



Autor: Luis Mario Marín Cadavid
Título: El lechero
Técnica: Acuarela
Dimensiones: 76 x 56

LA CORTE CONSTITUCIONAL: ENTRE LA LIBERTAD Y LA RESTRICCIÓN

Fecha de recepción: Agosto 12 de 2009
Fecha de aprobación: Septiembre 30 de 2009

LA CORTE CONSTITUCIONAL: ENTRE LA LIBERTAD Y LA RESTRICCIÓN

*Juan Esteban Carvajal Hernández**

RESUMEN

Es conocida la tensión latente que genera la existencia de instituciones que apuntalan su poder en fuentes de legitimidad distintas: de un lado encontramos a los órganos políticos (Gobierno y Congreso) como entes que derivan su legitimidad de las mayorías democráticas; y de otro, la jurisdicción, la cual no es elegida de manera directa por el pueblo y que a su vez sirve para contener las pasiones eventuales de este último (el pueblo). Ante la resurrección de tesis conservadoras, se hace necesario un estudio histórico y jurídico del fundamento de la jurisdicción constitucional y el Tribunal Constitucional –como parte integrante de la jurisdicción–, pues ante los constantes cuestionamientos que se les hace, es inevitable interrogarse acerca de si es posible predicar la existencia de la democracia sin la presencia de esta figura dentro del panorama orgánico de un Estado de Derecho.

Palabras clave: supremacía constitucional, mayorías democráticas, Corte Constitucional, control de constitucionalidad.

CONSTITUTIONAL COURT: BETWEEN FREEDOM AND RESTRICTION

ABSTRACT

It is known the tension that generates the existence of institutions that underpin their power in different sources of legitimacy: in one side are the politic organs (Govern and Congress) as entities that derive their legitimacy from democratic majorities; and in the other side, is the jurisdiction, which is not elected directly by the people and that at the same time controls the possible passions of this one (the people). In front of the resurrection of conservative thesis, it is necessary a historic and legal study about the foundation of the constitutional jurisdiction and the Constitutional Court –as an integral part of the jurisdiction–, because of the constants questions that are made, we try to analyze if it is possible preach the existence of democracy without the presence of this institute into the organic panorama of the State of Law.

Keywords: Constitutional supremacy, democratic majorities, Constitutional Court, Constitutional control.

* Abogado de la Universidad Autónoma Latinoamericana, Diplomado en Docencia Universitaria –UNAULA– y actualmente Estudiante de la Especialización en Derecho Constitucional de la Universidad de Antioquia.

LA CORTE CONSTITUCIONAL: ENTRE LA LIBERTAD Y LA RESTRICCIÓN

“El derecho es un arte que exige un largo estudio y una larga experiencia antes de que un hombre pueda hacer uso de su conocimiento”.

Magistrado Lord COKE-1612

El problema que se plantea en este escrito consiste en las constantes tensiones que se dan entre dos grandes instituciones en una República, las cuales son el Congreso de la República (como lugar de expresión política del pueblo) y el Tribunal o Corte Constitucional (como órgano de elección indirecta y no popular), ya que se ha cuestionado el poder de éste último frente a las decisiones del poder político. En si la supremacía constitucional deslegitima las decisiones de las mayorías democráticas en un Estado Constitucional de Derecho.

Para tratar este tema y darle una solución se hará un desarrollo histórico de los actos más representativos de la supremacía constitucional, luego se abordará un planteamiento de lo que hay actualmente frente a esta tensión, y como está determinado en Colombia y aclarar a favor de quién se soluciona esta tensión a mi consideración.

Hace más de 200 años que el abad Sieyes planteó crear una jurisdicción constitucional¹ con el propósito de limitar el poder exorbitante en que caerían esas mayorías políticas representadas en la Asamblea Nacional de Francia en 1791, prácticamente tendría tres funciones²:

1. Que vele fielmente por la guardia del depósito constitucional.
2. Que se ocupe, al abrigo de las pasiones funestas, de todos los pareceres que puedan servir para perfeccionar la Constitución.
3. Por último, que ofrezca a la libertad civil un recurso de equidad natural en ocasiones graves en las que la ley tutelar haya olvidado su justa garantía.

1 Sieyes, escritos políticos, FCE México 1998, Trad. David Pantoja Moran, X Opinión de Sieyes sobre las atribuciones y la organización de la “Jury Constitutionnaire” propuesta el 2 del Termidor.

2 Ibid.

Esta idea de jurisdicción no tuvo buena acogida, por lo tanto fue rechazada y archivada en los resguardos del olvido.

Pero una de las tantas cosas buena que dejó, no sólo para el constitucionalismo, sino para la humanidad la Revolución Francesa, fue la promulgación de los derechos del Hombre y del Ciudadano, ya que consagró en su artículo dieciséis (16), “que una sociedad no tendrá constitución si no tiene consagrado una separación de poderes y establecido una garantía de los derechos”, esto con el único fin de contener la arbitrariedad de los gobernantes y asegurar la libertad de los miembros de la sociedad.

Con estos principios mínimos comienza la Edad Contemporánea y con ello un pensamiento político de respeto para el ciudadano, de igualdad de oportunidades y de respeto a una ley superior que se considera la norma fundamental de una sociedad.

Es así que para 1803 se concreta la Teoría de la Supremacía Constitucional, puesto que en el histórico fallo *Marbury vs. Madison*³ de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica, el juez Marshall, determina que “si una ley ordinaria es contraria a la Constitución se debe de tener como no válida y por ende inaplicarse por parte del operador jurídico, ya que esa Constitución consagra los valores supremos de la voluntad popular, la cual es un poder originario y supremo”.

Por lo tanto la Constitución es uno de los principios básicos de nuestra sociedad y ha sido escrita, para que los límites a los poderes públicos no se confundan y se olviden, ya que si no fuese así no habrá ninguna distinción entre una democracia y una dictadura y por lo tanto cualquiera de los poderes públicos podría reformar la Constitución o darle una interpretación diferente a su modo, constituyendo en un absurdo la teoría de la separación de poderes.

Así nos fuimos sumergiendo dentro de la Teoría Constitucional durante todo el siglo XIX, época donde se fueron desarrollando y determinando las bases de la Supremacía Constitucional, al paso que propició los conflictos con la expresión de la democracia, conflictos que fueron importantes porque se llegó a denominar esta teoría como la manifestación más clara del gobierno de los jueces.

Luego pasamos al siglo XX, donde se presenta una de las discusiones jurídicas más bellas e ingeniosas, entre Carl Schmitt, con su obra “La Defensa de la Constitución”⁴,

3 Sentencia *Marbury vs. Madison* de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América (1, Cranch, 137,1803).

4 *La Defensa de la Constitución*, Carl Schmitt, Trad. Manuel Sánchez Sarto, Editorial Tecnos, Edición 1983.

y Hans Kelsen, quien responde a las críticas que formula Schmitt en su contra, con la obra “¿Quién Debe Ser el Defensor de la Constitución?”⁵

En esta discusión jurídica, se plantea, por parte del primero, que la defensa de la Constitución radicaba en la figura visible del poder ejecutivo (presidente de la república) por haber sido elegido directamente por las mayorías populares y es en él, en el que únicamente se debía confiar la guarda e integridad de la Constitución.

A esta propuesta se opone Kelsen ya que se pregunta quién debe ser el verdadero defensor de la Constitución, dando una respuesta maravillosa y neutral, donde manifiesta confiarle la guarda y la supremacía constitucional a “un órgano específico cuya función es defender la Constitución contra las violaciones ya que esta por ser una norma también puede ser violada”⁶.

Por lo anterior Kelsen propone crear un Tribunal Constitucional, el cual genera un control concentrado de constitucionalidad, donde se constata que una norma de inferior jerarquía a la constitución, viola a esta, y por lo tanto ordena anular la norma violatoria y sacarla del ordenamiento jurídico.

Este fue el modelo que se impuso en toda la Europa continental, separándose del llamado Control Difuso de Constitucionalidad, modelo desarrollado principalmente en el Sistema Jurídico Anglosajón, el cual consiste en inaplicar la norma que es contraria a la Constitución al respectivo caso que se está estudiando, pero no anula la controvertida norma.

Hay que destacar, en cuanto a este tribunal que propone Kelsen, que su naturaleza jurídica⁷ es muy singular, ya que lo considera un legislador negativo, porque se parece al legislador por la naturaleza de los actos que profiere y se parece a un tribunal jurisdiccional por la forma en cómo produce sus actos.

Esta propuesta de garantía constitucional configura un respeto al principio de la separación de poderes y un equilibrio democrático y no la violación de estos.

Luego de terminada la segunda guerra mundial se concretan en el mundo occidental los tribunales constitucionales, a los cuales se les confía la Guarda e Integridad de la Constitución; pero aquí ya se entiende esta Constitución no sólo como portadora de unos derechos y de unas reglas de separación de poderes, sino que traza unos

5 ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?, Hans Kelsen, Trad. Roberto J. Brie, Editorial Tecnos, Edición 1999.

6 Ibid.

7 “La Garantía jurisdiccional de la Constitución”, Hans Kelsen. En Escritos sobre la Democracia y el Socialismo, Madrid, Debate, 1988.

principios y valores que tienen más énfasis en los derechos que constituyen unos límites materiales a las Mayorías Legislativas.

Esto es así porque las mayorías democráticas pueden abusar del poder que tienen y cometer muchas arbitrariedades contra las minorías democráticas y es la existencia de un Tribunal Constitucional la que garantiza que estas mayorías no se extralimiten en sus funciones y competencias.

Al redactar estas palabras podríamos traer a colación un jurista llamado Jon Elster, puesto que ha trabajado este tema de las mayorías democráticas, sus pasiones y las auto restricciones, proponiendo con su obra “Ulises y las Sirenas”⁸, el cual es un texto de Filosofía y Derecho Constitucional, una paradoja con la sociedad actual frente al mitológico viaje de Ulises en busca de su hogar, viaje por el cual tiene que pasar cerca a unos riscos donde hay unas bellas sirenas que embrujan a los marinos con sus bellos cantos para atraerlos hacia los riscos y así hacerlos naufragar. Para evitar todo esto Ulises le pide a sus marinos que lo aten al mástil del barco y que ellos se tapen los oídos con cera, para no poder escuchar qué dicen y así poder salir adelante en su trayecto.

Con este pasaje el jurista hace una relación metafórica con la sociedad occidental, donde Ulises representa la sociedad civil, las sirenas representan a esas mayorías apasionadas que con sus cantos se mantienen llamando a la sociedad para que les pongan atención, el mástil representa las constituciones democráticas que no sólo promulgan unos derechos sino que también garantizan unos límites materiales a esa comunidad en general y particularmente a las mayorías democráticas para que se auto restrinjan en sus pasiones y no se dejen encantar o embrujar por los bellos llamados de esas mayorías desafortunadas.

Esto da a entender, como dijo John Potter Stockton reseñado por Elster, que las Constituciones son “cadenas con las que los hombres se atan a sí mismos en sus momentos de lucidez para no morir por su propia mano el día de su locura”⁹.

Pero como el derecho es evolutivo y más en sus nutridas teorías, aparece en el trasegar del siglo XX, una nueva teoría en materia constitucional, con la clásica obra “Democracia y Desconfianza”¹⁰ escrita por John Hart Ely, la cual constituye un punto neutral y de enfriamiento entre las agudas fricciones de la democracia y la

8 Ulises y las Sirenas, Jon Elster, Cambridge University Press, Cambridge, 1984.

9 Ulises revisitado, compromisos previos y constitucionalismo, Jon Elster, Trad. Juan Carlos Rodríguez y Miguel García, Artículo de Revista, Análisis Político (Santa fé de Bogotá), No. 035, Sep.-Dic. 1998, p. 70-96

10 Democracia y desconfianza. Una Teoría del Control Constitucional, John Hart Ely, Editorial Siglo del Hombre, Universidad de los Andes, 1997.

supremacía constitucional, proponiendo que el control de constitucionalidad de las leyes se restrinja a tres propósitos: vigilar el proceso de representación política al estilo de un árbitro, mantener despejados los canales de cambio político y facilitar la representación de las minorías.

Además de estas tres restricciones, Ely tiene una visión procedimental de la Constitución, la cual para él propicia “una deliberación y entendimiento entre los ciudadanos, de lo cual no pueden derivarse, mediante razonamientos certeros, soluciones sustantivas para los problemas jurídicos”¹¹, como bien lo anota Carlos Bernal Pulido.

De estas discusiones en torno a la supremacía constitucional y la democracia, se ha llegado a unas corrientes conservadoras en América Latina por parte de algunos juristas como Marina Gascón Abellán¹² y Sebastián Linares¹³, quienes acogen una visión de respeto y confianza a la voluntad de las mayorías democráticas, dejando a un lado la garantía que puede establecer un tribunal constitucional en la protección que brindan a las minorías frente a las avasalladoras fuerzas de las mayorías.

Es simpática esta nueva corriente conservadora ya que no toma en cuenta la existencia de unas cartas de derechos fundamentales, las cuales se lograron con mucho sudor y sangre en nuestra América Latina durante la consolidación de la democracia en este continente después de los sucesivos regímenes de facto que asolaron estas tierras.

Es en la Supremacía Constitucional, a través de su vocero el juez constitucional, ya como órgano colegiado o como individuo, que se encuentra la estabilidad de nuestras democracias, ya que permiten que sean respetadas las reglas de juego que fueron establecidas en nuestras Constituciones por los grandes consensos logrados por la sociedad civil en los albores de los años 90 del siglo XX, como ocurrió en Colombia y otros países latinoamericanos.

Frente al caso colombiano, el control de constitucionalidad de las leyes ha sido a partir de la Constitución Política de 1991 que es de gran relevancia no solo jurídica, sino también política. Aunque hay que anotar que existe en nuestro país este control desde 1910 cuando fue adicionada a nuestra anterior Constitución por medio del

11 El Derecho de los Derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales, Carlos Bernal Pulido, Universidad Externado de Colombia, 2005.

12 Justicia Constitucional: la invasión del ámbito político, Marina Gascón Abellán, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, www.juridicas.unam.mx.

13 El Dialogo Democrático Entre Las Cortes y Las Instituciones Representativas, Sebastián Linares, Revista Mexicana de Sociología 70, núm. 3 (julio-septiembre, 2008), pág. 487 a 532.

Acto Legislativo n° 3 de esa anualidad y a partir de aquí ha logrado meterse y ser parte de la vida de los colombianos, y desde allí, la Corte Constitucional, como guardián de la integridad y supremacía constitucional, no ha permitido que los límites materiales sean violados por nuestras mayorías democráticas, y ni mucho menos por nuestro Gobierno.

Este control por parte de la Corte nos lo han enseñado como de naturaleza semidifusa, y la razón para esto, es porque en nuestro país existe un órgano de cierre de la Jurisdicción Constitucional, que es la Corte Constitucional, y porque los demás jueces pueden inaplicar las leyes que sean incompatibles con el texto fundamental.

Esta teoría pienso se debe reevaluar y considerar a este control no como difuso o concentrado sino más bien diseminado porque hay que pensar también en el Consejo de Estado¹⁴ como órgano de relevancia constitucional por ser concededor de la Acción de Nulidad por Inconstitucionalidad y además ser órgano supremo de las acciones populares.

No es descabellada esta forma de control de constitucionalidad porque da pie a pensar en otro tema de relevancia constitucional, el cual consiste en la constitucionalización de la jurisdicción ordinaria. Esto es importante para el tema que se desarrolla en este ensayo, porque no podemos desconocer ni ignorar que los miembros que pertenecen a la Rama Jurisdiccional del Poder Público son todos Jueces Constitucionales¹⁵ y no sólo cuando conocen de acciones de tutela sino también cuando desarrollan otros tipos de procesos judiciales, para que sean ellos los primeros en garantizar la efectividad de los derechos constitucionales de todo rango en cualquier momento y así legitimar ante los ciudadanos en su mejor expresión nuestra democracia constitucional para que esta, sea enaltecida y respetada por todos nosotros.

En nuestra vida práctica no todo ha sido tan ideal o utópico y más para la Corte Constitucional. Lo digo por las decisiones que ha tomado, las cuales no sólo benefician a muchas personas, sino que también levantan ampollas en algunos círculos de poder como lo ha sido en los económicos y en los políticos.

En ese orden de ideas se puede notar lo anteriormente dicho con las decisiones que tomó nuestra Corte Constitucional frente al tema del referendo constitucional de

14 Constitución Política de Colombia, Título VIII De La Rama Judicial, Capítulo 3, Art. 237 núm. 2.

15 Constitución Política de Colombia, Título I De Los Principios Fundamentales, Art. 4.

2003¹⁶ y la reelección presidencial¹⁷, ya que determinaron que el Congreso de la República como constituyente derivado tiene límites competenciales, en el sentido de que existen temas vedados a su capacidad de reformar las normas constitucionales, y por lo tanto no tiene competencia para destruir o sustituir la Constitución de 1991, porque si no existiera este límite se eliminaría la diferencia y no tendría razón de ser la distinción entre poder constituyente primario y poder constituyente derivado o de reforma.

Estas sentencias son importantes porque frenan las pasiones acaloradas de nuestras mayorías democráticas, pues mirando un poco a fondo se podría decir que éstas son una coalición del gobierno de turno, presentándose así una gran gama de intereses particulares que pueden llevar a un desenfreno de arbitrariedades y despotismos.

Pero debemos esperar el pronunciamiento de nuestra nueva Corte Constitucional frente a los tres nuevos referendos de iniciativa popular que se están tramitando en el Congreso de la República y los cuales han sido modificados en sus textos originales por parte de este, para saber si esto es permitido o se debe de respetar la voluntad del Constituyente Primario y poder determinar esta teoría frente a la supremacía constitucional y la voluntad de las mayorías democráticas.

Como se puede notar, éste no es un tema pasivo, sino todo lo contrario, es un debate de fuego ardiente y explosivo, en el cual de entrada no se puede escoger ninguna de las dos instituciones en sus extremos porque sería una violación flagrante del principio de la separación de poderes, de la Constitución misma y de la soberanía popular.

Por todo lo anterior debemos dejar tantos miedos que afligen la confianza en un Tribunal Constitucional, y por ende hay que apostarle o, mejor dicho, confiarle la Constitución a esta Institución para que así comience la verdadera hora de los derechos y la democracia, a través de sus mayorías, vaya cambiando de tal manera el concepto que tiene frente a esta y lo articulen a la actualidad de un Estado Constitucional de Derecho, para que en sus decisiones tomen en cuenta a las minorías políticas, se desarrollen políticas públicas en materia social y exista una participación democrática de inclusión a todos los miembros de la sociedad civil.

16 Sentencia de Constitucionalidad 551 de 2003, MP: Eduardo Montealegre Lynett.

17 Comunicado de Prensa del 20 de octubre de 2005 de las Sentencias de Constitucionalidad 1040,1041 y 1043, MP: Manuel José Cepeda Espinosa.

BIBLIOGRAFÍA

- Sieyes, escritos políticos, FCE México 1998, Trad. David Pantoja Moran, X Opinión de Sieyes sobre las atribuciones y la organización de la “Jury Constitutionnaire” propuesta el 2 del Termidor.
- Sentencia Marbury vs. Madison de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América (1, Cranch, 137,1803).
- Schmitt, Carl. Trad. Manuel Sánchez Sarto, La Defensa de la Constitución, Madrid, Editorial Tecnos, Edición 1983.
- Kelsen, Hans. Trad. Roberto J. Brie, ¿Quién debe ser el defensor de la constitución?, Madrid, Editorial Tecnos, Edición 1999.
- Kelsen, Hans. “La Garantía jurisdiccional de la constitución”,. En Escritos sobre la Democracia y el Socialismo, Madrid, Debate, 1988.
- Elster, Jon. Ulises y las Sirenas, Cambridge University Press, Cambridge, 1984.
- Elster, Jon. Ulises revisitado, compromisos previos y constitucionalismo, Trad. Juan Carlos Rodríguez y Miguel García, Artículo de Revista, Análisis Político (Santa fè de Bogotá), No. 035, Sep.-Dic. 1998, p. 70-96.
- Hart Ely, John. Democracia y desconfianza. Una Teoría del Control Constitucional, Editorial Siglo del Hombre, Universidad de los Andes, Bogotá, 1997.
- Bernal pulido, Carlos. El Derecho de los Derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales, Universidad Externado de Colombia, Bogota, 2005.
- Gascón abellán, Mariana. Justicia Constitucional: la invasión del ámbito político, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, www.juridicas.unam.mx.
- Linares, Sebastián. El Diálogo Democrático Entre Las Cortes y Las Instituciones Representativas, Revista Mexicana de Sociología 70, núm. 3 (julio-septiembre, 2008), pág. 487 a 532.
- Constitución Política de Colombia, Título VIII De La Rama Judicial, Capitulo 3, Art. 237 núm. 2.
- Constitución Política de Colombia, Título I De Los Principios Fundamentales, Art. 4.
- Sentencia de Constitucionalidad 551 de 2003, MP: Eduardo Montealegre Lynett.
- Comunicado de Prensa del 20 de octubre de 2005 de las Sentencias de Constitucionalidad 1040,1041 y 1043, MP: Manuel José Cepeda Espinosa.