlas y enseñarlas, con mayor razón se deben necesitar para elaborarlas. Esto sólo justificaría por el aspecto de colaborador del legislativo la existencia del Consejo de Estado. En dicho carácter, verdadera comisión legislativa, le corres-

3 PEREZ, Francisco de Paula. “Derecho Constitucional Colombiano” Tercera edición. Bogotá 1952. Tomo II. Páginas 177 y 178.

ponde principalmente la elaboración de códigos. Para los miembros de una y otra cámara, es imposible, por lo general una labor tan minuciosa y delicada como es la de preparar nuevos códigos que sustituyan totalmente los anteriores. Cambios de esta naturaleza llevan envuelta una transformación cuyos alcances no son fáciles de prever.”

Agrega más adelante el Sr. Pérez:

“El Consejo de Estado con elementos de estudio, con práctica en los negocios administrativos, con largas actuaciones en lo relacionados con las consultas legales para resolver casos difíciles o pasajes oscuros, se halla en admirables condiciones para la preparación de nuevos códigos y para estudiar la época y circunstancias en que convenga ponerlos a regir.”

El Presidente del Consejo de Estado Español, Sr. Rubio Llorente, en una conferencia dictada el año pasado en Bogotá, alertaba sobre los peligros que tiene para estas corporaciones el ejercicio de la función de presentar proyectos de ley, pues indicaba, que la labor legislativa es ante todo de carácter político por lo que fácilmente se caía en la tentación de hacer política a la hora de utilizar esta potestad.

La labor de dar conceptos al gobierno nacional se encuentra reglamentada por la ley Estatutaria de la Justicia en estos sencillos términos: “absolver las consultas jurídicas que le formule el Gobierno Nacional”. El código contencioso administrativo agrega que las consultas pueden versar sobre asuntos de carácter general o particular, que los conceptos que se emitan no son obligatorios y que gozan de una reserva de cuatro años, la cual puede ser levantada por decisión del mismo gobierno.

De las definiciones legales que vienen de reseñarse, se desprende en primer lugar que salvo un caso en que es obligatorio oír el concepto del Consejo de Estado, en todos los demás la ejerce a petición expresa del gobierno nacional. La ley no lo ordena, y por lo mismo el Consejo no puede por sí mismo dictaminar sobre asuntos cuya opinión no haya sido provocada. Esta característica da una gran tranquilidad al Gobierno, pues sabe que tiene plena autonomía en el manejo de sus decisiones y que el ejercicio de la función consultiva no puede significar una interferencia en el ejercicio de las mismas. Sin embargo, con frecuencia se critica que la ley no haga exigible, en ciertos casos o materias, la existencia de un concepto previo por parte del Consejo, pues este le permitiría una opinión inicial, de carácter preventivo, sobre la legalidad de las medidas que se adopten. Se cita como ejemplo de ésta necesidad el ejercicio de la potestad reglamentaria en lo que atañe a la administración.

La única autoridad que puede solicitar la opinión del Consejo de Estado es el Gobierno Nacional, entendido como al formado por los Ministros del Despacho y los Directores de los Departamentos Administrativos, Ninguna otra autoridad puede requerir opiniones o consejos. Es muy frecuente que las demás entidades tramiten solicitudes de conceptos a través del Ministerio o Departamento Administrativo del sector del cual hacen parte, lo cual tiene un buen resultado en la práctica, pues la entidad que ejerce el control de tutela o control administrativo sobre los órganos descentralizados, puede valorar la pertinencia de la solicitud con el fin de determinar la procedencia del concepto frente a las políticas y orientaciones del respectivo sector. Se evita así que las autoridades inferiores utilicen la consulta para cuestionar decisiones o políticas adoptadas a nivel gubernamental.

El sentido de las opiniones que emite el Consejo de Estado no es obligatorio para el Gobierno Nacional, quien puede separarse de ellas con toda discrecionalidad. Incluso como no hay obligación de pedir los conceptos, en las motivaciones de las decisiones no es obligatorio indicar que éste fue solicitado.

En relación con la publicidad de los dictámenes, estos son reservados durante los cuatro años siguientes a su expedición, garantizando así la discrecionalidad del gobierno frente a su acatamiento. En general el Gobierno Nacional levanta la reserva en forma inmediata en cerca de dos terceras partes de los conceptos emitidos, y el resto se publica una vez cumplen los cuatro años de expedidos.

Es interesante hacer una breve mención a las materias mas consultadas por el gobierno, y supondrán que dependen de las coyunturas políticas y administrativas. Así, y a manera de ejemplos coyunturales, los períodos preelectorales se colman de solicitudes alrededor de temas como las inhabilidades, las restricciones a la contratación pública y el ejercicio de facultades de nominación. Fuera de coyuntura, las cuatro materias mas consultadas son en su orden, la laboral con especial énfasis en la definición de los derechos de los funcionarios, la celebración de contratos, la hacienda pública y los impuestos, y la estructura y funcionamiento de la administración pública.

De estos es preponderante sobre los demás el tema laboral, a pesar del enorme cambio en la vocación de la Sala de Consulta y Servicio Civil, pues como anotaba antes, debe su nombre a la intención de asesorar la puesta en marcha de la carrera administrativa; pese a lo cual, desde el año de 1968 se creó una comisión especializada encargada de implementarla, comisión que en la actualidad tiene régimen constitucional de órgano autónomo e independiente. Cerca del 25% de los conceptos emitidos se relacionan con asuntos laborales, en especial en materia de la interpretación de las normas sobre seguridad social, sobre carrera administrativa y los derechos de los servidores públicos. Sobre este último punto, y como

una reflexión al margen, se evidencia la necesidad de codificar, para simplificar, la multitud de regímenes laborales particulares que dificultan su aplicación y se han convertido en un verdadero semillero de pleitos administrativos.

Fue muy importante durante casi todo el siglo anterior la función de aprobar los contratos más importantes de la administración nacional, atribución que desapareció en 1994 con el fin de delimitar la responsabilidad por la celebración de los contratos en los funcionarios administrativos. Sin embargo, en múltiples ocasiones se echa de menos aquella atribución al ver que los procesos judiciales originados en la contratación pública son cada vez más numerosos. Correlativamente, con el tiempo ha ido ganando en importancia el número de dictámenes expresados en materia de celebración de contratos.

Para terminar esta reseña, es necesario mencionar un tema de los que hoy se llaman transversales, es decir, que se presenta en una variada gama de asuntos sometidos a la consideración de la Sala, y éste es el de las relaciones inter-administrativas. Con mayor frecuencia, se dota del atributo de la personalidad jurídica a las dependencias administrativas con el fin de facilitar la administración de los recursos con los cuales cumple su actividad pública. Caracterizar una entidad como persona jurídica, le imprime una enorme autonomía no sólo frente al Ministerio o Departamento Administrativo que ejerce sobre ella los controles administrativos, sino frente a las demás entidades con las cuales debe colaborar para el logro coordinado de los fines estatales que son comunes o complementarios. Es entonces frecuente que las relaciones entre estas entidades, a falta de una legislación al respecto, se regulen mediante convenios interadministrativos celebrados para organizar las relaciones concretas que van surgiendo. La interpretación de estas relaciones y convenios interadministrativos recientemente se ha vuelto tema de múltiples conceptos, indicando también la necesidad de una regulación legal más detallada.

A manera de conclusión es conveniente entonces hacer un balance de estas funciones y proyectar su futuro. En relación con la función consultiva propiamente dicha, no solo por su importancia intrínseca sino por la confianza que los distintos gobiernos han tenido en ella, es previsible asumir que continuará sin mayores cambios. En el proyecto de nuevo código contencioso administrativo que se tramita ante el Congreso, se discute si es conveniente ampliarla para hacerla obligatoria para la expedición de cierto tipo de decretos reglamentarios o cuando el gobierno deba ejercer la función legislativa por delegación expresa y condicionada del Congreso de la República. Como se observa, la tendencia es a reforzarla.

En relación con el ejercicio de la atribución de proponer proyectos de ley, es claro, como se desprende de lo que se ha expuesto, que la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado está en una posición privilegiada para vi-

sualizar aquellos campos que están inadecuadamente legislados, como en el caso de las relaciones interadministrativas o la legislación laboral, y tiene el bagaje profesional para proponer las reformas. Sin embargo, considero que en el ejercicio de esta función debe ser muy discreto, y que mientras no haya una regulación muy precisa que circunscriba su utilización a lo meramente jurídico, no creo que sea conveniente ejercerla directamente ante el Congreso, pues se corre el riesgo de entrar en el campo de lo político, el cual es ajeno a esta institución, que por encima de todo debe ser independiente. Cito nuevamente al Libertador Simón Bolívar quien al instituir por primera vez el Consejo de Estado expresó que debía ser “una asamblea que por su número y por la dignidad de los que la compongan merezca la confianza pública.”

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LOS ACTOS DE LA ADMINISTRACIÓN: EL APORTE DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA A LA DEFENSA DEL PRINCIPIO DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL

*Por: Danilo Rojas Betancourth**

Magistrado de la Sección Tercera del Consejo de Estado

En el derecho constitucional comparado se suele hacer referencia a la existencia de dos modelos básicos de justicia constitucional: el sistema americano o difuso de control de constitucionalidad, y el sistema europeo o concentrado de control de constitucionalidad. No obstante, el desarrollo alcanzado por la justicia constitucional desde mediados del siglo XX, particularmente en los países de América Latina, permite afirmar la existencia de un tercer modelo, de carácter mixto. En efecto, muchos países de la región, exhiben actualmente características propias del sistema norteamericano de control de constitucionalidad, pero también del sistema concentrado, lo cual se manifiesta en la existencia, bien de salas especializadas dentro de los tribunales supremos (como es el caso de Costa Rica, Honduras, El Salvador, Nicaragua o Paraguay), o de tribunales constitucionales (como es el caso de Chile, Guatemala, Brasil, Ecuador, Perú y Bolivia)¹.

Colombia no es la excepción. Desde la aprobación del Acto Legislativo n.º 1 de 1910, reformatorio de la Constitución de 1886, coexisten en nuestro orde-

* Agradezco a la doctora María Paula Gómez su apoyo investigativo en la elaboración de este trabajo.

1 Francisco Zúñiga Urbina, “Jurisdicción constitucional en la perspectiva actual: Notas para una comparación en América Latina”, en *Ius Et Praxis*, año 4, n.º 2, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca, Chile, pp. 189 – 226.

namiento jurídico las dos formas de control: el control concentrado que tiene un carácter abstracto y que se ejerce de oficio o por vía de acción, y el control difuso que se ejerce por vía de acción o de excepción en el marco de un proceso que no tiene como objetivo principal analizar la constitucionalidad de una norma.

No obstante, el modelo colombiano presenta unas características particulares que lo hacen único en la región. Ello en razón a que no existe en nuestro país concentración del control abstracto de constitucionalidad en una sala especializada o en el tribunal constitucional, como sí sucede en la mayoría de países de América Latina. Por el contrario, el control abstracto de constitucionalidad se encuentra desconcentrado debido a que se ejerce por dos tribunales distintos: la Corte Constitucional y el Consejo de Estado.

Las razones por las cuales el ordenamiento jurídico colombiano incluye una versión tan original del control abstracto de constitucional no son del todo claras*. Lo que sí lo está es que por cuenta de este particular desarrollo, no sólo las decisiones del Congreso están sometidas al escrutinio de los jueces; también las actuaciones de la administración son objeto de control por parte del poder judicial, bajo el entendido de que éstas también deben sujetarse al principio de supremacía constitucional.

Lo curioso es que, comparado con el del resto de América Latina, el sistema colombiano de control de la actividad administrativa muestra una evolución bastante temprana pues, mientras la mayoría de países de la región apenas comenzaban a discutir la incorporación de mecanismos para el control concentrado y abstracto de constitucionalidad de las leyes, nuestro ordenamiento jurídico ya preveía la “anulación”, tanto de las leyes por razones de inconstitucionalidad, como de los actos administrativos por motivos tanto de ilegalidad como de inconstitucionalidad.

Así, bajo el amparo de la Carta Política de 1886, se otorgó competencia a las cortes de justicia para conocer de las acciones de inconstitucionalidad, de simple nulidad y de nulidad por inconstitucionalidad, promovidas por los ciudadanos contra los actos de la administración que contrariaran normas o mandatos constitucionales. La Constitución de 1991 mantuvo en cabeza de los jueces estas dos atribuciones, pero amplió el marco de su jurisdicción para conocer de otros decretos dictados por el gobierno nacional que antiguamente estaban desprovistos de cualquier forma de control, a saber: los decretos dictados al amparo de los poderes excepcionales del Presidente de la República.

* Algunos pormenores de lo ocurrido en la instauración del control constitucional en Colombia, pueden verse en nuestro trabajo “El carácter elitista de la acción pública de constitucionalidad y sus principales consecuencias”, en *Pensamiento Jurídico* No 28, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, mayo de 2010, pp. 105-118.

Como resultado de lo anterior, es posible afirmar que existe actualmente en Colombia un sistema bien consolidado de control abstracto de constitucionalidad de los actos de la administración, que es de carácter difuso y que se ejerce tanto por vía de acción y de excepción, como de forma oficiosa por la Corte Constitucional y por el Consejo de Estado.

Es interesante advertir que las particularidades y complejidades de este sistema no han sido suficientemente estudiadas por la doctrina nacional. En efecto, la mayoría de los textos de derecho constitucional incluyen una amplia referencia a las funciones la Corte Constitucional y a las características de acción pública de inconstitucionalidad, pero no prestan la misma atención a las atribuciones del Consejo de Estado en materia de control abstracto de constitucionalidad.

La doctrina administrativista, si bien ha hecho aportes importantes al estudio de la acción de simple nulidad, no ha logrado suplir totalmente el vacío al que se ha hecho alusión, puesto que, por lo general, sólo incluye referencias marginales sobre la acción de nulidad por inconstitucionalidad y ninguna referencia concreta sobre el control inmediato de legalidad.

Las causas de esta desatención pueden ser varias, pero sobresale el descuido generalizado tanto de la acción de nulidad por inconstitucionalidad, como del control inmediato de legalidad, derivado quizá de la falta de desarrollo normativo sobre su finalidad, ámbito de aplicación y otros aspectos relevantes. Prueba de lo anterior es que, hasta hace realmente muy poco, se debatía por el Consejo de Estado si la nulidad por inconstitucionalidad era una acción distinta y diferenciable de la acción de simple nulidad, o si por el contrario se trataba de la misma acción². Y, también, hasta hace muy poco, la jurisprudencia precisó algunos puntos fundamentales para el ejercicio del control inmediato de legalidad, tales como el tipo de control que corresponde ejercer al Consejo de Estado, la oportunidad en la que procede y los efectos de la sentencia respectiva.

En estas condiciones, el presente documento atiende a un propósito general, y a otro específico. Por un lado, pretende contribuir a la difusión de los mecanismos que la Constitución y la ley establecen para el ejercicio, por parte del Consejo de Estado, del control abstracto de constitucionalidad de los actos de la administración, a saber: la acción de simple nulidad, la acción de nulidad por inconstitucionalidad, y el control inmediato de legalidad. Por otro lado, aportar claridad sobre el origen, evolución y características particulares de la acción de nulidad por inconstitucionalidad, con el fin de establecer si es una acción distinta y diferenciable de la acción de simple nulidad, y en qué medida se asemeja o no a la acción pública de inconstitucionalidad que es de competencia de la Corte Constitucional.

2 Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 19 de noviembre de 2008, exp. 33964. C.P. Enrique Gil Botero.

Para ello, el documento se estructura en dos partes. La primera, incluye una referencia amplia a cada uno de los tres instrumentos previstos por nuestro ordenamiento jurídico para el control abstracto de constitucionalidad de los actos de la administración por parte del Consejo de Estado. La segunda, incluye un breve análisis comparativo entre la acción de nulidad por inconstitucionalidad, la acción de simple nulidad y la acción pública de inconstitucionalidad.

I. Los mecanismos para el control de constitucionalidad de los actos de la administración por parte del Consejo de Estado

Según ya se indicó, esta primera parte se ocupará de examinar cada uno de los mecanismos dispuestos por la Constitución y la ley para el ejercicio por parte de la jurisdicción administrativa del control abstracto de constitucionalidad de los actos de la administración. En lo pertinente, se incluye un suscrito análisis histórico del origen y evolución de cada uno de estos mecanismos con el fin de evidenciar que antes de la Constitución de 1991 ya existía en Colombia un sistema bien consolidado de control de la actividad administrativa.

1) La acción pública de simple nulidad

Desde un punto de vista histórico, la acción de nulidad es casi tan antigua como la acción pública de inconstitucionalidad. Su aparición en el ordenamiento jurídico colombiano data de 1913, año en el cual se expidió la Ley 130 que vino a constituir el primer estatuto sobre la jurisdicción contencioso administrativa³. Sus antecedentes inmediatos se encuentran en el recurso por exceso de poder, desarrollado hacia 1820 por el Consejo de Estado francés con el propósito de preservar la legalidad objetiva de los actos emanados de la administración pública, con exclusión de cualquier pronunciamiento sobre los derechos de los afectados⁴.

No obstante, sería equivocado afirmar que la acción de simple nulidad, establecida mediante la Ley 130 de 1913, constituye una copia idéntica del recurso por exceso de poder. En efecto, con notoria influencia de los principios de supremacía constitucional y de frenos y contrapesos extraídos del derecho norteamericano, la acción de nulidad fue consagrada, ya desde 1913, como un recurso de carácter judicial encaminado a asegurar la constitucionalidad y legalidad de los actos administrativos. En contraste, el recurso por exceso de poder surgió, en cabeza del Consejo de Estado francés, como un mecanismo de control interno de la

3 Corte Constitucional, sentencia C-426 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

4 Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Curso de derecho administrativo*, tomo II, editorial Civitas, Madrid, 1986, p. 485.

administración⁵ para impugnar exclusivamente la falta de competencia del autor del acto⁶. Probablemente, es por ello que la doctrina nacional señala que “*nuestro modelo clásico de acciones contencioso administrativas se refiere concretamente a la acción de simple nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho constituye una versión avanzada de las originales acciones francesas de plena jurisdicción y de anulación, pero con contenidos y variantes significativas que las hacen muy particulares y específicas dentro de nuestro derecho administrativo*”⁷.

Estas particularidades, en lo que respecta a la acción de nulidad, están dadas por las normas del actual Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984, modificado y adicionado por leyes posteriores), y por la interpretación que de ellas ha hecho el Consejo de Estado. Sin embargo, es de anotar que la caracterización actual de la acción de nulidad fue el resultado de sucesivas reformas legislativas y cambios jurisprudenciales que, en su mayoría, tuvieron lugar bajo la vigencia de la Constitución de 1886.

La normatividad vigente confiere a la acción de nulidad las siguientes características: (i) se ejerce con el fin de salvaguardar el orden jurídico abstracto; (ii) tiene un carácter público debido a que puede ser promovida por cualquier persona; (iii) no tiene término de caducidad y, por tanto, es posible ejercerla en cualquier tiempo; (iv) procede contra todos los actos administrativos siempre que se persiga preservar la legalidad en abstracto -la defensa de la Constitución, la ley o el reglamento-⁸. Esto significa que la acción de nulidad se caracteriza por su finalidad, su titularidad, su término de caducidad y su ámbito de aplicación.

De estos elementos, los tres últimos son los que otorgan a la acción de nulidad sus rasgos distintivos, ya que la salvaguarda del ordenamiento jurídico es una finalidad común a otras acciones de carácter constitucional y legal, como son la acción pública de inconstitucionalidad, la acción de nulidad por inconstitucionalidad y la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Curiosamente, son

5 Esto se explica porque, en sus orígenes, el Consejo de Estado francés hacía parte de la estructura administrativa. Al respecto, conviene anotar que “*la jurisdicción contencioso administrativa nació de un principio interpretado a la luz de la tradición jurídica francesa, que llevó a la configuración de un sistema de controles sui generis, caracterizado inicialmente por ausencia absoluta de presencia de los tribunales ordinarios entre la administración y los asociados*”. Jaime Orlando Santofimio, *Tratado de derecho administrativo*, tomo III, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p. 29.

6 Con posterioridad, el Consejo de Estado Francés amplió su competencia para cuestionar la ilegalidad de los actos administrativos por vicios de forma y por desviación de poder. Eduardo García de Enterría, Tomás Ramón Fernández, op. cit., p. 485.

7 Jaime Orlando Santofimio, op. cit., p. 129.

8 Corte Constitucional, sentencia C-426 de 2003, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

justamente estos tres elementos los que han marcado la evolución de la acción de nulidad y los que la han transformado de una acción elitista y de alcance limitado, a una herramienta efectiva para el control ciudadano de la administración pública.

Para ilustrar mejor el punto, a continuación se presenta un recuento de los principales cambios introducidos a la acción de nulidad desde que fue consagrada en el ordenamiento jurídico colombiano en cuanto a su (i) titularidad, (ii) término de caducidad; y (iii) ámbito de aplicación.

i) Los titulares de la acción de nulidad

De conformidad con lo dispuesto en la Ley 130 de 1913, la titularidad de la acción de nulidad estaba reservada a “los ciudadanos”. Tomada en sentido constitucional estricto (entendida como capacidad de elegir y ser elegido), la expresión significaba que sólo los hombres mayores de veintiún (21) años que ejercieran profesión, arte u oficio, o tuvieran ocupación lícita u otro medio legítimo y conocido de subsistencia podían acusar la legalidad de los actos administrativos⁹. De esta forma, resultaban excluidas las mujeres (quienes sólo fueron consideradas ciudadanas a partir de 1954), los extranjeros, las personas jurídicas y los hombres menores de veintiún años o los que, aún habiendo alcanzado la mayoría de edad, no cumplieran con las condiciones mencionadas.

Esta situación fue modificada con la expedición de la Ley 167 de 1941, que reconoció el derecho de solicitar la anulación de los actos administrativos a “cualquier persona” (artículo 66). El propósito de la reforma era armonizar el contenido de la normatividad administrativa con el artículo 41 de la Constitución de 1886 que consagraba el derecho de toda persona, natural o jurídica, nacional o extranjera, de presentar peticiones a las autoridades ya sea por motivos de interés general, ya de interés particular. Adicionalmente, los redactores de la ley pensaban que no tenía sentido restringir la titularidad de la acción de nulidad a los “ciudadanos”, cuando el Acto Legislativo n.º 3 de 1910 había reconocido el derecho de cualquier persona de demandar ante la Corte Suprema de Justicia la inexecutable de las leyes y los decretos¹⁰.

El Decreto 01 de 1984, actual Código Contencioso Administrativo, reafirma el carácter público de la acción de nulidad, el cual ya le había sido reconocido por la Ley 167, al señalar que “*toda persona podrá solicitar por sí o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos*” (artículo

9 Constitución de 1886, artículo 15.

10 Tulio Enrique Tascón, *Derecho contencioso administrativo colombiano*, editorial Minerva, Bogotá. 1954, p. 147.

84). La misma disposición fue incorporada en el artículo 137 del nuevo Código Administrativo y de Procedimiento Administrativo (Ley 1437 de 2011).

ii) El término de caducidad de la acción de nulidad

Por la forma como estaba regulada, puede afirmarse que, en sus orígenes, la acción de nulidad resultaba poco efectiva para garantizar la legalidad y la constitucionalidad de las actuaciones administrativas, en razón a que la Ley 130 de 1913 establecía un término de noventa (90) días para demandar la nulidad del acto administrativo. Así cabía la posibilidad de que pese a su abierta ilegalidad o inconstitucionalidad, aquél permaneciera en el ordenamiento jurídico por efecto de la caducidad de la acción¹¹.

Dado lo inconveniente e irrazonable que resultaba la medida, la Ley 71 de 1916 eliminó el término de caducidad pero únicamente para el ejercicio de la acción de nulidad respecto de las ordenanzas departamentales y los acuerdos municipales, al establecer que ésta podía ejercerse en “cualquier tiempo” (artículo 6). Respecto de los actos del gobierno, los ministros o el contralor general, se mantuvo el término de caducidad de noventa (90) días contados a partir de la fecha de su expedición o publicación.

Esta duplicidad de regulaciones fue eliminada por la Ley 167 de 1941. Para los redactores del nuevo código resultaba absurdo que, precisamente, los actos de mayor trascendencia jurídica estuvieran sometidos a un control judicial más débil:

Si un decreto del Gobierno o de un Ministro es irregular por contradecir preceptos de la Constitución o de la ley, ¿por qué pretender, haciendo uso de una ficción, que el transcurso de noventa días puede convertir en regular aquel acto? ¿Y qué objeto tiene esto siendo así que cuando llegue el evento de aplicarlo para la solución de un caso concreto se propondría contra él la excepción derivada de su inconstitucionalidad o ilegalidad?

Si tratándose de la ley el ciudadano tiene la vía de inexequibilidad ante la Corte Suprema en todo tiempo, no vemos el motivo para que el recurso de nulidad que le compete contra los actos administrativos se limite por este aspecto. Por el contrario, la preservación del orden jurídico por medio del contencioso de anulación reclama, precisamente, para ser efectivo, un criterio distinto, como es el enunciado en el proyecto¹².

11 Alberto García Torres, Itala Pedrazzini Losada, *El contencioso objetivo de nulidad*, tesis de grado, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1987. p. 23.

12 Tulio Enrique Tascón, op. cit., p. 178.

En consideración a lo anterior, la Ley 167 de 1941 dispuso que toda clase de actos administrativos (fueran de carácter nacional, departamental o municipal) podrían ser acusados “en cualquier tiempo” ante la jurisdicción contencioso administrativa, en ejercicio de la acción de nulidad (artículo 83).

El actual Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984) no introdujo al respecto ninguna modificación. El numeral 1° del artículo 136 del CCA, subrogado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998, reproduce la previsión contenida en el artículo 83 de la Ley 167 de 1941, según la cual, no existe término de caducidad para el ejercicio de la acción de nulidad. Asimismo, la Ley 1437 de 2011, mediante la cual se expide el nuevo Código Administrativo y de Procedimiento Administrativo, dispone que la acción de nulidad podrá presentarse en cualquier tiempo (artículo 164).

iii) El ámbito de aplicación de la acción de nulidad

La Ley 130 de 1913 confirió a la acción de nulidad un alcance verdaderamente reducido. Conforme a lo dispuesto en sus artículos 52, 72 y 78 no cualquier acto administrativo podía ser objeto de la acción de nulidad. Únicamente podían ser acusados ante la jurisdicción contencioso administrativa por motivos de inconstitucionalidad o ilegalidad los actos de gobierno o de los ministros (a condición de que no estuvieran sometidos a la jurisdicción de la Corte Suprema de Justicia¹³), las ordenanzas u otros actos de las asambleas departamentales, y los acuerdos u otros actos de los concejos municipales.

La Ley 167 de 1941 modificó el ámbito de aplicación de la acción, al ampliar el conjunto de actos administrativos que podían ser objeto de anulación por el Consejo de Estado o por los tribunales administrativos. Así, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 62 a 65, podían ser acusados, por motivos de inconstitucionalidad o ilegalidad, los decretos, resoluciones y otros actos del gobierno, los

13 El Acto legislativo n.º 3 de 1910 confirió a la Corte Suprema de Justicia competencia para “*decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los Actos Legislativos que hayan sido objetados como inconstitucionales por el Gobierno, o sobre todas las leyes o decretos acusados ante ella por cualquier ciudadano como inconstitucionales, previa audiencia del Procurador General de la Nación*” (artículo 41). En aplicación de lo anterior, el Consejo de Estado y la propia Corte Suprema de Justicia entendieron que la competencia de esta última estaba reservada para conocer de la acusación por inconstitucionalidad de los decretos de carácter ejecutivo o legislativo del gobierno nacional, en tanto que el Consejo de Estado debía conocer de las demandas de ilegalidad de los mismos decretos, así como también de la inconstitucionalidad o ilegalidad de las resoluciones del gobierno y de los decretos y otros actos de los ministros del despacho. Ver Tulio Enrique Tascón, op. cit., p. 137.

ministros y demás funcionarios o empleados administrativos del orden nacional, los decretos, resoluciones y otros actos expedidos por los gobernadores, los intendentes, los comisarios y las autoridades administrativas del orden municipal, así como las ordenanzas y acuerdos proferidos por las asambleas departamentales y los concejos municipales, respectivamente.

Como se ve, la Ley 167 de 1941 extendió la competencia jurisdiccional del Consejo de Estado y de los tribunales administrativos al colocar bajo su control los actos de otros funcionarios administrativos distintos a los ministros, fueran del nivel nacional, departamental o municipal. Ello bajo el entendido de que cualquier acto proferido por una autoridad administrativa, debía sujetarse al principio de legalidad y respetar la jerarquía normativa establecida por el ordenamiento jurídico.

De la mano de este cambio normativo, la jurisprudencia del Consejo de Estado introdujo precisiones importantes en cuanto al ámbito de aplicación de la acción de nulidad. Así, al amparo de la Ley 167 de 1941, el máximo organismo de la jurisdicción contencioso administrativa sostuvo que sólo los actos creadores de situaciones jurídicas generales, abstractas e impersonales podían ser objeto de la acción de nulidad debido a que el ordenamiento jurídico había previsto otro recurso judicial para la impugnación de los actos administrativos creadores de situaciones jurídicas particulares, a saber: la llamada acción de plena jurisdicción (hoy conocida como acción de nulidad y restablecimiento del derecho)¹⁴. Así pues, en opinión del Consejo de Estado, la naturaleza del acto demandado era “lo que permitía diferenciar las dos acciones y adecuar su ejercicio procesal”¹⁵.

No obstante, en agosto de 1961, estando todavía vigente la citada Ley 167 de 1941, el Consejo de Estado procedió a modificar el anterior criterio jurisprudencial con la adopción de la doctrina “de los motivos y finalidades”. En esencia, la formulación de esta doctrina permitió separar y distinguir las dos acciones, no a partir de la naturaleza propia del acto (si es de contenido particular o concreto o de contenido general y abstracto), sino de los motivos determinantes y de las finalidades que han dado lugar a su impugnación ante la jurisdicción contencioso

14 Según la doctrina y la jurisprudencia nacional, desde la expedición de la Ley 130 de 1913 existen en el ordenamiento jurídico colombiano dos tipos de acciones notoriamente diferenciadas para la impugnación de los actos administrativos: la acción pública o de nulidad que puede ser ejercida por cualquier persona con el propósito de obtener la declaratoria de nulidad de un acto administrativo contrario a la Constitución o a la ley; y la acción privada, promovida sólo por quien demuestre un interés legítimo y dirigida a obtener la nulidad de los actos violatorios de derechos subjetivos.

15 Corte Constitucional, sentencia C-426 de 2002. En el mismo sentido, véase la sentencia del 4 de marzo de 2003, proferida por la Sala Plena del Consejo de Estado dentro de expediente radicado con el número 1999-05683.

administrativa. De esta forma, se admitió la procedibilidad de la acción de nulidad para impugnar los actos de contenido particular y concreto (no sólo los de contenido general y abstracto), pero a condición de que la declaratoria de nulidad solicitada no conllevara el restablecimiento del derecho lesionado¹⁶.

En los años siguientes, la doctrina de los motivos y finalidades fue objeto de diversas modificaciones, aclaraciones y adiciones¹⁷. Sin embargo, es de resaltar

16 En la sentencia del 10 de agosto de 1961, con ponencia de Carlos Gustavo Arrieta, el Consejo de Estado afirmó: *“No es la generalidad del ordenamiento impugnado el elemento que determina la viabilidad del contencioso popular de anulación. El criterio a seguir para apreciar su procedencia es el que imponen esos mismos preceptos. Son los motivos determinantes de la acción y las finalidades que a ella ha señalado la ley, los elementos que sirven para identificarla jurídicamente y para calificar su procedencia. En los artículos 62 a 66 se repite insistentemente que ‘los motivos’ que dan oportunidad a su ejercicio son la violación de la Constitución, de la ley y de las otras disposiciones superiores de derecho (...).// De los preceptos en cita se colige que los únicos motivos determinantes del contencioso popular de anulación son los de tutelar el orden jurídico y la legalidad abstracta contenida en esos estatutos superiores, y que sus finalidades son las de someter a la administración pública al imperio del derecho objetivo (...).// Los motivos y finalidades del actor deben estar en consonancia con los motivos y finalidades que las normas asignan a la acción. Es presumible esta similitud de causas y objetivos cuando se acciona por la vía del contencioso de anulación contra actos impersonales y abstractos, porque esta clase de ordenamientos entrañan una violación continua y permanente de la legalidad objetiva que afecta directamente a toda la comunidad y lesionan los derechos de todos en el presente y en el futuro. El posible interés que anime al demandante se diluye en el interés general de la sociedad. Distinta es la situación cuando el recurso se dirige contra actos particulares. En este evento, el quebrantamiento de la legalidad no tiene el carácter de continuidad y permanencia, sino que es ocasional y episódico, y sólo afecta directa e inmediatamente a determinada persona.// Cuando se utiliza el contencioso de anulación contra actos particulares, la doctrina de los motivos y finalidades opera en dos formas: si la declaratoria de nulidad solicitada no conlleva el restablecimiento del derecho subjetivo lesionado, el contencioso popular puede ejercitarse inclusive por el titular de ese derecho; pero si la sentencia favorable a las pretensiones del actor determina el restablecimiento automático de la situación jurídica individual afectada por la decisión enjuiciada, el recurso objetivo no será admisible, salvo que la acción se intente dentro de los cuatro meses de que habla la ley.”*

17 La sentencia C-426 de 2002 de la Corte Constitucional resume las variaciones introducidas por el Consejo de Estado a la doctrina de los móviles y finalidades en el periodo comprendido entre los años 1961 y 2002: *“(...) en Auto de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del 8 de agosto de 1972, se reiteró la precitada doctrina aclarándose que, si bien la acción de nulidad procede contra todos los actos administrativos -generales e individuales- con el único propósito de garantizar el orden jurídico, cuando con la petición de nulidad del acto se persigue el restablecimiento*

que expedido el Decreto 01 de 1984 (actual Código Contencioso Administrativo) ésta se mantuvo vigente, aunque fue ulteriormente precisada por la Sala Plena de la Corporación en la sentencia del 10 de agosto de 1996. Así, de acuerdo con lo expuesto en aquella oportunidad, la acción de simple nulidad, además de proceder contra los actos de contenido general y abstracto, también puede promoverse contra ciertos actos creadores de situaciones jurídicas particulares en los siguientes dos casos: (i) cuando expresamente lo consagre la ley, y (ii) cuando el acto, al margen de su contenido particular, despierte un especial interés para la comunidad que trascienda el mero interés de la legalidad en abstracto, comprometiendo el orden público, social o económico del país. En los demás casos, la acción de nulidad no será admisible respecto de los actos particulares, debiendo acudirse a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho dentro del plazo legalmente estipulado.

de los derechos particulares, civiles o administrativos presuntamente afectados, se está ante una pretensión litigiosa que se debe hacer valer de acuerdo al régimen de la acción de plena jurisdicción.// Ya frente al contenido de los artículos 84 y 85 del Decreto 01 de 1984, tal y como fueron modificados por los artículos 14 y 15 del Decreto 2304 de 1989, en providencia de la Sección Segunda del 2 de agosto de 1990, el Consejo de Estado le introdujo una clara modificación a la doctrina de los motivos y finalidades, al sostener que sólo resultaba admisible promover la acción de simple nulidad contra los actos de contenido particular y concreto, en los casos expresamente definidos por la ley. Esta posición fue a su vez complementada en Auto de la Sala Plena del 16 de mayo de 1991, al aceptarse en él que por fuera de los casos señalados en las normas jurídicas, también era posible promover la acción de simple nulidad contra actos creadores de situaciones jurídicas individuales, en el evento en que éstas tengan especial incidencia en los derechos ciudadanos, del Estado, de las libertades de los asociados y de la comunidad en general, trastornando el orden jurídico y los principios de igualdad o equidad.// Nuevamente, en Sentencia de la Sección Primera del 26 de octubre de 1995, el criterio de interpretación de la doctrina de los motivos y finalidades fue ampliado, en el sentido de afirmarse que la acción de simple nulidad cabe contra los actos de contenido particular y concreto, no sólo en los casos definidos expresamente por la ley, sino también cuando el acto represente un interés para la comunidad de tal naturaleza e importancia que desborde el simple interés de la legalidad en abstracto, por afectar el orden público social o económico; caso en el cual es necesario vincular al proceso a la persona directamente afectada con el acto.// No obstante lo anterior, en Sentencia de la Sección Tercera del 18 de abril de 1996, la Corporación retomó la versión original de la doctrina de los motivos y finalidades, reconociéndole plena vigencia a la jurisprudencia del 10 de agosto de 1961. Criticando el criterio de interpretación restrictivo que venía promoviendo la Sección Primera, se manifestó en esta providencia que a menos de que la ley lo prohibiera expresamente, era procedente la acción de simple nulidad contra todos los actos creadores de situaciones jurídicas particulares y concretas, siempre y cuando su nulidad no conllevara a un restablecimiento automático del derecho subjetivo para el administrado (...)”.

La posición asumida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en la sentencia del 10 de agosto de 1996, ha sido reiterada de manera uniforme por el Consejo de Estado¹⁸, incluso después de que la Corte Constitucional, mediante sentencia C-426 de 2002, declarara que la interpretación hecha por el máximo tribunal de lo contencioso del artículo 84 del CCA –y que se concreta en la doctrina de los motivos y finalidades– era contraria a la Constitución Política¹⁹.

18 Véanse, entre otras, en las siguientes providencias: auto de la Sección Primera de 1° de julio, radicación 5444, C.P. Manuel Santiago Urueta Ayola; auto de la Sección Primera del 4 de noviembre de 1999, radicación 5372, C.P. Manuel Santiago Urueta Ayola; auto de la Sección Segunda del 1° de junio de 2000, radicación 2220-99, C.P. Ana Margarita Olaya Forero; auto de la Sección Primera del 30 de marzo de 2000, radicación 6053, C.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; auto de la Sección Primera del 27 de septiembre de 2001, radicación 17001-23-31-000-2000-1038-01. C.P. Olga Inés Navarrete Barrero; auto de la Sección Primera del 14 de febrero de 2002, radicación 6581, C.P. Olga Inés Navarrete Barrero; auto de la Sección Cuarta del 12 de abril de 2002, radicación 12627, C.P. Ligia López Díaz; sentencia de la Sala Plena del 3 de marzo de 2003, radicación 05683, C.P. Manuel Santiago Urueta.

19 Al respecto, vale la pena mencionar que mediante sentencia C-1436 de 2000, la Corte Constitucional admitió la procedencia de la acción pública de inconstitucionalidad para resolver los conflictos atinentes a la interpretación de normas jurídicas cuando “aquellos están involucrando un problema de interpretación constitucional”. Fue precisamente con base en esta tesis que se demandó la inconstitucionalidad de la interpretación que del artículo 84 del CCA ha hecho el Consejo de Estado por considerarla restrictiva y violatoria de los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia en tanto impide, sin fundamento legal alguno, que cualquier acto de contenido particular y concreto pueda ser controvertido mediante la acción de simple nulidad. Al resolver el caso, la Corte Constitucional le dio la razón al demandante. Así, señaló que no existía fundamento legal para no admitir la procedibilidad de la acción de nulidad frente a cualquier acto creador de situaciones jurídicas particulares debido a que el artículo 84 del C.C.A., no establece distinciones en relación con la clase de actos administrativos que pueden ser demandados por esa vía, como tampoco condiciona o restringe su ámbito de procedibilidad frente a los actos de contenido particular al cumplimiento de ciertos presupuestos -como el de tener que acreditar que el acto acusado representa un especial interés para la comunidad-, o que se trate de un caso expresamente consagrado en la ley. En consecuencia, resolvió declarar la exequibilidad del artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, tal y como fue subrogado por el artículo 14 del Decreto 2304 de 1989, bajo el entendido que “*la acción de nulidad también procede contra los actos de contenido particular y concreto, cuando la pretensión es exclusivamente el control de la legalidad en abstracto del acto, en los términos de la parte motiva de esta Sentencia*”. Por su parte, el Consejo de Estado, reunido en Sala Plena, rechazó la decisión adoptada por la Corte Constitucional por considerarla frágil e incoherente. En esencia, el máximo tribunal de lo contencioso administrativo cuestionó los efectos que tendría el acatamiento del fallo proferido por la Corte sobre distintos principios y regulaciones del derecho ad-

Se tiene así que, expirado el término de caducidad previsto para la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, los actos de contenido particular y concreto no pueden ser impugnados a través de la acción de simple nulidad, aún cuando sean contrarios a la Constitución y las leyes, si la ley no prevé expresamente esta posibilidad, si la sentencia que pone fin al proceso restablece el derecho del actor o si el acto no tiene trascendencia social.

Estas restricciones para la procedibilidad de la acción de simple nulidad respecto de los actos de contenido particular y concreto fueron incorporadas al nuevo Código Administrativo y de Procedimiento Administrativo (Ley 1437 de 2011)²⁰. En esencia, esto significa que el nuevo estatuto procesal administrativo positiviza la doctrina de los móviles y finalidades, tal y como fue expuesta por la Sala Plena del Consejo de Estado en la sentencia del 10 de agosto de 1996.

ministrativo. Adicionalmente, reivindicó el carácter autónomo de su jurisprudencia basado en las facultades que la Carta Política le atribuye como juez constitucional, así como los límites competenciales de la propia Corte Constitucional en ejercicio del control abstracto de constitucionalidad: “Cuando la Corte Constitucional, en ejercicio de esa competencia, no decide sobre la petición de inconstitucionalidad de las leyes o de los decretos con fuerza de ley (...), sino que extiende su control, sin fundamento en el derecho positivo, a la interpretación que de las normas controlables hacen los jueces, con la pretensión de imponer su criterio de interpretación a los operadores jurídicos, traslada el objeto de su competencia a una materia no prevista constitucionalmente e incurre en una manifiesta no aplicación de la norma constitucional que le da competencia y crea así una nueva acción de inconstitucionalidad referida a la jurisprudencia producida por los jueces de la República”. Consejo de Estado, sentencia de la Sala Plena del 3 de marzo de 2003, radicación 05683, C.P. Manuel Santiago Urueta

- 20 El artículo 137 de la Ley 1437 de 2001 establece que: “*Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general.// Procederá cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió.// También puede pedirse que se declare la nulidad de las circulares de servicio y de los actos de certificación y registro.// Excepcionalmente podrá pedirse la nulidad de actos administrativos de contenido particular en los siguientes casos: 1. Cuando con la demanda no se persiga o de la sentencia de nulidad que se produjere no se genere el restablecimiento automático de un derecho subjetivo a favor del demandante o de un tercero.// 2. Cuando se trate de recuperar bienes de uso público.// 3. Cuando los efectos nocivos del acto administrativo afecten en materia grave el orden público, político, económico, social o ecológico.// 4. Cuando la ley lo consagre expresamente*”.

2) *La acción de nulidad por inconstitucionalidad*

La acción de nulidad por inconstitucionalidad fue incluida en el ordenamiento jurídico colombiano mediante el Acto legislativo n.º 1 de 1945, reformativo del texto constitucional de 1886: “*Artículo 41. Corresponde a la jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo conocer de las acusaciones por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno, cuando no sean de los expedidos en ejercicio de las facultades de que tratan los ordinales 11 y 12 del Artículo 69 y el Artículo 117 de esta Constitución*”.

Según se ve, el Acto legislativo n.º 1 de 1945 atribuyó al Consejo de Estado una competencia amplia para juzgar la inconstitucionalidad de los decretos expedidos por el gobierno nacional, pero estableció algunas excepciones que eran de competencia de la Corte Suprema de Justicia, a saber: (i) los decretos promulgados en virtud de las autorizaciones otorgadas por el Congreso al gobierno para celebrar contratos, negociar empréstitos, enajenar bienes nacionales y ejercer otras funciones dentro de la órbita constitucional; (ii) los decretos expedidos en ejercicio de facultades extraordinarias; y (iii) los decretos dictados en ejercicio de las facultades del estado de sitio.

Esto supuso una modificación sustancial del ámbito de competencias de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado. Hasta 1945, era del resorte de la Corte Suprema de Justicia el conocimiento de las acusaciones formuladas respecto de todos los decretos expedidos por el gobierno cuando la demanda se fundaba en cargos de inconstitucionalidad²¹.

Ello pese a que con anterioridad a la aprobación de esta reforma, el Congreso de la República había atribuido a la jurisdicción contencioso administrativa la competencia para examinar la constitucionalidad de los decretos expedidos por el gobierno. Así, la Ley 130 de 1913 facultó al Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo para declarar la nulidad de los “*actos de gobierno o de los ministros que no sean de la clase de los sometidos a la jurisdicción de la Corte Suprema de Justicia (...) cuando sean contrarios a la Constitución (...)*” (artículo 78). Sin embargo, tanto la Corte Suprema de Justicia como el Consejo de Estado entendieron que a aquélla correspondía conocer de las acusaciones por inconstitucionalidad contra los decretos de carácter ejecutivo o legislativo expedidos por el gobierno nacional, en tanto que el Consejo de Estado sólo tenía competencia para conocer de las demandas de ilegalidad contra los mismo decretos, “*así como*

21 Francisco de Paula Pérez, *Derecho constitucional colombiano*, ediciones Lerner, Bogotá, 1962, p. 450.

también de la inconstitucionalidad o ilegalidad de las resoluciones del Gobierno y de los decretos y otros actos de los Ministros del Despacho”²².

También la Ley 167 de 1941, atribuyó al Consejo de Estado la competencia para conocer de las demandas de nulidad contra los decretos expedidos por el gobierno nacional por razones de inconstitucionalidad (artículo 62). No obstante, este nuevo intento legislativo por someter al control de la jurisdicción contencioso administrativa la constitucionalidad de los decretos gubernamentales tampoco prosperó debido a que, mediante sentencia del 7 de julio de 1942, la Corte Suprema de Justicia declaró la inexecutable de la referida disposición por considerarla contraria al artículo 149 de la Constitución de 1886²³.

Como consecuencia de lo anterior, tanto el Consejo de Estado como la Corte Suprema de Justicia continuaron argumentando que sus respectivas competencias en materia de control de actos proferidos por el gobierno nacional estaban delimitadas por el tipo de defecto –inconstitucionalidad o ilegalidad– que presentara el decreto en cuestión.

Sin embargo, pronto quedó en evidencia que el asunto era más fácil de resolver en la teoría que en la práctica. La distribución de competencias entre el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia generó múltiples inconvenientes y conflictos que no fueron satisfactoriamente resueltos por la jurisprudencia de la época. Debido a que la constitucionalidad de los decretos expedidos por el gobierno nacional tenía que ser impugnada ante la Corte y su legalidad tenía que serlo ante el Consejo de Estado, ocurría que se presentaban discrepancias y contradicciones entre los fallos dictados por uno y otro tribunal respecto del mismo decreto. Además, en opinión de la doctrina, no siempre era fácil determinar cuándo un determinado acto administrativo era contrario a la Constitución o a la ley para efectos de establecer si debía demandarse su inexecutable ante la Corte o su ilegalidad ante el Consejo de Estado²⁴.

22 Tulio Enrique Tascón, op. cit., p. 137.

23 De acuerdo con lo dispuesto en artículo 149 de la Constitución de 1886, reformado mediante el Acto legislativo n.º 3 de 1910, correspondía a la Corte Suprema de Justicia la facultad de “[d]ecidir definitivamente sobre la executable de los Actos Legislativos que hayan sido objetados como inconstitucionales por el Gobierno, o sobre todas las leyes o decretos acusados ante ella por cualquier ciudadano como inconstitucionales, previa audiencia del Procurador General de la Nación”.

24 Este problema de interpretación fue ejemplificado por Tascón en los siguientes términos: “(...) así, tratándose, por ejemplo, de los reglamentos, que son leyes en el sentido material, se pregunta si cuando el Presidente de la República extralimita la potestad reglamentaria que la Constitución le confiere, dictando disposiciones que no atañen propiamente a la cumplida ejecución de la ley reglamentada, sino que contienen normas nuevas, que amplían o restringen el alcance de dicha ley o exigen formalidades distintas de las prescritas por ella, o establecen penas o impuestos que no están previstos en el

En este contexto, la reforma introducida por el Acto legislativo n.º 1 de 1945, en cuanto atribuye expresamente al Consejo de Estado la competencia de examinar la constitucionalidad de los decretos expedidos por el gobierno nacional, puede verse como una respuesta normativa a un problema jurídico. Sin embargo, desde un punto de vista histórico, no debe perderse de vista que la atribución del rol de juez constitucional al Consejo de Estado, se enmarca dentro de un conjunto amplio de reformas impulsadas durante la llamada “República liberal” con el fin de fortalecer los principios básicos del Estado de derecho y de ampliar la protección de los derechos y libertades individuales²⁵.

Para la distribución de competencias entre el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia, la reforma constitucional de 1945 apeló a un criterio material y no formal de las leyes y de los actos administrativos²⁶. Así, eran de competencia del máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria aquellas reglamentaciones de carácter general a los que la Constitución les atribuía expresamente “la fuerza normativa de la ley” (artículo 118), aunque hubieren sido expedidos por el Presidente de la República, a saber: los decretos dictados en ejercicio de facultades extraordinarias, los decretos expedidos en virtud de las facultades del Estado de sitio y los decretos expedidos en uso de autorizaciones especiales u ordinarias, previstas en los artículos 32 y 76-11 de la Constitución. En contraste, eran de conocimiento del Consejo de Estado todas aquellas normativas de carácter general, dictadas por el ejecutivo, en ejercicio de la función administrativa²⁷.

No obstante, la aprobación de la reforma constitucional de 1968 suscitó nuevos debates doctrinarios y jurisprudenciales sobre el alcance de la acción de nulidad por inconstitucionalidad. Inspirada en el propósito de aumentar las facultades presidenciales para adoptar medidas de intervención económica, sin tener que someterlas a los “lentos y complejos trámites parlamentarios”²⁸, el Acto legislativo n.º 1 de 1968 consagró los llamados “reglamentos constitucionales”, los cuales,

texto desarrollado, ¿se viola con ello la Constitución o la ley?”. Op. cit., p. 139.

25 Hernando Valencia Villa, *Cartas de Batalla. Una crítica al constitucionalismo colombiano*, editorial Panamericana, primera edición, Bogotá, 2010, p. 180 y ss.

26 Humberto Mora Osejo, *Estudios constitucionales*, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 1993, p. 40.

27 Esta distribución de competencias, sin embargo, no fue bien recibida por algunos sectores de la doctrina. Al respecto, Tulio Enrique Tascón, señalaba que la modificación introducida por el Acto Legislativo n.º 1 de 1945 resultaba “*anticientífica e inconvenientísima*” en razón que, tanto los decretos expedidos en uso de facultades extraordinarias como los decretos expedidos en uso de facultades especiales u ordinarias, son actos administrativos en sentido formal: “*actos de la Administración son todos los que emanan del Órgano Legislativo o Jurisdiccional*”. Op. cit., p. 143.

28 Humberto Mora Osejo, op. cit., p. 40.

al decir del Consejo de Estado, eran normas jurídicas expedidas por el Presidente de la República, pero no para ejecutar leyes, sino para cumplir aquellas funciones que le habían sido confiadas directamente por la Constitución²⁹.

La controversia surgió porque la Constitución de 1886 no definía expresamente la naturaleza jurídica de los reglamentos constitucionales, aunque sí señalaba que la expedición de estos reglamentos era una facultad encomendada al Presidente como “suprema autoridad administrativa” (Constitución de 1886, artículo 20). Esta situación produjo un enfrentamiento entre la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado.

Así, mediante las sentencias del 18 de agosto de 1972 y del 15 de diciembre de 1973, la Corte Suprema de Justicia adujo que los llamados reglamentos constitucionales tenían fuerza material de ley debido a que la reforma constitucional de 1968 había efectuado un traslado de competencias del Congreso al ejecutivo para legislar sobre ciertas materias³⁰. Por su parte, la Sección Primera del Consejo de Estado, mediante la sentencia del 14 de junio de 1974, atribuyó a los citados reglamentos una naturaleza jurídica eminentemente administrativa por considerar que la Constitución no les atribuía expresamente un carácter distinto, como sí lo había hecho con otro tipo de decretos, y que eran un desarrollo de la “suprema autoridad administrativa del Presidente”, ejercida con la finalidad de ejecutar o dar cumplimiento a las disposiciones de la Carta Política³¹.

De esta forma, mientras que la Corte estimaba que los reglamentos constitucionales podían modificar, suspender o derogar las leyes preexistentes, y que podían ser demandados mediante la acción pública de inconstitucionalidad, el Consejo de Estado consideraba justamente lo contrario: esto es, que no podían modificar o derogar las leyes preexistentes y que el juzgamiento de su constitucionalidad era de competencia suya y no de la Corte Suprema.

La Constitución de 1991 modificó este panorama al fortalecer la competencia del Consejo de Estado para ejercer el control de constitucionalidad de los decretos dictados por el gobierno nacional. Aunque a primera vista parece que no existen diferencias entre el contenido del artículo 216 de la Constitución de 1886 y el artículo 237 de la Constitución actual, más allá de la creación de la Corte Constitucional, lo cierto es que la competencia del Consejo de Estado para juzgar la constitucionalidad de los decretos del gobierno nacional ya no se circunscribe a aquéllos de carácter administrativo.

29 Jaime Vidal Perdomo, *Derecho Administrativo*, Biblioteca Banco Popular, sexta edición actualizada, Cali, Colombia, 1978, p. 317.

30 *Ibíd.*, p. 323.

31 *Ibíd.*, p. 337 y 338.

En efecto, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 237 y 241 de la Constitución Política, el Consejo de Estado tiene ahora una cláusula general de competencia en relación con los decretos que el gobierno expida en cumplimiento de los cometidos estatales, mientras que la Corte Constitucional tiene en la misma materia una competencia de excepción³². Esto constituye un cambio sustancial, pues “*mientras en la anterior Constitución a la Corte Suprema le correspondía, entre otras materias, el juzgamiento, mediante acción o control directo, de todos los decretos legislativos dictados por el gobierno, en la actualmente vigente, la Corte Constitucional sólo tiene competencia para conocer de las materias que le están atribuidas expresamente*”³³. Esto implica que el Consejo de Estado conoce de los decretos con fuerza de ley que no se encuentran expresamente enunciados en el artículo 241 de la Constitución, así como de los reglamentos proferidos por otras ramas del poder público y por los órganos autónomos e independientes³⁴.

Con todo, debe advertirse que la nueva reglamentación no logró evitar que se presentaran conflictos de competencia entre la Corte Constitucional y la jurisdicción contencioso administrativa³⁵. Tampoco permitió resolver las dudas que

32 Consejo de Estado, Sala Plena, sentencia del 4 de marzo de 2003, radicado 1999-05683-02, C.P. Manuel Santiago Urueta.

33 Humberto Mora Osejo, op. cit., p. 51.

34 Al respecto, la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia del 14 de agosto de 2008, exp. 16230, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, señaló que: “*Lo dicho permite concluir que la noción de ley con base en la cual se efectúa la asignación constitucional de competencias a la Corte Constitucional es una noción formal u orgánica, de conformidad con la cual ley es solamente la norma aprobada por el Congreso de la República. Claro ésta, dicha atribución de competencias llevada a cabo remitiendo, por regla general, a la noción de ley en sentido formal, se encuentra complementada a través de la introducción, de forma expresa y taxativa, de algunas excepciones, por parte del Constituyente, el cual, en el artículo 241 superior atribuyó, se insiste, de forma excepcional y restringida, al Tribunal Constitucional la competencia para conocer de los procesos de constitucionalidad relacionados con algunos decretos del Gobierno que no tienen carácter formal pero sí material de ley (...).// Sostener lo contrario, es decir que el control de constitucionalidad que está llamada a practicar la Corte Constitucional se extiende a toda norma jurídica de la cual sea predicable la condición de ley en sentido material, supondría vaciar de contenido el contencioso objetivo o de anulación que constitucionalmente corresponde llevar a cabo a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, pues toda manifestación unilateral de voluntad de la Administración –o de otras Ramas u órganos del Poder Público–, productora de efectos jurídicos, con un contenido general, impersonal y abstracto y provista de vocación de permanencia en el tiempo, esto es, cualquier reglamento, puede ser considerado ley en sentido material y habría de ser demandado ante el Tribunal Constitucional”.*

35 Mediante providencia del 13 de octubre de 1994, la Sala Jurisdiccional del Consejo Superior de la Judicatura, resolvió el conflicto de competencia suscitado entre la Cor-

surgieron en relación con el ámbito de aplicación de la acción de nulidad por inconstitucionalidad y la acción de simple nulidad después de que la Ley 446 de 1998 adicionó las funciones de la Sala Plena del Consejo de Estado en los siguientes términos: “*Conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad contra los decretos de carácter general dictados por el Gobierno Nacional, que no correspondan a la Corte Constitucional, cuya conformidad con el ordenamiento jurídico se establezca mediante confrontación directa con la Constitución y no obedezca a una función propiamente administrativa*” (artículo 33).

El problema práctico consiste en determinar cuál es el alcance de la expresión “*y no obedezca a una función propiamente administrativa*”. En principio, se trataría de actos expedidos no para el desarrollo de una ley, sino para el cumplimiento de las funciones que la Constitución le ha confiado directamente al gobierno nacional (los llamados reglamentos autónomos o constitucionales) y de decretos de contenido legislativo que no sean de competencia de la Corte Constitucional.

No obstante, el asunto ha generado todo tipo de controversias sobre todo después de que la Corte Constitucional declaró la inexecutable de los artículos de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia que pretendían definir expresamente su ámbito de aplicación de la acción de nulidad por inconstitucionalidad³⁶.

Esta falta de claridad normativa sobre el asunto ha llevado al Consejo de Estado a la definición de un criterio operacional que le permite cumplir con su papel de juez constitucional³⁷. En efecto, en los últimos años, ha proferido importantes decisiones orientadas a precisar el alcance de la mencionada acción y a diferenciarla de la acción de simple nulidad para efectos de establecer en qué casos la competencia para resolver el asunto recae en la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, y en qué casos recae en las distintas secciones que la integran³⁸.

te Constitucional y el Consejo de Estado para conocer de las demandas formuladas contra el Decreto 1421 de 1993 por razones de inconstitucionalidad.

36 El artículo 49 del proyecto de Ley Estatutaria de Administración de Justicia, declarado inexecutable por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-037 de 1996, incluía una enumeración del tipo de decretos que podían ser objeto de la acción de nulidad por inconstitucionalidad. Estos decretos eran (i) los dictados por el gobierno nacional en ejercicio de facultades constitucionales y con sujeción a leyes generales, cuadro o marco; (ii) los dictados por el gobierno nacional en ejercicio de las leyes que le confieren autorizaciones; (iii) los dictados por el gobierno nacional en ejercicio de las leyes que confieren mandatos de intervención en la economía y; (iv) los dictados por el gobierno nacional en ejercicio de facultades que directamente le atribuye la Constitución y sin sujeción a la ley previa.

37 Jaime Orlando Santofimio, op. cit., p. 183.

38 El artículo 33 de la Ley 446 de 1998, mediante la cual se adiciona el artículo 97 del Código Contencioso Administrativo, atribuye a la Sala Plena de lo Contencioso

Así, de acuerdo con jurisprudencia reiterada, la acción de nulidad por inconstitucionalidad procede contra los decretos de carácter general dictados por el gobierno nacional que se encuentren en oposición directa con el texto constitucional y que no obedezcan a una función propiamente administrativa, esto es, que no desarrollen o den aplicación concreta a la ley o condicionen la aplicación de una situación legal preexistente a una persona determinada.

Lo anterior significa que no basta que el decreto acusado contradiga una o varias normas constitucionales para que proceda la acción de nulidad por inconstitucionalidad *“pues si los actos enjuiciados son de naturaleza eminentemente administrativa y su confrontación con la Carta Política es mediata, a tal demanda se le habrá de dar tratamiento de acción de nulidad y su conocimiento estará a cargo de alguna de las cinco secciones que conforman la Sala de lo Contencioso Administrativo, atendiendo al tema tratado en el acto censurado”*³⁹.

Dicho en otros términos, para que proceda la acción de nulidad por inconstitucionalidad y, por ende, para que se active la competencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, es imperativo que el acto demandado transgreda directa e inmediatamente normas constitucionales. De lo contrario, esto es, si es la ley la que resulta directamente transgredida por el acto acusado, aunque tal agresión también comporte el desconocimiento mediato de normas constitucionales, el asunto deberá someterse al trámite de la acción de simple nulidad.

3) *El control inmediato de legalidad*

El artículo 20 de la Ley 137 de 1994, estatutaria de los estados de excepción, instituyó el control inmediato de legalidad en los siguientes términos:

Administrativo la competencia para conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad que se promuevan contra “los decretos de carácter general dictados por el Gobierno Nacional, que no correspondan a la Corte Constitucional, cuya inconformidad con el ordenamiento jurídico se establezca mediante confrontación directa con la Constitución Política y que no obedezca a función propiamente administrativa”.

39 Consejo de Estado, sentencia de la Sección Segunda de 9 de octubre de 2008, radicación 00092, C.P. Jesús María Lemus Bustamente. En el mismo sentido, véase, la sentencia de la Sala Plena del 23 de julio de 1996, radicación S-612, C.P. Juan Alberto Polo Figueroa; la sentencia de la Sección Tercera del 18 de junio de 1998, radicación 11120, C.P. Daniel Suárez Hernández; la sentencia de la Sección Tercera del 3 de marzo de 2005, radicación 27834, C.P. Ruth Estela Correa Palacio; la sentencia de la Sección Primera del 10 de mayo de 2007, radicación 0130, C.P. Camilo Arciniegas Andrade; la sentencia de la Sección Tercera del 1º de abril de 2009, radicación 36312, C.P. Ruth Estela Correa Palacio.

Las medidas de carácter general que sean dictadas en ejercicio de la función administrativa y como desarrollo de los decretos legislativos durante los Estados de Excepción, tendrán un control inmediato de legalidad, ejercido por la autoridad de lo contencioso administrativo en el lugar donde se expidan si se tratare de entidades territoriales o del Consejo de Estado si emanaren de autoridades nacionales.

Las autoridades competentes que los expidan enviarán los actos administrativos a la jurisdicción contencioso-administrativa indicada, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a su expedición.

Según se ve, la norma transcrita fija tres requisitos para que proceda el control inmediato de legalidad. En primer lugar, que se trate de un acto de contenido general; por otro lado, que se haya dictado en ejercicio de la función administrativa; y por último, que tenga como fin desarrollar los decretos legislativos expedidos con base en los estados de excepción⁴⁰. En esencia, esto significa que el control inmediato de legalidad no procede sobre los decretos de carácter general (tampoco contra los de carácter particular) dictados en ejercicio de la función administrativa que ejerce el Presidente en virtud del mandato permanente que le otorga la Constitución Política.

En cuanto a la competencia, el artículo transcrito dispone que corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa ejercer el control inmediato de legalidad. En armonía con lo dispuesto en la Ley Estatutaria de Administración de Justicia (artículo 37-2), se ha entendido que la competencia recae específicamente en la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

Adicionalmente, se establece la oficiosidad del trámite. Quiso el legislador que el examen de legalidad no necesitara de la iniciativa de los particulares, aunque no la excluye; basta que sean expedidas para que surja la competencia de esta jurisdicción y la obligación de la autoridad que las profiere de remitirlas a examen. Luego, si la autoridad ejecutiva incumple su deber legal de enviarlas a esta jurisdicción, dentro del término de las 48 horas siguientes a su expedición, el juez administrativo está facultado para asumir el examen de las mismas en forma oficiosa o, incluso, como resultado del ejercicio del derecho constitucional de petición formulado ante él por cualquier persona⁴¹.

40 Sala Plena del Consejo de Estado, sentencia del 21 de junio de 1999, radicación CA-023, C.P. Manuel Santiago Urueta; sentencia del 5 de octubre de 1999, radicación CA-028, C.P. Manuel Santiago Urueta; sentencia del 2 de noviembre de 1999, radicación CA-037, C.P. Carlos Arturo Orjuela Góngora; auto del 28 de enero de 2003, radicación CA-066, C.P. Reinaldo Chavarro Buriticá.

41 Consejo De Estado, Sala Plena, sentencia del 7 de febrero de 2000, exp. CA-033, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

Al margen de lo anterior, la Ley Estatutaria de Estados de Excepción nada dice acerca de tres aspectos fundamentales para el ejercicio del control inmediato de legalidad: por un lado, el tipo de control (formal o material) que corresponde adelantar al Consejo de Estado; por otro lado, la oportunidad en que procede el control (antes o después de que la Corte Constitucional se pronuncie sobre la constitucionalidad del decreto declaratorio del estado de excepción y de los decretos legislativos que lo desarrollan) y; finalmente, los efectos de la sentencia dictada en ejercicio del control inmediato de legalidad.

Este notorio vacío normativo ha sido, no obstante, subsanado por el Consejo de Estado apelando a claros y expresos principios y normas constitucionales que buscan asegurar la primacía de los derechos fundamentales y someter el ejercicio de los poderes presidenciales de excepción a un estricto sistema de controles, no sólo de tipo político, sino también judicial.

Así, en lo relativo al tipo de control, el Consejo de Estado ha señalado que debe ser integral, esto es, que debe incluir la verificación de *“la competencia para expedirlo, el cumplimiento de los requisitos de forma y de fondo, la conexidad de las medidas que se dicten con las causas que dieron origen a su implantación, el carácter transitorio y la proporcionalidad de las mismas, así como su conformidad con el resto del ordenamiento jurídico (...)”*⁴². En tal sentido, el parámetro de control debe incluir una confrontación normativa entre los decretos expedidos bajo el amparo de los decretos legislativos, respecto de la totalidad del ordenamiento jurídico.

Bajo esta orientación, la Corporación ha señalado que la *integralidad* que se predica del control inmediato de legalidad no es asimilable a la que se deriva del juicio automático de constitucionalidad que realiza la Corte Constitucional respecto de los decretos legislativos, expedidos al amparo de la declaratoria del estado de excepción, pues *“no es lo mismo revisar una norma legal de excepción delante de un número finito de disposiciones (como es la Constitución), que revisarla frente al «resto del ordenamiento jurídico»”*⁴³.

Respecto de la oportunidad en que procede el control inmediato de legalidad, ha dicho el máximo tribunal de lo contencioso administrativo que no es necesario esperar a que la Corte Constitucional se pronuncie sobre la constitucionalidad del decreto declaratorio del estado de excepción y de los decretos legislativos que lo

42 Consejo de Estado, Sala Plena de lo contencioso administrativo, sentencia del 3 de mayo de 1999, radicación CA-011, C.P. Ricardo Hoyos Duque; sentencia del 24 de septiembre de 2002, radicación CA-002, C.P. Alberto Arango Mantilla; sentencia del 20 de octubre de 2009, radicación 00549, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

43 Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 23 de noviembre de 2010, exp. 2010-00196-00, C.P. Ruth Stella Correa.

desarrollan⁴⁴. En este sentido, se confiere al Consejo de Estado autonomía para conocer de la legalidad de los decretos señalados “*sin perjuicio de que deba estarse a los efectos del fallo de constitucionalidad respectivo, si ésta ya se profirió, o para cuando se profiera*”⁴⁵ y de que el acto administrativo pierda posteriormente su fuerza ejecutoria en virtud de la declaratoria de inexecutable, por parte de la Corte Constitucional, de los decretos legislativos que le sirven de base⁴⁶.

Finalmente, en cuanto el carácter de la sentencia dictada en ejercicio del control inmediato de legalidad, el Consejo de Estado ha considerado que hace tránsito a cosa juzgada relativa en aquellos eventos en los cuales puedan volver a plantearse cargos de inconstitucionalidad y/o ilegalidad respecto de los enunciados normativos analizados, “*pero con fundamento en problemas jurídicos distintos de los abordados por la Corporación respectiva en el fallo que previamente ha sido proferido*”⁴⁷. La consecuencia lógica de lo anterior, es que el acto administrativo objeto de control puede ser sometido nuevamente al examen de la jurisdicción contencioso administrativa en ejercicio de la acción pública de nulidad⁴⁸.

44 Consejo de Estado, Sala Plena de lo contencioso administrativo, sentencia del 3 de mayo de 1999, radicación CA-011, C.P. Ricardo Hoyos Duque; sentencia del 24 de septiembre de 2002, radicación CA-002, C.P. Alberto Arango Mantilla; sentencia del 20 de octubre de 2009, radicación 00549, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

45 Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencias A-010 de enero 26 de 1999, C.P. Daniel Manrique Guzmán; CA-013 de 2 de febrero de 1999, C.P. Ricardo Hoyos Duque; CA-009 de 23 de febrero de 1999, C.P. Silvio Escudero Castro; CA-020 de 24 de agosto de 1999, C.P. Alberto Arango Mantilla.

46 Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 11 de agosto de 2009, radicación CA-00304, C.P. Filemón Jiménez Ochoa; sentencia del 20 de octubre de 2009, radicación 00549, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Al respecto, he planteado una tesis diferente a la sostenida por la Sala Plena Contenciosa, que lleva a considerar la necesidad de decretar la nulidad por consecuencia cuando ya exista pronunciamiento de la Corte y éste sea de inexecutable del decreto declarativo del estado de excepción. Ver el salvamento de voto hecho a las siguientes sentencias: mayo 31 de 2011, exp. 2010-0388, C.P. Gerardo Arenas Monsalve; abril 12 de 2011, exp. 2010-0170, C.P. Alfonso Vargas Rincón; febrero 22 de 2011, exp. 2010-0452, C.P. Mauricio Torres Cuervo; enero 18 de 2011, exp. 2010-0165, C.P. Carmen Teresa Ortiz; enero 18 de 2011, exp. 2010- 0386, C.P. María Elizabeth García; noviembre 23 de 2010, exp. 2010-3260, C.P. Luis Rafael Vergara; noviembre 23 de 2010, exp. 2010-0196, C.P. Ruth Stella Correa Palacio; noviembre 23 de 2010, exp 2010-0411, C.P. Víctor Hernando Alvarado; noviembre 23 de 2010, exp. 2010-0458, C.P. Martha Teresa Briceño; noviembre 23 de 2010, exp. 2010-0347, C. P. Rafael E. Ostau De Lafont; octubre 19 de 2010, exp. 2010-0391, C.P. Susana Buitrago Valencia.

47 Consejo de Estado, Sala Plena de lo contencioso administrativo, sentencia del 20 de octubre de 2009, radicación 00549, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

48 Vale la pena resaltar que el principal argumento utilizado por la Sala Plena del Consejo de Estado para admitir la procedibilidad de la acción de simple nulidad respecto de

II. Análisis comparativo entre la acción de nulidad por inconstitucionalidad, la acción pública de inconstitucionalidad y la acción de simple nulidad

Tal como quedó previamente expuesto, este aparte incluye un breve análisis comparativo entre la acción de nulidad por inconstitucionalidad, la acción de simple nulidad y la acción pública de inconstitucionalidad con el fin de establecer si se trata de acciones distintas y diferenciables dentro del ordenamiento jurídico colombiano.

1) La acción de nulidad por inconstitucionalidad y la acción pública de inconstitucionalidad

Según ya se señaló, el sistema de control de constitucionalidad en Colombia es de carácter mixto por cuanto la propia Constitución establece dos vías de acción distintas, a cargo de órganos diferenciados, para el ejercicio del control abstracto de constitucionalidad. Estas vías son la acción pública de inconstitucionalidad y la acción de nulidad por inconstitucionalidad.

Un análisis comparativo entre estas dos acciones permite advertir que existen entre ellas importantes similitudes. En efecto, tanto la acción de nulidad por inconstitucionalidad como la acción pública de inconstitucionalidad tienen la misma finalidad, cual es la preservación del orden constitucional, y no la satisfacción de intereses subjetivos. Adicionalmente, comparten la misma titularidad ya que pueden ser interpuestas por cualquier persona natural que ostente la calidad de ciudadano⁴⁹.

Otra semejanza importante es que la sentencia que pone fin al proceso tiene, en ambos casos y por regla general, efectos *erga omnes*, hacia el futuro, en el caso de la Corte y retroactivo en el caso del Consejo de Estado aunque ambas

los actos administrativos dictados al amparo de los decretos legislativos del estado de excepción, consistente en que el artículo 84 del CCA no establece distinciones frente al tipo de actos administrativos que pueden ser objeto de tal acción, es el mismo argumento empleado por la Corte Constitucional para declarar la inconstitucionalidad del fundamento utilizado por el Consejo de Estado para excluir del alcance de la acción de nulidad los actos de contenido particular y concreto.

49 Al respecto, véase: Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 1 de abril de 2009, rad. 36312, C.P. Ruth Stella Correa; y Corte Constitucional, sentencia C-992 de 2006, M.P: Álvaro Tafur Galvis.

corporaciones se han reservado la facultad de definir autónomamente los efectos de sus propias decisiones⁵⁰.

No obstante, entre la acción de nulidad por inconstitucionalidad y la acción pública de inconstitucionalidad existen importantes diferencias que les atribuyen un carácter único y que justifican su existencia autónoma.

1. En primer lugar, la competencia para resolver sobre cada una de estas acciones se encuentra atribuida a órganos distintos. Así, mientras que la acción pública de inconstitucionalidad corresponde a la Corte Constitucional, la acción de nulidad por inconstitucionalidad es de competencia de la Sala Plena del Consejo de Estado.
2. Otra diferencia importante está dada por la oportunidad para el ejercicio de cada acción. Conforme a lo dispuesto en el artículo 242 de la Constitución, la acción pública de inconstitucional puede ser ejercida en cualquier tiempo, salvo por vicios de forma, pues en este caso, la caducidad se produce a partir del año siguiente a la publicación del respectivo acto. En cambio, la acción de nulidad por inconstitucionalidad no tiene término de caducidad, por lo que puede promoverse en cualquier momento, incluso si el acto acusado ha sido expedido de forma irregular.
3. Además de lo anterior, estas dos acciones se diferencian en cuanto a su ámbito de aplicación. La acción pública de inconstitucionalidad procede contra las leyes en sentido formal, esto es, las regulaciones expedidas por el Congreso, los referendos sobre leyes, consultas y plebiscitos del orden nacional, los actos reformativos de la Constitución, los decretos con fuerza de ley dictados por el gobierno en uso de las facultades extraordinarias y el decreto mediante el cual se aprueba el Plan de Inversiones Públicas del Plan Nacional de Desarrollo (C.P., artículo 241). Por su parte, la acción de nulidad por inconstitucionalidad procede contra todos los decretos dictados por el gobierno nacional que no sean de competencia de la Corte Constitucional, siempre que no correspondan al desarrollo de una función administrativa (C.P., artículo 237, Ley 448 de 1998, artículo 33).

50 Al respecto, véase: Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia el 20 de octubre de 2009, C.P.: Mauricio Fajardo Gómez; Corte Constitucional, sentencia C-037 de 1996, M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa.

2) *La acción de nulidad por inconstitucionalidad y la acción de simple nulidad*

En un fallo reciente, el Consejo de Estado se preguntaba si la acción de nulidad por inconstitucionalidad a que se refiere el numeral 2 del artículo 237 de la Constitución Política es una “acción de nulidad” distinta a la convencional o, si por el contrario, se trata de la misma acción⁵¹.

Si bien en aquella oportunidad concluyó que la de nulidad por inconstitucionalidad no es una acción distinta (especial) de la de nulidad convencional⁵², aunque estuvieran sometidas a un reparto distinto de competencias, en función del tipo de vicio atribuido al acto demandado (inconstitucionalidad o ilegalidad), el Consejo de Estado parece haber cambiado su posición en la medida en que en decisiones más recientes ha señalado que, al margen del aspecto competencial, existen entre las dos acciones otras diferencias importantes:

Es claro que entre la acción de nulidad por inconstitucionalidad contra decretos de carácter general expedidos por el Gobierno Nacional, que no correspondan a la Corte Constitucional (numeral 7° del artículo 97 del C.C.A.), y la acción de simple nulidad (artículo 84 del C.C.A) contra actos administrativos, no sólo existen diferencias importantes en cuanto a la materia y el fundamento del acto enjuiciable, sino también en otros aspectos, pues mientras en la primera, su titularidad se encuentra en cabeza únicamente de la persona natural que ostente la calidad de ciudadano, sólo puede ser ejercida invocando la violación directa de la Constitución Política, debe seguirse bajo un procedimiento ordinario pero con términos reducidos, observar diversas reglas para la interposición de recursos (sólo cabe el de reposición), y la sustanciación y ponencia corresponderá a uno de los Consejeros de la Sección respectiva según la materia y el fallo a

51 Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 19 de noviembre de 2008, exp. 33964, C.P.: Enrique Gil Botero.

52 “Del tenor literal de la disposición [se refiere al artículo 37 de la Ley 270 de 1996], así como de una interpretación sistemática de la misma, se desprende de manera inequívoca que aquí no se creó una acción (especial) distinta a la de nulidad convencional, sino que en desarrollo del reparto de funciones entre las distintas Salas y secciones del Consejo de Estado, se le atribuyó a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, el conocimiento de las acciones de nulidad que se presenten para cuestionar la inconstitucionalidad de los Decretos del Gobierno Nacional, no susceptibles de control de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional”. *Ibíd.*

la Sala Plena⁵³; la segunda, en cambio, puede ser ejercida por cualquier persona natural o jurídica, invocando la infracción a la ley y los demás supuestos de que trata el inciso segundo del artículo 84 del C.C.A, y se tramitará y decidirá por las Secciones respectivas, conforme a las reglas generales del C.C.A. y el procedimiento ordinario establecido en los artículos 206 y ss. del mismo⁵⁴.

Además de lo anterior, como lo enuncia el Consejo de Estado, la principal diferencia entre una acción y otra está dada por el ámbito de aplicación, pues mientras que la acción de simple nulidad procede contra todos los actos dictados por el gobierno nacional en ejercicio de las funciones propiamente administrativas, la de nulidad por inconstitucionalidad procede contra todos los decretos dictados por el gobierno, que no sean de competencia de la Corte Constitucional y que no correspondan al ejercicio de una función administrativa.

53 C.C.A: “Artículo 97. Integración y atribuciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo (modificado por el artículo 37 de la Ley 270 de 1996 y adicionado por el artículo 33 de la Ley 446 de 1998). (...) Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Tendrá las siguientes funciones especiales: “7. De las acciones de nulidad por inconstitucionalidad que se promuevan contra los Decretos de carácter general dictados por el Gobierno Nacional, que no correspondan a la Corte Constitucional, cuya inconformidad con el ordenamiento jurídico se establezca mediante confrontación directa con la Constitución Política y que no obedezca a función propiamente administrativa. La acción podrá ejercitarse por cualquier ciudadano y se tramitará con sujeción al procedimiento ordinario previsto en los artículos 206 y siguientes de este Código, salvo en lo que se refiere al período probatorio que, si fuere necesario, tendrá un término máximo de diez (10) días. En estos procesos la sustanciación y ponencia corresponderá a uno de los Consejeros de la Sección respectiva según la materia y el fallo a la Sala Plena. Contra los autos proferidos por el ponente sólo procederá el recurso de reposición. Los que resuelvan la petición de suspensión provisional, los que decreten inadmisión de la demanda, los que pongan fin al proceso y los que decreten nulidades procesales, serán proferidos por la Sección y contra ellos solamente procederá el recurso de reposición. El ponente registrará el proyecto de fallo dentro de los quince (15) días siguientes a la fecha de entrada a despacho para sentencia. La Sala Plena deberá adoptar el fallo dentro de los veinte (20) días siguientes, salvo que existan otros asuntos que gocen de prelación constitucional. Las acciones de nulidad de los demás Decretos del orden nacional, dictados por el Gobierno Nacional, se tramitarán y decidirán por las Secciones respectivas, conforme a las reglas generales de este Código y el reglamento de la Corporación”.

54 Consejo de Estado. Sección Tercera, auto del 1º de abril de 2009, exp. 36312, C.P.: Ruth Stella Correa.

Consideraciones finales

La jurisdicción contencioso administrativa cumple un rol fundamental en la defensa del principio de supremacía constitucional y en la vigilancia eficaz de la actividad estatal. En efecto, a través del ejercicio del control inmediato de legalidad, y del conocimiento de las acciones de simple nulidad y de nulidad por inconstitucionalidad, ésta garantiza la sujeción de las actuaciones administrativas al orden constitucional y legal.

En este sentido, el sistema colombiano de control difuso de constitucionalidad, si bien supone una multiplicidad de controles a cargo de distintas autoridades judiciales, opera como una garantía para la plena vigencia de los derechos constitucionales y para el cumplimiento de los deberes y responsabilidades asignadas a las autoridades del Estado.

LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO Y SU APORTE A LAS INSTITUCIONES

*Por: Gustavo Gómez Aranguren
Vicepresidente del Consejo de Estado*

Resumen.

1. Transformaciones del derecho cien años después de la independencia.
2. La consolidación de la jurisdicción contenciosa en Colombia.
3. El control judicial de la administración.

1. Transformaciones del derecho cien años después de la independencia.

A doscientos años de la expedición en cadena de las constituciones liberales en lo que los historiadores denominan “el mundo atlántico”, conviene preguntarse por el efecto y trascendencia de ese proceso histórico iniciado con las constituciones promulgadas en Iberoamérica entre 1809 y 1812 a fin de precisar, cuales son las consecuencias de aquellos episodios para los problemas actuales del Estado Contemporáneo, pues sin duda entre todos nosotros milita el gran interrogante acerca del significado del constitucionalismo nuevo hispánico en la organización política de nuestras naciones.

Para abordar estas inquietudes, partimos de la base que comenzando el siglo XXI puede rescatarse como un asunto que no ofrece mayor polémica, el reconocer que nuestros Estados afrontan dos tipos de dificultades evidentes: por un lado la crisis del Estado Nación como tal, y en complemento los problemas locales de gobernanza. Así, vale la pena verificar si nuestras instituciones apuntan al

constitucionalismo nuevo hispánico para reconocer que la historia equivale a una relación que se conecta con el presente.

Con estos elementos es posible hallar que todo el constitucionalismo de principios del siglo XIX en el mundo atlántico, no supone un conjunto de acontecimientos que en sus fuentes materiales permitieran reconocer procesos económicos y culturales destinados a la creación de nuevas instituciones. Es innegable que los esquemas económicos de subsistencia de la población por aquel entonces, calcaron con fidelidad los rasgos característicos del sistema colonial que en sí se definió como una manifestación más de un feudalismo afincado en el control ilimitado de la tierra sin ningún tipo de opción que facilitara los intercambios que en un proceso productivo dinámico genera las tensiones que en su maduración dan lugar a las sociedades más abiertas, en las que se precipitó el germen del liberalismo como realidad objetiva de los pueblos; de forma que las ideas libertarias que animan este constitucionalismo responden más a esfuerzos intelectuales de vanguardias de pensamiento no necesariamente enraizadas con transformaciones estructurales de la sociedad. Es claro, que el diagrama económico de la Nueva Granada no se modificó luego de la experiencia del 20 de julio de 1810, y aun más las relaciones de dominación al interior de la sociedad colombiana en buena parte se perpetuaron por todo el siglo XIX, y por que no decirlo son las responsables de una serie importante de bloqueos económicos que Colombia afronta en sus áreas periféricas.

Ese modo de producción feudal en función de la tenencia de la tierra, la génesis de los grandes conflictos nacionales por el acceso a la riqueza y por la democratización en el goce de los bienes y servicios indispensables para el progreso humano en tal medida que este rasgo tan contemporáneo muestra que los contenidos axiológicos de las constituciones de siglo XIX en torno a un conjunto de libertades con capacidad de proyectar transformaciones no pasaron de una actividad que puede reducirse básicamente a un simple ejercicio de documentar constituciones, gestión bastante distante de lo que significa “expedir constituciones”.

Es probable que exista razón entre los que afirman que las revoluciones hispánicas equivalieron mejor a un intento de establecer una monarquía constitucional bicontinental, eso si al calor de los principios de la revolución francesa pero únicamente acondicionados como elementos indicativos, dado que los documentos constitucionales expedidos entre 1811 y 1816 fueron letra muerta desde el principio, por cuanto las élites no se institucionalizan con un sistema nuevo de organización social; en cambio es evidente que la Constitución de Cádiz de 1811, si bien no fue la primera ni las más importante, no obstante es la única concebida para toda la monarquía en “todo el mundo hispánico”.

Ya sabemos que para 1814 regresa Fernando VII al trono de España, termina los procesos constitucionales y se detiene la insurgencia novohispanica, fenome-

nología que dista mucho de identificar esos acontecimientos con la búsqueda de una democracia como la proclamaban los documentos constitucionales, pues ésta precisa de dos elementos esenciales que en aquel entonces estaban bien distantes de la realidad; ellos son la impartición de justicia por parte del Estado regida por el derecho, como así la vigencia misma del Estado de Derecho.

En suma dictar constituciones no equivale a construir instituciones, de ahí que el examen de nuestro derecho al calor de la celebración bicentenaria puede equivar más bien a un intento por la deconstrucción de un mito para en serio iniciar el camino que nos permita a nosotros la búsqueda de nuestra identidad nacional que marque la diferencia de un pasado conflictivo y hostil y nos facilite la opción de encontrar entre nosotros una democracia regida por un marco jurídico previo en donde sea claro el reparto educativo de los poderes y la vigencia de los derechos fundamentales, con unas instituciones fuertes pero transparentes ya que sólo en este contexto es que es posible atribuir una sensación real de independencia.

2. La consolidación de la jurisdicción contenciosa en Colombia.

Antes que realizar una revisión episódica del momento cronológico en el que la Justicia de lo Contencioso Administrativo se consolida como Institución con capacidad para alentar el desarrollo por la democracia en nuestro país, es necesario delinear previamente los marcos del derecho como doctrina dura de lo jurídico, que nos permiten contrastar el funcionamiento de la jurisdicción contenciosa con el sentido de democracia indispensable para la consolidación de nuestra justicia.

No puede ocultarse que la centralidad en el derecho, por lo menos en el debate contemporáneo, se apoya en el significado que el poder judicial pueda tener en el cambio de paradigma respecto de la problematización de lo jurídico independientemente que exista un nuevo consenso jurídico en torno a las corrientes que interpretan el derecho de diversa forma. En esta medida es la interpretación jurídica la que condensan las sentencias judiciales y responde a los problemas del Derecho en tiempo limitado por ello no es difícil comprender que el corazón de la interpretación radica en las sentencias que resuelven los problemas propuestos a consideración del poder judicial; de esta forma en lo contencioso administrativo es el Consejo de Estado, el que con su jurisprudencia establece pautas de coordinación del poder vinculante independientemente de que exista o no formalidad para que con la pauta de la jurisprudencia actúe como fuente de derecho.

Pero ¿cuál fue la apuesta de la jurisprudencia del Consejo de Estado en el siglo XX? Para definirlo examinemos brevemente las diversas versiones de interpretación vigentes para la época: inicialmente las controversias jurídicas oscilaron entre la exégesis, la teoría silogística de Beccaria que parte del supuesto

formalista según el cual, si la Ley es clara como premisa la interpretación es simple subsunción del conocimiento, o posteriormente la tesis de Ihering apoyada en la teoría de los conceptos sobre la que se estructura la interpretación finalista que luego reconocería que la funcionalidad del derecho es resolver conflictos de intereses a través de la Ley y con intervención de la judicatura pero acatando la ponderación de expresa obediencia permanente al derecho.

El instrumento normativo que condiciona el ejercicio de las competencias del Consejo de Estado en su función contencioso administrativa, todos lo sabemos se cumplió mediante la Ley 130 de 1913, que no obstante fue declarada inexecutable por la Corte Suprema de Justicia en lo que conciernen a la definición del Consejo de Estado como tal, por lo que fue necesario esperar hasta el Acto Legislativo de septiembre de 1914 para inaugurar la era Jurisdiccional del Consejo de Estado. De este periodo basta con señalar que la actividad del Consejo de Estado se limitó al examen de legalidad de los actos del gobierno pero compartiendo competencia con la Corte Suprema de Justicia, es decir se trató de una competencia residual frente a la justicia ordinaria, lo que muestra objetivamente la ausencia de definición clara entre lo que significa el juez de derecho público y la actividad de la justicia centrada en la Jurisdicción ordinaria, se trata pues de una ambigüedad que acompañará buena parte de la historia judicial de nuestro país en el siglo XX.

Posteriormente con la Ley 167 de 1941 la competencia de la jurisdicción para conocer de las acusaciones contra decretos y demás actos del gobierno por motivos de inconstitucionalidad o ilegalidad, se derivó con facilidad del artículo 62 de dicho estatuto, aun así la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 7 de julio de 1942 declaró inexecutable esta norma en lo que refería la competencia de la Jurisdicción Contenciosa para conocer de la inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno, sentencia de inexecutable que por supuesto creó el paradigma que el juez de derecho público se radicó en cabeza de la Corte Suprema de Justicia como supremo tribunal de la justicia ordinaria, relegando a la jurisdicción contenciosa a una actividad meramente revisora de los actos de la administración en el espectro reducido de la simple legalidad. Hubo que esperar a que se reformara la Constitución para que el Consejo de Estado pudiese tener competencia de control de constitucionalidad, lo que sucede en 1945, de donde se desprende que la jurisprudencia del Consejo de Estado podría ocuparse de funciones relativas al control de los actos de gobierno en función de la propia Constitución, supuesto que generó múltiples tensiones con la Corte Suprema de Justicia, que llevó a considerar la reforma de 1945 como inapropiada si se estima que lo contencioso administrativo es para apreciar hoy la legalidad de los actos administrativos, no su executable por razones constitucionales, pues ésta es la jurisdicción de la Corte Suprema de Justicia por declaración expresa de la Corte misma, en la medida que las demandas contenciosas implican un acto de la administración, y los preceptos en referencia en

primera vista reflejan el ordenamiento legal más aún que un juicio de ilegalidad, en el fondo replica también un juicio de inconstitucionalidad pero por vía indirecta, es decir si un acto administrativo es ilegal por supuesto que también resulta inconstitucional haciendo irrelevante la competencia de la jurisdicción contenciosa frente a la declaratoria de inexecutable.

Bajo estas consideraciones la jurisprudencia del Consejo de Estado se desarrolla fundadamente siguiendo las pautas de la exégesis y la teoría silogística de Beccaria lo cual coloca al máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo con poder de guarda de la constitucionalidad pero de los actos administrativos contrarios a la legalidad, no obstante sin poder desviarse del concepto enteramente legalista y positivista dado que la carencia del valor normativo de la Constitución de 1986, reducía fuertemente otra opción de interpretación judicial de donde es posible derivar que las argumentaciones sobre las sentencias contencioso administrativas nos muestra que la constitucionalidad de los actos administrativos dependerán principalmente de un primer juicio frente a una disposición legal, lo que equivale a la comparación de dos disposiciones de diferentes rangos.

No podemos olvidar que la competencia del Consejo de Estado en la versión de la Constitución de 1986, fue inspirada en la atribución de preparar códigos previo a su ingreso al trámite parlamentario, mas no propiamente su actividad contencioso administrativa, de donde es posible derivar que el Consejo de Estado cumplía básicamente una función de ejercicio provechosa a las disposiciones del poder legislativo.

Por lo expuesto es posible señalar que el aporte de la jurisdicción contenciosa a la consolidación de las instituciones judiciales viene a centrarse en el periodo que deviene de 1945 hacia acá y que podríamos identificar como el acceso del juez contencioso administrativo a su real condición de juez de derecho público, aun así la actividad funcional de las sentencias del Consejo de Estado se siguen marcando en una función básicamente interpretativa de las normas y en el campo puramente formal, dado que la competencia establecida se centra en la declaración de nulidad, figura que cuando se aplica en función de infracción a la norma constitucional de manera directa, el lenguaje también emplea el mecanismo de inconstitucionalidad que refleja el carácter interpretativo de esta jurisdicción, de suerte que la declaratoria de inexecutable de una norma equivale de alguna forma a la nulidad con sus efectos propios, lo cual en la parte material conduce a que en la jurisprudencia contencioso administrativa sean pocas las consideraciones respecto de los derechos vulnerados en la medida en que el conjunto de las decisiones judiciales se agotan el marco de la legalidad observándose el énfasis en el control puramente formal por lo que es importante reconocer la trascendencia que para esta jurisdicción implicó la expedición de la Carta de 1991.

3. El control judicial de la administración

Conforme lo establece el Art. 238 de la Constitución, la administración pública representa una actividad íntegramente controladora, es decir constituida de un objeto de verificación de los postulados del Estado de derecho, por tanto la actividad administrativa, en cualquiera de sus extremos no puede ser inmune a una instancia o procedimiento de control. El problema de los controles se enfoca en consecuencia en diferenciar la naturaleza de los mecanismos que dispone el ordenamiento jurídico para hacer eficaz el funcionamiento del mecanismo de control.

Uno de los valores superiores del Estado social de derecho se enfoca en la vigencia que pueda tener el principio de la legalidad en la actuación de los poderes públicos por tanto es un cometido constitucional definir los marcos de control. Para el caso del control judicial, la Constitución en el Art. 238 ya citado extiende el control judicial a los actos de la administración que sean objeto de impugnación por vía judicial, máxima jurídica ésta que admite varias reflexiones:

El control judicial que ejerce el Contencioso administrativo, no opera por ministerio constitucional, sino que se supedita a la intervención del legislador en dos extremos fundamentales: los motivos de control, y los procedimientos y requisitos legales. Ello permite concluir que el proceso contencioso administrativo, deja en manos del legislador las modalidades de infracción de orden jurídico y las condiciones del ejercicio del control jurisdiccional. Esta previsión constitucional contrasta con la cláusula abierta contemplada en la anterior constitución cuando atribuyó al Consejo de Estado la función principal de ejercer como Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, sin deferir al legislador además de lo obvio, que es la definición de los procedimientos algo que nos parece sustancial, y que son motivos de control.

Complementa las restricciones advertidas en el control judicial de los actos de la administración pública la referencia a que dicho control se ejercerá respecto de los actos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial. Obviamente, la salvedad prevista para el legislador permite inferir que hay actos administrativos que no son susceptibles de impugnación por vía judicial, lo que hace indispensable profundizar en el tema para deducir que equivale llanamente a la creación de la posibilidad para la existencia de actos de la administración inmunes al control judicial.

Esta característica del control judicial de la administración judicial conforme quedó establecido en la Carta Política, representa una ostensible debilidad en una previsión constitucional que no la debía admitir, como no sea a riesgo de importantes intereses para la vigencia del Estado de derecho.

El ámbito de control judicial de la administración, lo establece la ley estatutaria de justicia desde el punto de vista orgánico con los tres niveles tradicionales que ameritan el ejercicio desconcentrado del poder judicial en nuestro medio y que fluye del Art. 11 de la ley 270 de 1996, en el Art. 1 de la ley 585 de 2000, que dota a la jurisdicción de lo contencioso administrativo de una estructura integrada por el Consejo de Estado, los Tribunales Administrativos y los Juzgados Administrativos.

En cuanto a las acciones que abarca el control de judicial en forma sintética se pueden agrupar en el siguiente esquema: recurso por exceso de poder, conforme a la vieja nomenclatura del derecho francés para indicar la posibilidad de someter al control judicial a los actos administrativos legales; contemporáneamente este recurso se entiende mejor como recurso de responsabilidad por la expedición de actos administrativos ilegales que supone las clásicas acciones de nulidad popular u objetiva contra los actos de la administración y la acción de restablecimiento del derecho lo es por interés subjetivo de el impugnante; el siguiente escalón dentro del marco de las acciones es el reservado para la responsabilidad de la administración por los actos legales, los hechos y/o omisiones y los contratos. Esta operación de control de la administración pública se desdobra en dos tipos de acciones: por un lado las de simple reparación frente a los hechos y omisiones, y respecto de los actos legales, que por serlo, implicaría la acción solo de su ejecución y las acciones relativas a contratos que en nuestro medio son útiles para la actividad convencional de la administración.

Existe otra gama de acciones específicas como lo son las acciones constitucionales de conocimiento de las autoridades de lo contencioso administrativo, que no obstante, por su generalidad, y el nivel funcional que les otorga el constituyente, pueden tenerse mejor como medios de eficacia de los derechos fundamentales, y no propiamente como instancias específicas de control de la actividad administrativa, aun así esos episodios en el extremo señalado condensan más bien un accidente de control que no la sustancia del mismo, por lo tanto, no es técnico fusionar las acciones constitucionales de conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso, con las acciones de control de la administración pública que por especificidad del mandato constitucional otorgan razón de ser a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

LA JURISPRUDENCIA EN REPARACIÓN DIRECTA Y SU APORTE A LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Por: Ruth Stella Correa Palacio

Magistrada de la Sección Tercera del Consejo de Estado

El artículo 90 de la Constitución de 1991 es sin lugar a dudas un instrumento de garantía de otros textos constitucionales, en particular de la Carta de Derechos. Como ha señalado la jurisprudencia, cuando este precepto fundamental prescribe que el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas, establece sin ambages la obligación reparatoria a cargo de la Administración Pública, bien en eventos derivados del negocio jurídico (responsabilidad contractual), ya en eventos de responsabilidad extracontractual.

El eje de la responsabilidad estatal gravita, entonces, según la Carta de 1991 en torno a la noción de daño antijurídico, entendido éste como aquel que la víctima no debe soportar, independientemente de si el proceder (por acción u omisión) del agente estatal sea lícito o no.

De ahí que el artículo 90 Constitucional, en tanto que mecanismo de protección y aplicación de los derechos, sea indudablemente una manifestación de la visión teleológica o finalista del Estado, conforme a la cual las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia en sus derechos y libertades (art. 2 C.P.).

Canon constitucional que sigue el hilo conductor de todo ordenamiento democrático y liberal, que no puede ser otro que la eficacia general de los derechos fundamentales, los cuales vinculan a todas las manifestaciones del poder público, como enseña Locke¹ y proclama en forma contundente la Carta Política al

1 Conviene resaltar que Locke “luego de poner en lugar privilegiado a los derechos en

disponer que el Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona (art. 5 *eiusdem*)².

Este importantísimo precepto fundamental consigna en el nivel normativo más alto la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado, se trata –pues- de la constitucionalización de una institución que tiene tras de sí un larguísimo y fructífero desarrollo por parte de la jurisprudencia del Consejo de Estado. Consejo de Estado, que como es sabido, si bien tiene su génesis remota –como organismo con atribuciones jurisdiccionales- en el artículo 141 de la Constitución Política de 1.886³, sólo será con el artículo 42 del acto legislativo No. 3 de 1.910 -cuyo centenario se está conmemorando con esta publicación- que adquiere el perfil y alcance que hoy le conocemos.

1. El aporte de la jurisprudencia del Consejo de Estado a la previsión del artículo 90 Constitucional

El conocimiento de los primeros asuntos relativos a procesos judiciales, derivados de reclamaciones intentadas contra la Nación por expropiaciones o daños en la propiedad, será asignado a la jurisdicción contencioso administrativa -y en

tanto que, históricamente, preceden a la noción de Estado de derecho, estructura toda una organización del poder político para que no queden en una simple formulación retórica (...) De modo que la segunda dimensión de su teoría de los derechos pasa por construir una estructura política que pugne por la limitación del poder a través de la técnica de su separación; al tiempo, para que esa estructura tenga la suficiente legitimidad, será necesario elegir periódicamente a los miembros de la cámara legislativa mediante sufragio universal. El sistema liberal de gobierno con predominio claro del legislador funciona en un todo para garantizar esos derechos. Ninguno de los poderes concebidos puede ser arbitrario, pues todos deben velar por el bien común (...) La organización tripartita del poder político es, de este modo, la mejor garantía de los derechos naturales positivizados. (...) la teoría de la división de poderes adquiere en Locke una lectura moderna: su thelos es la garantía de los derechos y libertades del hombre. Locke se anticipará a una reflexión más propia del constitucionalismo de la segunda posguerra: hay un condicionamiento mutuo entre Estado de derecho y derechos fundamentales (...)”: “Locke: una lectura de los derechos, vigente trescientos años después de su muerte”, en A.A.V.V. *Ideas políticas, filosofía y derecho, Liber amicorum en homenaje a Alirio Gómez Lobo*, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá, 2006, pp. 303 y ss.

- 2 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 6 de marzo de 2008, rad. 73001-23-31-000-15503 – 01 (16075).
- 3 Este precepto que no tuvo desarrollo legal y -en cambio- por medio del Acto Legislativo No. 10 de 1.905 el Consejo de Estado fue nuevamente suprimido.

segunda instancia al Consejo de Estado- por virtud de la Ley 38 de 1.918. Luego, por cuenta de la Ley 167 de 1.941, se trasladó de la justicia ordinaria a la jurisdicción administrativa, la competencia para conocer de los juicios de indemnizaciones a cargo del Estado, por causa de trabajos públicos nacionales.

Desde entonces, comenzó la elaboración por parte de la jurisprudencia de esta Corporación en torno a la responsabilidad patrimonial del Estado. Elaboración cuidadosa, tejida con esmero caso por caso, a golpe de sentencias. Construcción pretoriana que buscó desde sus primeros pronunciamientos unos fundamentos distintos a la responsabilidad aquiliana prevista en la codificación civil (artículos 2341 a 2360), para edificarlos en la infracción de distintas normas de la Constitución de 1886 (entre otros los artículos 16, 20, 21, 29, 31, 32, 33, 35, 44, 45 y 51).

Una responsabilidad estructurada, pues, en normas de derecho público y de naturaleza constitucional que -en síntesis- imponían a las autoridades públicas el deber de respetar la vida, honra y bienes de todas las personas residentes en Colombia. A partir de este marco constitucional, y especialmente de lo prescrito por el artículo 16 de la Carta de 1886, el Consejo de Estado elaboró en forma metódica y sistemática los distintos regímenes de responsabilidad, bajo el entendido que ese mandato constitucional tenía un contenido obligacional a cargo del Estado, y quebrantarlo -esto es incumplir esas obligaciones constitucionales- era la base del derecho de daños antes de 1991.

Dicho con otras palabras, ese daño antijurídico, esto es aquella lesión a los bienes o derechos tutelados por el derecho y que la víctima no tiene la obligación de soportar, fue la base desde siempre de la prolífica jurisprudencia en este punto del Consejo de Estado.

El primero de dichos regímenes de responsabilidad patrimonial fue fundado en la falla del servicio (en sus dos modalidades: probada y presunta). Pero también se fueron admitiendo otros especiales -de naturaleza objetiva- que le sirvieron de fundamento a esa encomiable creación judicial: el régimen de responsabilidad por trabajos públicos y la ocupación temporal o permanente de inmuebles; la responsabilidad por expropiación de inmuebles en caso de guerra; por depósito de mercancías en las bodegas de la aduana; riesgo excepcional (reparación de los daños causados en ejercicio de actividades peligrosas) y el daño especial (entendido éste como aquel proveniente de una actividad lícita de las autoridades públicas, pero que acarrea el rompimiento de la igualdad frente a las cargas públicas en relación con ese asociado que sufría un daño relevante, especial, en relación con los demás, y que por ello debe ser indemnizado). Todas esas tesis que fueron elaboradas por la jurisprudencia, especialmente a partir de 1941, fueron recogidas por el constituyente de 1991, en el citado artículo 90.

De vieja data, el Consejo de Estado develó los fundamentos políticos de la responsabilidad y, quizás por ello, los ubicó en la órbita misma del derecho constitucional y no en los ámbitos propios del derecho común. Un término correlativo al poder es la responsabilidad. Y la limitación a ese enorme poder de que está revestido el Estado, en estos ámbitos, quedó desde entonces en cabeza de la jurisdicción administrativa.

Y el Consejo de Estado asumió semejante desafío al llevar a cabo en toda su dimensión, el control a la administración a él confiado, haciendo un examen de sus actuaciones y omisiones. Y si bien en Colombia, como en Francia, la responsabilidad patrimonial del Estado no surge simultáneamente con el Estado de Derecho, éste servirá de asidero político a la responsabilidad. De ahí la importancia de conmemorar el centenario del Acto Legislativo 03 de 1910 también en estas materias.

Si el Estado de Derecho le entrega a la Administración una serie de prerrogativas propias del ejercicio de la autoridad y si la finalidad del Estado es el interés general, éste debe sujetarse a una serie de obligaciones, muchas de ellas contenidas en mandatos constitucionales, que el Consejo de Estado hizo respetar desde entonces: (i) La finalidad de su actuación es el interés general; (ii) las condiciones del ejercicio de las prerrogativas públicas delimitan no sólo su campo de acción, sino el funcionamiento del poder; (iii) la exigencia de un ejercicio de sus prerrogativas serio y razonable y (iv) el respeto de los derechos de los individuos, como límite de la soberanía estatal.

Con esta perspectiva, la jurisdicción contenciosa se vino a convertir entre nosotros en **guardián de la legalidad administrativa**⁴ y, por lo mismo, en garante de los derechos de las personas. Una garantía edificada en las finalidades del Estado consignadas en vigencia de la anterior Constitución en su artículo 16, que sirvió –se insiste– de base para la construcción de la responsabilidad patrimonial del Estado. Así lo llegó a reconocer en forma diáfana la jurisprudencia administrativa, en brillante pronunciamiento de 1967:

4 Conforme al principio de legalidad “la autoridad administrativa, en tanto ejecutora de la ley, sólo puede ejercer las facultades que ésta le haya encomendado, toda vez que la ley es la más importante garantía de los derechos frente a la tentativa de abuso del gobernante. Principio de legalidad que busca la limitación del papel del ejecutivo, en tanto éste se encarga de traducir la ley en la realidad y por lo mismo ella constituye a la vez fundamento y límite a su accionar. De modo que la Administración actúa *secundum legem* en tanto actividad estatal sub-legal. Este será sin duda uno de los elementos definidores de la democracia liberal y del estado de derecho”: “La acción de cumplimiento en Colombia: ¿Un medio de control judicial de la administración que no produjo los efectos que se esperaban?”, en Rodríguez, Libardo et al. *El Derecho Público en Iberoamérica: Libro homenaje al profesor Jaime Vidal Perdomo*, Tomo II, Bogotá, Temis-Universidad de Medellín, 2010, pp. 481 y ss.

“La responsabilidad estatal bien puede y pudo fundarse en el artículo 16 de la Constitución. Los objetivos específicos del Estado definen de por sí tanto los privilegios como las cargas de éste, entre las cuales puede contarse la responsabilidad, así no hubiera un texto expreso en que se dijera para qué están instituidas las autoridades de la República. Sin embargo, en nuestro ordenamiento positivo existe un artículo constitucional - bello artículo, lo llama el señor Samper -, en que expresamente se declaran los altos fines de esas autoridades. Intranscendente parece ese precepto; pero no es si se tiene en cuenta, según la historia política de varios pueblos, que el poder público ha sido y puede ser convertido en objeto patrimonial de familia, de grupo, de clase o de partidos.

Lo de la responsabilidad estatal resulta de la carga especial que se le impone a una persona por desvío, abuso o inacción del Estado. La reparación es una cuestión de justicia distributiva, y ésta es un principio de derecho natural, de aquellos que han de servir para ilustrar a la Constitución, según las previsiones del artículo 4º de la Ley 153 de 1887, formuladas, por cierto, con varios años de anterioridad a que el Consejo de Estado francés se decidiera a tener en cuenta los principios generales del derecho como uno de los fundamentos de su jurisprudencia”⁵.

2. El derecho a la igualdad como uno de los fundamentos jurídicos más significativos de la responsabilidad patrimonial del Estado

Dentro de los fundamentos jurídicos, adicionales a los constitucionales ya enunciados, es importante resaltar el principio del equilibrio de los ciudadanos ante las cargas públicas. Postulado derivado de la igualdad ante la ley (isonomía), que entre nosotros tiene el mérito de haberse construido bajo un régimen constitucional, que expresamente no contenía una cláusula equivalente al actual artículo 13 constitucional.

Este planteamiento puede, como advierte Rivero, servir de fundamento a todos los casos de responsabilidad estatal, aunque no toda desigualdad genera responsabilidad. En nuestra jurisprudencia⁶ si bien este principio no ha sido el

5 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 17 de noviembre de 1967.

6 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 11 de abril de 1978, exp. 1567, C.P. Carlos Betancur Jaramillo y sentencia de 30 de enero de 1987, exp. 4493, C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

fundamento general de la responsabilidad, ha cumplido un rol determinante en casos de responsabilidad objetiva.

Así a la base del régimen de daño especial se encuentra el reconocimiento de que “cuando se rompe el principio de igualdad frente a las cargas públicas porque éstas exceden las conveniencias generales y normales, el Estado estará obligado al resarcimiento a nombre de todos para, así sea patrimonialmente, restablecer el principio aludido”⁷.

Uno de los primeros pronunciamientos del Consejo de Estado se dio con ocasión de una demanda del diario “El Siglo”, cuya circulación se vio afectada por motivos de orden público. En esa oportunidad, a más de autoafirmar la competencia para conocer del asunto (y descartar así de una vez por todas la competencia de la Corte Suprema de Justicia), la jurisprudencia dejó en claro que si bien la actuación de la administración fue lícita, ese periódico soportó una carga especial frente al resto de la comunidad y -por ello- había lugar a indemnizar. En esta “novedosa y polémica sentencia”, como la califica el profesor Saavedra Becerra⁸, esa Corporación optó por la aplicación del criterio del **daño especial** dentro de la teoría de responsabilidad sin falta⁹.

Otro caso sonado en que se aplicó el principio de igualdad, tuvo lugar con ocasión de un operativo contra un peligroso delincuente (Efraín González), en cuya persecución la Fuerza Pública destruyó una casa de un tercero. La Sala encontró determinado que “[e]s evidente que, por lo menos, por razones de equidad y de justicia distributiva quien ha sufrido un perjuicio causado por la Administración debe ser indemnizado, y ciertamente en el caso de autos la señora Vitalia V. de Pinilla no tiene por qué sufrir ella sola los daños producidos por un acto de la Administración, legítimo desde luego, al cual fue tan extraña como cualquier otro ciudadano.”¹⁰

Con esta perspectiva, la jurisprudencia definió desde entonces al daño especial, como aquel que se inflige al administrado en desarrollo de una actuación legítima del Estado ajustada en un todo a la legalidad, pero que debe ser indemnizado por razones de equidad y de justicia distributiva. Si el Estado se ha beneficiado a costa de un daño anormal, desmesurado o superior a aquel que deben sufrir los administrados en razón a la naturaleza particular del poder público, se

7 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 28 de julio de 1987, exp. 4983, C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

8 Saavedra Becerra, Ramiro, *La responsabilidad extracontractual de la administración pública*, Bogotá, 2002, Ediciones Jurídica Gustavo Ibáñez, p. 122.

9 Consejo de Estado, sentencia de 29 de julio de 1947, MP Gustavo Valbuena.

10 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 27 de mayo de 1973, exp. 978, CP Alfonso Castilla Saiz.

configura un rompimiento de la igualdad ante las cargas públicas¹¹. Resulta interesante, por su claridad, transcribir las razones consignadas en una esclarecedora decisión adoptada en 1949:

“en derecho público, no todo daño genera la obligación de indemnizar en los mismos términos que en derecho privado, en razón de que el fundamento racional de la responsabilidad civil del Estado es diferente del que justifica la de los particulares, porque en tanto que ésta se basa en la justicia conmutativa y que nadie puede causar daño a otro, aquélla se apoya en la justicia distributiva, y sólo cuando con la acción administrativa se quebrantan sus normas surge para el Estado la obligación de indemnizar. El Estado en ejercicio de su soberanía puede en veces afectar los derechos de los particulares, pero si esa afectación es igual para todos los individuos que se encuentran en las mismas condiciones, no hay violación de la justicia distributiva que justifique jurídicamente la responsabilidad. Es por tanto, característica particular de la responsabilidad del Estado que el daño sea especial, lo que ocurre según Bonnard, cuando en una categoría dada de individuos, colocados en una misma situación, el daño no afecta sino a uno o alguno de ellos, pues si todos los que se hallen en esas condiciones son o pueden ser afectados por el daño, el individuo se encuentra en presencia de una carga pública.

(...) El daño debe ser por tanto excepcional y anormal, porque la responsabilidad no proviene de la naturaleza del hecho que cause el daño, sino del carácter singular o excepcional del daño ocasionado”¹².

11 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 20 de febrero de 1989, exp. 4655, C.P. Antonio José de Irisarri: “La existencia del Estado y su funcionamiento implica incomodidades o inconvenientes para los asociados, que éstos deben soportar en aras del bien colectivo en tanto y en cuanto esas incomodidades no sobrepasen un determinado umbral: el de la igualdad de los ciudadanos ante la ley y las cargas públicas. Cuando quiera que se quiebre esa igualdad, aun por el obrar legítimo y ceñido al derecho de la administración, será preciso restablecerla, resarciendo los perjuicios que de tal manera hayan podido causarle, porque la equidad así lo impone (...) Esta teoría se aplica de manera excepcional y por equidad, precisamente porque es subsidiaria, de modo que ha de recurrirse a ella tan sólo en eventos en los que el caso concreto examinado no logre un encasillamiento dentro de otros regímenes de responsabilidad y se aprecie por el sentenciador que esa ausencia de tipicidad, si así puede decirse, comporta vulneración injustificada del principio de equidad. Por ello es quizás aquella en la cual el fundamento mediato de la responsabilidad, que consiste en la violación del principio de igualdad frente a las cargas públicas que campea en la Constitución, opera de manera directa”.

12 Consejo de Estado, sentencia de 30 de septiembre de 1949, C.P. Pedro Gómez Parra.

De modo que la actividad legítima del Estado (tanto por la existencia y extensión del derecho que ejercita como por la fidelidad al procedimiento determinado legalmente, esto es, en ejercicio de sus competencias y obrando dentro del marco de las disposiciones legales) puede llegar a ocasionar al administrado un daño anormal y superior al que deben sufrir otros colocados en idénticas condiciones, que -por lo mismo- excede el sacrificio que el común de los ciudadanos debe soportar. Lo cual entraña el rompimiento de la “equidad que debe reinar ante los sacrificios que importa para los administrados la existencia del Estado”¹³ y compromete -en consecuencia- la responsabilidad patrimonial de la administración pública.

Por lo demás, conviene observar que también, antes de la vigencia de la Carta de 1991, llegó a plantearse la viabilidad de estructurarse la responsabilidad patrimonial del Estado por el hecho del legislador, cuando la Sección Tercera advirtió que “(...) bien podría abrirse paso, por la vía jurisprudencial, este nuevo frente de responsabilidad del Estado - legislador (...) que dé lugar a la indemnización de perjuicios”.¹⁴

3. La garantía de los derechos a la vida e integridad física en la jurisprudencia del Consejo de Estado y su aporte al derecho constitucional actual

Será la teoría de la falla del servicio, cuyo origen como es sabido se remonta a Francia en especial al famoso fallo Blanco del Tribunal de Conflictos de 8 de febrero de 1873¹⁵, la que con el tiempo se convertirá en el régimen común de la

13 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 28 de octubre de 1976, exp. 1482, C.P. Jorge Valencia Arango.

14 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 18 de octubre de 1990, exp. 5396, C.P. Julio César Uribe Acosta. Sobre la responsabilidad del hecho del regulador (Constituyente, legislador y administración) en vigencia de la Carta de 1991 *vid.* sentencia de 8 de marzo de 2007, rad. 66001-23-31-000-1997-03613-01(16421).

15 Esta providencia fue proferida “con ocasión de un accidente de tránsito, donde el Estado resultó demandado ante jueces civiles para que indemnizara los perjuicios sufridos por la familia Blanco, en consideración a las lesiones padecidas por su hija Inés, quien fue arrollada por un vehículo perteneciente al servicio público. Ante el conflicto de competencias planteado por el Prefecto del Departamento de Gironda, el aludido Tribunal puntualizó: ‘...La responsabilidad que puede incumbir al Estado por los perjuicios causados a los particulares por el hecho de las personas que emplea en el servicio público no puede estar regida por los principios establecidos en el Código Civil para las relaciones de particular a particular (...) esta responsabilidad no es general, ni

responsabilidad del Estado, con fundamento constitucional en los artículos 20 y 63 de la Carta de 1886¹⁶, que remitían a la ley o al reglamento para establecer cuándo existía obligación administrativa y cuál era su contenido. Y aunque el juez inicialmente se remitía a la ley o reglamento, como en veces los textos no eran claros o eran muy genéricos, o incluso en algunos eventos definitivamente no había norma, se optó por recurrir a lo prescrito en el ya citado artículo 16 de la Carta de 1886, que al consagrar los fines del Estado previó sus obligaciones generales frente al ciudadano.

A partir de este título de imputación, y sin perjuicio de la aplicación de los otros ya citados, la jurisprudencia del Consejo de Estado de vieja data ha hecho respetar derechos constitucionales fundamentales. Desde una óptica reparatoria el juez administrativo ha venido velando por la garantía de las dos grandes categorías de derechos: los derechos de libertad y los derechos de igualdad, dentro de los cuales pueden ubicarse todas y cada una de las múltiples clasificaciones que han intentado de antaño formularse de los derechos. Y lo ha hecho, aún antes de la expedición de la Constitución de 1991.

Así, por ejemplo, de tiempo atrás se encuentra determinado por la jurisprudencia que cuando una autoridad -en ejercicio de sus funciones- retiene a alguien debe velar por sus derechos fundamentales a la vida e integridad personal¹⁷, habida cuenta que el Estado está en deber de devolver a la **persona retenida** al seno de la sociedad en las mismas condiciones en que lo retuvo, en virtud de un deber constitucional de protección y seguridad ligado con las garantías propias de todo Estado de Derecho. Criterio, que con algunas precisiones, ha mantenido la jurisprudencia de la Corporación, luego de expedida la Carta de 1991¹⁸.

Asimismo, el Consejo de Estado en vigencia de la anterior Constitución y a pesar de no tener consagración expresa el derecho a la integridad personal, condenó a la Nación por **casos de tortura** y tratos inhumanos, a partir de lo dispuesto en el mencionado artículo 16¹⁹. Al efecto razonó: “hay un derecho superior de

absoluta, tiene sus reglas especiales que varían según las necesidades del servicio y la necesidad de conciliar los derechos del Estado con los derechos privados’(...): “La naturaleza de la responsabilidad estatal”, en *Temas Jurídicos* No. 5, Bogotá, Colegio Mayor del Rosario (mayo de 1993), pp. 21 y ss.

16 Hoy reproducidos por los artículos 6 y 122 de la Constitución de 1991

17 Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de agosto 21 de 1981, expediente: 2750, M.P. Valencia Arango; Sentencia del 6 de diciembre de 1988, exp.: 5187, M.P. Betancur Jaramillo.

18 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 26 de abril de 2006, rad. 50422-23-31-000-15604-01 (16.406).

19 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias de 16 de diciembre de 1987 y 27 de junio de 1985.

los administrados frente al Estado, como a la vida e integridad personales, a la libertad y a la propiedad que sabiamente condensa el artículo 16 de la Carta²⁰. Criterio que –por supuesto– ha sido reiterado en vigencia de la nueva carta, que expresamente consigna dicho derecho en su artículo 12²¹.

También anticipándose a los posteriores desarrollos del derecho interno²² y del derecho internacional²³, el Consejo de Estado condenó a la Nación por la práctica abominable de la **desaparición forzada**, que configura sin lugar a dudas uno de los más terribles ultrajes a la dignidad humana. Así lo reconoció la Corte Constitucional desde sus primeros fallos²⁴, al indicar que el Consejo de Estado con anterioridad a la previsión de normas en el nivel constitucional, internacional y legal en punto de desaparición forzada, ya había construido pretorianamente una protección de las víctimas de este hecho ilícito, a partir de los fines constitucionales del Estado (artículo 16 de la Carta de 1886). Jurisprudencia del Consejo de Estado que además sirvió de base al Constituyente para la redacción del artículo 12 constitucional. Criterio jurisprudencial del Consejo de Estado que, por supuesto, igualmente ha sido seguido y enriquecido en vigencia del texto constitucional de 1991²⁵.

Igualmente la jurisprudencia ha sido celosa protectora del supremo derecho a la vida, en tanto presupuesto para el ejercicio de los demás derechos, con anterioridad a su previsión en el artículo 11 de la Constitución de Política de 1991. Texto constitucional que retomó el artículo 29 de la Carta de 1886, correspondiente al artículo 3° del Acto Legislativo No. 003 de 1910, que estableció que el legislador no podía imponer la pena capital en ningún caso.

20 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias de 21 de agosto de 1981 y 16 de diciembre de 1987.

21 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 17 de junio de 2004, rad. 50422-23-31-000-940345-01, ref. 15.208, CP. María Elena Giraldo Gómez.

22 Artículo 12 CN, las Leyes 589 y 599 de 2000 y la Ley 734 de 2002.

23 Cfr. La Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzosa adoptada por la Asamblea General de la ONU según Resolución 47/133 del 18 de diciembre de 1992; la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada, adoptada en Belén do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994, en el vigésimo cuarto período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 17 de julio de 1998, aprobado mediante la Ley 742 de 2002.

24 Corte Constitucional, sentencia C 587 de 1992, MP Ciro Angarita Barón.

25 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 3 de octubre de 2007, Rad. 25000-23-26-000-1994-00381-01 (19286) y Auto de 10 de diciembre de 2009, Rad. 50001-23-31-000-2008-00045-01 (35528).

A este respecto también el Consejo de Estado llegó a deducir la responsabilidad de la administración, en varias oportunidades, especialmente en desafortunados episodios en los que **para reprimir desórdenes públicos se optó por utilizar medios desproporcionados**. Uno de los casos más emblemáticos, fue la condena al Estado por el proceder brutal de una tropa que disparó indiscriminadamente en contra de una manifestación estudiantil el 9 de junio de 1954. Dijo en esa histórica decisión:

“No puede olvidarse que deber elemental del Estado es el mantenimiento del orden público para cuyo cumplimiento tiene en todo momento que estar preparado; y habrá de responder por el daño causado a los particulares con motivo u ocasión de actuaciones multitudinarias a menos que pruebe haber empleado todos los medios a su alcance para evitarlas. Descuidar o dejar de asegurar el orden o ejercer mal o con violencia la función policial acarrea necesariamente una responsabilidad. Si en la represión de desórdenes callejeros se emplean medios innecesarios para restablecer el orden o se presenta un exceso en la ejecución de medidas en principio legítimas, a la administración puede, con toda razón, imputársele una falla en el servicio por la cual debe responder. Porque no es concebible que en un Estado cuya policía cuenta con instrumentos suficientes para reprimir o disolver rápidamente movimientos callejeros, se empleen medios totalmente desproporcionados como el uso de fusiles y otras armas de guerra similares. Cuando tal cosa sucede y como consecuencia se han causado daños a particulares, se presume la culpabilidad del Estado y ello aun en el caso de culpa personal de sus agentes por la circunstancia de haberlos puesto en contacto con la víctima y proporcionado la oportunidad y los medios de perjudicarla. En un régimen de honesta conducción de la cosa pública, la administración asegura a los administrados, por así decirlo, contra los actos ilícitos de los funcionarios.

Lo anterior no quiere decir que frente a una perturbación grave del orden público los agentes enviados a restablecerlo tengan que dejarse masacrar. A todo ser humano le es lícito defenderse, aún más: tiene la obligación de hacerlo, pues el hombre que no es dueño y señor de su propia vida, debe guardarla y defenderla.

Pero aquí son aplicables los principios generales de la legítima defensa contemplados y estudiados en el derecho penal; aquella es lícita, se justifica el hecho, siempre y cuando guarde proporción con el peligro al cual se hace frente. Y cabe preguntar: ante una manifestación, vociferante y agresiva si se quiere, puede justificarse el empleo de

armas de guerra so pretexto de disolverla? ¿Puede hablarse aquí de ‘proporcionalidad’?

Hay algo más: si en tratándose de individuos que obran como tales cabría una cierta elasticidad en la aplicación de los principios anotados, cuando quienes actúan por una parte son los que pudiera denominarse ‘agentes del orden’, vale decir, un instrumento por medio del cual el Estado ejerce las primordiales funciones de guardar el orden y de proteger a los ciudadanos en su vida, honra y bienes, toda prudencia y mesura que se exija en sus actuaciones es poca y se está en la obligación de agotar todos los medios antes de llegar al empleo de la fuerza y en ningún caso, salvo raras excepciones, como cuando por ejemplo el tumulto pasa a convertirse en una franca revuelta y los autores del mismo echan mano de las armas o elementos similares, es permitido a los agentes del Estado usar sus armas.²⁶

En la misma línea, también en vigencia de la Carta de 1886, el Consejo de Estado condenó al Estado por la muerte violenta de un grupo de personas por unos soldados que dispararon indiscriminadamente, cuando intentaban de controlar unos disturbios ocurridos en un partido de fútbol. Con apoyo en el principio de la dignidad humana desechó la argumentación conforme a la cual, con la medida adoptada se había evitado una desgracia mayor²⁷.

Este criterio, dada la terrible situación de violencia, ha sido infortunadamente reiterado una y otra vez por la jurisprudencia administrativa, que ha insistido -desde entonces hasta hoy- en que el uso del monopolio de la coerción material debe estar guiado por los principios de necesidad y proporcionalidad. De manera que si la conducta es atribuible a un agente del Estado en ejercicio de sus funciones se compromete la responsabilidad patrimonial de este último frente a las eventuales víctimas, por uso excesivo de la fuerza por parte de los agentes del Estado²⁸.

De acuerdo con esta rápida revisión de la jurisprudencia del Consejo de Estado anterior a la Carta de 1991, una conclusión se impone: si la preocupación fundamental de toda sociedad democrática es la garantía de los derechos de las personas, es forzoso admitir que desde antaño la jurisdicción contencioso administrativa, y a la cabeza de ella el Consejo de Estado de Colombia, ha sido y

26 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 28 de abril de 1967, MP Carlos Portocarrero Mutis.

27 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 6 de febrero de 1986, CP Julio César Uribe Acosta.

28 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 11 de febrero de 2009, rad. 05001-23-26-000-1996-00960-01(17318).

seguirá siendo la mejor garantía ciudadana, como atinadamente sentenció Rafael Uribe Uribe, cuya sangre cruelmente derramaba al pie del capitolio clama por la paz de Colombia, como reza una bella placa en el histórico Claustro Rosarista.

EL CONSEJO DE ESTADO Y LOS PRINCIPIOS DE RESERVA DE LEY Y AUTONOMÍA FISCAL Y EL PRINCIPIO DE EQUIDAD EN MATERIA TRIBUTARIA

*Por: Hugo Fernando Bastidas Bárcenas
Magistrado de la Sección Cuarta del Consejo de Estado*

La Sección Cuarta del Consejo de Estado de Colombia está a cargo de resolver los conflictos de derecho tributario y de derecho económico que se suscitan en el devenir de las relaciones entre el estado y los contribuyentes y otros actores de la actividad económica del país. En desarrollo de esta misión, le corresponde a esa corporación velar por el entendimiento y la aplicación conforme con la Constitución de muchos y fundamentales principios en los que está basada la democracia colombiana y el estado social de derecho proclamado en la Constitución de 1991.

En ese marco, y con ocasión del Seminario Internacional de Instituciones Judiciales y Democracia, me permitiré presentar algunas sentencias en las que el Consejo de Estado ha tenido que examinar, por una parte, el principio de reserva de ley en armonía con el principio aparentemente antagónico de la autonomía política y fiscal de las entidades territoriales. Y, por otra parte, presentaré algunas sentencias en las que se aplica el principio de equidad tributaria, que deviene del derecho fundamental a la igualdad. En desarrollo de este objetivo, la conferencia se referirá a los siguientes aspectos:

- a. Elementos del Estado Social de Derecho
- b. Configuración y fines esenciales del Estado Colombiano
- c. Los principios democráticos de la reserva de ley y de la autonomía fiscal de las entidades territoriales
- d. El principio de la equidad tributaria

a. Elementos del Estado Social de Derecho

Una buena síntesis de los elementos del estado social de derecho es la que se encuentra en la obra de Norberto Bobbio *Liberalismo y Democracia*. Pretendiendo hacer una paráfrasis no muy fiel de ese texto, estimo que son fundamentalmente cinco los elementos sustanciales de lo que se conoce como estado social de derecho.

En primer lugar, es indispensable que este modelo garantice la existencia de un efectivo control político de parte del congreso o del parlamento, según el caso, sobre el ejecutivo. El gobierno debe estar constante y efectivamente controlado desde el punto de vista político por el órgano que representa el conjunto de los intereses que se expresan políticamente en un determinado momento de la vida democrática de la sociedad. La moción de censura es el instrumento adecuado para ejercer este tipo de control así como los interrogatorios y debates parlamentarios. En Colombia es débil este tipo de control al punto que ninguna moción de censura ha prosperado desde que la instauró la Constitución de 1991.

Otro elemento fundamental es el de la existencia de un control jurídico sobre el producto del legislativo: la ley. Este control es principalmente el llamado control judicial constitucional que se ejerce por intermedio de las cortes o tribunales constitucionales o por la jurisdicción constitucional difusa, esto es, cuando casi todos los jueces pueden dejar de aplicar una norma jurídica a un caso concreto por estimarla inconstitucional. Colombia ha mostrado desde siempre fortaleza en este punto. A partir de la instalación de la Corte Constitucional creada por la Constitución de 1991, el auge de este control cobró niveles insospechados. Es más, se advierte un fuerte desequilibrio entre el control político, que es nulo, y el control constitucional, que es exuberante. Y de ahí que la Corte Constitucional y los jueces con jurisdicción constitucional (todos), aduciendo tener facultades diferentes a las ordinarias, hayan cobrado protagonismo en múltiples decisiones con claros efectos políticos, sociales y económicos en la vida del país. No hay duda, como lo afirman muchos sectores de la doctrina: Colombia vive un *hiperconstitucionalismo* sustentado en el más puro activismo judicial, lo que denota cierto desequilibrio entre los poderes públicos.

También es esencial para que exista el estado social de derecho que el poder judicial sea realmente independiente de los otros poderes del estado. Colombia en esta materia también muestra niveles aceptables en comparación con la situación que se observa en países de la región. Mientras que en estos suele ser usual que el gobierno entrante acabe con las altas cortes o sustituya a magistrados para poner ahí juristas adeptos al gobierno, en Colombia ha existido una larga tradición de respeto a los jueces por parte del gobierno.

Lo ideal sería que los jueces tuvieran siempre el respaldo total del Estado para hacer valer sus decisiones, y esto no siempre ocurre, lo que debilita la autonomía judicial. La violencia amedrantada a los funcionarios judiciales ubicados en las regiones apartadas y en las que reinan fuerzas ilegales. El presupuesto de la rama judicial no siempre financia cabalmente los gastos indispensables de esta función. En fin, el poder judicial en Colombia sufre algunas situaciones que afectan su independencia, pero, en términos generales, los jueces pueden adoptar decisiones en contra de los otros poderes si eso es necesario para defender derechos o para hacer respetar el orden jurídico, como por ejemplo es el caso de lo que se conoce como “parapolítica”, en el que muchos congresistas han terminado sancionados penalmente por conductas relacionadas con la asociación para delinquir y otro tipo de delitos atribuibles a la repudiable connivencia de la política con grupos armados ilegales.

Es más, el hecho de que la Corte Constitucional hubiera podido tranquilamente dictar una sentencia que invalidó la posibilidad de que un presidente con mucha popularidad se presentara para un tercer mandato, muestra claramente independencia del poder judicial.

El cuarto elemento indispensable para la existencia de un estado social de derecho es el que tiene que ver con la autonomía política que el estado debe, en mayor o menor grado, conceder a las comunidades locales con el objetivo de eliminar modelos unitaristas a ultranza, modelos que ahora se miran antidemocráticos. Sobre este tema de la autonomía política volveré más adelante, pues es uno de los puntos centrales de esta conferencia.

Finalmente, el estado social de derecho estaría incompleto sino se verifica la existencia de un sistema tanto material como formal que garantice el disfrute de los derechos fundamentales.

En este punto se entra a un mundo más bien utópico: el sistema material de protección de los derechos fundamentales nos conduciría a una sociedad en la que todos sus ciudadanos tuvieran permanentemente el pleno disfrute de sus derechos fundamentales hasta el punto que, ante cualquier mínima amenaza o violación, el aparato judicial (sistema formal de protección) reaccionaría en busca del debido amparo constitucional o legal.

Colombia padece todos los estragos de una sociedad muy desigual. Existen cerca de 16 millones de pobres absolutos para una población de 40 millones de habitantes. No hay una amplia y eficiente cobertura en materia de seguridad social, educación, vivienda ni servicios públicos básicos. No funciona un verdadero sistema real de protección de derechos económicos, pues no hay empleos bien remunerados para todos. Existen, en cambio, varios mecanismos formales de protección de esos derechos, como la acción de tutela o de amparo constitu-

cional, mecanismo al que acuden miles y miles de ciudadanos en busca de esos anhelados derechos. Al final, por lo tanto, aparecen miles y miles de sentencias incumplidas, pues el estado no tiene todavía la suficiente capacidad económica para atender igualitariamente a la mayoría de los colombianos.

b. Configuración y fines esenciales del Estado Colombiano

El artículo primero de la Constitución colombiana configura a Colombia como un estado social de derecho organizado en forma de república unitaria, descentralizado, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, etc. Quedan otros rasgos del estado colombiano, pero he mencionado solo esos, que son inherentes al tema que trato en este escrito. Hay tres ideas en esa configuración del estado aparentemente irreconciliables. El unitarismo es un modelo de estado en el que sobresale la presencia de un solo órgano con plena competencia para dictar la constitución y las leyes. Otras autoridades, en ese modelo, no tienen sino una competencia de tipo reglamentario, que no representa ninguna facultad para que las comunidades locales que conforman el país puedan darse normas jurídicas con criterio político propio. La descentralización se ha visto como un mecanismo de administración necesario para morigerar el rigor del unitarismo normativo y del centralismo administrativo. No es pues inusual ver estados organizados con base en el binomio unitarismo-descentralización. De hecho, ese fue el modelo tradicional para la organización colombiana desde 1886 hasta 1991, modelo que se ha prolongado a pesar de lo que dice la propia Constitución sancionada en ese último año. La descentralización implica una autonomía de tipo administrativo para ejecutar las leyes pero no para crearlas.

La autonomía a que alude el artículo primero de la Constitución significa algo más que descentralización e implica el reconocimiento del derecho político de las comunidades locales a instituir normas jurídicas tan fuertes como la ley emitida por el congreso y que vendrían a constituir un derecho local tan obligatorio como el derecho nacional. Este modelo se ha tomado de la experiencia española, según se dijo cuando se estudiaba la expedición de la Constitución de 1991. Como se verá mas adelante, el derecho de la autonomía local en Colombia está en pañales.

Frente a los fines esenciales del estado social de derecho, huelga decirlo, el artículo segundo de la Constitución hace una nítida descripción de los objetivos más generales del modelo. En pocas palabras, tales fines resultan ser ideales sobre el estado de la felicidad en que estarían los colombianos si se aplicara en debida forma la Constitución. Por eso ahí se habla de la prosperidad general, la efectividad de los derechos, la participación de todos en la vida económica, polí-

tica, administrativa y cultural de la nación e incluso del orden justo. ¿Qué estado social de derecho no quisiera eso? ¿Cuándo y cómo lo lograremos? No sé.

c. Los principios democráticos de la reserva de ley y de la autonomía fiscal de las entidades territoriales

El lema *No hay impuesto sin representación, No taxation without representation*, es seguido por la Constitución colombiana. El artículo 338 señala que en tiempo de paz, solamente el congreso, las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales pueden imponer contribuciones fiscales o parafiscales. Dice que la ley, las ordenanzas y los acuerdos deben fijar directamente los sujetos activos, los sujetos pasivos, los hechos, las bases gravables y las tarifas de los impuestos.

Las asambleas departamentales son los órganos de representación popular que asumen ciertas competencias propias de la instancia departamental, como hacen lo propio los concejos municipales y distritales frente a la instancia municipal o distrital, que es el primer nivel de la administración del estado, el más cercano a los ciudadanos y uno de los niveles con mayores responsabilidades frente al ejercicio de la autoridad y a la prestación de los servicios públicos.

Por su parte, el artículo 287 de la Constitución Política señala que las entidades territoriales (departamentos y municipios y distritos) tendrán derecho a gobernarse por autoridades propias, ejercer las competencias normativas que le correspondan, administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones.

Una primera lectura de los artículos que se acaba de enunciar incluido el primero, que establece a Colombia como una república con autonomía de sus entidades territoriales, permite sostener que, sin duda, no solamente el congreso de la república está autorizado para dictar leyes de tipo tributario, esto es, para imponer impuestos, sino que tal competencia también la tienen las asambleas y los concejos sin más límites que los que la Constitución establezca o los que pudiere establecer la ley orgánica de asignación de competencias normativas o también llamada ley orgánica de ordenamiento territorial, ley que a pesar de ser necesaria para el funcionamiento del estado social de derecho no se ha expedido¹. Esta lectura significaría una interpretación pro autonomía política de las entidades territoriales.

Sin embargo, también existe una lectura de los actuales textos constitucionales un poco más tradicional de corte netamente unitarista. En primer término,

¹ Estando en prensa se ha expedido la ley, que no llena las expectativas en materia de autonomía política territorial. Es otra ley de principios de planificación y descentralización.

en esta perspectiva, las asambleas y los concejos municipales no pueden expedir leyes en sentido estricto. Sólo pueden expedir actos administrativos reglamentarios, esto es, leyes de menor jerarquía que la ley expedida por el congreso. En esa medida, las autoridades locales no podrían imponer tributos sino previa autorización directa de la ley nacional, esto es, del congreso de la república. Es más, se ha llegado a sostener que las ordenanzas y los acuerdos municipales, que son los actos jurídicos de las asambleas y los concejos respectivamente, tan solo pueden fijar las tarifas del impuesto y disponer de algunos métodos o procedimientos especiales de cobro, pero que todo lo demás es del resorte de la ley. Esta lectura significaría que la Constitución de 1991 no introdujo realmente cambios importantes en el modelo estatal colombiano y que todavía estaríamos cobijados por un régimen de centralismo político y descentralización administrativa.

El criterio más reciente de la Sección Cuarta del Consejo de Estado se enmarca dentro de un escenario en el que se privilegia la autonomía de las entidades territoriales.

Entiende que la autonomía política auténtica es el derecho de las comunidades locales a darse normas jurídicas con un criterio político propio. Eso implica que las entidades territoriales, departamentos, municipios y distritos, no solo están ahí para ejecutar las leyes mediante la expedición de actos administrativos generales o particulares sino para crear derecho fuerte en el sentido de poder instituir leyes tanto desde el punto de vista material como formal. Para esto es ideal que ya estuviera en vigencia la ley orgánica de asignación de competencias normativas², pero mientras llega, y con base a las reglas constitucionales actualmente vigentes, es posible deducir que en materia de impuestos el constituyente quiso fortalecer la autonomía fiscal o tributaria de esas entidades territoriales.

El principio de autonomía política de las comunidades locales tiene que ser interpretado siempre en armonía con el principio de reserva de ley, esto es, con el principio tradicional del unitarismo en cuanto que debe existir un solo centro de producción normativa: el congreso de la república. En otras palabras, con criterios de ponderación, se puede llegar a la conclusión de que en el nivel de la ley y con la misma jerarquía pueden convivir normas expedidas por el congreso, expedidas por las asambleas y expedidas por los concejos. En materia de impuestos se cumpliría a cabalidad el principio de reserva de ley, entendido en sentido amplio, en cuanto que sólo los órganos de representación popular pueden imponer impuestos.

En Colombia todavía no es jurídicamente posible ni políticamente conveniente dar rienda suelta a todos los departamentos, municipios y distritos para que hagan uso del derecho de autonomía del que vengo hablando. Peor aún si echa-

2 Ver comentario anterior.

mos de menos esa ley orgánica ya mencionada. Sin embargo, e incluso siguiendo pautas trazadas por la Corte Constitucional, bien puede sostenerse que sólo el congreso de la república puede imponer impuestos o autorizar a las asambleas y concejos la imposición de tales tributos. En todo caso, y con mayores veras si se trata de impuestos de estirpe o naturaleza local, la ley no puede copar todos los espacios de la competencia propia de las asambleas o del concejo. Eso es lo que se conoce como el principio de no vaciamiento de competencias, principio que debe guiar la labor legislativa del congreso. De ese modo, una vez autorizado el impuesto local, corresponde a la autoridad local fijar los elementos del tributo. No sería aceptable, de momento, que cada asamblea o concejo creara cuanto impuesto se le ocurriera. Bueno, esto sería siempre inaceptable. Por eso, una norma de alto rango, o constitucional u orgánica, debe señalar los ámbitos competenciales del congreso, de las asambleas y los concejos en materia impositiva.

En la sentencia del 25 de marzo del 2010, el Consejo de Estado declaró la nulidad de los artículos 3 y 7 del decreto 57 del 2006 y la del artículo 2 del decreto 2825 de ese mismo año. La razón para declarar la nulidad de esas reglas fue la de que el decreto pretendía fijar un impuesto, el llamado factor de la contribución de solidaridad, cuando esta competencia no es propia de la función reglamentaria del gobierno nacional. Se sostuvo en esa sentencia que según el artículo 338 de la Constitución y conforme con el artículo 2 de la ley 632 de 2000 y el artículo 2 del decreto 1013 del 2005, correspondía a los concejos municipales y distritales fijar la contribución de solidaridad que pagan los usuarios de altos ingresos de los servicios públicos a favor de la financiación de esos servicios para personas de bajos ingresos.

En síntesis, en la sentencia del 25 de marzo de 2010 se privilegió la competencia normativa de los concejos municipales, esto es, se privilegió la autonomía política de los municipios en cuanto que se anuló una norma del gobierno nacional que por vía de reglamento pretendía arrogarse esa competencia.

En igual sentido, el Consejo de Estado ha pretendido defender la autonomía política en lo fiscal de los municipios cuando ha venido respaldando el cobro del llamado impuesto de teléfono o telefonía y el impuesto de alumbrado público a partir de reconocerles a los municipios el derecho a fijar razonablemente, y dentro de los principios del derecho tributario, todos los elementos del tributo que no fijó la ley que autorizó la creación de esos impuestos, ley que, en efecto, fue extremadamente parca en señalarlos.

Sobre la competencia de los concejos municipales en materia de impuesto de teléfonos y de alumbrado público, bien puede consultarse las sentencias del 9 de julio de 2009, del 6 de agosto de 2009 y del 11 de marzo del 2010, que ratifican no solo la vigencia de la ley 97 de 1913, que creó esos impuestos, sino la competencia de las autoridades locales para fijar razonablemente otros elementos de esos tributos y habida cuenta de que la ley no lo hizo.

d) El principio de la equidad tributaria

La igualdad tributaria está íntimamente ligada a los conceptos de capacidad económica y progresividad. En cuanto a lo primero, porque el principio de capacidad económica aparece en esta perspectiva señalando que frente a dos situaciones idénticas es menester otorgar el mismo tratamiento tributario. Sin embargo, en aras de lograr una igualdad real y efectiva, el sistema tributario está en la posibilidad de tratar de manera desigual situaciones que aparentemente merecerían el mismo tratamiento, exigencia que se conoce como el principio de progresividad.

En reiterados fallos, el Consejo de Estado ha dicho que lo primero que hay que anotar en este punto es la definición de la objetividad del principio de igualdad general, y sobre esa idea ha reclamado que lo que exige la Constitución no es una igualdad formal sino objetiva, bajo el entendido de que el tratamiento diferenciado está permitido siempre que así se logre una igualdad material o real. En este aspecto el Consejo de Estado ha seguido la doctrina judicial expuesta en múltiples sentencias por la Corte Constitucional. (C-221/92, C-904/93, C-010, C-222 y C-489 de 1995, C-036, C-393 y C-412/96, C-296 y C-215 de 1999, C-1376 de 2000, C-508 y C-861 de 2006).

Frente a la aplicación del principio de equidad tributaria, que, se insiste, deviene del derecho fundamental a la igualdad, se expone la sentencia del 16 de septiembre del 2010, sentencia que invalidó conceptos obligatorios de la autoridad tributaria que pretendían darle un tratamiento diferente a las entidades sin ánimo de lucro extranjeras en materia de impuestos. Se dijo que no había una razón válida para sostener que las entidades extranjeras sin ánimo de lucro que estuvieran en iguales circunstancias a las de las entidades nacionales sin ánimo de lucro tributaran de forma diferente, sobre todo en materia de tributos sobre renta y ganancias ocasionales.

En virtud del principio de equidad, en la sentencia del 13 de agosto del 2009, se señaló que la administración tributaria debía devolver dinero recibido en casos evidentes de pago de lo no debido, devolución adicionada con el reconocimiento de los intereses legales. En ese caso concreto se reconoció el pago de los intereses legales al amparo del código civil (6% anual) porque fue la administración tributaria la que desconoció el derecho del demandante de no pagar ciertos impuestos, pues el propio Consejo de Estado había anulado, en otro proceso actos que le imponían la obligación de pagarlos. Se dijo que una vez queda demostrado que el contribuyente hizo realmente un pago de lo no debido, la devolución tenía que implicar también el pago de intereses legales para guardar cierto equilibrio o equidad entre los beneficios de quien recibe un pago que no se lo merece y los perjuicios de quien lo hace sin razón valedera.

A manera de conclusión, sin lugar a dudas, el Consejo de Estado ha contribuido al fortalecimiento de las instituciones democráticas en cuanto que ha pretendido hacer una cabal inteligencia del alcance de las reglas constitucionales tanto de la organización del Estado como de los derechos fundamentales de los asociados para salvaguardar ora el principio democrático de que sólo los órganos con representación popular pueden imponer tributos ora para salvaguardar o para defender el principio de igualdad tributaria.

LA JURISPRUDENCIA EN MATERIA ELECTORAL Y SU APOORTE A LA DEMOCRACIA

Por. Mauricio Torres Cuervo

Presidente de la Sección Quinta del Consejo de Estado

El Consejo de Estado y La Consolidación Democrática e Institucional.

Autores como Moreno, Crisp y Shugart en su texto “*The accountability deficit in Latin America*”, enfatizan en la necesidad del control de los gobernantes por parte de un sistema judicial independiente.

Esta tarea en Colombia se ha encomendado al Consejo de Estado. En la Constitución de 1886 artículos 137 y 141 y en la Constitución de 1991 en el artículo 237, al otorgarle la atribución de tribunal supremo de lo contencioso administrativo, juez al que le compete restablecer las normas de superior jerarquía infringidas por los gobernantes y como “*juez de derecho común en materia administrativa porque conoce en principio de todas las contenciones administrativas no atribuidas a otra jurisdicción*”¹

En ejercicio de tal función, antes de la Constitución de 1991 y durante su vigencia, el Consejo de Estado ha proferido sentencias que contribuyeron al fortalecimiento de la democracia y la institucionalidad.

Debe tenerse en cuenta que como lo anota Bobbio², la democracia existe debido a que aún subsisten sus mínimos: “*garantía de los principales derechos de libertad, existencia de varios partidos en competencia, elecciones periódicas y sufragio universal, decisiones colectivas o concertadas...*”.

1 Sentencia del 12 de agosto de 1954.

2 Norberto, Bobbio, *El Futuro de la Democracia*, México, FCE, 1984, Cap. I.

En este punto, *“el papel regulador lo cumple el derecho administrativo; ciencia que en la medida en que protege los derechos de los administrados y precisa sus deberes, reconoce los derechos de la administración, y el alcance de sus obligaciones. Constituye entonces dicho derecho, el marco regulador de la relación: Individuo y sociedad, individuo y Estado, en términos de equilibrio.”*³

A continuación haré referencia de varios pronunciamientos jurisprudenciales del Consejo de Estado en estos aspectos:

Sobre partidos políticos y democracia.

“En las democracias modernas los partidos políticos existen por dos razones: reducen los costos de transacción en los campos electoral, parlamentario y gubernamental; y ayudan a sobrellevar el dilema de la acción colectiva. Además, son el mecanismo central para poner en práctica la cadena constitucional de delegación política y de rendición de cuentas.” Wolfgang C. Müller⁴

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en sentencia del 5 de febrero de 1974⁵ – cuando la Constitución no contemplaba un régimen de partidos- destacó la importancia de las agrupaciones políticas para la democracia

Aseveró que uno de los elementos más destacados de la democracia real son los partidos políticos porque permiten al individuo ejercer una influencia efectiva en la formación de la voluntad del Estado y agregó que la historia de nuestro derecho constitucional es la historia de nuestros partidos, quienes manteniendo incólume la idea republicana lucharon por fijar la mayor o menor cantidad de poder, de libertad o de autoridad, de la fuerza individual o de la colectiva, y han perseguido y solicitado por diversos caminos, un ideal de bien público y de justicia.

Destacó la escasa mención que en los textos constitucionales expedidos en el Siglo XIX se hizo de los partidos, *“no obstante que a través de ellos se obtenía la representación del pueblo en el gobierno de la Nación...”*

Desde entonces, el Consejo de Estado abogaba por la necesidad de establecer el régimen de partidos a nivel constitucional, consecuente con la importancia histórica de estas agrupaciones, aunado a la necesidad de su existencia para la consolidación real de la democracia.

3 Sección Tercera del 2 de febrero de 1988, M.P. Dr. Carlos Betancur Jaramillo. Acción de reparación directa.

4 Political parties in parliamentary democracies: Making delegation and accountability work.

5 Consejero Ponente: Dr. Gustavo Salazar T. Acción de nulidad contra la elección de la mesa directiva del Concejo Municipal de Acacias – Meta.

Nótese que el constituyente del 91, atendiendo estas inquietudes, adoptó el Título IV sobre “*La participación democrática*” y dentro de él, el Capítulo II relativo específicamente a los partidos y movimientos políticos.

Luego, en el Acto Legislativo 01 de 2003 se estableció el régimen de bancadas en las corporaciones públicas de elección popular de la siguiente manera: “*Los miembros de las Corporaciones Públicas elegidos por un mismo partido o movimiento político o ciudadano actuarán en ellas como bancada en los términos que señale la ley y de conformidad con las decisiones adoptadas democráticamente por éstas.*”

Sobre este tema, la jurisprudencia de la Sección Quinta ha efectuado un importante aporte al entender que la actuación como bancada es un mecanismo diseñado para dotar de agilidad y seriedad la dinámica del debate al interior de las corporaciones públicas, que contribuye al fortalecimiento de los partidos y movimientos políticos, pues supone un mínimo de coherencia y solidez, al exigir que el proceso de toma de decisiones de esas corporaciones gire en torno a los criterios previamente adoptados por las organizaciones políticas.

Encuentra que es un procedimiento al cual se somete la actividad de las corporaciones públicas, con una única salvedad: los asuntos de conciencia que determinen los estatutos internos de los partidos y movimientos políticos, lo que en términos generales obliga a que, en la mayoría de los casos, sea la bancada y no cada uno de los Congresistas que la integran, quien determine el sentido en que se emitirá cada voto individual.

Concluye que salvo los asuntos de conciencia, el voto de los miembros de las corporaciones públicas no puede ser secreto, al menos, frente a sus compañeros de bancada o de coalición porque están obligados a votar en un sentido predeterminado.

Advierte la evidente contradicción entre el sistema de votación secreta previsto en el Reglamento del Congreso para el ejercicio de la función electoral y el régimen de bancadas al cual se encuentra sometido el ejercicio de esa función por así disponerlo una norma constitucional posterior, concretamente, el artículo 108 de la Carta Política, modificado por el artículo 2° del Acto Legislativo 01 de 2003, lo que le lleva a concluir que la regla de procedimiento contenida en los artículos 131, literal a) y 136, numeral 2°, de la Ley 5ª de 1992 no resulta aplicable en materia de elecciones a cargo del Congreso.⁶

6 Sentencia del 23 de marzo de 2007, expediente 11001-03-28-000-2006-00172-01(4120), M.P. Dr. Darío Quiñones Pinilla. Acción de nulidad contra el acto que declaró la elección del Secretario de la Comisión Primera Constitucional Permanente de la Cámara de Representantes para el período 2006 - 2010.

La contribución de la jurisprudencia de la Corporación al fortalecimiento de los partidos también ha tenido al escenario de las minorías políticas como uno de sus referentes. Bien lo dijo la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en la sentencia del 8 de junio de 1973 con ponencia del Dr. Miguel Lleras Pizarro: *“El sistema electoral democrático para que merezca ese nombre debe tener dos consecuencias principales: el imperio o gobierno de las mayorías y el exquisito respeto al derecho de las minorías.”*⁷

En el informe de ponencia en la Asamblea Constituyente, el Dr. José María Velasco Guerrero⁸, efectuó una crítica a lo que denomina el “absolutismo parlamentario” que lo explica como un absolutismo de las mayorías y de los grupos de partidos que las dominan, que tenía que conducir inevitablemente a una posterior desconfianza en la objetividad y neutralidad de los órganos legislativos con la consecuente vulnerabilidad del Congreso. Es aquí en donde la protección de las minorías políticas toma relevancia.

Para garantizar la participación de los partidos minoritarios en las mesas directivas del Congreso, antes de la Constitución de 1991, la Corporación acogía un criterio cuantitativo. Es así, que en sentencia del 24 de abril de 1987, la Sala Contenciosa Electoral señaló⁹ que Los antecedentes históricos y políticos le permitían asegurar que en el caso de las Mesas Directivas del Congreso las minorías debían entenderse dentro del contexto político que dio nacimiento al inciso final del artículo 83 de la Constitución anterior, es decir los partidos, grupos o movimientos numéricamente inferiores frente a los dos partidos tradicionales que venían constituyendo las mayorías políticas del país.

Consideraba el Consejo de Estado que la minoría podía estar integrada por grupos de un solo partido tradicional, o de ambos, o, eventualmente, por una tercera corriente de opinión distinta de aquellos, todo ello en consideración al volumen de votación computada en las urnas.

Entendía entonces que la elección de dignatarios de las Cámaras debía incluir, al lado de los representantes de los dos grandes partidos, a un representante del grupo minoritario más numeroso.

Sobre la ciudadanía y los derechos políticos.

El artículo 40 de la Constitución garantiza a los ciudadanos el derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, y en tal vir-

7 Radicación 33.

8 Gaceta Constitucional No 46 del 4 de abril de 1991.

9 M.P. Dr. Hernán Guillermo Aldana Duque, expediente E-063. Acción de nulidad electoral contra el acto de elección de la Mesa Directiva del Senado de la República y de la Cámara de Representantes, hecha el 20 de julio de 1986.

tud pueden, entre otros, elegir y ser elegidos, constituir partidos y movimientos políticos, y acceder al desempeño de funciones y cargos públicos.

Esta situación no siempre fue así para las mujeres; en efecto, solamente con el Acto Legislativo 3 de 1954 se les confirió el derecho al voto y con la aprobación del plebiscito del 1 de diciembre de 1957 se les otorgó los mismos derechos políticos de “los varones”.

No obstante, el Consejo de Estado ya venía avanzando en cuanto a la igualdad de género.

Así, en la sentencia del 5 de octubre de 1943, con ponencia del Magistrado Gabriel Carreño Mallarino¹⁰ se consideró que pese a que las mujeres no tenían la ciudadanía, podían ejercer cargos en la judicatura.

Se estimó que conforme con la parte final del artículo 8 del Acto Legislativo 01 de 1936, para entrar en el desempeño de la judicatura y en general de cualquier empleo que llevara anexa autoridad o jurisdicción, la mujer debía llenar los mismos requisitos que el hombre, excepto el de obtener cédula de ciudadanía.

Por otra parte, en la sentencia del 27 de junio de 1950, con ponencia del Magistrado Dr. José Urbano Múnera, el Consejo de Estado diferenció los conceptos de ciudadanía y de derecho al sufragio, con ocasión de la demanda de nulidad del Decreto 1483 de 21 de mayo de 1949 del Presidente de la República, que nombró al Coronel Régulo Gaitán Ministro de Gobierno, al General Miguel Sanjuán Ministro de Justicia y al General Rafael Sánchez Amaya Ministro de Guerra, porque los militares en ejercicio no podían intervenir en la política militante.

En dicha providencia se dijo que el derecho a elegir es apenas un atributo de la ciudadanía, pero no es la ciudadanía misma. Estableció que para elegir o ser elegido se requería ser ciudadano, de acuerdo con el artículo 18 de la Constitución, pero para ser ciudadano no se necesitaba el ejercicio de la facultad constitucional del sufragio. Precisó que esta doctrina aparecía “*relievada aun mejor en el artículo 3 del Acto legislativo 01 de 1945, que le concedió a la mujer mayor de veintiún años la calidad de ciudadano, privándola sin embargo de la función del sufragio y de la facultad de ser elegida popularmente.*”

Derecho a La Protesta y Derecho de Reunión

La Sección Segunda de la Corporación, en sentencia del 25 de mayo de 1978, M.P. Dr. Álvaro Orejuela Gómez estimó que el buen nombre de la adminis-

¹⁰ Conoció de la acción de nulidad del nombramiento que la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá efectuó a la doctora Rosa Rojas Castro para desempeñar el cargo de Juez 3º Penal del Circuito de Bogotá.

tración no se deterioraba por la sola circunstancia de que se expresaran opiniones o se elevaran quejas sobre el manejo o la dirección de los organismos estatales y afirmó que las protestas son el producto de la democracia que rigen nuestras instituciones, pues dentro de éstas no es posible coartar la libertad de expresión de los gobernados y que la libertad de pensamiento y de palabra no pueden silenciarse mediante actos o providencias represivas.

El Derecho Electoral como Garante de La Democracia.

“El derecho electoral se vincula en forma estrecha y vital con el sistema político”, así el desarrollo de la democracia moderna es inconcebible sin su componente electoral.¹¹

La Corporación en sentencia del 22 de febrero de 2007¹² definió que el proceso político electoral impone necesariamente la sumisión al derecho porque se trata de la configuración de las más importantes decisiones del Estado y es en ese contexto que al derecho electoral le corresponde garantizar simultáneamente el derecho político al voto como expresión de la soberanía popular y manifestación del principio democrático y la decisión de las mayorías, elementos legitimadores de todo el sistema democrático, entendido como *“aquel régimen político en que una pluralidad de partidos compiten libremente por el poder a través, fundamentalmente, de las elecciones”*¹³

Ahora bien, en los procesos electorales en los que se ejerce control jurisdiccional sobre actos electorales y actos de contenido electoral existen unos principios desarrollados por la jurisprudencia del Consejo de Estado, como lo hizo la Sala de lo Contencioso Electoral de este en la sentencia del 27 de marzo de 1987¹⁴ al explicar que se tendrán como principios rectores, los de imparcialidad, para que ningún partido o grupo político obtenga ventajas sobre los demás; el del secreto del voto y publicidad del escrutinio, para garantizar primero, la completa

11 Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Diccionario Electoral, página 384.

12 Sección Tercera, M.P. Dra. Ruth Stella Correa. Se pronunció en segunda instancia respecto a una acción popular ejercida contra la Registraduría Municipal Guapí y otros, con la finalidad de obtener la protección de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público, previstos en la ley 472 de 1.998, que se estimaban vulnerados por los demandados con la inscripción y posesión en los cargos de alcaldesa y concejales por encontrarse inhabilitados.

13 SANTAMARÍA, José, Sistemas electorales y sistema de partidos, Boletín de información comercial Española (RICE), Madrid, No. 1, 1976, p. 5.

14 M.P. Dr. Carmelo Martínez Conn. Acción de nulidad electoral contra el acto que declaró elegidos Representantes a la Cámara por la Circunscripción Electoral de Antioquia, período constitucional 1986 - 1990.

libertad personal en la emisión del voto y luego la publicidad del escrutinio, para impedir que la voluntad del elector sea tergiversada al momento de contabilizar el voto; el de la eficacia del voto libremente emitido en las urnas, para preferir entre las distintas interpretaciones posibles de una disposición electoral, la que de preferencia le dé validez al voto que sea libre expresión de la voluntad del elector; el de capacidad electoral, según el cual, todo ciudadano puede ser elector o elegido, mientras que una norma expresa no limite su derecho, siendo por tanto, de interpretación restringida las causales de inhabilidad o incompatibilidad; y, finalmente, el de proporcionalidad, en virtud del cual quede asegurada la representación proporcional de los partidos y grupos políticos, conforme se expresen en las urnas.

La Sección Quinta en sentencia del 2 de noviembre de 2001 con ponencia del Dr. Darío Quiñones Pinilla, enfatizó en que existen irregularidades que pueden conducir a la exclusión de los votos del cómputo general, que si bien es cierto implican que se deje sin efectos la expresión de la voluntad popular de algunos ciudadanos, no es menos cierto que con ello se asegura que prevalezcan los intereses generales que se buscan proteger, como es el caso de los principios de transparencia e imparcialidad de las autoridades electorales, de la eficacia y autenticidad del voto.

Con fundamento en los antecedentes jurisprudenciales descritos, bien puede decirse entonces que la Constitución y la ley han encomendado a la jurisdicción de lo contencioso administrativo la guarda de la pureza del sufragio.

Lamentablemente la realidad de nuestro país impone que factores como la violencia y la presión armada sean los vicios recurrentes en los procesos electorales, ante lo cual el Consejo de Estado se ha visto precisado a sentar posiciones en defensa de la democracia, tal como lo hizo la Sección Quinta para el caso de la violencia que se ejerce contra los electores, en la sentencia del 22 de noviembre de 2007¹⁵.

Allí se precisó que cuando un certamen electoral transcurre permeado por la violencia física o psicológica, se desconoce el carácter democrático del Estado Colombiano, en la medida que siendo de la esencia de la democracia el hecho de que el pueblo pueda expresarse libremente en las urnas para escoger voluntariamente a sus dirigentes políticos, cualquier interferencia en esa expresión no puede menos que calificarse de inconstitucional, adicionalmente porque vulnera

15 Expediente 11001-03-28-000-2006-00117-00(4058). Acción de nulidad electoral contra el Acuerdo 007 de mayo 31 de 2006, proferido por el Consejo Nacional Electoral, mediante el cual se declararon elegidos los representantes a la Cámara por la circunscripción electoral del departamento del Guainía para el periodo constitucional de 2006 a 2010.

uno de los fines esenciales del mismo Estado, como es “*facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación*”, debido a que el ejercicio de la violencia en las jornadas electorales puede conducir a que mengüe significativamente la participación de los electores o que incluso los participantes no cuenten con la libertad requerida para escoger a los candidatos de sus preferencias, sino aquellos que les han sido impuestos.

Anotó que la intervención de los actores violentos en los certámenes democráticos vulnera igualmente el derecho fundamental a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político de quienes asumen la posición de electores, porque les impide materialmente la participación democrática o les obliga a sufragar por determinados candidatos.

Esta sentencia también se ocupó en determinar la magnitud en que se debe afectar la votación por motivos de violencia para anular una elección, y consideró que deben hallarse probados los siguientes supuestos de hecho:

1. Que la imposibilidad de acceder a las urnas se deba a causas extrañas a su voluntad;
2. Que esas causas no hayan sido controladas por las autoridades, estando éstas en condiciones de hacerlo;
3. Que el número de electores afectados sea potencialmente capaz de alterar el resultado electoral, porque excede la diferencia de votos entre el elegido y quien hubiera quedado en segundo lugar.

Pero la violencia también puede ser ejercida contra los escrutadores, frente a lo que la Sección Quinta en la sentencia del 19 de enero de 2006, con ponencia del Dr. Darío Quiñones Pinilla¹⁶ anotó que se debe impedir que la atribución de que están investidos esos funcionarios transitorios la desarrollen bajo influencia de la violencia que contra ellos se pueda ejercer y, con ello, garantizar la transparencia e imparcialidad que debe orientar la función electoral (artículo 1° del Código Electoral) que está al servicio de los intereses generales” (artículo 209 de la Constitución Política), imperativos de orden constitucional y legal que proscriben todo acto de declaratoria de elección en cuya expedición haya mediado un acto de violencia contra la autoridad que interviene en su expedición. La sala consideró que en ese evento no sólo se corrompe la actividad administrativa por razón de la presión que le sirve de causa, sino, además, por cuenta del indebido favorecimiento que a través de ella se persiga.

16 Acción de nulidad electoral contra el acto de declaratoria de elección del Alcalde y Concejales del Municipio de Rionegro - Santander para el período 2004 a 2007.

La Eficacia del Voto

La Sección Quinta en sentencia del 2 de noviembre de 2001, enfatizó en que existen irregularidades que pueden conducir a la exclusión de los votos del cómputo general, que si bien es cierto implica que se deje sin efectos la expresión de la voluntad popular de algunos ciudadanos, no es menos cierto que con ello se asegura que prevalezcan los intereses generales que se busca proteger, como es el caso de los principios de transparencia e imparcialidad de las autoridades electorales, de la eficacia y autenticidad del voto.

Con fundamento en los antecedentes jurisprudenciales descritos, bien puede decirse entonces que la Constitución y la ley le han encomendado a la jurisdicción de lo contencioso administrativo la guarda de la pureza del sufragio.

Derechos, Libertades y Garantías

La democracia es el único sistema de gobierno legitimado para gobernar sociedades libres y es por ello que casi todos los regímenes occidentales han pretendido ser una democracia. La democracia moderna no es sólo el gobierno del pueblo expresado a través de la mayoría sino que además contiene unos principios básicos como la igualdad, el pluralismo, la libertad y la tolerancia.¹⁷

Manuel José Cepeda anota que la Carta de Derechos de la Constitución de 1991 representa una de las mayores conquistas de los colombianos frente a la antigua Constitución tildada frecuentemente de “*tacaña en derechos*” porque se limitaba a establecer algunas libertades y garantías concebidas como prerrogativas otorgadas a los individuos por el Estado.

No obstante destaca que tanto el Consejo de Estado como la Corte Suprema de Justicia efectuaron algunos avances jurisprudenciales que en algunos casos tuvo en cuenta la Asamblea Constituyente para delimitar el contenido de los derechos.¹⁸

En sentencia de la *sección primera* del 10 de agosto de 1978, con ponencia del Dr. Mario Enrique Pérez, se señaló: “*que desde la “Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano”, que para nosotros tradujo don Antonio Nariño. “La ley no tiene derecho a prohibir más que las acciones nocivas a la sociedad. Nadie podrá impedir lo que la ley no prohíba, y nadie puede ser obligado a hacer lo que ella no ordene”*”.¹⁹

17 Diccionario Electoral del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, páginas 350 y 351.

18 Los derechos fundamentales en la Constitución de 1991. Consejería Presidencial para el Desarrollo de la Constitución. Capítulo I.

19 Acción pública de nulidad ejercida por el ciudadano Daniel Samper Pizano contra el

La Sección Tercera en sentencia del 27 de junio de 1985, M.P. Dr. Jorge Valencia Arango, se refirió a los límites de las instituciones democráticas, que no pueden so pretexto de mantener la democracia y el estado de derecho utilizar métodos irracionales, inhumanos, sancionados por la ley, rechazados por la justicia y proscritos mundialmente por todas las convenciones de derechos humanos y que ninguna concepción civilizada del ejercicio del poder podría autorizar o legitimar, porque sería la negación de los principios e ideales que se pretenden defender y que son la razón misma que justifica la existencia de una sociedad jurídicamente organizada.

Posteriormente, en sentencia de la Sección Tercera del 2 de febrero de 1988 con ponencia del Dr. Carlos Betancur Jaramillo²⁰, la Corporación insistió en que no puede la autoridad, bajo ningún pretexto, desobedecer la constitución y la ley impunemente, que es su deber acatarla tanto en su mandato como en su formalismo. De allí que cuando ejerza irregularmente sus mandatos comprometerá con su conducta la responsabilidad del ente estatal.

Arguyó que la sola razón de Estado no justifica, en principio, el desconocimiento de la legalidad ni de las garantías individuales, y en este punto el derecho administrativo es por excelencia la parte de la ciencia del derecho que más agudamente plantea el conflicto permanente entre la autoridad y la libertad. Pero no sólo la plantea, sino que cumple un papel de mayor trascendencia como que delimita coercitivamente la órbita de acción de los mencionados extremos.

Inviolabilidad del Domicilio y Secreto Profesional

Con ocasión de una demanda en la que se pedía la nulidad de la Ordenanza 67 de 1914 de la Asamblea de Cundinamarca, la Sala de lo Contencioso Administrativo en sentencia del 18 de junio de 1915, con ponencia del Conjuez, Dr. Eduardo Rodríguez Piñeres, consideró inadmisibles que para el cobro de un impuesto se pudiera imponer la obligación de ratificar bajo juramento datos sobre utilidades obtenidas y de presentar libros, certificaciones y documentos, porque riñe abiertamente con los principios tutelares establecidos por la Constitución sobre la inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia, así como al secreto profesional a que están obligadas ciertas personas en razón de su profesión u oficio, pues si no es lícito a las autoridades invadir el domicilio, si la correspon-

oficio expedido por el Presidente del Senado de la República, fechado el 4 de agosto de 1977, por medio del cual fue denegado el acceso a algunos documentos de la Pagaduría del Senado.

20 En la sentencia se declaró responsable a la Nación colombiana (Ministerio de Defensa) por la muerte del señor Jorge Marcos Zambrano Torres.

dencia confiada a los correos y telégrafos es inviolable, si los libros de comercio no pueden ser objeto de pesquisas de oficio, si los médicos y abogados cometen delitos al violar el secreto profesional, no es admisible que por la vía de la efectividad de un impuesto departamental se pueda registrar la vida privada y violar el secreto profesional.

Sobre el tema también se encuentra el caso que se planteó en una acción en la que se pedía la nulidad de una ordenanza que prohibía a las “mujeres públicas” habitar en lugares cercanos a los templos y que además confería a la Policía un poder discrecional para lanzar estas mujeres sin mayor formalidad o trámite. En dicha ocasión, la Sala de lo Contencioso Administrativo en sentencia del 25 de julio de 1921, con ponencia del Dr. Arturo Márquez Campuzano consideró que la actuación de las autoridades en las condiciones anotadas, atentaba contra la inviolabilidad del domicilio.

Libertad de Enseñanza

La Sección Cuarta del Consejo de Estado en sentencia del 21 de julio de 1966, con ponencia del Dr. Carlos Portocarrero, al conocer de una demanda de nulidad contra algunos artículos del Decreto 579 de 1965 por el cual se creaba la Comisión de Textos y Materiales Escolares y el Fondo Rotatorio Nacional del Texto Escolar Gratuito, que contemplaba sanciones a las instituciones educativas que adoptaran textos distintos a los previamente inscritos en la Comisión, declaró la nulidad de las disposiciones al considerar que atentaban contra la libertad de enseñanza que quedaba al arbitrio de un comité de la administración, para lo que esbozó los siguientes lineamientos:

Enseña la sentencia que todos los hombres sin distinción de raza, condición o edad, en cuanto participan de la dignidad de la persona, tienen el derecho natural e inalienable a una educación porque tienen unos fines que cumplir y sólo podrán lograrlos si salen de la ignorancia, si cultivan su inteligencia, si tienen a su alcance el conocimiento de la verdad.

El individuo, por consiguiente, tiene derecho a recibir una educación adecuada que tanto por derecho como por obligación está a cargo de la familia y la sociedad con la ayuda del Estado, que no quiere decir restricción de libertades sino fomento de las mismas.

Entendió la libertad de enseñanza como la capacidad de autodeterminación con respecto a una de las tareas vitales esenciales del hombre; la educación y desconocerla conlleva nada menos que a una forma de tiranía.

No se niega al Estado la facultad de inspeccionar pero percibe como inconcebible en una democracia que lleve el control hasta crear un monopolio de cultura.

Libertad de Locomoción

Esta libertad no estaba expresamente consagrada en la Constitución de 1886, sin embargo la Sección Primera de la Corporación en sentencia del 14 de abril de 1982 con ponencia del Dr. Jacobo Pérez Escobar hizo un importante aporte a su desarrollo, al pronunciarse sobre una demanda de nulidad contra el artículo 10. de la Resolución 302 de 11 de mayo de 1978 expedida por el alcalde de Medellín que prohibía la circulación de motocicletas en el tiempo comprendido entre las 11:00 de la noche y las 5:00 de la mañana.

La Corporación estimó que la libertad de locomoción o circulación, también llamada “libertad de ir y venir”, es una de las fundamentales del individuo y consiste en la posibilidad de desplazamiento de una persona según su voluntad. Encontró que ha sido proclamada por el artículo 13 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 12.

Concluyó que aunque la Constitución Política no consagraba expresamente esta libertad, sí se desprendía del hecho de que no se hubieran establecido restricciones a su ejercicio, y del principio consagrado en el artículo 20 de la misma Carta, según el cual “*los particulares no son responsables ante las autoridades sino por infracción de la Constitución y de las leyes*”.

Conclusión

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha contribuido eficazmente al desarrollo y a la consolidación de las instituciones y de la democracia, para lo cual ha asumido una actitud prescriptiva en la medida de que con sus sentencias ha señalado lo que debe ser la democracia, más allá de la formal y minimalista que se satisface con la realización de elecciones periódicas, para trascender a una democracia real, en la que el sistema electoral garantice además elecciones verdaderamente competidas, libres y limpias, que sea respetuosa del pluralismo y de la diversidad, y que esté en capacidad de dar plena operatividad a los derechos y libertades.

*LA CONSTITUCIÓN DE 1991:
REFLEXIONES SOBRE SUS INSTITUCIONES*

LAS INSTITUCIONES DE 1991, SUS ANTECEDENTES Y SU LEGITIMIDAD

Por: José Gregorio Hernández Galindo
Expresidente de la Corte Constitucional

En el curso de pocos meses han tenido lugar tres aniversarios de sucesos directamente relacionados con el Derecho Constitucional colombiano:

- El 20 de julio de 2010 se cumplieron doscientos años de la **Declaración de Independencia**;
- El 31 de octubre de 2010 cumplimos cien años de la instauración en nuestro sistema de la **acción pública** y la **excepción** de inconstitucionalidad (Artículos 40 y 41 del Acto Legislativo 3 de 1910, promulgado por la Asamblea Nacional de Colombia, como se denominó la Constituyente entonces en funcionamiento)¹;
- El 7 de julio de 2011 se cumplirán veinte años desde la promulgación de la Carta Política vigente.

A estas tres efemérides quiero referirme brevemente, para resaltar algunos puntos de interés desde la perspectiva constitucional.

1 Los artículos 40 y 41 del Acto Legislativo 3 de 1910 expresaron: “Artículo 40.- En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley se aplicarán 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 hayan sido objetados como inconstitucionales por el Gobierno, o sobre todas las leyes o decretos acusados ante ella por cualquier ciudadano como inconstitucionales, previa audiencia del Procurador General de la Nación”.

La Declaración de Independencia

Lo ocurrido en la Nueva Granada –muy concretamente en Santafé– el 20 de julio de 1810 no constituyó un hecho aislado. Obedeció a todo un proceso que se había iniciado varios años antes, desde la insurrección de los comuneros, cuando en estas tierras comenzamos a tomar conciencia acerca de nuestros derechos inalienables, tradicionalmente pisoteados por los españoles tras el Descubrimiento de América y a lo largo de las etapas de la Conquista y la Colonia.

En esa fecha se dio el paso fundamental para la afirmación de la soberanía. Aunque se continuaba reconociendo a Fernando VII como el monarca, y no se hablaba todavía de una república sino de un reino, se exigía a aquél “...que venga a reinar entre nosotros” (no podía hacerlo por las circunstancias en que se encontraba, sujeto él a la privación de su libertad en manos de Napoleón Bonaparte, y luchando España, como lo estaba haciendo, contra la invasión de las tropas francesas en su propio territorio); y lo más importante: desde la declaración misma se tomó la decisión de trazar la línea divisoria entre el régimen jurídico impuesto desde la Metrópoli y el nuevo orden, que se fundaría en una constitución.

En efecto, como se recordará, el Cabildo Extraordinario –que sesionó públicamente– confió el supremo gobierno del Reino a la Junta de Regencia, conformada en ese momento, respecto a la cual dispuso:

“En seguida se manifestó al mismo pueblo la lista de los sujetos que había proclamado anteriormente, para que unidos a los miembros legítimos de este cuerpo (con exclusión de los intrusos don Bernardo Gutiérrez, don Ramón Infiesta, don Vicente Rojo, don Joaquín Álvarez, don Lorenzo Marroquín, don José Carpintero y don Joaquín de Urdaneta) (salva la memoria del ilustre patricio doctor don Carlos de Burgo), se deposite en toda la junta el gobierno supremo de este reino interinamente, mientras la misma junta forma la constitución que afiance la felicidad pública, contando con las nobles provincias, a las que en el instante se les pedirán sus diputados, formando este cuerpo el reglamento para las elecciones en dichas provincias; y tanto éste como la constitución de gobierno deberán formarse sobre las bases de libertad, independencia respectiva de ellas, ligadas únicamente por un sistema federativo, cuya representación deberá residir en esta capital, para que vele por la seguridad de la Nueva Granada que protesta no abdicar los derechos imprescriptibles de la soberanía del pueblo a otra persona que, a la de su augusto y desgraciado monarca don Fernando VII, siempre que venga a reinar entre nosotros, quedando por ahora sujeto este nuevo gobierno a la Suprema Junta de Regencia, ínterin exista en

la Península, y sobre la Constitución que le dé el pueblo, y en los términos dichos, y después de haberle exhortado el señor regidor su diputado a que guardase la inviolabilidad de las personas de los europeos en el momento de esta fatal crisis, porque de la recíproca unión de los americanos y los europeos, debe resultar la felicidad pública, protestando que el nuevo gobierno castigará a los delincuentes conforme a las leyes, concluyo recomendado muy particularmente al pueblo la persona del excelentísimo señor don Antonio Amar; respondió el pueblo con las señales de la mayor complacencia, aprobando cuanto expuso su diputado. Y en seguida se leyó la lista de las personas elegidas y proclamadas, en quienes, con el ilustre cabildo, ha depositado el gobierno supremo del reino, y fueron los señores”.

Ahora bien, en el Acta se sentaron las bases de lo que serían posteriormente las constituciones, y si bien no todas ellas –las que hasta ahora han regido nuestros destinos- fueron idénticas en filosofía ni en contenido, lo cierto es que el fundamento primordial se conserva: la voluntad, claramente expresada desde el comienzo, de diseñar una constitución democrática y una organización estatal independiente sometida al Derecho.

Desde luego, las instituciones, con el carácter democrático, participativo, humanista y pluralista que hoy las caracteriza, se han ido formando durante estos dos siglos. Para ello ha sido preciso que se hayan corregido muchas normas. Que se hayan complementado otras; que se hayan plasmado y después eliminado algunas figuras; que los conceptos jurídicos se hayan ido adaptando a las necesidades de la sociedad y que muchos de ellos hayan tenido que ser revisados. Pero lo fundamental permanece.

La acción pública y la excepción de inconstitucionalidad

Transcurridos cien años desde el Acto Legislativo 3 de 1910, la sustancia misma del sistema de control de constitucionalidad permanece en la Carta Política de 1991, aunque se ha ampliado considerablemente el ámbito en el que actúa el órgano principal a cuyo cargo ha sido confiada la salvaguarda del Estatuto Fundamental, sus principios y reglas, a la vez que se ha refinado el método usado por los jueces constitucionales para el examen y cotejo de las normas. Hoy corresponde a la Corte Constitucional esa delicada función, que desempeñó durante gran parte del siglo pasado la Corte Suprema de Justicia.

En cuanto a la excepción de inconstitucionalidad, no obstante que algunos académicos la critican por estimar que su extensivo uso podría llevarnos a un gran desorden en la aplicación del Derecho, al paso que otros han llegado a pro-

poner que se elimine para sustituirla por un control previo de todas las leyes o por la denominada cuestión de inconstitucionalidad, lo cierto es que se trata de un valioso instrumento que permite salir al paso de ostensibles violaciones de la Constitución y garantizar la prevalencia de ésta respecto a disposiciones incompatibles con sus mandatos pero que no han sido materia de control de constitucionalidad abstracto.

La excepción de inconstitucionalidad es, a nuestro juicio, una consecuencia perfectamente lógica e indispensable del principio de supremacía constitucional.

El artículo 4 de la Carta proclama ese principio de manera terminante: “La Constitución es norma de normas”. Lo cual significa que la norma fundamental es la Constitución y que todas las demás, establecidas en sus distintos niveles por órganos constituidos (Congreso, Presidente de la República, ministros, asambleas departamentales, concejos municipales o distritales, gobernadores, alcaldes y otros funcionarios) están –o deben estar- sometidas a ella de tal manera que su misma validez y aplicabilidad penden de la condición de ser compatibles con los preceptos constitucionales. Si esa condición no se cumple en el caso de una norma, ésta no sólo es inválida sino que resulta inaplicable. Aunque sobre la invalidez –inexequibilidad o nulidad, según el caso- habrá de pronunciarse el órgano competente –Corte Constitucional, Consejo de Estado o tribunales contencioso administrativos-, todos los operadores jurídicos están obligados a aplicar en casos concretos la Constitución si con ella choca palmariamente un precepto de inferior jerarquía.

Obviamente, como se trata de operadores jurídicos que no gozan de competencia para retirar la norma correspondiente del ordenamiento, sus decisiones únicamente tienen efectos **inter partes**, esto es, en el estricto marco del proceso o actuación en que la colisión normativa tenga lugar.

La consagración de la acción pública de inconstitucionalidad en nuestro sistema jurídico, mediante el mencionado Acto Legislativo 3 de 1910, tiene un significado enorme para la formación y el desarrollo de la democracia colombiana.

Agradezco al Señor Presidente del Consejo de Estado y a los señores consejeros que han tenido a bien organizar este Seminario Internacional sobre Instituciones Judiciales y Democracia, a propósito de dicha celebración, la feliz oportunidad que me brindan de exponer ante tan selecto auditorio algunas ideas relativas al actual estado de cosas en lo que respecta al funcionamiento de la organización estatal fundada en la Carta Política de 1991, pero a la vez depositaria de valiosos legados democráticos provenientes de constituciones anteriores, desde el momento mismo de la declaración de independencia del 20 de julio de 1810, cuyo bicentenario celebramos también este año.

Como tuve oportunidad de expresarlo en reciente publicación, cuando hablamos de la democracia colombiana y de las instituciones jurídicas que han operado durante su vigencia tras la proclamación de nuestra soberanía, tenemos que referirnos forzosamente a una lenta pero segura configuración de los elementos que a lo largo de dos siglos han ido moldeando nuestra forma de ser republicana y lo que hoy conocemos como el Estado Social de Derecho.

Escribía sobre el particular hace unos meses:

“... una constitución, si se la mira bajo una perspectiva real -la Constitución que **es**, más que la Constitución que **debe ser**- no corresponde de modo exclusivo a su texto, sino que, a medida que es aplicada, va incorporando nuevos elementos, y va mostrando nuevas facetas y posibilidades positivas y negativas, cambiando muchas veces el sentido de los términos, de la gramática, de la letra escrita, de los propósitos perseguidos por sus autores, o de su **telos** primigenio. Todos los días, en cualquier campo de los muchos regidos por la normatividad fundamental, hay valor agregado que a la larga la transfigura”.²

De manera que el conjunto institucional vigente en un momento determinado incorpora los aportes de las generaciones precedentes tanto en lo que hace a la producción de normas jurídicas paulatinamente adaptadas y hasta transformadas en muchos casos, como en lo referente a sucesivas formas de interpretación y aplicación, todo lo cual da por resultado un peculiar y específico ordenamiento. Frente a él, aunque la Constitución sea escrita como la colombiana, debemos reconocer que su integridad normativa no partió de cero, de la *tabula rasa*, sino que incorpora insumos y componentes anteriores emanados de reglas, jurisprudencias y doctrinas de distintas épocas.

Es lo que ocurre precisamente con nuestras instituciones judiciales y muy específicamente con el sistema de control judicial de constitucionalidad, pues no obstante estar diseñadas en 1991 con numerosos cambios respecto a lo que se tenía desde 1886, mal podría afirmarse que la Asamblea Constituyente haya ingeniado el ciento por ciento del sistema en vigor, prescindiendo de todo antecedente.

Hay instituciones nuevas, como la Corte Constitucional, la Fiscalía o el Consejo Superior de la Judicatura -éste último en tránsito hacia su total eliminación, o a su radical reforma, según reiteradas propuestas gubernamentales-, al lado de corporaciones centenarias como la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado.

En cuanto al sistema de control de constitucionalidad, que corresponde analizar aquí, sería completamente injusto atribuir la totalidad de sus logros a los pre-

2 HERNÁNDEZ GALINDO, José Gregorio: LA LLAMA DE LA INDEPENDENCIA. Bicentenario y Constitucionalismo. Bogotá, D.C., 2010. Cangrejo Editores Ltda. Pág 286.

ceptos contenidos en la Carta de 1991 o a la Corte Constitucional, el organismo central y básico al que hoy se confía la guarda de la integridad y supremacía del Estatuto Fundamental.

En efecto, desde el Senado Conservador previsto en nuestras primeras constituciones en el siglo XIX, pasando por el largo período de actividad de la Corte Suprema de Justicia, hasta la actual Corte Constitucional, la defensa de la Constitución como función estatal ha venido escalando posiciones, evolucionando y desarrollando conceptos y modalidades que en esencia han buscado impedir a los órganos constituidos creadores de normas jurídicas exigibles a la comunidad exceder los límites de su poder o transgredir los principios y mandatos de los varios ordenamientos superiores que nos han regido.

En lo que respecta al control de constitucionalidad, mediante el cual se salvaguarda el postulado de la supremacía de la Constitución sobre toda otra norma jurídica³, nuestro ordenamiento presenta facetas y características peculiares que hoy por hoy lo distinguen como uno de los más democráticos, no solamente en América sino en el mundo.

En efecto, los grandes avances del control de constitucionalidad colombiano tuvieron lugar en distintas épocas a lo largo del siglo XX, comenzando por el hito trascendental que significó la consagración de la acción pública y de la excepción de inconstitucionalidad en el Acto Legislativo 3 de 1910.

Aunque en las constituciones anteriores a la de 1886 había aparecido con mayor o menor énfasis la preocupación de los constituyentes por el efectivo imperio de las normas superiores que sancionaban, lo cierto es que tales estatutos rigieron por poco tiempo y las luchas políticas y religiosas, así como los largos intervalos de confrontación bélica, no permitieron que se concibiera un sistema estructurado, coherente y eficiente cuya vigencia garantizara la supremacía constitucional. Sencillamente, una constitución, cuando dejaba de convenir políticamente a los vencedores en las batallas, era sustituida por otra. ¿Qué órgano judicial habría podido asegurar con éxito, ante la fuerza de las armas y la tozudez de los jefes políticos, la subsistencia de un orden constitucional estable?

Por otra parte, desde el punto de vista de la formulación de los principios democráticos en lo que concierne a las sucesivas constituciones -todas las cua-

3 El artículo 4 de la Constitución de 1991 declara: “ART. 4.- La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.

Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y, respetar y obedecer a las autoridades”.

les los acogían y proclamaban-, no era el de la supremacía constitucional el de mayor relevancia, pues siguiendo la doctrina francesa nuestros juristas, especialmente en las postrimerías del siglo XIX, otorgaban el primer lugar en el orden de prioridades al imperio e intangibilidad de la ley.

Así, una constitución como la de 1886, aunque en su artículo 210 proclamaba la abolición y derogación no solamente de la Carta Política del 8 de mayo de 1863 sino la de todas las disposiciones de carácter legislativo contrarias al nuevo ordenamiento, introducía disposiciones transitorias como la contemplada en el artículo L, que decía textualmente: “Los actos de carácter legislativo expedidos por el Presidente de la República antes del día en que se sancione esta Constitución continuarán en vigor, aunque sean contrarios a ella, mientras no sean expresamente derogados por el Cuerpo Legislativo o revocados por el Gobierno”.

El artículo 6° de la Ley 153 de 1887 decía: “Una disposición expresa de ley posterior a la Constitución se reputa constitucional, y se aplicará aun cuando parezca contraria a la Constitución. Pero si no fuere disposición terminante, sino oscura o deficiente, se aplicará en el sentido más conforme con lo que la Constitución preceptúe”. Aunque una norma precedente, el artículo 5° de la Ley 57 del mismo año, modificatorio del 10 del Código Civil, había expresado: “Cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirá aquélla”.

Como es lógico pensarlo, la presunción de constitucionalidad, impuesta por vía general en forma tan imperativa y determinante, hacía completamente imposible cualquier pretensión de control judicial sobre la conformidad o disconformidad entre la ley y la Carta Política.

De paso, dentro de esta concepción, el resultado práctico consistía en que la ley prevalecía sobre la Constitución. La ley era sagrada; debía cumplirse; no podía ser puesta en duda su legitimidad; la Constitución plasmaba principios generales y abstractos, susceptibles de ser interpretados y ajustados por la ley a las circunstancias de la vida social. En tal sentido, la convicción generalizada otorgaba mayor importancia a la intangibilidad de la ley, como garantía del orden social y político, que a la Constitución, entendida más como declaración optimista y romántica que como norma jurídica dotada de coercibilidad.

Por eso, la expedición del Acto Legislativo 3 de 1910 significó un avance gigantesco en el pensamiento jurídico de principios del siglo XX, y condujo a la efectiva y real vigencia de la normatividad aprobada en 1886, que hasta entonces -con la excusa del mantenimiento de la autoridad- había permanecido como documento teórico en lo referente a derecho y libertades públicas.

Los veinte años de la Constitución de 1991

Han transcurrido dos décadas desde el 7 de julio de 1991, cuando fue promulgada la nueva Constitución colombiana, mediante su inserción en la Gaceta Constitucional, órgano oficial de la Asamblea Nacional Constituyente.

No han sido fáciles estos años en cuanto al objetivo de lograr un genuino asentamiento de los valores, principios y reglas aprobadas por los delegatarios del pueblo.

La Constitución hay sufrido demasiados cambios en su contenido, si se tiene en cuenta el tiempo de su vigencia. En el terreno constitucional sí que es cierta la afirmación del cancionero popular: “Veinte años no son nada”.

Una Constitución, por su misma esencia como estructura del Estado y piedra angular del sistema jurídico de una organización política, tiene vocación de permanencia. Está llamada a regir los destinos de la sociedad por un cierto lapso, durante el cual las nuevas instituciones deben tener ocasión de asentarse, fortalecer y promover las necesarias mutaciones requeridas por la sociedad en el momento de su promulgación.

Esto no quiere decir que las constituciones deban ser absolutamente pétreas e irreformables, ya que la viabilidad de las revisiones y correcciones garantiza su vigencia. Una Constitución que no se pueda reformar puede ser fácilmente desbordada por los hechos, cuya fuerza impone los cambios. Es la llamada fuerza normativa de lo fáctico, en términos del jurista Jellinek.

Pero tampoco corresponde al concepto de “constitución” el de un conjunto de normas de flexibilidad extrema, maleables y manipulables por el órgano u órganos constituidos encargados de su reforma.

La Constitución no puede permanecer en indefinido estado de provisionalidad, ni puede estarse modificando cada vez que una coyuntura política o un capricho pasajero de los gobernantes o legisladores así lo exigen.

Menos aceptable todavía es que los fallos de inexecutableidad de normas legales se erijan en pretextos o motivos para que precisamente las disposiciones que fueron halladas inconstitucionales por el órgano guardián de la constitucionalidad se conviertan en las nuevas normas constitucionales, como ha venido ocurriendo en Colombia.

Infelizmente, a estas alturas ya se han introducido a la Carta de 1991 un total de veintinueve reformas, y se tramitan hoy en el Congreso al menos cuatro, sin contar con las que se proyectan por distintos sectores mediante el mecanismo del referendo constitucional.

De otro lado, de manera permanente ha aflorado la resistencia de varios sectores que se encontraban más a gusto con las instituciones de la centenaria Constitución de 1886, y que se han considerado afectados por la normatividad vigente, en especial por los fallos dictados por los jueces y muy concretamente por la Corte Constitucional. En consecuencia, no han sido pocas las intervenciones de acervos críticos que han llegado inclusive a sostener que en 1991 se produjo un golpe de Estado, y a asegurar que la Carta Política carece de legitimidad porque, según entienden, la Asamblea no estaba autorizada para expedir un nuevo Estatuto Fundamental sino para reformar el anterior.

Desde luego, a ese cargo se puede responder con sobrada solvencia, trayendo a colación los antecedentes políticos y judiciales de la convocatoria que hizo el propio pueblo a sus delegatarios.

Basta recordar, por ejemplo, que el 27 de mayo de 1990, el pueblo colombiano votó mayoritariamente, con el previo aval de la Corte Suprema de Justicia -que había declarado exequible el Decreto Legislativo 970 de ese año, dictado por el Presidente Virgilio Barco Vargas-, y dispuso que se reformara la Constitución por una Asamblea -ya no por el Congreso-, sin establecer al respecto límite material alguno.

En efecto, la tarjeta electoral sometida en esa ocasión a la consideración de los votantes y que fue contabilizada oficialmente por la Registraduría Nacional del Estado Civil, indagaba si los ciudadanos eran o no partidarios de lo siguiente: “Para fortalecer la democracia participativa, vota por la convocatoria de una Asamblea constitucional con representación de las fuerzas sociales, políticas y regionales de la Nación, integrada democrática y popularmente para reformar la Constitución de Colombia”. La votación fue abrumadora por el SÍ, con los efectos jurídicos y políticos consiguientes.

Pero además, debemos tener en cuenta que mediante ese acto del Constituyente Primario fue tácitamente derogado el artículo 13 del Plebiscito de 1957, según el cual únicamente el Congreso, mediante un Acto Legislativo, podía reformar la Constitución. Es claro que, si el pueblo autorizó para ello a un cuerpo distinto, rompió definitivamente con la competencia privativa y exclusiva del Congreso, y abrió el camino para las posteriores actuaciones de la Asamblea que reclamaba.

Mas no se olvide que posteriormente fueron celebrados dos acuerdos políticos entre los partidos y movimientos mayoritarios, con miras a señalar las reglas específicas aplicables al proceso de renovación institucional, los cuales fueron plasmados por el Presidente Cesar Gaviria Trujillo en el Decreto 1926 de 1990. Ni se pierda de vista que, mediante tal disposición, se autorizó a la organización electoral para adoptar todas las medidas conducentes a contabilizar los votos que se emitieran el 9 de diciembre de 1990 por una nueva papeleta, votada afirma-

tivamente por la mayoría de los sufragantes, cuyo texto decía: “Sí convoco una Asamblea Constitucional que sesionará entre el 5 de febrero y el 4 de julio de 1991, la cual estará regulada por lo establecido en el Acuerdo Político sobre la Asamblea Constitucional incorporado al Decreto 1926 de agosto 24 de 1990. Su competencia estará limitada a lo previsto en dicho acuerdo. Voto por la siguiente lista de candidatos para integrar la Asamblea Constitucional”.

Antes de la votación, la Corte Suprema de Justicia, que debía examinar la exequibilidad del Decreto Legislativo en cuanto había sido expedido al amparo de las facultades presidenciales del Estado de Sitio profirió la Sentencia del 9 de octubre de 1990 (Magistrados Ponentes: Drs. Hernando Gómez Otálora y Fabio Morón Díaz), por medio de la cual, si bien fue declarado exequible el Decreto en su integridad, se retiró del ordenamiento jurídico el temario que en él se incorporaba, producto de los acuerdos políticos, que establecía límites materiales a la actividad de la Asamblea.

Para la Corte, “El decreto subexámine contiene limitaciones adicionales a las que se impuso el propio constituyente primario, contenidas en los acuerdos de las fuerzas políticas del 2 y del 23 de agosto de 1990, especialmente un temario limitativo que, por razones expuestas deberá declararse inconstitucional.

En efecto, por cuanto la Asamblea Nacional Constitucional que será conformada por el pueblo como constituyente primario, en las elecciones que se convocan para el próximo 9 de diciembre no puede ser limitada en su competencia, como lo señala el Decreto 1926 de 1990, la Corte procederá a declarar como inexecutable todas aquellas limitaciones que en la parte motiva y en la parte resolutive implican restricción al ejercicio pleno de su soberanía. Entre ellas, particularmente, las referentes al temario acordado por las fuerzas políticas; las que contiene el numeral 4° de las bases del Acuerdo Político; las del numeral 15 de las mismas que facultan a la Corte para revisar los actos del constituyente primario y las demás expresiones que tienen igual o similar alcance.

Especialmente se declararán contrarias a la Carta las limitaciones que aparecen en el texto de la papeleta del voto afirmativo o negativo a que se refiere el artículo 2° del decreto”.

Una vez dictada la sentencia de la Corte Suprema de Justicia y previa una cortísima campaña de los candidatos a la Asamblea, el 9 de diciembre de 1990 tuvo lugar la votación popular, y aunque el número de votos no superó el del 27 de mayo, lo cierto es que los colombianos aprobamos ese día las reglas aplicables al funcionamiento del órgano constituyente, sus facultades –ampliadas indudablemente a raíz de la inexecutable del temario que se había acordado– y, en forma simultánea, elegimos a los miembros del mismo.

El Decreto 1926 de 1990 había señalado, reproduciendo los acuerdos políticos, lo relativo a la composición de la Asamblea:

“Para asegurar la legitimidad democrática y el origen nacional de los miembros de la Asamblea, tal como lo estableció el pueblo el 27 de mayo de 1990, la representación de las fuerzas políticas, sociales y regionales la determinará el pueblo eligiendo a 70 miembros de la Asamblea por circunscripción nacional. La elección será plurinominal, es decir, por listas. En ella se aplicará el sistema de cuociente electoral y de residuo, tomando como base la votación en todo el territorio nacional. Se exceptúan de este procedimiento los miembros a que se refiere el punto séptimo.

6. Los movimientos y las fuerzas políticas y sociales deberán integrar sus listas en tal forma que se promueva un sano equilibrio entre las diferentes regiones.

7. Dos puestos de la Asamblea serán reservados para los grupos guerrilleros que se encuentren vinculados decididamente a un proceso de paz bajo la dirección del Gobierno, y ya estén desmovilizados. Sus nombres serán convenidos entre el Gobierno y los grupos guerrilleros desmovilizados. El número podrá aumentarse en la medida en que el proceso de desmovilización de otras agrupaciones haya avanzado, según valoración que de sus circunstancias efectúe el Gobierno, previa consulta con los signatarios de este acuerdo. Para asegurar la legitimidad democrática de esta decisión, el Presidente de la República los designará formalmente”.

Fueron elegidos 23 delegatarios por las listas del Partido Liberal, 11 por el Movimiento de Salvación Nacional que encabezaba el doctor Álvaro Gómez Hurtado, 19 por la Movimiento “Alianza Democrática M-19” –pues la organización guerrillera se había desmovilizado en desarrollo del proceso de paz dirigido por el Presidente Virgilio Barco, y sus miembros se habían vinculado formalmente a las instituciones-, 10 por el Partido Conservador, 2 por la Unión Patriótica, 2 por el Movimiento de Unión Cristiana, 2 por las comunidades indígenas, 1 por el movimiento estudiantil “Todavía podemos salvar a Colombia”.

Aunque el Decreto 1926 establecía que la Asamblea, cuyas deliberaciones comenzaron el 4 de febrero de 1991, sesionaría en el Capitolio Nacional, en realidad sesionó en el Centro de Convenciones Gonzalo Jiménez de Quesada.

Los trabajos de la Asamblea Constituyente culminaron el 4 de julio de 1991, si bien las dificultades de orden técnico para la publicación inmediata de su texto hicieron que solamente principiara su vigencia el 7 de julio, día de su promulgación en la Gaceta Constitucional número 114, como lo expresó la Corte Constitucional en las sentencias C-553 del 8 de octubre de 1992 y C-143 del 20 de abril de 1993: “La Corte ha definido la fecha del siete (7) de julio de mil novecientos

noventa y uno (1991) como aquella a partir de la cual comenzó la observancia de la Carta, ya que la publicación de su texto oficial se llevó a cabo en la Gaceta Constitucional número 114, divulgada ese día”.

Las decisiones adoptadas por el pueblo el 9 de diciembre de 1990 merecen ser consideradas desde el punto de vista de sus efectos institucionales, en particular para responder a quienes han proclamado que la Constitución careció de legitimidad por un supuesto exceso de la Asamblea Constituyente en el uso de sus atribuciones:

En Barrancabermeja, durante el V Encuentro de la Jurisdicción Constitucional, el 11 de agosto de 2009, el entonces Presidente de la República Álvaro Uribe Vélez sostuvo lo siguiente:

“Mirando el procedimiento, hay que decir esto: en alguna forma la convocatoria de la Constituyente, fue un desconocimiento de las instituciones existentes. Y no hay duda de que la Constituyente excedió el mandato para el cual había sido elegida.

Yo participé en aquel Congreso del 90 y regresé en el 91. Participamos con la elección de constituyente y tuvimos muy claro que los temas eran limitados. La voluntad del elector colombiano fue una voluntad limitada a unos temas. Cuando la Constituyente se instaló, se declaró sin límite temático, sin límite material.

Fue convocada por un decreto de Estado de Sitio y avalada por la Corte Suprema de Justicia, gracias al voto de un conjuer.

Desde el punto de vista jurídico, su convocatoria fue un rompimiento institucional. Y desde el punto de vista político, no tuvo legitimidad en el origen, que sí la ganó después, en alguna forma, por su texto y por las condiciones del país.

¿Por qué lo digo? Porque la votación que la convocó fue mínima. No había exigencias de umbrales.

Se preguntan aquellos que entran en el debate sobre el rompimiento institucional que se dio para convocar la Asamblea Constituyente: ¿qué alternativas habría tenido el país, distintas al decreto de Estado de Sitio?

¿Los mecanismos de reforma de la Constitución que hasta el momento existían habían fallado? No.

El país había sido pródigo en reformas constitucionales: la del 36, la del 45, aquellas que permitieron el nacimiento, la vigencia del Frente Nacional, también su marchitamiento, la del 68.

Y las administraciones López Michelsen y Turbay Ayala obtuvieron del Congreso sendas reformas constitucionales, que también inspiraron muchos de los puntos adoptados finalmente por el constituyente del 91.

El Congreso siempre estuvo dispuesto a aprobar estas reformas. No es del caso juzgar, pero sí hacer la anotación histórica. Esas dos reformas constitucionales, inmediatamente anteriores a la Constituyente, fracasaron no por el Congreso, sino porque la Corte Suprema de Justicia -entonces juez constitucional- las declaró inexecutable.

Recuerdo la de López. La Reforma Constitucional del Presidente López convocaba a una constituyente para dedicarse exclusivamente al tema de la justicia y al tema de la descentralización.

También hay otro tema de rompimiento institucional: la revocatoria del Congreso. Obedeció más a una presión política que a una necesidad del país.

Habría que preguntarse si se cambió el Congreso en la exacta proporción de la medida de rompimiento institucional de su revocatoria.

Ahora, si una de las causas de la revocatoria fue que el Congreso siempre se había opuesto a estas reformas, la evidencia histórica rectifica esa afirmación, porque en el Congreso siempre se tramitaron reformas.

Yo pienso que el antecedente de la revocatoria del Congreso, a la luz del examen que pudiera hacerse, es un antecedente grave. Con el mismo criterio de presión política con que se revocó al Congreso, se habría podido revocar la justicia, alegando que la Corte Suprema de Justicia en su fallo había impedido las reformas constitucionales aprobadas por el Congreso.

En ese momento se buscó al Congreso como chivo expiatorio. También se hubiera podido buscar a la justicia como chivo expiatorio. Ese es un grave antecedente”.

Estas aseveraciones no tendrían mayor trascendencia, dada su vaguedad, si hubiesen sido hechas por cualquier persona desinformada, pero adquieren importancia en razón de haber sido pronunciadas en un acto oficial, ante la Corte Constitucional, por el Presidente de la República, quien es Jefe del Estado y, como tal, simboliza la unidad nacional, como lo declara el artículo 188 de la Constitución.

Respecto a ellas caben varios puntos de análisis:

-En el proceso institucional que culminó con la expedición de la Carta Política de 1991 podemos encontrar al menos tres grandes sentencias dictadas por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, que tenía a su cargo la guarda de la intangibilidad de la Constitución de 1886, entonces vigente:

Una primera sentencia de gran importancia, que sin duda despejó el camino y señaló derroteros para la renovación constitucional que tendría lugar unos años después de dictada, fue la del 9 de julio de 1987 (M.P.: Dr. Hernando Gómez Otálora), mediante la cual la Corte Suprema, sin salvamentos de voto, resolvió inhibirse ante demanda ciudadana instaurada contra los decretos legislativos 247 y 251 de 1957, dictados al amparo del Estado de Sitio por la Junta Militar para hacer posible el denominado Plebiscito del 1 de diciembre de ese año. Al manifestar su falta de competencia para decidir, en razón de haberse pronunciado ya el Constituyente Primario, la Sentencia de la Corte expuso:

“Cuando la Nación, en ejercicio de su poder soberano e inalienable, decide pronunciarse sobre el estatuto constitucional que habrá de regir sus destinos, no está ni puede estar sometida a la normatividad jurídica que antecede a su decisión (...). La Nación Constituyente, no por razón de autorizaciones de naturaleza jurídica que le hayan habilitado para actuar sino por la misma fuerza y efectividad de su poder político, goza de la mayor autonomía para adoptar las decisiones que a bien tenga en relación con su estructura política fundamental (...). Cuando se apela a la Nación y ésta, en efecto, hace sentir su voz para constituir o reconstituir dicha estructura, adopta una decisión de carácter político que, por serlo, es inapelable y no susceptible de revisión jurídica. Aun en el caso de posibles violaciones del orden precedente por parte de quienes hubieren convocado al Constituyente originario, la manifestación de éste hace inútil e improcedente todo posterior pronunciamiento jurisdiccional en torno a la validez de la convocatoria”.

Una segunda sentencia, referente ya de manera directa al proceso constituyente, fue la del 24 de mayo de 1990 (M.P. Dr. Fabio Morón Díaz), que declaró exequible el Decreto 927 de 1990, y que hizo viable el pronunciamiento popular del 27 de mayo de ese año.

En ese fallo se afirmó:

“Le corresponde al Presidente (de la República), acorde con la etimología de los regímenes políticos de América Latina, ser impulsor de la acción del Gobierno, clara y legítimamente utilizada en el presente caso para permitir registrar la expresión de la voluntad popular, acerca de la posibilidad de integración de una Asamblea Constitucional para fortalecer la democracia participativa y en la cual están represen-

tadas las fuerzas sociales, políticas y regionales de la nación (...). No abrir los caminos para registrar esa voluntad significaría el desconocimiento del antecedente político de la llamada “séptima papeleta”, que espontáneamente se registró el pasado 11 de marzo, así como expresiones públicas de los partidos políticos y los candidatos presidenciales y conduciría a impedir tomar medidas que fortalezcan el orden institucional para enfrentar con eficacia los hechos perturbadores de la paz pública y podría generar nuevas causas de intranquilidad”.

La tercera sentencia, trascendental en este asunto, dictada por la Corte Suprema el 9 de octubre de 1990 (Ms. Ps. Drs. Hernando Gómez Otálora y Fabio Morón Díaz), dio vía libre a la manifestación de la voluntad popular del 9 de diciembre de ese año, y simultáneamente, interpretando lo resuelto por el propio pueblo el 27 de mayo, eliminó las talanqueras plasmadas en los acuerdos políticos, que buscaban circunscribir la actividad y competencia de la Asamblea a unos ciertos temas taxativamente señalados en el Decreto 1926 de 1990. Éste fue declarado exequible en cuanto a la viabilidad de la convocatoria al pueblo, aunque, como ya se indicó, el temario y el control de constitucionalidad sobre los actos de la Asamblea fueron declarados contrarios a la Constitución.

La Corte Suprema, en esa providencia, subrayó la necesidad de “rediseñar” las instituciones para “ponerlas acordes con los tiempos modernos”, e hizo énfasis “en la decisión de la voluntad popular mayoritariamente expresada el pasado 27 de mayo (de 1990) a favor de la posibilidad de convocar una Asamblea Constitucional y –sobre todo– en el fundamento de legitimidad que debe tener la organización política” (Subrayo).

Si la Corte declaró la inconstitucionalidad del temario que se había fijado a la Asamblea en el Decreto 1926, no lo hizo por capricho sino por cuanto, en su sentir, la Asamblea no podía ser limitada en su competencia, ya que no lo había sido en el momento en que el pueblo, el 27 de mayo de 1990, había decidido que la Constitución fuera modificada por una corporación distinta al Congreso y que sería especialmente elegida por el pueblo con ese objeto.

Entonces, cuando el pueblo voto, el temario para la Asamblea por elegir ya no existía. Y no porque quien convocaba la votación popular no lo hubiese previsto, sino porque, habiéndolo contemplado, el mismo hecho de querer señalar límites materiales a la función que dicho cuerpo ejercería fue hallado incompatible con la normatividad superior vigente por la corporación a la cual correspondía salvaguardarla.

El fallo de la Corte Suprema hizo tránsito a cosa juzgada, y definió con absoluta claridad, desde el punto de vista formal, la constitucionalidad del proceso que cursaba.

Por tanto, la que había sido llamada inicialmente “Asamblea Constitucional”, para subrayar su carácter reformativo de una Constitución que permanecería aunque fuese retocada, pasó a convertirse en verdadera “Asamblea Constituyente”, habilitada por el pueblo, en ejercicio de su soberanía, para introducir cambios sin límites en el contenido del Estatuto Constitucional, o, lo que es igual, para reformar “toda” la Constitución. Eso equivale a sustituirla por otra. Es decir, a expedir una nueva Constitución.

Así que carece de sustento la afirmación según la cual la convocatoria de la que se trata “fue un desconocimiento de las instituciones existentes”. Sostener eso significa ignorar que tal convocatoria fue examinada, certificada y avalada por el máximo organismo guardián de la institucionalidad en ese momento histórico.

Por la misma razón, resulta aventurada la afirmación según la cual “... no hay duda de que la Constituyente excedió el mandato para el cual había sido elegida”. La verdad es que, atendiendo a los antecedentes en referencia, fue elegida para expedir una nueva Constitución y así lo hizo.

Ahora bien, que los congresistas de la época hubieran “tenido claro” que los temas confiados a la Constituyente eran limitados solamente indica que estaban desinformados por completo sobre el alcance del pronunciamiento popular del 27 de mayo de 1990 y acerca del contenido y efectos de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, en especial la del 9 de octubre de ese mismo año.

El Expresidente Uribe afirmó sin embargo que “la voluntad del elector colombiano fue una voluntad limitada a unos temas”, y que fue la Constituyente, cuando se instaló, la que “... se declaró sin límite temático, sin límite material”. Ninguna de estas dos aseveraciones es verdadera. En primer término, la voluntad de los electores no fue otra que la expresada en las urnas el 9 de diciembre de 1990, cuando ya la Corte Suprema había fallado y había eliminado el temario por inconstitucional. En segundo lugar, de lo ocurrido se infiere que los delegatarios no se auto habilitaron para expedir una Constitución, sino que habían sido investidos por el pueblo del poder constituyente, en toda su plenitud, de conformidad con la sentencia de la Corte.

Ahora bien, es equivocado atribuir el fallo de la Corte a un conjuuez. Fue la mayoría de los magistrados, con muy respetables salvamentos de voto, la que resolvió, en el ámbito de su competencia. Además, sabemos muy bien que si, en gracia de discusión, hubiese sido definitorio el voto de un conjuuez, eso no descalificaría la providencia ni quitaría legitimidad a la función de la Constituyente, toda vez que los conjueces, una vez han prestado juramento en el proceso son verdaderos magistrados para el caso, y su decisión tiene la misma fuerza y valor que los de los magistrados titulares.

Tampoco es cierto que, desde el punto de vista jurídico, la Constituyente haya sido el resultado de un “rompimiento institucional”, ni que, desde la perspectiva política, la Constitución haya carecido de legitimidad en su origen para adquirirla ya después de haber entrado en vigor, “por su texto y por las condiciones del país”.

Veamos:

No hubo ruptura institucional, porque todo se hizo dentro del marco de la normatividad constitucional vigente, como lo acreditan los fallos proferidos por la Corte Suprema de Justicia.

La Constitución no careció de legitimidad en su origen, por cuanto la corporación que la profirió estaba plenamente facultada por el titular de la soberanía —el pueblo— para hacer lo que hizo.

Además, si la Carta no hubiese sido legítima en el origen, seguiría siendo ilegítima. Esa legitimidad no se adquiría después, por su texto, ni tampoco por las circunstancias del país. Ese criterio es maquiavélico. Significa que los resultados de un proceso ilegítimo se sanean o legitiman por los resultados. Y entonces, un golpe de Estado podría adquirir legitimidad si los golpistas escriben una buena constitución, lo cual resulta del todo inaceptable.

Podemos distinguir, en cuanto al origen de la Constitución y respecto a las atribuciones de la Asamblea que la profirió, dos aspectos:

Desde el punto de vista formal, se reitera que fueron respetadas las normas constitucionales que venían rigiendo, a diferencia de lo que ocurrió en 1885, cuando Rafael Núñez, tras derrotar a los radicales en la batalla de La Humareda, no respetó las normas vigentes sobre reforma de la Constitución de Rionegro de 1863, y prefirió, de hecho, declarar que esa Constitución había dejado de existir. Allí sí hubo una ruptura institucional, de suerte que, cuando las municipalidades se pronunciaron sobre las dieciocho bases de la nueva Constitución y cuando comenzaron a deliberar los miembros del Consejo Nacional de Delegatarios, ya se le había asestado un golpe mortal a la Carta Política que venía rigiendo. En 1991 fueron observadas todas las reglas del ordenamiento jurídico imperante, y ello se encuentra respaldado por las sentencias de la Corte Suprema de Justicia.

Desde el punto de vista material, cuando los integrantes de la Asamblea elegida el 9 de diciembre de 1990 comenzaron sus trabajos el 4 de febrero de 1991, quedaron libres de toda atadura con el sistema jurídico en vigor, pues estaban llamados a sustituirlo. De allí en adelante, actuaban en representación del pueblo para dar a luz la nueva juridicidad, y en consecuencia, como lo había proclamado la Corte Suprema en la histórica sentencia del 9 de julio de 1987 (M.P.: Dr. Hernando Gómez Otálora), no estaban, ni podían estar sometidos a la normatividad jurídica precedente. La iban a cambiar por otra. Y, por supuesto, la iban a derogar.

Por lo cual no es extraño que la Asamblea, además de expedir la Constitución, suprimiera el Congreso que había sido elegido al amparo de la anterior, para que se escogiera uno nuevo, ya dentro del nuevo orden.

En ese contexto, era natural que, con toda legitimidad, los constituyentes hubiesen rechazado inclusive una providencia del Consejo de Estado que ordenaba la suspensión provisional de uno de los artículos del Reglamento de la Asamblea. Cabe recordar que en ese momento la Corporación profirió el primer acto con fuerza constituyente y de vigencia inmediata, a cuyo tenor ninguno de los actos de la Asamblea estaba sujeto a control jurisdiccional. Este mismo principio se reproduciría después en el artículo 59 transitorio de la Constitución.

Tampoco es de extrañar que la Constituyente haya introducido un conjunto de valores, principios y normas nuevos, ni que haya dejado vigentes algunas instituciones que estaban en las constituciones anteriores. Esto último no la convierte en una reforma de la Carta de 1886, como ha sostenido el Dr. Jacobo Pérez Escobar⁴ de quien respetuosamente discrepamos en este punto.

Es que, si algunas de las instituciones del año 86 están reproducidas en la Carta de 1991, ello obedece a la voluntad de la Asamblea Constituyente, que si hubiese querido las habría suprimido o modificado, como suprimió o modificó otras.

Finalmente, cabe recordar que, una vez comenzó a sesionar la Corte Constitucional, instalada el 17 de febrero de 1992, se encontró con varias demandas presentadas contra la Constitución de 1991, fundadas en el argumento de que se había violado la Constitución de 1886. La Corte, obviamente, carecía de competencia para decidir, entre otras razones porque fue creada precisamente por la Constitución cuya inexequibilidad se deprecaba. Habría sido un absurdo lógico y jurídico que hubiera declarado inexecutable la Constitución de la cual, en esa hipótesis, derivaba su competencia para hacer la declaración.

Conviene reproducir el argumento central de la Corte en la Sentencia C-544 del 1 de octubre de 1992 (M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero), precisamente sobre el tema que aquí hemos tratado:

“El acto de elaboración y de promulgación de la nueva Carta Política de 1991, es el resultado de la combinación armónica de distintos elementos y de varios procesos de orden político y jurídico que, aun cuando conforman un episodio *sui generis* en la historia constitucional colombiana y sin alterar la normalidad social ni económica de la

4 PÉREZ ESCOBAR, Jacobo; ARDILA DUARTE, Benjamín; HERNÁNDEZ GALINDO, José Gregorio: “Coloquio sobre la Constitución”. En “ELEMENTOS DE JUICIO, Revista de temas constitucionales”, Año I, número 3, octubre-diciembre 2006. Bogotá, D.C., Publicaciones y Medios, E.U., pág. 231

Nación, permitieron la expresión originaria del poder Constituyente, dentro de cauces institucionales diseñados específicamente, con el fin de superar la crisis que presentaba el modelo de organización del Estado ante los embates del crimen organizado y ante la creciente deslegitimación de las reglas y de los eventos de la democracia representativa vigente.

Este proceso de expresión del Poder Constituyente primario, en concepto de la Corte, es emanación especial del atributo incuestionable de las comunidades políticas democráticas que, en el Estado contemporáneo, pueden acudir de modo eventual y transitorio al ejercicio de sus potestades originarias para autoconformarse, o para revisar y modificar las decisiones políticas fundamentales y para darle a sus instituciones jurídicas, formas y contenidos nuevos con el fin de reordenar el marco de la regulación básica con una nueva orientación pluralista. En este sentido, se observa que las sentencias de la Corte Suprema de Justicia que se ocuparon de revisar las disposiciones legislativas que dieron fundamento a dichos actos y procesos, advirtieron que se trata de recoger el “clamor popular” y las aspiraciones de la sociedad enderezadas a introducir cambios políticos al conjunto de las relaciones básicas dentro del Estado Colombiano. Además, en ellas se reconoce que no se trata de nada distinto que de propiciar la manifestación jurídica de las potestades del Constituyente originario. Dentro de la estructura de las relaciones institucionales de la sociedad, las que no conducen a la renuncia ni al abandono de los atributos de la soberanía popular, ni a la pérdida de la capacidad política del pueblo de autoconvocarse para darse las reglas básicas de la convivencia.

En verdad no se trata de una sucesión de hechos revolucionarios de naturaleza extra o suprajurídica, salidos del cauce de las reglas de la comunidad política, ni del orden de la convivencia a la que aspiran los asociados, ni mucho menos de actuaciones antijurídicas no acordes con las tradiciones políticas e institucionales con proyección en la nación, ni de la irrupción insurreccional de fuerzas antagónicas enfrentadas al régimen político imperante; tampoco se trata de propiciar ni de patrocinar la ruptura con el ordenamiento jurídico vigente en todas sus dimensiones, sino de propiciar su desarrollo, reforma o revisión dentro del conjunto de los nuevos supuestos normativos de rango constitucional, que habrían de ser fijados por el órgano instituido de reforma que actúa en nombre del pueblo. Pero, además, este proceso al que se hace referencia no se erigió como un camino enderezado a propiciar la ruptura de las estructuras básicas de las relaciones de poder político, ni de las condiciones sustanciales que expresan los supuestos básicos del orden democrático constitucional

de nuestro Estado de Derecho; por el contrario, él obedece a las aspiraciones de fortalecer los elementos de la democracia participativa y de incorporación de nuestro régimen político a las grandes tendencias del constitucionalismo contemporáneo, que también es social y el mismo orden jurídico permitió, por virtud de actos emanados de las instituciones establecidas, dictadas por sus autoridades y por sus órganos dentro del marco de debido y legítimo cumplimiento de sus funciones jurídicas definidas, que el poder constituyente primaria se pronunciara conforme a sus atributos siempre originarios y procediera a elaborar, conforme a sus propósitos, una reforma constitucional extraordinaria, en el seno de un organismo constitucional diferente del ordinariamente vigente.

Este otro cauce legítimo de expresión de poder constituyente se funda, además, en el reconocimiento normativo del valor político constitucional de la expresión popular, que decidió promover el proceso de modificaciones institucionales, y en la conformidad judicialmente declarada con la Carta anterior de los actos jurídicos que le sirvieron de fundamento, así como de las actuaciones verificadas en la reunión de la citada asamblea. Así mismo, tanto la contabilización de los votos depositados por la posibilidad de la convocatoria y elección de los delegatarios, dentro de las reglas de un acto con fuerza legislativa, expresan la continuidad jurídica de uno de los elementos y condiciones de existencia del Estado como es el poder constituyente; dichos actos entrañan, en el caso que ocupa en esta oportunidad de la Corte Constitucional, la reforma de disposiciones jurídicas válidas según las reglas de la Carta de 1886, la que posteriormente fue derogada por expresa regulación de la nueva normatividad en acto de natural ejercicio de las potestades del mismo poder constituyente originario, en funciones de reforma y cambio constitucional.

Otra cuestión es la del juicio sobre la validez formal y material de los actos que resultaron de la actividad del constituyente, que en este caso se reunió en la Asamblea Nacional, pues una vez pronunciado el constituyente primario y puesto en vigor su acto de reforma o de cambio constitucional, no es dable la jurisdicción controlarlos frente a la normatividad anterior, dada la naturaleza típicamente política de éstos que los sustrae de todo tipo de juicio en sede judicial”.

En fin, a nuestro juicio, si algo hay sólidamente fundado en lo que se refiere a la Constitución de 1991 es su legitimidad, expresada hoy en el formidable arraigo popular de sus instituciones.

LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, SU SISTEMA DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y LAS EVOLUCIONES JURISPRUDENCIALES RECIENTES

Por: Juan Carlos Henao Pérez

Presidente de la Corte Constitucional de Colombia

Doctor en Derecho de la Universidad de Panthéon-Assas (París 2).

Una de las innovaciones más importantes introducidas por la Constitución de 1991 (en adelante C.P), en relación con la jurisdicción constitucional, fue la creación de la Corte Constitucional que hace parte de la rama judicial del poder público. Se trata de un órgano colegiado compuesto por un número impar de miembros determinado en la ley¹, elegidos por el Congreso de la República por periodos de ocho años, sin posibilidad de reelección, “*de sendas ternas que le presenten el Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado*” (C.P., art. 239), de manera que en su formación intervienen los tres poderes públicos. Las nueve ternas deben conformarse con abogados de distintas especialidades del derecho para asegurar la diversidad en su composición (Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, art. 44), quienes deben acreditar el cumplimiento de una serie de requisitos (C.P., art. 232, 240 y 245). A esta Corporación, que tiene la función de defender la integridad y la supremacía de la Constitución, se le han asignado una serie de competencias referidas al control de constitucionalidad y a la defensa de los derechos fundamentales. Teniendo en cuenta la importancia de sus funciones, este órgano goza de una legitimidad democrática indirecta en la medida en que sus miembros son elegidos por el Parlamento.

¹ Actualmente, según lo establecido en el artículo 317 de la Ley 5° de 1992, la Corte Constitucional está compuesta por 9 magistrados.

Para entender cuál es el papel que juega la Corte Constitucional en el ordenamiento jurídico colombiano, a continuación, en una primera parte, se expondrán los principales mecanismos en los que la Corte Constitucional interviene para defender la Constitución y los derechos fundamentales y se analizarán sus principales rasgos. En una segunda parte, se estudiarán las principales evoluciones recientes que ha conocido la jurisprudencia constitucional.

1. Principales mecanismos establecidos en el ordenamiento jurídico para la defensa de la constitución y de los derechos fundamentales en los que interviene la corte constitucional

Antes de abordar el análisis del tema que se pretende desarrollar en esta primera parte, es necesario aclarar que, desde el punto de vista estructural, la composición de la jurisdicción constitucional en Colombia plantea un problema generado por la pluralidad de mecanismos de control de constitucionalidad que existen en el ordenamiento jurídico colombiano².

En este contexto, el control de constitucionalidad y la defensa de los derechos fundamentales están fortalecidos en el ordenamiento jurídico colombiano, pues existen múltiples vías y órganos con funciones relacionadas con la defensa de la Constitución.

Sin embargo, como la ley establece que el único órgano de la jurisdicción constitucional es la Corte Constitucional³, a continuación me limitaré a exponer las características esenciales de la acción pública de inconstitucionalidad, del control automático de constitucionalidad, de las objeciones presidenciales por inconstitucionalidad y de la acción de tutela, que son los procedimientos en los que

2 En efecto, si bien mediante la Constitución de 1991 se creó la Corte Constitucional, en Colombia no existe un sistema de control de constitucional de tipo europeo, “*en el que las decisiones sobre la constitucionalidad de las normas se concentran en un único órgano*” (JULIO, Alexei), en la medida en que el Consejo de Estado tiene una competencia residual en materia de control de constitucionalidad en abstracto. Así mismo, en el artículo 4° superior, se consagra la excepción de inconstitucionalidad que determina la existencia de un control de constitucionalidad difuso y concreto, pues en virtud de esta figura, cuando la aplicación de una norma legal o de inferior jerarquía contraría de manera ostensible e indudable la Constitución, el juez, que puede pertenecer a cualquier jurisdicción, debe inaplicarla. Sobre este problema estructural se puede analizar a JULIO, Alexei. *Las ramas ejecutiva y judicial del poder público en la Constitución colombiana de 1991*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C. – Colombia, 2003, p. 244-245.

3 Artículo 1° de la Ley 585 de 2000.

la Corte Constitucional tiene competencia para intervenir. Finalmente, describiré los efectos de las sentencias dictadas por esa Corporación.

a. La acción pública de inconstitucionalidad

Según el artículo 40 de la Constitución, para hacer efectivo el derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, todo ciudadano tiene la posibilidad de interponer, ante la Corte Constitucional, la acción pública de inconstitucionalidad⁴, sin necesidad de estar representado por un apoderado judicial⁵.

Esta figura, que es un baluarte del derecho constitucional colombiano, no fue una creación de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, pues su consagración en el ordenamiento jurídico colombiano se remonta a la Constitución de Cundinamarca de 1811, en la que se estableció una acción pública de inconstitucionalidad⁶. Sin embargo, fue en el Acto Legislativo 3° de 1910, en el que se perfilaron las actuales características de la acción pública de inconstitucionalidad

- 4 Sin embargo, según la jurisprudencia de la Corte Constitucional, se debe ser ciudadano en ejercicio para tener legitimación en la causa por activa en la acción pública de inconstitucionalidad, debido a su naturaleza política y participativa. Así, en la sentencia C-536 de 1997, la Corte decidió declararse inhibida para conocer de la demanda en la medida en que el accionante se encontraba recluso en un establecimiento carcelario por la comisión de un delito. Por otra parte, la Corte también ha establecido que las personas jurídicas no están legitimadas para instaurar esta acción. Por ejemplo, se puede consultar la sentencia C-493 de 1997 en la que se afirmó que “*las personas jurídicas se encuentran excluidas de la posibilidad de incoar la acción de inconstitucionalidad*”.
- 5 Por vía jurisprudencial, se ha ampliado ese derecho a los funcionarios del Estado en ejercicio de sus funciones. Por ejemplo, mediante el auto A-014 de 1995, la Sala Plena de la Corte Constitucional decidió admitir una demanda de inexecutableidad instaurada por el Defensor del Pueblo contra el artículo 1° de la ley 76 de 1993. En este mismo sentido, se puede analizar la sentencia C-051 de 1995, en la que ese mismo funcionario demandó una norma del Código Sustantivo del Trabajo.
- 6 Así, de acuerdo al artículo 9° del Título 1° de la Constitución de Cundinamarca de 1811, “*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 cualquiera 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*”, texto disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://gerardo.orrego.over-blog.com/article-constitucion-de-cundinamarca-de-1811-parte-1-68455390.html> (consultado el 14 de junio de 2011).

consagrada en la Constitución vigente, en la que, básicamente, se reprodujo el enunciado normativo de 1910⁷.

Aunque Colombia enfrenta grandes retos en el ámbito de la democracia participativa, la acción pública de inconstitucionalidad ha asegurado la plena vigencia de la democracia deliberativa porque ha permitido que la ciudadanía ejerza un poder real sobre las decisiones que potencialmente la puedan afectar⁸.

En efecto, mediante esta acción se pueden demandar no sólo las leyes proferidas por el Congreso sino también los actos reformativos de la Constitución, así como los referendos, las consultas populares, los plebiscitos y los decretos que expide, de manera excepcional, el Presidente de la República cuando el Congreso no aprueba dentro del término establecido el Plan Nacional de Inversiones Públicas y aquellos que expide en ejercicio de la delegación de facultades legislativas⁹.

Dependiendo del tipo de acto o de norma demandados, la Constitución establece cuál es el alcance del control de constitucionalidad. Así, por ejemplo, las leyes pueden ser demandadas por vicios en su contenido o en su formación, mientras que los actos de reforma constitucional, sólo pueden ser estudiados por vicios de forma. En todo caso, si la acción pública de inconstitucionalidad se instaura por vicios de forma, se aplica un término de caducidad de un año, contado a partir de la fecha de publicación del respectivo acto. En consecuencia, cuando se trata de vicios materiales, la acción no está sometida a ningún término de caducidad (C.P. art. 242-3).

El procedimiento de esta acción, que está regulado en el Decreto 2067 de 1991, se caracteriza por ser relativamente corto en la medida en que, desde la práctica de las pruebas decretadas, la Corte cuenta con cuatro meses para tomar la decisión final sobre la exequibilidad o inexecuibilidad de la disposición demandada. Adicionalmente, es un trámite sumamente participativo, pues no sólo es obligatorio que el Procurador General de Nación se pronuncie sobre la demanda

7 Sobre la historia del surgimiento de esta figura se pueden consultar los siguientes artículos: GIACOMETTE FERRER, Ana. “Acción pública de inconstitucionalidad de las leyes”, *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*” y OSUNA, Néstor. “Panorama de la justicia constitucional colombiana”, *Biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, artículos disponibles en línea en la siguiente dirección electrónica (consultada el 16 de junio de 2011): <http://www.bibliojuridica.org>

8 Así, desde la entrada en vigencia de la Constitución de 1991 hasta finales de 2009, la Corte Constitucional profirió 4785 sentencias de constitucionalidad.

9 Según la jurisprudencia de la Corte, se pueden demandar normas y actos derogados, siempre y cuando sigan produciendo efectos jurídicos. A este respecto, se pueden consultar, entre muchas otras, las sentencias C-121 de 2010, C-714 de 2009, C-307 de 2009 y C-575 de 2004.

durante su trámite sino que cualquier persona, así como el Defensor del Pueblo, pueden intervenir para defender la constitucionalidad o inconstitucionalidad del acto o norma controlado.

En consecuencia, el sistema de control de constitucionalidad de Colombia es uno de los más antiguos del mundo y el carácter público de la acción de inconstitucionalidad lo hace único y original. Desde esta perspectiva, la acción pública de inconstitucionalidad es una herramienta que ha permitido el desarrollo de la democracia deliberativa, pues cualquier ciudadano puede ejercer un verdadero control sobre la producción del derecho.

b. Control Automático

Como el propósito de salvaguardar la Constitución de 1991 es tan importante, existe la figura del control automático de constitucionalidad que, a diferencia de la acción pública de inconstitucionalidad, opera sin la necesidad de una demanda previa en la medida en que el Constituyente determinó que, por su relevancia, ciertas normas no deben ser demandadas para poder ser controladas.

Así, según el artículo 241 superior, de manera automática la Corte Constitucional debe estudiar la exequibilidad de los proyectos de leyes estatutarias, que son un cierto tipo de leyes estructurales que regulan temas trascendentales como los derechos fundamentales y el funcionamiento de la administración de justicia, tanto por su contenido material como por vicios de forma. En igual sentido, debe revisar los decretos legislativos que expide la rama ejecutiva del poder público en los estados de excepción que se presentan cuando hay guerra exterior, conmoción interior o estado de emergencia social, económico o ecológico. Además, analiza la constitucionalidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueban así como las convocatorias a referendos y a asambleas constituyentes para reformar la Constitución, sólo por vicios de procedimiento en su formación y con anterioridad al pronunciamiento popular.

Respecto a los proyectos de leyes estatutarias, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado que se aplica un control de constitucionalidad con las siguientes características: a) jurisdiccional, pues la Corte no actúa como un colegislador sino como un juez en la medida en que falla en derecho y no juzga la conveniencia u oportunidad de la norma controlada¹⁰; b) automático, porque se inicia con el envío del proyecto de ley aprobado en segundo debate por el Congreso de la República¹¹; c) integral, en la medida en que todas las disposiciones del

10 Para profundizar sobre esta característica, se pueden consultar, entre otras, las sentencias C-238 de de 2006 y C-1153 de 2005

11 Respecto al carácter automático del control de constitucionalidad de las leyes estatu-

proyecto de ley se confrontan con cada una de las normas constitucionales¹²; d) definitivo, puesto que, como es integral, una vez se expide la ley estatutaria, ésta no puede volver a ser demandada, salvo cuando el vicio surja con posterioridad a la sentencia de constitucionalidad o cuando las disposiciones de la Constitución con las cuales se confrontó el proyecto de ley hayan sido modificadas¹³; y finalmente, e) previo y participativo, pues en el curso del proceso pueden intervenir los ciudadanos y el control se realiza antes de que el proyecto sea sancionado por el Presidente de la República¹⁴.

Por otro lado, en el caso de los tratados internacionales, se plantean dos situaciones distintas, según se trate de un tratado aprobado con posterioridad o con anterioridad a la Constitución de 1991.

En efecto, en el primer caso, el control, que es integral¹⁵, se efectúa con anterioridad al perfeccionamiento y con posterioridad a la sanción presidencial de la ley aprobatoria, de manera que el Presidente de la República sólo puede ratificar las cláusulas del tratado que se ajusten a la Constitución y, si se trata de un instrumento multilateral, deberá formular la reserva correspondiente a las cláusulas declaradas inconstitucionales por la Corte. En esta hipótesis, el control de constitucionalidad abarca tanto los aspectos materiales, es decir, la confrontación del contenido del instrumento internacional con la Constitución, como los aspectos materiales, referidos al examen del trámite surtido por la ley aprobatoria en el Congreso¹⁶.

En cambio, el control de constitucionalidad que se ejerce sobre los tratados internacionales ratificados con anterioridad a la vigencia de la Constitución de

tarias se pueden analizar, entre otras, las sentencias C-802 de 2006 y C-292 de 2003.

12 Sobre la integralidad del control que se realiza se pueden estudiar, el auto A-158 de 2009 y la sentencia C-541 de 2010, entre muchos otros.

13 Sobre la procedencia de un nuevo juicio de constitucionalidad por vicios sobrevinientes, se puede consultar, entre muchas otras, la sentencia C-238 de 2006 y sobre el cambio de las disposiciones constitucionales, se pueden analizar los autos A-158 de 2009 y A-047 de 2006 y la sentencia C-029 de 2009.

14 Para profundizar sobre el significado de estos conceptos se pueden analizar, por ejemplo, las sentencias C-238 de 2006, C-1153 de 2005, C-523 de 2005 y el auto A-097 de 2006.

15 Así, la Corte se pronuncia respecto al contenido material del tratado y de la ley que lo aprueba. Así mismo, se pronuncia sobre los vicios en la formación de ésta última.

16 A este respecto se puede consultar a RAMELLI, Alejandro. *El control de constitucionalidad de los tratados internacionales en Colombia*, Universidad Externado de Colombia. Artículo disponible en línea en la siguiente dirección electrónica (consultada el 5 de julio de 2011): <http://foros.uexternado.edu.co/ecoinstitucional/index.php/derest/article/viewFile/701/663>

1991, no es automático sino rogado y se extiende tanto al contenido material del tratado y de la ley aprobatoria, como a los vicios en la formación de ésta última¹⁷.

De otra parte, la Corte Constitucional ha establecido que el control que ejerce sobre los decretos legislativos tiene un carácter integral y definitivo y “*recae sobre los actos jurídicos producidos por el ejecutivo en virtud de los estados de excepción, comprende por lo tanto el decreto de declaratoria como los decretos legislativos mediante los cuales se adoptan medidas dirigidas a conjurar la situación excepcional y los decretos de prórroga*”¹⁸. De manera que, a diferencia de lo establecido en la Constitución anterior de 1886, hoy en día el ejercicio de la potestad de declarar estados de excepción y legislar a través de los decretos legislativos, está muy limitada.

Por lo tanto, la Corte Constitucional ejerce un control automático de constitucionalidad que en algunas oportunidades es previo, pues se produce con anterioridad a la entrada en vigencia del acto, como en el caso de los tratados internacionales y de las leyes estatutarias, y otras veces es posterior, pues se ejercita luego de la entrada en vigencia de la norma estudiada, como en el caso de los decretos legislativos.

c. Objeciones presidenciales por Inconstitucionalidad

Según los artículos 32 a 35 del Decreto 2067 de 1991, cuando las Cámaras insisten en que un proyecto de ley objetado por el Presidente de la República por inconstitucional sea sancionado, éste debe ser registrado ante la Corte Constitucional para que se surta el control de constitucionalidad.

El trámite que se aplica en este caso es similar al del control automático. Si la Corte considera que el proyecto es parcialmente inconstitucional, devuelve el proyecto a la Cámara de origen para que rehaga las disposiciones inexecutable. Una vez cumplido ese trámite, el proyecto regresa a la Corte para fallo definitivo (art. 33). En cambio, si la Corte determina que el proyecto está acorde con la Constitución, la sentencia surte efectos de cosa juzgada respecto de las normas

17 Sobre este tema particular, se puede consultar la sentencia C-400 de 1998, en la que se afirmó que: “*la interpretación del artículo 241 que mejor armoniza con las funciones de la Corte como guardián de la supremacía y la integridad de la Constitución es entonces que, en materia de leyes aprobatorias de tratados, las competencias previstas por los ordinales 4º y 10 son complementarias, por lo cual debe concluirse que, salvo que exista ya cosa juzgada, esta Corporación es competente para conocer de fondo de las demandas ciudadanas contra leyes aprobatorias de tratados, incluso si éstos se encuentran perfeccionados*”.

18 Sentencia C-135 de 2009.

invocadas por el Gobierno y consideradas por la Corte y obliga al Presidente de la República a sancionarlo (art. 35).

Por lo tanto, la vía del control de constitucionalidad por objeciones presidenciales es un ejemplo del sistema de pesos y contrapesos diseñado en la Constitución de 1991, pues permite que la rama ejecutiva limite a la rama legislativa del poder público, objetando un proyecto de ley que considera vulnera normas constitucionales.

d. Revisión de las sentencias de tutela

Aparte de la creación de la Corte Constitucional, la otra gran innovación de la Constitución Política de 1991, fue la consagración de la acción de tutela (C.P., art. 86).

En palabras de OSUNA¹⁹, “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 resultado ser la herramienta que mayor legitimación popular ha otorgado a la Constitución [pues] ha sido recibida por la ciudadanía como una importante conquista para la protección de sus derechos”.

Se trata de un procedimiento preferente y sumario en virtud del cual, cualquier persona puede acudir ante cualquier juez del lugar en el que ocurrió la violación o amenaza de los derechos fundamentales o donde se producen sus efectos, para reclamar su protección por escrito o verbalmente, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de las autoridades públicas e, incluso, de ciertos particulares.

Las características de esta acción, que están determinadas en el artículo 86 de la Constitución y en el Decreto – Ley 2591 de 1991, que la reglamenta, son las siguientes: a) informalidad, ya que “no está sometida a requisitos especiales ni fórmulas sacramentales”²⁰ y, en esta medida, el peticionario sólo debe narrar los hechos sucedidos e identificar “de manera suficiente, cuál es el derecho que se considera amenazado o vulnerado”²¹; b) sigue un trámite preferencial y sumario, porque debe ser sustanciada con prelación para lo cual se posponen todos los asuntos de naturaleza diferente, salvo los de *habeas corpus* y se aplican términos

19 OSUNA, Néstor. “Panorama de la justicia constitucional colombiana”, *Biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, artículo disponible en línea en la siguiente dirección electrónica (consultada el 16 de junio de 2011): <http://www.bibliojuridica.org/libros/6/2894/25.pdf>

20 Sentencia T-317 de 1009.

21 *Ibidem*.

cortos, improrrogables y perentorios; c) oficiosidad, en la medida en que el juez de tutela debe jugar un papel activo en la conducción del proceso, “no sólo en lo que tiene que ver con la interpretación de la solicitud de amparo, sino también, en la búsqueda de los elementos que le permitan comprender a cabalidad cuál es la situación que se somete a su conocimiento para tomar una decisión de fondo que consulte la justicia”²²; y finalmente; d) subsidiaridad, pues sólo procede si no existe otro procedimiento judicial idóneo.

Respecto al trámite de esta acción, es necesario tener en cuenta que todas las sentencias ejecutoriadas dictadas por los jueces de instancia, son enviadas a la Corte Constitucional para su eventual selección (C.P., art. 241-9 y art. 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991)²³. Se trata de una competencia discrecional de revisión que se traduce en la libertad de escoger, de manera autónoma, “según los criterios y objetivos que ella misma determine o los que juzgue pertinentes para la protección de los derechos fundamentales. Esta discrecionalidad implica que la Corte tiene plena libertad para determinar cuáles procesos son estudiados por ella, sin que la ley, ni ninguna otra regulación de menor jerarquía, puedan obligarla a seleccionar un determinado caso de tutela, o una cierta cantidad de los mismos”²⁴.

En este sentido, la revisión de las sentencias de tutela no constituye una tercera instancia en la que las partes puedan atacar las determinaciones judiciales de primero y segundo grado, pues el objetivo primordial de la revisión de las sentencias no es pronunciarse sobre el caso concreto sino unificar la jurisprudencia en torno a la interpretación y aplicación de la Constitución y sentar los fundamentos sobre los que los demás operadores jurídicos deben apoyarse al momento de decidir acerca de los derechos fundamentales²⁵.

Para ejercer la competencia de revisión eventual, cada mes la Sala Plena de la Corte Constitucional designa, por sorteo y de manera rotativa, a dos de sus integrantes para conformar la Sala de Selección de Tutelas, la cual determina cuáles son los expedientes que van a ser seleccionados, sin necesidad de motivación expresa y de acuerdo a su criterio. Los asuntos seleccionados se reparten a los magistrados de la Corte de manera rotativa y por sorteo, quienes integran, para resolverlos, las respectivas Salas de Revisión (Decreto 2591 de 1991, art. 33 y Reglamento Interno de la Corte Constitucional, art. 49). Sin embargo, cuando se trata de un cambio de jurisprudencia o de un asunto de gran importancia, es la Sala Plena de la Corporación la que decide, y no la respectiva Sala de Revisión, integrada por tres magistrados (Decreto 2591 de 1991, art. 34).

22 Sentencia C-483 de 2008.

23 Aproximadamente llegan 40 000 expedientes mensuales.

24 Auto A-012 de 2004.

25 Sobre este tema se pueden consultar, entre muchas otras, las providencias A-012 de 2004 y T-269 de 1995.

Cuando un expediente ha sido excluido, es decir, no ha sido seleccionado por la Sala de Selección de turno, cualquiera de los magistrados que componen la Corte Constitucional, el Procurador General de la Nación o el Defensor del Pueblo, están facultados para elevar una solicitud de insistencia para que sea seleccionado ante la siguiente Sala de Selección, sin que esa petición sea vinculante (Decreto 2591 de 1991, art. 33 y Reglamento Interno de la Corte Constitucional, art. 49).

En este mismo sentido, “*como herramienta complementaria al proceso de selección, se puede presentar ante la Corte un escrito de solicitud de revisión en el cual se expongan los motivos por los cuales el fallo de instancia es errado*”²⁶.

En este contexto, es necesario tener en cuenta que el Constituyente de 1991 fue sabio al asignarle a la Corte Constitucional la facultad de revisar los expedientes de tutela que considere relevantes en la medida en que, aprovechando su posición de jerarquía, las grandes revoluciones que se han producido, en materia de aplicación directa de los derechos fundamentales, han provenido de fallos de esa Corporación, tal y como se demostrará en la siguiente parte de este ensayo dedicada a las últimas evoluciones jurisprudenciales. Precisamente, es gracias a la jurisprudencia de la Corte Constitucional que se han aplicado verdaderamente las normas constitucionales, modificándose, de paso, la cultura jurídica de los operadores del derecho.

e. Efectos de las sentencias proferidas por la corte constitucional

De conformidad con lo expuesto anteriormente, queda claro que en Colombia la Corte Constitucional ejerce un control de constitucionalidad oficioso, previo o posterior; y rogado en la medida en que existe la acción pública de inconstitucionalidad. En ambos casos, las decisiones son tomadas por la Sala Plena de la Corporación y tienen efectos *erga omnes*, pues el control ejercido sobre los actos y normas es abstracto. En todo caso, corresponde únicamente a la Corte Constitucional establecer, en cada caso concreto, los efectos de las sentencias de constitucionalidad que, por regla general, tienen efectos hacia el futuro²⁷. En este mismo sentido, la Corte no sólo puede modular los efectos temporales de sus sentencias, sino que también puede modular su contenido, al proferir sentencias manipulativas²⁸. Según la jurisprudencia constitucional, las decisiones de constitucionalidad

26 Sentencia SU-1219 de 2001.

27 Excepcionalmente, la Corte puede establecer que sus sentencias de constitucionalidad tengan efectos hacia el pasado. A este respecto, se pueden consultar, entre otras, las sentencias C-757 de 2004 y C-748 de 2009.

28 Así, por ejemplo, la Corte profirió una sentencia aditiva al estudiar la constitucionalidad de una norma que establece quiénes son los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes en el caso de los empleados públicos y de los trabajadores oficiales. Así,

que hacen tránsito a cosa juzgada constitucional, “*son fuente formal de Derecho y constituyen doctrina constitucional obligatoria*”²⁹, por lo que deben ser atendidas por todos los operadores jurídicos³⁰. Por otra parte, como se ha dicho, la Corte Constitucional también ejerce su función de garante de la Constitución mediante la revisión de los fallos de tutela. En este ámbito, si bien por regla general las sentencias producen efectos *inter partes*, la Corte puede modular sus efectos, con el objetivo de vincular a personas que no fueron parte del proceso de tutela³¹ o

mediante la sentencia C-1126 de 2004, la Corte declaró la exequibilidad de la norma demandada bajo el entendido de que no sólo el o la cónyuge pueden ser beneficiarios de esa prestación, sino también el o la compañera permanente del causante. De manera similar, mediante la sentencia C-828 de 2010, la Corte Constitucional profirió una sentencia interpretativa al considerar que la norma que establece que la acción penal se extingue por la muerte del procesado, sólo es constitucional bajo el entendido de que “*el juez de conocimiento debe decidir () poner a disposición u ordenar el traslado de todas las pruebas o elementos probatorios que se hayan recaudado hasta el momento en que se produzca la muerte, para que adelanten otros mecanismos judiciales o administrativos que permitan garantizar los derechos de las víctimas*” a la justicia y a la reparación.

Sobre los diferentes tipos de sentencias que profiere la Corte Constitucional, se puede consultar OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro. *Tipología de nuestras sentencias constitucionales*, 2004. Artículo disponible en línea en la siguiente dirección electrónica (consultada el 17 de junio de 2011): http://www.javeriana.edu.co/Facultades/C_Juridicas/pub_rev/documents/13Olanoult..pdf

29 Sentencia SU-1300 de 2001.

30 Sobre la obligatoriedad de las sentencias constitucionalidad, se puede consultar, entre muchos otros, el auto A-175 de 2009.

31 En efecto, las Salas de Decisión de la Corte pueden proferir sentencias de tutela con efectos *inter comunis* como quiera que, cuando se advierte que existe un grupo de personas determinadas que se encuentran en la misma situación del actor, de no ser vinculadas por los efectos de la sentencia, se violaría su derecho a la igualdad. Sobre este tema particular, se puede consultar, por ejemplo, las sentencias T-210 de 2010 y SU-1023 de 2001, en las que se decidió que las órdenes impartidas tuvieran efectos *inter comunis*.

Por otra parte, la Sala Plena de la Corte Constitucional está facultada para proferir sentencias con *efectos inter pares* cuando se decide inaplicar una norma en todos los casos similares al planteado en el caso concreto, es decir, cuando la Corte decide aplicar la excepción de inconstitucionalidad pero no sólo en el caso concreto, sino en todos aquellos casos similares. Sobre los requisitos que se deben cumplir para otorgarle estos efectos a una sentencia, se puede consultar el auto A-029 de 2007.

Por último, para profundizar sobre estos temas se puede consultar a BOTERO MARIÑO, Catalina. *La acción de tutela en el ordenamiento jurídico constitucional colombiano*. Artículo disponible en línea en la siguiente dirección electrónica (consultada

debido a la declaratoria del estado de cosas inconstitucional, figura que se va a estudiar más adelante. Adicionalmente, el amparo otorgado puede ser definitivo o transitorio, dependiendo de si la acción de tutela es procedente como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable o debido a la inexistencia o ineficacia de los mecanismos ordinarios de defensa. Finalmente, la Corte Constitucional ha señalado que la *ratio decidendi*³² de las sentencias de tutela por ella proferidas “*constituye un precedente de obligatorio cumplimiento para las autoridades judiciales, quienes únicamente pueden apartarse de la postura de la Corte cuando se verifica que existen hechos en el proceso que hacen inaplicable el precedente al caso concreto, o que existan elementos de juicio no considerados en su oportunidad por el superior, que permitan desarrollar de manera más coherente y armónica la institución jurídica, en cuyo caso se exige una debida y suficiente justificación*”³³.

II. Ejemplos de evoluciones jurisprudenciales recientes

Una vez analizadas las competencias atribuidas a la Corte Constitucional, paso a exponer cuatro ejemplos de evoluciones recientes de su jurisprudencia. En primer lugar, me referiré a la declaratoria del estado de cosas inconstitucional en materia de población desplazada. En segundo lugar, expondré el caso de la declaratoria de inconstitucionalidad de la posibilidad de reelegir al Presidente de la República por tres periodos consecutivos. Luego, analizaré las sentencias que estudiaron la declaratoria del estado de emergencia económica, social y ecológica decretado en diciembre de 2010 y enero de 2011 por el Gobierno Nacional y, por último, exhibiré el caso de una sentencia de tutela proferida el año por la Corte Constitucional mediante la cual se declaró que las normas laborales son aplicables al caso de la prestación de servicios sexuales, siempre que se cumplan los elementos esenciales del contrato laboral.

el 17 de junio de 2011):<http://www.ejrlb.net/medios/docs/La%20Accion%20de%20Tutela%20en%20el%20Ordenamiento%20Constitucional%20Colombiano.pdf>

32 De acuerdo a BERNAL PULIDO, Carlos. *El derecho de los derechos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C., 2005, sólo la *ratio decidendi* es vinculante y constituye precedente judicial, por oposición a los *obiter dicta*, que sólo tienen fuerza persuasiva. Este autor define la *ratio decidendi* como la parte de la sentencia que “*contiene las razones jurídicas que orientan la decisión judicial y la interpretación adecuada para el caso concreto y los demás que se encuentren en las mismas circunstancias. La ratio decidendi es la norma adscrita o, como la llama la Corte, la subregla, que concreta las determinadas cláusulas constitucionales en prescripciones concretas aplicables a tipos de casos*”, p. 177.

33 Sentencia T-569 de 2001.

a. Sentencia T-025 de 2004³⁴. Estado de cosas inconstitucional en materia de atención a la población desplazada

Desde su creación, la Corte Constitucional se ha pronunciado regularmente sobre los aspectos más importantes de la vida social de Colombia y su jurisprudencia ha tenido “una gran repercusión en la evolución global del país”³⁵.

En este contexto, es necesario citar la sentencia T-025 de 2004, mediante la cual se acumularon 108 expedientes de tutela interpuestos contra diversas entidades del Estado por personas desplazadas por la violencia, “por considerar que dichas autoridades no estaban cumpliendo con su misión de protección a la población desplazada y por la falta de respuesta efectiva a sus solicitudes en materia de vivienda y acceso a proyectos productivos, atención de salud, educación y ayuda humanitaria”³⁶.

Luego de analizar los diversos problemas jurídicos planteados en ese evento, la Corte concluyó que “por las condiciones de vulnerabilidad extrema en las cuales se encuentra la población desplazada, así como por la omisión reiterada de brindarle una protección oportuna y efectiva por parte de las distintas autoridades encargadas de su atención, se han violado tanto a los actores en el presente proceso, como a la población desplazada en general, sus derechos a una vida digna, a la integridad personal, a la igualdad, de petición, al trabajo, a la salud, a la seguridad social, a la educación, al mínimo vital y a la protección especial debida a las personas de la tercera edad, a la mujer cabeza de familia y a los niños”.

Adicionalmente, debido a que esa violación a los derechos fundamentales antes mencionados es masiva, prolongada, reiterada y obedece a un problema estructural que afecta no sólo a los peticionarios sino a todas las personas en su misma condición, en la medida en que existe una insuficiencia de recursos destinados a financiar la política pública de atención diseñada por el Estado, la Corte declaró el estado de cosas inconstitucional en materia de atención a la población en situación de desplazamiento.

34 Esta sentencia está disponible en línea en la siguiente dirección, consultada el 21 de junio de 2011: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/T-025-04.htm>

35 UPRIMNY, Rodrigo. “La judicialización de la política en Colombia: casos, potencialidades y riesgos”, *Sur Revista Internacional de Derechos Humanos*, No. 6, 2007. Artículo disponible en línea en la siguiente dirección electrónica (consultada el 20 de junio de 2011): <http://www.surjournal.org/esp/conteudos/pdf/6/yepes.pdf>

36 el desplazamiento en Colombia es el fenómeno por el cual grupos ilegales obligan de manera violenta a los campesinos a dejar sus tierras.

Mediante esta sentencia se adoptaron dos tipos diferentes de órdenes. Por un lado, para resolver los casos concretos de los peticionarios, se impartió una serie de órdenes de carácter simple. Por otro lado, como se declaró el estado de cosas inconstitucional, la Corte acogió unas órdenes de ejecución compleja dirigidas a garantizar el goce efectivo de los derechos de toda la población desplazada, en virtud de las cuales se obligó a las entidades encargadas de atenderla, adoptar “*en un plazo prudencial, y dentro de la órbita de sus competencias, los correctivos que sean necesarios para superar los problemas de insuficiencia de recursos destinados y de precariedad de la capacidad institucional para implementar la política estatal de atención a la población desplazada*”.

Posteriormente, para asegurar el cumplimiento de lo ordenado en la sentencia, la Corte Constitucional creó la Sala Especial de Seguimiento a la sentencia T-025 de 2004, que ha proferido una serie de autos de seguimiento en los que se han estudiado las medidas adoptadas para la superación del estado de cosas inconstitucional. Así, por ejemplo, el último auto que sobre esta materia se expidió, fue el A-385 de 2010, mediante el que la Corte constató “*que a pesar de los avances logrados, el estado de la información presentada por el gobierno nacional y el nivel de ejecución de las correcciones planteadas, señalan que persiste el estado de cosas inconstitucional, en la medida en que aún no se ha logrado un avance sistemático e integral en el goce efectivo de todos los derechos de la población víctima de desplazamiento forzado, ni se ha logrado garantizar de manera efectiva los mínimos de protección que deben asegurar en todo tiempo*”.

De manera que, mediante la sentencia T-025 de 2004, la Corte Constitucional se pronunció sobre el desplazamiento interno en Colombia que constituye uno de los principales problemas sociales en la medida en que afecta a más de cuatro millones de personas, según cifras del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR)³⁷. Si bien el estado de cosas inconstitucional aún persiste, es indudable que esta sentencia ha tenido un gran impacto en la implementación de la política pública de atención a la población desplazada, tema que ahora es una prioridad del Estado colombiano y en el que se está avanzando poco a poco.

*b. Sentencia C-141 de 2010, sobre referendo reeleccionista*³⁸

Otra importante sentencia reciente de la Corte Constitucional es la C-141 de 2010, que modificó el panorama político colombiano.

37 Estas cifras están disponibles en la siguiente dirección electrónica (consultada el 20 de junio de 2011): <http://www.acnur.org/t3/operaciones/situacion-colombia/desplazamiento-interno-en-colombia/>

38 Disponible en línea en la siguiente dirección, consultada el 21 de junio de 2011: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/C-141-10.htm>

En efecto, mediante esta sentencia, la Sala Plena de la Corte Constitucional decidió declarar la inexecutable de la totalidad de la Ley 1354 de 2009, “*Por medio de la cual se convoca un referendo constitucional y se somete a consideración del pueblo un proyecto de reforma constitucional*”. En otras palabras, en virtud de lo resuelto en esta sentencia, se prohibió la reelección presidencial por tres periodos consecutivos, solicitada por cinco millones de firmas y ratificada por el Congreso de la República.

En un fallo histórico, por una votación de siete votos contra dos, la Corte concluyó que la Ley 1354 de 2009 era inexecutable por la ocurrencia de una serie de vicios en el trámite de la iniciativa legislativa ciudadana y en el procedimiento legislativo.

Así, la Corte encontró que el Comité de Promotores de la iniciativa legislativa se sirvió de un tercero para realizar unas labores que le eran propias y que se referían a la financiación de la campaña para la recolección de las firmas necesarias para reformar la Constitución. Adicionalmente, dicho comité “*gastó una suma global que supera más de seis (6) veces lo autorizado por el Consejo Nacional Electoral*”³⁹, por lo que la Corte concluyó que se configuraba una grave violación de los principios del pluralismo político y de la transparencia, básicos en un sistema democrático.

En este mismo sentido, la ley fue declarada inconstitucional debido a que su trámite fue iniciado sin que fuera adjuntada la certificación del Registrador Nacional del Estado Civil. De la misma manera, en el tercer debate se introdujo un cambio sustancial al texto original del proyecto de ley respaldado por la iniciativa ciudadana, pues se estableció la posibilidad de proponer al pueblo una segunda reelección inmediata, en vez de mediata como en principio se había establecido y además, la plenaria de la Cámara de Representantes se reunió para discutir el proyecto de ley a pesar de que no estaba autorizada para reunirse en sesiones extraordinarias ni había sido publicada en el Diario Oficial.

Finalmente, la Corte Constitucional reiteró la tesis según la cual se incurre en un vicio de competencia, es decir de trámite, cuando el poder de reforma constitucional desconoce los “*principios estructurantes o elementos definitorios*”⁴⁰ de la Constitución. En el caso concreto, la Corte concluyó que la tercera reelección presidencial sustituye la Constitución y, en consecuencia, está viciada por competencia. Es decir, se estimó que, cuando el Pueblo

39 Comunicado No. 9 de la Corte Constitucional de 26 de febrero de 2010, disponible en línea en la siguiente dirección de correo electrónico: www.corteconstitucional.gov.co

40 Ibidem.

y/o el Congreso de la República, actúan como constituyentes derivados y no originarios, tienen limitado su poder de reforma constitucional impidiéndoseles sustituir los elementos esenciales de la Constitución, que sólo pueden ser alterados por el constituyente primario. Así, *grosso modo*, en primer lugar, la reforma constitucional propuesta desconoce la regla de alteración en el ejercicio del poder político, en la medida en que el tercer periodo presidencial “*preservaría por un lapso prolongado de tiempo las tendencias ideológicas propugnadas por el gobierno, así como los equipos encargados de desarrollar las políticas y propiciaría la continuidad de la mayoría dominante*”⁴¹. En segundo lugar, consideró la Corte que la posibilidad de una tercera reelección consecutiva vulnera el principio de separación de poderes, pues se desdibuja el sistema de frenos y contrapesos y promueve un sistema presidencialista “*que, precisamente, está caracterizado por [el predominio exagerado del ejecutivo] y por la tendencia a superar el lapso máximo de ejercicio del mandato presidencial para mantener vigente la figura del caudillo y su proyecto político*”⁴². En tercer lugar, la ley que convoca al referendo reeleccionista también desconoce el derecho a la igualdad porque afecta “*las posibilidades de minorías y de opositores para acceder al poder [al frustrar] las oportunidades de quienes, legítimamente, pertenecen a tendencias contrarias a la dominante y defienden ideas diferentes sobre la gestión institucional*”⁴³. Y, finalmente, la Corte concluyó que la ley es inexecutable porque atenta contra el modelo republicano adoptado por la Constitución de 1991, que implica la temporalidad del primer mandatario y la sucesión garantizada mediante elecciones periódicas.

Por lo tanto, mediante la sentencia antes mencionada, la Corte Constitucional estableció que ni el Congreso de la República ni el Pueblo cuando no obra como Constituyente Primario, pueden cambiar parcialmente la Constitución si ese cambio supone la sustitución de sus principios estructurantes o elementos definitorios.

41 Sentencia T-141 de 2010.

42 *Ibidem*.

43 *Ibidem*.

c. Sentencias C-156 y C-216 de 2011⁴⁴, sobre la declaratoria de la emergencia económica, social y ambiental

Todos los años se presenta en Colombia un fenómeno natural denominado “La Niña”, que causa un incremento en las precipitaciones de lluvias a partir de mitad de año y que afecta principalmente las regiones Caribe y Andina⁴⁵.

A mediados del año pasado, La Niña se manifestó con un aumento en las lluvias superior al promedio histórico registrado, generando graves inundaciones a lo largo de las regiones Pacífica, Caribe y Andina, produciéndose, de esta manera, pérdidas humanas, una considerable destrucción de inmuebles y de vías de comunicación, interrupciones en la prestación de los servicios públicos esenciales y perjudicándose gravemente la actividad económica y social en todo el territorio nacional.

En este contexto, mediante el Decreto 4580 de 7 de enero de 2010, el Presidente de la República, declaró el estado de emergencia económica, social y ecológica por treinta días, en todo el territorio nacional, con el fin de conjurar la grave calamidad pública generada por La Niña e impedir la extensión de sus efectos.

En ejercicio de la competencia de control automático de los decretos de declaratoria de estados de excepción, la Corte Constitucional expidió la sentencia C-156 de 2011, por medio de la cual declaró la exequibilidad del mencionado decreto en la medida en que consideró que, por un lado, se cumplieron todos los requisitos formales necesarios para expedirlo y, por otro lado, se “*cumplió con el presupuesto fáctico, el presupuesto valorativo y la calificación sobre la insuficiencias de los medios ordinarios exigidos por la Constitución y la Ley Estatutaria 137 de 1994, para declarar un estado de excepción*”⁴⁶.

44 Estas sentencias se encuentran disponibles en las siguientes direcciones electrónicas, consultadas el 22 de junio de 2009: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/C-156-11.htm> <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/C-216-11.htm>

45 Para obtener más información sobre este fenómeno climático, se puede consultar la página web del Instituto de Hidrología, Meteorología y Estudios Ambientales (IDEAM), entidad que se encarga en Colombia de monitorear el fenómeno de La Niña. Los boletines informativos sobre este tema están disponibles en la siguiente dirección electrónica, consultada el 20 de junio de 2011: <http://www.pronosticosyalertas.gov.co/jsp/loader.jsf?id=894&lServicio=Publicaciones&lFuncion=loadContenidoPublicacion&lTipo=publicaciones&d-49700-p=2>

46 Comunicado No. 9 de la Corte Constitucional de 9 de Marzo de 2011. Disponible en la siguiente dirección de correo electrónico, consultada el 21 de junio de 2011: <http://www.corteconstitucional.gov.co/comunicados/No.%2009%20comunicado%2009%20de%20marzo%20de%202011.php>

En efecto, la Corte Constitucional concluyó que la existencia de precipitaciones pluviales por encima de los niveles históricos registrados, la especificidad de los hechos que dieron origen al decreto y la mayor intensidad con que se presentó el fenómeno de La Niña, con respecto a años anteriores, son hechos que permiten verificar el cumplimiento del presupuesto fáctico. En igual sentido, la Corte aseguró que las valoraciones efectuadas por el Gobierno Nacional en relación con la gravedad de la crisis, no resultaron ni arbitrarias ni manifiestamente erradas, pues de las pruebas allegadas al proceso, se constató que las consecuencias de La Niña fueron devastadoras. De manera similar, el decreto pasó el “juicio de necesidad” en la medida en que quedó demostrado que los mecanismos ordinarios previstos en el ordenamiento jurídico para afrontar los desastres naturales, no fueron suficientes para abordar la catástrofe ocurrida, dadas sus dimensiones.

Con base en la declaratoria de este estado de excepción, el Gobierno Nacional expidió una serie de decretos mediante los que se adoptaron las medidas orgánicas, presupuestales y administrativas necesarias para conjurar la situación de grave calamidad pública, decretos que, a su vez, fueron objeto de control automático de constitucionalidad.

Una vez expiró la vigencia del anterior decreto, el Gobierno expidió el Decreto 020 de 7 de enero de 2011, por medio del cual se volvió a declarar el estado de emergencia económica, social y ecológica en todo el territorio nacional hasta el 28 de enero de 2011, en la medida en que *“después de la declaratoria del estado de emergencia económica, social y ecológica, se han presentado hechos nuevos relacionados con el fenómeno de La Niña, los cuales fueron posteriores a la expedición del Decreto 4580 de 2010 y que hacen necesario que se adopten medidas encaminadas a contrarrestar esta crisis y sus efectos”*⁴⁷.

En ejercicio del control automático de constitucionalidad, la Corte Constitucional resolvió, mediante la sentencia C-216 de 2011, declarar la inconstitucionalidad del Decreto 020 de 2011, por no superar los juicios de necesidad y de insuficiencia de los medios ordinarios. Así, teniendo en cuenta que desde la declaratoria del primer estado de excepción el Gobierno fue consciente de que La Niña podía agravarse con el paso del tiempo hasta mediados del año 2011, el Gobierno no cumplió con su carga de justificar suficientemente porqué las medidas extraordinarias con que contaba, a raíz de la primera declaratoria del estado de emergencia, eran insuficientes para conjurar la crisis y evitar la agravación de sus efectos. En este sentido, los hechos aducidos en el Decreto 020 de 2011, no tenían el carácter de hechos nuevos, impensables e inusitados y, en esta medida, no se justificaba la adopción de una nueva declaratoria de emergencia, facultad que, desde la Constitución de 1991, sólo puede ser usada de manera excepcional-

47 Considerando del Decreto 020 de 2011.

lísima por parte del ejecutivo. Finalmente, no se explicó porqué los mecanismos ordinarios de que disponen los poderes legislativo y ejecutivo no son suficientes para hacer frente a la crisis. De hecho, la Corte sostuvo que muchas de las medidas adoptadas con base en el Decreto 020 de 2011, “*podían ser tramitados rápidamente con mensaje de urgencia por la vía ordinaria ante el Congreso*”⁴⁸.

Por tanto, por medio de las sentencias C-156 de 2011 y C-216 de 2011, la Corte Constitucional reiteró que con la promulgación de la Constitución de 1991, se superó “*el uso habitual de los estados de excepción en el que se había caído bajo la vigencia de la [anterior constitución], puesto que ello representaba una muestra exacerbada del presidencialismo que desarticulaba la separación de poderes y negaba la importancia que debía tener el Congreso*”⁴⁹.

d. Sentencia T-629 de 2010, mediante la que se reconoce la existencia de un contrato de trabajo entre un establecimiento y una trabajadora sexual

En ejercicio de la acción de tutela, una mujer que fue despedida debido a su estado de embarazo sin el permiso del inspector de trabajo, demandó al establecimiento en el que prestaba servicios sexuales, por considerar que sus derechos fundamentales fueron vulnerados.

En primera instancia, el juez negó el amparo de los derechos invocados al considerar que el contrato que tiene por objeto la prestación de actividades sexuales expresaba un objeto ilícito, toda vez que el ejercicio de la prostitución es contrario a las buenas costumbres. Sin embargo, debido a la situación de desprotección de la actora, el juez ordenó a las autoridades locales prestarle atención médica a ella y a su hijo así como asesoría legal para determinar si podía o no acudir ante la jurisdicción ordinaria para ventilar su caso.

El juez de segunda instancia confirmó la totalidad de la decisión del *a quo* por los motivos antes expuestos. Debido a que en el proceso no se demostró la existencia de una relación laboral, no se evidenció subordinación.

Una vez el expediente fue enviado a la Corte Constitucional, se seleccionó para su revisión. De allí que esa Corporación haya proferido la sentencia T-629

48 Comunicado No. 14 de la Corte Constitucional de 31 de marzo de 2001, disponible en línea en la siguiente dirección electrónica, consultada el 21 de junio de 2011: <http://www.corteconstitucional.gov.co/comunicados/No.%2014%20comunicado%2031%20de%20marzo%20de%202011.php>

49 *Ibidem*.

de 2010, por medio de la cual decidió revocar las sentencias de instancia y, en su lugar, “conceder el amparo de los derechos fundamentales a la igualdad de trato ante la ley, a la no discriminación, al trabajo, la seguridad social, la dignidad, la protección de la mujer en estado de embarazo, el derecho del que está por nacer, el fuero materno y el mínimo vital”⁵⁰. Adicionalmente, ordenó al propietario del establecimiento indemnizar a la actora por haberla despedido injustamente y pagarle la licencia de maternidad a que tiene derecho, como descanso remunerado por el hecho de haber dado a luz, con base en el salario mínimo legal vigente al momento del despido.

En efecto, la Corte consideró que, en el marco de la dignidad humana y de la libertad, el ejercicio de la prostitución es lícito siempre y cuando medie la voluntad libre y razonada de la persona que vende el acto sexual, se respeten los límites impuestos en el Código Penal y en las normas de carácter policivo existentes, en virtud de las cuales se imponen unas regulaciones relacionadas con el uso del suelo, la salubridad y de comportamiento social.

En este mismo sentido, en la sentencia estudiada se sostuvo que el ejercicio de la prostitución en los términos antes explicados, es una actividad económica regida por el derecho común, pues está sujeta al derecho comercial, tributario e indemnizatorio.

Por estos motivos, sostuvo la Corte que no es legítimo, como lo hicieron los jueces de instancia, apelar a las buenas costumbres para declarar la ilicitud de la prostitución, pues “*el Derecho objetivo reconoce la actividad como económica, la registra, la grava, impone a sus actores deberes y también reconoce derechos*”. En este sentido, las buenas costumbres es una noción que no actúa como fuente paralela al Derecho positivo sino conforme a él y, por lo tanto, no puede competir con él. Se partió del axioma a partir del cual “lo que no está prohibido está permitido”.

En cuanto a la existencia de una relación laboral, en la sentencia se afirmó que cuando se presenta una concreta y real prestación de servicios remunerados en condiciones de subordinación, existe un contrato realidad aunque se trate de servicios sexuales. En efecto, en el ordenamiento constitucional no existe ninguna norma que establezca una discriminación negativa para las personas que ejercen la prostitución y, por lo tanto, en virtud del principio de igualdad, se debe reconocer la existencia de una relación laboral cuando se verifica el cumplimiento de los elementos esenciales del contrato.

50 Sentencia T-629 de 2010, disponible en línea en la siguiente dirección electrónica, consultada el 21 de junio de 2011: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/T-629-10.htm>

De allí que también los trabajadores sexuales tengan derecho a ser vinculadas al sistema universal de seguridad social en salud y en pensiones. Sin embargo, no es procedente el reintegro porque “*por la especificidad de la prestación*”, que roza con la dignidad humana, existe una subordinación precaria frente al empleador y, en esta medida, también “*se predica precario el derecho del trabajador a la estabilidad laboral y a ser restituido a su trabajo en caso de despido injusto*”.

De lo anteriormente expuesto se puede concluir que, desde la promulgación de la Constitución de 1991, en Colombia se ha producido una constitucionalización de todas las ramas del derecho debido a la consagración de los derechos fundamentales y a la creación de la Corte Constitucional. En esta medida, debido a la existencia de mecanismos como la acción de tutela y la acción pública de inconstitucionalidad, los ciudadanos han ejercido un poder sobre el aparato legislativo y han podido exigir el cumplimiento de sus derechos fundamentales de manera eficaz. Lo anterior también ha permitido que la Corte Constitucional se pronuncie diariamente sobre los temas más variados, creando una jurisprudencia que tiene efectos vinculantes y que, en consecuencia, ha modificado el sistema de fuentes del derecho en el país. En igual sentido, los ejemplos jurisprudenciales reseñados en este artículo demuestran cómo la jurisprudencia de esta Corporación ha determinado, en muchos casos, la suerte del país en los ámbitos político, económico y social.

LAS INSTITUCIONES JUDICIALES EN LA CONSTITUCIÓN DE 1991 Y EL FORTALECIMIENTO DEL PRINCIPIO DEMOCRÁTICO

Por: Enrique Gil Botero

Magistrado del Consejo de Estado. Expresidente de la Corporación

I. Consideración preliminar

La reflexión en torno a la relación que existe entre el poder judicial y el principio democrático ha ocupado la atención, aunque no exclusivamente, de los filósofos del derecho, y un poco menos de aquellos juristas que se ocupan de aspectos más técnicos, es decir, los profesionales que trabajan en áreas más específicas del derecho.

Entre ellos se cuentan los administrativistas, quienes si bien mantenemos preocupaciones de corte filosófico –lo que escasamente ocurre en otras áreas del derecho, porque son aun más técnicas en la forma como abordan los problemas jurídicos-, de todas maneras persiste una relativa despreocupación por los temas *más duros* de la ciencia del derecho. Esto explica, parcialmente, por qué la indagación metódica, ordenada y sistemática sobre la vinculación del juez administrativo al principio democrático la ha desarrollado, básicamente, en forma aplicada o práctica, en lugar de hacerlo a través del pensamiento y la explicación en términos discursivos y argumentativos, propios de la justificación rigurosamente académica.

No ocurre igual con el juez constitucional, quien no solo tiene más oportunidad para razonar acerca de su compromiso con este mismo principio –ocasión práctica-, debido a los temas que le corresponde resolver, sino que tampoco se puede negar que tiene más sensibilidad espiritual con el –intencionalidad reflexi-

va-, de manera que él une las dos condiciones básicas para desarrollar una teoría adecuada sobre un tema de fundamentación jurídica.

No obstante esta realidad, que sirve de reconocimiento al papel que la Corte Constitucional ha cumplido en esta materia, también pretende mostrar que, en todo caso, todas las jurisdicciones han cumplido un papel importante en este mismo sentido, solo que su trabajo se enfoca más hacia la realización material –praxis- del principio democrático, sin detenerse, discursivamente, con profundidad académica, a examinar su contenido. Esto significa que la Corte Suprema Justicia y el Consejo de Estado también han contribuido a su desarrollo, y sobre todo a mantenerlo, a través de las providencias que materializan la administración de justicia, en todos aquellos litigios donde vibra con mayor intensidad el contenido democrático del Estado y la sociedad.

II. Contenido del principio democrático, en la axiología jurídico-política

La relación que existe entre el poder judicial y el principio democrático no solo es intensa sino también histórica, si nos atenemos a que a los jueces se les ha encomendado la defensa de los valores constitucionales, entre ellos el principio democrático, pilar fundamental de la axiología constitucional. Sin embargo, es evidente que su contenido es complejo, lo que justifica hacer una precisión conceptual sobre el, para entender, a continuación, el compromiso del juez con el.

En primer lugar, existe una relación de alcance jurídico entre la democracia y el Estado de Derecho, pero no es absolutamente necesaria, o indispensable, para que exista, porque resulta que estos conceptos no son idénticos, toda vez que la democracia es un sistema político, al paso que el Estado de Derecho es un sistema jurídico, y aunque la combinación más adecuada para un Estado democrático es que también garantice el Estado de Derecho, es cierto asimismo que existen otros sistemas políticos que igualmente lo hacen –por ejemplo las monarquías europeas modernas, como la española-.

Para el filósofo español ELÍAS DÍAZ, comentando esta relación, “... cabe hablar con carácter general de todo Estado de derecho como institucionalización jurídica de la democracia”¹, y agrega que “el Estado de derecho es la institucionalización jurídico-política de la democracia. Con aquel se trata de convertir en *legalidad* (normas, Constitución) el sistema de valores (libertad como base) que caracteriza a la *legitimidad* democrática. Los modos de esa específica interacción

1 “Estado de derecho y legitimidad democrática”, en Estado, justicia, derechos, (Elías Díaz y José Luis Colomer, comps.), Madrid, Alianza Editorial, 2002, pág. 80

entre legalidad y legitimidad han ido variando en la historia de la modernidad, desde un núcleo común fundamental, en la medida también en que ambas han ido avanzando en la consecución de un mayor apoyo fáctico social, es decir *legitimación* [...].

“[...] La razón crítica implica, en relación con la democracia y el Estado de derecho, que todos y cada uno personalmente han de atreverse a saber (*sapere aude*), comprender y deliberar, para de ese modo participar y decidir mejor y poder salir definitivamente de la autoculpable minoría de edad, tanto individual como colectiva [...].

“[...] El proceso de decisión democrática es el que más se identifica con el proceso de decisión ética (autonomía moral) y, a su vez, es el que contiene en su interior mayor y mejor posibilidad para la actuación y realización de tales autonomías individuales. El sistema democrático, también por eso, es el más ético, el más justo. Esta coherencia interna —advierdo otra vez— no implica negociación ni ocultación de la constante tensión entre ética y política (derecho) —las relaciones son complejas y no hay siempre soluciones fáciles para los conflictos—, pero aquella tampoco se conforma acriticamente con la total escisión e incomunicación entre una y otra de tales dimensiones [...].

“[...] Precisamente para tratar de asegurar tales exigencias éticas y políticas el *ordenamiento jurídico*, la institucionalización jurídica de la democracia, el Estado de derecho lo que hace es legalizar, convertir en principio de legalidad, con la fuerza coactiva detrás, tales valores éticos (libertad-igualdad identificados en el valor-justicia) y políticos (doble participación como síntesis del valor de legitimidad)”².

En la misma línea de pensamiento, pero comentando un poco más el contenido del principio democrático, Fabián G. Marín Cortés, señala que “En este sentido, resultan acertadas las palabras de ERNST WOLFGANG BÖCKENFORDE, cuando dice que entre la *democracia* y el *Estado de derecho* no hay una relación ni de oposición ni de semejanza plena, sino que existen rasgos de relación entre los unos y los otros. Las diferencias radican en que la democracia se refiere al portador o titular del poder ejercido en nombre del estado y, por tanto, a la legitimidad del poder; mientras que el Estado de derecho se refiere al ámbito, contenido y modo de proceder del Estado. De manera que el Estado de derecho no está relacionado, necesariamente, con una forma de democracia, y puede, por tanto, estar vinculado con otro tipo de sistemas de gobierno, como, por ejemplo, con una monarquía constitucional —en la que ya se acepta que el poder no deriva de Dios, sino de las normas—, lo que demuestra que estos dos conceptos tienen autonomía.

2 Estado de derecho..., op. cit., págs. 75-76

“No obstante, no se puede negar que existe una relación estrecha entre los dos sistemas, en puntos de común inquietud o preocupación. Estos se presentan tratándose de 1) la defensa de las libertades individuales y, en particular, de las libertades democráticas —como el derecho de asociación, de reunión, de información, de opinión y de prensa, entre otros—; 2) lo mismo que en la existencia de una división de poderes, la cual, a la vez que desarrolla la democracia, realiza la idea de limitar el poder, con fundamento en las normas; y en 3) la legitimación derivada del pueblo, del cual proviene el poder público³.

(...)

“Finalmente, ambos autores relacionan la *democracia* y el *Estado social de derecho*, en la parte que tiene que ver con los propósitos protectores de tipo social que se propone este, y dicen al respecto que la democracia es un ‘impulso y apoyo’ para este tipo de propósitos, que encajan, perfectamente, en el sentido de lo que es un Estado democrático, ya que la defensa, con cierta agresividad, de la parte social, asegura, de mejor modo, la democracia o poder del pueblo. ELÍAS DÍAZ califica, además, este modelo como ‘Estado democrático de derecho’⁴, y expresa la simbiosis de los conceptos *Estado-derecho-social-democracia*, calificación que se corresponde con la que nuestra Constitución Política adopta⁵, y que

3 En la misma línea de lo expuesto, BÖCKENFORDE afirma, categóricamente, que “[...] no se puede excluir que exista un vector común en el que confluyen postulados de la democracia y del Estado de derecho, y en virtud del cual ambos se encuentran engranados; de ahí que entre democracia y Estado de derecho exista una afinidad (limitada)” (op. cit., págs. 119-120). Más adelante amplía la última idea y agrega que la democracia, en ocasiones, se ve limitada por el Estado de derecho, porque aquella también debe respetar los derechos fundamentales, amparados por este, y ni siquiera la democracia puede ir en contra de ellos.” (op. cit., pág. 125).

4 Op. cit., pág. 96

5 Dice el Preámbulo de la Constitución Política: “El pueblo de Colombia, en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana, decreta, sanciona y promulga” (bastardilla fuera de texto).

En forma aún más concreta, el artículo 1 se refiere al Estado democrático en los siguientes términos: “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”.

hace referencia a la necesidad de que, cada vez más, se acojan valores democráticos dentro del Estado.

“Con base en lo dicho hasta ahora, por razones de método y de pedagogía, se precisarán solo algunas ideas básicas de lo que es la democracia, para conectar el tema con la estructura del Estado y la legitimidad en el contexto que nos hemos propuesto.

“En este sentido, se debe recordar que a la democracia se la ha asociado, tradicionalmente, con aquel sistema de gobierno, en virtud del cual la orientación de las políticas públicas es dirigida por los ciudadanos, para lo cual se establecen mecanismos de participación que aseguran la realización de este propósito⁶. En esta medida, la democracia es una forma de Estado y de gobierno y, en tal sentido, es muy evidente su relación con la posibilidad de participar en la toma de decisiones políticas. A la par, la democracia también le asegura, a cualquier ciudadano, la posibilidad de acceder a la dirección de las políticas públicas, por la vía del derecho a ser elegido para ese fin⁷, con lo que se completa el sentido más

6 En el camino por comprender la evolución del concepto de democracia, BERMUDO recuerda que ha sido identificado, a lo largo de los tiempos, con diversas ideas. Así, la democracia, para los Levellers, sirvió para defender ideales como la igualdad, la resistencia al poder establecido, la libertad, la reivindicación de los derechos políticos, el derecho al voto y la defensa de la primacía del pueblo sobre el Parlamento. No obstante, cuenta BERMUDO, en esta época se estableció un régimen en el cual los derechos y las libertades fueron ligados, fuertemente, a la propiedad de la tierra, con lo cual el concepto de pueblo se redujo a las “clases medias”, tal como da cuenta de ello LOCKE, en el Segundo tratado del gobierno civil.

A la vez, la Revolución francesa también hizo un aporte importante a la democracia, por lo menos en lo que se refiere a los ideales que expusieron los teóricos de aquella, pues su consigna de “libertad, igualdad y fraternidad”, al igual que la idea de la “voluntad general”, le confirió un carácter renovador al concepto. Sin embargo, lo triste de la situación es que la revolución fracasó, y fueron a dar al traste consignas tan magníficas y dignas de ser acogidas para un verdadero entendimiento de lo que es la democracia. Fue así como la concepción liberal del Estado fue imponiéndose nuevamente, y con ello la idea, un tanto limitada, de la democracia, pues esta esconde, en palabras de BERMUDO, “[...] el miedo y el desprecio al populacho [...]”, pues existe una marcada separación social en elites que enfrenta lo social con lo político.

Finalmente, con el advenimiento del fascismo, la democracia vuelve a ser pensada y necesitada como un gobierno ideal, que garantiza y protege a la sociedad de los abusos del ejercicio abusivo del poder, sin contar con la voluntad del pueblo. Es, pues, paradójico que se necesitara ver en peligro las garantías democráticas para sentir la necesidad de reclamarlas y luchar por ellas, pero esta parece ser la historia repetida de la humanidad. (Op. cit., trad. profesora ROSALBA DURÁN)

7 En idéntico sentido, dice SPINOZA, sobre la diferencia entre la aristocracia y la democracia, que «nadie tiene, pues, derecho hereditario a votar ni a ocupar cargos del Estado

inmediato de la palabra “democracia”. Sin embargo, este régimen político contiene elementos más complejos de los que se acaban de mencionar. En efecto, el principio democrático es, en sí mismo, un haz de garantías, en las que se incluyen no solo las de tipo individual, sino, en general, las libertades de acción humana, que pretenden reivindicar el derecho de los hombres a tomar las decisiones que determinarán el rumbo de la vida que comparten.

“Así las cosas, dice ERNST WOLFGANG BÖCKENFÖRDE: ‘Edificar la democracia como forma de Estado y de Gobierno, tal y como se prescribe en la Ley Fundamental, no significa que se cancele o se supere el dominio político organizado a través del Estado; antes bien, remite a una determinada organización de ese dominio. El poder del Estado, y el dominio de hombres sobre hombres que va unido a él, se mantiene también en la democracia y se conserva en toda su efectividad: no se disuelve en una identidad (mal entendida) entre gobernantes y gobernados, ni en un discurso libre de dominio. Ahora bien, se organiza de tal forma que su ejercicio se constituye, se legitima y controla por el pueblo, en suma por los ciudadanos, y se presenta en esta forma como autodeterminación y autogobierno del pueblo, en el que todos los ciudadanos pueden participar en condiciones de igualdad. La democracia como forma de Estado y de gobierno es así un principio de organización sobre la titularidad y el ejercicio del poder del Estado. Su contenido se determina de una forma más concreta a través de una pluralidad de enunciados fundamentales que aparecen como características estructurales de la democracia’⁸.

“En el contexto de las palabras de este autor, el ‘pueblo’ es la piedra angular del sistema democrático y, a partir de él, se construye la idea del orden supremo del Estado, ya que, precisamente, por razones incluso etimológicas, la democracia se relaciona con el poder del pueblo, al contrario del sistema monárquico, en el cual el poder tiene origen divino y se encarna en determinada familia o clase social. El poder democrático corresponde esencialmente al pueblo, y no existe un titular por razones históricas o de origen familiar. Esta es la revolución, precisamente, que les dio la democracia a los sistemas tradicionales de gobierno.

“En palabras de ERNST WOLFGANG BÖCKENFÖRDE ‘[...] la democracia está estrechamente vinculada a la secularización del dominio público’⁹. Más adelante agrega que la conexión entre democracia y legitimación del poder es evidente, tal como es lo propio de este sistema de gobierno que el pueblo asuma la dirección del Estado. Dice, además, que el pueblo debe influir, efectivamente, en el ejercicio del poder y, además, que ‘el enunciado de que el pueblo es el operador y el titular del poder del Estado establece como derecho positivo, y en un sentido

ni puede reclamarlo en virtud de algún derecho, como sucede en el Estado de que aquí hablamos». (Tratado político, Madrid, Alianza Editorial, 1986, pág. 220).

8 Op. cit., pág. 53.

9 Op. cit., pág. 54.

constitutivo, que la posesión y el ejercicio del poder del Estado tienen que derivar del pueblo de un modo concreto. El cumplimiento de las tareas del Estado y el ejercicio de las competencias estatales necesita de una legitimación que se retrotrae al pueblo mismo o que parte de él (a ello se alude con la idea de una cadena ininterrumpida de legitimación democrática); y en este sentido se ha manifestado con todo énfasis el Tribunal Constitucional alemán.

“Una vez establecida esta legitimación, no puede volverse autónoma, sino que tiene que poder retrotraerse siempre y de una forma determinable a la voluntad del pueblo y ha de ser responsable ante el pueblo. Solo bajo esta presuposición puede considerarse que la acción que ejerce el Estado a través de sus órganos, diferenciados y separados orgánicamente por el pueblo, es de tal naturaleza que el pueblo actúa a través de esos órganos del Estado¹⁰”.

“De lo anterior también se desprende, para el mismo autor, que la legitimación democrática tiene diversos alcances. No se trata tan solo de una legitimación democrática del poder, en términos del derecho, sino también en términos del cumplimiento de los fines materiales del Estado”.

“En definitiva... como diría JOSHUA COHEN, la democracia no solo es un sistema político, sino también un marco de disposiciones sociales e institucionales que ayudan a que exista un razonamiento libre entre ciudadanos que vinculan la autorización para ejercer el poder mediante elecciones. Y en palabras de ELÍAS DÍAZ, habría que agregar que ‘[...] desde luego, los Estados que pretendan ampararse y legitimarse bajo este prestigioso título habrán de ajustar rigurosamente sus normas jurídicas y sus actuaciones fácticas a esas exigencias de ética política, con compromisos serios de justicia y cohesión social, y a esas reglas y prácticas de deliberación, funcionamiento y organización derivadas, en definitiva, de la libertad y la responsabilidad de todos los gobernantes y ciudadanos^{11, 12}”.

En estos términos, el legado del Estado democrático lo integran un haz de principios, que se concretan en valores de diversa índole: i) los puramente procedimentales, propios de la formación de las decisiones al interior de esta forma de gobierno, ii) la definición de la forma de realizar la selección de los representantes del pueblo, que ejercerán el poder público, y iii) los valores de contenido, que aluden a los principios que defiende la democracia –como los derechos individuales que le son propios-, entre otros aspectos de esta forma de gobierno.

Claro está que son muchas personas, órganos e instituciones las que tienen a cargo la responsabilidad de realizar y desarrollar estos principios, de la misma manera que muchos también ejercen su defensa.

10 Op. cit., pág. 55.

11 Op. cit., pág. 82.

12 Fabián G. Marín Cortés. Público y Privado. Estudio Sobre las transformaciones del Derecho del Estado y de la Empresa. Ed. Temis. Bogotá. 2008. Págs 45 a 52.

Entre los primeros se cuenta el Congreso y la Administración Pública, que materializan, permanentemente, estos valores. Las formas más usuales como lo hacen son: mediante de la deliberación política, que se realiza al interior del Congreso, donde las fuerzas sociales del país se reúnen para elaborar las leyes -una de las instituciones más emblemáticas del trabajo democrático-. Del mismo modo, a través del control político que realizan los congresistas sobre las distintas ramas y órganos del poder público, cuyos efectos actúan a manera de revisión interna de la forma como funciona la democracia.

Del lado de la administración, la materialización se advierte en las políticas públicas que dicta, pero especialmente en la atención efectiva a las necesidades de los ciudadanos, sobre todo con los servicios públicos de interés general que tiene a cargo.

Por su parte, a las instituciones que conforman el poder judicial además se les encomendó parte de la tarea de defensa y protección, y también de desarrollo, de los principios democráticos. De ellos nos ocuparemos ampliamente a continuación.

III. El poder judicial ante el principio democrático

Identificado el contenido más aceptado que representa el principio democrático -que la Constitución Política de 1991 incorporó al Preámbulo y al artículo 1-, a continuación se comentará el papel que cumplen los distintos órganos que conforman el poder judicial, en relación con su desarrollo y defensa.

A) En *primer lugar*, este concepto, en manos de la Corte Constitucional, se ha llenado de contenido jurídico-político, al estilo doctrinario-académico más puro, vertido en sentencias de tutela y de constitucionalidad que han configurado, lentamente, las aristas jurídicas más importantes que a esta Alta Corte le corresponde tutelar. El resultado de su labor se refleja en los siguientes aspectos:

i) De un lado, en la construcción de un sistema de derechos fundamentales muy sólido, que se caracteriza por la defensa de una multiplicidad imbricada de ámbitos y facetas, como son: a) la enumeración e identificación misma de los derechos fundamentales, que supuso un enfrentamiento con otras ramas del poder público -inclusive con parte de la sociedad civil-, que se resistían a una visión expansionista de los derechos; de manera que la lucha contra el reduccionismo no solo fue incesante, sino intensa y desesperada; b) la construcción de un espacio para la acción de tutela, que facilitó la transición desde la afirmación formal de los derechos fundamentales -porque también estaban enunciados en la constitución derogada-, a su realización práctica, mediante la instrucción del juez de tutela, caso a caso, ordenando a las autoridades públicas realizar ciertos

actos protectores o impidiendo que ejecute los que amenazan los derechos; y c) la creación de una pedagogía de los derechos humanos, que permeó a todas las clases sociales, contribuyendo a que se apropien del lenguaje de los derechos, sin distinción entre las personas cultas y las carentes de formación académica.

ii) De otro lado, a la Corte Constitucional también se debe el incremento en la protección del principio democrático de las mayorías, al interior del Congreso, pues el control de exequibilidad que realiza desde 1991 es especialmente celoso y cuidadoso de la validez formal de la ley. En este sentido, aumentó, en cantidad y calidad, la inspección de los aspectos formales –ni qué decir de los materiales- de la ley, adentrándose en asuntos como: la verificación de la iniciativa legislativa, de las ponencias para cada debate, la composición de las mayorías de cada sesión y los demás aspectos del aseguramiento propio de las mayorías al interior del órgano legislativo.

Esta tarea se ejerce de diversas maneras, muy acentuada en el constitucionalismo colombiano moderno. Se trata de la diferenciación que la Corte ha desarrollado, a propósito de la distinción constitucional entre los tipos de leyes que introdujo la Carta Política de 1991 –ordinarias, estatutarias, orgánicas, marco, etc.- para asegurar que las mayorías especiales u ordinarias, así como los temas que pueden tratar, se respete en los términos que el Constituyente delineó. De esta manera, la complejidad intrínseca en esa tipología se ha trasladado a un cuidadoso examen de las formas debidas que pueden adoptar, para evitar que ciertos temas se incorporen en leyes que no pueden tratarlos, vulnerando las mayorías calificadas o simples, o la iniciativa legislativa, necesarias para tratar el tema.

B) En *segundo lugar*, la Corte Suprema de justicia también ha contribuido eficazmente al desarrollo del principio democrático, aunque desde un ámbito menos general que el anterior, lo que perfectamente tiene explicación en el hecho de que, prácticamente, sus decisiones tienen efectos *inter partes*, no *erga omnes*.

Y aunque todas las Salas que la integran contribuyen a ello –Civil, Laboral, Penal-, toda vez que la sola resolución de los conflictos entre particulares es una realización -por sí misma- del principio democrático, porque esta labor contribuye a la vida pacífica, ya que rechaza las medidas de fuerza ejercida entre quienes litigan, para permitir que el Estado sea quien defina las controversias, en todo caso quiero destacar la actitud especialmente desarrollada, en los últimos años, por la Sala Penal –aunque también se debe incluir en este comentario a la Fiscalía-.

El papel de esta Sala, en favor del principio democrático, la ha conducido a ejercer el más fuerte control penal de que se haya conocido en muchos años, porque la relación entre el narcotráfico, la política y otras formas de corrupción ha puesto en jaque la legitimidad del Congreso de la República, lugar donde se asienta uno de los pilares de la democracia de cualquier Estado.

A la fecha existen algunas condenas contra varios congresistas, gobernadores y alcaldes –aunque hay más procesos en trámite que decisiones definitivas–, que dan cuenta de que la corrupción se tomó el lugar sagrado de la democracia, y que la corrección de su conducta sólo es posible con el funcionamiento perfecto, ejemplar y certero del poder judicial, el único que tiene la capacidad jurídica, la altura institucional y la solvencia moral necesaria, para depurar la conducta de estos servidores públicos de elección popular.

El resultado de este trabajo, además del sancionatorio propiamente dicho, ha enriquecido la cultura política, excluido para siempre a muchos congresistas del ámbito público y puso al descubierto una cantidad de conductas y fenómenos electorales que, en ocasiones, ya posaban de comportamientos lícitos y permitidos por la sociedad colombiana.

De esta manera, el enjuiciamiento de la clase política más representativa del país –que equivale a juzgar los comportamientos políticos de las distintas regiones del mismo–, supone un pulso entre el principio democrático y los políticos, y que ha reconducido a esta clase social hacia los valores constitucionales y culturales propios de un país que tiene una dignidad basada en valores sociales e individuales fuertes.

c) En *tercer lugar*, el Consejo de Estado –y en general la jurisdicción de lo contencioso administrativo– también ejerce una influencia fuerte en la consolidación del principio democrático. Varias actitudes lo demuestran:

Resulta obvio reconocer que la labor de control que ejerce sobre las *elecciones de congresistas, alcaldes, concejales, gobernadores y diputados* es una de forma clara como ha contribuido a esta labor, porque la protección de la participación en las elecciones, corrigiendo o ratificando una elección determinada, es una manifestación de la defensa de los electores, y de la voluntad popular expresada en las urnas. Esta función conduce, muchas veces, a expulsar de su curul o puesto público al elegido ilegítimamente, otras veces a declarar que determinado candidato era realmente quien debió ocupar el puesto, y en general se revisa el proceso electoral propiamente dicho, para hacer prevalecer la voluntad general sobre la trampa y la corrupción.

Pero en esta labor no se agota la contribución de esta jurisdicción a la democracia. El *control de legalidad* sobre los actos administrativos, especialmente los reglamentos, es uno de los aportes más significativos. Esta función recoge la defensa más pura del principio de legalidad, es decir, del sometimiento del poder público a las normas, lo que caracteriza a las mejores democracias, porque se sabe que el ejercicio del poder necesita de un buen sistema normativo que lo dirija, canalice y controle.

En el principio de legalidad se encubre una de las más poderosas herramientas protectoras de la democracia, de manera que la revisión constante, ininterrumpida y plena de cada decisión proferida por los distintos órganos públicos garantiza la racionalidad del ejercicio del poder, y sobre todo, asegura que cada una de ellas respeta el contenido de las normas superiores, que a su vez, son las que expresan con mayor intensidad la escala de valores democráticos de la sociedad política.

De esta forma, cuando el juez contencioso declara la validez o nulidad de un acto administrativo, es el principio democrático el que actúa, porque la ratificación judicial de una decisión administrativa, o su exclusión del ordenamiento, confirman todo el tiempo la conservación y perpetuación de un ordenamiento que está por encima de los actos controlados, gravitando a su alrededor, ejerciendo una influencia temática, axiológica y principal, que cumple una labor ordenadora del sistema. Y es esta jurisdicción la llamada a leer y entender la escala de valores inspirados por la Constitución, y luego por la ley, para verificar -a continuación- que se desarrollen perfectamente, o por lo menos que se conserven en cada actuación administrativa.

Este proceso, que se repite incesantemente todos los días, asegura que entre muchos otros principios, el democrático no se falsee, ni se tergiverse de otro modo, porque el guardián del principio de legalidad también lo es de aquel otro principio, con todos los elementos procedimentales y de contenido que inspira.

d) En *cuarto lugar*, ha sido tan fuerte la injerencia del poder judicial sobre las distintas manifestaciones de la democracia, que muchos levantan la voz para calificarla de antidemocrática, porque con su autoridad modifica, interpreta o excluye, con frecuencia, normas expedidas por órganos públicos dotados de una legitimidad democrática más directa -se trata de aquellos elegidos por votación popular, como los concejos, las asambleas y el congreso, entre otros-¹³. En

13 En Público y Privado. Estudio sobre las transformaciones del Derecho, del Estado y de la Empresa, se plantea el tema en los siguientes términos: “En las modernas democracias —las que han adoptado modelos constitucionales como el nuestro—, los jueces han adquirido importancia y protagonismo inusitados, tanto que este hecho ha llevado a que, en ocasiones, se tilde a dichos regímenes —incluso Colombia ha recibido el calificativo— como el “gobierno de los jueces” o del “activismo judicial”. Con estas expresiones se quiere indicar que existe un fuerte decisionismo de parte suya, en la medida en que estos funcionarios vienen ordenando, a organismos públicos y privados, la ejecución de acciones concretas, so pretexto de administrar justicia, con lo cual —dicen los críticos— los jueces están reemplazando y asumiendo las funciones de las demás ramas del poder público. Así, por ejemplo, con frecuencia ordenan hacer intervenciones quirúrgicas a los enfermos, adjudican contratos, obligan a ejecutar determinadas obras públicas, a prestar servicios públicos a ciertos usuarios, prohíben cobrar impuestos, toman medidas de carácter macro y microeconómico, etc., bajo el criterio de que las normas superiores —fundamentalmente la Constitución— imponen esos comportamientos.

palabras de JÜRGEN HABERMAS “[...] La colisión entre las funciones del Tribunal Constitucional y lo que se diría habrían de ser funciones del legislador legitimado democráticamente solo se agudiza en el ámbito del control abstracto de normas. Aquí queda sometida a la comprobación y revisión judicial la cuestión de si una ley aprobada por el Parlamento es conforme a la Constitución y por lo menos no contradice un desarrollo consecuente del sistema de los derechos.”¹⁴

La misma idea la expresa FERRERES COMELLA de la siguiente manera: “Conviene, pues, ser consciente de que la combinación de estas tres circunstancias (menor legitimidad democrática de origen del juez constitucional, rigidez de la Constitución y controvertibilidad interpretativa del texto constitucional) forman el telón de fondo sobre el que se proyecta el debate contemporáneo acerca de cómo debe actuar el juez constitucional en el proceso a la ley. El principio de la «corrección funcional» pretende expresar de manera sintética la exigencia de respetar la democracia cuando la actuación del juez se produce en un escenario caracterizado por esas tres circunstancias”. (Op. cit., pág. 45).

Esta crítica es relativamente moderna, y proviene de sectores que otrora eran más pacíficos y pacientes frente al poder judicial: los mercados de capitales, los organismos financieros en general, los empresarios de diversos productos, el mismo Gobierno, entre otros actores sociales, que cuestionan, de forma cáustica y hasta mal intencionada, el papel del juez frente a la defensa del ordenamiento jurídico, incluida toda la axiología que incorpora.

“Esta preocupación no es solo de Colombia. En realidad, JOHN HART ELY dice, a este respecto, que se trata de una realidad que no se puede negar, y que la posición que frente al poder judicial presentaba HAMILTON, en *El federalista*, es bastante distante de lo que hoy conocemos, pues allí afirmó que el poder judicial es el más inofensivo y menos peligroso de los poderes públicos, porque “[...] no tiene la influencia ni sobre la espada ni sobre la bolsa; no dirige ni la fuerza ni la riqueza de la sociedad y no puede adoptar ninguna resolución activa de cualquier índole”⁵³, cuando, en realidad, la influencia y poder de las cortes ha aumentado con el tiempo y alcanza lo que para HAMILTON era impensable.

“Este hecho ha llevado a pensar que cuando los jueces profieren juicios de constitucionalidad y prohíben determinados contenidos en las leyes o, al contrario, extienden su campo de aplicación a quienes, en principio, no eran destinatarios de estas —para asegurar, por ejemplo, el derecho a la igualdad—, entonces afirman los críticos de este sistema que se viola el principio democrático normativo, pues los jueces, que no han sido elegidos popularmente, es decir, no representan el pueblo en términos electorales, no pueden reemplazar la voluntad general y, por tanto, no deben actuar o fungir como legisladores, pues carecen de legitimidad democrática de origen. Algunos juristas califican este fenómeno, denominando a la Corte Constitucional el legislador negativo.” (ob. Cit. Pág. Págs. 75 a 76)

14 Facticidad y validez, op. cit., págs. 313 a 314.

Por ello, JOHN HART ELY responde a quienes cuestionan el control constitucional norteamericano, porque lo consideran antidemocrático, así: “durante toda su historia, se le ha dicho a la Corte que se ocupe de sus propios asuntos o será destruida; sin embargo, de alguna manera, «la posibilidad de mutilación judicial mediante una reacción popular contra el control constitucional por parte de las cortes no se ha materializado en más de siglo y medio de experiencia norteamericana»”. (Democracia y desconfianza. Pág. 68).

Esta actitud que se critica, disminuye la función judicial, porque sobrepone otros valores a los de la justicia y la legalidad pura y simple, exigiendo al juez que consulte intereses que incluso están por fuera del sistema jurídico –pero no por eso opuestos a ellos-. Esta actitud parte, casi siempre, de una sospecha por la capacidad intelectual y profesional del juez para comprender los imbricados asuntos que decide, y exige una transformación de la manera como ejerce el control.

La incidencia sobre el principio democrático, de una actitud como esta, pone en tensión los valores económico-jurídico-políticos, y también en entre dicho la capacidad real de decir el derecho y de impartir justicia desde la exclusiva órbita jurídica, y reclama, con cierta urgencia, el reconocimiento de una administración de justicia de tipo económico, político y social, desde un referente material no normativa, sino de estos mismos tres tipos. En este orden de ideas, queda en duda la capacidad ordenadora del derecho puro, y la posibilidad material de interpretar el principio democrático desde su exclusivo sistema de entendimiento.

En mi criterio, esta actitud se debe rechazar, con la misma intensidad con que la formulan los sujetos que la representan, porque definitivamente el derecho –con su sistema normativo, de principios y valores- tiene la capacidad suficiente para penetrar los contenidos técnicos y no técnicos, además de los jurídicos puros, que le permitan hallar la justicia del caso.

En palabras de Jurgen HABERMAS “[...] si los principios sientan un valor que deba ser realizado en forma óptima, y si el grado de cumplimiento de este mandato es optimización no puede obtenerse de la norma misma, pues la norma ni lo establece ni lo puede establecer, la aplicación de tales principios en el marco de lo fácticamente posible hace menester una ponderación orientada a fines”. (Op. cit., pág. 327).

En estos términos, es inadmisibles la desconfianza de la competencia profesional y por la legitimidad del poder judicial para asumir, en actitud de control, cualquier asunto que amenace el sistema de derechos, pues su legitimidad procede del ejercicio de la función, que produce, a su vez más legitimidad, porque cuando un órgano público cumple correctamente la función asignada, se incrementa exponencialmente la denominada *legitimidad de ejercicio*, que surge con ocasión del trabajo mismo, en la misma medida en que actúa constantemente.

APUNTES SOBRE LA AUTONOMÍA DE LA FUNCIÓN ELECTORAL EN COLOMBIA

Por: Alberto Yepes Barreiro

Magistrado de la Sección Quinta del Consejo de Estado

Sumario: *Introducción 1. Delimitación de los conceptos: Derecho electoral y función electoral 2. Funciones del Estado. 2.1. Función administrativa. 2.2. Función legislativa. 2.3. Función judicial. 3. Dogmática Jurídica y la función electoral. 3.1. Función electoral como manifestación de la función administrativa. 3.2. Autonomía de la función electoral y su ejercicio por ciudadanos. 3.3. Autonomía de la función electoral y su ejercicio por el órgano electoral. 4. La función administrativa y la función electoral; diferencias y similitudes. 4.1. Diferencias y similitudes en cuanto al objeto 4.2. Diferencias y similitudes en cuanto a los procedimientos de formación 4.3. Diferencias y similitudes en cuanto a los sujetos 4.4. Diferencias y similitudes en cuanto a la finalidad 5. Autonomía de la función pública electoral. 6. Conclusión*

Introducción

El planteamiento del presente artículo, aunque si se quiere, aparentemente Exótico, no es novedoso. Desde mediados del siglo XX tratadistas como Rafael Santos Jiménez (“Tratado de Derecho Electoral” 1946)¹ plantearon lo que hemos dado en llamar la autonomía de un sistema, una función, una estructura y un acto de características propias, inmerso en la denominación genérica de “el asunto electoral”; asunto que en nuestro criterio tiene el carácter de un orden jurídico diferenciado por sus propias reglas y principios.

1 Citado por HOHLEN DIETER y SABSAY DANIEL en la obra “Tratado de derecho electoral comparado en América Latina. Editorial Fondo de Cultura Económica. México 2007

A partir de ese momento histórico y tal vez desde los planteamientos de uno de los mayores exponentes de la escuela vienesa, Adolf Merkl, quien evidenció la existencia de un órgano que cumple la función de delegar, denominado “cuerpo de ciudadanos”,² comienza tímidamente a reconocerse la importancia de la discusión alrededor del dicho tema, juristas como el mejicano Flavio Galván Rivera, por ejemplo, señalaba con optimismo como poco a poco las tesis sobre la autonomía de lo electoral iba adquiriendo importancia.

“El derecho electoral es autónomo, porque existe legislación especializada – criterio legislativo - ; porque se han instituido tribunales electorales especializados - criterio jurisdiccional -; porque, aun que escasa todavía, existe literatura jurídica especializada en la materia –criterio científico-, y porque en las instituciones educativas donde se imparte la profesión jurídica, existen asignaturas especializadas sobre el tema. Finalmente, porque el derecho electoral ha estructurado su propio lenguaje científico; el significado de las voces usadas no puede buscarse con éxito en los diccionarios de consulta ordinaria sino únicamente en los especializados.”³

Otros criterios adicionales del derecho electoral, que hacen que este propugne por su autonomía son el axiológico y teleológico, dados los valores propios que defiende y la finalidad especialísima que lo caracteriza.

Es por ello que hoy, habiéndose reconocido que el esencial soporte de la actual democracia participativa se halla en la correcta consecución del acto electoral como manifestación de la voluntad popular, resulta pertinente plantearse como problema político – jurídico, si es dable, más allá del reconocimiento de una dogmática propia, elevar la función electoral al rango de función pública autónoma e independiente de las demás que de antaño han sido reconocidas por la teoría constitucional; las funciones administrativa, legislativa y judicial, expuesta en su momento por Montesquieu como poderes divididos, después de un análisis crítico – experimental de las estructuras de los

2 MERKL Adolf. Teoría General del Derecho Administrativo. Editorial Comares. Granda, 2004 P. 427 : “En otras palabras, se trata de que los que delegan todas las competencias en el Estado democrático, el cuerpo de ciudadanos, o, mejor, la mayoría, puedan ejercer su acción para que la competencia delegada se ejercite en el sentido de esa mayoría. Un medio para esto es la subordinación rigurosa de todos los órganos delegados, enlazados entre sí por un proceso sucesivo de delegación, bajo el órgano que delega, en último término el pueblo.”

3 Ibidem Pg31

estados europeos, y que se justificaban y aún hoy se explican, en tanto que ejercen recíproca contención, equilibrando el ejercicio del poder.

En este devenir conceptual, resulta de vital importancia determinar la naturaleza de dicha función y la correlación que ésta tiene con el órgano cuya existencia se elevó a rango constitucional en la Carta Política de 1991: el Consejo Nacional Electoral. Todo ello bajo uno de los criterios inspiradores de la estructura del Estado Colombiano, a la luz del cual se estudiará el concepto de autonomía, y según el cual cada función básica cuenta con sus propios órganos e instrumentos jurídicos.

1. Delimitación de Los Conceptos: Derecho Electoral y Función Electoral.

Los derechos políticos, dentro de los cuales se encuentra comprendido el del voto, han sido elevados a la categoría especial de derechos humanos, es así como en el artículo 21 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos se aprecia su consagración.⁴

No obstante, el derecho al voto como el de ser elegido, pueden ser solo un aspecto del derecho electoral, pues en su concepto amplio, refiere a la regulación del sistema y su función de una parte, y de otra, a los organismos a cargo del proceso.

Con las reservas y bajo el entendido de la insuficiencia de toda definición, partiremos pues en este ensayo de la más general y aceptada definición de derecho electoral elaborada por Dieter Nohlen.⁵

“derecho electoral: en términos descriptivos, constituye el conjunto de normas reguladoras de la titularidad y ejercicio del derecho de sufragio, activo y pasivo, de la organización de la elección, del sistema electoral, de las instituciones y organismos que tienen a su cargo

4 Declaración Universal de Derechos Humanos. Artículo 21: 1) Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos; 2) Toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país; 3) La voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público; esta voluntad se expresará mediante elecciones auténticas que habrán de celebrarse periódicamente, por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto.”

5 NOHLEN Dieter, ZOVATTO Daniel, OROZCO Jesus, THOMPSON José. Tratado de derecho electoral comparado de América Latina. Editorial Fondo de Cultura Económica. Mexico, 2007

el desarrollo del proceso electoral y del control de la regularidad de ese proceso y la veracidad de sus resultados. Desde el punto de vista del derecho subjetivo, el objeto del derecho electoral consiste, por lo tanto, en establecer las condiciones jurídicas del derecho de participación política de los ciudadanos, así en su vertiente activa como pasiva, lo mismo en sus vertientes estática (titularidad y ejercicio) y dinámica (fines y resultados.) Desde la perspectiva del principio jurídico, podría decirse que el derecho electoral no tiene otro objeto que el de establecer las reglas estructurales básicas de la democracia.”⁶

Sabido es que la autonomía de un régimen legal que contemple todos los objetos, principios y métodos, dan un indicio claro de la particularidad que tiene una materia. A pesar de ello puede suceder en materia electoral, que no necesariamente el “derecho electoral” suponga la existencia de una función electoral autónoma, pues ciertamente como se planteará más adelante, ello solo se justificaría como entidad propia dada la naturaleza e importancia que tiene este aspecto para la existencia misma de un Estado de Derecho y el principio fundante de la denominada democracia participativa que lo nutre.

En este orden, la relación entre derecho electoral y función electoral no es otra que la de un instrumento que sirve a un conjunto de actividades con especificidad única, que por su importancia fundamental para el Estado mismo y sus rasgos característicos propios, debe ser elevada a rango de función dentro del poder público.

2. *Funciones del Estado*

Bien conocido es que tiempo atrás, la teoría constitucional acogió la doctrina tripartita de poderes ampliamente sistematizada y expuesta por Montesquieu⁷, según la cual el poder público se dividía en tantas partes como funciones tenía el Estado, en razón de ello, reconociéndose que el giro de la actividad estatal consistía en promulgar el derecho, ejecutarlo y aplicarlo a los casos concretos, surgió el poder legislativo, el ejecutivo y el judicial.

En Colombia, la tradicional teoría de la división tripartita del poder público dio paso a la teoría organicista, según la cual el poder es uno solo y se ejerce a través de órganos, este cambio de concepción se dio con el Acto Legislativo No 1 de 1945, que si bien supuso un cambio conceptual de la estructura del Estado, en la práctica no tuvo mayor significación.

6 Ibidem. 1297.

7 MONTESQUIEU Carlos de Secondat Baon de. Del espíritu de las leyes. Editorial Tecnos, Madrid 1998.

Habiéndose superado las teorías de la división del poder público y la organista, no solo se acepta que una misma función pueda ser cumplida por una pluralidad de órganos, que una rama adelante funciones que en principio corresponden a otra (sistema flexible de distribución), sino además que existen funciones que no encajan en las tradicionales de legislar, administrar e impartir justicia.

En el Informe - Ponencia titulado “Estructura del Estado”, publicado en la Gaceta Constitucional No 59 del 25 de abril de 1991 y que dio lugar a la consagración del artículo 113 de la Constitución Política se señaló:

“El Estado, en la práctica y no en sus textos, en cuanto se refiere a su organización y funciones, ha rebasado las doctrinas tradicionales y ha evolucionado tanto que la actual distribución del poder público en tres ramas en verdad ya no corresponde ni en la teoría ni en la práctica a la estructura real del Estado moderno. ”

Y esa afirmación es cierta, porque como se verá hay órganos que no encuadran en ninguna de las tres ramas del poder público, porque sus funciones ni son legislativas, ni administrativas, ni judiciales. Sus instituciones ejercen primordialmente unas funciones propias, específicas y distintas y, por lo mismo, no encajan dentro de la simplista y elemental teoría tripartita por lo que, a nuestro juicio, hay necesidad de hacer una enumeración adicional. ”

Esas funciones, que no encuadran dentro de las tradicionales e identificadas por el Constituyente, diferentes a la electoral, son la de control, fiscalización y de banca central, respecto de las cuales es preciso señalar que aunque son ejercidas por órganos técnicos con autonomía administrativa, presupuestal y jurídica, la naturaleza de su función es administrativa; igual predicamento podría hacerse de otros órganos autónomos verbigracia las corporaciones autónomas regionales y de desarrollo sostenible, la Comisión Nacional de Televisión o las universidades públicas.

En sentencia de la Corte Constitucional C – 832 de 2002, frente al alcance de la autonomía de los mencionados órganos, se señaló:

“La Corte ha destacado que la autonomía que la Constitución Política otorga a determinados organismos, significa básicamente; i) no pertenencia a alguna de las ramas del Poder; ii) posibilidad de actuación por fuera de las ramas del Poder y por ende actuación funcionalmente independiente de ellas; iii) titularidad de una potestad de normación para la ordenación de su propio funcionamiento y el cumplimiento de la misión constitucional encomendada. En consecuencia la autonomía constitucionalmente otorgada marca un límite

*a la acción de los órganos de las Ramas del Poder, sobre los órganos definidos constitucionalmente como autónomos.*⁸

Aun cuando estos órganos se encuentran por fuera de la rama ejecutiva del poder público, se ha señalado por parte de la Corte, que no pueden desconocer los principios de orden constitucional que rigen la función administrativa.⁹

Por ejemplo, la autonomía de los órganos de control y de fiscalización es una exigencia a fin de que se ejerza libremente las atribuciones propias de su función, sin ningún tipo de injerencia que ponga en tela de juicio su imparcialidad. En este escenario, la autonomía se justifica en la necesidad de garantizar la independencia de la gestión, más no en el hecho de que las características de la función sean tan particulares que no puedan ser tipificadas dentro de las ya existentes.

No sucede igual respecto de la función electoral cuyo carácter autónomo ha suscitado controversia doctrinaria y ha sido en no pocas ocasiones encasillada forzosamente y más por tradición, en alguna de las funciones tripartitas, en particular la administrativa. Ello, a pesar que cuenta con órganos independientes que garantizan la libertad y transparencia de las elecciones, y que es caracterizada por elementos muy particulares como lo es el acto electoral, que como plantearé más adelante, no comparte las características ni finalidades esenciales del acto administrativo y lo que es más, deviene y garantiza en últimas, a través del “asunto electoral”, la democracia participativa misma y no una actividad administrativa más del Estado.

En virtud de lo anterior se hace pertinente realizar una breve reseña, conceptualizada en nuestro tiempo, de las funciones administrativa, legislativa y judicial, para luego determinar el alcance de la autonomía de la función electoral.

2.1 Función administrativa

La función administrativa adelantada por la denominada “administración pública” de la rama ejecutiva, es la actividad reglada, de carácter decisorio y ejecutivo, caracterizada por producir efectos jurídicos frente a los administrados.

“La función administrativa es la actividad por la cual el Estado anima y dirige los mecanismos de su organización y acción. Actividad concreta y práctica desplegada por el Estado, generalmente a través del poder ejecutivo, para el inmediato cumplimiento de sus objetivos.”¹⁰

8 Corte Constitucional. Sentencia C – 832 de 2002 M.P. Alvaro Tafur Galvis

9 Corte Constitucional. Sentencia C – 996 DE 2001

10 DROMI José Roberto. Derecho Administrativo. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1992 P.62

La característica esencial de la función administrativa es que ésta se encamina a materializar los fines del Estado, los cuales comprenden una variada gama acciones tendientes a garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes constitucionales, asegurar la convivencia pacífica, la vigencia de un orden justo y la prestación de los servicios públicos, todo bajo el marco del interés general.

La función administrativa se lleva a cabo mediante la definición de situaciones jurídicas que se consolidan mediante la manifestación de la voluntad de la administración pública, plasmada principalmente en actos y contratos administrativos.

Es preciso señalar que autores como Kelsen no reconocen diferencias conceptuales entre la función administrativa y la función judicial, en tanto que ambas suponen la producción de normas de carácter singular dentro de los márgenes de normas generales, no obstante reconocen su singularidad en el hecho de tener carácter residual, al ser aquella la actividad del Estado que no es legislativa ni judicial y que en todo caso es llevada a cabo por funcionarios jerárquicamente organizados.

2.2 *Función legislativa*

Al Estado como única fuente de derecho, se le asignó en su estructura las cámaras legislativas, cuya tarea es expedir la ley, en tanto que son depositarias de la voluntad general.

Tradicionalmente se ha considerado por la teoría constitucional, que en la democracia representativa la función legislativa resulta ser la manifestación de la voluntad popular encaminada a la creación del derecho y supone la atribución tanto de expedir las leyes como de modificarlas, adicionarlas o derogarlas, bajo consideraciones racionales que maximizan su eficacia.

Nuevas posiciones doctrinales, como la de Gustavo Zagrebelsky replantean la naturaleza de la función legislativa, sosteniendo que la ley es producto de la pugna de intereses particulares, a la cual se llega sirviéndose de negociaciones que generan “*coaliciones legislativas de intereses*”¹¹ ello, en virtud de ser el Congreso el órgano donde se representan las heterogéneas fuerzas de la sociedad.

“El acto de creación de derecho legislativo es la conclusión de un proceso político en el que participan numerosos sujetos sociales particulares (grupo de presión, sindicatos, partidos). El resultado de este proceso plural está, por su naturaleza marcado por el rasgo de la ocasionalidad. Cada uno de los autores sociales, cuando cree haber

11 ZAGREBELSKY Gustavo, El derecho dúctil. Editorial Trotta. Madrid, 2009. P39

alcanzado fuerza suficiente para orientar en su propio favor los términos del acuerdo, busca la aprobación de nuevas leyes que sancionen la nueva relación de fuerzas. Y esta ocasionalidad es la perfecta contradicción de la generalidad y abstracción de las leyes, ligadas a una cierta visión racional del derecho impermeable al puro juego de las relaciones de fuerzas.”¹²

La función legislativa es la más fácilmente delimitada, pues su concepto no crea ningún tipo de ambivalencia que dificulte delimitar sus fronteras.

2.3 Función judicial

La Corte Constitucional ha delimitado el concepto de función judicial enunciando su margen de acción, en el siguiente sentido:

“En su labor de decir el derecho, a la función judicial le corresponde, a través de sus ejecutores –jueces y magistrados–, (i) resolver los conflictos jurídicos que se presenten entre particulares sin importar su naturaleza; (ii) finiquitar las diferencias que puedan suscitarse entre los particulares y el Estado; (iii) sancionar y castigar las transgresiones a la ley penal y, en fin, (iv) defender el principio de legalidad mediante el cual se controla y delimita la actuación del poder constituido. Para efectos de atender en debida forma tales compromisos y así lograr el valor superior de una recta administración de justicia, esta última “debe descansar siempre sobre dos principios básicos que, a su vez, se tornan esenciales: la independencia y la imparcialidad de los jueces” quienes, por expreso mandato Superior, son autónomos en sus decisiones y solamente se encuentran sometidos al imperio de la ley.”

Más allá de las clásicas discusiones sobre el alcance de la función judicial, como por ejemplo aquella según la cual la labor de los jueces es discrecional o no y en qué grado, cuyos exponentes más importantes son Kelsen (1935) y Dworkin (1986), o la que coloca a esta función en un peldaño superior a las otras ramas en razón de ser guardiana de la Constitución y que ha sido acogida en los últimos años, en especial después de la sentencia Marshall en el caso Marbury vs Madison; para efectos de este análisis crítico me limitare a sostener que dicha labor, denominada función judicial consiste en ejecutar la ley, aplicándola a casos concretos.

Lo anterior bajo el entendido de que para el juez, el caso es un acontecimiento problemático que ha de ser resuelto mediante reglas jurídicas, que se aplican en razón de la dirección y resultados que se buscan.

12 Ibidem P 37.

*“El caso no puede comprenderse jurídicamente si no es por referencia a la norma y ésta por referencia a aquél, pues no es solo el caso el que debe orientarse por la norma, sino también la norma la que debe orientarse al caso.”*¹³

Como se indicó anteriormente, la concepción original de Montesquieu se preserva en lo sustancial frente la definición del objeto de cada una de las funciones públicas llevadas a cabo por cada una de las ramas tradicionales; la legislativa que dicta, modifica o deroga la ley, la administrativa que bajo el principio de legalidad ejerce facultades de variada naturaleza para la consecución de los fines del Estado y la judicial, la cual, también en aplicación de la ley resuelve conflictos de índole particular en virtud del derecho de acción de los administrados y de la administración misma.

Es de anotar que las ramas del poder público, en aplicación del principio de colaboración armónica consagrado en el artículo 113 de la Constitución Política, dejaron de aplicar de manera exclusiva sus funciones originales y en casos excepcionales ejercen las funciones de otra, por ejemplo cuando la rama ejecutiva expide decretos con fuerza de ley en los casos contemplados en los artículos 212, 213, 215 de la Carta Política.

3. Dogmática Jurídica y La Función Electoral

3.1 Función electoral como manifestación de la función administrativa.

Como se señaló anteriormente es amplio el sector de la doctrina que delimitando las funciones legislativa y la judicial, fijan los dominios de la función administrativa, toda vez que bajo dichas teorías, esta última tiene carácter residual, es decir, es aquella diferente a la función legislativa y judicial.

Toda función del Estado que no pueda ser considerada como legislativa o judicial entra a ser catalogada como función administrativa, dado que la naturaleza residual o complementaria de la misma excluiría necesariamente la creación de una cuarta o quinta función y rama del poder público.

“Así, queda justificado jurídico – positivamente, para un tipo muy extendido de ordenamientos jurídicos, el destacar del complejo de las funciones jurídicas la legislativa. Luego de sustraída la legislación

13 ZAGREBELSKY Gustavo. El derecho dúctil. Editorial Trotta. Madrid 2009 P. 132

formal, se destaca un segundo complejo de funciones, que se distinguen por que se hallan afectas a órganos constitucionalmente independientes. De este modo se justifica jurídico - positivamente el lugar sistemático especial de la justicia. En este momento del proceso de la división sistemática de las funciones jurídicas, una postura crítica pertinente contra el dogma de la división de poderes nos aconsejaría el no dar por terminado ese proceso, como se acostumbra, haciendo que el resto de la sustracción de las actividades legislativas y judicial se convierta en un tercer complejo funcional indiferenciable, quedando de este modo satisfechas las exigencias de la teoría tradicional. Nada nos autoriza a considerar como imposible que el derecho positivo pueda haber establecido diferencias fundamentales entre funciones correspondientes a ese complejo funcional residual, que, dentro de la totalidad de las funciones jurídicas, representen cortes más hondos de lo que significa la participación en la legislación formal o la relativa independencia que compete a ciertas funciones sublegales."¹⁴

En este sentido, la electoral no puede ser concebida como una función independiente y autónoma sino que se encuentra subsumida en la función administrativa, a la cual pertenecen todo tipo de funciones que no son legislativas ni judiciales.

Esta posición fue adoptada por el Consejo de Estado en sentencia del 18 de febrero de 1995 en la que frente a las funciones del Consejo Nacional Electoral, señaló:

“Si bien es cierto que el artículo 192 del C.E. le atribuye la competencia para apreciar “cuestiones de hecho y de derecho” y decir mediante resoluciones motivadas las reclamaciones escritas que le formulen durante el escrutinio los candidatos inscritos, sus apoderados y los testigos electorales, la misma constituye una actuación administrativa que está sometida a dos limitaciones a saber: por una parte, las aludidas reclamaciones deben circunscribirse a las causales taxativas contenidas en 12 numerales de la misma norma y por otra, para resolver, solo puede fundarse en los documentos electorales.”¹⁵
(Subrayado fuera del texto)

Asímismo el carácter administrativo de las actuaciones electorales en Colombia, ha sido fundamentado en otra razón no tanto conceptual como sistemática del ordenamiento jurídico.

14 MERKL, Adolfo. Teoría General del Derecho Administrativo. Granada, Editorial Comares, 2004. P 71.

15 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia del 18 de febrero de 1995.

Las normas deben entenderse en su conjunto, como parte de un régimen jurídico determinado, con el fin de mantener su coherencia y aplicabilidad, esto es, deben ser interpretadas, atendiendo el lugar que ocupan en el contexto del que forman parte.¹⁶

El Código Contencioso Administrativo, en el capítulo iv, título XXVI, del libro cuarto titulado “*Procedimiento ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo*” consagra la acción de nulidad electoral.

Al respecto, expresa el artículo 82 del citado código sobre las atribuciones jurisdiccionales de lo contencioso administrativo:

“Artículo 82: La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias originadas en actos y hechos administrativos de las entidades públicas, y de las privadas cuando cumplan funciones públicas. Se ejercerá por el Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos de conformidad con la Constitución Política y la Ley.

(...)” (Subrayado fuera del texto)

De esta forma, y por un simple silogismo, del tenor de las normas señaladas y bajo una interpretación sistemática, se puede entender que al haberse consagrado que la Jurisdicción Contencioso Administrativa conoce de la acción de nulidad electoral, esta función es de carácter administrativa.

Las posiciones expuestas sobre la naturaleza administrativa de las actuaciones electorales resultan, la primera, no ajustarse a la nueva visión de la teoría constitucional sobre el poder público, sus funciones y el “mantenimiento de los límites”, y la segunda no lo suficientemente profunda como para determinar, al margen de cualquier interpretación normativa, la autonomía o no de una función de reconocida y vital importancia en todas las democracias del mundo.

3.2 Autonomía de la función electoral y su ejercicio por ciudadanos

La autonomía de la función electoral es defendida, por muchos autores¹⁷, algunos de ellos, bajo la tesis de que quien ejerce dicha función es el pueblo soberano y no los órganos que comprenden el órgano correspondiente del Poder Público.

16 Mendoca Daniel. Las Claves del Derecho. Editorial Gedisa. Barcelona p169.

17 Autores entre los que se encuentra Jorge Enrique Ibáñez Najar “Las Funciones Públicas y la Estructura del Estado.”, y Georg Jellinek “Teoría General Del Estado”

“Entonces, con el ejercicio de la función electoral, se confiere legitimidad en sus orígenes a los órganos del Estado y se da la certeza y seguridad a las decisiones que estos adopten y casi que pudiéramos decir que quien la ejerce, desempeña la máxima autoridad de Estado; y su ejercicio es el cumplimiento de una atribución constitucional, generadora de una situación de derecho, pues confiere nada menos que poder público. Por eso es una función pública. En ella se asienta la legitimidad del poder, la estabilidad de las autoridades y la convivencia pacífica en la sociedad.

*Aquí estamos en presencia de una modalidad especial para el ejercicio de la función pública, pues mientras que en las demás Ramas u Organizaciones del Poder Público, los órganos que los integran o los servidores que las componen ejercen la función principal atribuida a cada uno de ellos, la función electoral no es ejercida por las autoridades electorales, sino por los electores.”*¹⁸

Para estos autores, el acto electoral es equiparable a la función electoral, mediante el cual, en la escena democrática de un Estado social de derecho, los ciudadanos eligen a quien debe ocupar un cargo público determinado, y con ello, en muchos casos, le confiere a su vez la potestad de nombrar otros cargos.

Según este planteamiento doctrinal, la función electoral es llevada a cabo por los votantes, de manera directa o indirecta a través de otros funcionarios elegidos popularmente.

Esta postura doctrinal parte de la acertada premisa según la cual la función electoral es diferente a cualquier otra en razón a que tiene como fundamento la decisión popular, en teoría, anterior a cualquier estructura estatal; no obstante, al radicar de manera exclusiva la función en cabeza de los ciudadanos que sufragan, deja de lado a la Organización electoral, que como se sustentará más adelante también funge como sujeto activo de dicha función.

3.3 Autonomía de la función electoral y su ejercicio por el órgano electoral

En contraposición a la teoría antes reseñada, según la cual la función electoral es desplegada exclusivamente por los ciudadanos al ejercer el voto, existe aquella que señala que son los órganos que conforman, es decir la organización electoral, quienes la adelantan.

18 Ibañez Najjar Jorge Enrique. Las Funciones Públicas y la Estructura del Estado. Editorial Justicia y Desarrollo Sostenible. Bogotá 2006 p. 132

Esta tesis parece haber sido acogida por la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia, en la cual ha sostenido que la función electoral corresponde al Consejo Nacional Electoral y a la Registraduría Nacional del Estado Civil, órganos que deben ceñirse al principio de colaboración armónica dispuesto en el artículo 113 de la Constitución Nacional.

“Dentro de la estructura del Estado de Derecho, que no admite la duplicidad de funciones ni la repetición de competencias y que, en cambio, propicia la mutua cooperación entre los distintos órganos, sin detrimento de sus atribuciones específicas, para que el Estado cumpla los cometidos que le son esenciales, el ámbito de las funciones electorales tiene un objeto propio, que es el relativo a los procedimientos mediante los cuales se verifica el ejercicio de los derechos políticos que asisten a los ciudadanos y se da curso a la democracia participativa (artículos 1, 40, 103 a 106, 258 a 263, 264, 265 y 266 C.P.), lo cual no impide que establezcan relación con otros órganos o dependencias estatales encargados de aspectos afines, complementarios o básicos para el desarrollo de la función propiamente electoral, o que impliquen la realización de presupuestos indispensables para su desarrollo, con el objeto de realizar en este campo el equilibrio y la colaboración armónica que demanda el imperio de los mandatos constitucionales.”¹⁹

Huelga expresar que la función electoral no se equipara al acto electoral, sino a aquellas funciones registrales y de control y vigilancia sobre las condiciones electorales; las cuales hoy, no son las únicas que le competen al Consejo Nacional Electoral, en virtud de las atribuciones a él conferidas mediante la Ley Estatutaria de Reforma Política 1475 de 2011.

Bajo esta tesis, ampliamente aceptada en nuestro país las funciones electorales consisten en la verificación de las condiciones de las contiendas electorales, más no es su ejercicio mismo, en otras palabras, al órgano le corresponde la función, y esta primordialmente al órgano.

19 Corte Constitucional. Sentencia C – 156 DE 1996 M.P. José Gregorio Hernández
En este mismo sentido Sentencia C – 089 de 1994: “La ley estatutaria sobre partidos y movimientos políticos y estatuto de la oposición, puede, igualmente, en los términos del artículo 15-c de la CP, introducir disposiciones que regulen la función electoral, de cuyo íntimamente ligada con las anotadas materias. Por otra parte, la rendición de informes de labores al Congreso se ordena a distintos órganos del Estado y le permiten a éste ejercer su función básica de control político. A este respecto basta recordar, entre otros informes, los del Presidente de la República (CP art. 189-12), el del Contralor General de la República (CP art. 268-7), el del Procurador General de la Nación (CP art. 277-8), el del Defensor del Pueblo (CP art. 282) y el del Banco de la República (CP art. 271). Ahora, por vía legal, se agregaría a la lista el informe de labores del Consejo Nacional Electoral”

En ese sentido, el precitado Informe – Ponencia titulado “Estructura del Estado” y presentado en el marco de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, señalaba que “*el órgano electoral es aquella faceta del poder público del Estado que, en ejercicio de las competencias asignadas por la Constitución, le corresponde primordialmente el ejercicio de la función electoral.*”²⁰

A pesar de la fuerza de esta postura doctrinal, evidentemente posee un alcance muy limitado al ignorar la importancia del acto electoral, sin el cual cualquier otra actividad dentro de la función electoral no tendría razón de ser.

4. La Función Administrativa y La Función Electoral; Diferencias y Similitudes.

Habiendo esbozado las diferentes teorías sobre la naturaleza jurídica de la función electoral y su titularidad, es preciso señalar las diferencias y similitudes que comparte con la función administrativa, a fin de esclarecer de manera más amplia las razones que llevan a determinar que la primera es autónoma e independiente.

4.1 Diferencias y similitudes en cuanto al objeto

La función administrativa encierra una variada gama de actividades, su objeto puede tener alcances y naturalezas disímiles, realizar una enumeración de aquellas podría dar lugar a una amplia labor que merece ser llevada a cabo de manera independiente al tema que aquí nos ocupa, no obstante, vale señalar la importancia que como objeto de la función administrativa, tiene por ejemplo, su potestad sancionadora, la prestación de servicios públicos, el desarrollo de mecanismos tendientes a lograr la efectividad de derechos, libertades y obligaciones de los administrados, las de fomento y aquellas encaminadas a ejercer potestades en virtud de las cuales puede imponer u obligar de manera vinculante, afectando el ámbito de derechos de las personas; por ejemplo, cuando establece gravámenes,

Por otro lado, la función electoral, si bien supone un amplio espectro de competencias, el objeto es uno solo: el efectivo ejercicio del derecho al voto, el cual sustenta la democracia participativa como modelo político.

Esencialmente las funciones de la organización electoral, en particular las del Consejo Nacional Electoral, tiene como objeto inspeccionar, controlar y vigilar los comicios, para lo cual cuenta con distintas facultades.

²⁰ Gaceta Constitucional No 59 del 25 de abril de 1991. Informe - Ponencia: “Estructura del Estado”.

Así, además de la función principal del Consejo Nacional Electoral relativa al control y vigilancia, éste tiene otras atribuciones como las de registro, sancionatorias, de revisión de escrutinios y regulación, esta última respecto de las materias contempladas en los artículos 18 y 25 de la Ley Estatutaria No 1475 de 2011, a la cual he hecho referencia.

Empero, es preciso señalar al respecto, que en Colombia la “reserva de ley” se encuentra instituida a favor del Congreso de la Republica en pos de asegurar que determinadas materias sean objeto de debate público, así es como los artículos 150, 151 y 152 de la Constitución Política delimita en categorías los temas sobre los que se legisla, clasificándolos en ordinarios, orgánicos y estatutarios, frente a cada uno de los cuales corresponde adelantar el procedimiento legislativo con algunas variables.

De conformidad con el precepto del artículo 152 constitucional, se habrá de regular como leyes estatutarias, entre otras “la organización y régimen de los partidos y movimientos políticos, el estatuto de la oposición y las funciones electorales”, las cuales, ha dicho la Corte Constitucional, tienen una reserva de ley estatutaria reforzada.

“No obstante, los pronunciamientos de esta Corporación han distinguido en lo que concierne al grado de rigurosidad de aplicación del principio de reserva de ley estatutaria en virtud de la materia regulada, pues en ciertos asuntos tales como las funciones electorales han defendido lo que podría denominarse una reserva reforzada, mientras en los restantes tópicos enunciados por el artículo 152 constitucional ha predominado el criterio de flexibilidad en la interpretación de la reserva.”²¹

En este mismo sentido, en la reciente sentencia C – 490 de 2011 de la Corte Constitucional se señaló:

“La jurisprudencia de esta Corte ha precisado que las materias que constituyen regulación de los procesos electorales están sometidas a reserva de ley estatutaria, no sólo en lo que tiene que ver con aspectos de contenido sustancial, sino también en lo relacionado con todos aquellos parámetros o presupuestos permanentes para el ejercicio adecuado del derecho de participación por parte de los ciudadanos. Ello incluye asuntos que podrían en apariencia ser considerados potestades menores o aspectos técnicos, pero que tienen efectos determinantes en la dinámica electoral.(...)”²²

21 Corte Constitucional. Sentencia C- 319 de 2006 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

22 Corte Constitucional. Sentencia C – 490 de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Cabe por lo tanto considerar que todas las particulares competencias que adelanta el Consejo Nacional Electoral, y las específicas facultades con las que cuenta, hacen de la electoral una función autónoma, que en lo que respecta a su objeto no puede ser asimilada o subsumida en la función administrativa.

4.2 Diferencias y similitudes en cuanto al procedimiento de formación.

Así como es complejo y comprehensivo el objeto de la función administrativa también lo son, los mecanismos como ésta se exterioriza, los cuales han sido catalogados por la ley como hechos, operaciones y actos administrativos.

El acto administrativo es la manifestación unilateral de la voluntad de la administración emanada del derecho, en virtud de la cual se dispone, una cuestión determinada con relevancia jurídica y cuya consecuencia es crear modificar o extinguir derechos y correlativas obligaciones, con efectos individuales o generales.²³

“Así, el acto administrativo, a la luz de la ley colombiana, es una manifestación de voluntad, mejor se dirá de la intención, ya que esta supone aquella, en virtud de la cual se dispone, se decide, se resuelve una situación o una cuestión jurídica, para como consecuencia crear, modificar o extinguir una relación de derecho (...)”²⁴

La prerrogativa de poder que encarna el acto administrativo se satisface solo en la medida en que tiene fuerza ejecutoria, es por este elemento característico que se hacen efectivas las decisiones de la Administración, de conformidad con lo establecido en el artículo 64 del hoy vigente Código Contencioso Administrativo, y del artículo 89 de la Ley 1437 que empezara a regir en Colombia a partir del 2 de julio de 2012, que dispone que una vez concluido el procedimiento administrativo, los actos quedan en firme y dan lugar a que pueda ser ejecutado lo necesario para su cumplimiento.

El procedimiento administrativo es entonces la sucesión de trámites o actos tendientes a la estructuración de la decisión administrativa, y que se justifica en la

23 García de Enterría y Fernández “curso de derecho administrativo”: : “entendemos por acto administrativo toda manifestación unilateral, por regla general de voluntad, de quienes ejercen funciones administrativas, tendiente a la producción de efectos jurídicos.”

24 Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Cuarta. Sentencia del 22 de enero de 1987 Expediente 549. Consejero Ponente Hernán Guillermo Aldana Duque.

necesidad de otorgar garantías a los administrados en aras de asegurar la ausencia de arbitrariedad por parte de la administración.

Este procedimiento, reglado por el Código Contencioso Administrativo, cuenta básicamente con tres etapas; la primera consiste en la formación de la decisión administrativa y su publicidad; la segunda mediante la cual los administrados impugnan ante la misma administración sus decisiones; y la última, por medio de la cual las autoridades adelantan la ejecución de las decisiones.

Por su parte el acto electoral, si bien también es una manifestación unilateral de la voluntad, ésta individualmente considerada, no es más que una mínima parte de un conjunto de voluntades que conforman una unidad denominada “manifestación de la voluntad popular.”

El acto electoral no es otro que la manifestación del derecho político del ciudadano a votar, razón por la cual no goza de los atributos que le son propios al acto administrativo como lo es el de ejecutoriedad, pues si bien es decisivo en la conformación de los cargos de representación dentro del Estado democrático, por si solo no genera situaciones jurídicas que afecte positiva o negativamente el ámbito de derechos y libertades de un individuo o conglomerado específico.

En cuanto al electoral es también un procedimiento unitario dividido en etapas, las cuales se encuentran reguladas todas en un mismo cuerpo normativo; el código electoral, consagrado en el Decreto 2241 de 1986.

La etapa preelectoral es aquel estadio del proceso, de naturaleza preparatoria y que comprende eventos como la cedulaación, conformación del censo electoral, registro de partidos y movimientos políticos entre otros; la etapa propiamente electoral, que no es otro que el momento de generación del acto electoral – sufragio; y la etapa postelectoral, aquella en que se adelanta el escrutinio de votos, la valoración de su validez y la declaratoria de los resultados electorales.

Es tal la diferencia entre acto administrativo y acto electoral y sus correspondientes procedimientos de creación, que amerita que dentro de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa se justifique la existencia de una Sección dentro del Consejo de Estado dedicada a conocer exclusivamente, de manera especializada las controversias suscitadas alrededor de temas electorales.

4.3 Diferencias y similitudes en cuanto a los sujetos

El sujeto activo del acto administrativo no es otro que la administración, la cual actúa a través de personas naturales investidas como funcionarios públicos, quienes dentro de la estructura jerárquica del poder ejercen de voceros de la voluntad administrativa.

Es por esta razón las competencias de los funcionarios públicos, son previamente atribuidas por la Constitución o la ley para así asegurar que la función se realice dentro del marco del principio de legalidad.

En materia de acto electoral, el sujeto activo son todos los ciudadanos en ejercicio, conforme a lo dispuesto en los artículos 40 y 98 de la Constitución Política de Colombia y que de manera libre deseen ejercer su derecho.

El libre ejercicio del sufragio, es según autores como Jorge Enrique Ibáñez, lo que le da al acto electoral carácter de derecho, imposibilitándolo para corresponder al concepto de función; no obstante, independientemente de la postura doctrinaria que se acoja, lo cierto es que el electoral, no es un acto que se genera dentro de un marco de competencias, ni bajo el esquema de una estructura jerárquicamente establecida.

También son sujetos activos en la función electoral, los órganos electorales quienes en ejercicio de todas las funciones en la etapa preelectoral y postelectoral, inspeccionan, vigilan y otorgan garantías de imparcialidad y libertad.

En cuanto al sujeto pasivo, también se vislumbran diferencias importantes entre el acto administrativo y el acto electoral, del primero son las personas naturales o jurídicas frente a las cuales se generan situaciones determinadas, caso en el cual el acto tiene carácter particular, o general e impersonal cuando el destinatario es el conjunto de administrados.

Mientras que determinar el sujeto pasivo del acto administrativo no requiere de mayores lucubraciones, el del acto electoral no es fácil de distinguir, autores como Antonio de Cabo de la Vega sostienen que éste sujeto no es otro que a quien se elige, de quien se espera, tenga calidades que el elector no tiene.

“Cualquier concepción de la representación termina traduciéndose en un procedimiento de designación de representantes. En este sentido, la conexión más inmediata del derecho electoral con la idea de representación estriba en la determinación del sujeto activo del derecho de sufragio del sujeto pasivo y de la relación que entre ambos se establece. El diferente tratamiento que en diversos momentos históricos y ante distintas realidades nacionales ha recibido estos elementos son reflejo de la representación que les sirve de base.”²⁵

No obstante, desde un punto de vista más general y ontológico a la vez, podría señalarse que el sujeto pasivo de la función electoral no es otro que el Estado mismo, siempre que nos hallemos dentro de un sistema democrático; la razón

25 DE CABO DE LA VEGA Antonio. El derecho electoral en el marco teórico y jurídico de la representación. Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, México 1994 p 65.

de ello es que la electoral es considerada ampliamente como la primera de las funciones, en tanto que sin ella las demás no tendrían quien las ejerciera.

4.4 Diferencias y similitudes en cuanto a la finalidad

La función administrativa, como se mencionó anteriormente, tiene como característica esencial, la de concretar mediante su actividad los fines del Estado, principalmente el de satisfacer las necesidades públicas, por lo que se va adaptando en la medida en que va logrando su acometido, esto hace de ella una función dinámica.

“Si en el objeto encontramos el contenido sobre el que actúa la administración, y en los motivos los antecedentes del hecho o de derecho que estimulan la actuación de las autoridades, en el fin encontramos las metas que debe lograr la administración pública con su actividad. Estas metas no pueden ser otras que la satisfacción de los intereses públicos.”²⁶

El acto electoral por su parte, tiene como designio teleológico la elección de representantes en las otras ramas del poder público de manera directa o indirecta, en otras palabras, la finalidad del acto electoral es concretar la democracia participativa.

Del parangón entre acto administrativo y acto electoral se vislumbra que aun cuando existen similitudes, sus diferencias son más y más sustanciales, desvirtuando de este modo cualquier intento conceptual de equiparar la función administrativa y la electoral.

5. Autonomía de la Función Pública Electoral

Habiendo sostenido que existen órganos y funciones que no corresponden a ninguna de las tres ramas clásicas del poder público, entre la que se encuentra la función electoral, se infiere que esta merece ser concebida de forma autónoma, pero antes debe decantarse su titularidad a fin de establecer su verdadera esencia.

Acogiendo la teoría según la cual esta función es desarrollada por los ciudadanos, surge necesariamente cuestionamientos alrededor de si un derecho como el voto puede a su vez ser considerado el ejercicio de una función pública, y si la respuesta es negativa correspondería preguntarse si solo la actividad principal de control y vigilancia que ejerce el Consejo Nacional Electoral tiene suficiente entidad como para ser calificado como función autónoma.

26 SANTOFIMIO GAMBOA Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo. Editorial Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1998 pg. 156

Una solución jurídicamente comprensiva, nos lleva a creer que en tanto que el voto es un derecho, le corresponde una obligación; de manera que dicha dinámica configura la función electoral.

La obligación o deber correlativo al derecho al voto no sería otro que actividad tendiente a que la contienda electoral se desarrolle bajo los principios de transparencia e igualdad, tarea que se ha encomendado a la organización electoral (Consejo Nacional Electoral y Resgistraduría General del Estado Civil) y elevado a rango constitucional con el artículo 113 de la Carta Política de 1991.

Así pues, no resultaría acertado limitar la competencia para el ejercicio de la función electoral únicamente a los ciudadanos o a la Organización, pues tanto el acto electoral como las garantías que se contemplan para que se cumpla el fin de éste, hacen una unión inescindible.

La teoría que sustenta el carácter autónomo de la función electoral, ha sido tácitamente acogido ya por la Corte Constitucional, que en las sentencias C – 145 de 1994 y C – 055 de 1998, ha sostenido:

“Al consagrar los derechos de participación, conformación, ejercicio y control del poder político, la Constitución de 1991 abandona la idea -propia de las tesis relativas a la soberanía nacional- según la cual los ciudadanos ejercen el voto no como un derecho sino como una función electoral, tal y como lo establecía la Constitución derogada en su artículo 179. Al ejercer esos derechos, los ciudadanos desarrollan la función electoral por medio de la cual las sociedades democráticas se autoorganizan y se autogobiernan, ya que mediante los procedimientos electorales los ciudadanos conforman y controlan los órganos representativos así como toman de manera directa determinadas decisiones por medio de referendums, consultas y otros mecanismos de democracia participativa. Las funciones electorales son la expresión orgánica del principio democrático. La democracia, desde el punto de vista formal, puede ser definida como un gobierno en el cual los destinatarios de las normas son los mismos que las producen, pues las decisiones colectivas son tomadas por los propios miembros de la comunidad. Esto diferencia el principio democrático de auto organización de la sociedad -en el cual el orden es construido a partir de la voluntad de los gobernados- del principio autocrático -en el cual son los propios gobernantes quienes determinan el orden social-. Y esa auto organización de la sociedad se efectúa en lo esencial por medio de los procedimientos electorales.” (Subrayado fuera del texto)

“Ahora bien, esta función electoral, que articula al pueblo -como fuente soberana de todo poder (CP art. 3°)- con las instituciones que de él emanan, requiere para su adecuado desarrollo de instrumentos materiales y de una serie de instituciones que se responsabilicen de que la voluntad popular se pueda manifestar en forma genuina y que sus decisiones sean respetadas. Esta Corte ya había señalado que la realización de cualquier proceso electoral “entraña una serie de responsabilidades estatales cuyo cumplimiento es indispensable para el buen funcionamiento del sistema”. De allí la necesidad de una organización electoral, que tenga a su cargo la estructuración de las elecciones, su dirección y su control (CP arts 120 y 265). Por ello, así como no puede haber democracia sin función electoral, ésta última no puede ser ejercida sin una organización electoral adecuada, ya que sin ésta “la expresión de la voluntad política individual deja de tener eficacia y sentido”, por lo cual “corresponde al Estado poner en marcha los medios para que la voluntad ciudadana sea adecuadamente recepcionada y contabilizada”. Esto explica entonces que las funciones electorales y la organización electoral deban ser consideradas como la expresión orgánica e institucional del principio democrático.””

En últimas entonces, si bien el elemento esencia de la función electoral es el acto electoral, por ser este la expresión del principio democrático, se requiere para su eficacia, la existencia de una adecuada organización electoral, también independiente, que garantice la efectivización de los principios que orientan “el asunto electoral” y con ello la subsistencia del Estado Social y Democrático de Derecho.

6. Corolario

En suma, la función electoral es autónoma no solo porque conceptualmente no se tipifica dentro de las funciones establecidas en la tradicional división tripartita del poder público, sino porque más allá de comprender la actividad de control que despliega la organización electoral, supone la más pura de las expresiones de la voluntad popular.

Acto electoral y función electoral no son sinónimos, no obstante, el primero de los conceptos se encuentra comprendido en el segundo en condición de manifestación esencial, y por ende se puede firmar sin ambages que la función electoral en su sentido más amplio es tan autónoma, como valido decir que ella tiene el significado no solo de la mera expresión de la voluntad, sino a su cargo, la supervivencia de la democracia misma y de contera el Estado de Derecho.

Bibliografía

- IBAÑEZ NAJAR, Enrique. Las Funciones Públicas y la Estructura del Estado para cumplirlas. Editorial Justicia y desarrollo sostenible. Bogotá D.C. 2006.
- DUVERGER Maurice. Instituciones políticas y derecho constitucional. Editorial Ariel S.A. Barcelona, 1984.
- JELLINEK Georg. Teoría general del Estado. Editorial Fondo de Cultura Económica. México, 2000.
- HERNADEZ Augusto. Régimen Electoral colombiano. Editorial Universidad Externado de Colombia. Bogotá 1986.
- MENDOCA Daniel. Las Claves del Derecho. Editorial Gedisa. Barcelona 1991
- MERKL Adolf. Teoría General del Derecho Administrativo. Editorial Comares. Granada, 2004.
- MOLANO Mario Roberto. Transformación de la función administrativa. Editorial Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, 2005.
- MONTESQUIEU, Carlos de Secondat, Barón de. Del espíritu de las leyes. Editorial Tecnos. Madrid 1998.
- NOHLEN Dieter, ZOVATTO Daniel, OROZCO Jesus, THOMPSON José. Tratado de derecho electoral comparado de América Latina. Editorial Fondo de Cultura Económica. Mexico, 2007.
- SANTOFIMIO GAMBOA Jaime Orlando. Tratado de derecho administrativo. Tomo II. Editorial Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2007.
- ZAGREBELSKY Gustavo. El derecho dúctil. Editorial Trotta. Madrid 2009

Jurisprudencia

1. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia del 18 de febrero de 1995.
2. Corte Constitucional. Sentencia C – 156 DE 1996 M.P. José Gregorio Hernández
3. Corte Constitucional. Sentencia C – 145 de 1994 M.P. Alejandro Martínez Caballero
4. Corte Constitucional. Sentencia C – 055 de 1998 M.P. Alejandro Martínez Caballero y Hernando Herrera Vergara.

Gaceta constitucional

1. Gaceta Constitucional No 59 del 25 de abril de 1991. Informe - Ponencia titulado "Estructura del Estado".

*LAS CONTROVERSIAS ACTUALES
Y EL FUTURO*

ENCRUCIJADAS ACTUALES DEL DERECHO

Por: Fernando Hinestrosa

Rector de la Universidad Externado de Colombia

Al haberseme solicitado intervenir en este significativo encuentro de reflexión sobre el devenir institucional de nuestra patria, preferí colocarme en la coyuntura presente, con el ánimo de examinar la repercusión de algunas de las encrucijadas en las que encuentra el derecho en la actualidad. Encrucijadas, es decir, “lugares en donde se cruzan caminos” y, más precisamente, “situaciones difíciles en las que no se sabe que conducta seguir”.

Bien sabemos que el derecho está llamado a regular el comportamiento de los hombres, o sea a orientar, cuando no a determinar, su vida individual y la del conjunto social. La vida es devenir, cambio, evolución. Sólo que el ritmo y la intensidad de ese cambio varían según los tiempos y las circunstancias. El mundo que hemos vivido, el que estamos viviendo y el que se avecina, tienen en común la nota de un cambio mayúsculo, cada vez más universal y acelerado. Bien puede decirse, con referencia concreta a la primera década del siglo XXI que está para concluir, que no hay aspecto de la ciencia, la cultura, la tecnología, que no haya experimentado el impacto de la novedad, y que la innovación y la obsolescencia son implacables y se dan frenéticamente. Ya no se habla de la ‘aldea global’, sino de ‘globalización’, con lo cual se da cuenta de una universalización temática y geográfica, que tiende a la homogeneización de la especie, a tiempo que impulsa particularismos e invita a la intransigencia.

El derecho que por largo tiempo se consideró inmóvil, prenda de la mayor estabilidad, se ha tornado incierto, convulsivo, confuso, en medio del aluvión de mutaciones sociales profundas y veloces, de liberaciones políticas y éticas incontenibles, con las consiguientes presiones sociales, del desconcierto y el desprestigio de las instituciones. El derecho que, por definición y exigencia política, debe

ajustarse a la realidad cambiante, aparece corriendo tras de la sombra, siempre rezagado, sin rumbo cierto y desconfiado de su propio valor y efectividad.

Indispensable, entonces, emprender el análisis de lo que está ocurriendo ante nuestros ojos, para tomar aliento y, manteniendo la cordura y la sindéresis, ver cómo se pueden conservar, o recuperar, los valores y la función del derecho.

Cada día se acentúa más la contraposición entre dos principios o aspiraciones sociales frente al ordenamiento: de un lado, la exigencia de su actualización, de su conformidad precisa con las aspiraciones de igualdad, justicia y equidad, cada vez más acuciantes; del otro la eterna demanda de seguridad y certeza. Con argumentos renovados y discrepancias ideológicas y emocionales, a más de maniqueas, entre el desarrollo económico y la justicia social.

Se habla con espectacularidad de un *Big-Ban* jurídico, para aludir a la explosión y a la dispersión que se vienen dando *in crescendo* dentro del universo de la normatividad. La diseminación de sistemas, de normas, de fuentes. La desaparición de una centralidad normativa, el surgimiento de subsistemas, con planetas y satélites propios y su respectiva fuerza de gravedad y el consiguiente riesgo de choques.

La expedición de normas sueltas, dijérase que al desgaire, se vio favorecida por doquier por la presión de grupos sobre el Estado y la urgencia de este, bien para introducir cambios de favor en la legislación vigente, bien para la regulación de íntegra una materia o un contrato, en aras del ‘bien común’ o del ‘interés público’, o en el afán de proteger a sectores desvalidos, por vías excusadas, con el argumento de la lentitud del trámite parlamentario y la inercia jurisprudencial. Así se llegó a la inflación y dispersión normativa actuales, flagelo universal, que no se acierta a conjurar. La intervención del Estado en la actividad económica, con restricción de la autonomía privada, tanto en términos de prohibiciones, como mediante la sustitución y aun la imposición de cláusulas y hasta de contratos, contribuyó definitivamente al enseñoramiento de ese fenómeno para el que, desde hace más de treinta años, se acuñó el término expresivo de “*descodificación*”, que se ha ensañado en el Código civil.

Esa normatividad de cuño diferente, ha ido creciendo en número y magnitud; en un comienzo ocasional, con vocación transitoria, dijérase que de paso, en muchos casos se ha convertido en definitiva; cada estatuto es promulgado con aspiraciones de código, que muestra soberbia de contemporaneidad y ansia de autofundamentación en principios diferentes, cuando no contrapuestos a los del ordenamiento regular o de derecho común. Los conceptos de codificación y código han venido a menos. Su abundancia para toda clase de materias implica desorden, con todas sus consecuencias nocivas, comenzando por la inseguridad. Valga poner de presente que la codificación corresponde y ha de corresponder a un imperativo de consolidación y de exposición racional, que dentro de sus

méritos sobresalen la sencillez, la accesibilidad al conocimiento del derecho, la universalidad, y que a ella le compete salvaguardar la unidad y centralidad de los principios de la legislación.

Muchas veces no se sabe cuál el derecho vigente y, peor todavía, no se entiende la redacción de un articulado escrito apresurada y ampulosamente, en contraste con la exigencia de lealtad y consideración para con los ciudadanos que grava a todo legislador; aquella que los revolucionarios franceses de la Asamblea Nacional prometieron en la ley de 16-24 de agosto de 1790: “leyes simples y claras”, y que recientemente han reiterado el Consejo de Estado, el Consejo Constitucional y el Parlamento franceses, si que también la Corte europea de los Derechos del Hombre.

Adicionalmente, la dispersión normativa es un síntoma de la debilidad del Estado contemporáneo, prepotente a la vez que impotente, al que se le sale de las manos la función legislativa para caer en la improvisación, víctima de presiones, dejando muchas veces al margen a los más menesterosos de tutela, en ventaja de los más agresivos.

Con razón se habla de una crisis de las fuentes del derecho, agravada por la emergencia de normas de menor radio emanadas de multitud de autoridades administrativas de distinto nivel, algunas de ellas inclusive con poder jurisdiccional, como por la aparición de un derecho de origen particular.

La renovación del pensamiento jurídico es imperativa y un hecho fatal, que ha de manifestarse, y en efecto se expresa, en la legislación, la doctrina, la jurisprudencia, comenzando por la renovación ideológica y la consagración del siguiente orden social. Al momento de su expedición, un código ha de reflejar las inclinaciones de la sociedad, la concepción común, las apreciaciones, sentimientos, anhelos de la generalidad de las gentes. Por ello no puede hacer tabla rasa de lo anterior, como tampoco limitarse a clasificar y reiterar las visiones de antaño. Nacido más o menos viejo (la expedición del ‘nuevo código civil’ del Brasil de 2002, tardó más de veinticinco años), la doctrina y la jurisprudencia, a la vez que han de acometer la tarea de divulgación y explicación de las disposiciones sobrevenidas, tienen que darse al oficio de actualización permanente de la normatividad, impulsada, al mismo tiempo que controlada, por la doctrina: la propia de la exposición académica y aquella crítica de las decisiones judiciales.

La jurisprudencia ha de ser garante de la unidad y de la renovación del instrumental jurídico. Precisamente, la jurisprudencia pretoriana vivificante, que es la que, para el caso del *Code civil français*, le ha permitido conservar intacta la fachada y la estructura, a pesar de numerosos retoques y resanes, y armonizar su contenido con una civilización ya hace más de dos siglos posterior a su nacimiento. La jurisprudencia ha de vencer con vigor y audacia a la inclinación a la

inercia y al riesgo de anquilosamiento. Valga aquí evocar el remezón provocado por las sentencias de la Sala de casación civil de la Corte Suprema colombiana de 1935, empuñando las reglas generales del derecho, y compararlo con aquel que se produjo con las reformas y estatutos de 1969 a 1971, y el que siguió a las numerosas enmiendas normativas de los años 90: nueva Constitución política, reformas al código laboral, al estatuto de seguridad social, al código contencioso administrativo, al código de comercio, al código de procedimiento civil y, por descontado, nuevos códigos penal y de procedimiento penal. Se preguntará cuáles son el método y el estilo más saludables. En todo caso valga tener presente que la contención genera reacción y que esta desencadena ansiedad, una y otra tanto mayores cuanto más sentida sea la urgencia de actualización.

Delante de la aproximación de las diferentes culturas, de la intensificación del comercio transnacional, del aumento del desequilibrio económico, científico, tecnológico entre las distintas regiones y países, el hecho sempiterno de la concurrencia de una pluralidad de sistemas jurídicos diferentes, vuelve a colocarse en un primer plano, con el anhelo de un *ius commune* y una *lingua franca*, que dinamicen el tráfico, facilite el entendimiento y otorguen unidad y seguridad jurídicas.

Es patente el fenómeno de la migración y la circulación de sistemas jurídicos. Es manifiesta la intervención de organismos internacionales que funcionan como fuentes universales de derecho y en materias fundamentales para la vida y el desarrollo de los países. La Organización Mundial del Comercio, el Banco Mundial, Uncitral, por vía de ejemplo, que redactan leyes, códigos modelos, paradigmas legislativos, todo un andamiaje jurídico respaldado por la prestancia del organismo respectivo, pero sobre todo, por su poder político y económico. A ello se agrega el auge del arbitramento internacional, particularmente el de inversión, que privilegia el foro y el derecho sustancial de determinados Estados y, de contera, genera una jurisprudencia con ese tropismo. Esa influencia se manifiesta vistosamente en el derecho comercial: en las actividades bancaria, financiera, de seguros, derecho de sociedades, de garantías, supervisión o vigilancia gubernamental. Pero también se hace presente en materia constitucional y, por último en la formación jurídica. Todo ello rodeado de un halo de novedad, actualidad, funcionalidad, pragmatismo, sencillez y uniformidad. ¿Qué tanto hay de esnobismo en tal actitud? El hecho es que el espectro fascinante de la innovación y de la eficiencia, conduce a una transculturización. Fácilmente se cae en la conseja de que para renovar y estar al día en el derecho hay que cambiar de sistema, es decir, importar otro; sin percatarse de la competencia económica y política que hay de por medio en ese deslumbramiento, y sin tener en cuenta el significado de la memoria histórica.

Forzoso es formular acá la pregunta de si la ley es simplemente un instrumento técnico, una mercancía de importación, que puede ser adoptada o impuesta.

Valga mencionar a propósito algunos eventos de transferencia jurídica en nuestro país desde la adaptación de los códigos civil y de comercio de Chile en el siglo XIX, hasta la incorporación de estatutos transnacionales en materias financieras, societarias y de control estatal, pasando por la adopción del régimen de instrumentos negociables, el acogimiento del Proyecto Intal sobre títulos valores y la copia del libro 4º del código civil italiano en el código de comercio; sin omitir el injerto del sistema penal acusatorio y de algunas sentencias de la Corte Suprema de los EE. UU. Acá se ha de diferenciar entre la transferencia normativa dentro de un mismo sistema jurídico y una misma nacionalidad latinoamericana, y el trasplante de conceptos, mecanismos, métodos, estilo ajenos, y se ha de profundizar sobre los efectos de tales experiencias.

También es ineludible interrogarse sobre si la ley es ideología, e individualizar la relación entre cultura y tradición jurídica. No sólo la cultura de la élite o de los mandarines, sino aquél espíritu diseminado en las distintas capas sociales, que bien puede determinarse como el ‘espíritu del pueblo’. El *Volksgeist* que tanto resaltaron Savigny y la Escuela Histórica en un movimiento que fue definitivo para la preservación de la identidad nacional alemana. Y que con gran proyección ya había puesto de presente Montesquieu, al advertir que “La leyes deben estar en relación con el carácter físico del país, con el género de vida de los pueblos que cohabitan, con el grado de libertad que su constitución es capaz de soportar, con sus comercios, costumbres, maneras”.

Ciertamente los derechos latinoamericanos no son originales. Pero, ¿cuántos y cuáles son los derechos originales? Las tradiciones aborígenes desaparecieron, y de cuatro siglos atrás América Latina se ha regido por un derecho continental europeo, dentro de la tradición romano-germánica, cuyos principios, valores, método, estilo, no sólo asimiló, sino que incorporó a su ser. Se los apropió y así constituyen elementos básicos de la identidad nacional, como la lengua, la cultura, la religión.

Los esfuerzos internacionales, y más concretamente europeos a favor de un conocimiento de los diferentes sistemas y de aproximación en las soluciones, de que son ejemplo, la Convención sobre compraventa internacional de mercancías, los Principios de UNIDROIT, la Convención sobre derecho de los contratos transfronterizos, el Código europeo de contratos, los Principios de derecho europeo de los contratos y el Marco común de referencia, ponen de manifiesto una nueva dimensión del derecho comparado, pero sobre todo, la viabilidad de una orientación convergente, que procure una armonización y el hallazgo de compatibilidades, con respeto de la diversidad de tradiciones jurídicas. Para nuestro caso, de la preeminencia del principio de la buena fe, de la prevalencia de la moral y del orden público, del equilibrio entre los derechos individuales y los intereses de la colectividad, con la primacía última de estos. En una palabra, la posibilidad

y necesidad de preservar los valores ínsitos en nuestras instituciones jurídicas, juntamente con la de atender a su constante actualización. Ir adelante, responder a las exigencias colectivas, al propio tiempo que conservar la identidad del ser nacional. La relación entre derecho y cambio es de permanente tensión, lo que mueve a reconocer que no hay ni puede concebirse un derecho inmutable, y también que hay una exigencia fundamental de autenticidad en su actualización, que debe tener legitimidad.

El ejemplo del derecho administrativo es paradigmático, de raigambre nítidamente francesa, la doctrina, la jurisprudencia e, incluso, la legislación nacionales, han sabido mantener la autonomía del derecho patrio, sin perder la tradición, y han llegado a creaciones que van más allá de la concepción de origen, como, por lo demás, corresponde a la idiosincrasia de los respectivos pueblos y a la creatividad latinoamericana y colombiana.

A dicho ejemplo cabe agregar consideraciones sobre la transformación que se ha operado en otras materias, como en la justicia contractual y la protección de las partes más vulnerables en las distintas fases de la contratación, pero mucho más en aquellas en las que el derecho tradicionalmente ha servido de brazo armado del conservadurismo, como son las relativas a la condición de la mujer, particularmente de la mujer casada, la filiación extramatrimonial, el matrimonio laico, el divorcio, las relaciones entre los progenitores separados con respecto a la descendencia común, la unión libre y la comunidad patrimonial entre convivientes, y más reciente la fecundación asistida, el préstamo de útero y la donación de semen, el trasplante de órganos, el aborto, el apareamiento y la adopción homosexuales; problemas en extremo sensibles a cuyo solución coherente y digna el derecho nacional ha tenido de proveer soluciones propias, ante una presión social inatajable. En varios casos la ley no se ha pronunciado aun, pero la jurisprudencia y la doctrina han venido abriendo camino.

De fines del s. XX a hoy, los derechos del hombre o derechos fundamentales han alcanzado una importancia y una vigencia sin precedentes. Junto a la aparición de nuevos derechos o derechos de nuevas generaciones, está, primordialmente el empeño de su efectividad. La ‘constitucionalización’ del derecho, esto es, la primacía de los valores y principios del Estado social de derecho o, mejor, de la democracia, es un fenómeno universal. En una palabra, el respeto de la dignidad del ser humano es el paradigma del presente.

La resistencia a ultranza al cambio y su obstaculización traen consigo el efecto perverso de presentar al derecho como contrario al cambio social y factor de perturbación, con el consiguiente demérito de las instituciones. El pulso entre la norma y la conciencia social debería ser resuelto circunstanciadamente y con fluidez, como quiera que el derecho es pluralismo y composición de ideas,

sentimientos y aun prejuicios, sin que a la interpretación creadora por medio del empleo de cláusulas generales quepa oponerle la cosa juzgada constitucional. Esa la función trascendente de la jurisprudencia en cada uno de los ramos del derecho y de la administración de justicia, que los tribunales en oportunidades olvidan, o para cuyo ejercicio se sienten cohibidos, y cuya omisión se traduce anquilosamiento, a cuya remoción el Congreso de suyo tarda en proveer, y cuando interviene lo hace por lo general espasmódicamente. De ahí, por qué la Corte Constitucional haya venido colmando el vacío que dejan la indiferencia o la indolencia de los otros órganos del poder. Garante efectivo de los derechos fundamentales, en ocasiones expuesta al reparo de asunción de competencias que le son ajenas o toma de decisiones a las que puede faltar la fluidez política o el cálculo económico propios de la ley. Conflicto de competencias que solamente puede resolver un funcionamiento diligente y responsable del Estado.

En fin, a la jurisprudencia le incumbe conciliar las varias categorías de derechos fundamentales y los varios derechos específicos, teniendo presente la exigencia de compromiso y transacción entre los intereses contrapuestos, y ante todo el equilibrio que debe imperar entre los derechos fundamentales individuales y colectivos. o valores fuertes, y los intereses y valores económicos, igualmente garantizados por la Constitución, todos ellos entendidos y aplicados en función del interés general, y en ese orden de ideas, habiendo también de tener en cuenta la disparidad de sectores, núcleos, grupos (las llamadas ‘minorías’), cuyos derechos han de respetarse y hacerse respetar, pero a los cuales también se les exige el respeto de los derechos ajenos, de modo de asegurar una verdadera igualdad ante la ley. O sea que a la jurisprudencia, toda, obviamente iluminada y exigida por la doctrina le concierne tomar la delantera en la actualización del derecho, pero también asegurar lo que podría llamarse la paridad de los derechos.

Ello implica independencia de los jueces, confianza en ellos y respeto por su oficio, a la vez que una vigilancia y exigencia estrictas de ellos en el desempeño de sus funciones por parte de los órganos de control y de la ciudadanía, comenzando por la opinión de la élite jurídica y política. Allí está la mayor encrucijada, de la que no podremos salir sin una responsabilización individual y colectiva, pública y privada, con optimismo o mejor, con ilusión y con fe en la vocación de Colombia para la democracia y como nación civilizada, arraigada en un pasado cierto y no imaginario, del que somos producto y al que nos debemos.

LA REFORMA JUDICIAL Y CONSOLIDACIÓN DE LA DEMOCRACIA

Por: Álvaro Echeverri Uruburu

*Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás
Exconstituyente*

Introducción

Cada cierto tiempo se coloca en la agenda de los grandes problemas nacionales el tema de la necesidad de la Reforma a la Justicia, lo cual no deja de resultar paradójico si se tiene en cuenta que la administración de justicia en Colombia ha sufrido la más grande reforma en su aparato en virtud de la Constitución de 1991, sin duda la más profunda que se haya realizado en América Latina en los últimos veinte años.

De otra parte, el contexto político dentro del cual ha surgido de nuevo la iniciativa de reforma no ha podido ser más desfavorable como consecuencia del enfrentamiento entre el anterior Presidente de la República y la Corte Suprema de Justicia, a raíz del hostigamiento contra sus integrantes de parte del más importante organismo de inteligencia del Estado, adscrito precisamente a la Presidencia de la República. La gravedad inusitada de los hechos suscitó fundadas sospechas sobre los reales propósitos de la pretendida reforma a la justicia.

En un ambiente de distensión propiciado por el nuevo gobierno del Presidente Santos, este, con todo, ha insistido en la necesidad de sustanciales reformas al aparato judicial, cuyo proyecto ha debido ser aplazado en búsqueda de consensos con las altas corporaciones de la Rama.

En este punto, habría que preguntarse que tan necesarias son estas reformas; si estas deben pasar por una enmienda de la Constitución o si, por el contrario

bastaría con la introducción de reformas legales que permitan un acceso más expedito de los ciudadanos a la administración de justicia, obteniendo decisiones prontas y justas a sus demandas

Aquí, pues, se enfrentarían dos posiciones:

La de quienes sostienen que los problemas congénitos de la justicia como la congestión judicial y el retardo en los procesos poco tienen que ver con el diseño institucional del aparato judicial.

Para fundamentar esta posición, se alega, por ejemplo:

- Que mientras en 1.994 se decidieron por todos los jueces y magistrados del país 1.497 procesos diariamente, en el 2009, con casi el mismo número de funcionarios, esta cifra pasó a 7.200.
- Con todo, a pesar del número significativo de procesos egresados –que denuncia un aumento de la productividad judicial-, la congestión judicial, es decir el número de procesos acumulables permaneció casi idéntico al que existía a comienzos de la década (cerca de 3'000.000 de procesos represados).
- La explicación a este fenómeno tiene que ver necesariamente con el incremento en la demanda de justicia que se elevó en este periodo (1994-2009) en un 115%.
- En contraposición al aumento de demanda, el presupuesto de la Rama Judicial no ha dejado de declinar durante estos mismos años, así:

Si en la década de los ochenta dicho presupuesto representaba el 0.6% del PIB, para alcanzar en la década de los noventa, el 1%, este vuelve a decaer durante el periodo presidencial que acaba de terminar, para situarse en el 0.3% en el 2008. Esto es, muy por debajo de los niveles que tenía en la década de los setenta que era del 0.55% del PIB.

La ausencia de recursos suficientes para la Rama ha determinado que no haya sido posible aumentar en el número necesario la planta de Jueces, Magistrados y personal auxiliar, así como la introducción de medios tecnológicos a los despachos judiciales de todo el país que permitan hacer más eficiente el trabajo de esos despachos.

Para quienes defienden por tanto, la no necesidad de una nueva reforma al aparato judicial por vía constitucional, bastaría:

- Un incremento del presupuesto de la Rama a los niveles internacionales del 3% del PIB

- Una gestión más eficiente del aparato en su conjunto y de los despachos en particular
- Simplificación y “standarización” de procesos, así como la introducción de la oralidad en todas las jurisdicciones.

La otra posición, la de quienes sostienen la necesidad de reformas estructurales del aparato judicial y a algunas instituciones constitucionales como la tutela, parten de un diagnóstico pesimista acerca del funcionamiento de algunas de esas instituciones creadas por la Constitución de 1991.

Así, por ejemplo, los problemas de congestión y retardo de los procesos, se atribuye, sin mayor análisis, a la ineficiencia de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, como órgano superior de la Administración Judicial.

Otro aspecto sometido a crítica es el de la Politización de la justicia en razón de la injerencia otorgada por la Constitución del 91 a las Altas Cortes para intervenir en la designación de algunos altos funcionarios del Estado, lo mismo que a nivel regional de parte de los Tribunales Seccionales.

Dicha Politización se ve agravada por la designación que hace el Congreso de ternas enviadas por el Presidente de la República de los Magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, lo mismo que el Senado de los magistrados de la Corte Constitucional, una de cuyas ternas es provista igualmente por el Presidente de la República.

En uno y otro caso, se sostiene que la elección por el legislativo de estos Magistrados pocas veces ha atendido a la calidad, trayectoria jurídica y probidad de los elegidos, sino a conveniencias políticas de las fuerzas políticas mayoritarias, lo mismo que a la necesidad del ejecutivo de obtener respaldo para sus iniciativas mediante la satisfacción de las apetencias burocráticas de las mismas mayorías (reparto de “cuotas burocráticas” como factor de gobernabilidad).

Otro factor que denunciaría la crisis de la Justicia, tiene que ver con los conflictos permanentes entre los organismos de cierre de las distintas jurisdicciones y la Corte Constitucional en torno a la Acción de Tutela contra decisiones y sentencias judiciales.

Lo anterior, para no hablar de otros problemas que desde la propia vigencia de la Constitución de 1991 se han manifestado, como el “cruce de competencias” entre el Legislativo, el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia, en virtud de que los unos y los otros tienen facultades investigativas de tipo disciplinario y penal contra los miembros de una y otra corporación o la crisis suscitada en torno al sistema de elección del Fiscal General de la Nación por las razones ya conocidas por el país. Para no hablar tan poco de las diferencias al interior de la

llamada Comisión Interinstitucional que ha impedido la designación en propiedad del Director Administrativo Nacional de la Rama.

También se habla de las dificultades en la confección de listas de candidatos para proveer los cargos vacantes en la Corte Suprema de Justicia y en el Consejo de Estado, agravadas en muchos casos por los sistemas de votación previstos en los reglamentos de ambas corporaciones.

Tanto en la visión de quienes no creen en la necesidad de una reforma estructural de la justicia, como de quienes creemos lo contrario, el panorama de la Administración Judicial no puede calificarse como positivo y optimista.

Nuestra posición, por tanto, aceptando que los problemas de acceso a la justicia por parte de los ciudadanos no requiere necesariamente de una reforma integral al aparato de justicia si no de reformas legales (aumento del presupuesto, creación de nuevas plazas que atiendan el incremento de demanda de justicia, la extensión de la oralidad a todas las jurisdicciones, la introducción de tecnologías en los despachos de todo el país, mejoramiento de la capacidad gerencial de los Jueces y Magistrados, la continuidad de los programas de actualización y perfeccionamiento de los funcionarios judiciales a través de la Escuela Judicial, etc.), si creemos en la urgencia de reformas estructurales a la Rama, pero conservando el esquema democrático que para dicha Rama definió la Constitución de 1.991.

1. Reforma a la Administración de Justicia – El Consejo Superior de la Judicatura.

La propuesta de supresión del Consejo Superior de la Judicatura, hecha en el proyecto del gobierno Santos, incurre en dos graves errores: uno substancial que atenta contra el principio de autonomía e independencia de la Rama, que quiso el constituyente materializar a través de la idea de autogobierno de la misma por medio de un órgano propio e independiente de las otras Ramas y órganos del Estado.

En la propuesta gubernamental, que busca crear un Consejo Superior Judicial, se rompe el principio de autonomía e independencia de la Rama Judicial, al conformar dicho cuerpo –así sea sin voto- con el Ministro de Justicia. Tampoco se aviene al concepto de racionalidad administrativa, que exige permanencia y continuidad en la resolución de los asuntos de la administración, el que los Presidentes de las Altas Cortes tengan asiento en este organismo, sustrayéndolos de sus tareas propias que son las de administrar justicia y no de administrar la justicia.

Esta misma razón opera para que se suprima la llamada comisión interinstitucional de la Rama, que lejos de servir para coordinar y armonizar propósitos a

favor de la administración judicial, crea dualidades innecesarias y disfuncionalidades que entorpecen las actividades de la administración judicial.

Un segundo error en el que se cae con el intento de supresión del Consejo Superior, es el desconocimiento de la realidad, pues hace caso omiso de las realizaciones positivas, particularmente de la Sala Administrativa de dicho Consejo, como son:

- La terminación de los palacios de justicia en las capitales de Departamentos y que el Fondo Rotatorio de Justicia de Justicia no había sido capaz de adelantar y terminar.
- Las nuevas sedes, decorosas y dignas en casi todo el país para los despachos judiciales.
- El manejo técnico de la Carrera Judicial.
- Los programas de formación, capacitación y actualización de los funcionarios judiciales por medio de la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.
- La dotación de los despachos y tribunales que no han vuelto a carecer de los medios y recursos para su funcionamiento.
- El establecimiento de sistemas de medición del rendimiento y calidad de la actividad judicial.
- La introducción de medios tecnológicos en algunos lugares, todavía incipiente por ausencia de recursos.
- La atención a políticas de descongestión.
- La organización racional en cuanto a la ubicación de los despachos judiciales de acuerdo a las necesidades de demanda de justicia (el llamado mapa judicial).
- La existencia por primera vez en el país de estadísticas confiables y de estudios rigurosos sobre la administración de justicia.
- La dotación requerida para el funcionamiento del sistema acusatorio en la Justicia Penal.

Lo anterior no quiere decir que el Consejo Superior de la Judicatura en su Sala Administrativa no requiera de reformas para hacerlo mucho más gerencial, menos burocrático y por tanto más eficaz en su condición de gobierno administrativo de la Rama.

Algunas propuestas de Reforma a la Sala Administrativa:

1. En cuanto a las calidades de sus magistrados: por su función eminentemente administrativa estos no deberían tener las mismas calidades que las de los magistrados de las otras Altas Cortes, debiéndose privilegiar el tener formación en administración, administración Pública y Gerencia Financiera
2. Sistema de elección: Manteniendo el actual sistema de designación por la Corte Constitucional (1), Corte Suprema (2) y Consejo de Estado (3), los Magistrados podrían ser elegidos en forma democrática por todos los magistrados, jueces y funcionarios de todo el país.
3. A la Sala Administrativa le correspondería el diseño y definición de las grandes políticas de la Rama: Plan de Desarrollo; Plan de Inversiones; Elaboración del Presupuesto Anual; la normatividad general para el funcionamiento de la carrera judicial y los criterios específicos para cada convocatoria; la creación y supresión de despachos judiciales en todo el país; la elaboración de listas de elegibles para llenar las vacantes en la Corte Suprema y en el Consejo de Estado.
4. El Director Nacional de Administración Judicial o Gerente de la rama debe ser el ejecutor de las políticas generales definidas por la sala administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, lo mismo que del gasto con plena capacidad y autonomía contractual
5. Reducción del “Staff” burocrático de la sala administrativa ya que los estudios, informes, estadísticas necesarias para su función serían suministradas por las unidades correspondientes de la Dirección Nacional de la Administración Judicial.
6. Supresión de las salas Administrativas de los Consejos Seccionales por innecesarios en la medida en que duplican la labor que cumplen los Directores Seccionales de Administración Judicial y que en muchas ocasiones resultan entorpeciendo.

2. La Sala Disciplinaria del Consejo Superior

Capítulo aparte merece este cuerpo del Consejo Superior de la Judicatura que por razón a su sistema de elección mediante ternas, conformadas por el Presidente, es elegido por el Congreso de la República, ha recibido numerosas críticas en los medios de comunicación e incluso de otros órganos de la justicia.

En este punto valen dos claridades:

Es necesario que se entienda que el actual sistema de elección es la expresión del principio de la Soberanía popular (Art. 2 de la C.P), en el cual dos instancias de elección popular (Presidente y Congreso) intervienen en la designación de dichos magistrados.

Con todo, habría que establecer dos tipos de reforma a este sistema de elección:

- Liberar la escogencia de los candidatos de los afanes e intereses de los Congresistas y del Ejecutivo. Para ello, el Presidente debería solicitar a las facultades de derecho reconocidas como de alta calidad, a la Academia Colombiana de Jurisprudencia y al Colegio Nacional de abogados –si algún día llega a crearse-, candidatos a conformar dichas ternas. Solo de los nombres enviados por estas entidades, el Presidente podrá confeccionar tales ternas.
- La elección por el Congreso deberá ser por mayoría calificada de las 3/4 partes de sus miembros, a fin de garantizar el pluralismo ideológico y jurídico, tal como ocurre en otros sistemas políticos en los cuales el Parlamento elige a los miembros de altas Cortes (Francia, Alemania).

De otra parte, los candidatos a desempeñarse como Magistrados de la Sala Disciplinaria, deberían acreditar haber pertenecido a la Rama Judicial al menos durante 5 años, no haber participado como candidato a cargos de elección popular, ni haber sido miembro de directorios de partidos o movimientos políticos, ni haber hecho parte en forma alguna de una Corporación de elección popular.

Este mismo sistema de designación, así como las mismas inhabilidades se podrían aplicar para el caso de la Corte Constitucional, y para su designación por el Congreso.

La segunda claridad tiene que ser con la función disciplinaria. La voluntad del constituyente para garantizar la independencia y autonomía de la Rama Judicial fue el de consagrar su autogobierno no solo en lo administrativo sino en lo disciplinario. Por eso, atenta contra la autonomía de la Rama entregar el juzgamiento de sus funcionarios a un órgano externo a ella- como es la Procuraduría-, tal como lo pretende la reforma presentada por el gobierno.

Por esta misma razón, resultó equivocada la decisión de la Corte Constitucional en su momento, de trasladar la competencia disciplinaria para conocer de las faltas de los Magistrados de las Altas Cortes y del Fiscal General de la Nación a la Comisión de Acusaciones de la Cámara de Representantes, cuya competencia se limita solamente a conductas calificadas como indignas o por razón de la Comisión de Delitos, de acuerdo al modelo Norteamericana, del cual lo tomó

nuestro ordenamiento Constitucional desde la Constitución del 86- el llamado “Impeachment” o juicio político-.

En estas condiciones, una Sala Jurisdiccional-disciplinaria, renovada en cuanto a su origen, pero manteniendo el principio de soberanía popular, tendría la legitimidad suficiente para el ejercicio de la función disciplinaria con respecto a todos los funcionarios judiciales, tal como lo dispuso-sin excepciones- el Art. 256 de la C.P. Igualmente, deberá intervenir en Sala Plena del Consejo Superior de la Judicatura (conformada por sus dos salas) en algunas decisiones administrativas. como sería la elaboración del Plan de Desarrollo de la Rama, el presupuesto anual y en la confección de listas de aspirantes para la Corte Suprema y el Consejo de Estado, pues no existe razón válida para que quienes siendo “jueces de jueces”, con el conocimiento de las situaciones éticas y de las necesidades de jueces y magistrados, no pudiesen intervenir en estas funciones, corrigiéndose en esta forma la decisión de la Corte Constitucional que en la práctica, al excluir a dicha Sala de todas las decisiones de Administración judicial, conformó dos cuerpos separados que sólo actúan como un único organismo para elegir Presidente del Consejo Superior.

3. La Fiscalía General de la Nación

Hecha la opción por el Constituyente del 91 de ubicar la Fiscalía como organismo de la Rama Judicial, desechando las propuestas de que dependiese del Presidente de la República por los evidentes peligros de convertirla en instrumentos de persecución contra opositores y adversarios del gobierno de turno –como ocurrió con el DAS en la pasada administración-, no existe razón suficiente para que no sea la Corte la que de manera autónoma y atendiendo a las calidades que debe requerir el cargo, designe al Fiscal General.

De otra parte, nos preguntamos si no ha llegado la hora de efectuar una reestructuración de la Fiscalía, modificando su estatuto orgánico, a fin de ganarle mayor eficacia en sus funciones de investigación y acusación. Esta reestructuración deberá responder a preguntas tales como: ¿la organización de las unidades de fiscales de acuerdo al tipo de delitos no conduce al recargo de unas unidades por la mayor ocurrencia de conductas de las cuales conocen y en cambio en otras una carga más liviana por la menor frecuencia de los delitos que deben investigar?

¿Resulta adecuada la estructura secretarías comunes?

¿Qué pasa con la intermediación de la prueba cuando quienes la recaudan no se encuentran bajo la inmediata dependencia del Investigador del caso?

¿Existen los medios y los programas para una formación realmente investigativa de los fiscales y del personal auxiliar?

¿Cómo lograr la coordinación efectiva entre la Fiscalía -que constitucionalmente tiene el monopolio de la investigación criminal- y otros organismos del Estado con funciones investigativas?

4. *Reformas a la Tutela*

Aceptada, de entrada, la razonabilidad de mantener la acción de tutela contra actuaciones judiciales, incluso las provenientes de los llamados “órganos de cierre” de las distintas jurisdicciones, resulta indispensable, sin embargo, someterla a principios y reglas claras que eliminen factores de fricción que durante tanto tiempo han enfrentado a la Corte Constitucional con otras instancias superiores de la rama judicial¹, pero, al mismo tiempo, permitir que esta acción siga cumpliendo su papel de instrumento de realización material, pronto e inmediato, de la Constitución y de los derechos fundamentales consagrados en ella. Estas nuevas reglas de creación legal, básicamente pueden ser:

1. Establecer competencias especiales para resolver los casos de tutelas contra sentencias de las corporaciones de “cierre” de cada jurisdicción, disponiéndose que el fallo de una de sus salas o secciones sea conocida en sala de tutela por otra de las salas o secciones de la respectiva corporación, para impedir que pueda ser anulada por un juez de inferior jerarquía. Esta solución parcialmente fue recogida en el Decreto 1382 del 2000.
2. Cuando los motivos de la casación se refieran a violación de derechos fundamentales, esta se transmitirá por el procedimiento abreviado y sumario de la tutela (tutela-casación).

1 No contamos aquí con el espacio suficiente para argumentar a favor de la procedibilidad de la acción de tutela contra actuaciones judiciales. Para una justificación en el derecho comparado, particularmente alemán, Cfr LÖSING, Norbert, “El recurso de amparo constitucional en Alemania: similitudes y diferencias con la tutela colombiana. Revista de Derecho Público, N° 18, enero 2005, Consejo Superior de la Judicatura, Embajada de la República Francesa y GTZ.

Igualmente, para el caso colombiano GARCIA Villegas, Mauricio y UPRIMNY, Rodrigo, “¿Qué hacer con la tutela contra sentencias?” Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, agosto de 2004. De los mismos autores “¿Qué hacer con la tutela?” Ajuste o desmonte?”, Rev. Derecho y Realidad, Facultad de Derecho, UPTC, 2003. ECHEVERRI, Uruburu, Alvaro, “La Constitución de 1991 y el Principio de Seguridad Jurídica”, Rev. De la Academia Colombiana de Jurisprudencia, N° 332, agosto de 2006.

3. La tutela contra sentencias no podrá atacar la libertad de interpretación de la ley que posee el juez, siempre que esta fuere razonable y compatible con los principios, valores y mandatos constitucionales, lo mismo que con la interpretación que de estos haya efectuado la Corte Constitucional.
4. Tampoco la tutela podrá impugnar la libertad de valoración probatoria de la cual está investigado el juez, siempre y cuando tal valoración resulte razonable y provenga del sopesamiento de los distintos medios de prueba obrantes dentro del proceso.
5. La acción de tutela contra sentencias debe estar sujeta a términos de caducidad, de suerte que dicha acción no quede abierta indefinidamente a la impugnación constitucional en desmedro de la seguridad jurídica. “Como lo dice la doctrina española, toda decisión judicial que ponga fin a un proceso no hace tránsito a cosa juzgada hasta que no haya transcurrido el plazo para interponer el recurso de amparo”².
6. El derecho fundamental que se considere violado dentro de un proceso ordinario, que sirve de motivo a la interposición de la tutela, deberá haber sido alegado dentro de aquel al momento de su ocurrencia, salvo que tal violación se hubiere ocasionado durante el trámite de la sentencia. Como lo señalan Rodrigo Uprimny y Mauricio Villegas: “Esta exigencia tendría un doble propósito: a) fomentar la protección de los derechos fundamentales en el propio proceso ordinario, lo cual no solo estimula la constitucionalización del derecho, sino que además controla el incremento de demandas de tutela, y b) evitar que aquellos que pierdan un caso recurran a la tutela como mecanismo desesperado e inventen posteriormente el derecho violado...”³.

Como se observa, estas posibles reformas buscan normatizar el trámite de la acción de tutela contra sentencias judiciales, que infortunadamente quedó desregularizado por virtud de la sentencia C-534 de 1992 de la Corte Constitucional, que declaró inexecutable dicha acción contra decisiones judiciales, aunque exceptuándola para las situaciones calificables como “vías de hecho”, concepto vago e indeterminado que se ha prestado a interpretaciones subjetivas de los falladores en tutelas.

Con estos ajustes legales posiblemente se lograría una seguridad jurídica mayor, compatible con la preeminencia absoluta que siempre debe mantener la Carta dentro de un Estado que se califique como constitucional y democrático.

2 PEREZ, TREMPES, Pablo. Citado. GARCIA VILLEGAS, Mauricio y UPRIMNY, Rodrigo. Op. cit. P.100.

3 Ibid. , p.101.

Conclusiones

En conclusión, pensamos que una reforma a la justicia no se puede acometer, ni producir mejores resultados que las anteriores, sin un conocimiento suficiente de las instituciones que la conforman, sin una valoración correcta de su funcionalidad con respecto a los fines del Estado Social de Derecho.

Pero, igualmente, se requiere la aceptación autocrítica de sus avances y deficiencias de parte de los responsables de su gestión, dentro de lo que los norteamericanos llaman “accountability” y que aproximadamente podría traducirse como “rendición de cuentas”. Ese espíritu autocrítico no parece acompañar a esos responsables siempre que se habla de reformas de la administración de justicia. Sin ese espíritu de aceptar los errores y deficiencias va a ser muy difícil exigir mayores esfuerzos presupuestales con destino a la justicia, lo mismo que obtener respaldo en torno a las reformas.

Finalmente, las reformas deben apuntar a profundizar las transformaciones democratizadoras de la Constitución del 91. El país no puede retroceder en el camino ganado en la democratización de sus instituciones, que fue precisamente el sello de esta Constitución.

Para nosotros cualquier reforma, incluida la judicial, deberá seguir apuntando a “construir sistemas de gobierno más equilibrados y con poderes judiciales fortalecidos” como lo señala el ex-ministro y experto en estos temas del BID, Fernando Carrillo Flórez⁴. Un nuevo balance de poderes debe volver a ser, por tanto, uno de los rasgos distintivos del inacabado proceso democratizador iniciado por Colombia a partir de la Constitución vigente.

4 CARRILLO, Flórez Fernando; “Los retos de la reforma a la justicia en América Latina”, en “Reforma Judicial en América Latina. Una tarea inconclusa. Corporación Excelencia en la Justicia, Bogotá, 1999

LAS INSTITUCIONES JUDICIALES EN LA CONSTITUCIÓN DE 1991 Y EL FORTALECIMIENTO DEL PRINCIPIO DEMOCRÁTICO

Por: Rafael Ostau De Lafont Pianeta

Magistrado del Consejo de Estado. Expresidente de la Corporación

Honrado me siento al compartir en esta mesa con tan selectos expositores y sus ilustrativas enseñanzas, con la presencia de los honorables profesores invitados y obviamente reafirmo mi aprecio y respeto por el Maestro Carpizo, adhiriendo a lo que sobre él se ha dicho en anteriores intervenciones, así como destaco igualmente la presencia de mis compañeros Magistrados del Consejo de Estado, exaltando el orgullo de pertenecer a una Corporación que, no cabe duda, con la realización de eventos de esta naturaleza contribuye notoriamente a la reflexión, al análisis, de lo que pudiésemos denominar una política de Estado sobre la administración de justicia, convocatoria que explica suficientemente la congregación de tan nutrido y connotado auditorio.

El hablar al final de una actividad como esta tiene la ventaja de haber escuchado y de haberse enriquecido de tan profundas reflexiones sobre un tema muy complejo. Pero también tiene una gran desventaja y es la de que en un repaso de lo expuesto, termina uno en un conflicto intelectual diciéndose: de qué se puede hablar después de todo lo que brillantemente se ha expuesto aquí?

Pero sin perjuicio de ello, empiezo por reflexionar acerca del título de este maravilloso Encuentro Internacional, “INSTITUCIONES JUDICIALES Y DEMOCRACIA”, que en mi opinión resulta redundante, como quiera que no se puede hablar de Instituciones Judiciales desde un punto de vista filosófico, jurídico, político y sociológico, sino dentro del contexto de un Estado Democrático.

Igualmente entiendo el concepto de Instituciones Judiciales y Democracia, como un acto de reafirmación integrador de la Nacionalidad que se envía desde este evento y en un momento tan importante para el país, por muchas razones presentes pero también pasadas, por cuanto en estos días estamos, yo no se si pueda

decirse correctamente, conmemorando el desastroso, el trágico acontecimiento del holocausto del Palacio de Justicia que nos dolió y nos dolerá por siempre y que jamás podremos olvidar.

Que gran homenaje con un certamen de esta naturaleza para quienes ofrendaron su vida en beneficio de la justicia y particularmente por la preservación del Estado de Derecho.

El planteamiento central aquí es el de formular algunas consideraciones sobre lo que puede ser una reforma a la justicia y yo coincido con quienes piensan reformar ¿qué de la justicia?, con quienes piensan sobre la necesidad de reformar la justicia, ¿para qué?, ¿Con qué propósito?, y con quienes piensan en la oportunidad de intentar otra reforma a la justicia, sobre la base de preguntarnos si acaso es la justicia la causante de los graves problemas que aquejan al país?

Sobre esos interrogantes tengo serias dudas y sin perjuicio de ello observo que en este debate sobre la justicia hay un eje temático fundamental cuyo análisis valorativo debe hacerse en forma pausada, en forma ponderada y en forma razonable, en cuanto a que la legitimidad de la designación de los jueces como Servidores Públicos no puede reducirse exclusivamente a una conceptualización bajo la óptica de la soberanía popular, como tampoco el concepto de democracia puede reducirse exclusivamente a un problema atinente al ejercicio del derecho a votar. De ser así, llegaríamos posiblemente a la desafortunada conclusión, en mi sentir, de que todos los jueces deberíamos ser elegidos popularmente, y superpondríamos a ello lo que me parece mucho más determinante y es que el Juez debe serlo por sus méritos, por la valoración y por la adecuación de sus capacidades al ejercicio de una función tan trascendente dentro del Estado.

Y bajo toda esa concepción, surge también el interrogante de ¿qué se quiere decir cuando se habla de reforma estructural en la justicia? concepto que se ha comentado no solamente en esta mesa sino en general en diversos medios, cuando se hace aparecer ante el Estado y ante la opinión pública en una forma, también en mi sentir, muchas veces supremamente equivocada y con propósitos distractores, que los grandes problemas del país se originan en los problemas de la justicia y que reformando esta se superan aquellos.

Criterio que igualmente debe rectificarse y precisarse como lo terminaré haciendo al final de esta rápida intervención, en el sentido de que las reformas a la justicia dependerán igualmente de su articulación sistémica con respecto a los ajustes que las demás institucionalidades del Estado colombiano igualmente requieren.

En ese orden, la concepción de lo estructural puede verse desde dos puntos de vista: desde el punto de vista institucional por una parte y desde el punto de vista normativo, por la otra.

Desde el punto de vista institucional se observa que es mucho más lo que se quiere abarcar con la expresión, que con lo que realmente se propone, porque desde el punto de vista estructural nosotros adoptamos en el texto constitucional de 1991 todo un sistema judicial en donde aparecen una pluralidad de órganos acompañados de una pluralidad de jurisdicciones, y no he escuchado ninguna propuesta que haya advertido que lo que necesitamos es cambiar el sistema institucional de la justicia. Y particularmente esa cobertura amplia de lo estructural básicamente se reduce a si debemos o no suprimir el Consejo Superior de la Judicatura.

Allí queda ubicada la discusión, y soy de aquellos que participa de la idea de que ni es conveniente, ni necesario, ni oportuno, suprimir el Consejo Superior de la Judicatura, cuya institucionalización en la Carta de 1991 debe tenerse como una conquista del carácter democrático e independiente de la Rama Judicial, pero igualmente soy partidario de que debe reestructurarse y bienvenida la reestructuración, que hay que replantearlo y bienvenido el replanteamiento, por cuanto en cierto modo es de reconocer que, por ejemplo, la Sala Administrativa en la orientación y adopción de determinadas decisiones seguramente se ha apartado de la filosofía del constituyente del año 91, tal como se ha mencionado aquí, en el sentido de que sus miembros, al ser designados por la misma Rama Judicial, fungieran como un punto de enlace o como una especie de delegados o representantes de las Altas Cortes, para con ello lograr una gestión armónica en el funcionamiento del Aparato Judicial del Estado y eso no se ha cumplido cabalmente como realmente se previó.

Pero que tal disfunción se resuelva incorporando a los Presidentes de las Cortes como miembros de la Sala Administrativa, sin más, sería un gran error y lo que he sostenido después de mi experiencia como Presidente de una Alta Corte, el Consejo de Estado, y como miembro de la Comisión Interinstitucional, es que como esta ya está integrada por los Presidentes de las Cortes, el Presidente del Consejo Superior de la Judicatura, por el Fiscal General de la Nación y por un representante de los trabajadores de la Rama Judicial, dicha Comisión debería formar parte de ese órgano que administre a la justicia y no continuar siendo un órgano separado como lo es en este momento, porque la misión que debe cumplir la Comisión Interinstitucional es la de adoptar y formular los derroteros y las políticas de la Rama Judicial, que a su vez deberán ser ejecutadas por ese órgano de carácter administrativo, independientemente de la denominación que se le asigne.

Y es posible que los demás miembros de la Sala Administrativa no necesariamente, por lo menos algunos, tengan que ser abogados y es pensable que además no se requiera toda la planta que hoy tienen, porque la burocracia existente constituye todo un aparato administrativo a lo largo del país para cumplir la misión que les corresponde y ello presenta evidentes desequilibrios con res-

pecto a la integración de las demás instituciones judiciales, especialmente con el Consejo de Estado.

Con respecto al tema de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria, sí claro, el constituyente le asignó ese carácter Jurisdiccional Disciplinario y esas dos grandes funciones que se han mencionado por otros expositores: la de juzgar disciplinariamente a los funcionarios judiciales, es decir, Jueces, Magistrados de los Tribunales y Fiscales, por un lado, y a los abogados en cuanto al ejercicio profesional, por el otro. En este orden, el punto de discusión que me parece que realmente debe darse, allí independientemente de que deba suprimirse o no, con lo cual tampoco estoy de acuerdo, se refiere al sistema de elección de sus miembros y a la naturaleza de las funciones que desempeña.

Al origen de sus miembros, porque ya se ha explicado claramente como allí hay una, parece ser innecesaria e indebida injerencia e influencia política, en la designación de los miembros de una Corporación que va a cumplir una función judicial o cuasi judicial como se ha mencionado acá, lo cual a su vez ha demostrado equívocos de muy alta gravedad. No existe fundamento sólido alguno que sustente este sistema de elección compartido entre el Ejecutivo y el Congreso de la República y, por el contrario, ello denota un resquebrajamiento de la independencia de la Rama Judicial.

Precisamente ese origen es el que debe revisarse para que la Rama Judicial se fortalezca más en su independencia, en un tema tan neurálgico como el del comportamiento disciplinario de sus miembros, adoptándose el mismo sistema de elección que hoy tienen los miembros de la Sala Administrativa del mismo Consejo Superior de la Judicatura, sin que ello en manera alguna implique ocultos propósitos de irresponsabilidad.

Y la otra consideración es la de la naturaleza de la actividad que desempeña esta Sala, sobre la base de que el Constituyente la calificó de jurisdiccional, pero nosotros sabemos de antemano, que la función disciplinaria *per se* y en su versión de origen doctrinario y legal es predominantemente administrativa, luego el Poder Disciplinario en Colombia tiene igualmente esa naturaleza y aquí por una excepción concedida por el Constituyente, quizás en orden a lo que el llamado Tribunal Disciplinario cumplió antes de la Constitución del 91, le reafirmó el carácter judicial y sin perjuicio de esa consideración creo que igualmente no se justifica que en nuestro país haya un doble régimen disciplinario sin un visible sustento filosófico y jurídico, en tanto que unos funcionarios, la mayoría de los Servidores Públicos, se someten a un régimen disciplinario de carácter administrativo con la opción de un control judicial ante el Contencioso Administrativo y a un sector bien importante de la Rama Judicial, Jueces, Magistrados de Tribunales y Fiscales, y a los Abogados por razón del ejercicio de la profesión, se les

somete a un régimen disciplinario en el cual no tiene las mismas garantías que tiene el resto de los Servidores Públicos.

Considero, en ese sentido, que es necesario replantear la naturaleza jurisdiccional de la función disciplinaria que el Consejo Superior de Judicatura desempeña a través de su Sala Disciplinaria para otorgarle el carácter administrativo que realmente tiene y que sus decisiones sean controladas como son las otras decisiones disciplinarias, por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, inclusive pensando en el establecimiento de un recurso especial que no implique la reproducción del proceso administrativo en el ámbito judicial, que es lo que en muchos casos ocurre, como lo he venido sosteniendo en el ámbito académico, tanto Nacional como Internacionalmente, en mi condición de Presidente de la Confederación Internacional de Derecho Disciplinario.

Desde el punto de vista normativo hay varias consideraciones que hacer y quizás uno de los puntos que no fue desarrollado completamente en las magistrales intervenciones anteriores es el relacionado con el tema de las Fuentes del Derecho en el caso colombiano.

El asunto tiene que ver con lo dispuesto por el artículo 230 constitucional, cuando señala que los jueces están sometidos al imperio de la ley y que la jurisprudencia tiene un carácter auxiliar. Ese es el gran debate que debemos adelantar en nuestro país, por cuanto la tesis adoptada por la Corte Constitucional ha sido la de ir sosteniendo el carácter obligatorio de su jurisprudencia bajo el imperativo discutible de una extensiva interpretación del precepto superior mencionado, atribuyéndole a dicha jurisprudencia el carácter de Fuente Formal del Derecho, frente a otra postura, como la que algunos pensamos, según la cual puede haber un punto intermedio en el sentido de mantener la tradición románico - germánica de la ley como Fuente Formal del Derecho, predominante, sin perjuicio de que en ciertos casos los criterios jurisprudenciales puedan tener efectos jurídicamente vinculantes para la adopción de decisiones por parte de las autoridades administrativas, tal como lo estamos proponiendo en el proyecto del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y aprovecho la oportunidad para reafirmar que allí no se está proponiendo la jurisprudencia como Fuente Formal de Derecho con carácter obligatorio, sino la aplicación de criterios jurisprudenciales unificados adoptados en las decisiones que con ese objetivo profiera la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, con la finalidad de garantizar la tutela efectiva de los derechos de los asociados en sede administrativa, mecanismo que es perfectamente compatible con el Derecho Fundamental de Acceso a la Justicia.

Otro tema que tiene que ver con la llamada Reforma a la Justicia, no con carácter de reforma constitucional, sino con una eventual regulación legal, es el de

los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos. Al respecto, creo que es pertinente destacar como el derecho como ciencia e inclusive la sociología política, han prolijado la configuración y el desarrollo de esta serie de instrumentos supremamente importantes para la definición de los conflictos de un país y que en el nuestro apenas avanzamos pausadamente en busca de la cultura de la mediación, de la conciliación, pero que es indispensable asumir con mucha más fortaleza y al que deberíamos orientar muchas de las acciones que pueden dar lugar al surgimiento de conflictos que pueden ser superados, prevenidos o definidos a través de su aplicación, mediante una clara y objetiva regulación legal, teniendo en cuenta la realidad conflictiva de nuestra sociedad.

En este escenario analítico también resulta necesario abordar el tema de la Oralidad. Es el otro gran debate frente al concepto de eficacia y eficiencia de la justicia. Coincido con lo que se mencionaba aquí en el sentido de que tenemos que permitir que el régimen legal de la justicia también opere; hemos producido grandes transformaciones sin necesidad de grandes reformas constitucionales de la justicia. La Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, reformada por la Ley 1285 de 2009, incorporó el principio o el mecanismo de la Oralidad en todos los procesos judiciales como una Política de Estado, de la cual se hace eco en lo Contencioso Administrativo en el proyecto de Código nuevo que cursa actualmente en el Congreso de la República, y que puede también ser una opción para reafirmar y amplificar la cobertura del derecho fundamental de acceso a la justicia, teniendo en cuenta, además, que el país ya ha regulado el tema en varias áreas que pueden resultar supremamente interesantes en el mejoramiento de la calidad de la justicia.

Situación que también merece mucha atención es la de que, sin perjuicio de considerarlas instrumentos muy importantes que deben preservarse y protegerse, las acciones de Tutela y las acciones Populares terminaron en nuestro país creando un desequilibrio en el actuar judicial, en tanto que, por ejemplo, el juez contencioso cuando actúa como juez de Tutela, cosa que se observa en muchísimos escenarios, tiene unos poderes para dirigir el proceso que no tiene cuando actúa como juez contencioso. ¿Cuál es la razón de la diferencia? la ley.

¿Es justificado mantener esa que yo llamo una discriminación instrumental de carácter judicial en el juez, que ante una misma situación por el hecho de ser tramitada ella por una vía procesal distinta a la contenciosa, pueda adoptar medidas diferentes que pudiese adoptar en cualquier proceso? y por eso en la Comisión Redactora del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo creemos que hay que equilibrar los poderes del juez, el juez tiene que ser un verdadero Director del proceso, pero investido de los poderes suficientes que le permitan lograr el propósito de que la pronta justicia sea una realidad, pero fundamentalmente que la calidad de justicia llegue a sus destinatarios.

En cuanto al tema de las funciones electorales que el constituyente le asignó a las Altas Cortes, hay que hacer claridad con respecto a lo que he observado siempre frente a las críticas en tal sentido, particularmente cuando se habla de politización de la justicia, pues ello se circunscribe a que el Consejo de Estado por ejemplo, como las otras Cortes, interviene en la postulación de candidatos a la Procuraduría General de la Nación, o interviene en la postulación de candidatos a la Contraloría General de la República, o que interviene en la postulación de candidatos a las contralorías locales, y repito lo que he observado es que en la Rama Judicial no existiría resistencia si se tratara de suprimirle estas funciones; pareciera ser que ese no es el centro del debate, sino el de reflexionar de cara al país, a quien se le va a asignar tales funciones. El constituyente del 91 tuvo razones poderosísimas para replantear el tema y en mi sentir la Rama ha ejercido tales funciones en debida forma, de tal manera que el país también debe ser advertido e informado claramente acerca de la imperiosa necesidad de reversar tal determinación y a quien se le van a entregar dichas atribuciones. Volveremos a lo del pasado en que los órganos de control eran apéndices del Ejecutivo o prolongaciones directas del Legislativo? Ese es el debate que el país debe dar.

Ya para concluir, dado lo implacable del tiempo asignado, yo diría que las reformas a la justicia no pueden entenderse en forma aislada del resto de la institucionalidad del país, sobre el supuesto de que hay que propender por el mantenimiento del necesario equilibrio requerido en el ejercicio de los poderes públicos, como soporte indispensable del democrático postulado de los pesos y contrapesos y del carácter independiente de la justicia como garantía de los derechos de los asociados.

Correlativamente y en cuanto a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, considero que la concepción que inspira el proyecto de nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, constituye un importante avance en la modernización de la justicia administrativa, normativa procesal que identifica la propuesta de un régimen instrumental efectivo de los derechos sustanciales, para una jurisdicción tan sensible que tiene por objeto resolver los conflictos que surjan durante o con ocasión de las actividades y de las relaciones entre el aparato administrativo del Estado y los Administrados, y que tiene como finalidad provocar y propugnar el que las autoridades públicas cumplan eficientemente con su labor. De esta manera, en la medida en que el Administrado encuentre una respuesta directa a la satisfacción de sus necesidades y a la definición de sus conflictos ante las autoridades que deben resolvérselos, esperarí que cada vez más, como he dicho también en otras oportunidades, ojalá el asociado requiera menos al juez contencioso.

Muchas gracias.

LAS INSTITUCIONES JUDICIALES EN LA CONSTITUCIÓN DE 1991 Y EL FORTALECIMIENTO DEL PRINCIPIO DEMOCRÁTICO

Por: Gustavo Aponte Santos
Expresidente del Consejo de Estado

Buenas tardes a todos los asistentes y especialmente a los compañeros que nos acompañan en la mesa.

Bueno, se ha planteado en este panel el tema de la reforma a la justicia y ella es parte de los debates actuales, de lo que en el programa aparece como los debates actuales. De modo que en los pocos minutos que tengo, voy a comentar mis apreciaciones sobre las instituciones judiciales contenidas en la constitución colombiana de 1991 y la necesidad de reformarlas.

Una forma de hacer un juicio de valor sobre las instituciones creadas en la reforma del 91 sobre el tema jurisdiccional, sería, después de veinte años, hacer una retrospectiva y en grandes pinceladas ver los resultados de esa reforma. Y uno observa, hoy por hoy, situaciones de diverso tipo: unas, como ya lo decía el doctor Echeverri, muy halagadoras, pero otras, muy críticas desde el punto de vista del principio democrático.

Entre los buenos resultados, yo pienso que en esta evaluación retrospectiva hay una estrella fulgurante en el mundo judicial que es la acción de tutela. Con todas las críticas que pueda haber sobre los excesos que eventualmente se hayan podido cometer, esa institución, esa acción acercó realmente a la ciudadanía a la solución de sus problemas fundamentales, al reconocimiento de sus derechos fundamentales de una manera ágil, seria, en donde se observa que la justicia material es posible. Ese es un gran éxito de la constitución del 91.

Muy importante, también, el fortalecimiento de la independencia del poder judicial frente a los demás poderes, y en esa línea están todos los ejemplos de

estos años en donde el poder judicial reivindicó siempre y sigue reivindicando, su independencia frente al poder ejecutivo y frente al poder legislativo, como fortalecimiento del principio de separación de poderes en el mejor tono democrático.

Hasta aquí, dos elementos fundamentales en esta visión retrospectiva.

Por otro lado, se acepta también que la autonomía de la rama judicial se ha consolidado con la creación de una serie de instituciones cuya cabeza es el Consejo Superior de la Judicatura. Sin embargo, el debate actual se centra en analizar hasta donde el Consejo Superior de la Judicatura en sus salas Administrativa y Jurisdiccional Disciplinaria ha cumplido la tarea o se ha quedado corto frente a las expectativas que el país tenía. Y allí es necesario profundizar un poco.

Puede decirse que la percepción general de la ciudadanía sobre la justicia es que aun adolece de grandes fallas y problemas. Por un lado, el tema de la congestión de los despachos judiciales y la duración absurda de los procesos. En eso hemos sido derrotados. El crecimiento de la demanda de justicia no ha podido satisfacerse. No ha habido medida administrativa ó judicial que haya podido resolver el tema de la congestión. Ahí hay un lunar muy grande porque estamos denegando justicia en la práctica. No es posible que haya procesos que se sigan demorando más de diez años. Hay una denegación de justicia y eso no es democrático.

Alrededor de dos millones de casos están durmiendo todavía en los anaqueles de los despachos judiciales, y el Estado, el aparato judicial y todos los que tenemos que ver con el tema, no solamente la justicia, sino también el poder ejecutivo y el poder legislativo, no ha podido resolver este problema. Es un problema de Estado, esa es una percepción que la gente tiene. Y esta es una misión que requiere tomar medidas profundas, medidas orientadas a resolver definitivamente el problema. Hay que cambiar el enfoque, porque a veces la rama judicial es autista y se reforma hacia el interior sin mirar a los clientes, como diría un mercadotecnista.

Y quienes son los clientes de la justicia? Por un lado, la ciudadanía que espera ansiosa la solución a sus casos y por otro lado, los abogados litigantes. Las reformas judiciales normalmente no miran esa parte, no miran al ciudadano que está detrás de la baranda, de modo que ese es un punto muy grave.

Así las cosas, se observa que el órgano llamado a liderar, gestionar y resolver todas estas situaciones, que es el Consejo Superior de la Judicatura, no ha sido exitoso y sus medidas se han quedado cortas. Esa es una gran responsabilidad.

Un segundo punto que deseaba tocar, también es muy inquietante y consiste en que ya algunos estudios están mostrando que la percepción de la ciudadanía es que existe un nivel creciente de corrupción en la justicia. Los escándalos en el

manejo de ciertas funciones son un referente fáctico. Las estadísticas muestran que el 47% de la población, mira al sistema de justicia como que eventualmente puede ser objeto de corrupción desde muchos ángulos y la congestión judicial es un caldo de cultivo para la corrupción.

Un tercer elemento, en el que coincido con el doctor Echeverri, es que hay en la justicia un cierto grado de politización, entendida la politización como aquella intervención de poderes distintos en la rama judicial. No me refiero a que las decisiones judiciales, las sentencias, se hayan politizado, porque no tengo evidencias. La politización a que hago referencia es en aquellas funciones que la constitución del 91 le entregó a las instituciones judiciales, a las altas cortes especialmente y a los tribunales, que no son judiciales sino de orden administrativo – político. Estoy hablando de la participación de la Rama Judicial en el proceso de designación o nombramiento para altos cargos del estado. Estas funciones han deteriorado la imagen de la Rama Judicial y crean ambientes proclives a la corrupción.

En este contexto de cosas buenas y de fracasos, es clara la necesidad de una reforma estructural a la justicia. Yo soy partidario de hacer dicha reforma.

Y esa reforma tiene que hacerse en dos grandes niveles: un nivel constitucional y un nivel legal.

En el nivel constitucional, que en razón del corto tiempo es el único que podré tocar, es necesario hablar primero del presupuesto de la rama, porque ese asunto lo hemos manejado en el nivel legal, hasta ahora. Se introdujo en el párrafo del artículo primero de la ley 1285 de 2009 que reformó la ley estatutaria de la justicia. Allí se dice que se autoriza al gobierno nacional para que el 0.5% del Producto Interno Bruto, en los próximos 4 años, sea destinado específicamente para la rama judicial y eso se ha incumplido. Así lo dice la ley, pero hoy en día si no se constitucionalizan todas las cosas, pareciera ser que no tienen un curso normal, ni tienen prosperidad, ni futuro.

Por eso me preocupa lo que dice el doctor Echeverri, en el sentido de que basta una simple reforma legal. Ya la hicimos. Ya ese mandato está en la ley 1285, pero en los presupuestos de los dos últimos años no aparecen las partidas que se suponía deberían apropiarse para resolver dos problemas críticos: la congestión y la oralidad, según el texto. De modo que hay que constitucionalizar el problema presupuestal de la rama, porque autonomía sin presupuesto, es como una mesa a la cual le falta una pata.

También en el nivel constitucional, pienso que es necesario reformar el Consejo Superior de la Judicatura, y yo soy más radical que el doctor Echeverri en el sentido de decir que la Sala Jurisdiccional Disciplinaria de ese Consejo, debe desaparecer. Como se sabe, la Sala Disciplinaria tiene dos grandes funciones,

entre otras, pero las dos más importantes son el juzgamiento disciplinario de los abogados y el juzgamiento disciplinario de los jueces.

Mis razones son:

En el diseño institucional de esta Sala Jurisdiccional Disciplinaria, se cometieron dos graves errores: por un lado, entregarle al Congreso de la República la designación de los magistrados que la integran, escogidos de ternas propuestas por el señor Presidente de la República. Yo creo que esa es una función que conduce a politizar y a dar una percepción de politización en la rama judicial. Y las evidencias están a la vista por las personas que allí han sido designadas con perfil eminentemente político. Ellos son los jueces disciplinarios de los jueces de carrera y de los abogados, es clara entonces la necesidad de reformar esta institución.

Y por otro lado, el segundo error. Se transformó la naturaleza jurídica de la función disciplinaria, que es típicamente administrativa, en una función de naturaleza judicial. De modo que, en virtud de una sentencia de la Corte Constitucional, esas decisiones de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria se convirtieron en sentencias que, por serlo, no tienen control de legalidad ante lo contencioso administrativo. Allí hay una queja tremenda de ambos lados de la baranda: la queja de los jueces y la queja de los abogados sobre la forma como se están haciendo los procesos disciplinarios y sobre la autoridad moral de quienes adelantaron dichos procesos.

Por otra parte, pienso que el juzgamiento de los abogados debemos hacerlo los mismos abogados, como ocurre en otras partes del mundo. Ya es hora, ya estamos maduros para que los colegas de la colegiatura asuman el control ético de la profesión.

Por último, en la Sala Administrativa hay que hacer reformas profundas. Yo creo que el mismo legislador se dio cuenta del error de diseño de la Sala Administrativa en la Constitución, al no integrar dicha sala con personas en ejercicio judicial, y por eso en la ley estatutaria de administración de justicia que es 4 ó 5 años posterior a la constitución, se creó la Comisión Interinstitucional de la Justicia, donde sí están presentes las jurisdicciones con los presidentes de las altas cortes. Es que en el Consejo Superior - Sala Administrativa no están presentes las jurisdicciones, lo que tenemos son unos delegados allí, magistrados también que ejercen una función administrativa, pero sin presencia de las cortes en la toma de decisiones.

Lo anterior conduce a cierto alejamiento o ruptura de la Sala Administrativa del Consejo Superior con sus nominadores que son las altas cortes con quienes no guardan cordón umbilical alguno. De esta manera fácilmente el Consejo Superior Sala Administrativa, olvida que es un área de apoyo y no un área misional

en la justicia. El área misional de la rama son las Cortes y son las jurisdicciones, los jueces, el área de apoyo, que organizacionalmente debe estar al servicio de lo misional, es el Consejo Superior de la Judicatura.

Este diseño institucional permite que la Sala Administrativa del Consejo cobre un alto grado de independencia frente a las jurisdicciones y entonces, el Consejo no funciona bajo el objetivo de resolver las necesidades sentidas de la rama, sino bajo el objetivo de satisfacer su propia agenda. Sus planes y programas no consultan los problemas reales y así tenemos que, en vez de estar al servicio de lo misional, lo misional está al servicio de lo instrumental, es decir, del Consejo Superior de la Judicatura. Hay un error estructural y una inversión organizacional que es necesario corregir.

De tal manera que yo si pienso que es necesario reestructurar la Sala Administrativa, y reemplazarla por otra que tenga un diseño más adecuado a su función de administración y supeditada a las altas Cortes. Un diseño, en donde los Presidentes de las Cortes participen directamente y que, como no pueden estar permanentemente ahí, tengan un cuerpo de asesores en materias administrativas. Pero donde las jurisdicciones, que son las que sienten sus necesidades estén en el gobierno de la rama. De otra manera, seguirá ese paralelismo entre dos instituciones que, si bien han tenido algunos éxitos, pienso que hubieran sido más fructíferas y mucho más eficientes si se hubieren integrado las jurisdicciones desde el principio.

Mi tiempo ha concluido. Muchas gracias.