

¿Un Gobierno de los Jueces?

Germán Alfonso López Daza

Abogado de la U. Santo Tomás de Bogotá. Máster en Instituciones y Políticas Públicas de la Universidad de Paris I (Sorbona). Doctorado en Derecho constitucional Universidad de -Paris II (Pantheón-Assas). Profesor e investigador de la Facultad de derecho de la Universidad Surcolombiana de Neiva.

Resumen

La justicia constitucional en el mundo ha presentado una notable evolución y Colombia no ha sido ajena a esta tendencia global. Desde su entrada en funcionamiento en 1992, la Corte Constitucional colombiana ha sido protagonista del desarrollo de la Carta del 91, hasta tal punto que ha llegado a afectar notablemente presupuestos básicos intocables del anterior régimen legal, como la seguridad jurídica. Bajo los postulados de la defensa de la Constitución, del Estado Social de Derecho y de los derechos fundamentales, la jurisprudencia del tribunal constitucional colombiano ha enfrentado decisiones tomadas por los otros poderes, por jueces y magistrados, lo que ha generado el apelativo de *gobierno de los jueces*.

Palabras claves

Justicia constitucional, control constitucional, gobierno de los jueces, derecho constitucional colombiano, sentencias manipulativas.

Abstract

Constitutional Justice in the World has had an outstanding evolution and Colombia has not had being foreign to this global tendency. Since its beginning in 1992, the Colombian Constitutional Court has being protagonist of the National Constitution of 91' until it notably affects the untouchable and basically concepts of the previous regulations, such as the juridical security. Under the postulates of defending the Constitution, the Law-Social State and the essential right, the Colombian Constitutional Court jurisprudence has faced decisions of the other powers and judges, which has produced the nickname *of judges government*.

Keys Words

Constitutional Justice; Judges Government; Colombian Constitutional Court; Law-Social State.

Presentación

El constitucionalismo colombiano, desarrollado con el texto promulgado por la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, ha venido efectuando un cambio fundamental en el derecho colombiano.

El texto constitucional contiene gran cantidad de principios y reglas directamente aplicables a todo tipo de conflictos jurídicos que necesariamente deben aplicar los jueces, los funcionarios administrativos o los litigantes en Colombia.

Esta situación contrasta notablemente con la condición dogmática de la Constitución colombiana de 1886, donde el texto constitucional sólo podía ser directamente aplicado por los organismos vértices del Estado en asuntos de alta política. Así pues, el Presidente de la República, el Congreso y la Corte Suprema de Justicia parecían ser los únicos actores legitimados (en situaciones muy especiales) para aplicar directamente el contenido del texto fundamental.

La Constitución del 86 concibió una especie de excepción de inconstitucionalidad de carácter tácito en su artículo 21; de la misma manera, la acción pública de inconstitucionalidad era, sin duda, un recurso importante; pero, es igualmente claro que la incursión de las interpretaciones hechas por la jurisprudencia constitucional a las jurisdicciones ordinarias era escasa.

Dentro del concepto tradicional de estado de derecho, los jueces entendían que su misión consistía en aplicar las reglas y principios enunciados por los códigos y las leyes; la constitución se expresaba mediante la ley, suprimiendo así la necesidad de interpretar directamente el texto superior. Por ello, los niveles de constitucionalización del conflicto común eran muy vagos.

La Constitución de Colombia de 1991 varió los conceptos de constitucionalismo e instauró de manera inequívoca la idea de supremacía directa de la constitución y la protección de los derechos constitucionales fundamentales de los ciudadanos, con argumentos basados en el texto constitucional sin intermediación legal. Los contenidos constitucionales se convierten en principios y reglas directamente aplicables a todo tipo de conflicto jurídico por resolver.

Muchos cambios importantes se han presentado en la última década en la teoría de las fuentes del derecho (ligando la aplicación directa de la Constitución a un nuevo uso de los precedentes judiciales), en la argumentación jurídica y en la forma de enfrentar o abordar el problema de las fuentes y de la interpretación del derecho.

El juez constitucional (Corte Constitucional y jueces cuando conocen de acciones de tutela) a través de su jurisprudencia, aparece como un creador consciente de sus reglas constitucionales y no como un simple aplicador pasivo de los textos superiores, democratizando de esta forma el uso de la constitución.

El dinamismo de la Corte Constitucional colombiana como defensora de la Constitución de 1991.

La Corte Constitucional colombiana y en general la rama judicial, han visto aumentar su prestigio y su aceptación dentro de la población colombiana por el hecho de ser, ahora, las instancias protectoras de los derechos fundamentales.

A la Corte Constitucional se le encomendó la importante misión de unificar la jurisprudencia mediante la revisión de las acciones de tutela e, igualmente, velar por la supremacía de la constitución, a través de los fallos de constitucionalidad.

Esta vasta tarea impuesta a la Corte y desarrollada en buena forma en estos 12 años de funcionamiento del alto tribunal constitucional, ha permitido desarrollar una extensa doctrina constitucional jurisprudencial, la que a su vez ha permitido construir unas bases sólidas sobre las cuales se ha venido edificando el constitucionalismo colombiano del siglo XXI.

La audacia de la Corte ha ido a los extremos de atenuar la otrora rígida separación de poderes, mediante la «*modulación o manipulación*» de sus fallos, bajo el argumento de que sólo ella puede dar el alcance a sus providencias. Creaciones jurisprudenciales como *el efecto inter pares*, *el efecto inter comunis*, *la vía de hecho*, *el estado de cosas inconstitucional* o la protección de derechos de 3ª y 2ª generación a través de la figura de «*la conexidad*», han hecho aparecer a la Corte como la principal protagonista y ejecutora material del *Estado Social y Democrático de Derecho*.

Justicia constitucional vs. Poder ejecutivo - Poder legislativo

Pese a ser una constitución eminentemente finalista, con una cantidad de deseos casi todos incumplidos (paz, justicia social, solidaridad, trabajo para todos, etc.), con múltiples incoherencias, sin una ideología definida, extremadamente amplia y excesivamente reglamentaria, la Carta actual es considerada como un primer paso para el logro de una verdadera justicia social y para la protección de los derechos fundamentales.

Los jueces vigilan la correcta aplicación de la norma legal y, en caso de incompatibilidad con la Constitución, aplican esta última. Si verifican una incompatibilidad entre la ley y la justicia, deben tender hacia esta última.

Tienen su propio ámbito de competencia: ellos imparten justicia, no gobiernan. Sin embargo, en muchas situaciones es posible que la protección de algún derecho o la búsqueda de la justicia, vaya en contravía de las políticas públicas del ejecutivo. En estos casos, se impone el Estado Social de Derecho.

El juez constitucional debe, ante todo, aplicar una cantidad de principios y reglas, desarrolladas ampliamente por la Corte Constitucional y buscar la justicia en los problemas que le son presentados para su solución. Esta misión obliga al juez a invadir, necesariamente, órbitas que teóricamente hablando en términos de Montesquieu, estarían fuera de su alcance.

Desde la promulgación de la Constitución de 1991 y más precisamente en 1992, año en que entró en funcionamiento la Corte Constitucional, han sido muchos los enfrentamientos del máximo tribunal constitucional con las otras ramas del poder público.

Periódicamente, el ciudadano del común se informa a través de los medios de comunicación sobre los enfrentamientos entre las tres ramas del poder público o, en muchas ocasiones, entre los altos tribunales al interior de la misma rama judicial.

Si se observan estos *choques de trenes* (como comúnmente se les llaman), es posible establecer o deducir cuatro situaciones:

1) La originada por los fallos proferidos por todos los jueces con ocasión de las Acciones de Tutela y, principalmente, los pronunciamientos de la Corte Constitucional contra las autoridades administrativas, debido a la violación de derechos fundamentales.

2) La causada por las sentencias de acciones de tutela proferidas por los jueces y, en especial, por la Corte Constitucional, contra los fallos de otros jueces o altos tribunales (Consejo de Estado, Corte Suprema de Justicia, Consejo Superior de la Judicatura).

3) Las producidas por las decisiones proferidas por la Corte Constitucional, dentro de las demandas de inconstitucionalidad de leyes o decretos especiales, que afectan principal y directamente al ejecutivo.

4) Los creados por los fallos de la Corte Constitucional mediante los cuales se le sugiere (o en ocasiones se le ordena) al Congreso de la República actuar en determinado sentido, ante la inactividad legislativa o para remediar vacíos o lagunas legislativas.

Fallos como el de la inconstitucionalidad del Concordato suscrito entre Colombia y la Santa Sede, la despenalización del consumo de la dosis personal, la legalización de la eutanasia, la protección del derecho a la inviolabilidad parlamentaria de los congresistas, la inconstitucionalidad de la normatividad

reguladora del sistema UPAC, la inexequibilidad de la prohibición de aumento de salarios de los funcionarios del estado o la inconstitucionalidad de la jurisprudencia del Consejo de Estado relativa a la acción de nulidad, han originado una avalancha de críticas por el desmesurado protagonismo y el *gran activismo* de la Corte Constitucional.

Este «*activismo*», ha ocasionado que frecuentemente la acusen de extralimitarse en sus funciones y que con sus fallos judiciales, Colombia haya pasado a tener un *gobierno de los jueces*.

Recurrir a esta expresión de gobierno de los jueces tiene una connotación profundamente negativa, ya que refleja un supuesto desbordamiento de las competencias de la Corte Constitucional. Alegan los críticos, que ese control judicial de las leyes no es democrático y que con sus fallos la Corte determina políticas públicas. Yendo más lejos, los críticos hablan del riesgo de politización del poder judicial.

Mirando aspectos como la estabilidad democrática colombiana, la relativa estabilidad institucional, el desarrollo de la democracia participativa y el predominio del principio de separación de poderes, se podría pensar que en Colombia no estamos en un *gobierno de los jueces*.

Sin embargo, haciendo un análisis más profundo y apoyándonos en la doctrina extranjera, podríamos llegar a otra conclusión. A pesar de que este término tiene tinte peyorativo, en el plano constitucional internacional tiene un contenido teórico que brevemente podemos exponer.

Hacia una construcción teórica del concepto «*gobierno de los jueces*»

La tesis de «el gobierno lo jueces», es decir de un gobierno sin legitimidad democrática, sin responsabilidad, sin capacidad de responder a las demandas sociales, nació en Estados Unidos de América bajo el mandato de Theodore Roosevelt en 1903, quien criticó la aplicación del denominado «darwinismo jurídico» (o prevalencia del derecho presumiblemente mas fuerte) del Tribunal Supremo Federal y condenó toda intervención legislativa de los jueces en la vida económica; el presidente censuró el nuevo rol de legislador irresponsable que los mismos jueces americanos se habían atribuido unilateralmente.

Edouard Lambert¹ retomó esta idea y la desarrolló en Europa en su libro *Le*

¹ LAMBERT, Edouard. Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats Unis, l'expérience américaine du controle judiciaire des lois. Paris, M.Giard&Cie. 1921. pág. 276.

gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats Unis, l'expérience américaine du contrôle judiciaire des lois, publicado en 1928 bajo la fórmula de «El gobierno de los jueces».

En resumen, críticos y tratadistas (v.g. Michel Troper, Otto Pferman, Etienne Picard, etc) resaltan el hecho de que un tribunal, compuesto de algunas personas arbitrariamente designadas y sin responsabilidad política, a menudo nombradas por complacencia o por coyunturas políticas, que forman un cuerpo poco democrático, ejerzan un poder tan decisivo y sin control.

Según Lacharriére², habría una usurpación del legislador por un cuerpo en el que el poder no habría sido previsto por la Constitución.

Troper³, constitucionalista francés y profesor de la Universidad de Paris ha afirmado que el hecho de que los jueces tomen decisiones políticas parecería una contradicción ya que los jueces no gobiernan; los jueces juzgan; los jueces se pronuncian por razones de legalidad y no de oportunidad.

Siguiendo la exposición de Troper⁴, el concepto de gobierno de los jueces se reconocería de cuatro maneras:

1) Los jueces gobernarían porque disponen de una parte del poder legislativo, tesis propuesta por Lambert y Kelsen. Según este autor, si los jueces pueden apartar del mundo jurídico una ley, ellos también tendrían un poder legislativo. Serían, entonces, legisladores negativos.

2) La segunda forma se relaciona con la posibilidad de los jueces de iniciar de oficio ciertas acciones o controles como el de constitucionalidad.

3) Una tercera forma hace referencia a la posibilidad de los jueces de aplicar principios vagos. Según Eisenman, discípulo de Kelsen, «si el juez pudiera enunciar él mismo los principios aplicables, el gobierno de los jueces substituiría al gobierno de legislador». Troper explica diciendo: «si los principios son formulados de manera precisa y no vaga, y si el juez se encuentra encerrado en su propia jurisprudencia, entonces el gobierno de los jueces no estaría aquí materializado».

4) Una cuarta posibilidad dice que existiría un gobierno de los jueces si éste fuera en contra de la voluntad del legislador. Ardant citado por Troper, dice, a propósito de la Corte Suprema americana: «*Por cinco votos contra cuatro, ella*

² LACHARRIÈRE R. *Opinión disidente*. En: revista Pouvoir número 13 (1980), dedicada al Consejo Constitucional Francés; págs. 133 - 135.

³ TROPER, Michel. «*Existe-t-il un concept de gouvernement de juges?*».

⁴ Ibid, pag. 26.

puede poner en jaque la aplicación votada por representantes elegidos de la nación». Habría gobierno de los jueces porque la Corte expresaría una voluntad que va en contra de los elegidos de la nación.

Si aplicamos los parámetros expuestos por Troper para Colombia, podríamos concluir que, efectivamente, la Corte Constitucional ejerce «un *gobierno de los jueces*».

Como lo hemos mostrado, la Corte Constitucional colombiana ejerce el control de constitucionalidad y cuando estima que una norma es contraria a la Constitución, puede declararla inconstitucional; ella ejerce un rol de legislador negativo tal como fue definido en el numeral uno.

Pero la Corte ha ido más allá. También ejerce como legislador positivo a través de las sentencias manipulativas, en las que el alto tribunal cambia el sentido de la ley, le agrega contenidos no previstos ni aprobados por el legislador y, en ocasiones, le imparte ordenes al Congreso para que legisle de determinada manera⁵.

La Corte Constitucional colombiana puede revisar de oficio ciertos decretos en ciertos casos, precisamente en los estados de excepción, las leyes estatutarias (sobre derechos fundamentales), las leyes aprobatorias de tratados internacionales y la ley de plan de desarrollo del Presidente. Sería entonces el caso presentado en el numeral dos.

La Corte Constitucional revisa las sentencias de tutela y profiere fallos de revisión de constitucionalidad. Como se ha visto anteriormente, la Corte es creadora de verdaderos principios de derecho pues no se limita a aplicar exclusiva y taxativamente los principios contenidos en la Constitución.

Además, la Corte no se encierra nunca en su propia jurisprudencia. Ella la ha modificado cuando ha estimado conveniente decidir de otra forma. Por ejemplo, en la sentencia SU 047 de 1999, la Corte cambió su propia jurisprudencia de constitucionalidad con un fallo de revisión de tutela. Estaríamos entonces en el caso de numeral tres.

En muchas ocasiones, la Corte Constitucional ha revisado demandas de constitucionalidad y las ha declarado inconstitucionales con una débil mayoría como por ejemplo, la polémica sentencia C-221 de 1994 sobre la despenalización de la dosis personal de droga, la cual fue decidida con estrecho margen de cinco

⁵ Ver por ejemplo las sentencias C-473/94, C- 109/1995, C-828, C-477/1999, C-170/2004, C-836/2001, C-620/01, C-700/1999.

contra cuatro. Nos encontraríamos entonces en el caso del numeral cuatro.

Los críticos y algunos sectores del gobierno han atacado esta jurisdicción preguntándose: ¿Cómo pueden los jueces ir en contra del trabajo del legislador?; ¿cómo la voluntad de los representantes democráticos elegidos puede ser confrontada con la voluntad de aquellos que no son elegidos?

Creemos que las respuestas a estos interrogantes se podrían plantear desde varias perspectivas⁶:

- La vinculación de la Corte Constitucional a la Escuela del derecho libre y realismo jurídico.
- La jurisprudencia de valores (Habermas)
- La transformación de la justicia constitucional en justicia redistributiva
- El cambio del paradigma jurídico colombiano.
- La nueva concepción del Estado Constitucional. El novedoso ingrediente del Estado Social de Derecho.
- El novedoso ingrediente del Estado Social de Derecho.
- El papel que juega el juez en la sociedad.

Como una posible respuesta a esta situación, en los Estados Unidos y en Europa se propone una solución: el *judicial self restraint o la reserva judicial*. Consiste en una autodisciplina dirigida a evitar que los jueces hagan prevalecer sus opiniones personales, contrarias a los precedentes existentes o a la ley. Es decir, el mismo Tribunal constitucional debe auto controlarse y respetar la potestad de los demás poderes públicos.

Sería difícil pensar en un compromiso público de la Corte Constitucional dirigido a aplicarse un autocontrol. Mientras se buscan salidas a esta problemática, el gobierno seguirá cocinando una propuesta de reforma a la justicia en la que, entre otras cosas, se propondrá *cortarle alas* al poder de la Corte Constitucional y, de paso, al mecanismo de protección de los derechos fundamentales por excelencia: la acción de tutela.

Y mientras tanto, la Corte seguirá con su tarea. Pero además tendríamos que ampliar esta exposición e incluir un nuevo protagonista dentro de esta dinámica jurídico-constitucional: la jurisdicción administrativa con los fallos de las acciones populares, que según se ha venido detectando, parece querer seguir los pasos de su hermana, la acción de tutela.

⁶ Estas posibilidades explicativas son expuestas con mayor profundidad en el texto *La Justicia constitucional: ¿Un gobierno de los jueces?* publicado por la Editorial de la Universidad Surcolombiana (2005).