

# Derecho constitucional. Perspectivas críticas

Observatorio de Justicia Constitucional. Universidad de los Andes

---

**Beatriz Londoño Toro\***

**C**omentar el resultado del Observatorio de Justicia Constitucional de la Universidad de los Andes, constituye para quienes trabajamos en investigación jurídica una tarea del mayor interés.

Por su seriedad, continuidad y rigor científico, es una de las publicaciones más respetadas en el área y la pionera en esta metodología de análisis de fenómenos jurídicos.

La primera pregunta que nos surge tiene que ver con el significado de un observatorio. ¿En qué consiste esta figura y cuál es su característica principal en el libro que comentamos?

Es indudable que el concepto es originario de la astronomía y de las ciencias naturales. Se trae como un símil a las ciencias sociales para identificar un método que está basado en la descripción, la explicación y, en algunos casos, la búsqueda de comprensión de los fenómenos.

Visto desde la perspectiva metodológica pudiese uno aventurar que con esta propuesta se intenta una labor que podría ubicarse entre el método normativo o hermenéutico y el método empírico, sin embargo el balance se inclina mucho más hacia el primero.

Desde la perspectiva social estos observatorios tienen varias connotaciones; la primera tiene un significado importante pero un tanto distante: la academia como observadora de los fenómenos jurídicos y en

---

\* Investigadora senior, Facultad de Jurisprudencia, Universidad del Rosario. Trabajo presentado en el Encuentro "10 años de la Constitución de 1991", Pontificia Universidad Javeriana, noviembre 21 de 2001.

especial de la legislación y de la jurisprudencia de las altas cortes. La segunda tendría una implicación vital desde la perspectiva planteada por Maturana cuando señala: “*de hecho las explicaciones científicas no explican un mundo independiente, explican la experiencia del observador, u observadora, y ese es el mundo que en él o ella vive.*”<sup>2</sup>

La segunda pregunta que nos hacemos es: ¿con qué criterios podremos comentar un observatorio como el que nos remiten nuestros pares? Consideramos importante examinar tres factores a manera de síntesis de lo deseable en esta propuesta metodológica: el primero debe ser la independencia. Quien se dedique a la investigación jurídica y socio-jurídica no puede comprometer tan valiosa exigencia. Por esto los trabajos que presentan las universidades con esta denominación tan exigente, no pueden ser contratados por los observados, ni corresponder a sus presiones de resultados o políticas.

La segunda exigencia de un observatorio debe ser el contar con una mirada crítica, trascender la mera descripción de fenómenos hacia un intento de comprensión desde un enfoque crítico. La mera observación no implica crítica y podemos caer en el error de las miradas asépticas, que en materia social son muy riesgosas.

La tercera exigencia es la propuesta. En un país con tantas carencias y crisis, no podemos darnos el lujo de llegar sólo a la crítica, sin aportar recomendaciones e incluso alternativas de solución a los problemas que identificamos, describimos, explicamos e intentamos comprender.

La modalidad de construcción de un observatorio como el que presenta la Universidad de los Andes, requiere de un grupo de apoyo que esté trabajando en forma permanente una agenda de problemas y la generación de propuestas. Tal vez la mayor dificultad de esta labor es llegar a quienes van dirigidas las principales críticas y análisis: los jueces y magistrados, el ejecutivo y el Congreso. Qué distantes están aún entre nosotros el Congreso y la rama judicial, de la Academia.

Para presentar nuestra corta reseña realizaremos un pequeño recorrido por los principales ensayos del libro *Derecho constitucional. Perspectivas críticas*, con esta mirada específica a la luz de los criterios expuestos. Finalizaremos con unas conclusiones.



<sup>2</sup> Humberto Maturana R., *La realidad: ¿objetiva o construida?*, tomo II, México, Anthropos, 1997, p. 30.

**LA INCORPORACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO  
AL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO EN LA  
JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL**

*Alexandra Letts y Pablo Rueda Sáiz*

El artículo presenta un análisis juicioso e integral de lo que ha sido la posición de la Corte Constitucional frente al derecho internacional humanitario y las consecuencias de la misma. En primer término se refiere a la forma en la cual esta alta corporación ha interpretado la integración “inmediata y automática” del DIH en el ordenamiento jurídico colombiano y los efectos inconvenientes de la aparente generosidad en la incorporación de estas normas, en el momento de su real aplicación.

Es necesario reconocer la crítica estructurada que realiza a la jurisprudencia de la Corte —que no es muy frecuente en nuestro país— y el estudio del tema y sus implicaciones tanto en el ámbito nacional como en el internacional.

El artículo cumple con los requisitos de independencia y mirada crítica, su principal aporte lo encontramos en la propuesta ya que la reflexión en torno a la incorporación automática del DIH en el derecho colombiano, basada en criterios de derecho internacional y de coherencia jurídica y política, enriquece la discusión que la academia debe dar a la jurisprudencia de la Corte y su contenido de derecho internacional.

**REGULACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS:  
REDEFINICIÓN CONSTITUCIONAL DEL ESTADO COLOMBIANO**

*Carlos Andrés Sánchez García y Lorenzo Villegas Carrasquilla*

El artículo se refiere a la consagración constitucional de las comisiones de regulación de servicios públicos y su reglamentación. El análisis se centra en el estudio de los artículos 150, 365 y 370 constitucionales que consagran los servicios públicos como deber del Estado, y la función meramente de reglamentación del presidente de la república en cuanto al tema.

Los autores precisan el concepto de regulación, en contraposición al de reglamentación, exponiendo que la consagración del art. 68 de la Ley 142 de 1994 es inconstitucional, por cuanto otorga al presidente

la función de regulación de los servicios públicos y la posibilidad de delegar dicha función en las comisiones de regulación, contraviniendo el principio de tridivisión de poderes, frenos y contrapesos, y el derecho a la libre competencia, pues "quien reglamenta no regula y quien regula no compete".

El artículo cumple con la exigencia de independencia, y su principal aporte lo encontramos en la mirada crítica cuando pone en evidencia las contradicciones de nuestro sistema estatal. Llama la atención sobre la forma paradójica en que se manejan los intereses públicos, por intermedio de políticas que involucran intereses particulares y acerca de la amenaza y violación a los derechos colectivos como el de la libre competencia y el derecho de los usuarios y consumidores, al no tener una legítima protección por medio de una verdadera regulación autónoma que en forma real evite los abusos y las posiciones dominantes en el mercado.

Es un poco débil en materia de propuestas, pues aunque señala varios argumentos referidos a la posible inconstitucionalidad del artículo 68 de la Ley 142 de 1994, no trasciende a las acciones respectivas para lograr dicho resultado.

### **LA CORTE CONSTITUCIONAL FRENTE A LA EXCEPCIONALIDAD: DIEZ AÑOS DE CONTROL MATERIAL LAXO Y DISCURSIVO**

*Libardo Ariza y Antonio Barreto*

Se trata de un análisis crítico basado en una juiciosa investigación jurisprudencial. Se introduce el tema con un estudio sobre el juez y los poderes de emergencia, y en la primera parte sus autores hacen un recuento histórico de los estados de excepción, concluyendo que durante cerca de cuatro décadas la Corte Suprema de Justicia jugó un papel débil y permisivo en la llamada anomalía constitucional, referida a los mismos.

Se examina con una doble característica este período y la denominan expansión y dispersión del estándar de emergencia, destacando el carácter esencialmente político con que se interpretaba la declaración del estado de sitio y la lectura e interpretación de la realidad como un monopolio del presidente de la república.

Cuando se estudian los planteamientos de la Asamblea Nacional Constituyente se considera que su objetivo era una reevaluación del estándar de emergencia y se pasa luego a examinar el papel de la Corte Constitucional en materia de control de constitucionalidad de los estados de excepción desde 1991.

Al examinar las modificaciones operadas en estos diez años en el control judicial de los estados de excepción, los autores distinguen tres momentos: un primer período de control laxo a pesar del control material, un segundo de afianzamiento del control material, y uno final de retroceso y debilidad en la doctrina constitucional en la materia.

Se considera que el debate de fondo sobre el significado del control material sólo surge, dentro de la Corte, cuando ésta se atreve a declarar por primera vez la inconstitucionalidad de un decreto declarativo.

Se concluye que, de la rígida seguridad y predecibilidad que caracterizó la relación entre la declaratoria y su control bajo la vigencia de la Constitución de 1886, se ha pasado a un panorama fluctuante, donde la decisión acerca del estado de excepción ya no es una potestad exclusiva del presidente de la república, sino una decisión compartida con el Tribunal Constitucional.

Para los autores, el reto de la Corte Constitucional en este tema tiene que ver con su propia legitimidad e independencia.

El artículo tiene un gran valor, pues es un excelente balance que incluye los tres factores propuestos: independencia, mirada crítica, su principal característica, y el análisis de una propuesta referida al reto de la Corte en materia de estados de excepción.

### **¿EMANCIÓ LA PRIMERA CORTE CONSTITUCIONAL A LAS MUJERES?**

*Julietta Lemaitre*

Celebramos, como mujeres, la propuesta de este artículo, donde se realiza un análisis desde la perspectiva de género de las decisiones de la Corte Constitucional en sus primeros diez años.

La autora reconoce a la Corte como una aliada en la causa femenina, mas no considera que su labor haya sido emancipadora, pues este privilegio se le debe reconocer a la Constitución misma; los derechos nuevos se ganaron en la Asamblea Nacional Constituyente y no en la Corte.

Se reconoce que por la vía de tutela se han precisado algunos derechos de la mujer y que no es solamente sobre el de la igualdad donde se han generado fallos que las protegen, también en materia de discriminación y violencia.

El artículo estudia y ve como un avance la sentencia sobre la denominada ley de cuotas, considerando que este fallo permitió uno de los pocos debates públicos, y tal vez el mayor, sobre la protección de derechos de género en Colombia.

Señala como regresiva la posición de la Corte en materia de penalización del aborto, y su autora asume éste como uno de los grandes retos de la Corte. Al analizar las sentencias C-133/94 y C-013/97, donde la Corte declaró la exequibilidad de la penalización, se atribuye al constituyente y a su silencio la responsabilidad de sentencias desfavorables, pues el tema fue una batalla perdida en la Asamblea Nacional Constituyente.

En el artículo no se analiza la sentencia C-647 de 2001 que complementa la visión de la línea jurisprudencial en la materia.

El artículo responde a las exigencias de independencia y mirada crítica. En materia de propuesta, la autora considera que el cambio sólo es posible en los espacios de deliberación democrática, sin profundizar en otras alternativas para lograr permear hacia un feminismo liberal a los altos tribunales, entre las cuales podrían estar la propuesta de acciones judiciales en la materia y la educación a los magistrados y jueces sobre la protección internacional e interna de los derechos de las mujeres.

**LEGALISMO VS. CONSTITUCIONALISMO: INSTITUCIONALIZACIÓN DE LA FUNCIÓN PENAL Y SUPERACIÓN DE UNA ANTINOMIA**

*Alejandro Aponte*

Este artículo, de excelente factura crítica, analiza la sentencia C-392 de 2000, donde se examinó el control de constitucionalidad de la denominada justicia regional.

Incluye un análisis jurisprudencial del problema de lo permanente y lo excepcional en el derecho penal que muestra las múltiples tensiones entre legalismo y garantismo, entre efficientismo y garantismo.

Se estudian en profundidad los argumentos de la Corte y se concluye que es en el respeto de los derechos y garantías donde radica la legitimidad y la eficacia del derecho penal, y que el esfuerzo central debe orientarse a la institucionalización de la función penal. Se estima que la sentencia analizada, a pesar de sus inconsistencias y vaguedades, es una contribución significativa al impulso de nuevas garantías en materia penal para las personas.

**DATOS CUANTITATIVOS SOBRE LA TUTELA: CUÁNTO, ANTE QUIÉNES Y DÓNDE (1996-2001)**

*Henrik López*

El artículo busca mostrar otras facetas de las decisiones de la Corte Constitucional y señala la urgencia de realizar un trabajo interdisciplinario de interpretación del fenómeno que significa la acción de tutela, no sólo mirando los fallos y sus tendencias, sino examinando sus efectos y las causas que llevan a las personas a utilizar este mecanismo.

La fuente de información escogida corresponde a los libros radicadores de la Corte Constitucional. Respetamos dicha elección, pero estamos en mora de hacer análisis más directos tomando muestras de sentencias y escudriñando mucho más los fallos judiciales, que constituyen un laboratorio de primer orden.

Las variables escogidas son interesantes; sin embargo, se estima muy importante interrelacionarlas para permitir resultados y análisis más profundos.

El primer aspecto que se examina es el de las competencias, concluyendo que los juzgados fallan el 67% de las tutelas del país. Se concluye, igualmente, que se ha reducido la demanda y participación en decisiones de las "altas cortes". Este hecho se interpreta como pérdida de confianza en dichas corporaciones, aunque otra razón válida podría ser la dificultad para acceder a ellas.

En el estudio de los demandados, estimamos que las categorías de análisis no son muy técnicas y constituyen simplemente un acumulado de las anotaciones que aparecen en los radicadores de la Corte. Valdría la pena estructurarlas más y realmente identificar en los casos una tipología de demandados que pudiese ser de mayor utilidad.

Al analizar la carga laboral y la concentración de sentencias, se realiza una distribución por municipios y cantidad de procesos tramitados semanalmente, para concluir que la mayor carga de tutelas corresponde a la ciudad de Bogotá.

Lo más interesante del artículo son los problemas que deja planteados y abiertos para nuevas investigaciones: ¿a qué se debe que las personas acudan a los juzgados en demanda de justicia? ¿Ha considerado el Estado la necesidad de aumentar la oferta de justicia? ¿Cuál es la razón por la cual se demandan entidades con funciones ejecutivas? Aunque surge en primer lugar el problema estructural de la seguridad social y todos los autores lo señalan, poco se profundiza en las alternativas para hacer exigibles los derechos prestacionales.

Este artículo tiene su fortaleza en la mirada crítica y en las propuestas de futuras investigaciones sobre las decisiones de tutela. Su debilidad la encontramos en el factor de independencia, pues las fuentes utilizadas no son directas y por tanto los resultados de la investigación se atienen a los radicadores de la Corte Constitucional sin trascender a las decisiones judiciales que los originan y con el riesgo de desinformación o manipulación de los datos.

## **CONCLUSIONES**

Consideramos de enorme importancia el documento analizado y felicitamos al equipo de profesores que participó en su elaboración.

Convendría por razones metodológicas darle permanencia a esta propuesta de los observatorios con las implicaciones de independencia, mirada crítica y capacidad propositiva.

La labor de esta modalidad de investigación debe continuarse y enriquecerse con nuevas visiones, nuevos actores e incluso compromisos interinstitucionales para lograr verdaderos aportes y no simplemente reconocimiento o verificación de realidades interpretativas. Estimamos importante implementar líneas jurisprudenciales como base del observatorio.

Esperamos que este nuevo libro sea recibido por sus destinatarios naturales: las altas cortes, el legislador y el ejecutivo, pero también por la comunidad académica, como un aporte en la perspectiva crítica del nuevo derecho constitucional.