

Bonilla, Daniel y Manuel A. Iturralde (Eds.). *Hacia un nuevo derecho constitucional*. Bogotá: Universidad de los Andes (2005), 421 pp.

Desde 1996, en la Universidad de Los Andes —y en el interior de su Facultad de Derecho— funciona un grupo de investigación y de estudio denominado *Observatorio de Justicia Constitucional*, el cual ha publicado varios textos de gran importancia, no solo para la academia, sino para la literatura jurídico-constitucional colombiana.

En el año de 2005 este centro andino de conocimiento nos sorprendió con la edición de un texto altamente sugestivo, provocador y no menos sesudo, denominado *Hacia un nuevo derecho constitucional*, materializado en las sentencias de la Corte Constitucional, el cual tiene por objeto evidenciar —a partir del análisis de fallos de constitucionalidad y de revisión de tutelas— un nuevo enfoque sobre el Derecho Constitucional en Colombia, lo cual implica una nueva visión sobre el modo de ver el fenómeno jurídico, toda vez que las sociedades actuales, y Colombia no es la excepción, han vivido un proceso paulatino de constitucionalización del Derecho.

Empero, el estudio no es una reflexión filosófica sobre el Derecho, en sentido estricto, sino el análisis crítico-práctico en torno al producto jurisprudencial del quehacer de un operador altamente calificado, como es la Corte Constitucional. Lo anterior no le resta importancia ni trascendencia alguna al texto; es decir, la crítica anterior no es un defecto del mismo, sino que es el resultado de la formación profesional de los autores de cada uno de los acápites en que se divide la obra, pues la mayoría de ellos tienen una sólida formación profesional en la llamada Escuela Realista del Derecho norteamericana.

Ahora bien, para la contemporaneidad jurídico-política, el Derecho se origina en un crucial momento específico del pasado de una comunidad, cuando sus miembros acuerdan los principios y valores guía de convivencia y la estructura básica de sus instituciones.

De esta afirmación fenoménica, surgen, al menos, tres interpretaciones diferentes, todas ellas producto de visiones racionales, evolutivas y optimistas del Derecho: la primera, la de la Dogmática Jurídica Positivista Analítica de hoy, que considera que el Derecho, a partir de este origen, se desarrolla de manera dinámica, lineal y continua con el único objetivo de materializar esos principios y valores asumidos por la colectividad.

La segunda, la de la Escuela de los Estudios Legales Críticos y la del Deconstructivismo, para quienes el origen del Derecho es ese crucial instante, contingente y discontinuo, producto dialéctico de la tensión —contradictoria y a veces irreconciliable— de los principios y valores políticos de una sociedad; por tanto, el Derecho no es un producto que se desarrolla de manera racional-participativa y progresiva en el tiempo. Para esta interpretación, el Derecho carece de una historia coherente con su origen y su fin; por tanto, la historia del Derecho es el resultado azaroso de diversas narrativas¹ y racionalidades, reflejo fiel de las múltiples aspiraciones políticas de quienes tienen el poder para definir la afirmación y consolidación de los valores sociales en conflicto.

La tercera interpretación es la de la Escuela Constructivista o Discursiva del Derecho, para quienes tal fenómeno es el producto dialéctico y participativo, racional y razonable de la sociedad; por ello, su desarrollo no es lineal ni circular, sino un ejercicio complejo, dinámico, permanente, flexible y abierto que requiere de adaptaciones contextuales a las exigencias de hoy, en procura de los ideales consagrados en el acto fundacional. Es, siguiendo una figura geométrica, una espiral flexible.

Ahora bien, el fenómeno jurídico-político implica, teóricamente, que la voluntad del pueblo —expresada originalmente y por generaciones pasadas en el acto fundador de la organización, y dinamizada diariamente por otras generaciones en el presente histórico— es la que decide el rumbo que debe tomar la historia futura que narra el Derecho; por tanto, en la práctica, son el legislador y los administradores públicos, como delegatarios políticos del soberano fundador, los directos responsables de materializar la voz ciudadana, de continuar con la historia para acercar a la sociedad al fin proyectado desde el origen del Derecho.

En tal sentido los jueces, como autoridades públicas, juegan un papel preponderante. Hoy ya no es posible concebir el rol de los jueces reducido a ser simples aplicadores de la normatividad, a ser la *boca de la ley*. Hoy, más que nunca, los jueces, con sus decisiones, deben reconstruir el pasado desde el presente para que la normativa del Derecho siga siendo racional, continua y progresiva. Por ello, cada decisión judicial debe ser una reinterpretación del pasado para que éste se ajuste a las necesidades y prioridades de la narración del presente; es decir, el juez debe ajustar el pasado al presente y no al contrario; en este sentido, el precedente judicial es un mecanismo ideal para mantener la coherencia del Derecho, al tiempo que propicia su dinamismo.

¹ En el sentido de José Calvo en su texto *Derecho y narración*.

Consecuente con lo anterior, los editores expresan:

Los tribunales constitucionales viven hoy de manera particularmente intensa el conflicto generado por la tensión entre el deber de contribuir a mantener la supuesta linealidad, coherencia y secuencialidad del ordenamiento legal, los retos que diariamente les impone la práctica jurídica y los conceptos alternativos que existen sobre la historia del Derecho. En tanto que estos tribunales son los intérpretes máximos y últimos de la Constitución, la narración o las narraciones que ellos desarrollan sobre la Carta Política definirán en gran parte los contenidos del proyecto político defendido por la comunidad política a la que pertenecen así como los medios legítimos para su materialización. (2005: 9)

A partir de la anterior perspectiva, el texto comentado es altamente provechoso, porque enraíza su estudio sobre el trabajo de la guardiana de la Constitución Política colombiana, desde diferentes enfoques: críticos, analíticos, optimistas y pesimistas. Esta es la mayor riqueza del estudio publicado.

Para los estudiosos andinos es motivo de reflexión el que la Corte Constitucional colombiana haya proferido, en el corto tiempo de 9 años (1992-2000), 6.455 sentencias de revisión de acciones de tutela y 2.989 sentencias de inconstitucionalidad; y que, sólo en el año de 2002, decidiera 784 revisiones de tutela y 341 sentencias de inconstitucionalidad. Para el Observatorio, este dato adquiere mayor preponderancia, cuando la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos ha decidido entre 80 y 100 casos anuales desde los años noventa y la Corte Suprema de Justicia canadiense, en promedio, 100 casos en la última década (2005: 1).

Aunque pareciera que tales datos afirmaran que la Corte Constitucional colombiana es altamente eficiente, los mismos son un llamado de alerta y preocupación que deja un ingrato sabor de escepticismo, por cuanto la cantidad y variedad afectan el contenido, sensatez, medida, razonabilidad y profundidad de las sentencias. En efecto, los temas estudiados van desde las necesidades más sentidas y apremiantes de la ciudadanía —como protección a la salud, la educación, el trabajo, la vivienda, la manutención, la seguridad social, el buen nombre y la intimidad— hasta tratar tópicos de gran actualidad, como la eutanasia, el aborto, el homosexualismo, la jurisdicción especial indígena, la justicia penal militar, el hábeas data, la posibilidad de revisar las razones políticas para decretar los estados de excepción y la revisión de

constitucionalidad de las reformas a la Carta, tanto por vicios de forma como por el contenido (2005: 1).

Con los anteriores supuestos fácticos, el Observatorio andino estudia lo que han denominado tres líneas jurisprudenciales de la Corte Constitucional: la relación entre Derecho y tiempo; el Derecho como instrumento de marginación, y la relación entre procedimiento y justicia en la jurisdicción constitucional.

Metodológicamente, el texto desarrolla estas tres líneas en grupos integrados por tres investigadores, tocando cada uno aspectos de los tópicos reseñados, reflexionando sobre sendas sentencias de la Corte Constitucional.

Al decir de los editores:

El reto de enfrentar con herramientas teóricas y prácticas sólidas los nuevos problemas que hoy consideramos clásicos, no se le presenta sólo a la Corte Constitucional, como guardiana e intérprete autorizada de una Constitución joven, sino también a la academia que debe actualizar sus análisis conceptuales para responder a las necesidades y exigencias del nuevo contexto constitucional en el que Colombia se encuentra inmersa desde 1991. (2005: 3)

Veamos, entonces, cada uno de los tres apartes en que se divide el libro.

1. Derecho y tiempo

Con relación a este aspecto, los autores toman las sentencias más llamativas en las cuales la Corte Constitucional, de una u otra forma, ha tocado el tema. Básicamente son sentencias de constitucionalidad, por el efecto de las mismas: *ex nunc* (para el futuro) o *ex tunc*, es decir, retroactivas al momento de la aparición del acto jurídico estudiado y decidido por el tribunal constitucional.

El tiempo es la categoría en que se desarrolla la vida de la persona y de los pueblos, y esto es la historia. Por tanto, el Derecho, como producto de la sociedad, tiene su propia historia y debe contarla; es decir, el Derecho, entendido como un conjunto de normas, instituciones, personas, prácticas y creencias, es una narración histórica que se manifiesta y desarrolla en el tiempo que vive una sociedad concreta.

Desde esta perspectiva, tanto el tiempo como la vida misma de la comunidad, y, por tanto, el Derecho, no son lineales o estáticos, sino dinámicos. Con esta

afirmación me separo rotundamente del concepto del tiempo en el positivismo jurídico, que sí lo considera lineal y con una finalidad. No obstante lo anterior, el tiempo del Derecho y su historia —y esto lo comparto con el positivismo jurídico— es totalmente opuesto al tiempo eterno en el que se desarrollan las leyes divinas y el determinismo de las leyes de la naturaleza.

Por lo anterior, y esta es una alternativa, el tiempo es creador del Derecho. En efecto, el Derecho tiene un compromiso con el pasado, en la medida en que su origen lo comparte con el momento histórico de la creación de la organización política: el Estado de Derecho. El acto de fundación de una comunidad política tiene como producto la expedición de su Constitución Política, génesis de la convivencia, que consagra todo el conjunto axiológico-normativo de su futuro y, por tanto, la estructura histórica de la comunidad; las instituciones en torno a las cuales se desarrollará la esfera pública; los objetivos a perseguir, y las fuentes legítimas para la creación de las normas jurídicas.

Presente y futuro del Derecho, entonces, están íntimamente ligados a la organización estatal y determinados por su pasado; éste determina los objetivos que el Derecho debe proteger y define las fuentes legítimas para su contextualización a través de normas de inferior jerarquía, labor del legislador. Así entonces, el Derecho se convierte en el instrumento social fundamental que propicia la continuidad entre el pasado compartido por unas generaciones y el futuro que la organización política pretende alcanzar para las nuevas generaciones.

La garantía de la seguridad jurídica —principio fundador del Estado de Derecho— no es el respeto de decisiones del pasado, sino la posibilidad de integrar los principios y valores de convivencia social con el futuro incierto, a través de un concepto de justicia igual —no hegemónica ni homogeneizante— para todos.

Corolario de lo anterior, y esta es otra visión, es que el Derecho tiene efectos sobre el tiempo, por la vigencia de las leyes, en la medida en que, por regla general, estas se expiden para el futuro y, por ende, ellas regularán el porvenir, por cuanto tienen vocación de permanencia, lo que permite visualizar una continuidad en el desarrollo; por esto es tan grave la derogatoria, anulación o inexequibilidad de las mismas.

No obstante las apreciaciones anteriores, el fenómeno jurídico como dinámica social no transcurre serenamente en el tiempo, sino que, por el contrario, y en virtud de su evolución, el Derecho también crea el tiempo; así mismo, lo cualifica, lo categoriza y produce expectativas sobre lo que cabe esperar de él

dentro del espacio temporal que ha generado; el ejemplo de creación de tiempo por el Derecho lo constituyen los llamados *estados de excepción*, en los cuales el constituyente ha permitido que el gobernante introduzca, previos requisitos especiales, unas condiciones sui géneris que rompen el tiempo en que vive la comunidad, para hacerla padecer un tiempo especial.

Así entonces, en el primer bloque de la obra, se publican los trabajos que analizan este aspecto, siendo el primero el del profesor andino Henrik López Sterup, intitulado “En torno a los efectos de las sentencias de inexecutable: Reflexiones sobre el efecto de reincorporación de normas derogadas como consecuencia de una sentencia de inexecutable”. Su estudio es altamente provechoso, porque no solo nos hace un recorrido histórico y evolutivo del control de constitucionalidad de las leyes, sino porque nos desnuda los vaivenes de nuestras cortes sobre el tema. No obstante, el autor sostiene que el trabajo de la Corte Constitucional en la reincorporación normativa es de gran importancia para el desarrollo del Derecho, por cuanto es menester solventar el vacío que deja la norma inexecutable.

El estudio del profesor Manuel A. Iturralde, “Estado de derecho vs. Estado de emergencia: los estados de excepción y la construcción de la temporalidad del derecho en Colombia”, es una invitación sugerente a mirar las dos posiciones enfrentadas sobre el tema: el Gobierno defendiendo la excepcionalidad y la temporalidad para gobernar y salir al paso de la estructural violencia colombiana (seguridad), y la Corte Constitucional apostándole decididamente a la prevalencia del Estado de Derecho (eficacia del conjunto axiológico-normativo), en una interpretación lineal de la historia del Derecho.

La historia colombiana es rica en ejemplos de uso de la excepcionalidad, hasta el punto de que vivimos un largo periodo (1948-1990) en el cual la anormalidad se volvió normal y la normalidad anormal; es decir, con el abuso del ejercicio de la figura constitucional de la excepcionalidad, lo efímero se tornó permanente y lo permanente fugaz.

Finalmente, el texto de la profesora Helena Alviar García, “La búsqueda del progreso en la interpretación de la Constitución de 1991: el caso de la intervención de la Corte en la economía”, nos plantea, en torno a sentencias sobre el presupuesto nacional, cómo la Corte Constitucional también le apuesta al Estado Social de Derecho sobre el economicismo tecnocrático que, en aras de solventar las finanzas públicas, ahoga el desarrollo y las mejores condiciones de la sociedad.

Alviar García sostiene que el Derecho debe tender a la transformación de la sociedad y, cuando ella esté madura, a crear los marcos del cambio social. Así mismo, Derecho y la aspiración al cambio implican: asimilar qué concepto de desarrollo se busca; qué se prioriza, si seguridad y orden o justicia material, y, finalmente, solucionar la disyuntiva entre copiar caminos para el progreso o generar espacios propios para llegar al mismo.

2. El derecho como instrumento de marginación

La humanidad se desarrolló, de un lado, en torno al dilema surgido entre los conceptos de libertad e igualdad y, de otro lado, en la práctica, en la asunción de los mismos como postulado político, lo que generó en los albores del siglo XX la polarización de los Estados entre liberales y comunitaristas y, en la segunda mitad del mismo, la consolidación de tal disyuntiva con la llamada *Guerra Fría*.

Con el derrumbe del Muro de Berlín y la culminación de la Guerra Fría, pareciera que este antagonismo ha perdido notoriedad; sin embargo, dicha afirmación no es del todo cierta, por cuanto la dialéctica tensión que genera el binomio libertad/igualdad transitó de la filosofía a la política, y hoy, de ésta a la economía. En efecto, en la actualidad los Estados se encuentran divididos entre ricos y pobres, y en el trasfondo lo que existe es la vigencia de un modelo económico que privilegia la libertad a costa de la igualdad, o que sacrifica la libertad en aras de la igualdad.

El Observatorio de Justicia Constitucional andino estudia este binomio, pero desde lo político con importantes connotaciones en lo jurídico, para analizar su realidad en Colombia. En efecto, los estudiosos del Observatorio, fieles al postulado político liberal de las democracias modernas —que promulga la igualdad ante la ley para todos los ciudadanos—, asumen que el mismo es un deber político del Estado y que, por tanto, es su obligación propender hacia el trato con igual consideración y respeto a todos sus asociados.

Por lo anterior, cuando se usa el Derecho de manera formal y aviesa, ajustado a la ley, corrientemente se generan consecuencias negativas de largo plazo para los grupos sociales que se convierten en su objetivo, y para la comunidad política como un todo; es decir, cuando el Derecho se transforma en instrumento de discriminación, la consecuencia directa es producir una subclase de ciudadanos integrada por todos aquellos a los cuales el Derecho impide participar total o parcialmente en la construcción de las instituciones básicas de la sociedad.

El texto constitucional colombiano de 1991 definió a Colombia como una sociedad pluriétnica y multicultural, y pregona el reconocimiento y defensa de las minorías étnicas y culturales. Empero, la realidad nos dice otra cosa muy diferente: que la discriminación no ha cesado y, por el contrario, con el remedio se ha incrementado la misma, hasta el punto de generar rechazo, ya no desconocimiento e indiferencia. Frente a este problema, la Corte Constitucional también ha producido grandes sentencias, con las que pretende solucionar la práctica discriminatoria nacional, aspecto que es el motivo de estudio de los investigadores del Observatorio a quienes se les publica su producto académico.

La profesora Julieta Lemaitre, a propósito del tema de los derechos de los homosexuales, titula su estudio “Los derechos de los homosexuales y la Corte Constitucional: (casi) una narrativa de progreso”, en donde nos muestra que el trabajo judicial de esta corporación ha discurrido entre posiciones de vanguardia, progresistas, que pretenden eliminar las discriminaciones entre homosexuales y heterosexuales de la vida diaria colombiana, y otra línea altamente conservadora, que califica negativamente la homosexualidad y avala políticas y prácticas discriminatorias. No podemos olvidar que Colombia es un Estado altamente influenciado por la religión católica y, en aspectos como la familia y el matrimonio, la discusión es confesional y dogmática católica, y, por ende, en este aspecto se rechaza todo aquello que no comulgue con este credo.

El segundo estudio es el del profesor Daniel Bonilla, quien titula su publicación “El principio de unidad política y el autogobierno de las minorías culturales”. En este texto, el profesor Bonilla analiza el principio de unidad política y el de autogobierno de los indígenas, realidades constitucionales de la Colombia de 1991 y posteriores. Concluye el togado en el sentido de que la jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha debatido en tres grandes interpretaciones: una que niega rotundamente el autogobierno; otra que lo reconoce restringidamente, porque subordina su ejercicio a otros principios constitucionales, y, la tercera, que protege los derechos de autogobierno, pero con carácter paternalista, no como consecuencia directa del mandato constitucional que vislumbraría un Estado federal o autonómico real.

El profesor Libardo José Ariza, en el último estudio de este bloque, con su trabajo “La prisión ideal: intervención judicial y reforma del sistema penitenciario en Colombia”, critica la posición de la Corte Constitucional sobre el tema de los derechos de los reclusos de las cárceles colombianas, por cuanto dicho trabajo demuestra el vaivén en que esta corporación se mueve: de limitar los derechos en aras de la seguridad y el orden, pasa a tomar decisiones

de avanzada respecto de modernización y reforma del sistema penitenciario, hasta llegar a situaciones en que reconoce la existencia de una nueva cultura carcelaria en el reclusorio de alta seguridad de Valledupar. Aboga por una verdadera política de mejoramiento de los derechos de los detenidos.

3. Procedimiento y justicia material constitucional

El trabajo de los Delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente colombiana de 1991, en el aspecto de la justicia constitucional, fue uno de los más promisorios. En efecto, con la creación de la Corte Constitucional y de la Acción de Tutela, los Delegatarios nos ubicaron en el mismo nivel de los Estados garantistas modernos, que tienden a lograr una justicia real y material.

La Constitución Política de 1991 tiene definida una serie de instrumentos e instituciones que aspiran a convertir la endémica justicia formal colombiana en justicia material dinámica, que atienda las condiciones reales de convivencia y que esté acorde al movimiento de constitucionalización del Derecho: la Constitución como norma de normas, de aplicación directa; la Acción de Tutela; la Prevalencia del Derecho sustancial, y la redefinición de la Acción Pública de Constitucionalidad, entre otros, son ejemplos de la anterior afirmación.

Este aspecto es motivo de estudio especial por los integrantes del Observatorio andino, como quiera que, además, éste es el nombre que los identifica y, por tal razón, los últimos tres textos de la obra versan sobre el mismo.

El profesor Carlos Amaya Osorio, con su estudio “La Corte Constitucional 1992-2001: Diagnóstico estadístico de su gestión y propuesta de reforma a los recursos y acciones constitucionales”, nos muestra que el alto número de sentencias de revisión de tutela y de constitucionalidad afecta la calidad de las mismas, y propone una revisión de los mecanismos para acceder a la justicia constitucional, con el fin de racionalizar el contenido de justicia de los fallos, y para que sea más eficaz y real el mandato constitucional de ser guardiana de ella.

Las profesoras Clara Burbano y Claudia Benavides, con su trabajo titulado “La doctrina de la vía de hecho y su aplicación por las altas Cortes del país”, nos muestran que el llamado *choque de trenes* no es más que el pulso, de manera preponderante, entre la Corte Suprema y la Corte Constitucional, para decidir quién es, en últimas, el juez con palabra finita constitucional. Empero, debemos recordar que los Delegatarios, al elaborar el texto, quisieron que ésta

fuera la Corte Constitucional, algo que no ha sido plenamente asimilado en Colombia.

Los fallos estudiados sobre las vías de hecho para incoar acciones de tutela contra decisión judicial no muestran en el fondo discrepancias radicales entre ambos tribunales, sino un simple celo y resquemor por la pérdida, de parte de uno, de tan importante papel en la vida jurídica institucional, y su reemplazo por otro tribunal nuevo.

Finalmente, el profesor Julio Andrés Ossa Santamaría, con su ensayo sobre “El proceso de selección de tutelas en la Corte Constitucional: Una lucha entre la igualdad y la seguridad jurídica”, nos dice que el mecanismo procedimental para la revisión de las acciones de tutela, un tanto vago y aplicado más discrecionalmente, atenta de manera rotunda contra la igualdad y la seguridad jurídica nacional; por ello propone, normativamente, reformas al respecto que garanticen la corrección de la falencia que él encuentra en el mismo.

Con fundamento en lo anterior puede afirmarse, sin hesitación alguna, que la obra *Hacia un nuevo derecho constitucional*, del Observatorio de Justicia Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes, es un texto de mucha actualidad e importancia para las nuevas generaciones de abogados que requiere el desarrollo jurídico colombiano.

Luis Freddyur Tovar
Pontificia Universidad Javeriana - Cali