



De los sistemas locales al sistema interamericano de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales

JORGE FLÓREZ GACHARNA*

RESUMEN

Este trabajo tiene por objeto señalar la manera en que las Cortes Suprema de Justicia y Constitucional de Colombia realizan su función con referencia a la Constitución de 1991, especialmente en relación con la protección de los derechos fundamentales, atendiendo sus competencias y estructura orgánica. Se parte de comentar lo que entendemos por Tribunal Constitucional, su evolución y sus varios tipos en Iberoamérica, así como la forma en que varios tribunales transnacionales -como la Corte Interamericana de Derechos Humanos- se acercan a las funciones de aquellas, por ser la fiel intérprete de la Convención Americana de los Derechos Humanos.

PALABRAS CLAVE: legitimidad, derechos fundamentales, Corte Constitucional, Corte transnacional.

Fecha de recepción: junio 19 de 2010

Fecha de aceptación: mayo 5 de 2010

ABSTRACT

This work aims to point out the way in which courts, Justice Supreme and constitutional Colombia, perform its function with reference to the Constitution of 1991, particularly with regard to the protection of fundamental rights, skills and organizational structure. Part of comment on what we mean by Constitutional Court, its evolution and their various types in Iberoamérica as well as several transnational -such as the Inter-American Court of human rights, courts are close to those functions, being the faithful interpreter of the Inter-American Convention on human rights.

KEY WORDS: legitimacy, fundamental rights, Constitutional Court, transnational courts.

* Catedrático de la Universidad Autónoma de Colombia y representante de los docentes ante el Consejo de Facultad. Miembro de los institutos Iberoamericano, Panamericano y Colombiano de derecho procesal. Doctor en derecho y ciencias sociales de la Universidad Libre de Bogotá, Colombia. Candidato a magister en contratos y negocios internacionales. Profesor de derecho procesal. Autor de las obras *Fraude Procesal* y *La eficacia de la conciliación*. Autor de múltiples ensayos en revistas nacionales e internacionales.



Concepto de Tribunal Constitucional

Acerca de la naturaleza de los tribunales constitucionales se han enfocado dos ópticas diferentes:

- a) La primera, de carácter formal, desde el concepto clásico de que se trata de un órgano creado para conocer conflictos constitucionales con carácter exclusivo, ubicado fuera de la rama jurisdiccional y de cualquier poder público. Así, las Cortes o Tribunales Supremos pudiendo ser jurisdicciones constitucionales no son estrictamente tribunales constitucionales. Es el modelo europeo de Tribunal Constitucional¹.
- b) La noción contemporánea corresponde a un concepto material, entendiendo por tal al órgano de la jurisdicción de mayor jerarquía con función esencial o exclusiva de interpretación de las disposiciones y derechos de carácter fundamental. Es justamente lo que acontece en América Latina, relevando que en algunos países que adoptan el sistema difuso de control constitucional, el órgano jurisdiccional de más alta jerarquía asume la función material de Tribunal Constitucional como en el caso de los EE.UU. de Norteamérica, donde la Corte Suprema Federal, si bien resuelve casos particulares, en la práctica estos producen efectos *erga omnes*

por virtud de la fuerza vinculante del precedente proveniente de la doctrina del *stare decisis* en atención a la facultad discrecional de conocer de asuntos relevantes y trascendentes del país a través del denominado *writ of certiorari*².

Con todo, ciertos tribunales constitucionales formalmente considerados han ampliado sus facultades para conocer asuntos de contenido constitucional o legal como se desprende del Tribunal Constitucional Español que conoce del recurso de amparo por violaciones al derecho a la tutela judicial efectiva, previsto en el artículo 24 de la Constitución de 1978³.

Cabe agregar que con ocasión del desarrollo de las jurisdicciones internacionales en el derecho comunitario europeo, se ha originado la denominada “justicia constitucional transnacional o supranacional”⁴ aludiendo a la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas de Luxemburgo, el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos de Estrasburgo o la Corte Interamericana de Derechos Humanos de Costa Rica.

Se colige, como corolario de lo anterior, que son las competencias las que determinan la naturaleza jurídica del respectivo órgano por lo que podemos afirmar que el Tribunal Constitucional es un órgano jurisdiccional situado dentro o fuera

1. FAVOREU, Luis. *Los tribunales constitucionales*. Traducido de la segunda edición francesa, por Vicente Villacampa. Barcelona: Ariel, 1994.
2. FIXZAMUDIO, Héctor. Tribunales constitucionales. En *Diccionario jurídico Mexicano*. México: UNAM, 2000.
3. FIXZAMUDIO, Héctor. Estudio comparativo del amparo contra resoluciones judiciales en México y España. En el libro homenaje al constitucionalista español Francisco Rubio Llorente.
4. CAPPELETTI, Mauro. Necesidad y legitimación de la justicia constitucional. En *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984, pág. 599-662.



de la rama jurisdiccional, cuya función material esencial es resolver conflictos derivados de la interpretación o aplicación directa de la normativa constitucional⁵.

Los tribunales constitucionales en Iberoamérica

El sistema americano de control judicial de las leyes fue adoptado con sus caracterizaciones en los países latinoamericanos⁶. En efecto en la actualidad, también influidos por el modelo europeo, se presentan cuatro tipos de tribunales constitucionales:

- a) Situados fuera del poder judicial: Chile, Ecuador, España, Guatemala, Perú, Portugal y Colombia;
- b) Situados dentro del poder judicial: Bolivia;
- c) Salas constitucionales autónomas que hacen parte de la Corte Suprema: El Salvador, Costa Rica, Honduras, Paraguay, Nicaragua y Venezuela;
- d) Cortes que realizan función de tribunal constitucional, aunque no de forma exclusiva: Argentina, Brasil, Méjico, Panamá, República Dominicana y Uruguay.

Un breve comentario nos permitirá establecer diferencias en su estructura. El primer tribunal

constitucional autónomo en América Latina fue la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, conforme a la Carta Política de 1965, que no tenía carácter permanente porque se integraba cada vez que se intentaba una demanda de inconstitucionalidad. La componían doce miembros elegidos por la Corte Suprema, la Corte de Apelaciones y el Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Era su presidente el de la Corte Suprema. En 1986 entró a regir una nueva carta política y con ella se introdujo la Corte de Constitucionalidad como tribunal permanente, de carácter colegiado y con independencia de los demás órganos del Estado para que conozca esencialmente de hábeas corpus, amparo e inconstitucionalidad de las leyes.

Algo similar sucedió en Chile a partir de 1971, con la creación de un tribunal constitucional de cinco miembros que fue desintegrado con el golpe militar de 1963 y restablecido en la Constitución aprobada por el plebiscito del 11 de septiembre de 1980, con un número de siete magistrados de los cuales tres elegidos por la Corte Suprema en votación secreta y cuatro abogados de reconocido prestigio designados por el Consejo de Seguridad Nacional, uno por el Presidente de la República y uno por el Senado con la facultad de ejercer control preventivo de constitucionalidad de las leyes, el amparo y hábeas corpus⁷.

5. FERRER MAGGREGOR, Eduardo. La Suprema Corte de Justicia de México (De Tribunal de casación a tribunal constitucional), que aparece publicado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal en el libro homenaje al profesor Augusto Mario Morelo intitulado *El papel de los Tribunales Superiores*, 2006, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni editores.

6. CARPIZO, Jorge; FIXZAMUDIO, Héctor, La necesidad y la legitimación de la revisión judicial en América Latina. Desarrollo reciente, en *Revista Parlamentaria Iberoamericana*, No. 2, congreso de los diputados, Madrid, 1986, pág. 83 y ss.

7. TAVOLARI OLIVEROS, Raúl. *Habeas Corpus, recurso de amparo*. Santiago: Ed. jurídica de Chile, 1995.



En España⁸, con posterioridad al Tribunal de Garantías Constitucionales de la segunda República Española, la Constitución de 1978 creó un tribunal constitucional integrado por doce magistrados elegidos por los tres poderes, pero formalmente designados por el Rey, ocho de los cuales por las Cortes generales y otros dos por el gobierno, para un periodo de nueve años, con la función especial de conocer del recurso de inconstitucionalidad de leyes; control previo de inconstitucionalidad de tratados internacionales; la cuestión de inconstitucionalidad, conflictos entre el Estado y las comunidades autónomas o de estas entre sí; conflicto entre órganos constitucionales del Estado y el recurso de amparo.

En punto a los tribunales constitucionales dentro del poder judicial (rama judicial se denomina en Colombia), es Bolivia el modelo en cuanto que el Tribunal Constitucional se halla dentro de la estructura del llamado Poder Judicial, conforme a la reforma constitucional de 1994 y la mantiene con la actual carta política. Los magistrados son designados por el Congreso Nacional, por un periodo de diez años con la función de controlar la normatividad, el ejercicio del poder político y el de los derechos fundamentales y garantías constitucionales, de tal manera que avoca la acción de inconstitucionalidad de las leyes; recurso de nulidad sobre actos, demanda respecto de violación al procedimiento en la reforma de la Constitución; revisión de decisiones atinentes al hábeas corpus y

La Corte Constitucional ejerce jurisdicción en todo el territorio Colombiano y a ella se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución en los estrictos y precisos términos del artículo 241 de la Carta Política, en orden a decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad contra los actos reformativos de la Constitución.

al amparo constitucional; consulta sobre constitucionalidad de proyectos de ley, decretos o resoluciones que presenten el presidente del Congreso, el presidente de la República, el presidente de la Suprema Corte y los conflictos de competencia entre los poderes del Estado, la Corte Electoral, los departamentos y los municipios⁹.

Acerca de las salas constitucionales pertenecientes a las Cortes Supremas podemos señalar como ejemplo la sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, con base en la estructura anterior a la vigencia de la Constitución de 1991, la cual estaba compuesta por cuatro magistrados, formando parte de la propia Corte Suprema y por cuya razón le habían sido adscritos mecanismos de control constitucional respecto de las leyes, por inconstitucionalidad y la revisión de

8. ORTELLS RAMOS, Manuel. El Tribunal Supremo Español: un tribunal en busca de identidad (primera parte). En *Revista iberoamericana de derecho procesal constitucional*. No. 3, enero-junio 2005. México: Porrúa-Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, pág. 227-270.

9. FERNÁNDEZ CEGADO, Francisco. La jurisdicción constitucional en la reforma de la Constitución de Bolivia de 1994. En *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, pág. 359 y ss.



los decretos extraordinarios de estado de sitio y emergencia económica.

De la misma manera la Constitución de 15 de diciembre de 1983 en la República de El Salvador, creó la sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Si bien esta sala se compone de cinco magistrados, forma parte de la propia Corte Suprema aunque materialmente tiene competencia en la resolución de los procesos constitucionales de habeas corpus, amparo e inconstitucionalidad de las leyes, procedimientos de declaratoria de orden público, y suspensión, pérdida y rehabilitación de los derechos del ciudadano¹⁰.

Por último, las cortes supremas como tribunales constitucionales obedecen a que existen países que no han creado tribunales, cortes o salas constitucionales y, por el contrario, sus máximos órganos jurisdiccionales del orden nacional se han transformado en tribunales constitucionales al resultar los órganos límite en la interpretación y resolución de los conflictos constitucionales como sucede con la República Argentina, Brasil, México, Panamá, República Dominicana y Uruguay, lo que significa que tales órganos realizan atribuciones constitucionales y una importante variedad de asuntos no constitucionales.

De la legalidad constitucional y la legalidad ordinaria

Visto lo anterior surgen las reglas de juego que definen los papeles de la Corte Suprema de Justicia y del Tribunal Constitucional en Colombia con la pretensión de ser claras, desde su perspectiva estática. Su raíz está en la propia Constitución.¹¹

La Corte Suprema de Justicia, con jurisdicción en toda Colombia, es el órgano jurisdiccional superior y por consiguiente de cierre en los órdenes civil, penal y laboral, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales (artículos 116 y 239 de la C.P.). La Corte Constitucional ejerce jurisdicción en todo el territorio Colombiano y a ella se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución en los estrictos y precisos términos del artículo 241 de la Carta Política, en orden a decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad contra los actos reformatorios de la Constitución, cualquiera que sea su origen, solo por vicios de procedimiento en su formación; sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una asamblea constituyente para reformar la Constitución, solo por vicios de procedimiento en su formación; sobre la constitucionalidad de los referendos sobre

10. CALCAÑO DE TEMELTAS, J. Corte Suprema de Justicia de El Salvador, documentacao e direito comparado, pág. 483 y ss; Anaya Barraza, Salvador Enrique. La jurisdicción constitucional en El Salvador, en *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, pág. 595 y ss.

11. Sin embargo, es preciso que las nuevas generaciones tengan claro que desde la ley 153 de 1887, artículos 4º y 8º, el valor indicativo de la jurisprudencia giraba en torno a los conceptos “doctrina legal probable” y “doctrina constitucional”, con lo cual se pretendía darle fuerza integradora e interpretativa en casos de lagunas o ambigüedades pese a que los juristas de la época consideraban que su fuerza, con criterio civilista francés, sólo debía limitarse a los efectos interpartes. Con base en la Constitución de 1991 la Corte Constitucional distinguió los conceptos y los efectos jurídicos de la doctrina constitucional integradora, la doctrina constitucional interpretativa y la jurisprudencia. Las sentencias de la Corte Constitucional C-083 de 1995 y T-123 de 1995, especialmente esta última cuando introduce transformaciones a la primera, afirma terminantemente que “sólo la doctrina Constitucional de la Corte Constitucional tiene el carácter de fuente obligatoria” al considerar tales sentencias como parte de la Constitución misma.



leyes y de las consultas populares y plebiscitos del orden nacional, estos últimos solo por vicios de procedimiento en su convocatoria y realización; sobre las demandas de inconstitucionalidad contra las leyes, tanto como por su contenido material como por vicios de forma; sobre las demandas de inconstitucionalidad contra los decretos con fuerza de ley dictados por el gobierno con fundamento en los artículos 150.10 y 341 de la Carta por su contenido material o por vicios de forma; decidir sobre las excusas de que trata el artículo 137 de la Constitución en relación con la citación al Congreso que haga cualquier comisión permanente a toda persona natural o jurídica, para que en sesión especial rinda declaración oral o escrita sobre hechos relacionados con las indagaciones que la Comisión adelante, evento en el cual quienes hayan sido citados y se excusaren de asistir y la Comisión insistiere en llamarlos, la Corte Constitucional, después de oírlos, resolverá sobre el particular en un plazo de diez días, bajo estricta reserva; sobre la constitucionalidad de los decretos legislativos dictados por el gobierno con fundamento en los artículos 212, 213 y 215 de la propia Carta; sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el gobierno como inconstitucionales, y de los proyectos de ley estatutarias, tanto por su contenido material como por vicios de forma; revisar, en la forma que determine la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales; fallar definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben.

En relación con su composición, es diferente la forma como se eligen los magistrados de la Corte Suprema. Los de la Corte Constitucional son elegidos por el Congreso de la República para

periodos individuales de ocho años, de sendas ternas que le presenten el presidente de la República, la propia Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado. De conformidad con el artículo 43 de la ley 270 de 1996, también ejercen jurisdicción Constitucional, excepcionalmente, para cada caso concreto, los jueces y corporaciones que deban proferir las decisiones de tutela o resolver acciones o recursos previstos para la aplicación de los derechos Constitucionales.

Entre tanto, la Corte Suprema de Justicia es el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria con las específicas atribuciones de actuar como tribunal de casación; juzgar al presidente de la República o a quien haga sus veces, y a los altos funcionarios referidos en el artículo 174, vale decir, los magistrados de la Corte Suprema, del Consejo de Estado, de la Corte Constitucional, del Consejo Superior de la Judicatura y el Fiscal General de la Nación, aunque hubieren cesado en el ejercicio de sus cargos, por hechos u omisiones ocurridos en el desempeño de los mismos, conforme a lo previsto en el artículo 175.2 y 3; investigar y juzgar a los miembros del Congreso; juzgar, previa acusación del Fiscal General de la Nación, a los ministros del despacho, al Procurador General, al Defensor del Pueblo, a los agentes del ministerio público ante la Corte, ante el Consejo de Estado y ante los tribunales; a los directores de los departamentos administrativos, al Contralor General de la República, a los embajadores y jefes de misión diplomática o consular, a los gobernadores, a los magistrados de tribunales y a los generales y almirantes de la Fuerza Pública por los hechos punibles que se les imputen; de los negocios contenciosos de los agentes diplomáticos acreditados ante el gobierno de la Nación, en los casos previstos o del derecho internacional.



Los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, expresa el artículo 231 de la Carta, serán nombrados por la respectiva corporación, de listas enviadas por el Consejo Superior de la Judicatura.

Con todo, resáltase que el artículo 1° de la Ley Estatutaria sobre la Administración de Justicia determina que la administración de justicia es la parte de la función pública que cumple el Estado encargada por la Constitución Política y la ley de hacer efectivos los derechos, obligaciones, garantías y libertades consagrados con el fin de realizar la convivencia social y lograr y mantener la concordia nacional.

En torno a este propósito, la Corte Constitucional ha interpretado que como consecuencia de haber sido nuestro país consagrado en la Carta Política como un Estado Social de Derecho, impone un mayor dinamismo judicial en la medida en que es el juez el primer llamado a hacer valer el imperio de la Constitución y de la ley en beneficio de quienes, con razones justificadas, reclaman su protección, destacando que la justicia pasó de ser un servicio público más, a convertirse en una verdadera función pública como bien lo define el artículo 228 del estatuto fundamental¹², con lo cual se afirma un control difuso de constitucionalidad, en materia de derechos fundamentales, que culmina con la

eventual revisión de la respectiva decisión ante la Corte Constitucional.

Con lo expuesto se puede deducir que, en Colombia, tanto la Corte Suprema de Justicia como la Corte Constitucional juegan en diferente terreno y que, por disposición constitucional, la última palabra en materia de garantías constitucionales la tiene la segunda.

Pese a esto se han presentado un cúmulo de conflictos, desavenencias y hasta guerra de palabras entre ambas Cortes y así se ha extendido hacia la opinión pública. Es comprensible afirmar que la actividad de las dos instituciones debe dinamizar el ordenamiento jurídico y permitir grandes logros en la jurisprudencia constitucional, para construir elementos esenciales en la vitalidad del ordenamiento¹³.

No se pone en duda que en materia de garantías constitucionales tanto la jurisdicción especial como la jurisdicción ordinaria deben operar en el mismo terreno, con diversas aproximaciones, perspectivas y soluciones pero que encuentran su máxima expresión en la Corte Constitucional dada la razón de su constitución jurídica. Es verdad incuestionable que no todas las soluciones de la jurisprudencia constitucional se reflejan adecuada-

12. Colombia. *Gaceta de la Corte Constitucional*, 1996, edición extraordinaria, sentencia Número C-37 de febrero 5 de 1996, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

13. Colombia. Sent. T-260/95. M.P. Hernández, José Gregorio. Se afirma que la Constitución Política es una sola y que el contenido de sus preceptos no puede variar indefinidamente según el criterio de cada uno de los jueces llamados a definir los conflictos surgidos en relación con los derechos fundamentales. Advierte que uno de los principios de la administración de justicia es el de la autonomía funcional del juez, en el ámbito de sus propias competencias la que no se puede confundir con la arbitrariedad del fallador para aplicar los preceptos Constitucionales y que cuando ignoran o contrarían la jurisprudencia de la Corte no sólo se apartan de ella sino que violan la Constitución.



La administración de justicia es la parte de la función pública que cumple el Estado, encargada por la Constitución Política y la ley de hacer efectivos los derechos, obligaciones, garantías y libertades consagrados con el fin de realizar la convivencia social y lograr y mantener la concordia nacional.



mente en las leyes y que no todas las actuaciones de los tribunales se adaptan a lo que resulta de reiterados fallos de la jurisprudencia constitucional pero ello no obsta en mantener vivos los instrumentos previstos en la propia Carta.

La idea básica: el respeto a la dignidad del hombre

Hemos adelantado comentario sobre la disposición fundamental del artículo 1º de la Carta como consecuencia de declarar a Colombia como 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 cuyo alcance hace que no solo se propenda por la persona sino que se relieve su materialidad ontológica, según expresión de la propia Corte Constitucional¹⁴, ponderando una cualidad indisoluble: la dignidad.

Se pretende así comprender el predicado de lo humano que implica una calidad de vida, indicando con ello que para la Carta no basta que la persona exista sino que lo sea en un marco de condiciones materiales y espirituales que le permita vivir con dignidad, buscando que mientras el Estado provee a la satisfacción de las necesidades sociales, la sociedad civil participe en la consecución de los fines estatales.

El individuo entonces, se comprende, no es un medio sino un fin, contrario a lo que proclamara León Duguit¹⁵, por una parte, y Kelsen, por otra,

14. Colombia. Corte Constitucional, Sent. C-575, octubre 29 de 1992, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

15. DUGUIT, León. *Las transformaciones generales del derecho privado, desde el código de Napoleón*. Madrid, pág. 177.



con la tesis según la cual la noción de persona es artificial y no pasa de ser un as de deberes, responsabilidades y derechos que la ley confiere a un hombre¹⁶.

Fue Kant quien postuló filosóficamente tal afirmación, que antes había sido expresada por el cristianismo como fundamentación religiosa, como lo hiciera igualmente el Papa Juan Pablo II en su encíclica *Redemptoris Hominis* (marzo de 1979), al pretender destacar que el ser humano tiene una calidad única dentro del universo conocido.

De la calidad y dignidad del ser humano fluye que las normas jurídicas se impongan a los hombres en sociedad con todas las consecuencias que le sean inherentes, de manera que tal dignidad constituye un límite para que el legislador se ciña por un amplio conjunto de ideales humanos destinados a servir no solo como fundamentos de la convivencia, sino como valores que el legislador debe respetar y hacer respetar.

A las luchas religiosas posteriores a la reforma se les debe la imposición de la libertad de conciencia, así como la tolerancia y el respeto para las creencias disidentes. La historia de los derechos humanos es directamente proporcional al perfeccionamiento de la vida social para que el hombre identifique los nuevos alcances que deben incorporarse, por lo que, los hoy llamados derechos fundamentales, constituyen una preocupación de nuestro tiempo después de más de doscientos años que empezaron a ser reconocidos, siendo la

expresión más famosa de ellos la contenida en la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, aprobada por la Asamblea Nacional Francesa del 26 de agosto de 1789, en los albores de la revolución, elaborada con base en las declaraciones de Estados Norteamericanos formuladas entre 1776 y 1783.

En aquella época los revolucionarios tenían como dogmas los principios individualistas que alentaron el capitalismo naciente, razón por la que la aprobaron con la mira de que la Constitución quedara fundada en tales principios.

En nuestra época, el enunciado “derechos fundamentales” invita a concluir que ellos son expresiones que, en el orden jurídico, se sobreponen a la ley positiva o que por lo menos insinúan principios jurídicos a los cuales el legislador debe subordinarse.

Una mirada al pasado —cuando Hispanoamérica conmemorará el bicentenario de las independencias— nos permitirá recordar la asimetría entre la proclamación de los derechos civiles y deberes patrióticos y militares de los ciudadanos y la vaguedad entre quienes eran ciudadanos y sus derechos políticos, por cuanto otorgar ese título dio origen a contiendas por el título de “don” y por el reconocimiento como vecino. Asumir la idea de la igualdad de los indios y las castas como parte del discurso fue uno de los procesos más complejos dada la persistencia del imaginario social del antiguo régimen, en el que los jueces tuvieron criticables posiciones.

16. KELSEN, Hans. *Teoría pura del Derecho*. Buenos Aires: Eudeba, 1963.



En un excelente ensayo¹⁷, se alude al planteamiento de un fiscal del decenio de 1820, en un caso de abuso contra indígenas, expresando que:

... las leyes liberales de la República no anticipan los conocimientos de los pueblos. Permanecen hasta ahora en su estupidez los indígenas, que son ciegos observadores de sus prácticas antiguas. Como no saben leer ni escribir no tienen conocimiento de la Constitución de Colombia y aun ignoran sus leyes como los mismos reos lo declaran en sus confesiones. Ha habido exceso pero no crimen. Siguen la costumbre que tiene su origen desde la conquista de los españoles. Hasta ahora no se les ha instruido de las libertades de los naturales,

e igualmente el de una mujer que en 1824, María Melchora Ortiz, liberta, se quejó del gobernador de Mariquita porque su marido, sin haber cometido delito, fue puesto preso en Honda, acusando que cuando comenzaban a gozar de la libertad y de los derechos de ciudadanos, fueron atropellados y convertidos en juguetes de la arbitrariedad afirmando que:

el tribunal ha visto hollada la constitución atropellando la seguridad individual garantida por nuestras leyes a no ser que se quiera decir que estas leyes son solamente a favor de los poderosos y que los imprescriptibles derechos del hombre no son para los miserables.

Para la época, afirman los historiadores, las mujeres no obtuvieron un trato mejor de los jueces de la República, pues según se ve, en los procesos judiciales era frecuente que cuando eran acusadas

se les endilgaba la falta de sumisión a sus maridos y, además, conductas inmorales.

Ante tales antecedentes sería de suponer que los derechos humanos fueran materia de profunda consideración por parte de los juristas. No fue así; tal preocupación la tuvieron filósofos, politólogos, internacionalistas y otros estudiosos ajenos al derecho. En Colombia, se necesitó que entrara a regir la Constitución de 1991 para que los abogados comenzaran una nueva etapa de la república con un enfoque tal de los derechos fundamentales, que sean colocados como centro de los estudios de derecho, con amplio desarrollo doctrinario para armonizarlos con los textos legales tradicionales a fin de darles la primacía que les corresponde pretendiendo que su aplicación sea real y efectiva.

Tendencias actuales en la posición del juez

Es usual en nuestra época hablar del arte de juzgar, discernir justicia, ser garante, tener responsabilidad política y participación social como garante de la paz social.

Expresa Luhmann¹⁸ que la creciente dependencia de los derechos de la política y la penetración de ésta en la subjetivación de los jueces es el producto de un tiempo arrollador, que coloca a la juez en el primer plano de la opinión pública, de los medios y de una crítica directa, continua, a veces impiadosa y otras constructiva.

17. GARRIDO, Margarita. Nueva Granada entre el orden colonial y el republicano: lenguaje e imaginarios sociales y políticos. En Las independencias hispanoamericanas. Interpretaciones 200 años después. Bogotá: Grupo Editorial Norma, 2009, pág. 93 y ss.

18. LUHMANN, Nicolás. Sociología del diritto, Bari, 1977, 237 cit. por Picardi. Los cambios del rol del juez en nuestro tiempo.



En Colombia, se necesitó que entrara a regir la Constitución de 1991 para que los abogados comenzaran una nueva etapa de la república con un enfoque tal de los derechos fundamentales, que sean colocados como centro de los estudios de derecho, con amplio desarrollo doctrinario para armonizarlos con los textos legales tradicionales a fin de darles la primacía que les corresponde pretendiendo que su aplicación sea real y efectiva.

Muchos de nosotros nos formamos viendo un juez instalado en un modelo clásico de sistema de justicia conforme a un rol que nos explicó la universidad que nos formó: neutral, espectador, aplicador de la ley, refugiado en su despacho, sin diálogos con las partes, ajeno a las voces de extramuros; sin necesidad de crear el derecho.

De los años 70 para acá, con la aparición del Estado Benefactor con dimensión social y un profundo inmovilismo legislativo comenzó a operarse un activismo de los jueces, quienes se vieron impulsados por la necesidad a responder por el fenómeno del derecho de propiedad, del principio de seguridad jurídica y la libertad.

El fenómeno neoliberal producto de una filosofía económica diferente, reflejo del capitalismo salvaje, provocó el ingreso del principio de solidaridad y la globalización.

A partir de entonces los poderes-deberes del juez aumentan (así las legislaciones italiana, española, brasileña, colombiana), y se da una profunda importancia a las Cortes constitucionales y a la noción de juez legislador y juez administrador por virtud de la propia dinámica social, proyectando la puesta en marcha del proceso justo y el garantismo porque penetran en las constituciones políticas y en los tratados que se incorporan al derecho interno con igual jerarquía (artículo 93 C. P.)

Las garantías jurisdiccionales son reconocidas en un nuevo ambiente en el orden local, al constituirse en principios y estándares fluidos de documentos y órganos transnacionales europeos de justicia como los de Luxemburgo y Estrasburgo haciendo que la noción de jurisdicción como la de soberanía se transforme por ser ahora compartida.¹⁹

Ese nuevo posicionamiento origina un complejo problema para los mismos magistrados porque el gran grueso del público les pide muchas cosas para que la jurisdicción realice actos preventivos, urgentes, cautelares, sin esperar la sentencia. La especialización de jueces y abogados por el fenómeno de la competitividad y complejidad jurídica que vierte con el aplicar de los códigos obligan a hermenéuticas más elásticas para cubrir lagunas

19. MORELO, Augusto Mario. *El impacto de las reformas constitucionales en el sistema de justicia*, citado en Recientes tendencias en la posición del juez. El juez y la magistratura, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, Rubinzal, Culzoni editores, pág. 65, 1999.



otorgándole a la jurisprudencia una presentación otrora reservada a la ley.

Nace el concepto de legislación por decisiones a través de las sentencias integrativas en sede jurisprudencial, que da lugar a la llamada suplencia judicial como consecuencia de los rápidos cambios sociales que desembocan en lo que se ha denominado la dictadura de los jueces²⁰, como producto de la preocupación, más por las garantías que por los derechos²¹, buscando técnicas de tutela para el amparo, hábeas data, control de constitucionalidad, cautelas, etc.

Por nuestro lado hemos insistido en la cátedra y en anteriores ensayos²² que en nuestro universo jurídico la noción de derecho subjetivo ha sufrido transformaciones (concepto de eminentemente sabor patrimonial, individualista en el siglo XIX) al punto de que actualmente es una posición jurídica, una de cuyas propiedades es su exigibilidad judicial y que, por ello y en razón de la orientación que los derechos fundamentales tienen hacia la protección del individuo, en caso de duda, debe partirse de la base de que ellos representan derechos subjetivos que coinciden con las libertades y con las demás necesidades de cuya garantía

conquistada al precio de luchas y revoluciones, dependen la vida, la supervivencia, la igualdad y la dignidad de los seres humanos²³.

No escapa a nuestro comentario el acontecer aludido en el ámbito del derecho privado y en el de la contratación en relación con el control de las cláusulas abusivas y violatorias de derechos fundamentales, por cuya razón afirmamos que el juez debe ser un buen administrador, especialmente en el campo mercantil en el que los conflictos entre acreedores y deudores, entre propiedad privada y empresa implica también control de los derechos fundamentales; como tampoco el de los jueces de familia, señalados como garantes de las relaciones entre padres e hijos; ni los civiles en materia de vivienda; ni los penales en lo relacionado con el aborto y la eutanasia, los cuales desnudan la importancia de la persona y de su dignidad y el rango de su tutela, como igual sucede en materia de seguridad social, asuntos agrarios, arrendamientos, y relaciones laborales, de suerte que si bien el juez es independiente se halla comprometido con su función, alejado de razones formalistas y como realizador de derechos con especial tutela constitucional.

20. PICARDI, Nicola. Los cambios del rol del juez en nuestro tiempo, en Arazi, Roland. El derecho procesal en vísperas del siglo XX. Temas actuales en memoria de los profesores Isidoro Eisner y Ali J. Salgado. Buenos Aires: Ediar, 1997, pág. 373 y ss,

21. Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-113/93. La Corte afirma el principio de separación de poderes y autonomía judicial por el cual sólo le es dable a ella misma regular los efectos de sus propios fallos. En efecto, usando tal libertad, la corporación introdujo la teoría de modulación de los efectos de las sentencias tipo C. La práctica anterior en el control de constitucionalidad permitía decidir si la norma contrariaba o se ajustaba al contenido de la Constitución, eliminando normas válidas o confirmando su validez como "legislador negativo". La postura nueva permite declarar la constitucionalidad a condición de que la norma de rango legal se entienda de determinada manera, según el significado expresado por la Corte. También las sentencias tipo T-han ensanchado el espacio a través de las denominadas sentencias SU.

22. FLÓREZ GACHARNÁ, Jorge. Introducción al derecho procesal dentro del Estado Constitucional. En ICDP, Rev. 31, 2005, pág.153 y ss.

23. FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías*. Segunda edición, Madrid: Editorial Trotta, 2001, pág. 125.



No dejemos de lado el control jurisdiccional sobre los poderes políticos y las grandes concentraciones económicas, el ambiente, la sociedad, las ligas de consumidores.

La posición de algunos juristas colombianos sobre tales tendencias

Dada la importancia que representa para el derecho colombiano el concepto de los profesores Hernán Fabio López Blanco y Jairo Parra Quijano, me referiré a ellos brevemente.

Afirma el primero²⁴ que no puede hablarse de una autonomía total en lo que dice relación con la designación de los magistrados de la Corte Constitucional, dado que el Congreso de la República también interviene en su designación, pero que el control constitucional que ejercen los jueces es pleno de forma tal que en tanto la Corte Constitucional se encarga de controlar la constitucionalidad de las leyes y el Consejo de Estado lo que toca con los decretos del Ejecutivo, por vía de acción, cualquier juez puede directamente dejar de aplicar una norma alegando inconstitucionalidad por vía de excepción.

Con todo, no se refiere al control de los derechos fundamentales ejercido por los jueces en los procesos comunes, pero sí alude al régimen de control de la actividad judicial en lo que al aspecto disciplinario concierne, en cabeza del Consejo Superior de

la Judicatura la que, en su sentir, por tener origen directo en el Congreso, constituye una influencia no deseada. Afirma el jurista, desde otra perspectiva, que existe una alarmante tendencia legislativa para volver urgente, de decisión prevaleciente, toda nueva regulación, lo que implica estudiar cuál proceso prevaleciente tiene prelación sobre otro igualmente concebido por cuanto la acción de tutela, las acciones populares, la acción de cumplimiento como los intereses colectivos, entre otros, son procesos donde se prevé la urgencia de la decisión, con el agravante de que usualmente son los mismos funcionarios los competentes para conocer de ellos.

Relieva el comentarista que los poderes del juez son amplios en materia de acción de tutela conforme a la Constitución, en el artículo 86, y el decreto 2591 de 1991, señalando que el juez de inmediato puede tomar las medidas cautelares que estime pertinentes antes de decidir, lo que debe suceder en un plazo no mayor de diez (10) días que inexorablemente se cumplen, subrayando que la operatividad de tal medida ha sido plena al punto que, como son jueces de tutela todos los integrantes de la rama judicial, se ha presentado como consecuencia el atraso notorio de la actividad jurisdiccional ordinaria.

Por su lado, el profesor Parra Quijano²⁵ afirma que la acción de tutela ha contribuido a que la gente conozca y defienda una institución judicial pese a que un alto porcentaje son denegadas; que la Corte

24. LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. *Recientes tendencias en la posición del juez. El juez y la magistratura*. Publicación del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Rubinzal-Culzoni editores. 1999. En XI Congreso Internacional de Derecho Procesal, Viena, pág. 205 y ss.

25. *Ob. cit.*, pág. 211 y siguientes.



Constitucional es el mayor logro de la Constitución de 1991, porque en cierta forma ha hecho que la justicia sea algo entendible para las personas y en cierta forma esperanzador. Considera que la justicia ordinaria en Colombia es teóricamente independiente por virtud de la serie de problemas de violencia, como la de la existencia de tres ejércitos: la guerrilla, con varias especies de ella; los llamados paramilitares y el ejército regular, además del constituido por la delincuencia organizada, afirmando que la primera, en ciertas zonas, y casi en la mitad de los municipios de Colombia, tiene una gran influencia donde hasta "... administra justicia", lo que supone que Colombia debe recuperar para el Estado, con criterio de monopolio, tal función; que tal situación hace que el órgano judicial sea impotente dado que las soluciones no pueden salir de su seno. Concluye que los jueces controlan efectivamente la constitucionalidad y la legalidad de los actos de otros poderes y que cumplen funciones de coexistencialidad, citando al efecto ejemplos concretos en materias penal, civil y de familia.

Nuestra visión. La legitimidad y la justicia

Dentro de la perspectiva contemporánea del Estado Constitucional de Derecho surge una

doble vinculación del juez: a la Constitución y a la ley²⁶.

El deber del juzgador de interpretar la ley conforme a los valores, principios y preceptivas constitucionales, especialmente sobre derechos fundamentales, lo hace estar sujeto a las pautas dadas por la Corte Constitucional lo que, a nuestro entender, hace que no se pueda desconocer el texto constitucional ni la jurisprudencia de la misma naturaleza. Es evidente la polémica que sobre el punto se ha planteado²⁷ en lo atinente a la naturaleza política o jurídica de tales decisiones y sobre la fuente de los criterios planteados por el Tribunal Constitucional, lo cual no abordaremos en este estudio.

Empero, pese a tales objeciones, por cuanto la Constitución tiene el carácter de norma jurídica en el caso colombiano, fija límites al poder estructurando derechos fundamentales de defensa, prestación e igualdad²⁸ por lo que debe garantizarse su eficacia jurisdiccionalmente.

De otra parte, tanto en las democracias como en las monarquías, el poder proviene de arriba, pero la legitimidad en ambos casos nace de abajo, porque sólo el consentimiento de los llamados a obedecer puede crearla. En todos los regímenes es en el punto de encuentro ente esas dos líneas, el

26. ARAGÓN REYES, Manuel. El juez ordinario, entre legalidad y constitucionalidad. En *Temas de derecho público* No. 44. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

27. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La constitución como norma jurídica y el Tribunal Constitucional*. España: Ed. Civitas, pág. 49.

28. BOROWSKI, Martín. La estructura de los derechos fundamentales. Serie *Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho* No. 25. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, pág. 109 y ss.



poder y la legitimidad, donde se realiza la plenitud del Estado.²⁹

Sabido es que la Constitución Política, por cuanto es la expresión del constituyente primario, representa un acto solemne que descansa sobre la idea de libertad, contiene derechos y, para evitar su violación, estructura un equilibrio de poderes.

El constituyente colombiano de 1991, sobre la idea de libertad consagró los derechos fundamentales y estructuró un equilibrio de poderes, lo que significó en la historia de Colombia una gran novedad y un cambio en el papel de la función jurisdiccional, en particular con la creación de la Corte Constitucional como guardiana de la Carta y máxima garantista de la materialización de aquellos derechos, lo que dio lugar a una nueva teorización del derecho, pero los tribunales de la jurisdicción común, arraigados al neoclasicismo del derecho, señalaron una especie de “rebelión” de las ideas acerca de los conceptos de legalidad y Estado de Derecho³⁰.

El efecto, consecuentemente, es que se ha retomado el concepto de derecho y replanteado el tema del equilibrio de poderes.

La Corte Constitucional, compuesta por un número impar de miembros, integrados con criterio de diversas especialidades del derecho, elegidos por el Senado de la República, son producto de sendas ternas que presentan el presidente de la República,

la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, con lo cual participan el Ejecutivo y el Judicial en la propuesta de los nombres, en tanto que el Legislativo, en la correspondiente elección.

El sistema ha sido criticado por afectar la independencia, porque puede facilitar el predominio de uno de ellos –lo que sí es posible–, pero en otras no la ha afectado como se ha podido observar con decisiones importantes tales como la reciente, a través de la cual fue declarada inconstitucional la ley que convocaba a un referendo para permitirle al Presidente de la República aspirar a un tercer mandato presidencial consecutivo, por desconocer principios constitucionales insustituibles, como la misma separación de poderes, el sistema de pesos y contrapesos, la alteración del poder presidencial, el derecho a la igualdad y el carácter general y abstracto de las leyes.

Al efecto, la Corte Constitucional al sepultar la ley 1354 de 2009 señaló que la iniciativa en ella consagrada violó los topes de la financiación de la campaña, en tanto su trámite en el Congreso arrancó sin el certificado de legalidad del registrador nacional del Estado Civil; adelantó sin el respeto al principio de consecutividad el cambio de la pregunta original que permitía la reelección en el 2014 y no en el 2010 y además violó el régimen de bancadas, cuando cinco representantes de un partido político votaron en contra de las directivas internas de la colectividad.

29. FERRERO, Guglielmo. *Poder. Los genios invisibles de la ciudad*. Introducción. Traducción y notas de Eloy García. Segunda Edición Revisada. Tecnos, 1998, pág. 215 y ss.

30. LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *Teoría impura del Derecho*, 1ª edición, Bogotá: Legis, 2004, pág. 399 y ss.



Cabe aquí recordar que ante la disyuntiva entre monarquía y/o parlamento el poder judicial fue sometido a una doble situación: ser derivación de la potestad soberana del monarca y, desde la perspectiva liberal, ser la residencia natural de la justicia para el exacto cumplimiento y aplicación de la ley emanada del parlamento. Hoy, cuando se habla de un sistema democrático y social, el juez ha descendido de su condición de mediador entre lo

humano y lo divino a funcionario de justicia con actividad de árbitro, de apoyo social y controlador de la actividad pública, con lo cual su independencia parte de límites objetivos, lo que sin vacilación debe seguirse examinando desde el derecho constitucional procesal y procesal constitucional, pues tal idea va unida a la concepción de Estado Constitucional³¹.

Justamente al momento de concluir este análisis se halla para sentencia judicial de exequibilidad



Tanto en las democracias como en las monarquías, el poder proviene de arriba, pero la legitimidad en ambos casos nace de abajo, porque sólo el consentimiento de los llamados a obedecer puede crearla.

En todos los regímenes es en el punto de encuentro entre esas dos líneas, el poder y la legitimidad, donde se realiza la plenitud del Estado.

el decreto 4975 de 2009, por el cual el gobierno nacional declaró la emergencia social y, según parece, partiendo de una historia financiera del sistema de salud mal contada o contada a medias, por lo que la valoración que de ella haga la Corte Constitucional será de una trascendencia importante para el futuro del sistema.

En lo referente a su función de revisión de las decisiones judiciales

relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales como lo prevé el artículo 33 del decreto 2591 de 1991, reglamentario del artículo 86 de la Carta Política, su trabajo ha sido loable extendiéndose a providencias judiciales consideradas también como violatorias de los derechos fundamentales mediante tesis que han venido evolucionando a partir de las sentencias T-543 de 1992, varias de unificación como la SU-1184 de 2001 y SU-159 de 2002, así como las T-231/1994 y T-200/2004, que han declarado causales genéri-

31. SIMÓN, Dieter. *La independencia del juez*. 1ª. Ed. Barcelona: Edit. Ariel S.A., 1985.



cas de procedibilidad de la acción de tutela, entre las cuales están:

- 1) Defecto sustantivo que se produce cuando la decisión judicial controvertida se funda en norma indiscutiblemente inaplicable;
- 2) Defecto fáctico, cuando el juez carece de sustento probatorio suficiente para proceder a aplicar el supuesto legal en el que sustenta la decisión;
- 3) Defecto orgánico, cuando el juez que produjo la providencia impugnada, carece en absoluto de competencia para ello;
- 4) Defecto de procedimiento cuando se actúa completamente al margen del procedimiento establecido;
- 5) Desconocimiento del precedente;
- 6) Violación directa de la Constitución.

Como se observa, se trata de violación perpetrada por providencias judiciales viciadas de ilegitimidad, porque se oponen a la legitimidad del mandato del constituyente primario y, por consiguiente, sujeto a medios de impugnación y en particular, por error de derecho, como lo expresamos en nuestro ensayo publicado en la revista número 31 del Instituto Colombiano de Derecho Procesal –ICDP-³² a través del cual se propone que si se trata de una sentencia, el remedio sea la Casación o la Revisión, y en ambos casos, con revisión ante la Corte Constitucional, en tanto que si se trata de un auto, su ejecutoria dé lugar a tutela ante la

Corte Constitucional, con recurso ante la Corte en pleno.

No ocurre lo mismo con los jueces ordinarios que, a pesar de tener un sistema de selección por el método de cooptación, de listas enviadas por el Consejo Superior de la Judicatura (magistrados de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado), encargados también por la Constitución Política y la ley para hacer efectivos los derechos, obligaciones, garantías y libertades consagrados en ellas, con el fin de realizar la convivencia social y lograr y mantener la concordia nacional, en un alto porcentaje han desatendido el mandato, desconociendo pronunciamientos sobre protección de los derechos fundamentales realizados por la jurisdicción constitucional.

Esta situación, que ha generado una dialéctica fuerte, se refleja entre las altas Cortes con ocasión de las sentencias de Casación y la Acción de Tutela a lo cual nos hemos referido en el estudio que aparece en la revista No. 34 del ICDP.³³

La situación ha querido ser abordada por el gobierno en varias ocasiones. Actualmente existe una comisión de reforma a la justicia, creada por decreto, coordinada por un ex presidente de la Corte Suprema de Justicia, que acaba de acordar varias recomendaciones que se someterán a consideración de las salas plenas de la Corte Suprema,

32. FLÓREZ GACHARNÁ, Jorge. Introducción al derecho procesal dentro del Estado Constitucional. Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, los principios y los valores humanos. En *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, número 31 de 2005. Librería ediciones del profesional, pág. 189.

33. FLÓREZ GACHARNÁ, Jorge. Divagaciones sobre el recurso extraordinario de casación dentro del Estado Social de Derecho. En *Revista ICDP*, No. 34 de 2008, pág. 7-19.



del Consejo de Estado y también del gobierno nacional que se resumen en tres propuestas³⁴:

- a) No procede la tutela contra sentencias de la Corte Suprema y del Consejo de Estado;
- b) Las tutelas contra sentencias de las Cortes solo procederán por grave violación al derecho fundamental del debido proceso en que incurra la respectiva corporación, caso en el cual la tutela debe ser interpuesta ante la misma corporación;
- c) La eventual selección y la revisión de la Corte Constitucional de tutelas de la Corte Suprema o del Consejo de Estado sólo se aceptan en casos excepcionales y deben adoptarse por la sala plena.

De ellas, como más adelante se justificará, nos parece que con mejor matización la que más consulta el ordenamiento internacional es la última.

Aparte de lo expuesto, en cuanto se refiere al Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria que se halla integrada por siete magistrados elegidos por el Congreso Nacional de ternas enviadas por el gobierno, en lo que tiene que ver con el examen y sanción de las faltas de los funcionarios de la rama judicial, así como de los abogados en el ejercicio de su profesión y a la competencia para conocer de la acción de tutela contra providencias judiciales, ha generado amplia discusión por múltiples razones, una de las cuales es la ilegitimidad, en la medida en que un órgano del poder designa juzgadores de los miembros del mismo órgano de elección.

Precisamente, en la comisión aludida *up supra* se propone eliminar la Sala Disciplinaria de este organismo por haber desviado su finalidad constitucional, para que la parte disciplinaria de los abogados la hagan los colegios de abogados y que la parte disciplinaria de los jueces vaya a los tribunales máximos de cada jurisdicción, considerando que la Sala Disciplinaria de esta entidad está cumpliendo una función que no le toca, tramitando tutelas contra las altas Cortes cuando se trata de una sala elegida por el propio Congreso de la República, de suerte que al llegar una sentencia contra un congresista, la sala disciplinaria la ha revisado, y se han producido decisiones cuestionables.

Creemos que es el momento de pensar seriamente en la Colegiatura Obligatoria de los abogados, también como forma de garantizar su independencia, su libertad y el debido proceso, como lo hemos planteado repetidamente en diferentes certámenes académicos³⁵ y lo aconseja la Unión Iberoamericana de Colegios y Agrupaciones de Abogados desde su sexto congreso realizado en Mar del Plata, en el mes de noviembre de 1984.

Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y su impacto en las decisiones internas de cada país

Como es conocido, la Convención Americana suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, que entró en vigor en nuestro país me-

34. *El Tiempo*, domingo 28 de marzo de 2010, reportaje de Yamit Amat al magistrado Jaime Arrubla, presidente encargado de la Corte Suprema.

35. FLÓREZ GACHARNÁ, Jorge. *Garantías constitucionales en el proceso. Prevención y represión del fraude*. Rodríguez Quito editores, 1986, pág. 116.



La Corte Constitucional es el mayor logro de la Constitución de 1991, porque en cierta forma ha hecho que la justicia sea algo entendible para las personas y en cierta forma esperanzador.

diante la ley 16 de 1972, cuenta con la ratificación de 24 Estados³⁶. Esencialmente los Estados-parte reconocen los derechos allí declarados y el establecimiento de dos órganos con competencias específicas a fin de determinar violaciones por parte de los Estados-miembros, a los derechos amparados, como son la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana, la primera creada en 1959 y la última establecida y organizada en 1979.

Con tal instrumento, las personas que habitan en un Estado-miembro cuentan con un mayor amparo, debido a que aquel es objeto de un control externo del cumplimiento de sus obligaciones, al cual se ha sometido libremente para demostrar su grado de compromiso en la defensa de los derechos fundamentales y su propósito de hacer parte

de una comunidad internacional respetuosa de los principios consagrados por las cartas constitucionales respectivas, a la vez que facilita mostrar ante los Estados miembros la efectividad en la materialización de los derechos y colaborar en acciones protectoras y solidarias que contribuyan a fortalecer las políticas humanitarias.

Conforme al artículo 1º de la Convención, la primera obligación asumida es la de “respetar los derechos y libertades” reconocidos en la Convención, con fundamento en que el ejercicio de la función pública tiene unos límites que derivan en determinar que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado.³⁷

36. Han ratificado o se han adherido a la Convención: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Dominica, Ecuador, El Salvador, Grenada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Suriname, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela. Trinidad y Tobago denunció la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por comunicación dirigida al secretario general de la OEA, el 26 de mayo de 1998. Estados Unidos, no obstante haber firmado la convención el 1º de junio de 1977, no la ha ratificado. Canadá no la firmó.

37. Corte Interamericana. Voto razonado conjunto de los jueces A.A. Cancado Trindade y M. Pacheco Gómez, caso Las Palmeras vs. Colombia. Sent. de 6 de diciembre de 2001. Serie No. 90, párr. 4 y 6.



La segunda obligación, para garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos es la de que los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación.

Para nuestro estudio, es importante destacar que las decisiones del derecho interno no son vinculantes con las decisiones de la Corte Interamericana porque ésta puede determinar *motu proprio* la responsabilidad del Estado-parte por violación de la Convención Americana. En efecto, desde su óptica, para la Corte Interamericana, lo definitivo es su propia determinación de compatibilidad o incompatibilidad con la Convención respecto de actos y prácticas administrativas, leyes nacionales y decisiones de tribunales nacionales del Estado demandado, razón de más por la que no es cuestionado el principio de subsidiaridad de la jurisdicción internacional referida a los mecanismos de protección, sin perjuicio de que en el plano del derecho sustancial las normas tanto del ordenamiento jurídico internacional como interno están en permanente interacción en beneficio de los seres humanos protegidos³⁸.

De tal forma el incumplimiento de las obligaciones convencionales compromete la responsabilidad internacional del Estado, por actos u omisiones,

sea del ejecutivo, sea del legislativo o sea del judicial³⁹ según lo prevé el artículo 2º, por lo cual las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio del *effet utile*)⁴⁰.

He aquí la importancia de que, sin desconocer que la Corte Suprema y el Consejo de Estado son órgano de cierre de la justicia ordinaria y de lo contencioso-administrativo, respectivamente, la Corte Constitucional sea el órgano local inmediato de revisión por acciones u omisiones de aquellas en lo referente a los derechos fundamentales. Más vale que el propio órgano competente local tienda a corregir el acto ilegítimo que acudir al órgano internacional para tal fin.

Precisamente, en relación con el artículo 1 de la Convención, el artículo 25 de la misma en torno a la protección judicial de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución de cada Estado-parte, la ley o la misma Convención, los Estados partes se comprometen a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga el amparo; a desarrollar las posibilidades del recurso judicial y a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

El origen de esta garantía parte de su consagración en la Declaración Americana sobre los Derechos

38. Corte Interamericana, caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia. Sent. 8 de diciembre de 1995. Serie C No.22, párr. 55 y 56.

39. Corte Interamericana, caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia. Sent. 8 de diciembre de 1995. Serie C No.22, párr. 55 y 56.

40. Corte Interamericana. Caso cinco pensionistas vs. Perú. Sent. 28 feb/2003. Serie C No. 98, párr. 164.



y Deberes del Hombre (abril de 1948), incluida en la D.U. D.H. (diciembre de 1948), y retomada por las Convenciones Europea y Americana sobre derechos humanos (artículos 13 y 25, respectivamente), y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas. Con la Convención Europea se ha producido una significativa jurisprudencia y un gran debate doctrinal.

Se infiere de lo anterior que para que el amparo exista no es suficiente su previsión en la Constitución o en la ley, sino que sea idóneo para determinar si se ha incurrido en una violación a los derechos fundamentales y proveer lo necesario para remediarlo. La falta de independencia del poder judicial, por ejemplo, para decidir con imparcialidad o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones lo hace inútil, así como cualquier otra situación que configure una especie de denegación de justicia, como el caso del retardo injustificado en las decisiones.

Finalmente, en punto a la interpretación de la Convención, conforme al artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, ha de recordarse que estos deben interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos, teniendo en cuenta su objeto y fin, lo cual comprende el preámbulo y sus anexos y en todo caso sustentada en el principio *pro homine*⁴¹.

La Convención Americana establece la obligación general de cada Estado-parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de ella, para garantizar los derechos en ella consagrados⁴². Sin embargo, en el Sistema Interamericano, esta prerrogativa que no es absoluta, debe ejercerse con razonabilidad a fin de que ningún Estado, por ningún motivo, desconozca los derechos fundamentales en aras del bien común o del orden público.

Conclusiones

El poder, entendido como el hecho de la dominación de unos hombres por otros, para el tema que nos interesa, visto desde la fenomenología, o sea por su eficacia, nos permite caracterizar las distintas manifestaciones de la dialéctica encuadrados en el marco histórico aquí referido.

El llamado poder judicial, que es una realidad dentro de nuestro sistema político, toma partido desde la categoría de la legitimidad que además reclamamos con el compromiso angustioso de quien como docente y abogado en ejercicio asume las veces de soldado de una guerra por la libertad.

La legitimidad, judicialmente hablando, se pretende fundar en la noción de Cosa Juzgada Constitucional. Se trata de elaborar y realizar el

41. Enseña el principio *pro homine* que las normas internas o las internacionales se deben interpretar siempre a favor de la persona humana, de forma tal que si llegare a ser más protectora una norma interna a una norma internacional, se debe aplicar la interna. A su vez, si la internacional es más protectora, ésta será la que debe aplicarse.

42. BARBOSA DELGADO, Francisco. *Litigio Interamericano*. 1° Ed., 2002 U.J.T.L, págs. 87-88.



derecho con implicaciones sociales, de suerte que en la jurisprudencia debe reflejarse el mandato del constituyente primario implícito en la Carta, la que al reconocer los derechos, también proclama libertad.

Al tener como premisa que los tribunales constitucionales han sido señalados como guardianes de la Carta Constitucional e intérpretes de los mandatos universales sobre derechos humanos, es entendible que los tribunales de la jurisdicción ordinaria incluyendo las Cortes de Casación, estén comprometidos con la interpretación que sobre tales aspectos aquellos realicen.

Finalmente, tal como lo hemos planteado, el derecho contemporáneo, en la dimensión latinoamericana, y en Colombia en particular, nos invita a repasar la historia universal, y revivir la nuestra, para comprender las grandes transformaciones que nos obligan a renunciar a nuestros intereses personalistas y a proyectar el interés de las futuras generaciones en un país que sigue al vaivén de la legitimidad y la violencia en todas sus formas.

Por consiguiente, se debe concluir:

- 1 Nos hallamos en presencia de una nueva teoría del derecho, tanto en lo sustancial como en lo procesal.
- 2 Nos hallamos en presencia de una nueva dimensión de la jurisdicción frente a una disminución

de la soberanía del Estado en lo relativo a la administración de justicia.

- 3 Estamos en presencia de un derecho procesal internacional, transnacional y supranacional, producto de la universalización de los derechos humanos y de la estructuración de los derechos fundamentales con carácter nacional, transnacional y supranacional.
- 4 Se vislumbra la urgente necesidad de una nueva orientación en el estudio del derecho con un viraje en sus contenidos y sus metodologías. El estudio del derecho procesal debe edificarse sobre la estructura de los derechos fundamentales, lo que conlleva a la revisión de muchos conceptos tradicionales, incluyendo el de independencia.
- 5 El conocimiento jurídico procesal, frente a la dimensión del Estado Constitucional exige la confluencia de las dos aristas: Derecho Constitucional Procesal y Derecho Procesal Constitucional.
- 6 La Corte Constitucional, caso colombiano, atendiendo a la Convención Interamericana de Derechos Humanos tienen una función particular y concreta, asignada por el constituyente, como parte de su legitimidad, consistente en la revisión de las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos fundamentales por ser la guardiana de la integridad y primacía de la Constitución, en los precisos términos señalados en la Carta. ☹