

LA INAPLICABILIDAD COMO MODALIDAD DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL Y SU EVALUACIÓN EN EL DERECHO COLOMBIANO*

Ana Lucía HERRERA GÓMEZ**

Diego MARTÍNEZ MARULANDA

Jorge RESTREPO MORALES

INTRODUCCIÓN

«... Ocorre, amigo, que fuimos levantados dentro de un entorno de lenguaje eminentemente oral. En la academia esa traza de oralidad se mantuvo. Nuestros maestros y/o profesores fueron (o son) magníficos para la charla, la conversación, incluso culta, pero absolutamente fóbicos para la escritura. El acto de escritura, la angustiante aventura de escribir, ni fue insinuada, ni fue estimulada y quienes escaparon al derecho y abordaron, con precariedad, la escritura, sólo hacen un «masato» donde no se sabe qué es derecho y qué es literatura.»

«De todas maneras, de acuerdo con nuestra formación, escribir es algo extraño; me imagino que difícil y, por ello, cualquier acto de simbolización, por medio de la escritura, refinado o precario, debe ser un acto al que debe

* Este título corresponde al Proyecto de Investigación presentado por los profesores Ana Lucía HERRERA GÓMEZ, Diego MARTÍNEZ MARULANDA y Jorge Alberto RESTREPO MORALES, aprobado por el Comité de Investigaciones de la Universidad de Antioquia (CODI).

** Profesores titulares de la Facultad de Derecho de la Universidad de Antioquia

dársele la bienvenida como recuperación de otra faceta de la realidad que se nos ha presentado como carencia. Indudablemente la escritura es un acto lingüístico superior».¹

Cuando se discutió, en el grupo, la iniciativa de investigar, se asumió dicha tarea como una alternativa que cualificaba la labor docente.

La temática constitucional se hizo imperativa dado el desenvolvimiento de los acontecimientos jurídicos que se suscitan desde la línea interpretativa que la Corte Constitucional elabora a partir de la nueva Constitución nacional.

El espectro jurídico tiende con fuerza a mostrar la urgencia de cambios conceptuales, ideológicos, frente a la concepción del Derecho. Se impone la necesidad de intentar la construcción de una herramienta teórica que armonice las nuevas expresiones jurídico-positivas con el universo contingente de lo fáctico.

Asumió el grupo que un buen punto de partida en este doble intento, atado indeleblemente al compromiso docente, es revisar y conceptualizar la figura jurídica de la inaplicabilidad.

1. RESUMEN DEL PROYECTO

1.1. DESCRIPCIÓN

Una de las modalidades de la jurisdicción constitucional en el Derecho colombiano es la denominada *Excepción de Constitucionalidad* o *Inaplicabilidad*. Una situación significativamente notoria estriba en su precaria o relativa operatividad y el prevaleciente y dominante ejercicio de la otra forma de control por la vía de la llamada Acción de Inconstitucionalidad.

Un diagnóstico heterogéneo, surtido por una informal percepción de la cotidianidad judicial, un advertido temor de los funcionarios facultados para utilizar dicha modalidad, la incipiente literatura jurídica en el plano doctrinal y una confusa e imprecisa dirección jurisprudencial, son el fundamento de las hipótesis que sirven como punto de partida a este trabajo: La falta de elaboración teórica y de claridad conceptual, constituyen una razón preponderante y significativa de la inoperancia de la figura de la inaplicabilidad. A la vez, esta inoperancia determina o tiene gran incidencia en los bajos niveles de eficacia en el derecho colombiano, afectando así la legitimidad del modelo jurídico político.

1.2. FORMULACIÓN Y DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA

En consecuencia, la delimitación del objeto de esta investigación puede formularse con los interrogantes:

¿Es procedente entender la inaplicabilidad jurídica sólo como una modalidad de la jurisdicción constitucional?

¿Cuál es, desde el punto de vista conceptual, el significado y alcance de esta figura y cómo se inserta en nuestro actual modelo jurídico político?

¿Puede constituirse la aplicación de esta figura en un factor que contribuya a la legitimación del modelo jurídico-político?

2. JUSTIFICACIÓN

2.1. DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL ESTADO DEL ARTE

Una descripción aproximada de lo que pudiera significar el estado del arte con respecto a la figura de la inaplicabilidad, específicamente entendida como una de las opciones de la jurisdicción constitucional en Colombia, impone con fuerza prescriptiva la urgencia de elaborar una conceptualización esclarecedora que ubique histórica y funcionalmente la institución dentro del Estado de Derecho, entendido este como arquetipo de las aspiraciones socio-políticas consignadas en nuestra Constitución.

Una primera indagación revela, sin dificultad, una opinión generalizada y uniforme que coincide, a manera de consenso informal, con la tímida y escasa utilización del instrumento jurídico objeto de análisis. Causa reveladora de este temor, de esta displicencia o negligente actitud de los funcionarios competentes para usarla, es la ausencia de una información acertada que esté sustentada en elaboraciones teóricas sistemáticas y completas, ya sea en el orden doctrinal ya en el orden de las decisiones judiciales en su función de precedentes orientadores en el ámbito de lo teórico, que faciliten su funcionamiento adecuado y oportuno.

En conclusión, en el medio jurídico colombiano, el estado del arte respecto a la Inaplicabilidad revela que dicha figura no ha tenido un desarrollo sistemático y coherente que propicie el escenario requerido para su utilización.

2.2. DESDE EL PUNTO DE VISTA FILOSÓFICO

Si el fin o el objetivo del derecho es servir como instrumento para resolver conflictos o para propiciar óptimas y generalizadas situaciones de armonía, de paz

y de cooperación, en otras palabras, para auspiciar la realización del valor justicia, es necesario reconocer que la concepción que define esa categoría operativa, ha de estar supeditada a un referente filosófico que, a su vez, determina una metodología.

Así, puede entenderse que existan, al menos, dos concepciones metodológicas sustentadas en líneas filosóficas diferentes pero que, en última instancia, apuntan a la realización de los propósitos del Derecho.

Una primera línea filosófica inspira la metodología de aquellos ordenamientos jurídicos adscritos al derecho inglés, reconocida y aceptada bajo la nomenclatura del *Common Law*, precedida por la perspectiva de una óptica pragmatista.

Es, dentro de esta concepción metodológica, donde surge la figura de la Inaplicabilidad como forma peculiar del control de constitucionalidad de las leyes, dando origen a lo que ulteriormente la doctrina reconocería como Jurisdicción Constitucional.

Una segunda línea metodológica inspira la filosofía de aquellos ordenamientos jurídicos adscritos a la familia Romano-Germánica, o sea el llamado Derecho Continental, cuyo axioma fundamental considera que la ley positiva general y abstracta es la cúspide conceptual desde donde se produce y se define el Derecho.

Dentro de este sistema continental, la Jurisdicción Constitucional toma un camino propio y diferente, que consiste en resolver por vía general -efectos *erga omnes*- las contradicciones normativas de carácter vertical, cuando el conflicto se presenta entre la ley y la norma superior definida como Constitución.

La perplejidad apunta a saber por qué razón y cómo la modalidad de Jurisdicción Constitucional conocida como Acción de Inconstitucionalidad surge en Colombia concomitantemente con la otra forma de control conocida como Excepción o Inaplicabilidad.

Otra inquietud que motiva la exploración radica en determinar por qué la figura de la Inaplicabilidad, a pesar de su origen pragmático, casuístico, puede funcionar en un ordenamiento de corte racional-legislativo y hasta qué punto las dos modalidades pueden resultar incompatibles.

En conclusión, se advierte cómo las dos expresiones de control surgen a partir de dos concepciones filosóficas diferentes y, en consecuencia, adquieren propiedades contrastantes: en tanto que en el primero de los sistemas se inaplica -efectos *inter partes*-, en el segundo de los nombrados se anula -efectos generales-.

2.3. DESDE EL PUNTO DE VISTA SOCIO-POLÍTICO: EFICACIA Y LEGITIMIDAD

Es innegable que el mecanismo de la jurisdicción constitucional está arraigado en el anhelo obvio de que las declaraciones y consagraciones normativas que configuran el Estado de Derecho, se tornen reales y eficaces.

En el sistema legislado, este reclamo de eficacia jurídico-normativa, donde se pergeña difusamente el mecanismo del control, se constata en la preocupación de ROBESPIERRE por garantizar formalmente los derechos del hombre:

- La declaración de Derechos es la Constitución de todos los pueblos.
- Que ella esté sin cesar presente a todos los espíritus.
- Que ella brille a la cabeza de nuestro código político.
- Que el primer artículo de ese código establezca la garantía formal de los Derechos del hombre.
- Que el segundo, disponga que toda ley que los vulnere es tiránica y nula.
- Que las otras leyes son mudables por su naturaleza y subordinadas a ella.²

En el mismo orden de propósitos, SIEYÉS, con posterioridad, depuraría y precisaría más la idea, al sostener:

- Que, para hacer respetar la Constitución escrita, era necesario crear una autoridad, un poder especial, competente para anular los actos y las leyes que la violen...³

La eficacia normativa puede entenderse como un factor de alta incidencia en el acatamiento al derecho y a las autoridades de las que emana.

Esta conexión arroja altos índices de legitimidad del poder y del derecho.

Esa búsqueda de legitimidad y, por tanto, de eficacia ofrece un cuadro metodológico diferente si se entienden la Inaplicabilidad, de una parte, y la Nulidad, de otra, como medios que, bajo la denominación genérica de Jurisdicción Constitucional, están en función de esa aspiración.

2 Discurso pronunciado el 10 de Mayo de 1.793, en La Convención, al discutirse el primer Proyecto de LEY FUNDAMENTAL.

Citado por ARAÚJO GRAU, Alfredo. *Jurisdicción Constitucional*. Bogotá: Talleres Gráficos (Mundo al Día), 1.936; página 31.

3 *ibidem*, página 31.

Cuál de las dos sea el instrumento más idóneo y más adecuado en el proceso de legitimación aludido, es una pregunta que podría ser resuelta satisfactoriamente, al final de esta indagación.

2.4. DESDE EL PUNTO DE VISTA JURÍDICO

Una revisión al precario estado del arte de este instrumento de control permite detectar, en nuestro medio, una divergente interpretación del artículo 215 de la Constitución abrogada, donde desde 1.910 está consagrado dicho mecanismo.

La falta de uniformidad en la comprensión de este fenómeno, se debe a un incorrecto tratamiento y a una inadecuada utilización de conceptos jurídicos tales como *Vigencia, Validez, Nulidad, Derogabilidad, Inejecutabilidad*, entre otros, pues la imprecisión conceptual induce a concebir y a explicar la inaplicabilidad, bajo los mismos parámetros de la Acción de Inconstitucionalidad, es decir como un fenómeno de anulación jurídica.

Discrepancias tales como, si la figura es extensible a otros actos jurídicos diferentes a la ley, o si su utilización es de exclusiva competencia de los funcionarios judiciales y, en este último caso, si esa competencia es facultativa o meramente potestativa y en ningún caso obligatoria son decididas en torno a posturas ideológicas y a la función política que se le asigne a la Constitución, donde la influencia del pensamiento positivista de corte exegético ha hecho prevalecer un determinado tipo de soluciones.

Otras dificultades que ejemplifican la confusión conceptual, se patentizan al determinar si la contradicción entre la norma inferior y la superior debe ser directa o indirecta, ostensible o simplemente deducible, si sólo es viable y procedente cuando se viola formalmente la Constitución, o si puede asimilarse a situaciones donde con la aplicación de una norma se lesionen derechos protegidos por normas superiores.

Un avance significativo se evidencia en la nueva formulación de la figura, codificada en el artículo 4° de la Constitución vigente, cuando por vía expresa parece obviar los desacuerdos interpretativos a que daba lugar el anterior texto.

No obstante la nueva formulación constitucional, existen válidas razones para pensar que persiste la poca o ninguna operatividad de la Inaplicabilidad como instrumento de control y como mecanismo de eficacia.

Esta situación, con vocación de perdurabilidad, sólo podrá ser superada mediante una correcta elaboración teórica que redefina claramente la figura y le permita un óptimo despliegue operativo.

2.5. DESDE EL PUNTO DE VISTA ÉTICO

Hoy, por gracia de la fuerza normativa de lo fáctico, la disciplina ética, el discurso atinente a la razón práctica, ocupa el centro de las preocupaciones y de las más agudas reflexiones. Una búsqueda incesante, que se trasluce en propuestas, elaboraciones y reformulaciones, cunde en el universo intelectual.

Tal situación no es ajena al universo jurídico, dada la vecindad conceptual que existe entre Ética y Derecho, pues ambos se aceptan como expresiones pertenecientes al mundo del deber ser.

Una pretensión esencial del racionalismo, concentrado en la tarea de lo jurídico, fue o ha sido la de proponer criterios de diferenciación entre Moral y Derecho. Punto paradigmático lo establece KANT en esta tarea, al definir la Moral desde el Imperativo Categórico. Esta actitud racionalista establece una profunda escisión entre lo moral y lo jurídico, que los torna inconexos. El Positivismo jurídico prohija con regocijo y con afán científico este corte radical.

Nuevas perspectivas dibujan con perceptible claridad, hoy, el horizonte del discurso de la razón práctica. La racionalidad empieza a ser evaluada y surgen alternativas con vocación de enmienda. Lo razonable, el acuerdo, el consenso, el auditorio, la comunicación, el contexto; en otras palabras, la renuncia a la propuesta de una ética unilateral y autista se transforma en una vigorosa búsqueda que coincide en admitir que el trasfondo de toda aspiración de justicia, de toda elaboración ética es el diálogo: la Ética dialógica.

La motivación consiste, entonces, en revisar e indagar hasta dónde resulta compatible traducir las nuevas concepciones de la moral elaboradas por los replanteamientos filosóficos que se hacen desde la ética contemporánea con una nueva visión del derecho llevado hasta la propia figura de la Inaplicabilidad.

3. OBJETIVOS

- Sistematizar las conceptualizaciones doctrinales y jurisprudenciales que permitan consolidar un punto de referencia cierto y preciso con respecto a la inaplicabilidad en Colombia.
- Con base en la sistematización conceptual, inferir las características estructurales de la inaplicabilidad.
- Sustentar cómo la Inaplicabilidad, entendida como mecanismo de control judicial, es un instrumento idóneo para prevenir y solucionar conflictos y, por tanto, una herramienta de convivencia ciudadana.

- Determinar hasta dónde resulta compatible la dirección del discurso ético contemporáneo con una nueva visión del Derecho, en conexión con la propia figura de la inaplicabilidad.
- Aportar elementos teóricos en el ámbito doctrinal que susciten un replanteamiento frente a la concepción del Derecho y la práctica judicial.

4. MARCO TEÓRICO

Atender el análisis y la evaluación de la Inaplicabilidad jurídica, a partir del instituto de la Jurisdicción Constitucional, implica la consideración y el alinderamiento de ciertos temas y nociones que han de servir de guía en este recorrido.

Una premisa inicial consiste en la tarea de contextualizar el problema trasunto de esta investigación. Esto significa situar el mecanismo de control Constitucional, dentro de los dos sistemas jurídicos vigentes en la llamada cultura occidental.

Es una verdad conocida que los dos aludidos sistemas se construyen y se desarrollan a partir de concepciones filosóficas y métodos diferentes.

Característica del *Common Law* es la inducción, que se cristaliza en la generalización progresiva y sistemática del caso, contraria a la vocación generalizante de los sistemas legislados que parten de una premisa general o dogma, donde esperan acomodar la situación específica. Es allí, en esa raíz metódica, donde puede percibirse la lejanía o distanciamiento que en ambos sistemas opera entre los conceptos de validez y de eficacia.

Es elocuente que la concepción y la aplicación del modelo jurídico-político conocido en el mundo moderno como Estado de Derecho haya seguido rumbos diversos, en ambos sistemas, a tal punto, que no resulta ninguna trivialidad semántica la denominación que a dicho modelo se aplica. A diferencia de los países adscritos al Derecho Legislado, o familia Romano-Germánica, en los países adscritos al derecho inglés, *Rule of Law* es la nomenclatura utilizada.

Esta peculiaridad del derecho inglés no es casualidad, obedece a la primacía de su vocación filosófico-empirista que objeta y establece límites a los desafueros ilusos de esa racionalidad continental, de aspecto reluciente que, paradójicamente, enceguece y dogmatiza.

Los pensadores ingleses teorizan desde la experiencia, no desde el presupuesto axiomático, desde el *a priori*. De allí resulta una divergencia conceptual en la comprensión, en la formulación y en la aplicación de las nociones y de las instituciones jurídicas que para nuestro caso es lo relevante.

En este marco histórico-filosófico de connotación jurídica, ha de situarse la jurisdicción constitucional. Si se hurga -aún más- en el aludido mecanismo, se impone la necesidad de precisar y definir su naturaleza y, ante todo, el significado de la función asignada o que es dable asignarle.

Si la noción de validez jurídica es una elaboración producida desde una postura formal racional, una será la significación y la función de la jurisdicción constitucional; pero, si la formulación de la validez está condicionada por un marco de análisis realista, donde la eficacia sea medular, otra sería su explicación, otra la dirección, otra la significación, otra la función. Y es en esta divergencia de enfoques donde tiene sentido el ejercicio académico de precisar nociones tales como *Validez, Vigencia y Eficacia* y sus expresiones opuestas: *Nulidad, Inaplicabilidad e Ineficacia*.

En esta misma dirección, pueden alinearse otras nociones que resultan fundamentales para este ejercicio intelectual, con pretensión esclarecedora.

No podría concebirse y tratarse lo mismo el principio de la Seguridad Jurídica, entendido como aspiración del Estado de Derecho, si nos situamos en el sistema del derecho inglés, donde la Seguridad Jurídica se construye a partir de decisiones particulares, que si nos ubicamos en el Derecho Continental o Legislado, donde la seguridad jurídica es un axioma, un *a priori* ya demostrado, autoevidente, del cual debe ser inferida la solución para resolver un caso.

En síntesis, lo que palpita desde el centro o desde el fondo, es la necesidad de admitir la posibilidad de una comprensión y una explicación más abierta del fenómeno jurídico.

Pareciera que el seguimiento de esas dos líneas metodológicas implicadas en los sistemas jurídicos aludidos dieran luz y propiciaran instrumentos suficientes para cambiar la mentalidad del quehacer jurídico, en este nuevo momento que trata de inaugurar la Constitución de 1.991.

En la metodología de corte pragmatista, es el caso y no la definición previa, general y abstracta, el eje conductor en la tarea de la producción y la comprensión del Derecho. Lo resaltante y significativo en esta metodología es la prevalencia de lo particular, lo tópico, sobre la formalidad de lo general, que no sólo sería resultante condicionada del ejercicio inductivo sino que, además, carecería de aquella propiedad que en la óptica racionalista se le atribuye a la generalidad: la de ser inflexiblemente vinculante, forzosamente obligatoria; en otras palabras, dogma inalterable.

Quizás, el asumir una definición del derecho en una dirección contraria a la dogmática, permita despejar con entera claridad que la función del Juez es o debe ser productiva y legitimizante, que es necesario reivindicar en él, al creador y verdadero realizador del Derecho.

Por último, digamos que se trata de convocar a las nuevas generaciones para que orienten el pensamiento y la instrumentalización de lo jurídico dentro de una perspectiva teórica, inscrita en una nueva formulación ético-axiológica del deber ser del Derecho y a efectuar una lectura menos lejana de la realidad social, comprometida con valores y contenidos materiales, que supere las huecas formas de la legalidad.