

**EL CONTROL CONSTITUCIONAL DE LAS LEYES QUE REGULAN LOS
DERECHOS FUNDAMENTALES EN COLOMBIA**

Juan Camilo Rios Jimenez.

Asesor: Carolina Restrepo Múnera

Trabajo de grado para optar al título de abogado

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA LATINOAMERICANA

Facultad de derecho

Medellín

2017

A Lorena y Manuela.

AGRADECIMIENTOS

En la elaboración de un texto de investigación además de tiempo, estudio y dedicación, se requiere apoyo. Este apoyo lo he recibido de mis padres que han visto en mí el fruto de su trabajo; de Manuela que ha creído, como nadie más, en mis capacidades; de Daniel que aceptó mi ausencia en el trabajo para que pudiera culminar, de mi asesora, la profesora Carolina que dedicó su tiempo a leer estas páginas y a corregirlas y de quienes me han dado siempre una voz de aliento. A todos ellos, por su apoyo, mil gracias.

RESUMEN

El control constitucional de las leyes que regulan derechos fundamentales implica la concurrencia de dos ramas del poder público: la rama legislativa y la rama judicial. La primera en cabeza del congreso, encargada de regular los derechos fundamentales mediante ley y la segunda en cabeza de la Corte Constitucional encargada de controlar la constitucionalidad de dichas leyes.

De esta concurrencia de órganos del Estado en el control constitucional de las leyes surgen serias implicaciones para el ejercicio del poder, la vigencia de los derechos fundamentales y la discusión democrática, las cuales deben ser objeto de estudio por parte de la teoría constitucional. Es tema de esta investigación abordar esas implicaciones.

El estudio de este tema es de la mayor importancia en la actualidad habida cuenta de las reiteradas discusiones generadas en el ámbito social y político sobre el ejercicio de la figura del control constitucional de las leyes y de aquellas voces que la han criticado para propender por la eliminación o morigeración de sus efectos.

Esta investigación tiene entonces por objetivo analizar el origen, el objeto y la aplicación del control constitucional de las leyes que regulan los derechos fundamentales en Colombia por parte de la Corte Constitucional desde un ámbito histórico, teórico y práctico, para delimitar la discusión generada por la aplicación de esta figura y contribuir a ella desde una fundamentación jurídica sobre la materia.

Al terminar la lectura de esta investigación, el lector podrá tener un panorama amplio acerca de la figura del control constitucional de las leyes en Colombia y estará dotado de una serie de pautas mínimas en el entendimiento de la discusión generada por su aplicación, con las cuáles podrá hacerse partícipe del debate y contribuir a la discusión.

ABSTRACT

The constitutional control of laws which regulate fundamental rights involves the concurrence of two branches of the public power: the legislative branch and the judicial branch. The first headed by the Congress, responsible for regulating the fundamental rights by legislative acts and the second headed by the Constitutional Court, responsible for controlling the constitutionality of such legislative acts.

From this concurrency of state bodies in the constitutional control of laws serious implications arise for the exercise of power, the effect of fundamental rights and the democratic discussion, which should be analyzed by the constitutional theory. This research topic addresses such implications.

The study of this topic is vital nowadays in view of repeated discussions generated in the social and political field on the exercise of the figure of the constitutional control of laws and those voices that have criticized it to promote the elimination or lightening of its effects.

This research aims then to analyze the origin, the object and the application of the constitutional control of laws which regulate fundamental rights in Colombia by the Constitutional Court from a historical, theoretical, and practical scope, in order to define the discussion and contribute to it from a legal foundation on the subject.

Once the reading of this research is done, the reader may have a broader overview about the figure of the constitutional control of laws in Colombia and will be equipped with a range of minimum guidelines on the understanding of the discussion generated by its application, with such he can become part of the debate and contribute to the discussion.

Tabla de contenido

INTRODUCCIÓN	10
Capítulo 1.....	13
Introducción al capítulo.....	13
1. El principio de separación de poderes.....	14
1.1. El pensamiento de John Locke.....	15
1.2. Pensamiento de Montesquieu.....	17
1.3. La Revolución Norteamericana.....	18
1.4. La Revolución Francesa.....	20
1.5. La separación de poderes en Colombia.....	22
2. Origen y consolidación del control constitucional.....	24
2.1. El judicial review o modelo norteamericano.....	24
2.2. Los tribunales constitucionales en Europa.....	27
2.3. Origen y consolidación del modelo colombiano.....	31
3. El debate acerca de la legitimidad de la jurisdicción constitucional y de sus límites funcionales.....	37
3.1. El debate durante la revolución norteamericana.....	37
3.2. El debate durante la revolución francesa.....	41
3.3. El debate Kelsen vs Schmitt sobre el guardián de la Constitución.....	44
3.4. El debate en Colombia.....	45
3.5. Estado actual del debate.....	47
Conclusiones al capítulo.....	49
Capítulo 2.....	51
1. Elementos que hacen de un derecho subjetivo, un derecho fundamental.....	51
1.1. Que su fuente sea la Constitución.....	53
1.2. Garantías reforzadas.....	53
1.2.1. Algunas de las garantías reforzadas adoptadas en Alemania.....	54
1.2.1.1.Los derechos fundamentales tienen carácter vinculante sobre todos los poderes públicos.....	54
1.2.1.2.Son derechos de aplicación directa.....	54

1.2.1.3.	<i>Están dotados de la garantía de la reserva de ley.</i>	54
1.2.1.4.	<i>Gozan de la garantía del contenido esencial frente al poder legislativo.</i>	55
1.2.1.5.	<i>Están garantizados mediante acciones de amparo constitucional.</i>	55
1.2.1.6.	<i>Son derechos protegidos aun frente al poder constituyente secundario.</i>	55
1.2.2.	<i>Garantías reforzadas adoptadas en España.</i>	55
1.2.2.1.	<i>Primer grupo de derechos.</i>	56
1.2.2.2.	<i>Segundo grupo de derechos.</i>	56
1.2.2.3.	<i>Tercer grupo de derechos.</i>	57
2.	El entendimiento, reconocimiento e identificación que la Corte Constitucional Colombiana ha dado a los derechos fundamentales.	58
2.1.	Respecto del elemento consagración constitucional.	58
2.1.1.	<i>Aquellos de rango legal o reglamentario cuyo contenido forme parte inseparable del contenido esencial de un derecho fundamental.</i>	58
2.1.2.	<i>Derechos de rango legal o reglamentario cuyo contenido se convierte en el medio idóneo para realizar el postulado de la dignidad humana o para satisfacer plenamente un derecho fundamental.</i>	59
2.1.3.	<i>Derechos que hacen parte de tratados internacionales, sobre los cuales se prohíben su limitación durante los estados de excepción.</i>	60
2.1.4.	<i>Derechos no positivados que se consideran derechos fundamentales.</i>	60
2.2.	Respecto de las garantías reforzadas.	61
2.2.1.	<i>La acción de tutela.</i>	61
2.2.2.	<i>Reserva de ley estatutaria.</i>	62
2.2.3.	<i>Prohibición de suspensión durante los estados de excepción.</i>	63
2.2.4.	<i>Referendos revocatorios.</i>	63
2.2.5.	<i>Aplicación inmediata.</i>	63
2.2.6.	<i>Núcleo esencial.</i>	66
2.2.7.	<i>Aplicación directa.</i>	64
2.3.	¿Cuales son entonces los derechos fundamentales en Colombia?	65
3.	Estructura de los derechos fundamentales	67
3.1.	Las disposiciones de derecho fundamental	68
3.2.	Las normas de derecho fundamental	69

3.2.1. Normas directamente estatuidas.	69
3.2.2. Normas adscritas	70
3.2.2.1. La concreción de una norma adscrita.	70
3.2.2.1.1. Está permitido al ciudadano objetar la prestación del servicio militar obligatorio por razones de conciencia.	71
3.2.2.1.2. Está permitido impugnar las sentencias que revocan un fallo absolutorio de primera instancia, e imponen por primera vez una condena en la segunda instancia.....	72
3.2.2.1.3. Está prohibido trasladar al testigo de una contravención ante el jefe de policía a través de la fuerza.	73
3.2.2.2. La actualización de una norma adscrita.	74
3.2.2.2.1. Normas adscritas que no están estatuidas por la Constitución como decisiones iusfundamentales necesarias.	75
3.2.2.2.1.1. En materia de debido proceso.....	76
3.2.2.2.1.2. En materia de seguridad social.....	76
3.2.2.2.1.3. En materia de circulación del tránsito terrestre.	77
3.2.2.2.2. Normas adscritas que la Constitución impone como necesarias.	78
3.2.3. Normas individuales.....	81
3.3. La posiciones de derecho fundamental o los derechos fundamentales en sentido estricto.....	82
3.3.1. En virtud del derecho a la libertad de conciencia.	83
3.3.2. En virtud del derecho al debido proceso.	83
3.3.3. En virtud del derecho a la libertad personal.	83
Conclusiones al capítulo segundo.	84
Capítulo 3.....	86
Introducción.....	86
1. La diferencia entre Principios y reglas.	87
1.1. El debate Hart vs Dworking.....	87
1.2. La tesis de Robert Alexy.....	92
1.3. La implicación de la distinción entre reglas y principios en los criterios de proporcionalidad, razonabilidad, y progresividad.....	93

2. Significado, estructura y origen de los principios de proporcionalidad, razonabilidad y progresividad en Colombia.	93
2.1. El principio de razonabilidad.	95
2.2. El test de progresividad.	105
2.3. El principio de proporcionalidad.	112
2.3.1. Primera crítica.	116
2.3.2. Segunda crítica.	117
2.3.3. Tercera crítica.	118
2.3.4. Cuarta crítica.	119
2.3.5. Las teorías materiales de derechos fundamentales.	120
2.3.5.1. La teoría liberal.	120
2.3.5.2. La teoría democrática.	120
2.3.5.3. La teoría de los derechos fundamentales en el Estado Social.	121
2.3.5.4. Críticas a estas teorías.	121
2.4. Conclusiones al apartado segundo.	122
3. Balance jurisprudencial en la aplicación de los principios de razonabilidad, progresividad y proporcionalidad por parte de la Corte Constitucional durante los años 2009 a 2017.	123
3.1. Gráfica.	124
3.2. Conclusiones otorgadas por los datos estadísticos.	124
Conclusiones al capítulo.	125
CONCLUSIONES GENERALES	127
REFERENCIAS	132
ANEXOS	135

INTRODUCCIÓN

La teoría constitucional se ha preocupado por el estudio de la figura del control, tanto como criterio para el correcto funcionamiento del Estado, como instrumento necesario para el aseguramiento de los derechos fundamentales de los asociados. Esta preocupación se viene dando desde finales del siglo XVIII e inicios del siglo XIX principalmente bajo la vigencia de las revoluciones francesa y norteamericana. De este contexto, célebre ha sido la proclamación contenida en el artículo 16 de la declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano según la cual toda sociedad en la cual no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución.

De esta preocupación nace la figura del control constitucional de las leyes, la cual implica la concurrencia de dos ramas del poder público: la rama legislativa y la rama judicial. La primera en cabeza del congreso, encargada de regular los derechos fundamentales mediante ley y la segunda en cabeza de la Corte Constitucional encargada de controlar la constitucionalidad de dichas leyes.

De esta concurrencia en el control constitucional de las leyes surgen serias implicaciones para el ejercicio del poder, la vigencia de los derechos fundamentales y la discusión democrática, las cuales deben ser objeto de estudio por parte de la teoría constitucional. Es tema de esta investigación abordar esas implicaciones. El estudio de esta temática nace del interés del autor por entender las discusiones surgidas en torno a la aplicación de la figura en el Estado Colombiano, suscitadas por aquellas decisiones proferidas por la Corte Constitucional que han generado controversia respecto de su legitimidad por considerarse que la decisión debía haber sido tomada de una manera democrática a través de la discusión legislativa y no por medio de una imposición judicial.

Dicha controversia surge principalmente de la fuerte carga ideológica, cultural y moral de los derechos fundamentales y de la indeterminación normativa de las disposiciones constitucionales que los contienen que impiden concepciones uniformes sobre los mismos. El estudio de este tema es de la mayor importancia en la actualidad habida cuenta de las reiteradas discusiones generadas en el ámbito social y político sobre el ejercicio de la figura del control constitucional de las leyes y de aquellas voces que la han criticado para propender por la eliminación o morigeración de sus efectos.

Esta investigación de tipo monografía compilatoria, tiene entonces por objetivo general analizar el origen, el objeto y la aplicación del control constitucional de las leyes que regulan los derechos fundamentales en Colombia por parte de la Corte Constitucional desde un ámbito histórico, teórico y práctico, para delimitar la discusión generada por la aplicación de esta figura y contribuir a ella desde una fundamentación jurídica sobre la materia. De este objetivo general se desprenden tres objetivos específicos.

El primero tiene por finalidad exponer desde la teoría constitucional el origen y consolidación de los tribunales constitucionales, y del control de constitucionalidad de las leyes, y los debates que su apareamiento acarreó, acerca de la legitimidad y de la conveniencia de dichas instituciones al interior de los ordenamientos jurídicos.

El segundo pretende abordar desde un ámbito jurídico los derechos fundamentales como objeto de estudio del control constitucional de las leyes en Colombia los regulan. Por último el tercero propende por analizar la idoneidad y aplicación de los criterios de interpretación de proporcionalidad, razonabilidad y progresividad para la determinación de una decisión correctamente fundamentada proferida por la Corte Constitucional en el control constitucional de las leyes que regulan los derechos fundamentales.

Para el desarrollo de estos objetivos se ha acudido al paradigma cualitativo, al diseño de investigación documental, y al método histórico analítico, dividiendo la investigación en tres partes. En la primera se abordará i) el principio de separación de poderes, como principio incisivo en el origen del control constitucional de las leyes, ii) la formulación teórica del control constitucional en Estados Unidos, su implementación en Europa y el acogimiento de estos modelos en Colombia y iii) el debate generado acerca de la legitimidad de ambas instituciones jurídicas al interior de los Estados, especialmente en Estados Unidos, Europa y Colombia.

En la segunda parte se analizarán i) los elementos que hacen que un derecho subjetivo sea considerado un derecho fundamental, ii) la forma en cómo la Corte Constitucional Colombiana ha entendido, reconocido e identificado los derechos fundamentales, y iii) la estructura de los derechos fundamentales y su relación con el control de constitucionalidad.

Por último la tercera parte estudiará i) el concepto de principio y su diferencia con las reglas y la implicación que dicha diferenciación tiene en la solución de los casos sometidos a la Corte Constitucional, ii) el contenido y estructura de los principios de proporcionalidad, razonabilidad y progresividad en la jurisprudencia colombiana como criterios para la determinación de una sentencia correctamente justificada y iii) se realizará un balance jurisprudencial sobre la aplicación de estos tres principios en el estudio de constitucionalidad de las leyes, por parte de la Corte Constitucional colombiana, durante los años 2009 a 2017.

Al terminar la lectura de esta investigación, el lector podrá tener un panorama amplio acerca de la figura del control constitucional de las leyes en Colombia y estará dotado de una serie de pautas mínimas en el entendimiento de la discusión generada por la aplicación de la figura con las cuáles podrá hacerse partícipe del debate y contribuir a la discusión.

Capítulo 1.

El control de constitucionalidad. Origen, consolidación y estado actual.

Introducción al capítulo.

El tribunal constitucional y el control constitucional; como dos instituciones autónomas pero estrechamente relacionadas; tal como hoy las concebimos, especialmente en la cultura jurídica europea, no es un producto aislado del planteamiento de un jurista o de la decisión constituyente de un país. Por el contrario es el producto de un proceso histórico complejo y de toda una serie de discusiones políticas y jurídicas acerca de su naturaleza y conveniencia.

Estas dos instituciones no siempre han estado presentes al interior de los ordenamientos jurídicos del Estado; por el contrario, su desarrollo empieza a finales del siglo XVIII e inicios del siglo XIX, principalmente bajo las formulaciones teóricas de las revoluciones francesa y norteamericana, y sólo son adoptadas ampliamente por los Estados, a partir del siglo XX, con la primera implementación de un tribunal constitucional en Alemania.

Lo anterior permite vislumbrar a muy grandes rasgos, que la idea del control constitucional tuvo que pasar al menos más de 100 años en la incubadora antes de ser plenamente acogida por los Estados, por lo que es imperioso conocer su origen y consolidación a fin de entender mejor su funcionamiento y formulación por parte de la teoría constitucional.

Para tener una noción cronológica y espacial de la forma en cómo se originaron y consolidaron ambas instituciones, se dirá en primera medida que el control constitucional como figura autónoma y diferente a la de los tribunales constitucionales; tal como se verá; fue la primera en ser planteada; y la necesidad de instaurar estos tribunales al interior de la estructura del Estado, fue posterior. Adicionalmente se partirá del hecho de que el primer país en adoptar el control de constitucionalidad fue Estados Unidos y que el primero en adoptar un tribunal

constitucional fue Alemania.

Así las cosas, el presente capítulo tiene por objeto exponer desde la teoría constitucional el origen y consolidación de los tribunales constitucionales, especialmente del control de constitucionalidad de las leyes, y los debates que su apareamiento acarrió, acerca de la legitimidad y conveniencia de la existencia de dichas instituciones al interior de los ordenamientos jurídicos.

Para ello, este capítulo se desarrollará de la siguiente manera. En la primera parte se explicará el principio de separación de poderes, como principio incisivo en el origen del control constitucional de las leyes, para ello partirá de la exposición teórica dada por autores como Locke y Montesquieu, continuando con su adopción por parte de la revolución norteamericana y francesa y culminando con su estudio al interior del ordenamiento jurídico colombiano.

En la segunda parte se abordará la formulación teórica del control constitucional en Estados Unidos a través de los autores del federalista y de la jurisprudencia de la Corte Suprema, su implementación en Europa a través de los tribunales constitucionales para por último establecer la consolidación tanto del control constitucional como del tribunal constitucional en Colombia. En la tercera parte se abordará el debate generado acerca de la legitimidad de ambas instituciones jurídicas al interior de los Estados, especialmente en Estados Unidos, Europa y Colombia.

1. El principio de separación de poderes.

En el Estado Constitucional la idea de la separación de poderes se ha convertido en un dogma y en un principio que guía las actuaciones estatales y sobretodo en la base sobre la que se edifica la vigencia del Estado mismo, por lo que su relación con el control constitucional no puede pasar desapercibida, máxime cuando es este principio la idea que permite la aparición de dicha figura.

Para comprender el principio de separación de poderes debemos entender su planteamiento

histórico, remontándonos en primera medida al estudio del pensamiento del inglés John Locke, posteriormente al del francés Montesquieu y luego abordar las incidencias de estos dos planteamientos en las revoluciones norteamericana y francesa. Si bien podría remitirme a antecedentes más remotos al de estos dos autores, para los efectos de este artículo es suficiente tener como punto de partida a John Locke.

1.1. El pensamiento de John Locke.

(Locke, 1689) formula su teoría de la división de poderes en su obra publicada en 1689 en Inglaterra. El autor escribe en un contexto en que el pueblo inglés se debate en una lucha entre la Corona y el Parlamento que posteriormente desemboca en la guerra civil. Sin embargo el antecedente inmediato de dicho contexto es la aprobación; en el mismo año en que es publicada la obra de Locke; del Bill of Rights, cuyo propósito fundamental era el fortalecimiento de las facultades parlamentarias notoriamente mermadas mediante el reinado absolutista de los Estuardo.

El pensamiento de Locke no desarrolla la idea de la separación de poderes, sobre el concepto del equilibrio de poderes, sino por el contrario, bajo la idea de que el legislativo está por encima del poder ejecutivo, ya que al proferir leyes de comportamiento obligatorias, es superior a aquel que las tenga que obedecer.

No obstante el poder legislativo no está exento de limitaciones. Locke formula cuatro elementos esenciales que, según él, deben definir la forma en que este poder debe limitarse. Estos cuatro elementos son explicados de forma magistral por (Valdés, 1998):

En primer lugar, el poder legislativo no puede ser ejercido absoluta y arbitrariamente sobre las fortunas y las vidas del pueblo pues , siendo un poder limitado a procurar el bien público de la sociedad (..) jamás puede tener el derecho de destruir, esclavizar o

empobrecer premeditadamente a los súbditos.

Una segunda limitación viene dada por el hecho de que la autoridad legislativa o suprema no puede atribuirse el poder de gobernar mediante decretos extemporáneos y arbitrarios, sino que está obligada a administrar justicia y a decidir cuáles son los derechos de un súbdito, guiándose por leyes promulgadas y establecidas y sirviéndose de jueces autorizados.

El tercero se concreta en el principio de la libertad económica, según el cual el poder supremo no puede apoderarse de parte de alguna de la propiedad de un hombre sin el consentimiento de éste.

En cuarto lugar Locke cierra su caracterización limitadora, sosteniendo que la legislatura no puede transferir a nadie el poder de hacer las leyes; pues como ese poder le ha sido delegado por el pueblo no puede dárselo a otro. (p.54-55).

Así las cosas, el poder legislativo, si bien en el pensamiento de Locke es superior al ejecutivo, no por ello está desprovisto de límite alguno, por el contrario está sometido al derecho natural, y por tanto con su planteamiento empieza a abrir el camino para la formulación de un control al poder del legislador.

Locke concentra su obra principalmente en la necesidad de separar los poderes legislativo y ejecutivo del estado, por lo que la función jurisdiccional no la considera como un poder autónomo, sino que se encuentra sometido a uno de los otros dos poderes. No obstante si considera un poder diferente a los dos ya enunciados y es el poder federativo el cual se encarga de hacer la guerra y la paz, establecer ligas y alianzas, y de realizar trato con todas las personas y comunidades fuera del Estado.

La obra de Locke, como ya se dijo, sólo enuncia la separación de poderes y no el equilibrio de

poderes; dos conceptos con matizaciones propias que los hacen diferenciables; y además favorece al poder legislativo sobre el ejecutivo. Será entonces el pensamiento del francés Montesquieu, especialmente en su obra “*Del espíritu de las leyes*”; quien formule la teoría del equilibrio de poderes y cuyo pensamiento será acogido en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en su artículo 16 al proclamar que toda sociedad en la cual no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución.

1.2. Pensamiento de Montesquieu.

Afirma (Montesquieu, 1996): “Para que no se pueda abusar del poder es preciso que, por la disposición de las cosas, el poder frene el poder”. Aparece así desde la teoría de Montesquieu el concepto del control, un control que tiene por finalidad en palabras del autor, asegurar la libertad. (Ramírez, 2015) como preliminar al estudio de la obra de Montesquieu hace las siguientes tres salvedades:

En primer lugar es preciso señalar que su visión de los poderes es preconstitucional en el sentido que fue formulada antes de la expedición de las constituciones modernas, entendiendo por tales la norteamericana y la francesa. Un segundo asunto lo constituye la motivación institucional, en tanto que la división de poderes de Montesquieu tiene que ver con el interés explícito de preservar la libertad. En tercer término, en la concepción de Montesquieu el poder judicial no es propiamente un poder, o cuando menos no lo es como lo son el ejecutivo y especialmente el legislativo. Así el poder judicial y los jueces, además de estar sometidos al poder legislativo, a la legalidad, tienen actividad episódica y no permanente. (P. 408)

Montesquieu habla en su obra de una separación funcional y orgánica de tres poderes: el

legislativo por el cual el príncipe o magistrado, promulga leyes para cierto tiempo o para siempre, y enmienda o deroga las existentes. El poder ejecutivo por el cual se dispone de la guerra y de la paz, se envía o recibe embajadores, se establece la seguridad, y se previene las invasiones. El poder judicial que castiga los delitos o juzga las diferencias entre los particulares.

El francés desarrollará la separación funcional y orgánica atribuyendo a cada órgano, un poder de control sobre la esfera recíproca del otro, así las cosas, es el ejecutivo quien debe convocar al legislativo para la celebración de las asambleas y quien tiene derecho de veto sobre las normas emanadas del legislativo; por su parte el legislativo tiene una facultad genérica de control sobre el ejecutivo, y en especial sobre los ministros en su tarea de ejecutar las leyes.

Obsérvese que hasta este momento ambos autores no contemplaron en su pensamiento, el reconocimiento que hoy se tiene del poder judicial; para Locke no es un poder y para Montesquieu si bien es un poder, éste ejerce sus funciones de manera episódica, no permanente y está sometido al poder legislativo. Será sólo entonces, hasta la implementación de las ideas de la revolución norteamericana, que se empezará a dar la relevancia debida, tal como a continuación se verá.

1.3. La Revolución Norteamericana.

La revolución norteamericana, sin entrar en muchos pormenores, tuvo como resultado la promulgación de su constitución el 17 de septiembre de 1787. Si bien la carta no consagra expresamente el principio de separación de poderes, tal principio si recorre todo el texto constitucional.

La constitución norteamericana en palabras de (Valdés, 1998):

Recoge un esquema rígido de separación de poderes, que de un lado parte de atribuir a órganos diferentes cada una de las tres grandes funciones del Estado (legislativa,

ejecutiva y judicial) y, de otro, del establecimiento de toda una serie de excepciones a ese principio de especialización funcional, tendientes a garantizar un verdadero equilibrio y contrapeso de poderes (*checks and balances*). (p. 104).

En desarrollo del concepto conocido como *Checks and Balances*, el cual es un concepto propio de esta revolución, se establecen una serie de intervenciones entre los poderes. Así el poder ejecutivo puede intervenir en el ámbito del poder legislativo en medidas tales como el derecho al veto legislativo, la atribución al Presidente de la Federación de la facultad de llenar las vacantes que puedan ocurrir durante el receso del Senado, la potestad de someter a consideración del Congreso las medidas cuya adopción juzgue convenientes, y la facultad de convocar y suspender la Cámaras en determinados supuestos, entre otros.

Respecto del ejecutivo en el ámbito del poder judicial está la atribución al Presidente de la Federación de la facultad de nombrar a los jueces de la Corte Suprema. En lo atinente a la intervención del legislativo en el ámbito funcional del poder ejecutivo, está la atribución al Congreso de la facultad de designar Presidente de la Federación entre los cinco candidatos más votados, si ninguno de ellos hubiera obtenido mayoría del número total de electores nombrados y la facultad de juicio político (comúnmente conocida como *impeachment*).

En palabras del autor anteriormente comentado, (Valdés, 1998) “la experiencia constituyente norteamericana en relación con la separación de poderes, se vertebra en gran medida a partir del principio del temor y la desconfianza hacia el poder legislativo” (p. 119); y aquí el quiebre con el pensamiento del inglés John Locke. Ese temor se traduce en lo que los autores de *El Federalista* trataron de solucionar: la necesidad de compatibilizar el respeto al principio democrático con la garantía de los derechos de las minorías.

Respecto de dicha preocupación uno de los escritores del *Federalista* (Madison, 1998, pág.

77) decía: “El gran objeto al que se dirige nuestra investigación es el de cómo asegurar el bien público y los derechos de los particulares contra el peligro de una facción, preservando al mismo tiempo el espíritu y la forma de un gobierno popular”, igualmente afirmaba (Madison, 1998, pág. 323):

Es de una gran importancia en un república no sólo salvaguardar a la sociedad contra la opresión de sus gobernantes, sino también salvaguardar a una parte de la sociedad contra la injusticia de la otra parte. Diferentes intereses existirán necesariamente en diferentes clases de ciudadanos. Si la mayoría está unida por un interés común, los derechos de la minoría no estarán asegurados.

A partir de dicha preocupación es que; tal como se verá más adelante; empiezan los constituyentes de la Carta Norteamericana a pensar en un control efectivo a la actividad legisladora, en su respeto por las minorías, concluyendo; pero no de manera pacífica; que dicho control debe recaer en el poder judicial.

Pero no será su única función la de velar por los derechos de las minorías afectados por el legislador, también será la de velar por el de la integridad de la Carta Norteamericana cuando el legislativo activa su poder de reforma. Es así que empieza a nacer para la teoría de la separación de poderes el papel determinante del poder judicial.

Además de los anteriores aportes, la Revolución Norteamericana formulará uno fundamental a la teoría constitucional: la de convertir a la Constitución en norma superior del ordenamiento jurídico, indisponible para los poderes constituidos, especialmente para el poder legislativo.

1.4. La Revolución Francesa.

Ahora pasando a Francia, la revolución se inició el mismo año en que entró en vigor la Constitución federal de 1787 en Norteamérica y a diferencia de los americanos, los franceses se

inclinaron por favorecer al poder legislativo pero en contra del poder ejecutivo personalizado en el rey.

En 1789 se promulga entonces la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano que será un referente histórico, especialmente del continente Europeo y de América Latina, consagrando principios trascendentales como el del artículo 6º, de que la ley es la expresión de la voluntad general y el 16º, que para el caso que nos ocupa es el de la separación de poderes y la garantía de los derechos ciudadanos.

La Asamblea Nacional; órgano constituyente instituido con la Revolución Francesa; delegó en la Constitución de 1791; la primera del ciclo de constituciones posteriores a la revolución; el poder ejecutivo en el monarca, el judicial en los jueces y el legislativo en la nueva Asamblea Nacional. Igualmente estableció disposiciones importantes como que el poder ejecutivo no podría hacer ninguna ley, ni siquiera provisional, debiendo limitarse a ejecutarlas; el poder judicial no podría ser ejercido en ningún caso por el cuerpo legislativo ni por el Rey y finalmente, los tribunales no podían inmiscuirse en el ejercicio del poder legislativo. Estableciendo así una división tajante entre los poderes.

Para (Ortiz, 2003) el principio de separación del poder en la revolución francesa se desarrolla en torno de la ley:

La Asamblea hace la ley, la administración la ejecuta y los jueces resuelven las diferencias surgidas en su aplicación. Cualquier intromisión de un órgano en asuntos que no son de su competencia, implica una desviación o usurpación de poder, que genera consecuencias caóticas para el orden y que pone en peligro la estructura misma de la República. (p.98)

Esto a la postre y sin entrar en detalles es el origen en el derecho europeo de la idea; que rigió

durante los primeros años; de la negación del carácter normativo de la Constitución misma. Para (Valdés, 1998):

La verdadera naturaleza política del sistema de reparto del poder establecido en la Constitución (francesa de 1791) no puede captarse si no es a la luz del complejo equilibrio que se establecía entre los dos órganos fundamentales del Estado, es decir, entre el Rey y el Parlamento.” (p. 212.)

Es por ello, que se decretan normas como el principio de la permanencia de la Asamblea Nacional o el de que el Cuerpo legislativo no podría ser disuelto por el Rey, quedándole al Rey solamente la posibilidad de sugerir al poder legislativo la continuación de sus sesiones o de ordenar su convocatoria, en el intervalo de las mismas, cuando lo exigieran los intereses del Estado.

Posteriormente en la Constitución de 1793 se continúa con el principio de la separación absoluta de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, sin equilibrio de los mismos, pues en principio no se establece ningún tipo de interferencia sustantiva entre ellos tendiente a obstaculizar o controlar de algún modo el ámbito de actuación de las otras ramas. Luego con la Constitución de 1795; la cual no aporta mucho al principio en estudio; sólo se introducirá una modificación a la rama legislativa del poder tendiente a la implementación del bicameralismo.

1.5. La separación de poderes en Colombia.

Se puede decir que Colombia ha sido más cercana al concepto de división de poderes propio de la Revolución Francesa y por tanto del derecho continental, que al derecho anglosajón liderado por la Revolución Norteamericana principalmente. En concordancia con lo anterior las constituciones colombianas respecto de la relación entre los poderes públicos adoptaron hasta la Constitución de 1991 el modelo de los límites funcionales, donde cada rama tenía unas funciones

completamente delimitadas, y el de la colaboración armónica, según el cual todas las ramas deben concurrir en armonía al cumplimiento de las funciones estatales.

No obstante, con la Constitución de 1991; se pretendió adoptar el modelo norteamericano de pesos y contrapesos, pues lo que se busca es que las diferentes ramas del poder, en palabra de (Ramírez, 2015), “puedan ejercer un control constitucional efectivo que permita establecer el Estado Constitucional” (p.414.)

Colombia desde el inicio de la república nunca ha dejado de lado este principio de separación de poderes, incluso fue estipulado en la Constitución de Cundinamarca de 1811, a pesar de su reconocimiento de la monarquía española en dicha carta constitucional. Este principio lo ha plasmado en todas sus constituciones con muy ligeras variantes, por lo que ha sido una constante del constitucionalismo colombiano, con excepción de su abdicación en el gobierno del General Reyes, en el cual el poder no estuvo separado, sino concentrado en una asamblea ad hoc creada como consecuencia de la clausura del Congreso por parte del General y en el gobierno del General Rojas Pinilla quien detentó la totalidad del poder durante el golpe de Estado en el 53.

Menciones especiales que merezcan este principio en la evolución normativa de Colombia son la reforma de 1910 a la Constitución de 1886 mediante el acto legislativo No 3 del 31 de octubre de 1910, que permitió a los jueces inaplicar la ley en caso de ser contraria a la constitución, la reforma de 1936, mediante el acto legislativo No 01 del 01 de agosto de 1936, que introduce la idea de la colaboración armónica de las ramas del poder público en la realización de los fines del Estado, sin que sea una separación absoluta como se venía pensando desde comienzos de la república y la Constitución de 1991 que establece en su artículo 113 que abandona la concepción tripartita de la separación del poder y reconoce la existencia de otros órganos autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado.

2. Origen y consolidación del control constitucional.

2.1. El judicial review o modelo norteamericano.

Sin lugar a dudas el origen del control constitucional encuentra su origen dentro del sistema del Common law, especialmente el norteamericano con la teoría del judicial review. El origen del judicial review en los Estados Unidos, es desarrollado de manera progresiva y paulatina, primero en el proceso constituyente propio de las primeras constituciones federales, segundo como una función atribuida al órgano judicial en la Constitución de Filadelfia de 1787; aunque no de manera expresa, y por último consolidado en la jurisprudencia del tribunal supremo, cuya sentencia hito es el caso Marbury vs Madison.

La constitución de Vermont en el artículo 44 instituía el Consejo de Censores, con las mismas funciones establecidas en la Constitución de Pennsylvania. También el artículo 3 de la Constitución de Nueva York consagró la creación de un Consejo de Revisión, al que se asignaba, entre otras, la función de revisar todos los proyectos presentados como leyes, que no podrían ser aprobadas sin el previo examen y revisión del Consejo referido.

Todos estos órganos, sin embargo, tal como lo sostiene (Valdés, 1998), eran de composición netamente política, no jurisdiccional y los procedimientos de control previstos implicaban siempre, en última instancia, al órgano parlamentario, que decidiría o codecidiría respecto de la eventual violación a la constitución.

Esta línea constituyente que propendía por el establecimiento de un órgano político que controlara la actividad legislativa en el respeto por la constitución en la expedición de las leyes, fueron posteriormente tenidas en cuenta en la Convención de Filadelfia llevada a cabo entre el 14 de mayo y el 17 de septiembre de 1787. (Madison, 1998) respecto de la necesidad de dicho control decía:

La experiencia de todos los Estados ha demostrado la tendencia de la legislatura a absorber todo el poder en su propio torbellino. Esta, que es la verdadera fuente de peligro en las constituciones americanas, ha sugerido la necesidad de dar a los otros órganos del estado toda la autoridad para defenderse que sea compatible con los principios republicanos. (p. 152).

No obstante pese a que en la Convención de Filadelfia se discutió bastante la posibilidad de otorgar a los jueces la función de valorar la constitucionalidad de las leyes, tal facultad no fue aprobada explícitamente en la Carta de Filadelfia y fue sólo bajo la decisión del juez Marshall en 1803 que quedó explícitamente atribuida dicha función a los jueces en Estados Unidos.

Una síntesis de la famosa decisión tiene como eje central la pregunta que se hace Marshall en la sentencia acerca de decidir si la Corte Suprema podía emitir un requerimiento obligando al ejecutivo a proceder al nombramiento de William Marbury, el cual siendo nombrado juez del Distrito Federal de Columbia, por el presidente John Adams momentos previos a dejar la presidencia, no fue llamado a ocupar el cargo por parte del nuevo ministro James Madison.

En respuesta a la pregunta Marshall encuentra que la sección 13 de la Judiciary Act de 1789 (una ley del congreso) otorgaba a la Corte Suprema jurisdicción para, actuando en primera instancia, emitir tales requerimientos. No obstante haber encontrado respuesta satisfactoria a su pregunta, Marshall decide que la norma en cuestión es contraria a la Sección II del artículo 3 de la Constitución, que conforma a la Corte como una instancia de apelación y, sólo excepcionalmente, en casos tasados que el legislador no puede ampliar, constituye a la Corte Suprema como una instancia jurisdiccional que actúa en primera instancia, no siendo el presente caso aplicable a las excepciones consagradas en dicha sección.

En consecuencia la facultad concedida a la Corte por la Ley de 1789 supone, a juicio de

Marshall, un apoderamiento inconstitucional, siendo competencia de la Corte declarar la inconstitucionalidad referida y así dar prevalencia a las disposiciones que de la Constitución se estiman violadas por parte del legislador.

Una selección muy limitada pero concisa de las palabras de Marshall contempladas en la sentencia y expuestas en el libro *El valor de la Constitución*, son las siguientes:

Es una proposición demasiado sencilla para ser respondida, la de que, o la Constitución controla cualquier acto legislativo incompatible con ella, o, que la legislatura puede alterar la Constitución por medio de una ley ordinaria. Entre esas dos alternativas no existe término medio. O la Constitución es una ley suprema, inmodificable por medios ordinarios, o se sitúa en el nivel de las leyes ordinarias y, al igual que esas leyes, puede ser alterada cuando la legislatura desee hacerlo. Si la primera opción de esta disyuntiva es cierta, entonces un acto legislativo contrario a la Constitución no constituye derecho; si es cierta la segunda opción, entonces las Constituciones escritas son proyectos absurdos, por parte del pueblo, para limitar un poder que por su propia naturaleza es ilimitable. Ciertamente, todos los que han construido constituciones escritas las han contemplado como formando la ley suprema y fundamental de la nación, y consiguientemente, la teoría de cada uno de esos gobiernos debe ser que una ley de la legislatura, incompatible con la Constitución, es nula. Esta teoría guarda una relación esencial con la Constitución escrita y, por consiguiente, debe ser considerada por esta Corte, como uno de los principios fundamentales de nuestra sociedad. (Valdés, 1998, págs. 38-39).

Además el juez Marshall se hizo las siguientes preguntas en la sentencia en mención:

Si un acto de la legislatura incompatible con la Constitución es nulo ¿obliga a las cortes pese a su nulidad, y las obliga a darle efecto? O, en otras palabras, aunque el acto no sea

una ley ¿constituye una regla tan aplicable como si lo fuera? (Valdés, 1998, pág. 39).

A dichos interrogantes la respuesta de Marshall es contundente:

La inaplicación de la ley inconstitucional por parte de los tribunales es consustancial con su obligación de interpretar y aplicar el derecho, de tal manera que el juicio de constitucionalidad forma parte de la operación interpretadora que aquéllos tienen legalmente conferida. (Valdés, 1998, pág. 39).

Esta sentencia servirá de base para las discusiones judiciales venideras en Norteamérica cuya línea será consolidada por el propio Marshall; quien fue presidente de la corte por más de 30 años; en sentencias como las de *United States v. Peters*, en 1809, *Fletcher v. Peck*, en 1810, *McCulloch v. Maryland* en 1819, entre otras, con el establecimiento de la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de los Estados Unidos de supremacía constitucional y supremacía federal.

2.2. Los tribunales constitucionales en Europa.

Este movimiento jurisprudencial cuya consecuencia fue la creación del control constitucional por parte de los jueces, llegó a los oídos de Europa mediante el francés y publicista Alexis de Tocqueville en su libro *La democracia en América*, publicado en 1831. Así (Tocqueville, 1985) se referiría al respecto:

Varios Estados de Europa han adoptado el sistema representativo, pero no creo que hasta el presente ninguna nación del mundo haya constituido el poder judicial de la misma manera que los americanos. La constitución del poder judicial forma, en mi opinión, la parte más nueva y original de todo el sistema político de los americanos.

Los americanos han establecido el poder judicial como contrapeso y barrera al poder legislativo; lo han hecho un poder político de primer orden. El juez americano se parece por tanto, perfectamente a los magistrados de otras naciones. Sin embargo, está revestido

de un inmenso poder político que éstos no tienen. Su poder forma la más terrible barrera contra los excesos de la legislatura.

La causa está en este sólo hecho: los americanos han reconocido a los jueces el derecho a fundamentar sus decisiones sobre la Constitución más que en las leyes. En otros términos, le han permitido no aplicar las leyes que le parezcan inconstitucionales. (p 100-101).

La Revolución Francesa que tanto aportó al principio de separación de poderes, no tendrá la misma contribución respecto de la creación del control jurisdiccional de las leyes. La razón principal es una: en Francia, a diferencia de EE.UU, la norma fundamental era la ley, no la constitución. Los franceses entendieron la función jurisdiccional como una función consistente en la mera aplicación de la ley a partir de un silogismo cuya premisa mayor es la ley, la menor es el caso concreto y la consecuencia la decisión judicial. Así las cosas el poder jurisdiccional siempre estaría subordinado al poder legislativo.

No obstante durante la revolución francesa si existieron voces que favorecían o se inclinaban por la creación del tribunal constitucional tal como lo fue Emmanuel Sieyès, diputado de la Asamblea Nacional, y quien en sus discursos e intervenciones para la redacción de la constitución de 1793 planteaba la necesidad de proteger la Constitución de los poderes constituidos, especialmente el legislativo con la expedición de las leyes. Así uno de los cometidos del tribunal constitucional promovido por Sieyès sería el de controlar que las leyes no atentaran contra la constitución. No obstante su propuesta nunca fue aprobada.

Así (Sieyès, 1990) se refería:

En efecto una idea fundamental fue establecida en 1788: la división del poder constituyente y los poderes constituidos Sin embargo naturalizada rápidamente en los

espíritus, ha dado pábulo, como tantas otras verdades de nuevo cuño, a verdaderas estupideces ... Si deseamos dotar de garantía y salvaguardar a la Constitución de un freno saludable que contenga cada acción representativa sin desbordar los límites de su procuración especial, debemos establecer un tribunal constitucional en la forma que en su día concretaremos. (p.262).

Así las cosas, la Revolución Francesa nada o poco contribuirá al establecimiento del control constitucional o de tribunales constitucionales, por lo que en Europa será sólo hasta principios del siglo XX, que se formulará la idea de la necesidad de establecer un tribunal constitucional, principalmente por parte del jurista Hans Kelsen con su proyecto de Constitución Austríaca de 1920, y será sólo hasta la terminación de la segunda guerra mundial que se consolidará por completo la idea de la necesidad de los tribunales constitucionales.

El primer tribunal constitucional que tendrá Europa será el Checoslovaco, instituido en la Constitución del 29 de febrero de 1920, seguido por el Alto Tribunal Constitucional de Austria, instituido en la Constitución del 01 de octubre de 1920 y posteriormente el Tribunal de Garantías Constitucionales de la Constitución Española de 1931.

Kelsen plantea su tesis en el proyecto de constitución antes mencionado, pero lo expone magistralmente en su libro publicado en 1928. El jurista expone su propuesta partiendo del planteamiento jerárquico de las normas: Constitución, leyes, reglamentos, actos administrativos, sentencias. Prosigue afirmando que la Constitución cumple un rol protagónico dentro del Estado por cuanto es la base del orden jurídico, constituye un principio donde se expresa jurídicamente el equilibrio de fuerzas políticas en un momento determinado, es la norma que regula la elaboración de las leyes, entre otros. (Kelsen, 1974).

Por tanto, afirma (Kelsen, 1974), “es necesario darle a la Constitución la mayor estabilidad

posible y en consecuencia deben controlarse las leyes de modo que respeten la superior jerarquía de la constitución y se expidan conforme a esta lo mande” (p.35). Adicional a ello, Kelsen afirma que es la Constitución la que dispone que las leyes no solamente deberán ser elaboradas según el procedimiento que ella prescribe, sino, además que no podrán contener ninguna disposición que menoscabe la igualdad, la libertad, la propiedad, entre otros. Así para el autor en comento una ley será inconstitucional en razón de irregularidades en el procedimiento de elaboración o en razón de que su contenido contravenga los principios constitucionales. (Kelsen, 1974)

Para el jurista austríaco la garantía de la Constitución reposa principalmente en la posibilidad de anulación de los actos que le son contrarios, pero en ningún caso dicha anulación podría confiarse al mismo órgano que los ha aprobado, así (Kelsen, 1974) se refería:

El órgano legislativo se considera en realidad como un creador libre del derecho y no como un órgano de aplicación del derecho, vinculado por la Constitución, cuando lo es en teoría, si bien una medida relativamente restringida. No se puede contar, pues, con el propio Parlamento para realizar su subordinación a la Constitución. Se trata de un órgano diferente de él, independiente de él y, en consecuencia, también de cualquier otra autoridad estatal, a quién le compete la anulación de los actos inconstitucionales; es decir, una jurisdicción o tribunal constitucional. (p. 45)

Este modelo Kelseniano fue acogido ampliamente por los países Europeos, los cuales se vieron avocados a la institución de tribunales constitucionales luego de las experiencias nazi y fascista en Alemania e Italia o las experiencias dictatoriales del siglo XX en países como España y Portugal. Europa luego de estas experiencias, empieza a ver un fracaso y un temor en el legislador, pues mostró su calidad de opresor y no ya; como originariamente se había pensado; un guardián de libertad; e igualmente Europa sintió desconfianza en los jueces ordinarios que

poco o nada hicieron para evitar los fenómenos antes descritos. Se requería con urgencia de un órgano que velara por controlar los excesos del poder.

El modelo de tribunal acogido por Europa se caracterizó entonces, entre otras, por: Tener pluralidad o dualidad de jurisdicciones, diferentes a la constitucional, como por ejemplo Francia y España con jurisdicción administrativa y jurisdicción judicial, Alemania por su parte tiene cinco jurisdicciones diferentes (i), el tribunal constitucional es un órgano autónomo e independiente de los demás poderes públicos, al punto de ser ubicado fuera del sistema de jurisdicciones, que goza de un monopolio sobre lo contencioso constitucional (ii), a diferencia de las jurisdicciones ordinarias en las que sus miembros son elegidos por cooptación; los magistrados del tribunal constitucional, son escogidos por autoridades políticas y en algunos países como Francia no es necesario que sean abogados (iii), las decisiones del tribunal constitucional hacen tránsito a cosa juzgada y tienen efectos erga omnes (iv).

Este modelo se extendió a latinoamérica con la creación del primer tribunal constitucional en el año 1965 en Guatemala, seguido por el de Chile en 1971 y el de Perú en 1980, llegando a Colombia sólo hasta el año 1991, pese a tener instituida la figura del control constitucional desde 1910 y múltiples intentos desde el año 1963 por instaurar dicho tribunal en el país.

2.3. Origen y consolidación del modelo colombiano.

Colombia desde comienzos de su vida republicana, no ha sido ajena al establecimiento de mecanismos de control constitucional. La primera constitución colombiana (La Constitución de Cundinamarca de 1811) contenía en su artículo noveno del título primero, mecanismos básicos de control constitucional:

Habrá un Senado de censura y protección, compuesto de un presidente, que lo será el

vicepresidente de la Representación Nacional, y cuatro miembros, para sostener esta Constitución y los derechos del pueblo, a fin de que de oficio o requerido por cualquier ciudadano, reclame cualquiera infracción o usurpación de todos o cada uno de los tres poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial que sea contra el tenor de la Constitución (Constitución de Cundinamarca, 1811).

Las Constituciones federales de 1858 y 1863 le otorgaban la competencia a la Corte Suprema de Justicia de suspender los actos de las legislaturas de los estados federados, por motivos de inconstitucionalidad, siendo el Senado Federal quien tomaba la decisión definitiva. La Constitución de 1863 a diferencia de la de 1858 concedió legitimación a cualquier ciudadano para iniciar este procedimiento. No obstante, este control proceder sobre los estados federados, no procedía sobre las leyes federales.

Pese al establecimiento de controles; así fueran leves o distantes del control constitucional que hoy conocemos; durante las constituciones republicanas del siglo XIX, Colombia tuvo un lapso (1886-1910) en que la Constitución perdió todo valor jurídico y supremacía y los principios y valores del ordenamiento sólo se entendían en función de la ley.

No obstante, la Constitución de 1886, tal como fue contemplada originariamente, si consagraba una figura que puede catalogarse como incidente en el origen del control constitucional en Colombia y era la facultad que tenía el Gobierno de objetar por inconstitucionales los proyectos de ley tramitados en el Congreso, siendo competencia de la Corte Suprema de Justicia determinar si el proyecto objetado se ajustaba o no a la Constitución. No obstante esta figura poco o nada fue utilizada.

Posteriormente el acto legislativo No 3 del 31 de octubre de 1910 pasaría a la historia como la reforma constitucional que estableció en Colombia el control de constitucionalidad a través de la

acción de inconstitucionalidad y retomó el principio de supremacía constitucional.

Este acto legislativo reformó la constitución al consagrar:

A la Corte Suprema de Justicia se le confía la guarda de la integridad de la Constitución.

En consecuencia, además de las facultades que le confieren ésta y las leyes, tendrá las siguientes: Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los Actos Legislativos que hayan sido objetados como inconstitucionales por el Gobierno, o sobre todas las Leyes o Decretos acusados ante ella por cualquier ciudadano como inconstitucionales, previa audiencia del Procurador General de la Nación. (Acto Legislativo No. 3, 1910)

De igual forma el acto legislativo consagró en su artículo 40 la supremacía constitucional: “En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la Ley, se aplicarán de preferencia las disposiciones Constitucionales”. (Acto Legislativo No. 3, 1910).

La Constitución colombiana de 1886 tal como fue consagrada en sus orígenes, no tenía carácter normativo, por lo que no había ningún tipo de control que velara por su integridad. Colombia perteneciente al sistema continental europeo y seguidor de la cultura jurídica francesa, sólo tenía un respeto reverencial por la ley y sobre ella es que se podían comprender las disposiciones constitucionales, a tal punto que los derechos consagrados en la constitución carecían de fuerza vinculante si no estaban regulados por la ley.

El acto legislativo en mención tiene entonces una gran incidencia en la concepción colombiana que hasta esa época se tenía de la Constitución. Con esta reforma se le da un carácter normativo a la constitución y se atribuye al órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria, la guarda de la supremacía constitucional.

Si bien esta reforma no es asimilable a la creación de los tribunales constitucionales en Europa a partir del año 1920, puesto que la acción de inconstitucionalidad no se le asigna a un

órgano autónomo y especializado, sino que se le otorga a el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria, no por ello pierde su importancia en el aporte de una teoría constitucional de control, principalmente dentro de los países latinoamericanos.

No obstante la figura considerarse pionera en América Latina, no por ello fue de aplicación. La Corte Suprema de Justicia, durante los años 1910 a 1952 se encargó de que la misma no tuviera operancia alguna, en consideración a su tesis de la incompetencia. Esta tesis, sostenida por más de cuarenta años por parte de la Corte Suprema de Justicia, consistió en que la Corte no era competente para declarar la inconstitucionalidad de una ley por vicios en su procedimiento.

Tal doctrina sólo cambiaría en el año 1952. En dicha ocasión un ciudadano demandó la inconstitucionalidad de la ley 9 de 1951 - Por la cual se crea el departamento de Córdoba - por cuanto consideraba que vulneró el artículo quinto de la Constitución, puesto que la creación de dicho departamento no fue solicitado por las tres cuartas partes de los concejales de la comarca, tal como lo exigía la norma.

La Corte Suprema, muy dividida; pues más de siete magistrados salvaron el voto; decidió cambiar la doctrina de la no competencia y se estableció como subregla que en el caso del incumplimiento de los requisitos constitucionales para el proceso de formación de las leyes, deberá acompañarse la objeción presidencial respectiva con los antecedentes del proyecto y que si se trata de una demanda ciudadana, el escrito deberá contener las pruebas de la violación del trámite. (Sentencia CSJ, 1952).

Si bien la Corte en la sentencia estableció que era competente para conocer de la demanda de inconstitucionalidad, no accedió a los cargos formulados por el demandante, porque éste no adjuntó las pruebas pertinentes, y en consecuencia, declara exequible la ley demandada.

A partir de la sentencia en comento es que podemos decir que comienza a operar el control

constitucionalidad en Colombia por vicios de forma. Luego será la reforma de 1968, mediante el Acto Legislativo No 1 de diciembre 11 de 1968, que confirmará la competencia de la corte para juzgar la inconstitucionalidad de la ley por vicios procedimentales al establecer expresamente la competencia de la Corte para juzgar las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.

Esta reforma es importante en cuanto al objeto de estudio por cuanto creó la sala constitucional de la Corte Suprema de Justicia, es decir una sala especializada en los asuntos constitucionales, siguiendo el modelo europeo de control concentrado, aunque diferente, puesto que dicho control seguía siendo confiado al máximo órgano de la jurisdicción ordinaria. Así, la sala especializada, presentaba las ponencias o proyectos de fallo y estas eran decididas por la plenaria de la Corte Suprema de Justicia.

Es necesario resaltar que si bien la reforma creó la sala especializada en mención, el proyecto inicialmente presentado consagraba la creación de la Corte Constitucional, como órgano autónomo e independiente de la Corte Suprema de Justicia, no obstante dicha ponencia no fue aprobada. Las razones de ello fue la oposición acérrima a dicha creación por parte de la Corte Suprema de Justicia.

Así las cosas el primer intento relevante de creación de una Corte Constitucional se ve truncado y será necesario esperar hasta la Constitución de 1991 para su aparición en el campo político y jurídico colombiano, con las implicaciones que de ahí en adelante derivaron para Colombia en el control constitucional de las leyes.

El proyecto de creación de una Corte Constitucional fue propuesto por el Gobierno durante la vigencia de la Asamblea Nacional Constituyente del año 1991, argumentando la necesidad de ampliar las funciones del órgano constitucional con la finalidad de tener suficientes mecanismos

para la protección de los derechos y por tanto, era claro que la Corte Suprema de Justicia, siendo la encargada del mecanismo judicial de la Casación, no podría tener más responsabilidades de las que ya contaba. Las palabras del presidente César Gaviria en la plenaria de la Asamblea, ilustran bien la necesidad de adoptar la propuesta. (Espinosa, 1993) cita dichas palabras:

Tarde o temprano habrá que responder las siguientes preguntas: ¿En manos de quién va a quedar la inmensa responsabilidad de interpretar y desarrollar por vía jurisprudencial la nueva Constitución? ¿A quién le van ustedes a confiar la tarea de impulsar en las próximas décadas las innovaciones constitucionales que surgirán del seno de esta Asamblea? ¿Quién será el guardián de que esta Constitución nueva perdure y que la adapte a la realidad dinámica de Colombia? Y sobre todo, ¿qué organismo tendrá a cargo la misión de impedir que cualquier autoridad poderosa mediante leyes, decretos, resoluciones, órdenes u otros actos o hechos administrativos detenga esta transformación que ustedes impulsan?

Pensemos en el futuro. La nueva Constitución requiere, para su cabal aplicación, un nuevo sistema de control constitucional. (p. 11)

Conforme a lo expuesto, la Corte Constitucional terminaría consagrada en los artículos 239 a 245 de la Constitución Política de 1991; su tarea es la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, sus magistrados, por disposición de la Ley 5 de 1992 son nueve, y de conformidad con el artículo 239 C.P, son elegidos por el “Senado de la República para períodos individuales de ocho años, de sendas ternas que le presenten el Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado.

Entre las funciones que le atribuyó la Constitución en el artículo 241 a la Corte Constitucional se destacan las de decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los

ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, las leyes, y decretos con fuerza de ley; decidir sin necesidad de demanda, sobre la constitucionalidad de referendos, decretos legislativos y las leyes que aprueben los tratados internacionales, entre otras.

3. El debate acerca de la legitimidad de la jurisdicción constitucional y de sus límites funcionales.

La idea surgida principalmente en Estados Unidos y luego en Europa sobre la creación de un control constitucional radicado en los jueces no estuvo exenta de polémicas durante su formulación y desarrollo, y muchas fueron las voces en contra del establecimiento de dicho control en los ordenamientos jurídicos. Igual problemática y muy ligada a la anterior surgió con la creación de los tribunales constitucionales. Estas discusiones acerca de la legitimidad de la institución de la jurisdicción constitucional si bien hoy en día se encuentra superada; gracias a que ningún Estado actualmente duda de la necesidad de los tribunales constitucionales y de la institución del control de constitucionalidad en su ordenamiento jurídico; resultan en demasía fructíferas para entender la verdadera naturaleza de dichas instituciones.

3.1. El debate durante la revolución norteamericana.

Durante la Convención de Filadelfia fueron varios los argumentos que se expusieron respecto de la inconveniencia de atribuir al poder judicial la revisión de la constitucionalidad de las leyes y fue Hamilton durante las discusiones suscitadas en la asamblea constituyente, quien se encargó con gran lucidez de enfrentar a los opositores. La primera tesis a la que se opuso Hamilton fue la atinente a que el derecho de los tribunales a declarar nulos los actos de la legislatura, con fundamento en que son contrarios a la Constitución, implicaría la superioridad del poder judicial frente al legislativo.

Para (Hamilton, 1998), no hay proposición que se apoye sobre principios más claros que la

que afirma que todo acto de una autoridad delegada contaría a los términos del mandato con arreglo al cual se ejerce, es nulo. Por lo tanto, ningún acto legislativo contrario a la Constitución puede ser válido.

No es admisible suponer, continúa (Hamilton, 1998), que la Constitución haya podido tener la intención de facultar a los representantes del pueblo para sustituir su voluntad a la de sus electores.

Es mucho más racional entender que los tribunales han sido concebidos como un cuerpo intermedio entre el pueblo y la legislatura, con la finalidad, entre otras varias, de mantener a esta última dentro de los límites asignados a su autoridad. La interpretación de las leyes es propia y peculiarmente de la incumbencia de los tribunales. Una Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces. A ellos pertenece, por lo tanto, determinar su significado, así como el de cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo. Y si ocurriera que entre las dos hay una discrepancia, debe preferirse, como es natural, aquella que posee fuerza obligatoria y validez superiores; en otras palabras, debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios. (p 84).

Esta conclusión para el autor en comento, no supone de ningún modo la superioridad del poder judicial sobre el legislativo (Hamilton, 1998). Sólo significa que el poder del pueblo es superior a ambos y que donde la voluntad de la legislatura, declarada en sus leyes, se halla en oposición con la del pueblo, declarada en la Constitución, los jueces deberán gobernarse por la última de preferencia a las primeras. Deberán regular sus decisiones por las normas fundamentales antes que por las que no lo son.

La segunda que controvierte (Hamilton, 1998) es la relativa a que los tribunales, so pretexto

de incompatibilidad, estarán en libertad de sustituir su capricho a las intenciones constitucionales de la legislatura. Para el autor, lo mismo podría ocurrir en el caso de dos leyes contradictorias o, similarmente, en todo fallo en que se aplique una sola ley. Los tribunales tienen que declarar el significado de las leyes; y si estuviesen dispuestos a poner en ejercicio la voluntad en vez del juicio, la consecuencia sería la misma de sustituir su deseo al del cuerpo legislativo. Pero si algo prueba esta observación, sería que no debiera haber jueces independientes de ese cuerpo. (Hamilton, 1998), así se refería:

Esta independencia judicial es igualmente necesaria para proteger a la Constitución y a los derechos individuales de los efectos de esos malos humores que las artes de hombres intrigantes o la influencia de coyunturas especiales esparcen a veces entre el pueblo, y que, aunque pronto ceden el campo a mejores informes y a reflexiones más circunspectas, tienen entretanto la tendencia a ocasionar peligrosas innovaciones en el gobierno y graves opresiones del partido minoritario de la comunidad.

Pero no es sólo en el caso de las infracciones a la Constitución como la independencia de los jueces puede constituir una salvaguardia esencial contra los efectos de esos malos humores circunstanciales que suelen penetrar a la sociedad. En ocasiones, éstos no van más allá de perjudicar en sus derechos privados a una clase determinada de ciudadanos, por medio de leyes injustas y parciales. Aquí también reviste gran importancia la firmeza de la magistratura al mitigar la severidad y limitar el efecto de esa clase de leyes. No sólo sirve para moderar los daños inmediatos de las ya promulgadas, sino que actúa como freno del cuerpo legislativo para aprobar otras, pues percibiendo éste los obstáculos al éxito de sus inicuos designios que son de esperarse de los escrúpulos de los tribunales, se verá obligado a modificar sus intentos debido a lo móviles mismos de la injusticia que

medita realizar. (p.85)

La tercera y última crítica que enfrenta Hamilton es la siguiente

La autoridad de la Suprema Corte de los Estados Unidos, tal y como se proyecta, en forma de cuerpo separado e independiente, será superior a la de la legislatura. El poder de interpretar las leyes de acuerdo con el espíritu de la Constitución permitirá a ese tribunal darles la forma que estime más conveniente, sobre todo en vista de que sus decisiones no estarán sujetas de manera alguna a la revisión o rectificación del cuerpo legislativo. Esto resulta tan inaudito como peligroso. En la Gran Bretaña, el poder judicial reside en su última instancia en la Cámara de los Lores, que es un sector de la legislatura, y el gobierno británico ha sido imitado en esta parte por la generalidad de las constituciones de los Estados. El Parlamento de la Gran Bretaña y las legislaturas de los distintos Estados pueden rectificar en cualquier momento, o por medio de una ley, las decisiones con que no están conformes, de sus tribunales respectivos. Pero los errores y usurpaciones de la Suprema Corte de los Estados Unidos carecerán tanto de freno como de remedio. (Hamilton, 1998, pág. 87)

Para Hamilton estas aserciones no pasan de ser un razonamiento falso, apoyado en una base equivocada. Sostiene (Hamilton, 1998) que de un cuerpo que tuviera participación, aun cuando fuera parcial, en la aprobación de leyes perjudiciales, no se puede esperar que se mostrará inclinado a la moderación y la templanza al aplicarlas. “El mismo espíritu que lo impulsó al confeccionarlas se aplicaría seguramente al interpretarlas, y menos aún podría esperarse que los hombres que infringieron la Constitución en calidad de legisladores estuviesen dispuestos a reparar este abuso como jueces”. (p.88) Y continúa diciendo:

Es aún más absurdo sujetar las resoluciones de unos hombres, escogidos por su

conocimiento del derecho, como resultado de estudios prolongados y afanosos, a la revisión y enmienda de quienes carecen de ese conocimiento por no haber hecho estudios semejantes. Los miembros de la legislatura se elegirán rara vez en razón de las cualidades que capacitan a los individuos para la función judicial; y así como por este motivo serán de temerse las nocivas consecuencias de la ignorancia, de la misma manera la propensión natural de esa clase de cuerpos a dividirse en partidos, hace temer fundadamente que las mismas pestilentes del espíritu de facción envenenen las fuentes de la justicia. La costumbre de verse continuamente alineados unos contra otros, los inclinará vehementemente a sofocar la voz tanto del derecho como de la equidad. (p. 89)

La postura de Hamilton consagrada en El Federalista, si bien fue criticada por algunas voces, no demoró mucho en asentarse en el ideario estadounidense, siendo consolidada posteriormente con el ya tratado célebre caso de Marbury vs Madison y confirmado posteriormente con las decisiones judiciales subsiguientes de la Corte Suprema de Justicia, especialmente en cabeza del juez Marshall.

3.2. El debate durante la revolución francesa.

El debate en Francia comenzó principalmente en el año de 1789 durante las discusiones presentadas en la Asamblea instituida para la redacción de la Constitución de ese mismo año. La discusión fue encabezada por el abate Emmanuel Sieyès, quien durante las sesiones de la Asamblea propuso la creación de un tribunal constitucional, cuya finalidad sería la de salvaguardar la integridad de la nueva constitución frente a las agresiones de que pudiera ser objeto por parte del poder legislativo.

Tal idea generó al interior de la Asamblea una álgida discusión y si bien, tal como se vio precedentemente, la idea nunca fue adoptada en Francia, debido principalmente a la concepción

francesa de dar primacía al poder parlamentario; si es muy importante retomar la discusión para el objeto del presente capítulo.

A la idea de Siéyes de crear un tribunal de casación en el orden constitucional, Berlier, uno de los integrantes de la Asamblea, se opuso con gran vehemencia. Argumentaba el diputado que era inconveniente que un tribunal interviniese para solventar las denuncias de la minoría contra la mayoría:

Me parece, por lo demás, una abstracción la idea de hacer intervenir la autoridad del tribunal en los casos en que se produzcan fuertes disensiones entre la mayoría de uno de los Consejos y una facción minoritaria... No hagamos del tribunal constitucional un prefecto incómodo, algunas veces ridículo, y que más frecuentemente aún se convertiría en opresor. (Valdés, 1998, pág. 346)

Louvet, otro de los diputados decía:

No debéis dudar que el cuerpo que se os propone instituir, muy pronto se considerará el primero de la República. La ambición puede deslizarse en ese cuerpo y a buen seguro que se deslizará allí infaliblemente, y quién podrá entonces calcular dónde se detendrán los intentos de un poder dotado del derecho de paralizar todas las leyes, todos los actos de ejecución, todas las partes de la administración pública de un poder irresponsable que no tendrá sobre él a nadie para reprimirlo, a nadie a su lado para detenerlo.... Yo no sé si estoy exagerando, pero me parece que esta institución que se propone como la clave de bóveda de todo el edificio social puede acabar por convertirse en el más útil instrumento para su destrucción total... Si se me objetase que es necesario un poder para vigilar de algún modo a los demás, y al que los ciudadanos lesionados pudiesen recurrir, yo preguntaría, por mi parte, quién ha de vigilar ese poder y a quién podrán dirigirse las

denuncias contra sus propios actos. (Valdés, 1998, pág. 348)

Por último las palabras de Thibaudeau en la Sesión del 24 termidor resultaron siendo de las más convincentes para que los miembros de la Asamblea Nacional rechazaran por unanimidad dicha propuesta. Dos fueron las argumentaciones en contra de la propuesta, la primera relativa a la peligrosidad y la segunda a la inutilidad del tribunal constitucional. El tribunal es peligroso en la medida que su control hacia los demás poderes lo coloca al margen de cualquier posibilidad previsible de control:

Si el tribunal constitucional, cuyas funciones serán determinadas por la Constitución, sobrepasa sus límites, ¿Quién reprimiría su usurpación? Yo os confieso que he intentado buscar una respuesta y que no he encontrado ninguna que me satisfaga. Si el tribunal constitucional sólo puede estar formado por hombres tan susceptibles de todas las pasiones como los miembros de los dos Consejos y del Directorio ¿Quién los vigilaría? Y ¿Quién, a su vez, vigilaría esos guardianes? (Valdés, 1998, pág. 349)

Respecto de la inutilidad, Thibaudeau se refirió a la posibilidad de que el tribunal se acabase convirtiendo en un instrumento de dominio de la minoría sobre la mayoría, o, lo que para él resultaba equivalente, de las facciones sobre la Nación representada en el parlamento. “Ese poder monstruoso lo sería todo en el Estado y queriendo darle un guardián a los poderes públicos, les daríamos un amo que los encadenaría para vigilarlos con mayor facilidad.” (Valdés, 1998, pág. 351).

Así las cosas el rechazo durante la Asamblea Constituyente de crear un tribunal constitucional fue unánime, y era casi obvio que esto pasaría pues la creación de dicha institución entraba en colisión con el principio reinante de la revolución francesa atinente al poder absoluto del cuerpo legislativo, en tanto representante de la voluntad general, por lo que cualquier cosa que limitara

su poder, era vista con muy malos ojos.

Esta postura de rechazo a la institución de una jurisdicción constitucional se prolongó durante un buen período de tiempo en Francia y si bien en Europa la jurisdicción constitucional, tal como se vio en capítulos precedentes, fue instituida por primera vez en el año de 1920 con la Constitución de Weimar; en Francia tal institución no fue acogida sino hasta el año 1958, con la creación del Consejo Constitucional consagrada en el artículo 61 de la nueva Constitución Francesa.

3.3. El debate Kelsen vs Schmitt sobre el guardián de la Constitución.

Los dos grandes exponentes de derecho público europeo durante el siglo XX, protagonizaron una interesante polémica acerca de quién debía ser el guardián de la Constitución. Así mientras Kelsen siempre abogó por la creación de un tribunal constitucional encargado de ser el guardián de la Constitución; a Schmitt no le parecía coherente con la Constitución de Weimar atribuir a una corte la competencia de decidir acerca de la interpretación de sus disposiciones, pues tal función debía ser atribuida a “un legislador constitucional en funciones de alta política”

(Schmitt, 1998) en su libro acusó a la institución ideada por Kelsen de socavar el dogma de la división de los poderes públicos, y de hacer de la política un asunto de la justicia; adujo que la jurisdicción constitucional llevaría inexorablemente al gobierno de los jueces, con lo cual justicia tenía todo que perder y la política nada que ganar.

El autor en comento desarrolla su tesis a partir de la función propia de la jurisdicción: subsumir ciertos hechos en supuestos normativos previamente establecidos por el legislador. Añade (Schmitt, 1998) que la actividad de verificar la compatibilidad entre la ley y la Constitución no puede encuadrarse en la tarea de subsumir, propia de la actividad jurisdiccional, por lo que cuando el tribunal constitucional invalida una ley, invade el ámbito propio de la

actividad legislativa.

Sobre la interpretación de las disposiciones de la constitución, dice (Schmitt, 1998):

Pesan dudas y divergencias de opinión, por lo que casi nunca resulta evidente establecer si el enunciado legislativo que controla la Corte Constitucional contraviene los preceptos constitucionales. Para interpretar disposiciones constitucionales, añade, es necesario zanjar diferencia de pareceres, reducir imprecisiones, y esto sólo puede obtenerse mediante una decisión con carácter de autoridad, propia del órgano legislativo. (P. 89)

(Kelsen, 1974) por su parte, en su libro se defendió de los ataques de su contradictor. Primero insistió en que atribuir al Parlamento o al gobierno la vigilancia de la constitucionalidad de sus propios actos sería una ingenuidad política, que soslayaría además el principio según el cual nadie puede ser juez en su propia causa. Segundo se ocupó de refutar la postura de Schmitt respecto de que mientras la jurisdicción ordinaria se ocupa de la aplicación de la ley al caso concreto mediante procesos lógicos de subsunción; la jurisdicción constitucional se encarga de dilucidar controversias de opinión propias de un legislador constitucional antes que un juez. A esto (Kelsen, 1974) hace ver que todos los jueces se enfrentan constantemente con la necesidad de zanjar debates jurídicos, por lo que se deriva que no se puede negar el carácter jurisdiccional de la Corte Constitucional sólo con el argumento de que las disposiciones constitucionales que debe aplicar tienen un contenido dudoso.

3.4. El debate en Colombia.

En Colombia, paradójicamente, quienes mayor resistencia opusieron a la creación de un tribunal constitucional fueron los jueces, en cabeza de la Corte Suprema de Justicia y lo hicieron tanto en la resolución de sus fallos, como en la postura sentada en los debates en que se discutían proyectos de ley tendientes a crear dicho organismo.

Tal como fue expuesto precedentemente, el mecanismo de acción de inconstitucionalidad, fue establecido en Colombia en el año 1910. No obstante durante el período 1910 a 1952 la Corte Suprema de Justicia se encargó de que la figura no tuviera operancia alguna, en consideración a su tesis de la incompetencia. La línea jurisprudencial cuya tesis era la no competencia de la Corte Suprema de Justicia para declarar la inconstitucionalidad de una ley por vicios en el procedimiento, tuvo su origen en la sentencia del 20 de abril de 1912, con ocasión de la demanda de inconstitucionalidad presentada por el gobierno del presidente Carlos E. Restrepo a la Ley 65 de 1911 (primera demanda de inconstitucionalidad). En dicha sentencia así expresó la Corte:

Entiende la Corte que la facultad a ella conferida en el art.41 citado, no puede extenderse hasta declarar que una ley, no es ley, porque se ha quebrantado, en su formación, algunas ritualidades de la Constitución Nacional, como si de otro modo se entendiese que aquella facultad le daría a la Corte Suprema tal suma de poderes que invadiría el campo de acción del cuerpo legislativo, lo cual sin duda no ha sido la intención del constituyente de 1910, pues ello iría contra el principio fundamental consagrado en el artículo 57 de la Carta, según el cual todos los poderes públicos son limitados y ejercen separadamente sus respectivas atribuciones, principio este que informa nuestras instituciones y es piedra angular del sistema republicano que ellas reconocen y consagran (Sentencia , 1912)

Este precedente se mantuvo en las sentencias del 20 de octubre de 1913, 15 de febrero de 1915, 7 de marzo de 1918, 7 de diciembre de 1925, 18 de marzo, 9 de abril y 15 de septiembre de 1927 y 22 de septiembre de 1949 en las cuales la conclusión a la que llegaba la corte siempre era la misma:

La vulneración de la constitución en el trámite de expedición de la ley no es motivo para declarar la inconstitucionalidad de la ley acusada, pues la oposición entre los mandatos

legales y la Carta Fundamental debe encontrarse en los preceptos de la ley y no en formalidades que presiden a su expedición. (Sentencia, 2013)

Posteriormente, uno de los intentos con más fuerza para la creación de una Corte Constitucional, fue durante la reforma constitucional del 1968, ocasión en que la Corte Suprema de Justicia se opuso con gran vehemencia a su creación. En el concepto del 25 de julio de 1968 que esa corporación dirige al Ministro de Justicia aduce dos razones principales por las cuales considera inconveniente la creación de la Corte Constitucional: i) El modelo de cooptación por el cual eran elegidos los magistrados, garantizaba la independencia de la política con el derecho; y si, tal como se estaba proponiendo, los magistrados de la nueva corte eran elegidos por el congreso, el control que esta realizaría sería un control político y no judicial, ii) Consideraban un exceso de funciones en el nuevo órgano.

Además, desde mi punto de vista, constituye un tercer argumento para que la Corte Suprema se opusiera, el hecho de que la creación del nuevo tribunal, conllevaría a un desplazamiento en el protagonismo que para la época tenía la Corte Suprema de Justicia, al interior del sistema político Colombiano, y eso era algo que los magistrados no estaban dispuestos a permitir.

Por lo anterior se pierde la oportunidad para Colombia de la creación temprana de una Corte Constitucional, debido a las voces conservadoras en cabeza de la Corte Suprema de Justicia, debiendo esperarse hasta el año 1991 para que en Colombia existiera un tribunal de este tipo.

3.5. Estado actual del debate.

No obstante, el debate generado con la aparición de la figura, hoy no se expone de manera radical, sino que tanto la doctrina como las discusiones políticas, han aceptado la conveniencia de la misma al interior de los estados, por lo que las discusiones se han orientado más a debatir sobre el establecimiento de límites a los tribunales constitucionales a la hora de aplicar la figura

en vez de propender por la eliminación de ella. Por ello podemos decir que este debate ha sido dirimido por la historia en favor del arraigo y el desarrollo de la institución controvertida. Así los expone (Pulido, 2005):

Es bien sabido que la jurisdicción constitucional se ha extendido sin cesar durante el último siglo. No sólo se ha generalizado en Europa, sino que ha llegado a un sinnúmero de países del orbe, entre los cuales por supuesto se encuentran casi todos los latinoamericanos. En razón de su importante función de garantía de la Constitución, y de las libertades en ella consagradas, es concebida como un elemento esencial de todo Estado democrático de derecho. Es cierto que en medio de este proceso la discusión acerca de la legitimidad de la jurisdicción constitucional ha permanecido latente. La controversia se ha venido centrando sobre todo en el problema de si el control constitucional de las leyes supone o no un hondo menoscabo de la democracia representativa. El interrogante, frecuentemente debatido, es si resulta contradictoria con la democracia entregar el poder de interpretar la Constitución y de controlar las leyes a un grupo de jueces que no son elegidos directamente por el pueblo.

Hoy día, no obstante, en la mayoría de los países esta discusión no se propone en términos radicales. Ya no se disputa sobre si se debe abolir o mantener la jurisdicción constitucional. Más bien, se polemiza acerca de la forma de su ejercicio; se discute cómo ha de desarrollarse el control de constitucionalidad de las leyes para hacerse compatible con el funcionamiento de la democracia representativa. Se debate sobre los límites de la competencia de los tribunales constitucionales, sobre los linderos que demarcan el ejercicio adecuado de sus atribuciones, y lo separan de las funciones del legislador. (p.56).

Conclusiones al capítulo.

El control de constitucionalidad como institución jurídica ejercida en Colombia por la Corte Constitucional, tiene su origen en la formulación teórica del principio de separación de poderes, formulado principalmente por Locke y Montesquieu y adoptado durante las revoluciones francesa y norteamericana.

Durante la formulación del control de constitucionalidad, dicha institución no ha estado exenta de todo tipo de críticas, tanto en Estados Unidos y Europa, como en Colombia, dada la fuerte intervención por parte del poder judicial en la órbita competencial del poder legislativo, como órgano de máxima importancia en el Estado de Derecho, especialmente en los modelos europeo y continental en donde la ley, dado su carácter democrático goza de gran importancia.

Del debate acerca de la legitimidad del ejercicio del control constitucional por parte de tribunales especializados en la materia muchos han sido los autores clásicos que del tema han opinado, tales como los autores del Federalista, el francés Emmanuel Sieyes, Kelsen y Schmitt en su célebre debate y hoy día continúa vigente la discusión, igualmente en Colombia la creación de tribunales constitucionales especializados en la aplicación de la figura, tuvo en sus inicios bastante reticencia, especialmente por la rama judicial, en cabeza de la Corte Suprema de Justicia.

Si bien el control constitucional ha sido acogido por la mayoría de países occidentales y por países latinoamericanos habida cuenta de la importante función de la figura en la garantía de la Constitución, los derechos fundamentales, y el aseguramiento del debate democrático, no debe perderse de vista que en medio de este proceso la discusión acerca de la legitimidad de la jurisdicción constitucional ha permanecido latente. No obstante en los últimos días la controversia se ha venido centrando sobre todo en el problema de si el control constitucional de

las leyes supone o no un hondo menoscabo de la democracia representativa, puesto que tal como sostienen algunas voces, la figura permite entregar el poder de interpretar la Constitución y de controlar las leyes a un grupo de jueces que no son elegidos directamente por el pueblo.

Hoy día, no obstante, en la mayoría de los países esta discusión no se propone en términos radicales. Ya no se disputa sobre si se debe eliminar o mantener la jurisdicción constitucional sino que la discusión ha avanzado a problemáticas acerca de la forma de su ejercicio; y de cómo ha de desarrollarse el control de constitucionalidad de las leyes para hacerse compatible con el funcionamiento de la democracia representativa.

Así las cosas es trabajo de los capítulos subsiguientes del presente escrito contribuir a la discusión relativa a la forma en cómo ha de desarrollarse el control de constitucionalidad de las leyes en Colombia, de modo que pueda hacerse compatible con el principio democrático. Para ello es necesario primero abordar una aproximación teórica de los derechos fundamentales como principal objeto de estudio del control constitucional y luego, bajo unos mínimos teóricos establecidos proceder a formular criterios hermenéuticos que le permitan a la Corte respetar sus límites competenciales en la fundamentación correcta de sus decisiones.

Capítulo 2.

Los derechos fundamentales en Colombia

Introducción

El control de constitucionalidad como institución jurídica, cuyo origen se encuentra en el principio de la división de poderes, tiene por objeto el servir de límite a la actividad ejercida por el legislador en la expedición de las leyes que regulan todo tipo de asuntos propios del funcionamiento del Estado. No obstante, esta obra no tiene por objeto de estudio el control de constitucionalidad en todos sus ámbitos, sino únicamente el control de constitucionalidad de las leyes que regulan los derechos fundamentales en Colombia. Pese a ello, abordar el tema de los derechos fundamentales constituye ya de por sí una tarea titánica, dado el universo de temáticas que pueden desprenderse del estudio de los mismos. Por ello es indispensable abordar de una manera muy general y desde un ámbito meramente jurídico el tema de los derechos fundamentales, obviando entonces discusiones filosóficas o políticas acerca de que lo debe entenderse por un derecho fundamental.

El objetivo del presente capítulo será entonces: abordar desde un ámbito jurídico los derechos fundamentales como objeto de estudio del control constitucional en Colombia de las leyes que los regulan. Para esto el presente capítulo se abordará en tres apartados. En el primero se tratarán los elementos que hacen que un derecho subjetivo sea considerado un derecho fundamental, en el segundo apartado se tratará la forma en cómo la Corte Constitucional Colombiana ha entendido, reconocido e identificado los derechos fundamentales, y por último se analizará la estructura de los derechos fundamentales y su relación con el control de constitucionalidad.

1. Elementos que hacen de un derecho subjetivo, un derecho fundamental.

Los derechos subjetivos han sido categorizados y delimitados por la teoría general del

derecho, incluso antes de que se hablara de derechos fundamentales en sentido estricto. Un derecho subjetivo en palabra de (Chinchilla, 2009) “es una facultad, derivada de una norma jurídica, para exigir de otra persona o institución el cumplimiento de un deber específico impuesto por el derecho positivo, aun mediante el ejercicio de una acción judicial”. (p.48). Sobre su concepto pocas discusiones se generan y su existencia y estructura al interior de los diferentes ordenamientos jurídicos, es plenamente aceptada.

La estructura entonces de un derecho subjetivo es la de a) un sujeto titular del derecho b) un sujeto obligado a quien la norma jurídica le impone un deber, c) un objeto, consistente en la facultad del titular del derecho para actuar, disponer, recibir, exigir, entre otras, d) un deber jurídico específico que se imponen al obligado, que se concreta en una exigencia normativa de una conducta de dar, hacer, o no hacer, e) la facultad del sujeto titular para reclamar mediante un procedimiento administrativo o judicial el cumplimiento del deber específico por el sujeto obligado.

El ordenamiento jurídico otorga una gama de derechos subjetivos a las personas que lo integran, tales como el derecho de los menores a exigir de sus padres alimentos, el derecho de los trabajadores a exigir de su empleador la remuneración dentro del término estipulado en el contrato, el derecho del arrendador de exigir el pago del canon al arrendatario, entre otros. Los derechos fundamentales, al igual que los derechos subjetivos, gozan de una estructura que otorga a una persona la facultad para exigir de otra el cumplimiento de un deber específico, lo que los convierte en derechos subjetivos propiamente considerados. No obstante, todos los derechos fundamentales ser derechos subjetivos, no todos los derechos subjetivos son derechos fundamentales.

Así, puede decirse que son dos los elementos que hacen que un derecho subjetivo sea

catalogado como un derecho fundamental:

1.1. Que su fuente sea la Constitución.

El primer requisito de fundamentalidad según (Chinchilla, 2009) es “la positivización interna, es decir, la inclusión explícita en el catálogo o carta de derechos de una Constitución, o la posibilidad de fundamentarlo en un enunciado perteneciente a la norma fundamental”. (p.105).

Que dichos derechos estén catalogados en la Constitución, implica que ocupan un lugar en la más alta jerarquía de las normas y que por tanto es fundamento de validez de todas las demás normas del ordenamiento jurídico. Así, al ser un derecho fundamental una norma de la más alta jerarquía, se convierte en garantía de inderogabilidad por los poderes constituidos.

Este primer requisito de fundamentalidad, es confirmado por (Alexy, 2002), pues para él “solo puede denominarse norma de derecho fundamental aquella que surge directamente de un enunciado de derecho fundamental contenido en el texto de la Ley Fundamental o aquella que surge adscriptivamente (Fruto de interpretación de la norma) de ese mismo texto”. (p.65)

1.2. Garantías reforzadas.

El segundo requisito que hace que un derecho subjetivo sea catalogado derecho fundamental es de las garantías reforzadas que otorgan una protección especial y prevalente, diferente a aquellas con las que gozan los demás derechos, a fin de brindar mecanismos jurídicos para hacer coactivos el cumplimiento de las facultades que los derechos fundamentales otorgan.

Las garantías reforzadas son entonces herramientas brindadas por el ordenamiento jurídico a aquellos derechos considerados como de la más alta importancia, a fin de que su efectividad sea real y no se quede en simples prerrogativas de papel. Estas garantías han tenido su origen en los países de Europa, especialmente en Alemania y España a finales del siglo XX quienes han ido implementando y ampliando el catálogo de garantías reforzadas.

1.2.1. Algunas de las garantías reforzadas adoptadas en Alemania.

Las garantías reforzadas que han tenido su origen en Alemania, tanto por su consagración en la Constitución de 1949, por su desarrollo por parte del Tribunal Constitucional Federal Alemán, como por la formulación de que ellas han hecho juristas alemanes como Robert Alexy, han sido recogidas y sistematizadas por Chinchilla en su obra. La recopilación y exposición que de las mismas hace el autor en comento, son retomadas y explicadas en el presente escrito:

1.2.1.1. Los derechos fundamentales tienen carácter vinculante sobre todos los poderes públicos.

Es decir que no son simples ideales del Estado, ni meras directrices sino que por el contrario su garantía es plenamente obligatoria tanto para el poder judicial a la hora de aplicarlos, como para el legislador y la administración; el primero a la hora de regularlos y el segundo en sus actuaciones de ejecución.

1.2.1.2. Son derechos de aplicación directa por los jueces y órganos administrativos.

Quiere esto decir que no requieren desarrollo legislativo para su aplicación, pues su tutela deriva directamente del texto constitucional, llevando incluso a que en ciertos eventos en que el legislador haya omitido desarrollar los derechos fundamentales para su aplicación efectiva, el tribunal constitucional pueda declarar la inconstitucionalidad por omisión, ordene la aplicación inmediata y sustituya al legislador en sus funciones.

1.2.1.3. Están dotados de la garantía de la reserva de ley.

Significa que toda intervención encaminada a limitar o restringir un derecho fundamental sólo puede llevarse a cabo mediante ley en sentido formal o con fundamento en ella, constituyéndose así en una garantía democrática a fin de que sea el discurso deliberativo el encargado de decidir sobre el contenido de los más altos valores de la sociedad representados en derechos

fundamentales.

1.2.1.4. Gozan de la garantía del contenido esencial frente al poder legislativo.

El núcleo esencial de un derecho fundamental es una garantía encaminada a proteger el derecho de la acción del legislador. Así cada vez que este quiera regular, restringir o limitar un derecho fundamental, deberá respetar en todo caso su contenido esencial, de modo que en la práctica no convierta en nugatorio dicho derecho.

1.2.1.5. Están garantizados mediante acciones de amparo constitucional.

Lo que implica que el titular de los derechos fundamentales cuenta con procedimientos judiciales sumarios, preferentes, informales, y con decisiones inmediatas y perentorias, para la defensa de los mismos cuando resulten vulnerados o amenazados.

1.2.1.6. Son derechos protegidos aun frente al poder constituyente secundario.

Significa esto que el congreso mediante el poder de reforma de la constitución no puede alterar para desmejorar ni derogar las cláusulas constitucionales que reconocen y protegen los derechos fundamentales.

1.2.2. Garantías reforzadas adoptadas en España.

La Constitución española de 1978 tiene una singularidad, por cuanto no todos los derechos fundamentales gozan de las mismas garantías reforzadas sino que por el contrario cada categoría de derechos cuenta con unas garantías reforzadas propias que los hacen especiales y diferenciales. Al respecto (Chinchilla, 2009), haciendo un análisis del tema en comento se refiere en los siguientes términos:

Por el contrario, el propio constituyente diferenció tres grupos de derechos constitucionales a efectos de otorgar a cada uno de ellos determinadas garantías de tipo objetivo o subjetivo. De allí nuestra afirmación de que la cualidad de fundamentalidad en

el constitucionalismo español opera en grados y niveles. En consecuencia, los derechos constitucionales pueden ser fundamentales de distintas maneras, según diferentes modalidades y niveles de súper garantía. (p. 128).

Estos tres grupos a los que se refiere el autor en comento son:

1.2.2.1. Primer grupo de derechos.

El primer grupo es el de los derechos contenidos en el capítulo segundo de la constitución, denominado “Derechos y libertades”, los cuales no incluyen los derechos de nacionalidad y extranjería ni la mayoría de los derechos socioeconómicos. Este primer grupo cuenta con las siguientes garantías: i) Vinculan a todos los poderes públicos ii) Reserva de ley, iii) Contenido esencial, iv) Eficacia directa.

Estas garantías, ya explicadas en el aparte relativo a las garantías adoptadas y desarrolladas en Alemania; para hacerse valer, cuentan en el ordenamiento jurídico español con el mecanismo genérico de la acción de inconstitucionalidad, y si bien de un país a otro puede tener ciertas matizaciones, las mismas no tienen la suficiente envergadura para considerar diferente su aplicación y definición en ambos ordenamientos jurídicos.

1.2.2.2. Segundo grupo de derechos

El Segundo grupo lo integran una serie de derechos que igualmente están en el capítulo segundo de la carta pero que, además de las garantías acabadas de mencionar, gozan de otras más que les otorgan un plus de protección. Estas son:

Reserva de ley orgánica: Quiere esto decir que además de la exigencia de que la regulación de los derechos fundamentales sea mediante ley, dicha ley para su expedición requerirá de mayorías absolutas, es decir, una exigencia de mayor consenso político para aprobarlas.

Amparo judicial ordinario: Consiste, en palabras de (Chinchilla, 2009), “en un recurso judicial

especialísimo, preferente y sumario, ante la jurisdicción ordinaria para poner fin a cualquier situación individual y concreta de vulneración o amenaza del derecho fundamental”. (p.130). Este se lleva a cabo a solicitud del titular del derecho o de alguien que actúa en su nombre, desembocando en una orden de cumplimiento urgente e irresistible.

Recurso de amparo ante el tribunal constitucional: Este a diferencia del anterior, se interpone directamente ante el Tribunal Constitucional y sólo procede una vez se han agotado las acciones judiciales ordinarias.

Protección frente al poder constituyente: La carta española consagra en su artículo 168 un mecanismo especial para reformar las normas constitucionales que consagran derechos fundamentales requiriendo aprobación inicial de dos tercios de la Cámaras Legislativas (i), posterior disolución de las cámaras (2); elección de nuevas cámaras (iii); nueva aprobación de las cámaras recientemente elegidas, por dos tercios (iv), y aprobación por el pueblo en referéndum (v).

1.2.2.3. Tercer grupo de derechos.

Por último, el tercer grupo es de los derechos sin garantía reforzada, se trata, de aquellos que hacen parte del conjunto de derechos económicos, sociales y culturales y colectivos, a los cuales la constitución no atribuye ni siquiera la condición de derechos subjetivos sino de simples principios rectores de la política social y económica y sólo adquieren naturaleza de derechos judicialmente exigibles por la vía ordinaria cuando el legislador los configure y los llene de contenido. Entre este grupo de derechos se encuentran el derecho a una jornada laboral, a vacaciones remuneradas, a la salud, a la seguridad social, a la vivienda digna, a un ambiente sano, los derechos de los consumidores, entre otros.

2. El entendimiento, reconocimiento e identificación que la Corte Constitucional Colombiana ha dado a los derechos fundamentales.

Como se ha visto, en términos muy generales, los derechos fundamentales son derechos subjetivos con consagración constitucional y garantías reforzadas que otorga la Constitución y en algunas ocasiones producto del desarrollo que de las mismas hacen los tribunales constitucionales. En Alemania se han formulado algunas garantías reforzadas que aplican en general para todos los derechos fundamentales, mientras que en España esas garantías aplican respecto de una categorización que de los derechos hace la Constitución, en derechos de primera, segunda y tercera categoría.

En Colombia los dos elementos que caracterizan a un derecho subjetivo como derecho fundamental han sido desarrollados con algunas matizaciones que ha adoptado la Corte Constitucional y el constituyente de 1991, tomando los referentes alemán y español, pero que dado ese desarrollo vía jurisprudencial les ha dado una serie de características que los hacen propios de nuestro ordenamiento. En este capítulo se abordará entonces esas matizaciones que de cada elemento se ha hecho en Colombia a fin de determinar el entendimiento acerca de que constituye un derecho fundamental y por tanto cuales derechos subjetivos son objeto de estudio en el presente estudio en su relación con el control constitucional.

2.1. Respecto del elemento consagración constitucional.

Respecto a las matizaciones que ha adquirido la teoría colombiana en cuanto al requisito de consagración constitucional; se han adoptado excepciones y figuras análogas que permiten encuadrar un derecho que no tiene rango constitucional como si lo fuera, tales como:

2.1.1. Aquellos de rango legal o reglamentario cuyo contenido forme parte inseparable del contenido esencial de un derecho fundamental de rango constitucional.

Se trata de derechos subjetivos de rango legal que son presupuesto indispensable para el ejercicio de aquellos derechos catalogados como fundamentales en sentido estricto. Dentro de estos se encuentran derechos subjetivos relacionados con las prestaciones laborales que desarrollan el derecho al trabajo, la normativa del sistema de seguridad social que desarrollan derechos como el de la salud, entre otros.

2.1.2. Derechos de rango legal o reglamentario cuyo contenido se convierte en el medio idóneo para realizar el postulado de la dignidad humana o para satisfacer plenamente un derecho fundamental.

Se trata de la teoría formulada en los primeros años por la Corte Constitucional, denominada de la conexidad; según la cual, aquellos derechos subjetivos de rango puramente legal, pueden ser considerados como derechos fundamentales por cuanto se constituyen en presupuesto indispensable para la protección de los derechos fundamentales estrictamente considerados. Así por ejemplo el derecho infraconstitucional a percibir oportunamente y en forma completa tanto los salarios como las prestaciones sociales, concreta los derechos a una vida digna y al mínimo vital.

Al respecto se pronunció la Corte Constitucional:

Los derechos fundamentales por conexidad son aquellos que no siendo denominados como tales en el texto constitucional, sin embargo, les es comunicada esta calificación en virtud de la íntima e inescindible relación con otros derechos fundamentales, de forma que si no fueran protegidos en forma inmediata los primeros se ocasionaría la vulneración o amenaza de los segundos. Es el caso de la salud, que no siendo en principio un derecho fundamental, pasa a gozar de esta categoría cuando la desatención del enfermo amenaza con poner en peligro su vida. El derecho a la seguridad social está vinculado directamente

con el derecho fundamental al trabajo. (Corte Constitucional, 1992, pág. numeral 2).

No obstante, como se verá más adelante, esta teoría de la conexidad ha venido siendo abandonada por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, y bajo criterios de dignidad humana, estos derechos han sido catalogados como derechos fundamentales en estricto sentido, sin necesidad de reconocerlos únicamente en relación de otros derechos que han sido consagrados expresamente por la constitución como fundamentales.

2.1.3. Derechos que hacen parte de tratados internacionales, sobre los cuales se prohíben su limitación durante los estados de excepción.

Estos derechos prevalecen en el orden interno, y se integran a la constitución mediante el bloque de constitucionalidad, según lo contemplado en el artículo 93 inciso 1 de la Constitución Política de Colombia y por tal pese a no tener una consagración expresa en la carta sino en tratados internacionales de derechos humanos, se entienden como incorporados a ella, en la misma jerarquía de aquellos reconocidos expresamente como fundamentales.

2.1.4. Derechos no positivados que se consideran derechos fundamentales.

Así lo establece el artículo 94 de la Constitución Política de Colombia:

La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.

Así para (Chinchilla, 2009):

Este artículo induce a la más amplia expansión de derechos constitucionales por la vía del reconocimiento puramente judicial, aunque estos no tengan respaldo explícito y puntual en texto normativo alguno, pero cuyo reconocimiento es derivable por la vía del discurso axiológico o ético a partir del valor dignidad humana. (p.110).

Si bien este artículo constituye la excepción al requisito de positivización que requieren los derechos fundamentales, el mismo es producto del lenguaje axiológico, casi iusnaturalista que pregonaba la Constitución Política de Colombia y es producto del nuevo constitucionalismo.

2.2. Respeto de las garantías reforzadas.

Respecto a las garantías reforzadas para la protección de los denominados derechos fundamentales, la Constitución Política de Colombia consagra expresamente las siguientes garantías:

2.2.1. La acción de tutela.

Se trata de una súper garantía, que para el caso colombiano, está consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política de 1991 y que reza de la siguiente manera:

Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su

resolución.

La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.

Esta garantía reforzada, instituida como una acción para la protección de todo derecho que se catalogue como fundamental es especialísima dentro del ordenamiento jurídico y es la herramienta más potente y eficaz con la que pueda contar una persona para la defensa de sus derechos.

Se trata de una acción cuyo ejercicio no reviste las formalidades y requisitos de una demanda ordinaria, sino que por el contrario es informal, la puede impetrar cualquier ciudadano sin necesidad de apoderado y su resolución por parte de los jueces tiene preferencia y debe ser resuelta en el término máximo de 10 días en primera instancia, so pena de que el funcionario incurra en sanciones disciplinarias.

Por su naturaleza, es una acción subsidiaria que sólo procede en los eventos en que no exista otro medio judicial idóneo y únicamente para la protección de derechos fundamentales. Así por ejemplo, prima facie, no procedería la acción de tutela para la protección de derechos subjetivos de rango puramente legal o que siendo constitucionales no se consideran fundamentales, como el derecho a la propiedad, el derecho de un heredero a hacerse parte de la herencia, el derecho a recibir alimentos por parte del cónyuge culpable, entre otros.

2.2.2. Reserva de ley estatutaria.

Este tipo de leyes, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 153 de la constitución para su aprobación, modificación o derogación requieren mayorías absolutas de los miembros del

congreso y deben efectuarse en una sola legislatura, además de que para su promulgación requieren revisión previa de la Corte Constitucional que declare su constitucionalidad.

2.2.3. Se prohíbe su suspensión durante los estados de excepción.

Así lo indica el artículo 214 numeral 2 de la Constitución Política de 1991, lo que implica que ni en los estados más anómalos y que requieran medidas extraordinarias en procura del mantenimiento y soberanía del Estado, se pueden abolir los derechos fundamentales, constituyéndose esta en una garantía importante especialmente en los estados latinoamericanos, caracterizados por la fuerte incidencia del ejecutivo en la dirección del Estado y de su tendencia a manejar los asuntos bajo las declaratorias de estados de excepción.

2.2.4. Referendos revocatorios.

Estipula el artículo 377 de la Constitución que cuando el congreso mediante acto legislativo reforme los derechos fundamentales, podrá un cinco por ciento de los ciudadanos que integren el censo electoral someter la reforma a referendo para su derogación. Constituye esta garantía un desarrollo al principio democrático, tendiente a que cuando las intervenciones del legislador recaigan sobre el contenido de los derechos fundamentales, los ciudadanos puedan decidir acerca de la legitimidad de dicha intervención.

2.2.5. Aplicación inmediata.

Consagra el artículo 85 de la constitución la aplicación inmediata como una garantía reforzada con que cuentan los derechos expresamente consagrados como fundamentales en la Constitución. Dicha garantía tiende a que estos derechos enunciados sean aplicados por las autoridades públicas sin necesidad de una ley que los regule en su contenido y procedimiento de ejecución.

Ahora, si bien las garantías reforzadas recién enunciadas, han sido dispuestas expresamente por la Constitución Política de 1991; existen otras garantías que pese a no estar allí dispuestas,

han sido acogidas y aplicadas por parte de la Corte Constitucional Colombiana, tomando para ello como referentes los modelos alemán y español. Estas son:

2.2.6. Núcleo esencial.

La Corte Constitucional colombiana, ha adoptado la teoría del núcleo esencial como una garantía reforzada en la protección de los derechos fundamentales en sede de tutela y de control constitucional de las leyes. Su tratamiento ha sido pacífico y se ha aceptado como un criterio hermenéutico fuerte en la determinación del contenido mismo del derecho fundamental. Su finalidad es la de hacer exigible el respeto de un mínimo de contenido sobre el cual no podrá disponer el legislador, so pena de abolir por completo el derecho fundamental en cuestión. Al respecto se ha pronunciado la Corte:

El núcleo esencial se ha definido como el mínimo de contenido que el legislador debe respetar, es esa parte del derecho que lo identifica, que permite diferenciarlo de otros y que otorga un necesario grado de inmunidad respecto de la intervención de las autoridades públicas. Y, en sentido negativo debe entenderse “el núcleo esencial de un derecho fundamental como aquel sin el cual un derecho deja de ser lo que es o lo convierte en otro derecho diferente o lo que caracteriza o tipifica al derecho fundamental y sin lo cual se le quita su esencia fundamental. (Corte Constitucional, 2008, numeral 15).

2.2.7. Aplicación directa.

Esta garantía tiende a otorgar eficacia a las disposiciones de derechos fundamentales contenidas en la constitución, a fin de que el legislador en el desarrollo normativo no omita desarrollar la protección eficaz de un derecho. Esta garantía ha conllevado a que la Corte Constitucional en su jurisprudencia aplique la figura de la omisión legislativa relativa, tendiente a corregir a implementar la regulación y protección del derecho fundamental omitido.

Respecto de la figura de la omisión legislativa relativa ha dicho la Corte Constitucional colombiana:

Se presenta una omisión legislativa relativa cuando el legislador regula una materia de manera parcial, insuficiente o incompleta, omitiendo una condición, un sujeto destinatario, un ingrediente esencial o algún supuesto que, en atención a los contenidos superiores del ordenamiento, debería formar parte de la disciplina legal o de la materia normativa. En esta hipótesis de control, el debate se suscita en torno a un texto legal que se reputa incompleto en su concepción, y que puede ser cotejado con la Carta, por resultar arbitrario, inequitativo o discriminatorio en perjuicio de ciertas garantías constitucionales como la igualdad y el debido proceso. (Corte Constitucional, 2012, numeral 8.2.1).

Esta figura de la aplicación directa, por su parte, se diferencia de la figura de la aplicación inmediata, contenida en el artículo 85 de la Constitución de 1991, en cuanto a que la primera exige desarrollo legislativo, mientras que la segunda propugna por prescindir de dicho desarrollo para la aplicación del derecho.

2.3. ¿Cuáles son entonces los derechos fundamentales en Colombia?

Ahora, una vez comprendidas las matizaciones que respecto de los dos elementos que configuran un derecho fundamental (consagración constitucional y garantías reforzadas) se han dado en Colombia; es necesario determinar cuáles son entonces esos derechos subjetivos considerados como derechos fundamentales al interior del ordenamiento jurídico colombiano.

Una respuesta en demasía simple, sería aquella tendiente a asegurar que los derechos fundamentales en Colombia son aquellos consagrados en el título II capítulo I de la Constitución Política de 1991; no obstante tal postura desconocería otra serie de derechos de consagración

constitucional y que se consideran fundamentales y además iría en contravía de los sentenciado por la misma Corte Constitucional en la interpretación de la Carta.

Así las cosas, la Corte ha forjado una postura sólida acerca de lo que debe entenderse por derecho fundamental y por tal ha fijado los criterios para determinar cuáles son los derechos fundamentales en Colombia. No obstante, de una vez hay que advertirse, que no existe una lista taxativa y cerrada acerca de cuáles son los derechos fundamentales, sino que los mismos habrán de identificarse en la multiplicidad de casos concretos que se presentan, especialmente en los proceso de tutela y constitucionalidad ventilados ante la Corte Constitucional; teniendo en cuenta para ellos los criterios en mención y que pasarán a exponerse.

Al respecto entiende la Corte Constitucional colombiana por derecho fundamental, “todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo” (Corte Constitucional, 2003, numeral 11). Esta definición básica, trata igualmente de explicarla de la siguiente manera:

Es decir, un derecho constitucional es fundamental en la medida en que resulte necesario para lograr la libertad de elección de un plan de vida concreto y la posibilidad de funcionar en sociedad y desarrollar un papel activo en ella (Dignidad humana). Tal necesidad no está determinada de manera apriorística, sino que se define a partir de los consensos existentes (alcanzados casi siempre a través del legislador como órgano de mayor representación política) sobre la naturaleza funcionalmente necesaria de cierta prestación o abstención (derecho subjetivo), así como de las circunstancias particulares de cada caso (vía interpretativa). (Corte Constitucional, 2003, numeral 11).

Respecto de dicha definición creada por la Corte para definir que es un derecho fundamental, (Chinchilla, 2009), identifica los elementos que la componen:

a) definición liberal de la dignidad humana en términos de autoconstrucción responsable del individuo en su contexto social (J.S.Mill); b) remisión al “consenso” como criterio identificador de las prestaciones necesarias para satisfacer el derecho; c) vinculación del referido consenso con la doctrina aceptada en la comunidad jurídica, y, d) remisión al análisis de la situación concreta. (p. 169).

Así, de la definición realizada por la Corte acerca de lo que ha de entenderse por derecho fundamental, puede concluirse que no es posible realizar una lista acerca de cuáles son los derechos fundamentales, así como tampoco puede decirse que estos son los expresamente consagrados en el título II capítulo I primero de la Constitución, sino que los mismos habrán de identificarse luego de un análisis que en los casos concretos, que para el objeto de esta obra, son aquellos en estudio en el control de constitucionalidad; pueda determinarse que están encaminados a lograr la dignidad humana y pueden ser traducidos en un derecho subjetivo, con la implicación de otorgar facultades de exigibilidad para el titular de los mismos.

Igualmente, de las matizaciones expuestas que de los elementos del derecho fundamental (consagración constitucional y garantías reforzadas), ha hecho la Corte Constitucional y el constituyente de 1991, puede concluirse que en Colombia existe un ámbito propio de lo que ha de entenderse por tales, lo que conlleva a que el control que sobre las leyes que los intervienen haga la Corte, también tiene unos parámetros de ejercicio que los diferencia de los demás países en que también está instituida la figura del control constitucional sobre dichas leyes.

3. Estructura de los derechos fundamentales

Es objeto de este apartado analizar la estructura de los derechos fundamentales y su relación con el control de constitucionalidad. Para desarrollar este capítulo, se utilizará el concepto que de la estructura de un derecho fundamental trae (Alexy, 2002) según el cual “todo derecho

fundamental se estructura como un haz de **posiciones y normas**, vinculadas interpretativamente a una **disposición** de derecho fundamental”. (p 240). Así los tres conceptos que componen dicha definición son: las disposiciones, las normas, y las posiciones de derecho fundamental.

3.1. Las disposiciones de derecho fundamental

Las disposiciones de derecho fundamental, según (Pulido, 2014) “son los enunciados de la Constitución que tipifican los derechos fundamentales” (p.101). Se trata de todas aquellas disposiciones, casi siempre contenidas en la constitución, que establecen o formulan de manera explícita derechos subjetivos, a los que la Corte les da el carácter de fundamental. Las disposiciones de derecho fundamental se caracterizan por estar redactadas de forma indeterminada y con un gran nivel de abstracción.

La indeterminación, definida como algo impreciso, vago o sobre lo que recae duda y la abstracción definida como falta de concreción; son características de este tipo de disposiciones, que se presenta cada vez que un enunciado no hace explícito de forma exhaustiva el conjunto de sus significados y, por lo tanto, genera la incertidumbre acerca de si uno o varios de esos significados específicos pueden serle atribuidos.

Así, las disposiciones de derecho fundamental son enunciados a los que se atribuye una pluralidad de significados normativos, dada su abstracción e indeterminación. Estas características impiden al intérprete conocer, de manera a priori, es decir, antes de una fundamentación, tras la simple lectura del texto, si una o varias normas pueden ser consideradas como establecidas por la disposición. Ejemplo de las disposiciones de derecho fundamental son las contenidas en los artículos 11 a 41 de la Constitución Política, aunque no son sólo estas, tal como ya se vio en el apartado segundo de este artículo.

3.2. Las normas de derecho fundamental

Las normas de derecho fundamental, según (Pulido, 2014) “son el conjunto de significados prescriptivos de las disposiciones de derecho fundamental”. (p. 103). Este conjunto de significados prescriptivos pueden establecer que algo está; en términos de derecho fundamental, ordenado, prohibido o permitido. Este conjunto de proposiciones que son las normas de derecho fundamental prescriben el deber ser establecido por las disposiciones de derecho fundamental de la Constitución.

Las normas de derecho fundamental se diferencian con las disposiciones de derecho fundamental, en que estas son el objeto de la interpretación judicial y las normas constituyen su resultado. Adicional a lo anterior una disposición iusfundamental integra varias normas, conforme a la interpretación que se le dé y a la fundamentación de dicha interpretación. Así los derechos fundamentales prescriben diferentes tipos de normas:

3.2.1. Normas directamente estatuidas.

Estas normas, para (Pulido, 2014) “son las normas de derecho fundamental que revisten el mayor grado de generalidad y expresan el significado literal de las disposiciones de derecho fundamental en su sentido prescriptivo o de deber ser”. (p 141)

Cada disposición de derecho fundamental estatuye directamente una sola norma con sentido prescriptivo. Ejemplo de una disposición de derecho fundamental es la contenida en el artículo 11 de la Constitución Política, la cual reza que el derecho a la vida es inviolable y no habrá pena de muerte. Así, La norma directamente estatuida a dicha disposición es entonces aquella que prescribe que está prohibido desconocer el derecho a la vida.

Igualmente la disposición contenida en el artículo 14 de la Constitución Política de Colombia reza que toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica. La norma

directamente estatuida es entonces aquella que prescribe que está ordenado reconocer el derecho a la personalidad jurídica que tiene toda persona.

3.2.2. Normas adscritas

En la mayoría de los casos en que un tribunal constitucional estudia la constitucionalidad de una ley en el caso concreto, las normas directamente estatuidas les resultan demasiado abstractas e indeterminadas como para servir de premisa mayor para resolver el caso en estudio, toda vez que los problemas que la realidad propone al intérprete constitucional son más concretos, complejos y minuciosos, por lo que se ve a menudo en la necesidad de concretar una norma más específica, que pueda fundamentar a partir de las disposiciones de derecho fundamental y que tenga una relación directa con el objeto de estudio.

Dichas normas más específicas son las llamadas normas adscritas y sirven de premisa mayor en el estudio de la constitucionalidad de la norma legal, caso en el cual, si existe una contradicción entre estas y aquellas, el tribunal constitucional declara la inconstitucionalidad de la ley; y por el contrario si lo que existe es identidad, lo que se debe hacer es declarar la constitucionalidad.

Las normas adscritas son concretadas por la jurisprudencia de la Corte Constitucional o son actualizadas por las leyes expedidas por el Congreso de la República. Los actos de concreción o de actualización son entonces dos actos completamente diferentes dada su forma de ejecutarse y el órgano del cual provienen. Veamos:

3.2.2.1. La concreción de una norma adscrita.

La concreción de una norma adscrita es definida por (Pulido, 2014) “como el acto jurídico mediante el cual, en ejercicio de su competencia suprema para interpretar la Constitución, el Tribunal Constitucional asevera que una norma adscrita tiene validez definitiva dentro del

ámbito de indeterminación de una disposición de derecho fundamental”. (p.147). Algunos ejemplos de la concreción de normas adscritas a disposiciones de derecho fundamental hechas por la Corte constitucional colombiana son, entre otros:

3.2.2.1.1. *Está permitido al ciudadano objetar la prestación del servicio militar obligatorio por razones de conciencia.*

Esta norma adscrita ha sido concretada por la Corte Constitucional de la disposición de derecho fundamental establecida en el artículo 18 de la Constitución Política cuya norma directamente estatuida prescribe que está prohibido molestar a otro por razón de sus convicciones o creencias u obligarlo a revelarlas o a actuar contra su conciencia.

La Corte Constitucional, en su trabajo de concretar la norma adscrita a la disposición establecida en el artículo 18 así se refirió:

Para la Corte, a partir de una lectura del artículo 18 (libertad de conciencia) de la Constitución, y a la luz del bloque de constitucionalidad, es posible concluir que de los mismos se desprende la garantía de la objeción de conciencia frente al servicio militar.

Lo anterior encuentra sustento en el hecho de que, en general, la libertad de conciencia, como se indicó, explícitamente garantiza a toda persona el derecho constitucional a ‘*no ser obligado actuar en contra de su conciencia*’. De este modo, quien de manera seria presente una objeción de conciencia, vería irrespetado su derecho si, pese a ello, se le impusiese un deber que tiene un altísimo grado de afectación sobre la persona en cuanto que, precisamente, su cumplimiento implicaría actuar en contra de su conciencia. (Corte Constitucional, 2009, numeral 5.2.5.).

Así, si bien ni la disposición de derecho fundamental contenida en el artículo 18 de la Constitución Política, ni la norma directamente estatuida a esta norma prescriben la prohibición

de obligar a una persona a prestar el servicio militar obligatorio cuando ello esté contra su conciencia, esto si lo establece la norma adscrita concretada por la Corte Constitucional en su labor interpretativa.

3.2.2.1.2. *Está permitido impugnar las sentencias que revocan un fallo absolutorio de primera instancia, e imponen por primera vez una condena en la segunda instancia.*

Esta norma adscrita es un claro ejemplo de lo que el tribunal constitucional puede concretar a través de su interpretación y autoridad, pues dicha norma nunca fue contemplada por el legislador ni por el constituyente de manera expresa, por lo que nunca tuvo aplicación dentro del ordenamiento jurídico, sino sólo hasta el año 2014, fecha en la cual la corte reconoció dicha norma como adscrita a la disposición del derecho fundamental contenida en el artículo 29 de la Constitución, la cual concuerda con los artículos 8.2.h de la CADH y 14.5 del PIDCP.

Así se refirió la Corte Constitucional en la concreción de la disposición contenida en el artículo 29 constitucional:

En definitiva, los artículos 29 de la Carta Política, 8.2.h de la CADH y 14.5 del PIDCP consagran el derecho a controvertir las sentencias condenatorias que se dictan dentro de un proceso penal. Aunque ninguna de estas disposiciones establece expresamente que esta prerrogativa comprende la facultad para impugnar las sentencias que revocan un fallo absolutorio de primera instancia, e imponen por primera vez una condena en la segunda instancia, esta regla sí constituye un estándar constitucional. (Corte Constitucional, 2014, numeral 6.10).

Así las cosas, la Corte Constitucional encontró, a través de la concreción realizada, que a la disposición contenida en el artículo 29 constitucional, está adscrita la norma que prescribe la

facultada para impugnar las sentencias que revocan un fallo absolutorio de primera instancia.

3.2.2.1.3. *Está prohibido trasladar al testigo de una contravención ante el jefe de policía a través de la fuerza.*

Dicha prohibición es concretada por la Corte Constitucional de la disposición establecida en el artículo 28 constitucional, cuya norma directamente estatuida prescribe la prohibición de reducir a una persona a prisión o arresto sin contar con mandamiento escrito de autoridad judicial competente. Obsérvese que a primera vista la norma nada en específico dice acerca del traslado de testigos de una contravención ante el jefe de policía a través de la fuerza. Sobre la labor interpretativa de la corte en la concreción de la norma, así se refirió:

Las expresiones contenidas en el inciso primero de la norma referida permiten que los testigos de una contravención puedan ser obligados por la fuerza a ser trasladados ante el jefe de policía si se resisten a ello. De lo anterior se desprende, que dicho traslado a la fuerza es una clara privación del derecho de libertad consagrado en la Constitución Nacional. Las condiciones de dicho traslado implican para el testigo la imposibilidad de ejercer su libertad personal. Ahora bien, la libertad como derecho fundamental es la cláusula general protegida por la Constitución, no obstante su límite solo puede ser efectuado por intermedio de orden judicial, situación no contemplada en la frase acusada, sino que por el contrario se deja al arbitrio de una autoridad administrativa, en este caso las autoridades de policía, la conducción a la fuerza de los testigos que hayan presenciado una contravención. Esta situación constata una privación de la libertad violatoria del artículo 28 Constitucional, por cuanto se quebranta el principio de reserva judicial como límite de la libertad personal. (Corte Constitucional, 2005, numeral 2.1.).

En el presente, cuando la Corte Constitucional debía determinar acerca de constitucionalidad

de la norma que permitía que los testigos de una contravención pudieran ser obligados por la fuerza a ser trasladados ante el jefe de policía, se encontró que la disposición contenida en el artículo 28 de la Constitución nada decía acerca de si dicho traslado podía ser considerado un arresto de aquellos que requieren orden judicial de autoridad competente, por lo que debió, mediante un proceso de concreción, resolver dicho asunto, a fin de que una vez resuelto pudiera utilizarlo como premisa mayor y con base a ella determinar si dicha facultad en cabeza de los jefes de policía era constitucional.

3.2.2.2. *La actualización de una norma adscrita.*

Respecto de la actualización hecha por el legislador, tenemos que esta es llevada a cabo a través de las diversas regulaciones que este hace de cada disposición de derecho fundamental. El legislador, dentro del Estado democrático, es el órgano dotado de mayor legitimidad para llevar a cabo la actualización de las normas adscritas. El principio democrático prescribe que las restricciones impuestas a los derechos, y sus regulaciones más significativas, deben provenir de los ciudadanos a través de sus representantes, tal como lo señaló (Rousseau, 1969) “que al obedecer estas leyes, cada quien se obedezca a sí mismo y conserve así su libertad”. (p 25). Así, si bien la Corte Constitucional respecto de los derechos fundamentales tiene una facultad de concreción, el legislador tiene una facultad de actualización, la cual en términos de legitimidad política es más valiosa que la hecha por la Corte, no obstante, debe decirse que ello no significa prima facie la superioridad de la una sobre la otra.

Como desarrollo del principio democrático, el constituyente colombiano de 1991, ha atribuido al legislador diversas competencias generales y específicas para intervenir en los derechos fundamentales tales como: en el artículo 16 de la constitución consagró que el derecho al libre desarrollo de la personalidad puede estar limitado por los derechos de los otros y el orden

jurídico, en el artículo 28 inc 1, la privación de la libertad personal está sujeta al debido proceso, conforme a las formalidades y motivos establecidos previamente en la ley, el artículo 24 dispone que las libertades para fijar domicilio y circular por el territorio nacional, tendrán las limitaciones que establezca la ley, el artículo 37 a su vez consagra respecto del derecho de reunión que sólo la ley podrá establecer de manera expresa los casos en los cuales pueda limitarse sus ejercicio, y por último el artículo 31 consagra que el derecho de la doble instancia judicial tendrá sólo las excepciones previstas en la ley.

Así las cosas, toda vez que la constitución ha instituido al legislador como el órgano competente para desarrollar y limitar los derechos fundamentales; la legislación se transforma entonces en una fuente directa de los mismos a través de la cual se realiza su actualización y toda intervención que haga sobre ellos el legislador se considera a primera vista constitucional dada la legitimidad y facultad que para ello cuenta dicho órgano, lo que otorga a la actualización que sobre los derechos fundamentales hace el legislador una validez prima facie, mas sin embargo no definitiva, dado que la validez definitiva sólo la otorga la Corte Constitucional en el momento que declare la exequibilidad de la norma.

Existen dos tipos de actualización realizadas por el legislador, en las que dependiendo de las normas sobre las que recae la intervención, la Corte Constitucional puede realizar un estudio fuerte o débil de constitucionalidad:

3.2.2.2.1. *Normas adscritas que no están estatuidas por la Constitución como decisiones iusfundamentales necesarias, sino sólo como opciones políticas posibles.*

Este caso se presenta cuando las disposiciones de derecho fundamental dejan abierto al legislador un margen de acción, dentro del cual éste puede escoger aquella estrategia política que considere conveniente para cumplir los deberes fijados por la Constitución. Cuando el legislador

adopta una de estas estrategias políticas posibles, actualiza implícitamente una norma iusfundamental adscrita. En este caso, la ley que regula el derecho fundamental comienza a formar parte de su contenido y por tanto la vulneración administrativa o judicial de dicha ley se convierte también indirectamente en una vulneración del derecho fundamental respectivo. Sin embargo, la actualización de este tipo de normas adscritas no vincula al propio legislador, pues dispone siempre de la competencia para derogar o modificar las normas adscritas que la constitución no establece como decisiones iusfundamentales necesarios, sino sólo como posibilidades sometidas a la elección de los órganos de configuración política.

Respecto de las materias sobre las cuales el legislador tiene amplia configuración legislativa ha dicho la Corte Constitucional, entre otros:

3.2.2.2.1.1. Regulación del procedimiento como desarrollo del debido proceso:

La jurisprudencia constitucional ha reconocido, de manera estable y reiterada, que uno de los aspectos en los cuales el legislador tiene una amplia competencia de regulación es en lo que respecta a la previsión de los procedimientos judiciales y administrativos. El Congreso, en ejercicio de la cláusula prevista en 150-2 C.P., está facultado para expedir códigos en todos los ramos de la legislación, así como reformar sus disposiciones. La Corte ha considerado que a partir de esta previsión, el legislativo puede válidamente adoptar diferentes modelos de procedimiento, de acuerdo con el diseño que se muestre más conveniente para asumir cada problemática legal en particular. En ese sentido, los límites impuestos son solo aquellos vinculados con la vigencia de los derechos constitucionales de quienes participan en dichos trámites, sin que de la Carta Política se deriven, salvo casos de regulación superior expresa, un modelo procedimental en particular. (Corte Constitucional, 2014).

3.2.2.2.1.2. En materia de seguridad social.

En numerosas oportunidades, esta Corte ha señalado que si bien la Constitución señala unos principios que gobiernan los derechos a la seguridad social y a la salud, el Legislador goza de una amplia libertad para regular la materia, pues la Carta establece que la seguridad social se presta con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley (CP art. 48). Por ello esta Corporación ha señalado que los “derechos a la salud y a la seguridad social son entonces derechos de amplia configuración legal, pues la Constitución ha conferido al Congreso una gran libertad para que defina el alcance de estos derechos y concrete los mecanismos institucionales y los procedimientos para su realización efectiva”. (Corte Constitucional, 2002, numeral 3).

3.2.2.2.1.3. En materia de circulación a través de la regulación del tránsito terrestre.

Su importancia y el carácter riesgoso del tránsito terrestre justifican que esta actividad pueda ser regulada de manera intensa por el Legislador, quien puede señalar reglas y requisitos destinados a proteger la integridad de las personas y los bienes. Por ello esta Corte ha resaltado que el tránsito es una actividad ‘frente a la cual se ha considerado legítima una amplia intervención policiva del Estado, con el fin de garantizar el orden y proteger los derechos de las personas’. Así, el control constitucional ejercido sobre las regulaciones de tránsito no debe ser tan riguroso como en otros campos a fin de no vulnerar esa amplitud de la libertad de configuración del Legislador. (Corte Constitucional, 2012, numeral 35).

Así las cosas, en este tipo de normas, que no están estatuidas por la Constitución como decisiones iusfundamentales necesarias, sino sólo como opciones políticas posibles, el legislador tiene una amplia configuración legislativa, en las cuales, la Corte no puede intervenir, so pena de vulnerar el principio de separación de poderes y el principio democrático, por lo que deberá acudir a un control leve cuando normativa de este tipo sea sometida a su estudio mediante

demanda de inconstitucionalidad presentada por los ciudadanos.

3.2.2.2.2. *Normas adscritas que la Constitución impone como necesarias.*

Estas son el segundo tipo de normas que concurren a la actualización que realiza el legislador sobre las disposiciones de derecho fundamental, con las cuales no tiene competencia para derogar o modificar y sobre las cuales la Constitución ha atribuido a la Corte Constitucional la competencia suprema para despojar de su validez de forma definitiva, por cuanto su actualización es incompatible con los mandatos iusfundamentales establecidos como necesarios en la Constitución. Piénsese en una actualización realizada por el legislador de una norma adscrita a la disposición contenida en el artículo 11 de la Constitución Política de 1991 que prescriba la facultad de imponer la pena de muerte para aquellas personas condenadas penalmente por haber incurrido en el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años.

Dicha actualización, pese a gozar de la legitimidad que otorga una decisión tomada por el órgano democrático, y pese a tener un apoyo mayoritario en la sociedad, es pese a ello incompatible con la constitución pues la norma directamente estatuida contenida en el artículo 11 prescribe expresamente la prohibición de imponer la pena de muerte.

Ahora entendidas las diferencias entre concreción y actualización de las normas adscritas a las disposiciones de derecho fundamental, es conveniente citar la forma en como (Pulido, 2014) explica las diferencias entre ambas y sus implicaciones:

La ley objeto del control de constitucionalidad estatuye una norma legislativa que además de intervenir en un derecho fundamental, actualiza alguna de las normas adscritas a la disposición que lo tipifica. Si la actualización se refiere a una opción que la Constitución ha dejado a la política, el Tribunal Constitucional debe reconocer su incompetencia para decidir en este ámbito en contra de lo dispuesto por el Legislador y, como consiguiente,

debe declarar la constitucionalidad de la actualización legislativa que se examina. Si por el contrario, la actualización del Legislador se refiere a una decisión constitucional, de la que no pueden disponer los órganos de configuración política, el Tribunal Constitucional debe examinar si la norma legislativa que la lleva a cabo se compece o no con la norma adscrita, indirectamente estatuida por la disposición iusfundamental pertinente. Para tal fin, el Tribunal debe concretar previamente dicha norma adscrita. En este caso, cuando se declara la inconstitucionalidad de la ley examinada, es porque se ha concretado una norma adscrita contraria a la que había sido actualizada por el legislador. Por el contrario, si se declara la constitucionalidad de la ley examinada, es porque se ha concretado una norma adscrita idéntica a aquélla que había sido actualizada por la ley. (p. 151-152)

De lo citado, podemos concluir entonces, que respecto del status de las normas adscritas concretadas por la Corte Constitucional, estas son vinculantes para todos los poderes públicos y los particulares, especialmente para el legislador, por cuanto gozan de validez definitiva y no puede ser desvirtuada ni siquiera por ningún otro poder político. Sobre este aspecto se ha pronunciado la Corte:

La seguridad jurídica de un sistema normativo se funda precisamente en el respeto que se le asigne a las disposiciones constitucionales que irradian todo el ordenamiento, y a la unidad y armonía de los diferentes niveles legales, con las disposiciones de la Carta. La Corte Constitucional, como órgano de cierre de la jurisdicción constitucional, tiene precisamente atribuciones jurídicas para asegurar que los mandatos de la Carta sean eficaces y prevalezcan en nuestro ordenamiento. Al ser la responsable de mantener la integridad y supremacía de la norma superior, sus determinaciones resultan ser fuente de derecho para las autoridades y particulares, cuando a través de sus competencias

constitucionales establece interpretaciones vinculantes de los preceptos de la Carta.
(Corte Constitucional, 2006, numeral 9)

De la diferenciación hecha, se tiene entonces que las disposiciones de derecho fundamental, dado su carácter indeterminado y abstracto, requieren de normas adscritas que concreten su contenido. Esto es posible a través de la concreción y actualización que de ellas hace la Corte Constitucional y el legislador respectivamente. No obstante de ambas actividades, hay una que prevalece sobre la otra cuando en la determinación del contenido de las disposiciones constitucional por parte de estos dos órganos existen normas adscritas contrarias.

Si bien a primera vista debiera decirse que de las controversias surgidas entre la Corte Constitucional y el legislador respecto de la adscripción de las normas de derecho fundamental debiera prevalecer la actualización realizada por el legislador, dado su carácter democrático, ello en lo práctica no es así, pues quien decide en últimas sobre la compatibilidad de una actualización de una norma adscrita es la Corte Constitucional dado su papel de guardiana de la integridad y supremacía de la Constitución y de los derechos fundamentales.

No obstante, debe tenerse en cuenta que el control de constitucionalidad ejercido por la Corte depende del tipo de normas adscritas actualizadas por el legislador que estén sometidas a su control puesto que aquellas normas en que el legislador tenga un amplio margen de configuración deberá aplicar un test débil de constitucionalidad, mientras que por el contrario aquellas normas adscritas que la constitución imponga como necesarias deberán ser examinadas por la Corte con un estudio intenso.

Así, dadas las fuertes implicaciones que tiene este asunto en los principios de división de poderes y en el principio democrático, debe afirmarse que la Corte Constitucional en la concreción de normas adscritas y decisión de la constitucionalidad de aquellas actualizadas por

el legislador, tiene un deber de fundamentación correcta de la validez de las mismas.

Este deber de fundamentación correcta de la validez definitiva de las normas adscritas deriva del deber de los jueces de motivar las sentencias y al respecto se refiere (Pulido, 2014):

El deber de fundamentación correcta de la validez de las normas adscritas se deriva de la pretensión de corrección que eleva cada una de las decisiones del Tribunal Constitucional. ... Baste señalar aquí que la concreción de las normas adscritas no puede entenderse sólo como un acto de autoridad del Tribunal Constitucional, sino, en cuanto parte de la sentencia de constitucionalidad, una decisión jurisdiccional, como la culminación de un proceso discursivo en el cual se trata de decidir con fundamento en los argumentos correctos, acerca de la constitucionalidad de las leyes que intervienen en los derechos fundamentales. (p.160-161).

Este deber de fundamentación correcta es de suma importancia pues con base en él es que se puede predicar un equilibrio de poderes entre la Corte Constitucional y el legislador, un correcto ejercicio de control a los actos legislativos, y garantizarse el respeto por los principios democráticos y de primacía de los derechos fundamentales. Por ello la doctrina ha creado una serie de parámetros que propenden por otorgar fundamentación correcta a las sentencias proferidas por la Corte cuando controle las leyes que intervengan los derechos fundamentales. Sobre estos parámetros será objeto de estudio el capítulo tercero de esta obra.

3.2.3. Normas individuales

Las normas individuales de derecho fundamental según (Pulido, 2014) “son las normas contenidas en la parte resolutive de las sentencias del Tribunal Constitucional que versan sobre los derechos fundamentales”. (p.166). Estas normas son el producto de la subsunción del caso concreto bajo el supuesto de hecho de una norma iusfundamental directamente estatuida o de una

norma adscrita. Dicho de otro modo, las normas individuales son la conclusión del silogismo que constituye la fundamentación interna de la sentencia de constitucionalidad sobre las leyes que intervienen en los derechos fundamentales.

Las normas individuales fueron expuestas en un principio por (Wright, 1963) el cual las denominó así porque son individuales con respecto al sujeto y a la ocasión. Con respecto al sujeto por cuanto se refieren a la conducta de uno o varios individuos determinados; con respecto a la ocasión porque aluden a una sola conducta, cuya realización está ordenada, prohibida, permitida o habilitada para un cierto número de ocasiones.

No obstante (Pulido, 2014) aclara que las normas individuales expuestas por Von Wright, se diferencian de las normas individuales de derecho fundamental por cuanto estas básicamente al estar plasmadas en sentencias de constitucionalidad, están dotadas del máximo grado de generalidad y abstracción dentro de su género y por consiguiente, sin dejar de ser individuales; en cuanto al comportamiento y en cuanto a la ocasión; pueden estar referidas al mismo tiempo a una pluralidad de sujetos (los poderes públicos y los particulares).

3.3. La posiciones de derecho fundamental o los derechos fundamentales en sentido estricto.

Las posiciones de derecho fundamental son relaciones jurídicas entre los individuos o entre los individuos y el Estado. Son una especie de la amplia gama de relaciones jurídicas existentes en el Derecho. Son relaciones jurídicas con estructura tripartita compuesta por un sujeto activo, un sujeto pasivo y un objeto. Sobre esta estructura tripartita (Pulido, 2014) se refiere:

El objeto de las posiciones de derecho fundamental es una conducta de acción o de omisión, prescrita por una norma, que el sujeto pasivo debe desarrollar en favor del sujeto activo, y sobre cuya ejecución el sujeto activo tiene un derecho, susceptible de ser

ejercido sobre el sujeto pasivo. (p.106)

Según (Pulido, 2014) “entre las posiciones y las normas de derecho fundamental existe un nexo de implicación necesaria. (p.107). Este nexo de implicación necesaria, consiste en que el objeto de toda posición iusfundamental (conducta de acción u omisión) está ordenada, prohibida, o permitida por una norma de derecho fundamental. Este nexo de implicación puede comprenderse, en el caso colombiano, mediante algunos ejemplos:

3.3.1. En virtud del derecho a la libertad de conciencia.

La posición es la siguiente: El ciudadano es titular del derecho a objetar la prestación del servicio militar obligatorio por razones de conciencia.

3.3.2. En virtud del derecho al debido proceso.

La posición es la siguiente: La persona condenada por primera vez en segunda instancia o en sede de casación es titular del derecho a impugnar la sentencia.

3.3.3. En virtud del derecho a la libertad personal.

La posición es la siguiente: El testigo de una contravención es titular del derecho a no ser trasladado ante el jefe de policía a través de la fuerza.

De lo expuesto en el apartado segundo de este capítulo acerca de la estructura de los derechos fundamentales, puede llegarse a comprender mejor la forma en cómo el control de constitucionalidad de las leyes que intervienen estos derechos es ejercida por la Corte Constitucional, y las implicaciones que ello tiene en los principios de división de poderes, el principio democrático y el de primacía de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico, además de que otorga herramientas para el ejercicio interpretativo de la Corte en la solución de los casos que se someten a su estudio. Y muy importante, también es que esta clasificación nos aproxima a la necesidad de que la Corte Constitucional en sus sentencias de una

fundamentación correcta de la decisión tomada que vele por el respeto de los principios en juego.

Conclusiones al capítulo segundo.

Los derechos fundamentales como objeto de estudio del control constitucional de las leyes ejercido por la Corte, son derechos subjetivos con consagración constitucional y dotados de garantías reforzadas para su protección. Dichas calidades que hacen de un derecho subjetivo un derecho fundamental han sido desarrolladas principalmente en Alemania y España, pero han sido acogidas con ciertas matizaciones por el constituyente colombiano de 1991 y por la Corte Constitucional. Dentro de dichas matizaciones la Corte ha expresado que en Colombia no existe una lista taxativa de derechos fundamentales sino que por el contrario estos deben ser determinados en el caso en concreto y siempre que esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducido en un derecho subjetivo.

Estos derechos fundamentales que por regla general tienen consagración constitucional tienen una estructura consistente en disposiciones, normas y posiciones. Las disposiciones no generan mayor controversia al debate pues se limita sólo a aquello plasmado en la Constitución, no obstante, dada su redacción abstracta e indeterminada deben establecer que tipo normas pueden serle adscritas desde un parámetro de constitucionalidad. Estas normas adscritas son concretadas y actualizadas por la Corte Constitucional y el legislador respectivamente, pero como es normal en un Estado con división de poderes, las posturas tomadas por ambas instituciones pueden resultar contrarias, en el sentido que una norma actualizada por el legislador no se compagine con la norma concretada por la Corte Constitucional.

En ese caso prevalece la postura tomada por la Corte Constitucional como guardiana de la Constitución y sobre quien recae el estudio de las normas con validez definitiva. Pero como es normal en un Estado con división de poderes, la facultad de la Corte de dar validez definitiva a

las normas adscritas por ella concretadas aún cuando sean contrarias a la actualización hecho por el legislador, no es ilimitada y por tanto las decisiones así tomadas deben gozar de una fundamentación correcta. Este deber de fundamentación correcta y los parámetros para llegar a ella serán abordados con mayor claridad en el capítulo tercero de la obra.

Capítulo 3.

Los principios de proporcionalidad, razonabilidad y progresividad como criterios para valorar la corrección de las sentencias.

Introducción

La Corte Constitucional en el estudio de constitucionalidad de una ley que interviene los derechos fundamentales debe valorar la pluralidad de argumentos interpretativos que juegan a favor o en contra de la exequibilidad de la disposición legislativa y una vez toma una decisión tiene el deber constitucional de que la misma goce de una fundamentación correcta, a fin de que pueda ser aceptada como tal por la comunidad a la cual va dirigida.

Como se vio en precedencia, las disposiciones de derecho fundamental se caracterizan por ser abstractas e indeterminadas, lo que permite por vía interpretativa una multiplicidad de normas adscritas a dichas disposiciones. No obstante no todas las normas adscritas gozan de validez constitucional. Esta validez la otorga en última medida la Corte Constitucional con carácter definitivo en la decisión de exequibilidad de las normas actualizadas por el legislador y que son sometidas a su control.

Sin embargo las decisiones tomadas por la Corte no siempre representan casos de fácil solución dada esa misma multiplicidad de opciones que permiten las disposiciones de derecho fundamental redactadas de manera abstractas e indeterminadas y dado que la Corte tiene ese deber de fundamentación correcta en la toma de la decisión deberá acudir a criterios de interpretación que le permitan dotar a la decisión de esa pretensión de validez definitiva correcta.

La doctrina y la jurisprudencia de la Corte Constitucional han adoptado los criterios de interpretación como métodos de decisión en los procesos en que se estudian la exequibilidad de las normas que intervienen los derechos fundamentales, o que dicho de una forma más

específica, de las normas adscritas actualizadas por el legislador. Si bien existen múltiples criterios de interpretación, este escrito sostendrá la tesis de que son tres los más idóneos para realizar el estudio de constitucionalidad de las leyes que intervienen los derechos fundamentales, dado su carácter estructural que permite a la comunidad a la cual van dirigidos los fallos identificar los motivos expuestos por el juzgador y que por su parte dotan al juzgador de objetividad en la toma de la decisión. Estos criterios son los de razonabilidad, progresividad y proporcionalidad.

Este capítulo tiene entonces dos finalidades, la primera es exponer la idoneidad de los criterios de interpretación de proporcionalidad, razonabilidad y progresividad para la determinación de una decisión correctamente fundamentada proferida por la Corte Constitucional en el estudio de las normas adscritas actualizadas por el legislador y la segunda es analizar la manera en que dichos criterios han sido aplicados por parte de la Corte Constitucional Colombiana.

Para ello, se dividirá el presente capítulo en tres partes. La primera abordará el concepto de principio y su diferencia con las reglas y la implicación que dicha diferenciación tiene en la solución de los casos sometidos a la Corte Constitucional. La segunda explicará el contenido y estructura de los tres principios en estudio (proporcionalidad, razonabilidad y progresividad) en la jurisprudencia colombiana. Y por último la tercera realizará un balance jurisprudencial sobre la aplicación de estos tres principios en el estudio de constitucionalidad de las leyes, por parte de la Corte Constitucional, durante los años 2009 a 2017.

1. La diferencia entre Principios y reglas.

1.1. El debate Hart vs Dworking.

El debate Dworking - Hart sobre la diferencia entre reglas y principios se centra en la

problemática del derecho atinente a cómo resolver los casos difíciles que se le presenten a los jueces. Respecto de cuando podemos considerar que se está en presencia de un caso difícil (Rodríguez, 2005) se refiere: “En términos generales, un caso es difícil cuando los hechos y las normas relevantes permiten, por lo menos a primera vista, más de una solución.”. (p.68). Esta definición es importante, pues representa la dificultad que acarrea interpretar las disposiciones de derecho fundamental, las cuales permiten multiplicidad de normas adscritas y por tanto multiplicidad de posiciones respecto a si una norma adscrita actualizada por el legislador es constitucional.

Respecto de la problemática Hart - Dworking, (Rodríguez, 2005) expone la postura de Hart:

Cuando existe más de una posibilidad de solución en el caso concreto, el juez tiene discrecionalidad para escoger una de ellas. Esto sucede cuando las normas no sugieren al juez un resultado determinado, porque no existe una única regla relevante para el caso o porque la regla existente es vaga; por tanto, el juez (que no puede negarse a decidir argumentando incertidumbre), no descubre la solución en el derecho vigente, sino que la crea. (p 71).

Así para Hart, al no ser posible en los casos difíciles demostrar la existencia de una respuesta correcta, los jueces tienen discrecionalidad para elegir entre la multiplicidad de opciones, la que él mejor considere. No obstante, dicha discrecionalidad está circunscrita a la observancia del procedimiento judicial: oír a todas las partes involucradas en el procedimiento judicial, logrando así la imparcialidad. (Rodríguez, 2005).

Por su parte Dworking, siendo el mayor contradictor de la teoría Hartiana, critica en gran medida la discrecionalidad judicial para resolver los casos difíciles propuesta por Hart pues, en su pensar, dicha tesis dividiría el razonamiento judicial en dos fases: “en la primera, el juez

consulta los códigos y encuentra que no existe una norma que dicte un resultado claro; hecho esto, el juez deja a un lado sus códigos e inventa una solución por su propia cuenta.” (Rodríguez, 2005, pág. 75). Así para el autor en estudio la tesis expuesta por Hart no sería posible, por cuanto las normas a aplicar deben permear el proceso judicial desde el momento del planteamiento del caso hasta el de la redacción de la sentencia.

Esta discrecionalidad judicial, aduce Dworking, le otorga facultades legislativas a los jueces, violando con ello el principio fundamental de la democracia, y la soberanía popular, los cuales implican que las normas deben ser expedidas directamente por los ciudadanos o sus representantes. Es decir, se le otorga facultades legislativas a los jueces, por cuanto dicha postura le permite crear al juez una solución que no le otorgue el ordenamiento jurídico sino que nace de su discrecionalidad y con ello viola el principio democrático y de soberanía popular por cuanto cercena la facultad que tienen los ciudadanos de elegir democráticamente ya sea directamente en aquellos ordenamientos jurídicos que así los permiten o por medio de sus representantes, aquellas normas que han de regirlos.

Por lo anterior Dworking formula un modelo para la solución de casos difíciles en el contexto de un Estado democrático de derecho. Para el autor, en los eventos en que las reglas aplicables al caso no otorguen la solución correcta, el juez podrá acudir a los principios generales del ordenamiento. (Rodríguez, 2005).

Dworking diferencia entonces las reglas de los principios desde la solución que al caso concreto ofrece cada una. Así, las reglas son aplicables por completo o no son aplicables en absoluto. Serán aplicables cuando el supuesto de hecho contenido en ellas se realiza y cuando no se realiza pues no será aplicable. Los principios por el contrario no se aplican al todo o nada, sino que pueden concurrir dos al mismo tiempo, dado que la aplicación del uno sobre el otro, no

implica la derogatoria de su vigencia al interior del ordenamiento jurídico.

(Rodríguez, 2005) explica la diferencia entre principios y reglas propuesta por Dworkin desde dos aspectos: El primero desde el carácter conclusivo de las reglas y el no conclusivo de los principios. El segundo desde la dimensión de peso propia de los principios. Desde el primer aspecto aduce entonces (Rodríguez, 2005):

Las reglas operan dentro de un esquema de todo o nada: si se dan los hechos estipulados por una regla, o bien ésta es válida y, por tanto, el resultado que prevé debe ser alcanzado en el caso concreto; o bien es inválida y, por ende, no tienen ninguna incidencia en el caso. (p.49)

Así, si una norma establece la prohibición de fumar en clase y otra norma lo permite, es claro que habrá de aplicarse una sola de las dos, toda vez que la una no representa la excepción de la otra y por tanto deberá acudir el juez al criterio según el cual cuando una norma posterior en el tiempo es contraria a la anterior deberá aplicarse la posterior por considerarse la derogatoria tácita de la anterior. Por el contrario, los principios no se aplican al todo o nada, sino que dependiendo del caso en concreto habrá de determinarse su aplicación. Así a manera de ejemplo (Rodríguez, 2005) cita el siguiente:

EL principio según el cual el Estado garantiza las libertades de información y prensa no determina automáticamente que siempre se dé una situación en la que él esté en juego, el resultado debe ser su protección. En algunos casos constitucionales comunes a la jurisprudencia de tribunales de diferentes países, por ejemplo, el principio de libertad de prensa ha entrado en colisión con otros principios, como el derecho a la intimidad. Cuando el derecho de los medios de comunicación de informar a la sociedad acerca de la vida privada de un personaje público entra en conflicto con el derecho de éste y de su

familia a la intimidad, el juez puede impedir el ejercicio de la libertad de prensa. La inaplicación del principio de libertad de prensa en estas circunstancias, sin embargo, no implica que desaparezca del sistema jurídico, como sucede con las reglas que son derogadas por otras de contenido contrario; el principio conserva su vigencia y puede prevalecer en otros casos. (p. 49-50).

El segundo aspecto relativo a la dimensión de peso propia de los principios consiste en la necesidad de ponderar el valor de cada principio dependiendo de las circunstancias determinadas. (Rodríguez, 2005) lo explica de la siguiente manera:

La aplicación de los principios hace necesarios pesar o ponderar su valor relativo en unas circunstancias determinadas. El derecho a la intimidad, por ejemplo, prevalece sobre la libertad de prensa si, teniendo en cuenta todos los hechos y los datos jurídicos relevantes, su peso relativo es mayor que de ésta en el caso considerado.

Las reglas carecen de esta dimensión. Cuando dos reglas entran en conflicto, de acuerdo con lo expuesto anteriormente, no tiene sentido preguntarse cuál de las dos tiene mayor importancia en el caso. Las únicas preguntas que tienen sentido en este contexto son: ¿deroga una regla a la otra? y ¿es una regla una excepción de la otra? La respuesta afirmativa a una de las dos preguntas resuelve satisfactoriamente el problema. (p.51)

A manera de recuento, tenemos entonces que la diferenciación entre principios y reglas, en la teoría de Dworkin, surge de su crítica a la postura de Hart en lo relativo a la discrecionalidad judicial de los jueces para resolver los casos difíciles. En este sentido el aporte que presenta esta diferenciación al estudio de constitucionalidad de las leyes que regulan los derechos fundamentales es la idea de que en los asuntos de constitucionalidad en que el ordenamiento jurídico no otorgue una respuesta clara, y la disposición no esté redacta de manera tan concreta

que permita una solución fácil, tendrá el juez de constitucionalidad que acudir a los principios para solucionar el caso sometido a su estudio, y garantizar con ello la eliminación de todo tipo de imparcialidad que pueda recaer sobre la decisión y por tanto el aseguramiento de proferir una decisión correctamente fundamentada.

1.2. La tesis de Robert Alexy.

De la distinción hecha por Dworking entre reglas y principios para la solución de los casos difíciles; Robert Alexy retoma la distinción y la complementa, centrándose en la estructura normativa de los derechos fundamentales. (Alexy, 2002) define las reglas como “normas que contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctico y jurídicamente posible y que solo pueden ser cumplidas o no”. (p.86). Por su parte define los principios como “mandatos de optimización, que pueden ser cumplidos en diversos grados y que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. (p.86).

Así para el autor en comento, la diferencia entre principios y reglas “no es de grado”, en el sentido de que las reglas son menos generales que los principios; sino que la diferencia está en su aplicación. Así las reglas se aplican mediante la subsunción y los principios mediante la ponderación.

Alexy utiliza dicha diferencia para explicar la estructura de los derechos fundamentales, en el sentido de que las disposiciones de derecho fundamental estatuyen normas-reglas y normas-principios. Las normas como principios expresan “el deber ser ideal”, mientras que las reglas expresan las determinaciones de ese deber ser ideal, en el sentido de que permiten reconocer con claridad que comportamientos están ordenados, prohibidos y permitidos por los derechos fundamentales. (Alexy, 2002, pág. 133). Cuando las reglas no bastan para decidir el caso concreto, por cuanto no otorgan la solución, se deberá recurrir a las normas iusfundamentales,

pero interpretándolas y aplicándolas en forma de principios.

1.3.La implicación de la distinción entre reglas y principios en los criterios de proporcionalidad, razonabilidad, y progresividad.

(Alexy, 2002) expone en su teoría que “los principios iusfundamentales ordenan que su objeto normativo se realice en la mayor medida posible, habida cuenta de las posibilidades jurídicas y fácticas” (p.112). Así los principios de proporcionalidad, razonabilidad y progresividad como criterios hermenéuticos utilizados por la Corte Constitucional permiten determinar las posibilidades jurídicas y fácticas que juegan a favor o en contra de la realización en la mayor medida posible del objeto prescrito por una disposición iusfundamental cuando es restringida o limitada por el legislador por medio de la actualización de las normas adscritas a dicha disposición.

Igualmente, ahora en palabras de (Pulido, 2014), estos criterios “ayudan a decidir al juez de constitucionalidad si el favorecimiento de otros derechos fundamentales o bienes constitucionales por parte de la medida legislativa objeto de control, logra justificar la intervención que sufre el derecho fundamental afectado”. (p 740). En pocas palabras la función de estos criterios es la de determinar el contenido de las disposiciones de derecho fundamental con carácter de principio, vinculante para el legislador y estructurar el razonamiento realizado por la Corte Constitucional en la decisión adoptada a fin de que pueda gozar de una fundamentación correcta.

2. Significado, estructura y origen de los principios de proporcionalidad, razonabilidad y progresividad en Colombia.

Estos principios como criterios hermenéuticos orientadores de la actividad jurisprudencial de

la Corte Constitucional han sido acogidos por dicho tribunal desde sus primeras decisiones. Así, se han convertido herramientas auxiliares de obligatoria referencia para la determinación de la solución correcta en el caso concreto, especialmente, en aquellos en los que la decisión no es palmaria o evidente, sino que por el contrario, dada la multiplicidad de situaciones fácticas y jurídicas que presenta el caso sometido a decisión, ha debido la Corte acudir a ellas, como criterio de solución. No obstante, también ha habido eventos en los que la Corte debiendo acudir a estos criterios, ha omitido hacerlo, tornando los argumentos de la decisión en criterios subjetivos o de una imposible valoración objetiva por parte del observador (esta parte será explicada a mayor profundidad en el apartado tercero de este capítulo).

Para (Pulido, 2005), estos criterios cumplen dos funciones: “de un lado, son criterios orientadores mediante los cuales la Corte Constitucional intenta tomar decisiones correctas y adoptarlas correctamente; de otro lado, son criterios valorativos mediante los cuales la comunidad política y jurídica examina la corrección de dichas decisiones” (p. 61).

Cada principio, tiene una estructura propia y un ámbito de aplicación específico en el área de los derechos fundamentales, por lo que se expondrá cada uno por separado y en relación con el tipo de derechos fundamentales a los cuales va dirigido. Así, los principios de razonabilidad y progresividad se analizarán desde la aplicación que de los mismos ha hecho la Corte Constitucional, y el de proporcionalidad desde la exposición realizada por Pulido.

No obstante, debe hacerse la claridad de que en la exposición de los principios de razonabilidad y progresividad si bien se va a acudir a sentencias importantes que desarrollan el asunto, tales como sentencias fundadoras de línea, sentencias hito y sentencias confirmadoras de principio; no significa ello que se pretenda realizar una línea jurisprudencial, por cuanto tal construcción no es el objetivo principal de este apartado.

2.1.El principio de razonabilidad.

Este principio ha sido abordado por la Corte Constitucional desde dos aristas o acepciones. La primera señala el concepto de razonabilidad como una lógica con la cual se resuelven los asuntos. Para la Corte dicha lógica está fundada en la ponderación y superación de valores, razonamientos dialécticos y problemáticos que debe llevar al juez a inspirarse en la idea de equidad. (Corte Constitucional, 1994).

La segunda acepción en la que la Corte ha acogido el principio de razonabilidad ha sido en la aplicación del principio de igualdad en el ejercicio del llamado test de razonabilidad o juicio integrado de igualdad. Este concepto es el que interesa para los efectos del presente acápite por cuanto se constituye en el criterio hermenéutico utilizado por la Corte para resolver los casos bajo estudio y que implican una violación al derecho a la igualdad plasmado en el artículo 13 constitucional.

El principio de razonabilidad en palabras de (Ramirez, 2010) “tiene como finalidad saber si frente a un caso concreto acontece una discriminación o una diferencia de trato inconstitucional o no justificada” (p.189). El principio de igualdad por su parte establece que hay que tratar igual a lo igual, y desigual a lo desigual. No obstante dicha fórmula es insuficiente para determinar en una circunstancia concreta si la discriminación o diferencia de trato es inconstitucional o no justificada. Por ello, la Corte ha establecido el test de razonabilidad. El test de razonabilidad, es explicado por (Rodriguez, 1998):

Debe su nombre al hecho de que funciona como una evaluación judicial de la justificación de un acto que presuntamente vulnera el derecho a la igualdad. Dado que no todo trato igual está justificado y no todo trato desigual es injustificado, el juez debe examinar, a través del test, si el criterio que sustenta la igualdad o la desigualdad en cada

caso es constitucional o inconstitucional. En otras palabras, el test es un tamiz que permite distinguir los tratos iguales o diferentes que son conformes a la Constitución, de los tratos iguales o diferentes que son discriminatorios y, por tanto, inconstitucionales. Mientras que los primeros, de acuerdo con el lenguaje utilizado por la Corte, tienen una justificación objetiva y razonable, los segundos obedecen al capricho de las autoridades públicas o de los particulares. (p. 271).

La primera providencia en Colombia en acoger y aplicar el test de razonabilidad fue la sentencia T 422 de 1992. El asunto sometido a decisión era el de un trabajador del INDERENA que luego de haber ocupado el primer puesto en el concurso celebrado por la entidad para acceder al cargo de Almacenista del Proyecto Carare-Opón, la misma se negó a nombrarlo en el cargo (Corte Constitucional, 1992).

Esta providencia, luego de hacer una exposición de las implicaciones del principio de igualdad para las actuaciones de la administración, concluye que las diferenciaciones establecidas por las autoridades públicas deben estar objetiva y razonablemente justificadas y por tanto al no existir razones para otorgar un trato diferenciado al actor en lo referente al nombramiento del cargo, decidió amparar su derecho a la igualdad por encontrarse violentado por la entidad accionada.

Si bien esta sentencia, considerada fundadora de la línea, no desarrolla un test de razonabilidad que permita dar una estructura motivada a la decisión, si se convierte en el punto de partida para la evolución y aplicación del test en mención, y si bien fue hasta el año 1995 poco acogida por los demás magistrados de la Corte quienes utilizaban argumentaciones diversas a la razonabilidad; si hubieron dos magistrados: Eduardo Cifuentes en las sentencias y Alejandro Martínez quienes en las ponencias desarrolladas en las sentencias T 230 de 1994, T 288 de 1995

y C 530 de 1993, C 445 de 1995, respectivamente, acudieron a la razonabilidad e incidieron en el desarrollo del test.

Sería necesario entonces, esperar hasta el año 1996, con la sentencia C 022 de la Corte Constitucional, para que la corporación aceptara unánimemente una versión detallada de los elementos del test. Esta sentencia, cuyo magistrado ponente fue Carlos Gaviria Díaz se planteó como interrogante lo siguiente:

¿El beneficio otorgado a los bachilleres que presten el servicio militar y aspiren a ingresar a un centro de educación superior, consistente en un aumento del puntaje de las pruebas del ICFES, equivalente al 10% del puntaje obtenido, vulnera el derecho a la igualdad de los demás candidatos a ingresar a una institución de esa índole? (Corte Constitucional, 1996, numeral 6.2).

La Corte Constitucional, resolvió dicho problema jurídico formulando y aplicando el test de razonabilidad. Si bien los argumentos vertidos en la sentencia, son todos de una especial relevancia para el tema que nos ocupa, por efectos prácticos citaré los más importantes y que permiten entender la estructura del test de razonabilidad y la determinación de los casos en los cuales debe ser aplicado:

El “test de razonabilidad” es una guía metodológica para dar respuesta a la tercera pregunta que debe hacerse en todo problema relacionado con el principio de igualdad: ¿cuál es el criterio relevante para establecer un trato desigual? o, en otras palabras, ¿es razonable la justificación ofrecida para el establecimiento de un trato desigual?

Una vez se ha determinado la existencia fáctica de un tratamiento desigual y la materia sobre la que él recae, el análisis del criterio de diferenciación se desarrolla en tres etapas, que componen el test de razonabilidad y que intentan determinar:

- a. La existencia de un objetivo perseguido a través del establecimiento del trato desigual.
- b. La validez de ese objetivo a la luz de la Constitución.
- c. La razonabilidad del trato desigual, es decir, la relación de proporcionalidad entre ese trato y el fin perseguido.

El primer paso no reviste mayor dificultad, como quiera que puede llevarse a cabo a partir del solo examen de los hechos sometidos a la decisión del juez constitucional; se trata únicamente de la determinación del fin buscado por el trato desigual. El segundo paso, por el contrario, requiere una confrontación de los hechos con el texto constitucional, para establecer la validez del fin a la luz de los valores, principios y derechos consignados en éste. Si el trato desigual persigue un objetivo, y éste es constitucionalmente válido, el juez constitucional debe proceder al último paso del test, que examina la razonabilidad del trato diferenciado. Este es el punto más complejo de la evaluación, y su comprensión y aplicación satisfactoria dependen de un análisis (descomposición en partes) de su contenido.

En el caso concreto del principio de igualdad, el concepto de proporcionalidad significa, por tanto, que un trato desigual no vulnera ese principio sólo si se demuestra que es (1) adecuado para el logro de un fin constitucionalmente válido; (2) necesario, es decir, que no existe un medio menos oneroso, en términos del sacrificio de otros principios constitucionales, para alcanzar el fin; y (3) proporcionado, esto es, que el trato desigual no sacrifica valores y principios (dentro de los cuales se encuentra el principio de igualdad) que tengan un mayor peso que el principio que se quiere satisfacer mediante dicho trato. (Corte Constitucional 1996, numeral 6.3.3.).

La Corte, luego de aplicar el test de razonabilidad por ella formulado al caso concreto, llega a

la conclusión de que la disposición demandada es inconstitucional por cuanto establece una diferenciación irrazonable que no encuentra asidero válido en las disposiciones constitucionales y por tanto declara su inexecutableidad.

A partir de esta sentencia, considerada hito consolidadora de línea, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, comenzó a acoger con mayor intensidad el test de razonabilidad, lo que conllevó a que la mayoría de los casos referentes a una violación del principio de igualdad, fueran resueltos a través de la aplicación del test.

Puede decirse que el test de razonabilidad ha sido acogido en Colombia, como una mixtura proveniente del test de razonabilidad europeo acogido por la Corte Europea de Derechos Humanos y del test acogido por la Corte Suprema de los Estados Unidos.

Respecto de los elementos característicos del test europeo (Rodríguez, 1998) expone: “para que un trato diferente no sea discriminatorio, debe tener una justificación objetiva y razonable, lo que a su vez significa que debe cumplir dos requisitos: 1) perseguir un fin jurídicamente permitido; 2) ser proporcional a dicho fin”. (p. 275).

Por su parte el test acogido por la Corte Suprema de Estados Unidos, a diferencia del test europeo, ha desarrollado tres niveles distintos de intensidad con que debe desarrollarse el mismo, que implican un grado diverso de severidad en el juicio constitucional de la igualdad. Dichos niveles son débil, intermedio e intenso o fuerte y la escogencia para la aplicación de uno de ellos, proviene del ámbito normativo en el cual ha de ejercerse el control constitucional, dependiendo de la libertad de configuración normativa que le otorgue la constitución al legislador.

Esta mixtura propia del modelo colombiano, que pretende acoger los modelos europeo y norteamericano, fue expuesta con mayor nitidez en la sentencia C 093 DE 2001, en la cual la Corte una vez más procedió a unificar los diferentes parámetros del test de razonabilidad que

venían siendo aplicados por la corporación a partir de la sentencia C 022 de 1996 y para ello partió de la aplicación del test europeo y norteamericano, integrando ambos, en la que la Corte denominó juicio integrado de igualdad.

La sentencia C 093 de 2001, constituye sentencia hito reconceptualizadora de línea, en la definición de los elementos del test de razonabilidad, toda vez que las sentencias que le siguen y han aplicado el test, han acudido a los parámetros allí establecidos. Dicha providencia cuyo magistrado ponente fue Alejandro Martínez Caballero tuvo como problema jurídico determinar si la exigencia de que los padres adoptantes tengan una edad mínima de 25 años vulnera o no el derecho a la igualdad y a constituir una familia, o si por el contrario ese requisito se ajustaba a los preceptos constitucionales. (Corte Constitucional, 2001)

La Corte para resolver el caso en comento, una vez más acudió al test de razonabilidad, sólo que esta vez adoptó un juicio de intensidad con el que abordaría el problema planteado. Sobre dicho punto, partió de las críticas que ha hecho la doctrina en contra de la posibilidad de que un juez no decida todos los casos con la misma intensidad y procedió a explicar porque dichas posturas no le eran de recibo. Al respecto adujo textualmente la Corte:

Ahora bien, la posibilidad de realizar análisis de constitucionalidad de distinta intensidad ha sido cuestionada por algunos analistas, que consideran que esa metodología implica que el juez constitucional renuncia a ejercer sus responsabilidades pues, al realizar un escrutinio suave o intermedio, esta Corporación estaría, en ciertos casos, permitiendo que regulaciones levemente inconstitucionales se mantuvieran en el ordenamiento. Según estas perspectivas, el control constitucional debe ser siempre estricto y fuerte, pues la Corte tiene como función garantizar la integridad y supremacía de la Carta en todos los ámbitos (CP art 241), por lo cual debe, en todos los casos, garantizar que las normas

revisadas se ajusten, en forma estricta, a los postulados y mandatos constitucionales, ya que la Constitución es norma de normas (CP art 4°).

La Corte considera que esa posición es respetable pero que no es de recibo, ya que parte de un equívoco conceptual, puesto que confunde la flexibilidad del escrutinio constitucional con una erosión de la supremacía constitucional y un abandono por parte del juez constitucional de sus responsabilidades. Sin embargo la situación es muy diferente: es la propia Constitución la que impone la obligación al juez constitucional de adelantar, en ciertos casos y materias, un escrutinio constitucional más dúctil, precisamente para respetar principios de raigambre constitucional, como la separación de poderes, la libertad de configuración del Legislador, la participación democrática, el pluralismo y la autonomía de los particulares. (Corte Constitucional, 2001, numeral 9)

Para resolver el caso concreto, la Corte concluyó que debía acudir a un juicio flexible o débil, por cuanto la edad no constituye una categoría sospechosa de discriminación y la norma establece un mínimo de edad y no un máximo. Así una vez aplicado el test integrado de igualdad, la Corte concluyó que la medida era idónea, legítima y proporcional por lo que declaró la exequibilidad de la norma demandada.

Esta sentencia no obstante ser reconceptualizadora de línea y haber establecido la necesidad de aplicar un test de razonabilidad estricto, intermedio o débil, de acuerdo a las circunstancias particulares de cada caso, no estableció las reglas en cuanto a que casos particulares se debía aplicar la correspondiente intensidad, por lo que de alguna forma el test seguía incompleto.

Así las cosas, dichas reglas son establecidas tan solo 5 meses después en la sentencia C 673 de 2001 de la Corte Constitucional. Esta sentencia de tipo dominante, cuyo magistrado ponente fue Manuel José Cepeda Espinosa tuvo como problema jurídico determinar si era

inconstitucional extender a los educadores privados la aplicación de las normas sobre escalafón nacional docente, capacitación y asimilaciones de los docentes oficiales. (Corte Constitucional, 2001).

La sentencia, respecto del test débil, estableció lo siguiente:

El test leve se limita a establecer la *legitimidad* del fin y de la medida, debiendo ésta última ser, además, adecuada para alcanzar el fin buscado. En consecuencia, la Corte se limita cuando el test es leve, por una parte, a determinar si el fin buscado y el medio empleado no están constitucionalmente prohibidos y, por otra, a establecer si el medio escogido es *adecuado*, esto es, es idóneo para alcanzar el fin propuesto. (...)

La intensidad leve como punto de partida del test de razonabilidad tiene como fundamento el principio democrático, así como la presunción de constitucionalidad que existe sobre las decisiones legislativas. La aplicación ordinaria de un test leve en el análisis de razonabilidad tiene como finalidad exigir que el legislador no adopte decisiones arbitrarias y caprichosas sino fundadas en un mínimo de racionalidad. (..)

En diversas hipótesis la Corte ha optado por aplicar un test leve de razonabilidad, como por ejemplo en ciertos casos que versan exclusivamente sobre materias 1) económicas, 2) tributarias o 3) de política internacional, sin que ello signifique que el contenido de una norma conduzca inevitablemente a un test leve. Por ejemplo, en materia económica una norma que discrimine por razón de la raza o la opinión política sería claramente sospechosa y seguramente el test leve no sería el apropiado. Lo mismo puede decirse, por ejemplo, de una norma contenida en un tratado que afecta derechos fundamentales. (...)

(Corte Constitucional, 2001, numeral 7.2).

Respecto del test estricto de razonabilidad, se pronunció:

La Corte ha aplicado un test estricto de razonabilidad en ciertos casos, como por ejemplo 1) cuando está de por medio una clasificación sospechosa como las enumeradas en forma no taxativa a manera de prohibiciones de discriminación en el inciso 1º del artículo 13 de la Constitución; 2) cuando la medida recae principalmente en personas en condiciones de debilidad manifiesta, grupos marginados o discriminados, sectores sin acceso efectivo a la toma de decisiones o minorías insulares y discretas; 3) cuando la medida que hace la diferenciación entre personas o grupos *prima facie* afecta gravemente el goce de un derecho constitucional fundamental; 4) cuando se examina una medida que crea un privilegio.

Con respecto al test estricto de razonabilidad, los elementos de análisis de la constitucionalidad son los más exigentes. El fin de la medida debe ser legítimo e importante, pero además *imperioso*. El medio escogido debe ser no sólo adecuado y efectivamente conducente, sino además *necesario*, o sea, que no pueda ser remplazado por un *medio alternativo menos lesivo*. Adicionalmente, el test estricto es el único que incluye la aplicación de un juicio de proporcionalidad en sentido estricto. El juicio de *proporcionalidad en sentido estricto* es el cuarto paso del test estricto de razonabilidad. Este exige que los beneficios de adoptar la medida excedan claramente las restricciones impuestas sobre otros principios y valores constitucionales por la medida. (Corte Constitucional, 2001, numeral 7.2).

Por último en cuanto al test intermedio de razonabilidad, así se refirió la corporación:

Un test menos intenso – llamado test intermedio – también ha sido empleado por la Corte para analizar la razonabilidad de una medida legislativa, en especial 1) cuando la medida puede afectar el goce de un derecho constitucional no fundamental, o 2) cuando existe un

indicio de arbitrariedad que se refleja en la afectación grave de la libre competencia.

Por su parte, el test intermedio involucra elementos más exigentes de análisis que el test leve. Primero, se requiere que el fin no sólo sea legítimo sino también constitucionalmente importante, en razón a que promueve intereses públicos valorados por la Carta o en razón a la magnitud del problema que el legislador busca resolver. Segundo, se exige que el medio, no solo sea adecuado, sino efectivamente conducente a alcanzar el fin buscado por la norma sometida a control judicial. (Corte Constitucional, 2001, numeral 7.2).

La Corte descendiendo al caso de estudio, decidió aplicar el test intermedio de razonabilidad bajo el argumento de que las normas acusadas podrían afectar el goce de diversos derechos constitucionales fundamentales, entre ellos varios derechos de libertad, y una vez aplica el test integrado de razonabilidad, llega la conclusión de que las normas en estudio eran constitucionales.

Por último, la más reciente sentencia de la Corte Constitucional, en la que decidió el caso bajo estudio aplicando el test de razonabilidad y que constituye sentencia confirmadora de principio, fue la C 225 de 2017, cuyo magistrado ponente fue Alejandro Linares Cantillo. En dicha ocasión le correspondió al tribunal resolver si la presunción de inocencia, prevista en el artículo 29 de la Constitución Política, era desconocida por la presunción de dolo y culpa que, en los procesos únicos de policía por afectaciones al ambiente, al patrimonio ecológico y a la salud pública, introduce la Ley 1801 de 2016. (Corte Constitucional, 2017).

En dicha oportunidad, la Corte aplicó un test estricto de razonabilidad por cuanto la medida legal bajo estudio se trataba de una afectación directa al goce de uno de los elementos del derecho fundamental al debido proceso. Para la corporación la medida legislativa persigue un fin

imperioso cual es la búsqueda de un medio ambiente sano, es conducente por cuanto permite que se llegue a la verdad más fácilmente, no existe una medida menos restrictiva del derecho a la presunción de inocencia, que revista igual grado de efectividad y es proporcional en sentido estricto por cuanto es mayor el beneficio obtenido que el sacrificio generado, por lo que procedió a declarar la exequibilidad de las disposición legal demandada. (Corte Constitucional, 2017).

Como puede verse del recuento jurisprudencial hecho en precedencia, la Corte desde sus inicios ha acudido a la razonabilidad para resolver aquellos casos difíciles por medio de los cuales las leyes han restringido derechos fundamentales, especialmente el de la igualdad, por lo que la corporación ha procedido a formar una línea sólida de decisión en la que ha pretendido aplicar de manera uniforme los elementos del test de razonabilidad que ella misma ha establecido. De igual manera la Corte Constitucional consciente de su deber de fundamentación correcta de las decisiones a su cargo ha pretendido que el mismo sea aplicado de manera reiterada y uniforme en sus sentencias.

2.2.El test de progresividad.

El principio de progresividad propiamente dicho, tiene su origen en la concepción que de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) implementó el Estado Social de Derecho y los tratados de derechos humanos en la materia adoptados por Colombia. Así, si antes de la implementación del Estado Social de Derecho, los DESC no contenía derechos sino aspiraciones, los jueces no tenían competencia para tomar decisiones respecto de los recursos estatales y los derechos se entendían únicamente en razón de la ley; ahora bajo este tipo de Estado el impacto económico para la protección de estos derechos, no es argumento válido para su violación, son exigibles judicialmente y el Estado está obligado a ser progresivo y no regresivo en su implementación.

Estos derechos, al inicio de la vigencia de la Constitución de 1991, se entendían como derechos de tercera categoría o de poca importancia, lo que implicaba no contar con los mecanismos de protección reforzada con los que contaba los derechos catalogados en el capítulo de derechos fundamentales de la carta. No obstante la Corte Constitucional bajo su concepción de lo que constituye un derecho fundamental, ha reconocido derechos propios de la categoría de los DESC, como tales, abandonando incluso teorías como las de la conexidad en virtud de la cual un derecho perteneciente a los DESC puede ser protegido vía tutela sólo si asegura la protección de un derecho fundamental. Así, derechos como la salud, la seguridad social, la vivienda digna, han sido reconocidos en ciertos eventos como derechos fundamentales en sentido estricto y por tanto la Corte los ha dotado de los mecanismos de protección reforzada, tales como la tutela, la protección de su núcleo esencial, su aplicación directa, entre otros.

Este principio, como ya se dijo, además de haber sido acogido en Colombia en virtud del modelo de Estado Social de derecho, también lo ha sido por las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos contraídas por el Estado colombiano. Así, el artículo 2.1 del PIDESC, adoptado por el Estado colombiano mediante la ley 74 de 1968, consagra que cada uno de los Estado parte se compromete a adoptar medidas hasta el máximo de los recursos de que disponga para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos en el tratado reconocidos.

El artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos adoptada en Colombia mediante la ley 16 de 1972 dispone igualmente que los Estados partes se comprometen a adoptar providencias, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, en la medida de los recursos disponibles, por vía

legislativa u otros medios apropiados.

Igualmente, el mandato de progresividad fue consagrado en la carta de 1991 en su artículo 48 inciso tercero que dispone que el Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley.

Así la jurisprudencia de la Corte Constitucional consciente de la existencia de este principio, le ha dado aplicación práctica en las decisiones de constitucionalidad de las normas en materia de seguridad social. No obstante el desarrollo del test de progresividad y no regresividad como criterio hermenéutico para la determinación de si una norma es o no contraria al principio de progresividad, no fue temprana.

La sentencia fundadora de línea del test de progresividad y no regresividad fue la sentencia C 251 de 1997 cuyo objeto de estudio fue la constitucionalidad de la ley 319 de 1996, por medio de la cual se aprobaba el protocolo adicional a la convención americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales.

En dicha ocasión, la Corte Constitucional se refirió a las implicaciones del principio de progresividad consagrado en los artículos 1 y 2 del pacto de San Salvador, de una manera general, concluyendo respecto de su contenido que i) El Estado no puede demorar la toma de medidas necesarias para hacer efectivos los derechos sociales ii) los derechos sociales no siempre implican prestaciones positivas del Estado, sino que en algunas ocasiones también prescriben deberes de abstención como por ejemplo el derecho de sindicalización de los trabajadores, que implica que el Estado debe abstenerse de interferir en el goce de este derecho y finalmente que iii) el deber de realización progresiva de los derechos sociales prestacionales implica que puede haber violación de los mismos por omisiones o actuaciones insuficientes por

parte del Estado. (Corte Constitucional, 1997)

Posteriormente la sentencia C 671 del año 2002, se convierte en sentencia hito, pues estableció la consecuencia inmediata del principio de progresividad, cual es la presunción de inconstitucionalidad de toda medida legislativa que implementara un retroceso en la prestación de un servicio previamente estipulado por el legislador. Dicha sentencia tenía como problema jurídico determinar si violentaba el principio de progresividad y no regresividad el hecho de que un grupo social, que ya era beneficiario de un sistema especial de seguridad social en salud, deje de serlo, sin que la ley garantice que esas personas queden cubiertas por otro sistema de seguridad social en salud. Así se refirió al respecto:

Para la Corte el principio de progresividad implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección, la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos sociales se ve menguada, al menos en un aspecto: todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado debe presumirse en principio inconstitucional, y por ello está sometido a un control judicial estricto. Para que pueda ser constitucional, las autoridades tienen que demostrar que existen imperiosas razones que hacen necesario ese paso regresivo en el desarrollo de un derecho social prestacional. (Corte Constitucional, 2002, numeral 13).

Así las cosas, en dicha ocasión, una vez la Corte analizó si la medida adoptada por el legislador era acorde con el principio de progresividad, encontró que si bien la medida perseguía propósitos constitucionales legítimos, como es proteger la especialidad y viabilidad financiera del SSMP, la misma era desproporcionada por implicar un retroceso en la protección del derecho a la salud de un grupo de la población, por lo que procedió a declarar la exequibilidad condicionada de la norma en estudio.

A partir de dicha sentencia, la labor interpretativa de la Corte empieza a encaminarse hacia un control estricto en el estudio de constitucionalidad de toda ley que conlleve a un retroceso en el nivel de protección hasta el momento alcanzado y si bien en algunas sentencias el parámetro de constitucionalidad de la ley era estudiado a través del test de razonabilidad por violación al principio de igualdad, la jurisprudencia tendió cada vez más a implementar parámetros propios para estudiar la constitucionalidad de la ley por violación del principio de progresividad.

Luego de dicha sentencia, la Corte profiere en el año 2012, una sentencia de constitucionalidad en la cual se encargó de establecer los parámetros integrantes del test de progresividad. Se trata de la sentencia C 536 de 2012, en cuya ocasión correspondía a la Corte determinar si la reducción de construcción de viviendas de interés social por parte del gobierno para personas en situación de discapacidad desconocía el principio de progresividad.

La Corte identificó entonces los tres elementos básicos del test. El primero es identificar si la medida regresiva, el segundo es establecer, si la medida siendo regresiva afecta los contenidos mínimos intangibles de los derechos sociales y el último es que afectando dichos contenidos la medida esté justificada. Así se refirió la Corporación:

El primero de estos elementos implica que el estudio de constitucionalidad de la disposición objeto de controversia no se pueda adelantar si la medida objeto de control no es regresiva. La regresividad, en palabras de la Corte, requiere que la disposición demandada modifique las condiciones normativas que le preexisten. Esto se da cuando: (i) se reduce el radio de protección de un derecho social, (ii) se disminuyen los recursos públicos invertidos en su satisfacción, (iii) aumenta el costo para acceder al derecho, o en términos generales, (iv) la disposición retrocede, por cualquier vía, el nivel de satisfacción de un derecho social.

Una vez establecido el carácter regresivo de la medida de la disposición demandada, la Corte debe examinar si ésta no desconoce los contenidos mínimos intangibles de los derechos sociales. No existen reglas generales en los tratados internacionales, ni en la Jurisprudencia de esta Corte que precisen cuál es el contenido mínimo intangible de los derechos sociales. Este análisis debe hacerse caso por caso, consultando la naturaleza de cada derecho, las garantías reconocidas por los tratados internacionales que los desarrollan, la doctrina del Comité para la vigilancia del PIDESC y, sobre todo, el régimen constitucional de cada uno de ellos.

Finalmente, el tercer elemento del test es la justificación de la medida regresiva que pesa sobre el Legislador al momento de tomarlas. El método adoptado para determinar la justificación de las medidas es el del principio de proporcionalidad. En la aplicación de este método la Corte exige que el Legislador demuestre que, con la medida restrictiva, persigue una finalidad constitucionalmente imperiosa, que es adecuada y necesaria y que es estrictamente proporcional en términos costo beneficio. (Corte Constitucional, 2012, numeral 9).

Esta sentencia, que constituye sentencia hito consolidadora de línea, enumera entonces los tres elementos del test de progresividad para las medidas adoptadas por el legislador y que se consideren regresivas en materia de los DESC. Obsérvese con especial importancia, que la Corte adoptó como uno de los elementos de dicho test, el de proporcionalidad, al igual que lo adoptó en el de razonabilidad. Este aspecto es importante, por cuanto, tal como se verá más adelante, el principio de proporcionalidad constituye el criterio interpretativo más idóneo, dado su carácter estructural, para la adopción de decisiones correctamente fundamentadas en materia de control de las leyes que regulan los derechos fundamentales.

Por último, la sentencia más reciente que la Corte Constitucional ha proferido sobre el tema, y que constituye sentencia hito reconceptualizadora de línea, ha precisado aún más los elementos del principio de progresividad y ha catalogado a la no regresividad como una regla. Esta sentencia, la C 115 de 2017, la cual tuvo por problema jurídico determinar si la adopción de medidas de fomento destinadas a la creación de empresas por parte de jóvenes menores de 28 años, por parte del gobierno nacional, vulneraba, entre otros, el principio de progresividad en la efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales, al prescindir del cumplimiento de dicho mandato respecto de las personas mayores de 28 años, precisó lo siguiente:

El ámbito de aplicación del principio de progresividad no se limita a los derechos sociales, económicos y culturales, sino que tiene un espectro más amplio que se predicaba del contenido prestacional de cualquier derecho constitucional. 14.

A pesar de que en ocasiones la jurisprudencia de la Corte ha utilizado la expresión “*principio de progresividad y no regresión*”, el que implicaría que la no regresión también es un principio, la jurisprudencia más reciente se ha referido al principio de progresividad y a la regla de no regresión, como categorías jurídicas distintas: un principio y una regla, aunque estrechamente vinculadas. Se trata de una relación de género a especie, en la que la prohibición no absoluta de regresión (regla) es una de las manifestaciones del principio de progresividad. (Corte Constitucional, 2017, numeral 14).

Esta diferenciación entre el estudio de constitucionalidad con base en el principio de progresividad y la regla de no prohibición es expuesta por la Corte de la siguiente manera:

El juzgamiento de la constitucionalidad de una medida considerada como contraria al principio de progresividad requiere determinar: (i) la satisfacción inmediata de niveles mínimos de protección; (ii) el deber de observar el principio de no discriminación en todas

las medidas o políticas destinadas a ampliar el rango de eficacia de un derecho; (iii) la obligación de adoptar medidas positivas, deliberadas, y en un plazo razonable para lograr una mayor realización de las dimensiones positivas de cada derecho, razón por la cual la progresividad es incompatible, por definición, con la inacción estatal; y (iv), la prohibición de retroceder por el camino iniciado para asegurar la plena vigencia de todos los derechos.

Por consiguiente, para determinar la constitucionalidad de una medida regresiva, ésta debe reunir las siguientes características, que componen el juicio de no regresión: es necesario que la medida (i) persiga una finalidad constitucionalmente imperativa; (ii) que el instrumento utilizado para alcanzar ese fin sea ciertamente idóneo; (iii) que la medida sea necesaria, es decir, que no existan otros medios menos regresivos para alcanzar ese fin; y (iv) que la medida sea proporcional en sentido estricto, sin afectar, no obstante, el núcleo mínimo del derecho en cuestión. Al enfrentarse a una presunción de inconstitucionalidad, la carga de probar estos elementos recae sobre el Estado. (Corte Constitucional, 2017, numeral 19).

Así, con esta sentencia, la más reciente proferida por la Corte, se sienta de manera definitiva el balance jurisprudencial que sobre el test de progresividad y no regresividad ha manejado la corporación, en el estudio de las normas sobre derechos fundamentales, especialmente los derechos sociales económicos y políticos, cuando estos han sido intervenidos por el legislador, dotando dichas intervenciones regresivas de una presunción de inconstitucionalidad de las medidas regresivas.

2.3.El principio de proporcionalidad.

El principio de proporcionalidad ha sido definido por la Corte Constitucional como “un criterio de interpretación constitucional que pretende impedir los excesos o defectos en el

ejercicio del poder público, como una forma específica de protección o de realización de los derechos y libertades individuales” (Corte Constitucional, 2009, numeral 6).

Este principio a diferencia de los criterios anteriores, no será abordado desde la exposición de la sentencias de la Corte Constitucional colombiana que lo han aplicado, pese a ser muchas las providencias que se han encargado de exponer y delimitar el tema, sino que, para la explicación de este principio, se partirá de la formulación teórica que del mismo ha hecho el colombiano Carlos Bernal Pulido, uno de los autores que más empeño han puesto en el estudio y aplicación del mismo.

A partir de su obra, el autor ha sistematizado las diversas implicaciones que trae el principio de proporcionalidad en el campo de los derechos fundamentales, y ha puesto su estudio al servicio de la defensa este principio como un criterio correcto para la fundamentación de las decisiones proferidas por los tribunales constitucionales en el estudio de las intervenciones que sobre los derechos fundamentales haga el legislador.

Así, respecto de cómo debe entenderse el principio de proporcionalidad (Pulido, 2014), se refiere:

En el Estado constitucional los ciudadanos gozan de una libertad y de unos derechos fundamentales prima facie, anteriores a cualquier concesión o restricción del poder político. Estos derechos, no obstante, pueden ser restringidos por el Estado, a partir del acto fundacional de la sociedad civil, por cuanto la finalidad de la fundación de dicha sociedad radica precisamente en la armonización del ejercicio de los derechos de los distintos titulares, por medio de reglas jurídicas, para superar la situación de caos que produce la libertad absoluta. La sociedad civil reemplaza la ley del más fuerte por la ley jurídica. Con todo, las restricciones que el Estado, en nombre de la sociedad civil, impone

a los derechos fundamentales también están sujetas a ciertas restricciones.

El principio de proporcionalidad es la más significativa de estas restricciones. Según este principio, en el Estado constitucional no puede valer cualquier restricción a los derechos fundamentales sino sólo aquellas restricciones que sean: idóneas para contribuir a la obtención de cierto fin legítimo; necesarias, es decir las más benignas entre todos los medios alternativos que gocen de por lo menos la misma idoneidad para conseguir la finalidad deseada; y proporcionales en estricto sentido, es decir, aquéllas que logren un equilibrio entre los beneficios que su implementación representa y los perjuicios que ella produce. De esta manera, el principio de proporcionalidad es la restricción de la restricción, el límite de los límites a los derechos fundamentales, el criterio que condiciona la validez de los límites que el Estado impone a los derechos fundamentales. (p. 81-82).

Así de la definición que nos trae el autor en comentario, tenemos que el principio de proporcionalidad es el límite que encuentra la potestad configurativa del legislador, y con ello el límite que encuentra el principio democrático defendido en el Estado constitucional, según el cual cada ciudadano delega en sus representantes la decisión sobre el contenido y alcance de sus derechos, especialmente aquellos de suma importancia para la humanidad: los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad tiene tres elementos que componen su estructura: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, los cuales se convierten en un test por medio del cual la Corte Constitucional puede fundamentar correctamente sus fallos, y los ciudadanos a los cuales van dirigidos dichas providencias pueden valorar si dicha fundamentación es correcta.

Igualmente, el principio de proporcionalidad, además de ser límite a la libertad de

configuración legislativa, es el principal criterio de valoración de la Corte Constitucional en la intervención del legislador en los derechos fundamentales, y por tanto en virtud de su deber de fundamentación correcta, deberá acudir a este criterio para la motivación de sus decisiones, pero diferenciando aquellos eventos en los cuales está en juego medidas discriminatorias o que atenten contra derechos económicos, sociales y culturales, casos en los cuáles habrá de recurrir a los test de razonabilidad o de progresividad y no regresividad respectivamente, que si bien tienen a la proporcionalidad como elemento, dada la especificidad de su campo de acción, están acompañados de otros elementos adicionales establecidos por la Corte Constitucional.

El principio de proporcionalidad como criterio para valorar la corrección de las sentencias de la Corte Constitucional, no ha estado exento de críticas por parte de ciertos autores que ven en el mismo un criterio irracional y subjetivo para camuflar las opiniones personales de los jueces sobre el asunto que deciden.

Pulido se ha encargado de recopilar estas críticas, valorarlas y refutarlas, con la finalidad siempre de defender la eficacia de este principio para dar corrección a las sentencias de constitucionalidad que deciden sobre las leyes que intervienen los derechos fundamentales. Además, el autor ha expuesto porque el principio de proporcionalidad es más adecuado para la fundamentación correcta de las sentencias que concretan las normas adscritas, a diferencia de los demás criterios acogidos por la doctrina, especialmente los de las teorías materiales de derechos fundamentales (Pulido, 2014).

Desarrollaré esta idea entonces con la exposición de las cuatro críticas más relevantes que ha enfrentado el principio de proporcionalidad y una vez culminada dicha exposición, haré una breve explicación de las teorías materiales de derechos fundamentales como criterios alternativos para la fundamentación de las decisiones de la Corte Constitucional y explicaré sus falencias.

2.3.1. Primera crítica.

La primera crítica que enfrenta la aplicación de este principio por parte de la Corte Constitucional es la carencia de puntos de referencia para la aplicación del principio de proporcionalidad. Dicha crítica en palabras de (Pulido, 2014) consiste:

El principio de proporcionalidad produce una ampliación desmedida e inconveniente de la competencia del Tribunal Constitucional. Cuando el Alto Tribunal lo aplica, implícitamente se reviste a sí mismo de la competencia para establecer el significado, el contenido y el alcance que cada uno de los subprincipios de la proporcionalidad debe cobrar en el caso concreto. Dicho de otro modo, el principio de proporcionalidad extiende la competencia del Tribunal para sopesar los derechos o bienes en conflicto y lo faculta también para establecer en cada caso, cuáles son los criterios mediante los que debe decidirse la ponderación y mediante los cuales se debe definir, si una intervención legislativa debe considerarse idónea y necesaria. (p.204)

Para Pulido, el problema que subyace a esta crítica, consiste en determinar, si es posible reconocer, reconstruir y enunciar, mediante criterios racionales y generalizables, los argumentos que subyacen a la aplicación de los subprincipios de proporcionalidad. (Pulido, 2014, pág. 205). El autor ante la crítica expone que la carencia de objetividad o de racionalidad absoluta no se presenta sólo cuando se aplica el principio de proporcionalidad sino incluso en aquellos eventos en que se aplican criterios alternativos al principio de proporcionalidad.

Así para el autor el problema no consiste en indagar si la aplicación del principio de proporcionalidad puede sustentarse en argumentaciones que la hagan objetiva, sino, si mediante la aplicación de dicho principio puede alcanzarse una mayor racionalidad relativa, en comparación con aquélla que se logra cuando se aplican los criterios alternativos. (Pulido, 2014,

pág. 211).

Así, continúa el autor, a diferencia de los demás criterios utilizados por el Tribunal Constitucional, los subprincipios del principio de proporcionalidad se ofrecen a la opinión pública y a los interlocutores políticos y jurídicos del Tribunal Constitucional como instrumentos de control que la teoría jurídica pone a disposición de la crítica social, de las leyes y del ejercicio de la Jurisdicción Constitucional dado el carácter estructurado en que se presentan. (Pulido, 2014, pág. 211).

2.3.2. Segunda crítica.

Es reseñada por (Pulido, 2014) como “la falta de claridad conceptual del principio de proporcionalidad” (p.220.). Según esta crítica el principio no establece qué es lo proporcionado ni lo desproporcionado por lo que la definición de dichos términos se convierte en un misterio. Así expone la crítica (Pulido, 2014): “La capacidad de determinar cómo ha de definirse lo idóneo, lo necesario y lo proporcional, queda otorgada entonces al juez que aplica el principio, a quien por consiguiente se le abre un amplísimo horizonte para desplegar su subjetividad.” (p.220).

Pulido expone ante dicha crítica que el principio de proporcionalidad, a diferencia de los criterios alternativos, es aquel cuya estructura puede comprenderse con mayor claridad, pues dado precisamente su carácter estructural, el principio de proporcionalidad puede operar como criterio para la fundamentación y concreción de las normas adscritas, mientras que los demás criterios, especialmente los de las teorías materiales de los derechos fundamentales, dada la pluralidad de ideologías existentes en la sociedad, entran frecuentemente en colisiones que no pueden resolverse sin la mediación de criterios estructurales. (Pulido, 2014, pág. 223).

2.3.3. Tercera crítica.

El tercer argumento en contra de la aplicación del principio de proporcionalidad es el relativo a la inconmensurabilidad, el cual es explicado por (Pulido, 2014) como la irracionalidad que conlleva su aplicación puesto que “trata de comparar dos magnitudes, que a causa de sus radicales diferencias, no son susceptibles de comparación.” (p. 226). Consiste este argumento en que el principio de proporcionalidad no otorga un criterio objetivo para establecer si el menoscabo del derecho fundamental se compensa por las ventajas que ofrece la medida restrictiva, es decir, no se dispone de una medida preestablecida para precisar cuáles de los derechos fundamentales o bienes en conflicto debe prevalecer en cada situación. (Pulido, 2014, pág. 226).

Para (Pulido, 2014), “la inconmensurabilidad es un problema filosófico que afecta a todo tipo de decisiones prácticas en las que juegan diversos argumentos a favor y en contra de las diferentes hipótesis de solución”. El principio de proporcionalidad, debe decirse, no reviste por sí mismo la capacidad suficiente para superar este problema, especialmente en los casos difíciles de derecho fundamental. Sin embargo no es el principio bajo estudio la causa de la inconmensurabilidad, sino que dicho fenómeno se debe a “la concurrencia de disímiles valoraciones ideológicas acerca de los bienes en conflicto y de su importancia en el caso concreto. (Pulido, 2014, pág. 228).

Así, en cambio a lo expuesto por la crítica, lo que el principio de proporcionalidad hace es tomar el problema de la inconmensurabilidad y ofrecer un procedimiento idóneo para solucionar el conflicto entre la pluralidad de argumentos que juegan a favor y en contra de las específicas hipótesis de decisión dado que mediante su criterio estructural para la fundamentación y concreción de las normas adscritas ofrece la mayor racionalidad comparativa y por tanto reduce

la inconmensurabilidad que se presenta en la mayoría de casos, especialmente los casos difíciles de derecho fundamental. (Pulido, 2014, pág. 229).

2.3.4. Cuarta crítica.

La última de las críticas relevantes que ha enfrentado el principio de proporcionalidad, es el de la inevitable jurisprudencia del caso concreto, según la cual, en palabras de (Pulido, 2014):

El principio de proporcionalidad tiene el inconveniente de “hacer desembocar la práctica interpretativa de los derechos fundamentales en una ininteligible jurisprudencia ad hoc, que pretende magnificar la justicia del caso concreto, pero que paralelamente entraña un sacrificio desmedido para la certeza, la coherencia y la generalidad del Derecho” en donde “las decisiones jurisprudenciales deben poder predecirse y deben estar determinadas por las normas estatuidas por el constituyente y por el legislador democrático, antes que por las azarosas necesidades de los casos concretos. (p.240)

Pulido ante dicha crítica, reconoce que las circunstancias específicas del caso concreto son relevantes en todo proceso de interpretación y aplicación de las normas jurídicas, dado que la interpretación de una disposición jurídica nunca puede consistir en una determinación definitiva de su sentido, sino que el significado de todo enunciado puede y debe transformarse, cuando ha de ser aplicado para solucionar supuestos sobrevenientes que plantean nuevas necesidades y nuevos problemas jurídicos. Bajo esta premisa es la estructura del principio de proporcionalidad es la que permite detectar con exactitud cuáles son los juicios empíricos que el Tribunal Constitucional efectúa, a fin de incorporar los argumentos referidos a las circunstancias del caso en la fundamentación de sus decisiones, permitiendo así observar con nitidez cuáles son las apreciaciones empíricas en las que se fundamenta la solución de cada caso y, de esta manera, favorece la posibilidad de criticar aquellas que sean consideradas erradas. (Pulido, 2014, pág.

244).

2.3.5. Las teorías materiales de derechos fundamentales.

Las teorías materiales de los derechos fundamentales son criterios alternativos de interpretación expuestos por la doctrina para la fundamentación de las decisiones de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional, los cuales sostienen que “la fundamentación de las normas adscritas se construye con base en un conjunto de premisas y de argumentos que se derivan de una concepción material de estos derechos”. (Pulido, 2014, pág. 322). Estas teorías están constituidas por un conjunto de valores pertenecientes a una corriente filosófica acerca de lo que ha de entenderse por derecho fundamental y por lo que de cada uno se puede derivar.

Estas teorías materiales de los derechos fundamentales son la teoría liberal, la teoría democrática y la teoría de los derechos fundamentales en el Estado Social. Por no ser el tema principal de estudio de este trabajo, estas teorías serán abordadas de manera muy tangencial y se explicarán las razones por las cuales estas carecen del grado de idoneidad para la fundamentación correcta de las decisiones judiciales de que goza el principio de proporcionalidad.

2.3.5.1. La teoría liberal.

Según esta teoría a cada individuo de la especie humana le pertenece de manera inherente un ámbito de libertad en el cual el Estado no puede interferir, en razón de su dignidad. Así, lo que hacen los derechos fundamentales es convertirse en un medio de defensa que garantice la abstención del Estado en la intromisión de la esfera interna de los individuos. Es decir, los derechos fundamentales son derechos de defensa frente al poder del Estado.

2.3.5.2. La teoría democrática.

Según esta tesis, los derechos fundamentales se basan en la autonomía del individuo para decidir

y determinar su propia conducta y por tanto el contenido de estos derechos encuentra su origen en las decisiones deliberativas tomadas democráticamente por todos aquellos a quienes afecta. Así, bajo esta teoría, toda regulación que se haga de un derecho fundamental goza de una validez definitiva si es tomada mediante el consenso social.

2.3.5.3. La teoría de los derechos fundamentales en el Estado Social.

Según esta teoría la persona se define como un sujeto titular de ciertas necesidades básicas que deben ser cubiertas. Así, los derechos fundamentales establecen reglas de cooperación social que trazan las condiciones en las cuales se desarrollan los vínculos entre los individuos, y entre estos y el Estado. De esta forma, esta teoría; a diferencia de la teoría liberal que establecía acciones negativas de abstención; establece acciones positivas que implican una prestación por parte del Estado. Como corolario entonces, la teoría del Estado Social implica la facultad, en cabeza del sujeto titular de un derecho fundamental, de exigir la prestación de un servicio por parte del Estado para la satisfacción de sus derechos.

2.3.5.4. Críticas a estas teorías.

Estas teorías, al igual que los principios de proporcionalidad, razonabilidad y progresividad, pretenden otorgar criterios para la fundamentación correcta de las decisiones proferidas por la Corte Constitucional en materia de derechos fundamentales. No obstante estas teorías parten de la interpretación de las disposiciones de derecho fundamental desde un sistema ideológico concreto. Este sistema ideológico concreto conlleva a que los derechos fundamentales desde una teoría liberal sólo prescriban abstenciones por parte del Estado, o que desde una teoría de Estado Social sólo prescriban prestaciones de hacer, cuando lo cierto es que a toda disposición fundamental pueden serle adscritas posiciones de defensa, democráticas y prestacionales.

Igualmente estas teorías, a diferencia de los criterios interpretativos en esta tesis defendidos,

al partir de un sistema ideológico concreto, propio de una sociedad concreta y una época concreta, otorgan a las decisiones un grado de imparcialidad que precisamente los criterios de proporcionalidad, razonabilidad y progresividad, dado su carácter estructurado pretenden eliminar de la decisión judicial.

2.4. Conclusiones al apartado segundo.

Como corolario de lo expuesto en este apartado segundo, tenemos que la Corte Constitucional colombiana ha acogido y unificado en su jurisprudencia los criterios hermenéuticos, redactados en forma de principio, denominados de razonabilidad, progresividad y proporcionalidad, en la fundamentación de las decisiones que involucran el control constitucional de las leyes actualizan normas adscritas a las disposiciones de derecho fundamental. Al hacerlo, otorga una validez definitiva a dichas normas adscritas, y a su vez concreta otras propias de las disposiciones bajo estudio.

El uso de estos criterios nace de la necesidad de dar una fundamentación correcta de las decisiones proferidas por la Corporación y que al tener un carácter estructurado, permiten a la comunidad a la cual van dirigidos valorar la corrección de los argumentos expuestos para declarar la constitucionalidad o no de las normas actualizadas por el legislador.

Estos principios como criterios de interpretación, igualmente han encontrado asidero en el imperativo constitucional de la Corte de respetar el principio de división de poderes y el principio democrático y si bien la utilización de estos principios ha sido objeto de múltiples críticas por parte de la doctrina, se ha podido superar cada una de ellas y dotarlos de una idoneidad para la solución del caso concreto, aún sobre criterios alternativos como los provenientes de las teorías materiales de derechos fundamentales.

3. Balance jurisprudencial en la aplicación de los principios de razonabilidad, progresividad y proporcionalidad por parte de la Corte Constitucional durante los años 2009 a 2017.

Una vez comprendida la importancia en la aplicación de estos principios por parte de la Corte Constitucional en la fundamentación de las decisiones de constitucionalidad de las leyes sometidas a su control y que regulan los derechos fundamentales es necesario hacer un breve balance jurisprudencial que observe como ha sido la aplicación de estos principios.

Así, el objetivo de este apartado es el de determinar ¿cómo ha sido la aplicación que de los principios de proporcionalidad, razonabilidad y progresividad ha hecho la Corte en el estudio de constitucionalidad de las leyes que intervienen los derechos fundamentales por parte del legislador durante los años 2009 a 2017.

Para desarrollar dicho interrogante se realizará un rastreo de las sentencias de constitucionalidad proferidas durante el período en mención y que tengan por objeto el estudio de las leyes que intervienen los derechos fundamentales. Así, a primera vista deberán excluirse sentencias cuyo objeto sea el estudio de la constitucionalidad de las leyes en sentido formal, o el de constitucionalidad de los actos legislativos; igualmente se excluirán sentencias cuyo objeto hayan sido leyes tributarias, leyes que regulen la estructura del Estado, la carrera administrativa, que aprueben tratados de libre comercio, normativa urbanística, entre otros relacionados y que su intervención en materia de intervención de derechos fundamentales no sea directa.

Como punto de partida, debe decirse que este período de tiempo se ha escogido por dos razones. La primera por cuanto este período ha sido documentado y organizado en orden cronológico por la misma Corte Constitucional en su página web en el link denominado sentencias de constitucionalidad de interés, lo que facilita el rastreo. Segundo por cuanto se

considera que un período de nueve años es suficiente para que se presente la consolidación de aplicación jurisprudencial por parte de la Corte Constitucional sobre un tema en particular. Igualmente es necesario dejar en claro que este capítulo pretende ser netamente estadístico, aunque ello no es impedimento para que se realicen algunas consideraciones.

El rastreo de estas sentencias tuvo la siguiente estructura. Primero se analizó el problema jurídico a resolver por parte de la Corte Constitucional en el caso concreto. Una vez analizado el problema jurídico se identificaron los derechos fundamentales involucrados y hecho esto se determinó cual fue el principio (proporcionalidad, razonabilidad o progresividad) utilizado por la Corte para resolver el problema. De dicho rastreo se obtuvieron los siguientes datos estadísticos representados en la siguiente gráfica.

3.1. Gráfica.

Tabla 1

Sentencias 2009 a 2017.

PRINCIPIO APLICADO	No.DE SENTENCIAS	EXEQUIBILIDAD	EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA	INEXEQUIBLE
PROPORCIONALIDAD	15	7	4	4
RAZONABILIDAD	19	11	5	3
PROGRESIVIDAD	6	2	1	3
NINGUNO	30	13	9	6
TOTAL	70	33	19	16

3.2. Conclusiones otorgadas por los datos estadísticos.

De los datos arrojados por la tabla anterior, se desprende que la Corte Constitucional ha sido consciente de la importancia de dar aplicación a estos principios para la solución del caso concreto, dadas las ventajas que dicha aplicación otorga. No obstante, es claro que las sentencias

en que dichos principios se han aplicado, tan sólo constituyen un poco más de la mitad del total de las sentencias analizadas, lo que lleva a concluir que pese a que la Corte ha sido consciente de la importancia de dar aplicación a los principios en mención, aún le falta consistencia para la aplicación reiterada en todos los casos de los mismos.

La aplicación constante de estos principios en las decisiones que deciden sobre la constitucionalidad de las normas adscritas actualizadas por el legislador es de suma importancia, por cuanto como se vio en precedencia, le dan a la decisión, dado su carácter estructurado, una pretensión de fundamentación correcta de las decisiones, y permiten analizar la validez de los argumentos, de una forma más adecuada, por parte de la comunidad jurídica a la cual van dirigidos.

Que existan 30 sentencias, de 70 analizadas, que no hayan aplicado alguno de los principios o test en este capítulo expuestos, otorga un manto de duda acerca del verdadero interés de la Corte en el respeto de los principios de separación de poderes y el principio democrático, los cuales pueden ser vulnerados si la Corte no otorga a sus decisiones una fundamentación correcta, que es la que suelen dar los principios de proporcionalidad, razonabilidad o progresividad.

Y si bien es claro que en la solución de estos casos ha acudido a otros criterios que puedan gozar de algún tipo de validez constitucional, como son las teorías materiales de derechos fundamentales; tal como se vio en precedencia, estos criterios no gozan del mismo grado de idoneidad para otorgar la fundamentación correcta que si pueden otorgar los principios de proporcionalidad, razonabilidad y progresividad.

Conclusiones al capítulo.

La discusión sostenida por Dworking y Hart aportó a la teoría de la decisión judicial la diferencia entre principios y reglas, según la cual en aquellos eventos en que el juez deba

resolver un caso difícil (muy comúnmente presentados en las decisiones que impliquen resolver acerca de la validez de la norma adscrita actualizada por el legislador a la disposición de derecho fundamental), deberá acudir, antes que a la discrecionalidad judicial, a los principios del derecho.

Esta distinción entre principio y reglas fue retomada por Alexy y Pulido en la exposición de la tesis según la cual los principios de proporcionalidad, razonabilidad y progresividad al ser aplicados en la solución de los casos sometidos a control constitucional permiten determinar el contenido de las disposiciones de derecho fundamental con carácter de principio, vinculante para el legislador y estructurar el razonamiento realizado por la Corte Constitucional en la decisión adoptada a fin de que pueda gozar de una fundamentación correcta.

La Corte Constitucional receptora de esta teoría, ha dado aplicación práctica los principios bajo estudio y ha formulado con base a ellos, unos test que permiten analizar la correspondencia entre estos y las normas adscritas actualizadas por el legislador y sometidas a su control y así decidir con una fundamentación correcta acerca de su constitucionalidad.

No obstante, tal como se pudo observar de los datos estadísticos otorgados en el estudio del balance jurisprudencial del período 2009 – 2017, es claro que pese a que la Corte Constitucional colombiana ha hecho una labor importante, aún existen casos en el estudio de la constitucionalidad de las normas adscritas actualizadas por el legislador, en los que la Corte ha acudido a criterios diferentes, como los de las teorías materiales de derechos fundamentales, desconociendo que en su deber de fundamentación correcta, los criterios dotados de mayor idoneidad para dotar de tal fundamentación sus decisiones son los de proporcionalidad, razonabilidad y progresividad.

CONCLUSIONES GENERALES

El control de constitucionalidad como institución jurídica ejercida en Colombia por la Corte Constitucional, tiene su origen en la formulación teórica del principio de separación de poderes, expuesto principalmente por Locke y Montesquieu y adoptado durante las revoluciones francesa y norteamericana.

Durante la formulación del control de constitucionalidad, dicha institución no ha estado exenta de todo tipo de críticas, tanto en Estados Unidos y Europa, como en Colombia, dada la fuerte intervención por parte del poder judicial en la órbita competencial del poder legislativo, como órgano de máxima importancia en el Estado de Derecho, especialmente en los modelos europeo y continental en donde la ley, dado su carácter democrático goza de gran importancia.

Del debate acerca de la legitimidad del ejercicio del control constitucional por parte de tribunales especializados en la materia, muchos han sido los autores clásicos que del tema han opinado, tales como los autores del Federalista, el francés Emmanuel Sieyes, Kelsen y Schmitt en su célebre debate y hoy día continúa vigente la discusión académica en autores como Alexy y Pulido.

Si bien el control constitucional ha sido acogido por la mayoría de países occidentales y por países latinoamericanos habida cuenta de la importante función de la figura en la garantía de la Constitución, los derechos fundamentales, y el aseguramiento del debate democrático, no debe perderse de vista que en medio de este proceso la discusión acerca de la legitimidad de la jurisdicción constitucional ha permanecido latente. No obstante en los últimos días la controversia se ha venido centrando sobre todo en el problema de si el control constitucional de las leyes supone o no un hondo menoscabo de la democracia representativa, puesto que tal como sostienen algunas voces, la figura permite entregar el poder de interpretar la Constitución y de

controlar las leyes a un grupo de jueces que no son elegidos directamente por el pueblo.

Hoy día, no obstante, en la mayoría de los países esta discusión no se propone en términos radicales. Ya no se disputa sobre si se debe eliminar o mantener la jurisdicción constitucional sino que la discusión ha avanzado a problemáticas acerca de la forma de su ejercicio; y de cómo ha de desarrollarse el control de constitucionalidad de las leyes para hacerse compatible con el funcionamiento de la democracia representativa.

Uno de los aportes dados por la doctrina actual en la materia, es el de haber propuesto criterios para la fundamentación correcta de las decisiones del tribunal constitucional, pues que con ello se contribuye a establecer límites a la actividad de la Corte, a fin de que esta puede ser compatible con el modelo democrático adoptado en la mayoría de países del orbe. Pese a ello, el aporte no puede entenderse tan claramente sin primero comprender la interpretación y estructura del objeto principal del control constitucional: los derechos fundamentales.

Los derechos fundamentales como objeto de estudio del control constitucional ejercido por la Corte, deben entenderse como derechos subjetivos con consagración constitucional y dotados de garantías reforzadas para su protección. Dichas calidades que hacen de un derecho subjetivo un derecho fundamental han sido desarrolladas principalmente en Alemania y España, pero han sido acogidas con ciertas matizaciones por el constituyente colombiano de 1991 y por la Corte Constitucional. Dentro de dichas matizaciones la Corte ha expresado que en Colombia no existe una lista taxativa de derechos fundamentales sino que por el contrario estos deben ser determinados en el caso en concreto bajo la condición de que el derecho subjetivo en estudio esté dirigido a lograr la dignidad humana.

Estos derechos fundamentales que por regla general están consagrados constitucionalmente tienen una estructura consistente en disposiciones, normas y posiciones. Las disposiciones no

generan mayor controversia al debate pues se limita sólo a aquello plasmado en la Constitución, no obstante, dada su redacción abstracta e indeterminada deben establecer que tipo normas pueden serle adscritas desde un parámetro de constitucionalidad.

Estas normas adscritas son concretadas y actualizadas por la Corte Constitucional y el legislador respectivamente, pero como es normal en un Estado con división de poderes, las posturas tomadas por ambas instituciones pueden resultar contrarias, en el sentido que una norma actualizada por el legislador no se compagine con la norma concretada por la Corte Constitucional.

En ese caso prevalece la postura tomada por la Corte Constitucional como guardiana de la Constitución y sobre quien recae el estudio de las normas con validez definitiva. Pese a ello, la facultad de la Corte de dar validez definitiva a las normas adscritas por ella concretadas aún cuando sean contrarias a la regulación hecha por el legislador, no es ilimitada y por tanto las decisiones así tomadas deben gozar de una fundamentación correcta.

Sobre la necesidad de adoptar límites al ejercicio del poder de la Corte Constitucional muchos doctrinantes han propuesto diversas teorías y puntos de vista, no obstante fue suficiente para el tema de esta investigación exponer aquellas que versan sobre el deber de fundamentación correcta y los criterios hermenéuticos que permiten alcanzar dicho deber.

La discusión sostenida por Dworking y Hart aportó a la teoría de la decisión judicial la diferencia entre principios y reglas, según la cual en aquellos eventos en que el juez deba resolver un caso difícil (muy comúnmente presentados en las decisiones que impliquen resolver acerca de la validez de la norma adscrita actualizada por el legislador a la disposición de derecho fundamental), deberá acudir, antes que a la discrecionalidad judicial, a los principios del derecho.

Esta distinción entre principio y reglas fue retomada por Alexy y Pulido en la exposición de la

tesis según la cual los principios de proporcionalidad, razonabilidad y progresividad al ser aplicados en la solución de los casos sometidos a control constitucional permiten determinar el contenido de las disposiciones de derecho fundamental con carácter de principio, vinculante para el legislador y estructurar el razonamiento realizado por la Corte Constitucional en la decisión adoptada a fin de que pueda gozar de una fundamentación correcta.

La Corte Constitucional receptora de esta teoría, ha dado aplicación práctica los principios bajo estudio y ha formulado con base a ellos, unos test que permiten analizar la correspondencia entre estos y las normas adscritas actualizadas por el legislador y sometidas a su control y así decidir con una fundamentación correcta acerca de su constitucionalidad.

Cada uno de esos test lleva implícito la aplicación del principio de proporcionalidad, el cual ofrece para la fundamentación de la decisión un carácter estructurado que permite fundamentar correctamente la decisión y analizar por parte del observador al cual va dirigido la decisión la corrección que se predica de la misma y si bien la Corte ha acudido a otros criterios como aquellos brindados por las teorías materiales de derechos fundamentales, el principio de proporcionalidad resulta el más idóneo para alcanzar el objetivo propuesto.

No obstante, tal como se pudo observar de los datos estadísticos otorgados en el estudio del balance jurisprudencial del período 2009 – 2017, es claro que pese a que la Corte Constitucional colombiana ha hecho una labor importante, aún existen casos en el estudio de la constitucionalidad de las normas adscritas actualizadas por el legislador, en los que la Corte ha acudido a criterios diferentes, como los de las teorías materiales de derechos fundamentales, desconociendo que en su deber de fundamentación correcta, los criterios dotados de mayor idoneidad para dotar de tal fundamentación sus decisiones son los de proporcionalidad, razonabilidad y progresividad.

Este trabajo cuyo objetivo principal era analizar el origen, el objeto y la aplicación del control constitucional de las leyes que regulan los derechos fundamentales en Colombia por parte de la Corte Constitucional desde un ámbito histórico, teórico y práctico, pudo contribuir con su exposición en la delimitación de la discusión relativa a la aplicación de la figura y de sus implicaciones en el ámbito del control del poder, el ejercicio democrático, y la garantía de los derechos fundamentales y otorgó elementos básicos al lector para entender el origen de la discusión, el estado actual, los elementos y referentes principales y lo dotó de toda una serie de herramientas jurídicas para valorar la legitimidad y corrección de la decisión adoptada por la Corte Constitucional en un evento concreto y en un tiempo concreto y así poder hacerse partícipe del debate entablado una discusión, sentando postura y exponeiendola con base a argumentos jurídicos.

REFERENCIAS

- Alexy, R. (2002). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales.
- Alexy, R. (2002). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Político y Constitucionales.
- Chinchilla, H. T. (2009). *¿Que son y cuáles son los derechos fundamentales?* Bogota: Temis.
- Corte Constitucional T 491 (Colombia, 13 de Agosto de 1992).
- Corte Constitucional T 230 (Colombia, 13 de mayo de 1994).
- Corte Constitucional C 022 (Colombia, 23 de enero de 1996).
- Corte Constitucional C 671 (Colombia, 20 de agosto de 2002).
- Corte Constitucional T 227 (Colombia, 17 de marzo de 2003).
- Corte Constitucional C 850 (Colombia, 17 de agosto de 2005).
- Corte Constitucional T 292 (Colombia, 06 de abril de 2006).
- Corte Constitucional C 756 (Colombia, 30 de julio de 2008).
- Corte Constitucional C 728 (Colombia, 14 de octubre de 2009).
- Corte Constitucional C 715 (Colombia, 13 de septiembre de 2012).
- Corte Constitucional C 502 (Colombia, 04 de julio de 2012).
- Corte Constitucional C 792 (Colombia, 29 de octubre de 2014).
- Corte Constitucional C 034 (Colombia, 29 de enero de 2014).
- Corte Constitucional, C 093 (Colombia, 31 de enero de 2001).
- Corte Constitucional, C 251 (Colombia 28 de mayo de 1997).
- Corte Constitucional, C 673 (Colombia, 28 de junio de 2001).
- Corte Constitucional, C 671 (Colombia, 20 de agosto de 2002).

Corte Constitucional, C 575 (Colombia, 26 de agosto de 2009).

Corte Constitucional, C 536 (Colombia, 11 de julio de 2012).

Corte Constitucional, C 225 (Colombia, 20 de abril de 2017).

Corte Constitucional, C 115 (Colombia, 22 de febrero de 2017).

Espinosa, J. M. (1993). *El derecho a la Constitución en Colombia, de la rebelión pacífica a la esperanza*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Hamilton, A. (1998). *El Federalista*. Mexico: Fondo de Cultura Económica.

Kelsen, H. (1974). *La garantía jurisdiccional de la constitucion*. México: Instituto de investigaciones jurídicas.

Locke, J. (1689). *Segundo tratado sobre el gobierno civil*. Inglaterra.

Madison, J. (1998). *El federalista*. Mexico : Fondo de cultura económica.

Montesquieu. (1996). *El espíritu de las leyes*. Madrid: Preciados.

Pulido, C. B. (2005). *El derecho de los derechos*. Bogota: Universidad Externado de Colombia.

Pulido, C. B. (2014). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Ramirez, M. F. (2010). *Derecho constitucional colombiano : de la carta de 1991 y sus reformas*. Bogotá: Doctrina y Ley.

Ramírez, M. F. (2015). *Derecho Constitucional colombiano*. Bogota: Temis.

Rodriguez, C. (1998). *Observatorio de justicia constitucional : balance jurisprudencial de 1996, la corte constitucional, el año de la consolidación*. Bogotá: Siglo del Hombre.

Rodriguez, C. (2005). *La decisión judicial : el debate Hart - Dworkin*. Bogotá: Universidad de los Andes.

Rousseau, J. J. (1969). *El contrato social*. Madrid: Taurus.

Schmitt, C. (1998). *La defensa de la constitución*. Madrid: Tecnos.

Sentencia , MP Alberto Suarez Murillo (Corte Suprema de Justicia 20 de 04 de 1912).

Sentencia, MP Alberto Suarez Murillo (Corte Suprema de Justicia 20 de octubre de 2013).

Sentencia CSJ, Luis Enrique Cuervo (Corte Suprema de Justicia 28 de julio de 1952).

Sieyés, E. (1990). *Escritos y discursos de la revolución*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y
Constitucionales.

Tocqueville, A. (1985). *La democracia en América*. Barcelona: Orbis.

Valdés, R. L. (1998). *El valor de la constitución*. Madrid: Alianza Editorial.

Wright, G. H. (1963). *Norm and action*. Londres: Routledge and Kegan.

ANEXOS

Estudio de sentencias de constitucionalidad proferidas durante los años 2009 a 2017

Año 2017.

No.	Derechos fundamentales involucrados	Problema jurídico	Test aplicado	Decisión
003	Educación. Debido proceso (presunción de inocencia)	¿Vulnera el legislador los derechos a la presunción de inocencia y a la educación al consagrar la pérdida de la beca de posgrados al 0.1 % de los mejores profesionales graduados en las instituciones de educación superior públicas y privadas del país por “ <i>la ocurrencia de hechos delictivos</i> ”?	PP.	IN
005	Igualdad. Seguridad social. Estabilidad laboral reforzada.	¿La no inclusión en las disposiciones del numeral 1 del artículo 239 y del numeral 1 del artículo 240 del (de la) cónyuge o compañero(a) permanente trabajador(a) de la mujer embarazada no trabajadora, como beneficiario(a) de estabilidad laboral reforzada contraría los artículos 11, 13, 42, 43, 44, 48 y 53 de la Constitución Política y 12.2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW)?	NN.	E. C
078	Seguridad social	¿El establecimiento legal de un límite en el IBC de 25 SMLMV vulnera el artículo 48 de la Constitución, en tanto que la norma Superior garantiza la posibilidad de obtener una mesada pensional de hasta de 25 SMLMV?	R	E
093	Seguridad social	Corresponde a la Corte determinar si las reglas que limitan la vigencia y aplicabilidad en el tiempo del régimen especial de las pensiones de alto riesgo, desconocen las pautas contenidas en el Acto Legislativo 01 de 2005, y consecuentemente los derechos prestacionales de los destinatarios de este sistema pensional.	NN	E
107	Igualdad.	¿Los artículos 4º y 5º de la Ley 70 de 1931, en cuanto excluyen a los integrantes de la familia extensa, de crianza o a quienes conforman un hogar	NN	EC

		unipersonal, de la potestad de constituir el patrimonio de familia o ser beneficiarios del mismo, incurren en un tratamiento discriminatorio injustificado y en un consecuente déficit de protección de los derechos constitucionales de los que son titulares dichas modalidades de familia?		
113	Asociación y reunión. Libre desarrollo de la personalidad. Libertad de expresión.	Analizar si la expresión “ <i>buenas costumbres</i> ”, prevista en el inciso 1° del artículo 32 de la Ley 1098 de 2006, está dotada de una <i>indeterminación constitucionalmente admisible</i> como criterio de restricción al ejercicio de los niños, niñas y adolescentes del derecho a la asociación y reunión, así como a los derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la libertad de expresión, en un marco de <i>protección integral</i> , fundado en la dignidad y en la garantía del interés superior del menor de 18 años	PP	E.C
114	Personalidad jurídica Libre desarrollo de la personalidad.	¿La regla establecida en el artículo 6° del Decreto Ley 999 de 1988 -que subrogó el artículo 94 del Decreto Ley 1260 de 1970- conforme a la cual la modificación notarial del nombre mediante el otorgamiento de escritura pública es posible “ <i>por una sola vez</i> ”, constituye una vulneración de las normas constitucionales que reconocen el derecho a la personalidad jurídica (art. 14) y el derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 16)?	PP	E.C
115	Igualdad Trabajo	¿Desconoce el fin del Estado de propender por la prosperidad general, así como el derecho a la igualdad y al trabajo y el principio de progresividad, una medida que focaliza la acción de fomento del Estado para el acceso al empleo formal y a la creación de empresa, en jóvenes tecnólogos o profesionales, menores de 28 años?	PG	E
211	Trabajo Debido proceso	Determinar si el numeral 4 y los párrafos 2 (numeral 4) y 3 del artículo 140 de la Ley 1801 de 2016, que establecen la prohibición de ocupar el espacio público en violación de las normas vigentes y prevén sanciones pecuniarias para quien incurra en las conductas tipificadas, como también el decomiso o la destrucción de los bienes cuando se verifique que el comportamiento ha ocurrido en dos o más ocasiones;	PP	EC

		desconocen los derechos constitucionales, así como la jurisprudencia constitucional existente sobre los vendedores informales al exponerse como una medida catalogada por el accionante como desproporcionada que, además, no incluye acciones afirmativas para este sector de la población, infringiendo los principios del Estado social de derecho, la dignidad humana, la efectividad de los derechos, la participación y el orden justo, la protección especial de los sujetos vulnerables, el trabajo, el debido proceso, la confianza legítima y ubicación laboral de las personas en edad de trabajar (arts. 1º, 2º, 13, 25, 29 y 54 superiores).		
212	Debido proceso Inviolabilidad del domicilio	<p>¿La autorización prevista en el enunciado y en los numerales 1 al 5 del artículo 163 de la Ley 1801 de 2016 a la Policía Nacional para penetrar en los domicilios, sin mandamiento escrito, cuando fuere de imperiosa necesidad, vulnera el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio?</p> <p>¿La autorización prevista en el numeral 6 del artículo 163 de la Ley 1801 de 2016 a la Policía Nacional para penetrar en los domicilios, sin mandamiento escrito cuando fuere de imperiosa necesidad, para proteger la vida e integridad de las personas, si en el interior del inmueble se están manipulando o usando fuegos pirotécnicos, fuegos artificiales, pólvora o globos sin el debido cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley, vulnera el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio?</p> <p>¿El procedimiento posterior al ingreso a un inmueble sin orden escrita previa, previsto en el párrafo 1 del artículo 163 de la Ley 1801 de 2016, vulnera el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, así como las funciones propias del juez de control de garantías al prever que el informe escrito donde consten las razones del ingreso será dirigido al superior del agente de Policía que realizó dicha actuación, en lugar del juez de control de garantías?</p>	PP	EC
220	Igualdad	Determinar si el segmento demandado del párrafo 4º del artículo 7º de la Ley 1776 de 2016 contraría el principio de igualdad, al establecer que “ <i>los profesionales con maestría y doctorado</i> ” en áreas	R	E

		afines al sector agropecuario y agrícola, que se vinculen con proyectos productivos o de investigación y desarrollo tecnológico en las Zidres, serán también beneficiarios de los incentivos previstos en la Ley.		
225	Debido proceso (presunción de inocencia)	¿Desconoce la presunción de inocencia, prevista en el artículo 29 de la Constitución Política, la presunción de dolo y culpa que, en los procesos únicos de policía por afectaciones al ambiente, al patrimonio ecológico y a la salud pública, introduce la Ley 1801 de 2016 y al determinar que, en estos casos, <u>le corresponderá al infractor demostrar que no está incurso en el comportamiento endilgado?</u>	PP	E <u>IN</u>
246	Intimidad Libre desarrollo de la personalidad Igualdad	¿La prohibición de realizar procedimientos médicos y quirúrgicos estéticos en niños, niñas y adolescentes, inclusive con el consentimiento de los padres, viola sus derechos a la intimidad y al libre desarrollo de la personalidad? ¿La prohibición para los menores de edad de aparecer como modelos en campañas de promoción de publicidad de cirugías estéticas viola su derecho a la igualdad en relación con los otros niños, niñas y adolescentes que no tienen ninguna restricción en el ejercicio de trabajo de modelos?	PP R	EC E
349	Debido proceso (no declarar contra sí mismo y presunción de inocencia)	¿Para un proceso policivo verbal de tipo abreviado, por infracción a las normas de convivencia, el legislador puede establecer que la no comparecencia injustificada del presunto infractor desencadene una presunción de veracidad sobre los hechos constitutivos de la contravención, en un marco constitucional que reconoce como derechos fundamentales de las personas el de no declarar contra sí mismas y el de ser consideradas inocentes mientras no se demuestre su responsabilidad (CP arts. 33 y 29)?	NN	EC
391	Debido proceso	Establecer si el segmento demandado, mediante el cual el legislador confirió a la autoridad la potestad de determinar el periodo para el cumplimiento de la orden de policía cuando no sea de inmediato cumplimiento, resulta violatorio de lo dispuesto en el artículo 29 de la Carta Política sobre debido proceso administrativo sin dilaciones injustificadas, ante la presunta transgresión	NN	E

		de los principios de celeridad y eficacia aplicables a esta clase de trámite.		
--	--	---	--	--

Año 2015.

No.	Derechos fundamentales involucrados	Problema jurídico	Test aplicado	Decisión
018	Libertad sindical	Resolver si el parágrafo 2° del artículo 434 del Código Sustantivo del Trabajo, al fijar un tope máximo de dos asesores, como representantes de las organizaciones sindicales de segundo y tercer grado durante la etapa de arreglo directo, viola la libertad sindical establecida en el artículo 39 de la Constitución y los derechos de los sindicatos contemplados en los Convenios 87 y 98 de la Organización Internacional del Trabajo.	NN	E
020	Igualdad Seguridad Social	¿Vulnera el derecho a disfrutar sin discriminaciones del servicio de seguridad social (CP arts 13, 48 y 93), que el legislador defina una regla especial de adquisición de pensiones de invalidez en virtud de la cual se puede acceder a estas sin necesidad de acreditar 50 semanas en los 3 años anteriores a la estructuración de invalidez sólo si se tienen 26 semanas en el año anterior a la estructuración o la declaración de invalidez, pero que limite su aplicación únicamente a los menores de 20 años de edad, y no a quienes siendo mayores de esa edad se consideran razonablemente como <i>jóvenes</i> ?	PG	EC
022	Derecho a la familia	¿Constituye la eliminación de la querrela como requisito para la iniciación de la acción penal en los delitos de violencia intrafamiliar e inasistencia alimentaria una vulneración de la familia como núcleo esencial de la sociedad y un impedimento para el cumplimiento del deber del Estado y la sociedad de garantizarla de manera integral?	PP	E
071	Igualdad Familia.	¿Las normas que regulan la adopción conjunta y complementaria por parte de compañeros permanentes, al no incluir a las parejas del mismo sexo como posibles adoptantes, vulneran sus derechos a no ser discriminadas por motivo de sexo o de orientación	R	EC

		sexual, así como sus derechos a constituir una familia y no ser separadas de ella (arts. 13 y 42 CP)?.		
083	Debido proceso	¿Viola o no el derecho al debido proceso del investigado en el trámite verbal de responsabilidad fiscal establecido en la Ley 1474 de 2011, la aparente contradicción normativa que destaca la ciudadana entre los incisos primero y segundo del literal d) acusado, al imponerle cargas gravosas a la inasistencia del acusado, a pesar de que el inciso superior de esa norma, señala la validez de las audiencias correspondientes, aún sin la presencia del presunto responsable fiscal?.	R	EC
144	Trabajo	¿Se desconocen los principios de proporcionalidad y necesidad al establecerse por los literales demandados unas medidas cautelares que permiten tanto la suspensión en el ejercicio de sus funciones a los directivos de las entidades de gestión colectiva, como la suspensión de la autorización de funcionamiento de este tipo de sociedades, las cuales implican un desconocimiento a los derechos fundamentales al trabajo y mínimo vital de los trabajadores que ejercen cargos directivos al interior de estas entidades y de sus asociados, al mínimo vital y al acceso a la administración de justicia, existiendo, en criterio del actor, otros mecanismos que permiten lograr el mismo objetivo y sin generar los traumatismos o afectaciones que las acusadas generan?	PP	E
166	Libertad de escoger profesión u oficio	¿Debe el legislador exigir una formación académica adecuada al otorgarle a los técnico electricistas la facultad para proyectar y diseñar instalaciones eléctricas de nivel medio?	PP	IN
257	Igualdad Familia	¿el requisito de dos años de existencia de la unión marital para poder presumir y declarar -judicial o voluntariamente- la existencia de una sociedad patrimonial entre compañeros permanentes es violatorio de los artículos 5, 13 (inc. 1º) y 42 (inc. 1º y 2º) de la Constitución?	R	E
258	Debido proceso Alimentación	determinar, si el numeral 5 (parcial) del artículo 386 de la Ley 1564 de 2012, al establecer que el juez puede	NN	E

		suspender el decreto provisional de alimentos a cargo de la persona investigada para definir el vínculo filial frente a un menor de edad, con base en un fundamento razonable de exclusión de la paternidad, desconoce los derechos a la dignidad humana y al debido proceso, y los principios del interés superior del menor de edad y la prevalencia de sus garantías sobre las de los demás		
284	Criterios de interpretación	<p>¿La expresión demandada, al reconocer los “<i>principios de derecho natural</i>” como criterio para fijar el sentido de la Constitución en casos dudosos, desconoce el artículo 230 de la Carta en el que se enuncian las fuentes del derecho colombiano y los criterios de la actividad judicial, sin que éste haga referencia alguna a tal clase de principios?</p> <p>¿La expresión demandada, al reconocer los principios de derecho natural como criterio para fijar el sentido de la Constitución en casos dudosos, vulnera los artículos 1° y 13 de la Constitución en tanto el carácter indeterminado de esa expresión (i) impide identificar previamente las normas que emplearán las autoridades judiciales afectando con ello la seguridad jurídica y (ii) propiciando que casos iguales sean resueltos de diferente manera?</p>	D.N	E
411	Libertad personal Debido proceso (reserva judicial)	¿Viola el legislador la reserva judicial general en materia de privación de la libertad (CP arts. 28, 32 y 250), al atribuirles a ciertas autoridades administrativas [INPEC y Policía Nacional] la facultad de detener inmediatamente a las personas sometidas a detención o prisión domiciliarias, cuando incumplan obligaciones previstas para la ejecución de la respectiva medida?	NN	E
424	Igualdad Trabajo	¿La previsión legislativa de Consulta para las sentencias laborales desfavorables al trabajador e inapeladas de primera instancia, y no para las de única instancia, constituye (i) trato legal diferenciado injustificado hacia los derechos de los trabajadores - CP, 13-, y (ii) una disminución de las garantías propias de toda relación de trabajo para con los derechos laborales mínimos e irrenunciables de inferior cuantía que se tramitan en única instancia –CP 53-?	R	EC
451	Nacionalidad	Determinar si la norma que impide decretar la	NN	E

		suspensión provisional de las Cartas de Naturaleza o Resoluciones de Autorización, en los procesos cuya nulidad se demande ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, vulnera el artículo 238 de la Constitución.		
456	Igualdad Familia Seguridad social	Resolver si el artículo 3 de la Ley 923 de 2004 desconoce el derecho a la igualdad (art. 13) y vulnera los derechos de protección y salvaguarda de la familia como núcleo básico de la sociedad independientemente de que la misma se constituya por vínculos naturales o jurídicos (art. 5 y 45), por incorporar una distinción no justificada entre cónyuges y compañeros permanentes que hubiesen convivido simultáneamente con el causante durante los últimos cinco años de su vida, al establecer como beneficiario la sustitución de la asignación de retiro o de la pensión de invalidez o de la pensión de sobreviviente de miembros de la Fuerza Pública únicamente al esposo o esposa.	R	EC
613	Igualdad Trabajo	¿El numeral 2 del artículo 15 de la ley 986 de 2005 que consagra que “ <u>2. En el caso de trabajador con contrato laboral a término fijo, hasta el vencimiento del contrato, o</u> ”, al referirse a la continuidad del pago de salarios a los trabajadores víctimas de secuestro, resulta violatorio de los artículos 1, 2, 5, 11, 13, 25, 42, 48, 53, 93 y 95 CP, por consagrar un trato discriminatorio entre los trabajadores con contrato laboral a término fijo y los que tienen un contrato laboral a término indefinido?	R	E
683	Familia	Determinar si las normas que regulan el régimen legal de adopción en Colombia, al excluir a las parejas del mismo sexo de la posibilidad de participar en procesos de adopción, vulnera el principio del interés superior del menor, representado en su derecho a tener una familia para garantizar su desarrollo armónico e integral	NN	EC
745	Igualdad	¿Se viola el derecho a la igualdad (art. 13 C.P.) de los servidores públicos que no pertenecen a la Fuerza Pública con la creación de un servicio de defensoría técnica y especializada exclusivo para militares y policías, configurando a su favor un privilegio, pese a	R	E

		no ser considerados un grupo marginado o históricamente discriminado?		
754	Igualdad Salud	<p>¿La expresión <i>facultad</i> del artículo 23 de la Ley 1719 de 2014 viola los artículos 49 y 93 de la Constitución, el bloque de constitucionalidad y el principio de progresividad y no regresividad al generar un cambio en las condiciones de acceso a los servicios de salud para las víctimas de violencia sexual?</p> <p>¿La expresión <i>facultad</i> del artículo 23 de la Ley 1719 de 2014 viola el derecho a la igualdad en el acceso al derecho a la salud por generar una discriminación indirecta e interseccional para las mujeres y sobre todo para aquellas indígenas, afrocolombianas y en situación de discapacidad?</p> <p>¿La expresión <i>facultad</i> del artículo 23 de la Ley 1719 de 2014 viola la obligación del Estado de adoptar medidas para eliminar los estereotipos de género, en razón a la regresión en la protección del derecho a la salud?</p>	PG	IN

Año 2013

No.	Derechos fundamentales involucrados	Problema jurídico	Test aplicado	Decisión
054	Educación	¿El Congreso de la República viola los derechos fundamentales de las comunidades indígenas y de las comunidades negras del departamento del Cesar, en especial de sus niñas y niños, al autorizar al Gobierno Nacional a crear un espacio pedagógico para la promoción de la cultura vallenata, titulado ‘Cátedra valores y talentos vallenatos, Consuelo Araujonoguera’ que no representa la identidad cultural propia de aquellas comunidades del departamento?	NN	INE
343	Igualdad Debido proceso	El ciudadano Santiago Alberto Gutiérrez Valencia, considera que el artículo 342 de la Ley 599 de 2000, vulnera los artículos 13 y 29 de la Constitución Política al señalar que el legislador desbordó los límites	NN	E

		impuestos por la Constitución en materia punitiva al consagrar un incremento automático injustificado de la pena del delito de concierto para delinquir cuando el sujeto activo sea miembro o ex miembro de la Fuerza Pública o de organismos de seguridad del Estado.		
351	Participación Igualdad	Los ciudadanos consideran que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 3 de la Ley 1221 de 2008, la formulación de una política pública de fomento al teletrabajo por parte del Gobierno Nacional, con el acompañamiento de los Ministerios de Comunicaciones e Industria y Turismo, los Departamentos Nacional de Planeación y Administrativo de la Función Pública, el SENA y la DIAN, incurre en una omisión legislativa relativa que vulnera los postulados constitucionales sobre la participación política y democrática en procesos de toma de decisiones por parte de quienes son afectados directamente como lo son los trabajadores, representados en las organizaciones sindicales.	NN	EC
359	Igualdad Vivienda	la Corte debe determinar, en primer lugar, si los artículos 13 y 28, parciales, de la Ley 1537 de 2012 que están dirigidos a facilitar el acceso a una vivienda digna a todos los hogares de menores recursos[27], al establecer la población beneficiaria de los subsidios[28] y dentro de ésta señalar otros criterios de priorización y focalización[29], <i>excluyendo dentro de la población étnica que se identifica</i> (afrocolombianos e indígenas), <i>al pueblo Rrom o Gitano</i> , incurre en una <i>omisión legislativa relativa</i> por violación del principio de igualdad, de la diversidad étnica y cultural de la Nación y del derecho a una vivienda digna.	NN	EC
401	Debido proceso	¿Vulnera el derecho al debido proceso y a la defensa, la disposición de la Ley 1474 de 2011, que ordena que la sustentación del recurso de apelación que niega la práctica de pruebas sólo pueda hacerse una vez proferido el fallo de primera instancia? ¿Vulnera la garantía de una segunda instancia imparcial, la disposición de la Ley 1474 de 2011, que faculta al juez de segunda instancia, para que una vez revocado el auto que negó la práctica de pruebas en primer instancia, pueda solicitar las que él crea	R	E

		convenientes?		
404	Igualdad	¿Desconoce el mandato constitucional a la igualdad que le asiste a todos los hijos, el que el inciso 2° del artículo 288 del Código Civil limite el ejercicio de la patria potestad que ejercen conjuntamente los padres, sólo a los hijos legítimos concebidos dentro del matrimonio, excluyendo por su origen familiar a los hijos extramatrimoniales y adoptivos? ¿La sola permanencia de la expresión “ <i>legítimos</i> ” en el ordenamiento jurídico, constituye un trato discriminatorio excluyente frente a los hijos extramatrimoniales, derivado de efecto simbólico que ella encierra?	NN	IN
435	Libre desarrollo de la personalidad	¿La obligación legal de los espectadores de “ <i>guardar la compostura y el decoro debidos</i> ” en los espectáculos públicos, desconoce -restringe- los derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la recreación (CP, arts 16 y 52)?	NN	E
513	Libre desarrollo de la personalidad Igualdad	¿constituye una injerencia en el derecho de toda persona a elegir libremente conformar una familia la expresión a menos que el asignatario tenga uno o más hijos del anterior matrimonio, al tiempo de deferírsele la asignación”, contenida en el artículo 1133 del Código Civil colombiano, puesto que limita dicha libertad a la condición, según la cual, si se tienen hijos de un matrimonio anterior, la persona no puede recibir lo heredado mediante testamento, a menos que permanezca en estado de viudedad.?	NN	IN
613	Seguridad Social	(i) si limitar la pensión familiar en el RPM a las parejas de cónyuges o compañeros permanentes clasificados en los niveles 1 y 2 del SISBEN, implica un desconocimiento del principio de igualdad, al excluir a otras parejas que no están clasificadas en esos niveles; (ii) si la ley estableció un tratamiento diferenciado injustificado entre las parejas afiliadas al RPM y las afiliadas al RAIS, puesto que solamente a las primeras se les exige estar clasificadas en los niveles 1 y 2 para ser beneficiarias de la pensión familiar; y (iii) si constituye un trato discriminatorio el	R	E

		que los beneficiarios de la pensión familiar en el RPM solamente puedan reclamar una mesada de un SMLMV, mientras que los titulares de la pensión de vejez en el mismo régimen tienen derecho a una mesada de mayor valor de conformidad con su ingreso base de liquidación.		
695	Libertad	determinar si se desconoce la carta política al establecer como uno de los presupuestos para la imposición de una medida de aseguramiento, aquellos eventos en los cuales se pueda inferir razonablemente que el imputado no cumplirá la sentencia.	PP	E

Año 2011

No.	Derechos fundamentales involucrados	Problema jurídico	Test aplicado	Decisión
089	Debido proceso	¿La solidaridad por multas por infracciones de tránsito, entre el propietario y la empresa a la cual esté vinculado el vehículo automotor, contenida en el artículo 18 de la Ley 1383 de 2010, es violatoria del debido proceso consagrado en el artículo 29 Superior? ¿La norma que dispone la reducción de las multas por infracciones de tránsito, contenida en el artículo 24 de la misma normativa, es igualmente violatoria del debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Nacional	PP	E
123	Igualdad Trabajo Libertad de empresa	Determinar si son contrarias a los derechos a la igualdad, al trabajo, a la participación y a la libertad de empresa, las normas que exigen que los socios de las empresas de vigilancia y seguridad privada sean personas <i>naturales</i> y de <i>nacionalidad colombiana</i> , excluyendo a las personas jurídicas así como la participación de extranjeros	R	E
124	Debido proceso	¿vulnera el derecho al debido proceso, en especial las garantías constitucionales de defensa y contradicción, la norma legal que impide objetar el dictamen pericial, para el caso del proceso verbal de mayor y menor cuantía?	NN	E
185	Igualdad	Determinar en general si la exigencia del pago de la	NN	EC

		multa para acceder al mecanismo sustitutivo de prisión de vigilancia electrónica, vulnera el principio constitucional de igualdad		
221	Igualdad	¿viola el principio de igualdad y el mandato constitucional de fomento al deporte, la norma legal que somete la concesión del estímulo económico, reconocido a los deportistas que han obtenido los más importantes logros internacionales, a que condiciones socioeconómicas particulares, como que sus ingresos sean menores a cuatro salarios mínimos mensuales?.	R	E
228	Seguridad social	¿La modificación del régimen especial transitorio para los aviadores civiles, como consecuencia de la reforma del Sistema General Pensional generada por la Ley 797 de 2003, vulnera los principios de progresividad y de favorabilidad laboral contenidos en los artículo 48 y 53 de la C.P en torno al número de semanas cotizadas y monto de la pensión?	PG	E
283	Igualdad Familia	determinar si resultan contrarias al principio de igualdad, consagrado en los artículos 5, 13 y 42 de la Constitución, las normas del código civil que reconocen a favor de los cónyuges sobrevivientes la posibilidad de reclamar la “ <i>porción conyugal</i> ”, facultad que no se reconoce a los compañeros o compañeras permanentes.	NN	EC
440	Seguridad social	Establecer si resulta contrario a la Constitución, y en particular a las disposiciones Superiores enunciadas por el demandante, que el legislador, al habilitar a los desempleados y a los trabajadores independientes para que, de manera voluntaria y por cuenta propia, se afilien a las cajas de compensación familiar, excluye el subsidio monetario de los beneficios a los que tales personas pueden acceder.	NN	E
459	Propiedad Debido proceso	Determinar si, como lo señala el demandante y el Ministerio Público, el decomiso de que tratan los preceptos acusados sólo puede ser ordenado por las autoridades judiciales por tratarse de una forma de extinción de dominio en los términos del artículo 34 de la Constitución Política.	PP	E
468	Igualdad	¿Viola el legislador, en ejercicio de su potestad de	R	E

	Circulación	configuración en materia de regulación de actividades peligrosas, los artículos 5 (derecho a la no discriminación), 7 (principio de diversidad étnica y cultural de la Nación) y 13 (derecho a la igualdad) de la Constitución, al establecer en el artículo 3, numeral 1, de la Ley 1397 de 2010, el requisito de saber leer y escribir como condición para la obtención de la licencia de conducción, teniendo en cuenta que dicha medida (i) tiene un impacto desproporcionado en sectores de la población tradicionalmente marginados, tales como comunidades negras, indígenas y campesinas, (ii) que tienen un alto grado de analfabetismo, y (iii) dependen para su subsistencia de la posibilidad de conducir vehículos automotores en zonas remotas del país?		
577	Igualdad Familia	Determinar si, pese a que la unión matrimonial heterosexual y la de parejas homosexuales constituyen tipos de familia, existe un mandato constitucional que imponga aplicar a las parejas homosexuales, que deseen conformar una familia y solemnizar su unión, la misma forma jurídica prevista para dar lugar a la familia heterosexual surgida de la expresión del consentimiento en que se hace consistir el matrimonio.	NN	E
629	Igualdad Trabajo	Determinar si el artículo 5 de la Ley 1429 de 2010 vulnera el artículo 13 constitucional porque crea una discriminación entre dos grupos de trabajadores; el primero está conformado por aquellos que laboran en empresas con más de 50 trabajadores o con ingresos superiores a 5.000 salarios mínimos, quienes reciben la cuota monetaria del subsidio familiar desde el inicio de la relación laboral. Por otro lado, el segundo grupo, está compuesto por aquellos contratados por pequeñas empresas, es decir las que poseen menos de 50 trabajadores y que sus ingresos no superen los 5.000 salarios mínimos, que además inicien sus actividades con posterioridad a la promulgación de la Ley 1429 de 2010; estos trabajadores, comenzarán a recibir la cuota monetaria del subsidio familiar, proporcionalmente, a partir del tercer año que lleven laborando en la empresa, y no desde el comienzo de la relación laboral, esto, en igualdad de condiciones que el primer grupo de trabajadores descrito atrás.	R	E

746	Libre desarrollo de la personalidad	¿La exigencia legal de dos años de duración de la separación de cuerpos para invocar el divorcio, vulnera el derecho al libre desarrollo de la personalidad del cónyuge separado que desea disolver su vínculo conyugal, por obligarlo a permanecer en el vínculo e impedirle contraer nuevo matrimonio, en dicho lapso?	PP	E
912	Libre asociación	¿la exigencia de asociarse en una sociedad de gestión colectiva para obtener la remuneración de sus derechos de autor y derechos conexos, entraña una forma de constreñimiento al artista en su libertad de elegir el procedimiento para la defensa de sus derechos y, por ende, desconocen el derecho de libre asociación?	NN	EC

Año 2009.

No.	Derechos fundamentales involucrados	Problema jurídico	Test aplicado	Decisión
025	Debido proceso Igualdad	Establecer si las normas acusadas no permiten la participación del indiciado y de su defensor en la audiencia de revisión de legalidad de las diligencias en ellas previstas, cuando las mismas se llevan a cabo en la etapa de indagación preliminar, y en consecuencia, si por ese hecho las mismas desconocen los derechos a la defensa técnica, al debido proceso y a la igualdad.	NN	IN EC
030	Igualdad	¿Vulneran el derecho a la igualdad las normas acusadas, al establecer que la pensión especial de vejez por ejercer actividades de alto riesgo sólo se reconoce a quienes estén afiliados al Régimen de Prima Media con Prestación Definida? ¿Vulneran el derecho a la igualdad las disposiciones que establecen que los trabajadores que se dediquen a actividades de alto riesgo y se encuentren afiliados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deben trasladarse al Régimen de Prima Media con Prestación Definida en un plazo de tres meses, contados a partir de la publicación de las respectivas normas para que sean beneficiarios de la pensión especial de vejez por ejercer actividades de alto riesgo?	NN	EC

174	Igualdad Seguridad social	Establecer si es constitucional el condicionamiento previsto en la norma impugnada, acorde con el cual el número de días a los que tiene derecho el padre beneficiario de la licencia de paternidad, puede variar de cuatro a ocho según la madre esté o no cotizando al Sistema General de Seguridad Social en Salud, pues el demandante considera que tal previsión normativa vulnera lo dispuesto en los artículos 5°, 13, 44 y 93 de la Carta Política.	R	IN
243	Debido proceso Igualdad	Establecer si las normas demandadas, mediante las cuales se faculta al Fiscal General de la Nación para ordenar la captura de una persona solicitada en extradición o respecto de quien se haya concedido la misma, desconocen lo establecido en la Carta Política en cuanto omiten el control de legalidad de la medida restrictiva de la libertad, resultando, según el actor, vulnerados los derechos a la igualdad, a la libertad individual y al debido proceso.	NN	E
349	Huelga	Establecer si la facultad que la norma acusada otorga al Presidente de la República, para hacer cesar una huelga que en razón de su naturaleza o magnitud afecte de manera grave la salud, la seguridad, el orden público o la economía en todo o en parte de la población, y el sometimiento del diferendo que la provocó a fallo arbitral, desconoce el derecho de huelga previsto en el artículo 56 de la Constitución, y el derecho a la negociación colectiva, proclamado en el artículo 55 de la Constitución y el Convenio 154 de la OIT.	NN	IN
428	Seguridad social	Determinar (1) Si el legislador, al expedir la Ley 860 de 2003 en el artículo 1°, numerales 1 y 2, y que reformó el Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993, vulneró el principio de progresividad del derecho a la seguridad social, al modificar el número de semanas de cotización necesarias para acceder a la pensión de invalidez, contradiciendo la Constitución, y (2) Si el legislador, al modificar las condiciones para acceder a la pensión de invalidez introduciendo un requisito de fidelidad consistente en la exigencia de cotización del veinte por ciento del tiempo transcurrido entre el momento en que el	PG	IN

		afiliado cumplió veinte años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez, contraría la Constitución.		
468	Igualdad	corresponde a la Corte establecer si el Congreso de la República, al reconocerle la condición de víctima del delito de abandono a los menores de 12 años, dejando por fuera a los adolescentes, estableció una medida discriminatoria en perjuicio de este último grupo, contraria a la protección que la Constitución prevé a favor de los adolescentes.	NN	IN
556	Seguridad social	Determinar si los literales a) y b) del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, al consagrar mayores requisitos que los contemplados en la Ley 100 de 1993 para acceder a la pensión de sobrevivientes, resulta violatorio de la constitución.	PG	IN
575	Libertad de expresión	examinar si el artículo 461 del Código Penal que establece la tipificación de la conducta de ultraje a los símbolos patrios, vulnera el principio de pluralismo, la libertad de expresión y el principio de legalidad en materia penal.	PP	IN
636	Libertad	determinar en este caso si la tipificación del delito de inducción a la prostitución es violatoria del principio de proporcionalidad entre el derecho a la libertad y los derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la libre escogencia de profesión u oficio.	PP	E
663	Seguridad social Igualdad	decidir si es o no constitucional el requisito establecido por el inciso 5° del artículo 1° de la Ley 755 de 2002, conforme al cual se exige al padre, para concederle la licencia remunerada de paternidad, que <i>"haya estado cotizando efectivamente durante las cien (100) semanas previas al reconocimiento de la licencia remunerada de paternidad."</i>	R	IN
804	Igualdad Familia	Resolver si la expresión <i>"idoneidad física"</i> empleada en el inciso primero del artículo 68 (parcial) de la Ley 1098 de 2006 <i>"por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia"</i> , resulta contraria a los derechos a la igualdad (art. 13, CP) y a conformar una familia (art. 42, CP) de las personas con	NN	EC

		discapacidad, o si por el contrario resulta razonable y proporcionada para proteger el interés superior del menor a tener una familia		
853	Igualdad	Determinar si el legislador al excluir del ámbito de aplicación del tipo penal de “omisión de denuncia de particular” respecto a los delitos de explotación sexual, a los adolescentes (mayores de 12 y menores de 18 años), vulneró el derecho a la igualdad, los derechos fundamentales de los niños y las niñas, y los derechos de los adolescentes previstos en la Constitución y la Convención sobre los Derechos del Niño.	R	IN

Convenciones

PP: Proporcionalidad.

R: Razonabilidad.

PG: Progresividad.

NN: Ninguno de los anteriores.

E: Exequibilidad.

EC: Exequibilidad condicionada.

IN: Inexequibilidad.