

La corte constitucional y los límites de su jurisdicción

HÉCTOR J. ROMERO DÍAZ

Profesor Asociado de la Facultad
de Derecho, Ciencias Políticas y
Sociales de la Universidad
Nacional de Colombia.

RESUMEN

Este ensayo aborda puntualmente la temática en torno a la jurisdicción de una corte constitucional a partir de los presupuestos de la categoría de Estado Social y de los conceptos del constitucionalismo moderno, en específica referencia al derecho europeo. Posteriormente, se exponen como corolario las razones de inaplicabilidad del modelo al caso colombiano.

ABSTRACT

This essay addresses the topic of the constitutional jurisdiction from the assumptions of Social State category and the concepts of modern constitutionalism with reference to European law. Afterwards, the reasons of inapplicability of the model for the Colombian case are put forward like corollary.

1. Introducción

No es nuestra pretensión hacer un estudio de Derecho Constitucional que comprenda desde los más remotos tiempos hasta las modernas corrientes sobre temas y escuelas que aluden a esta área del saber jurídico y a las funciones que debe cumplir hoy un tribunal constitucional.

Ocuparnos de tan extensa materia rebasa la finalidad este escrito. No es, pues, nuestro propósito detenernos a fondo en aspectos como los que aluden a posiciones sobre el alcance y contenido del control constitucional de la economía, a las tesis que plantean la inexperiencia e ignorancia que se les atribuye a los abogados, en general, sobre asuntos económicos, presupuestales, de gastos e impuestos.

De ningún modo nos detendremos a fondo en los fundamentos doctrinales y jurisprudenciales, según los cuales es a los parlamentarios y a los gobiernos, en razón de ser elegidos por las mayorías políticas, a quienes corresponde el derecho de decidir sobre el modelo económico de un país.

Tampoco es nuestra intención fijarnos a profundidad en tesis como la que sostiene que la "constitucionalización" del modelo de desarrollo introduce excesiva rigidez en el manejo económico y que dejarlo en manos de los magistrados implica mengua del pluralismo, en razón de que las mayorías dejan de participar y que judicializar la política económica trae como consecuencia la politización de la justicia.

Se ha dicho que el "gobierno de los jueces", especialmente en el campo económico, conlleva efectos de trascendencia desmedida, hasta el punto que en el mundo entero el legislador y el poder constituyente se han visto en la necesidad de limitar el control constitucional en este aspecto, entre otras razones, porque en no pocas ocasiones las decisiones judiciales se han

vuelto populistas. En razón de lo anterior, la Corte Suprema de los Estados Unidos, ante la amenaza del presidente Roosevelt de cambiar la composición de la corte, dada la inmensa crítica de la opinión pública a las jurisprudencias en el campo económico, en principio, se ha abstenido casi por completo de incursionar en los lineamientos de los órganos políticos¹.

También en Alemania la doctrina y la jurisprudencia tienen establecido que es al legislador a quien corresponde el desarrollo de la política económica más adecuada².

En España, la Constitución de 1978 no consagró un modelo económico concreto con el expreso y exclusivo propósito de dejar el campo abierto a la diversidad política³.

Sin embargo, frente a la doctrina precedente, existe otra corriente llamada "Constitucionalismo económico", según la cual es perfectamente legítimo que la Corte Constitucional intervenga en este campo, planteamiento éste defendido por connotados tratadistas, entre los cuales se destaca el jurista vienés Hans Kelsen en su escrito *La garantía jurisdiccional de la Constitución*⁴.

Retomando la línea expositiva inicial, reiteramos que no nos detendremos en las anteriores tesis; dado que nos parece más apropiado y útil referirnos de manera concreta y sucinta a temas que inquietan y preocupan a juristas, estudiosos y, en general, a la comunidad nacional.

2. Facultades de una Corte Constitucional Tendencia supuestamente moderna

Algunos analistas creen, como lo anota Boaventura de Sousa Santos, que la función judicial debe tener en la actualidad una preeminencia tal, que el Tribunal o la Corte Constitucional es quien se encuentra legitimada y obligada a controlar a las demás ramas del poder público. En este orden de ideas, nuestra Corte Constitucional en sentencia T-406 de 1992, dijo: "El juez ha de convertirse en un instrumento de presión frente al legislador, de tal manera que éste, si no desea ver su espacio invadido por otros órganos debe hacer desarrollos legales y expedir normas".

Igualmente, se argumenta en defensa de los poderes legislativos de la Corte Constitucional, que la

1. Rodrigo Uprimny Yepes, "Justicia constitucional, derechos sociales y economía: un análisis teórico y una discusión de las sentencias de Upac", en revista *Pensamiento Jurídico*, número 13, Bogotá, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Nacional de Colombia, p. 152.

2. *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 1996, pp. 561 y ss., citado en Uprimny, ob. cit., p. 154.

3. *Constitución económica española*, Madrid, Óscar de Juan Asenjo, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, cap. III.

4. Hans Kelsen, *Escritos sobre democracia y socialismo*, citado en Uprimny, ob. cit.,

pp. 164 y 165. En el mismo sentido John Hart Ely, *Constitucionalismo y democracia*, Harvard University Press, 1982, traducido por la Universidad de los Andes.

Constitución es la norma suprema que alguien debe garantizar que las normas de inferior jerarquía no la vulneren, lo que sólo puede hacer un Tribunal constitucional. Se dice, así mismo, que las facultades de la Corte Constitucional, fundadas en la supremacía de la Constitución, son indispensables para limitar al Ejecutivo y al Legislativo en defensa de la persona y, que "la Constitución contiene los mandatos del pueblo soberano, mientras que los legisladores son simplemente sus representantes".

Por lo anterior, afirman que el Tribunal Constitucional al anular una ley, no está contradiciendo la voluntad popular e imponiendo sus criterios sobre los legisladores, sino que por el contrario, esa anulación lo único que hace es ratificar una voluntad superior encarnada en la Constitución⁵. Es así como se ha venido abriendo camino el "Constitucionalismo económico", según el cual es perfectamente legítimo que la Corte Constitucional intervenga en este campo⁶.

El planteamiento precedente expuesto por quienes defienden una corte o tribunal que pueda intervenir en la generación de legalidad atada a la Constitución, va más allá, hasta el punto de decir que no sólo es aplicable a lo económico, sino que al hablar del "Estado constitucional", se expresa, en términos generales, que debe jurisdiccionalizarse la política, esto es, acabar con la frontera entre la Corte y el Congreso. Así mismo, que la Corte Constitucional es un órgano no sólo jurídico sino también político, pues la Constitución y la ley cumplen funciones jurídicas y políticas; agregan, que la Corte Constitucional tiene preeminencia sobre las demás ramas del poder porque a ella corresponde interpretar las distintas concepciones de justicia e interactuar para lograr la armonía entre ellas; que el juez constitucional no tiene por qué preocuparse o prever las consecuencias políticas de sus fallos; y, finalmente, que existe derecho porque existen jueces, por lo cual el juez constitucional está en el deber de llenar las lagunas legislativas a través de sentencias integradoras.

La aplicación de los anteriores planteamientos en el derecho colombiano se ha sostenido por sus defensores, fundamentalmente, con el argumento de que así ocurre en modelos europeos, especialmente en España e Italia. Sin embargo, este criterio, a nuestro jui-

cio, no puede aplicarse en el derecho colombiano por las razones que adelante expondremos.

La Corte Constitucional en un Estado social de derecho. Funciones de la Corte colombiana

La tesis planteada en el apartado anterior fue expuesta por el ex presidente Alfonso López Michelsen en la década de 1940. No obstante, el mismo escritor y profesor de Derecho Constitucional, en su intervención inaugural del Segundo Congreso de Derecho Constitucional, llevado a cabo en el año 2000, para retractarse de la tesis sostenida en aquel entonces, afirmó que dicha posición había sido tan sólo un "desvarío de su adolescencia".

En la actualidad gran parte de la doctrina constitucional europea se inclina por la tesis según la cual, la función de los tribunales constitucionales debe ser cada vez más clara y limitada, pues considera que resulta demasiado peligrosa la omnipotencia del tribunal constitucional. Incluso a comienzo de la década del noventa se inició una tendencia dirigida a definir con claridad la competencia de los tribunales constitucionales, precisamente con el objeto de evitar la amplia competencia que algunos se han venido atribuyendo⁷.

La posición anterior tiene perfecta conexión con la teoría clásica del Estado —división de los poderes— impulsada principalmente por Montesquieu, quien propugna por que la actividad jurisdiccional sea limitada. Según ésta, el poder judicial debe abstenerse de interferir en la labor propia del Legislativo, cuando expresa: "pero, si bien, los tribunales no deben ser estáticos, los juicios deben estar a la medida y conforme a la letra de la ley. Donde prime la opinión privada del juez, las personas vivirán en sociedad sin el exacto conocimiento de la naturaleza de sus obligaciones"⁸. El mismo autor para enfatizar su planteamiento, que, en verdad, nos parece un tanto extremo:

...los jueces nacionales no son más que la boca que pronuncia las palabras de la ley, meros sujetos pasivos, incapaces de moderar ni su fuerza ni su rigor⁹.

Sin llegar al exceso anterior, lo cierto es que en un Estado democrático y constitucional, cada uno de los poderes debe actuar en forma separada, en colaboración armónica, pero con independencia de funciones.

5. Uprimny, ob. cit., p. 163.

6. Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1984; Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma*, Madrid, Civitas, 1981.

7. En este sentido ver, Francisco Bastida, Joaquín Varela y Juan Luis Requejo, *Derecho Constitucional, teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel Derecho, 1992.

8. Montesquieu, *The Spirit of Laws*, citado por Diego López-Medina en *Towards a Pragmatic Theory of Legal Interpretation*, traducido del inglés, p. 1.

9. *Ibid.*, p. 2.

En el mismo orden de ideas, el propio Kelsen, al señalar las funciones del tribunal constitucional, lo ha calificado como 'legislador negativo' (Öhlinger)¹⁰.

Desde luego, no desconocemos que Hans Kelsen durante un período prolongado de su vida sostuvo que la Corte Constitucional, sólo en ciertos casos era legislador negativo, lo que significa que en los demás casos sería un legislador positivo. Empero, como lo acabamos de señalar, también sostuvo el mismo tratadista que la Corte Constitucional jamás podrá ser colegislador, pues con ello estaría invadiendo las funciones del parlamento.

Si bien es cierto que Kelsen reconoce el papel de los tribunales como creadores de derecho, a la vez resalta las dificultades y peligros que encierra la intromisión del poder judicial en la labor del legislativo¹¹.

En realidad, a partir de la segunda mitad del siglo XX, el control de constitucionalidad en diversos países de Europa es más estricto, incluso en muchos de ellos se ha establecido de manera concreta y taxativa la competencia o campo de acción hasta donde puede llegar el control constitucional.

Es evidente, por ejemplo, que en materia de derechos fundamentales las posiciones jurisprudenciales se han inclinado más por la prudencia que por la fogosidad del juez constitucional.

En otros términos, la intervención de un tribunal constitucional ha de traducirse en el control de las normas y cuando éstas resulten inconstitucionales así ha de declararse y, si ello es posible, corregirse, pero esta última tarea, en todo caso, ha de cumplirse, por quien tiene la facultad de crear la ley, es decir, por el legislador.

Desde luego, lo anterior obliga a que el legislador entre en un proceso de mucha actividad, se ocupe en el desarrollo de las normas constitucionales, es decir, ejerza su función, lo cual garantiza la democracia.

Si bien es cierto que la jurisprudencia ha de responder al desarrollo de un bloque de constitucionalidad y a la tendencia de la globalización —tesis ésta objeto de serias críticas—, no ha de perderse de vista que también debe conservarse la pluralidad y diversidad étnica, cultural, social, jurídica y política, como lo manda nuestra Carta Fundamental (artículos 1, 7, 10, 12, 13 y 40 C.P.).

Es precisamente por lo anterior que no puede optar un tribunal constitucional por inmiscuirse en todo tipo de decisiones, con el argumento de que así se actúa en otros países, con mucha menos razón si ellos pertenecen a otros continentes.

Sin lugar a dudas, una corte o tribunal constitucional es el organismo de control sobre las tres ramas del poder público y aun sobre los particulares que atenten contra la Constitución, pero ello no implica que dicha corte o tribunal, excusándose en tales funciones, incursione en terrenos que le están claramente vedados por el mismo texto y por el desarrollo constitucional. No se puede, so pretexto del avance de la jurisprudencia, rebasar la Constitución. Afirmar lo contrario, implicaría que los tribunales constitucionales podrían —en aras de salvaguardar la Constitución— invadir funciones o facultades de las otras ramas.

Ahora bien, si podemos afirmar que en razón del control constitucional la Corte ha de readecuar la interpretación o actualización de la ley, y, si fuere el caso, declarar su inconstitucionalidad, esto no significa que pueda crear leyes.

Lo anterior, por cuanto que Colombia es un Estado social de derecho, no sólo por haberlo consagrado así la Constitución de 1991, sino porque en las diversas reformas que se le hicieron a la Constitución de 1886, fundamentalmente en 1936, bajo el gobierno de López Pumarejo, se acogieron los principios sociales formulados por Leon Duguit. En efecto, los artículos 2 y 30 de la Constitución anterior a la de 1991, eran claros en el sentido de que consagraban deberes sociales en cabeza del Estado y de los particulares. En cuanto a la propiedad, tal como lo hace la Constitución de 1991, en 1936 se consagró que tiene una función social que implica obligaciones. Y, en procura de materializar los deberes y fines sociales del Estado, la actual Constitución, al igual que la anterior, ha consagrado que las ramas del poder público tienen funciones separadas, pero que colaboran armónicamente para la realización de los mencionados objetivos.

Conclusión lógica de lo que se acaba de expresar, no puede ser otra que la que en un Estado social de derecho, así las normas constitucionales sean abiertas y por lo mismo admitan múltiples desarrollos.

10. Louis Favoreu, *Los tribunales constitucionales*, Barcelona, Ariel, 1994, p. 56.

11. Hans Kelsen, *La teoría pura del derecho*, México D.F., Editora Nacional, 1979, pp. 144 y 145.

cada una de las ramas del poder público tiene sus propias funciones y, en consecuencia, le está vedado invadir las de las demás.

Por lo mismo, no nos parece admisible la justificación de que la Corte puede tomar casi todo tipo de decisiones, con el argumento de que así lo hacen las Cortes o Tribunales de España, Italia, Austria o Estados Unidos, pues para nadie es un secreto que existen múltiples diferencias entre dichos países y Colombia. Valga la pena mencionar, entre las diferencias existentes, que por ser Colombia un país subdesarrollado, sus fuerzas productivas no sólo son escasas, sino que además tienen una historia diferente. A lo anterior se agrega que la fuerza normativa de cualquier Constitución no fluye únicamente de sus postulados, sino de las condiciones materiales en que se ha producido y en las cuales se desarrolla.

De esta forma, no puede el juzgador constitucional, so pretexto de la independencia judicial, resolver cuanto le parezca, olvidando que la primera condición para que pueda proclamar su autonomía, será la de que tenga presente, que siempre está sometido, en primer término a la Carta Política y, en segundo lugar, a la ley.

Coherentemente, y siguiendo los planteamientos de Kelsen cuando sostiene que la Corte Constitucional no puede ser colegislador porque invade las funciones del parlamento, consideramos que, fundamentalmente, dicho tribunal debe cumplir con el papel de un legislador negativo —*ius rescindens*— y dejar el positivo —*ius rescisum*— al legislador. Sin duda, la posición anterior evita que con la excusa de llenar vacíos legales e invocando la función integradora que le corresponde cumplir a la Corte, se convierta ésta en un legislador paralelo.

Lo anterior, desde luego, en ningún momento significa que la Corte en sus decisiones olvide que ellas deben ajustarse al Estado social y democrático de derecho. En consecuencia, es claro que la protección de los derechos fundamentales no ha de ser un simple simbolismo, una consagración, sino que debe la Corte procurar que se garanticen de verdad, lo que se traduce en que el juez constitucional debe materializar la justicia. Por esto, las decisiones sobre acciones de tutela que llegan para revisión a la Corte deben ser objeto de un delicado examen, pues al haber sido establecida esta acción para la protección inmediata

de tales derechos, necesariamente se ha de crear una conciencia general de la verdadera protección de los mismos, una especie de conciencia en la seguridad jurídica y de verdadera administración de justicia constitucional por parte de la Corte. Labor ésta que de sobra ha cumplido bien la Corte Constitucional, por lo cual estamos de acuerdo con lo que, con todo acierto, dijo el 92% de los consultados en una investigación realizada por la Universidad de los Andes: "Si la tutela no existiera en Colombia, muchos más serían los derechos fundamentales que se habrían violado".

Así mismo, en las decisiones de la Corte, cuando ello fuere preciso, deben primar los criterios sociales, ajenos por lo tanto al individualismo o iusnaturalismo racionalista heredado del *ancien régime* y recogido por los filósofos de la revolución francesa.

El juzgador debe defender la justicia, esto es, la búsqueda de una sociedad, si bien no igualitaria, por lo pronto menos desigual. En caso de duda, la balanza debe inclinarse hacia el más débil. La justicia material debe prevalecer sobre el apego a fórmulas sacramentales o ritualidades. El juzgador constitucional, en un Estado social de derecho, ha de procurar y garantizar la protección de la participación democrática, el pluralismo y el respeto a la soberanía popular y a sus representantes.

Especial protección merecen las minorías políticas, ha de impedirse la violación de sus derechos, dada la condición de manifiesta inferioridad en que se encuentran en relación con los grandes poderes políticos. De igual manera han de garantizarse los derechos de los pueblos indígenas, la conservación de su cultura, la preservación de sus recursos naturales, la identidad étnica, social, económica y cultural, como derechos fundamentales frente a los cuales es procedente no sólo la acción de tutela, sino las acciones de grupo. Pero, en todo caso, ha de ser una protección muy particular, que sólo puede fluir de nuestro país y tener más en cuenta la realidad nacional de dichas culturas, así como la situación económica específica, antes que el seguimiento de criterios foráneos. Se debe respeto a la jurisdicción indígena y a la autonomía de sus autoridades en razón del pluralismo jurídico y normativo, amparado por la Constitución.

Las decisiones de la Corte deben ser concebidas con permeabilidad social y política, pero sin olvidar

que aun frente a la teoría del "Estado constitucional", si bien los jueces constituyen la fórmula para el control de las otras ramas, conforme a principios constitucionales y democráticos, el depositario del poder de las mayorías es el legislador, lo que delimita el poder de la Corte en el ejercicio de sus funciones. Por ello, verbigracia, las decisiones en materia económica, en general, por no obedecer a normas, sino a postulados constitucionales, y las de política económica y monetaria, en principio, dependen de una decisión política, no judicial.

A manera de conclusión, aseveramos que la tesis del llamado "Estado constitucional", según la cual se tiende a jurisdiccionalizar la política, es decir, acabar con la frontera entre la Corte y el Congreso, no es la más adecuada para nuestro país. Es claro que ello atenta contra la democracia. La Corte tiene el control de la legalidad y el Congreso la legitimidad, en la medida en que mientras el Congreso debe crear el derecho, la Corte evita que se cree derecho contrario a la Constitución.

Finalmente, es necesario agregar que no puede la Corte, bajo el pretexto de las llamadas sentencias integradoras o constructivismo judicial, imponer el "gobierno de los jueces" por cuanto ello, reiteramos, atenta contra el Estado de derecho, fundamentalmente heredado del derecho francés, en el cual el mundo de lo jurídico y el de lo político se hallan perfectamente diferenciados.

Como colofón de las cuestiones señaladas, afirmamos con Zagrebelsky: Si la Corte, con fundamento en la tesis del "Estado constitucional", acoge la tendencia de que puede legislar, tal vez se tenga un Estado constitucional —y, no por mucho tiempo, agregamos—, pero no un Estado constitucional democrático. En otras palabras, la dictadura constitucional conducirá a que tengamos un Estado con Constitución, pero no un Estado constitucional.

Para que las decisiones de un tribunal constitucional gocen del reconocimiento que merecen, en ellas se debe observar la más grande veneración y respeto por la Constitución.