

INFORME

EL “CHOQUE DE TRENES” ENTRE LA CORTE CONSTITUCIONAL Y EL CONSEJO DE ESTADO: LOS JUEGOS JURÍDICOS METANORMATIVOS EN COLOMBIA¹por **Carlos Eduardo Salinas Alvarado**

Universidad de Salamanca

“La teoría de que las normas deciden los asuntos parece haber engañado durante un siglo, no solo a los ratones de biblioteca, sino a los jueces” - (Llewellyn, 1934: 7)

RESUMEN

El presente artículo pone de presente el peso que tiene la jurisprudencia en Colombia, abordando una controversia en la jurisprudencia y doctrina, en lo que la teoría jurídica denomina “realismo jurídico” y que la Corte Constitucional Colombiana, siguiendo a Zagrebelsky, ha llamado “derecho viviente” al estudiar la constitucionalidad de una jurisprudencia elaborada desde los años 60’s por el Consejo de Estado en la denominada “doctrina de móviles y finalidades”, según la cual sólo es posible pedir la anulación simple de actos administrativos generales o de algunos actos administrativos particulares, a pesar de que la disposición normativa no hacía distinción, contraviniendo el principio hermenéutico de que allí donde la norma no distingue, no le corresponde distinguir al intérprete, configurándose así una variante de lo que la teoría jurídica designa como “juegos metanormativos”. Para terminar se analiza la sentencia ulterior de la Corte Constitucional al respecto, donde en una posición bastante deferente hacia el legislador, el Tribunal constitucional colombiano bendice la implantación de la doctrina en el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

ABSTRACT

The present article analyzes the weight that has the jurisprudence in Colombia, addressing a controversy in jurisprudence and doctrine, in what legal theory calls “legal realism” and that the Colombian Constitutional Court, following Zagrebelsky, has called “living law” on having studied the constitutionality of a jurisprudence elaborated from the years 60’s for the State council in called “doctrine of mobiles and purposes”. According to which it is only possible to ask for the simple cancellation of administrative general acts or of some administrative particular acts, in spite of the fact that the normative disposition was not doing distinction, infringing the hermeneutic a principle. Finally, the subsequent constitutional ruling of the Constitutional Court is analyzed, where, in a rather deferential position towards the legislator, the Colombian Constitutional Court blesses the implementation of the doctrine in the new Code of Administrative Procedure and Administrative Litigation.

I. INTRODUCCIÓN

A partir de la entrada en vigencia de la constitución de 1991 y la consecuente creación de la Corte Constitucional como “guardiana de la Constitución”, se han suscitado varios enfrentamientos denominados por los medios como “choque de trenes”, con las otras altas cortes, principalmente con la Corte Suprema de Justicia, que hasta el 91 era la que realizaba el control de constitucionalidad ahora conferido a la Corte Constitucional, y con el Consejo de Estado, el cual tiene un control de constitucionalidad residual², esto es, en los casos no consagrados expresamente en la Constitución.

Se nos ha vendido la idea de un *rule of law* o Estado de Derecho, donde “los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley”³, pero que ocultan una serie de *juegos jurídicos metanormativos* que lo que en últimas hacen es darle un ropaje jurídico a posiciones con un trasfondo de intereses políticos y/o económicos, pues como lo deleva Capella,

El juego se basa en la necesidad o la conveniencia de determinados comportamientos estatales para los sometidos al derecho. La autoridad puede condicionar tales comportamientos suyos, percibidos –digamos, siempre en términos relativos– como «bienes», esto es, como convenientes o necesarios para los sometidos a la autoridad, a la producción de ciertos comportamientos de los sometidos, o lo que viene a ser lo mismo, a la materialización por ellos de determinados resultados (Capella, 1999: 123).

En el presente ensayo abordaremos la manipulación jurídica que hacen las altas cortes en Colombia, en particular el Consejo de Estado, el cual desde 1961 y hasta hace poco, ha venido haciendo una serie de juegos jurídicos metanormativos jurisdiccionales, particularmente la denominada «doctrina de móviles y finalidades» que “incluye pues una actividad hermenéutica jurídica: para decidir es preciso interpretar el derecho existente (y como se verá, no solamente el derecho: también se interpretan o «reconstruyen», los hechos relevantes para el caso”⁴, que en la situación del Consejo de Estado es aún peor, pues no interpretan hechos, sino que van más allá: presienten, adivinan cuáles son las intenciones del demandante, a pesar de que las pretensiones de la demanda son otras y no hay lugar a algo semejante. Teniendo en cuenta la anterior afirmación, intentaré probar que la Corte Constitucional –al menos en este caso de la doctrina de móviles y finalidades–, solía tener una perspectiva realista, mientras que el Consejo de Estado aplica una jurisprudencia de intereses.

Siguiendo a Pérez Luño, creemos que el realismo jurídico no es una escuela jurídica, ya que:

“en realidad, los seguidores de esta tendencia más que crear una nueva escuela jurídica, lo que defienden es un método distinto y original de enfocar los problemas jurídicos. Según dicho método, los principales factores jurídicos a tener en cuenta son los relacionados con la aplicación efectiva del derecho en los tribunales, considerando a este respecto que las normas o reglas jurídicas ejercen una influencia relativamente pequeña sobre las decisiones de los jueces y que, en cambio, debía

2. Constitución Política de Colombia. Artículo 237. Son atribuciones del Consejo de Estado: () 2. Conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional.

3. Así, por ejemplo el artículo 230 de la Constitución Política de Colombia.

4. Ibidem, 126.

subrayarse la importancia de otros factores, como el carácter y bagaje cultural de los jueces, sus debilidades, aborrecimientos, sus prejuicios, sus opiniones e instintos heredados, su condición u origen social e incluso, hasta su estado de salud.” (Pérez Luño, 2004: 95)

Para el realismo jurídico, “el derecho se reduce al comportamiento efectivo de ciertas autoridades jurídicas, en particular de los jueces, que crean el derecho por medio de las decisiones que adoptan” (Ost, 2001: 121), esto tiene consecuencias, entre ellas, la sustitución del concepto de derecho por el de interés (Llewellyn, 1973: 729).

El realismo jurídico, no es exclusivo de los Estados Unidos de América ni de los países escandinavos, sino que también se da en el trópico, sólo que de una forma solapada, tanto en el Consejo de Estado como en la Corte Constitucional colombiana, pues como se verá, el primero lo hace para eludir casos –y de paso, negando el derecho de acceso a la justicia–, mientras que la segunda antaño lo hacía para proteger dicho derecho fundamental violado, acuñando la expresión de la “doctrina del derecho viviente”, a la que nos referiremos más adelante.

Según Pérez Luño, la jurisprudencia de intereses:

“va a considerar que las normas jurídicas son ante todo juicios de valor o pronunciamientos acerca de cuál de los intereses contrapuestos en una controversia jurídica debe prevalecer, bien se trate de los intereses de una de las partes, de un tercero, o de la comunidad en su conjunto. Es decir, que el derecho sirve ante todo para resolver esos conflictos de intereses, de manera que, al analizarlo, lo único que debe preocupar al jurista o al profesional del derecho es interpretar o averiguar cuál de esos intereses trata de escoger el legislador mediante una norma determinada ... esos fines o intereses que debe proteger la norma son definidos en un sentido muy amplio, con criterios más bien intuitivos que racionales” (Pérez Luño, 2004: 95).

II. PROBLEMA JURÍDICO

Este “choque de trenes” generó inseguridad jurídica en el común de los ciudadanos, y aún al interior de los poderes públicos, pues muchos no saben a quien acatar, si a la Corte Constitucional o a la Suprema, o al Consejo de Estado, ya que esta situación es relativamente nueva y se colige que las altas cortes están en el mismo nivel jerárquico.

El papel de los sistemas consiste en reducir la complejidad de los problemas planteados en el entorno, en el caso presente, la inseguridad jurídica provocada por el desconocimiento del Consejo de Estado, de la sentencias de constitucionalidad de la Corte Constitucional, ha generado un desorden o caos institucional, que hace que el sistema jurídico canalice las expectativas, entendidas como los intereses perseguidos por los ciudadanos, frente al tema señalado (móviles y finalidades).

La Constitución establece que la Corte Constitucional es el órgano de cierre, en cuanto a interpretación constitucional (Art. 241 Constitución Política), y ente superior para determinar qué es o no Derecho, (binomio legal o ilegal).

Según nuestro criterio, al ser la Constitución la norma de normas y la Corte Constitucional su guardiana, sus sentencias prevalecen, pues no configuran jurisprudencia auxiliar sino doctrina constitucional, es decir, son un desarrollo de la Constitución misma.

III. APLICACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL: OBLIGATORIEDAD DE SUS DECISIONES

Desde su aparición en la Constitución Política de 1991, la Corte Constitucional es la garante de la integridad y supremacía de la Constitución, mediante las facultades que aquella le asigna. El texto de la Constitución de 1991 caracteriza a Colombia como un Estado Social de Derecho en el cual deben respetarse los derechos de libertad, de igualdad, y adicionalmente los derechos sociales, económicos y culturales; por eso es aceptable que los jueces coadyuven a través de las decisiones plasmadas en sus sentencias a lograr la tan anhelada justicia social. En Colombia, buena parte de la jurisprudencia constitucional que desarrolla el Estado Social de Derecho cuenta con el apoyo del hombre común, que miraba con malos ojos la lenta operatividad de los juzgados ordinarios.

Se observa, en el desarrollo de la acción de tutela, el compromiso del juez en la solución de los problemas cotidianos de la persona, lo cual pone sobre el tapete los enfrentamientos entre la justicia y el derecho, el formalismo jurídico y el antiformalismo, la verdad y la validez de las decisiones judiciales. Así, a favor y en contra de la Corte Constitucional, se han pronunciado distintas corrientes doctrinarias.

Entre los argumentos positivos y en defensa del desarrollo jurisprudencial de la Corte constitucional, hay quienes estiman que en todos los casos, los tribunales que verifican la constitucionalidad de las leyes, cuando actúan, hacen uso de una competencia jurídica de indiscutible contenido y alcance político. Ello ocurre entre otras razones, por el carácter de los asuntos llevados a su consideración, por las consecuencias y repercusiones de sus sentencias, y porque el control de constitucionalidad se creó y organizó para que prevaleciera la voluntad del juez sobre la de unas instancias políticas de origen popular: el Congreso y el Gobierno, que normalmente concurren a la formación de la ley.

No obstante, quienes opinan acerca del posible desbordamiento (el gobierno de los Jueces), deben tener en cuenta que esos posibles excesos hacen parte de la esencia misma del sistema, constituyen uno de los riesgos, y obedecen a la necesidad de hacer prevalecer principios que ya no están vinculados a la soberanía de quien hace las leyes sino a nuestros imperativos políticos: evitar el abuso del poder, racionalizar y limitar su ejercicio, garantizar la efectividad de los derechos fundamentales y libertades básicas, perfeccionar el Estado de derecho.

De la misma manera, quien interpreta la Constitución toma decisiones que tiene el valor de cosa juzgada y obliga a las autoridades y a los particulares, ejerce parte importante del poder político del Estado, y en la toma de estas decisiones juegan papel relevante los valores políticos de los jueces y su concepción del poder, la libertad, el estado y la sociedad, el Derecho, la Democracia y la autoridad.

Otros, por su parte entienden que las sentencias que la Corte dicta en ejercicio del control jurisdiccional son obligatorias, tienen fuerza de cosa juzgada constitucional, y ninguna autoridad puede reproducir el contenido material de las normas declaradas inexecutable por razones de fondo.

Así las cosas, la guarda de la Constitución supone que su interpretación sea uniforme, por lo cual, la que hace la Corte Constitucional es obligatoria para todos los jueces. Si así no fuera, “habría tantas constituciones como intérpretes” (SU- 640/98), interpretación no caprichosa ni arbitraria, porque se hace “en los estrictos y precisos términos” del artículo 241 de la Constitución.

No obstante, existen detractores del trabajo desarrollado por la Corte Constitucional, quienes consideran que al definir el Capítulo 4 del Título VIII de la Carta Política, que la

jurisdicción constitucional se ejerce por la Corte Constitucional, en virtud de la guarda de la integridad y la supremacía de la Constitución que le confía el artículo 240 de aquella, y que dicha guarda se asigna “en los estrictos y precisos términos de este artículo”; cuestionan cuáles son esos términos estrictos y precisos que enmarcan el ejercicio de la jurisdicción asignada a la Corte Constitucional, y si la Corte se ciñe efectivamente a esos términos.

A ese efecto, el artículo 241 de la Carta Política señala 10 hipótesis del ejercicio de control constitucional que le es propio a la Corte constitucional; todas ellas conducen a decisiones, salvo la que se menciona en el numeral 9, en el que se habla de revisión de decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos fundamentales, la cual debe hacerse conforme a la ley. Llama la atención, que respecto de los asuntos de que tratan los numerales 7, 8 y 10 del artículo en mención, se diga que las decisiones son definitivas, lo que no se afirma en los otros casos. Sin embargo, esos términos son los estrictos y precisos que anuncia la disposición, lo cual ha dado lugar a que la propia Corte se ocupe en varias de sus sentencias, de dilucidar la extensión de sus poderes y el alcance de sus fallos. En varias de ellas realiza los poderes de interpretación de la Constitución que invoca la Corte Constitucional, sus atribuciones para establecer distintas modalidades en el contenido de sus fallos, la posibilidad de diferir sus efectos o asignarles efectos ultra activos, retroactivos; el contenido y las variedades de la cosa juzgada constitucional, la fuerza vinculante de sus decisiones tanto en la parte resolutoria como en la motiva, la asimilación de las mismas el ordenamiento constitucional con miras a sujetar los poderes de las autoridades en todos los órdenes, o la instauración de la doctrina de los precedentes judiciales.

IV. LAS SENTENCIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL Y SU ENFRENTAMIENTO CON LAS DEMÁS ALTAS CORTES ⁵

La lucha entre las jurisdicciones consiste en que mientras para los jueces comunes la jurisprudencia es mera fuente auxiliar tal y como se entiende en los sistemas neoromanistas (tradicionalismo de fuentes), en la jurisdicción constitucional las sentencias constituyen precedente que, en primer lugar, obliga al mismo juez que lo expidió y en segundo, obliga a sus inferiores jerárquicos.

Varias sentencias de la Corte Constitucional en los años 1999 y 2000 ratifican la línea jurisprudencial que se viene exponiendo. En ellas (SU- 640/98, SU-168/99, T- 009/00 y T- 068/00) la Corte ha insistido en la fuerza precedencial de sus fallos. Esta fuerza se impone incluso frente a interpretaciones alternativas de textos constitucionales que pueden tener alguna otra de las altas cortes nacionales. En un fuerte enfrentamiento con el Consejo de Estado, este Tribunal sostenía que los períodos de los alcaldes eran “institucionales” (esto es, los reemplazantes elegidos popularmente recibían el encargo de terminar el período restante del alcalde originalmente recibido), mientras que para la Corte Constitucional el período de un alcalde elegido popularmente era siempre “personal”, esto es, se extendía al período constitucional regular de tres años contados desde el día de la posesión del nuevo alcalde. La Corte Constitucional tuvo que insistir en dos sentencias de unificación (SU- 640/98 y SU- 168/99) en que su interpretación tenía autoridad prevalente y que, por tanto, correspondía al Consejo de Estado acomodarse a ella. En consecuencia, dice la Corte, las sentencias del Consejo de Estado en contravía de la jurisprudencia Constitucional constituyen “vías de hecho” por violación de la cosa juzgada constitucional. El error fundamental del Consejo de

Estado, según la Corte, es creer que en la sentencias de constitucionalidad sólo obliga la parte resolutive de las mismas pero no la doctrina de la parte motiva.

La Corte Constitucional corrige esta postura y afirma que los jueces tienen la obligación de obedecer la *ratio decidendi* del fallo. Para el Consejo de Estado las sentencias C-011/94, C-586/95 y C-488/97 solo hacían unas declaraciones de exequibilidad o inexecutable sin que se llegase a comprometer la interpretación constitucional del Consejo. En la sentencia SU-640/98 la Corte Constitucional rechazó la posición asumida por el Consejo de Estado. Al respecto manifestó que dada su calidad de intérprete auténtica de la Constitución y de organismo encargado de actualizar la voluntad del constituyente, de sus decisiones obligaba tanto la parte resolutive como la *ratio decidendi* del fallo, es decir, las fracciones de la parte motiva que estuvieran en íntima relación con la parte resolutive de la sentencia.

Este sostenido enfrentamiento de autoridad con el Consejo de Estado y posteriormente uno con el Consejo Superior de la Judicatura, han llevado a la Corte Constitucional a enunciar de manera muy fuerte la autoridad de sus precedentes constitucionales, dejando en claro que las pautas de interpretación constitucional, deben ser acatadas, en la medida de que no constituyen simples postulados alternativos, para los funcionarios judiciales.

“La interpretación que lleva a cabo la Corte no es externa al texto de la Carta, como que esta demanda de la misma para poder actualizarse en el espacio y en el tiempo históricos. Las sentencias de la Corte Constitucional, en este sentido, por ministerio de la propia Constitución, son fuentes obligatorias para discernir cabalmente su sentido. (...) la interpretación de la Corte Constitucional, a diferencia de la jurisprudencia de los demás jueces, en cuanto desentraña el significado de la Constitución, no puede tener valor opcional o puramente ilustrativo, puesto que sirve de vínculo insustituible para que ella adquiera status activo de norma de normas y como tal se constituya en el vértice y al mismo tiempo en el eje del entero ordenamiento jurídico.”⁶

En la sentencia T- 068/00 la Corte cita, sin esconder su irritación, un párrafo de una sentencia de la Sala Jurisdiccional- Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, donde se lee:

“... es suficientemente conocido que las sentencias de tutela sólo producen efectos inter partes. Ciertamente que la Corte Constitucional, para evitar especialmente que se fallen hechos similares en distinta forma por sus salas de tutela, inventó el instituto de las llamadas “Sentencias de Unificación”. Y cierto es, igualmente, que, según parece, la Corte considera que esas sentencias obligan no sólo a sus miembros sino a todas las autoridades del país (...) otro aspecto de esta cuestión se relaciona con la seguridad jurídica: el instituto de la tutela acabó con esa seguridad, que consiste en que los fallos definitivos de los jueces o las corporaciones judiciales, ponen punto final a los pleitos. Ahora ese punto final sólo lo ponen las sentencias de tutela. Mientras tanto, todos los fallos judiciales están en interinidad, son cosa juzgada pero no definitiva, sino interina.” (López Medina, 2006: 69)

El párrafo del Consejo Superior muestra la resistencia de la cultura jurídica nacional frente a un mecanismo de disciplina jurisprudencial. Tal mecanismo, fundado en el valor

de la igualdad de trato jurídico, existe en la jurisprudencia constitucional de manera clara por lo menos desde 1995 y como se acaba de ver, es todavía fuertemente resistido por las otras altas cortes.

La Corte Constitucional procedió a aclarar varios malentendidos expresados en la opinión del Consejo Superior y señaló en primer lugar que aunque las sentencias de unificación tienen el valor ampliado en consideración a que se obtienen por parte de la Sala Plena, el valor del precedente se aplica a toda sentencia de la Corte Constitucional, bien sea del tipo C-, T-, o del tipo “SU-”. En la jurisprudencia constitucional existen sentencias en las que se ha declarado la violación de la doctrina constitucional vigente en cualquiera de este tipo de sentencias; por consiguiente, afirma la Corporación, que no es necesario que un precedente sea tomado obligatoriamente de una sentencia de unificación. En segundo lugar, insiste la Corte en que las sentencias de tutela no tienen un simple valor *inter partes* sino que obligan como doctrina vigente para casos análogos por sus hechos o circunstancias.

De la obligatoriedad del precedente (luego precisada por la Corte en pleno en la C-037/96), queda claro que la doctrina de la Corte es obligatoria en el sentido de que:

“es razonable exigir, en aras del principio de igualdad en la aplicación de la ley, que los jueces y funcionarios que consideren autónomamente que deben apartarse de la línea jurisprudencial trazada por las altas cortes, que lo hagan, pero siempre que justifiquen de manera suficiente y adecuada su decisión, pues de lo contrario, estarían infringiendo el principio de igualdad.”

Así mismo, posteriormente, en la C-739 de 2001, sin que hubiera confrontación con la Corte Suprema, la Corte Constitucional expresó: “...la cosa juzgada y la doctrina constitucional son de obligatorio cumplimiento, no sólo por la Corte Suprema de Justicia, como máximo tribunal de la justicia ordinaria, sino por cada uno de los jueces que conforman dicha jurisdicción.”

Así las cosas, los conflictos presentados entre la Corte Constitucional y las demás altas cortes derivan de la resistencia que origina el hecho de que la jurisprudencia de la Corte Constitucional sea de obligatorio cumplimiento y constituya precedente para sus inferiores, y por la naturaleza de los temas analizados, se conviertan en fuente obligatoria de derecho, en tanto que las sentencias de otras cortes, si están en contravía de la jurisprudencia o “doctrina constitucional”, pueden incurrir en “vía de hecho”. (López León, 2004: 13)

Se ha dicho que el realismo jurídico sólo puede explicarse a la luz de un derecho judicial y no tiene cabida en un régimen de derecho legislado, con lo cual discrepamos y al igual que el profesor Plazas Vega, consideramos:

“Empero, tan simple afirmación no repara en que también en los sistemas de derecho judicial deben obrar según las reglas preexistentes, materializadas en los precedentes judiciales que tengan la condición de *casos vinculantes* o en las leyes que gobiernen determinados actos o instituciones. En la versión anglosajona del *common law*, con una organización jerárquica que aún en nuestros días gira alrededor de los precedentes judiciales, los jueces inferiores deben acatar y seguir los precedentes judiciales legados por sus superiores, e incluso los tribunales de la misma categoría están sujetos a los precedentes sentados por ellos mismos; y unos y otros, naturalmente deben acatar las leyes escritas que rijan para el caso. En la versión norteamericana, por su parte, no solo se impone la sujeción a los precedentes, sino que en no pocos estados de la Unión ha adquirido particular importancia la legislación escrita. A lo cual cabe agregar, con Mario Lozano que

los sistemas de derecho anglosajón y continental transitan caminos de encuentros cuya visibilidad es notoria: en el ámbito del *common law*, aumenta la importancia de la ley escrita; en el del derecho continental, se reconoce un papel de los jueces más creativo y menos mecánico.” (Plazas Vega, 2003: 60).

V. LA DOCTRINA DEL DERECHO VIVIENTE: UNA PERSPECTIVA REALISTA

A partir de la sentencia C-557/01⁷, la Corte Constitucional importa la “doctrina del derecho viviente”⁸, en el considerando 5.2.1 justifica que:

“Si bien el control de constitucionalidad de las normas es un control abstracto porque no surge de su aplicación en un proceso particular, ello no significa que el juicio de exequibilidad deba efectuarse sin tener en cuenta el contexto dentro del cual la norma fue creada (i.e. su nacimiento), y dentro del cual ha sido interpretada (i.e. ha vivido). En fin: en buena medida, el sentido de toda norma jurídica depende del contexto dentro del cual es aplicada”

y especifica las condiciones bajo las cuales una interpretación debe ser tenida en cuenta en el juicio de constitucionalidad abstracto al decir:

“Con el fin de que el derecho viviente en la jurisprudencia se entienda conformado, se deben cumplir varios requisitos que muestren la existencia de una orientación jurisprudencial dominante, bien establecida. Entre ellos, son requisitos sine qua non los siguientes: (1.) la interpretación judicial debe ser consistente, así no sea idéntica y uniforme (si existen contradicciones o divergencias significativas, no puede hablarse de un sentido normativo generalmente acogido sino de controversias jurisprudenciales); (2.) en segundo lugar, la interpretación judicial debe estar consolidada: un solo fallo, salvo circunstancias especiales, resultaría insuficiente para apreciar si una interpretación determinada se ha extendido dentro de la correspondiente jurisdicción; y, (3.) la interpretación judicial debe ser relevante para fijar el significado de la norma objeto de control o para determinar los alcances y efectos de la parte demandada de una norma. La opinión de los doctrinantes puede ser valiosa para fijar el significado de una norma, pero no basta por sí sola para que se configure un derecho viviente. Los requisitos mencionados anteriormente son también aplicables para apreciar el valor de la doctrina. Sin embargo, a ellos debe agregarse un elemento cuantitativo y otro cualitativo: en cuanto al primero, no es lo mismo la opinión de un ensayista que la coincidencia entre las tesis de muchos tratadistas; para que pueda ayudar a conformar un derecho viviente la interpretación de los doctrinantes debe estar suficientemente expandida; en cuanto a lo segundo, la autoridad académica del doctrinante naturalmente le confiere un valor especial.”⁹

7. Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

8. Aunque la sentencia de la Corte Constitucional colombiana no lo menciona, creemos importante anotar que la figura se ha dado en varios países, siendo la Corte Constitucional italiana la pionera en utilizar esta figura jurídica, conocida allí como la doctrina del “diritto vivente”, fue mencionada preliminarmente en 1957 en el discurso del presidente de la Corporación, el Dr. Gaetano Azzariti sobre el primer año de funcionamiento de la Corte. Esta institución ha tenido defensores en distintas versiones y grandes contradictores, entre ellos Tulio Ascarelli y Vezio Crisafulli se cuentan entre los primeros y Francesco Carnelutti entre los segundos. Para ilustrar el tema del derecho viviente en Italia, véase La Doctrina del “Diritto Vivente” y la redefinición de las relaciones entre la Corte Constitucional y la Magistratura. (Martín de la Vega. 2003: 184 y ss.)

9. Considerando 5.2.3 de la sentencia C-557/01

Esta doctrina se predica no sólo de la interpretación judicial, sino también de la interpretación de la ley efectuada por la administración pública¹⁰.

VI. “CHOQUE DE TRENES”: SENTENCIA C-426 DE 2002 VS. IJ- 030 DE 2003

En esta ocasión, el punto de discusión es en cuanto al artículo 84 del Código Contencioso Administrativo (en adelante C.C.A.) y el alcance, o mejor, las restricciones que de este ha hecho el Consejo de Estado, al crear una doctrina denominada “Doctrina de los Móviles y Finalidades”. De la evolución y desarrollo que ha tenido la Teoría de los Móviles y Finalidades (también conocida como de motivos y Finalidades) desde su creación, se observan distintas posiciones al interior de las Secciones del Consejo de Estado, pues en ocasiones la decisión expresaba que la acción de nulidad procedía contra los actos de contenido particular y concreto sólo en los casos expresamente definidos por la ley¹¹, mientras que en otras oportunidades,¹² la decisión formulaba: “...nada impedirá, salvo que la ley expresamente lo prohíba, la procedencia de la acción de simple nulidad contra el acto de contenido particular, siempre que su nulidad no implique el restablecimiento de un derecho subjetivo para el administrado.” y que por dichas disparidades hermenéuticas jurisprudenciales, hubo la necesidad por parte de la Sala Plena del Consejo de Estado de unificar el criterio de la Corporación¹³, al exponer en su parte motiva:

“además de los casos expresamente previstos en la ley, la acción de simple nulidad también procede contra los actos particulares y concretos cuando la situación de carácter individual a que se refiere el acto, comporte un especial interés, un interés para la comunidad de tal naturaleza e importancia, que vaya aparejado con el afán de legalidad, es especial cuando se encuentre de por medio un interés colectivo o comunitario, de alcance y contenido nacional, con incidencia trascendental en la economía nacional y de innegable e incuestionable proyección sobre el desarrollo y bienestar social y económico de gran número de colombianos. De otra parte, el criterio jurisprudencial así aplicado, habrá de servir como de control jurisdiccional frente a aquellos actos administrativos que no obstante afectar intereses de particulares, por su contenido y trascendencia impliquen, a su vez, el resquebrajamiento del orden jurídico y el desmejoramiento del patrimonio económico, social y cultural de la Nación.”

En virtud de la anterior consideración, el Consejo de Estado negaba todas las acciones de nulidad simple interpuestas contra actos de contenido concreto, alegando que contra éstos sólo procede la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, haciendo así una distinción que no está contemplada en el artículo 84, y negando el acceso a la justicia a quienes intentaban una acción de nulidad simple, luego de transcurridos los 4 meses contemplados para la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, así no se pretendiera que fuera restablecido derecho alguno, agregando que esto sólo procedería en casos de gran interés social y con un móvil netamente patriótico. En la sentencia C- 426/02, la Corte considera que esto es una interpretación errónea por parte del Consejo de Estado, ya que ningún juez puede hacer una interpretación judicial “*Ex Proprio Iure*”, porque de ser así, el intérprete se estaría sobreponiendo al legislador, en palabras de la Corte:

10. Cfr. Sentencias C-1093 de 2003, C- 183 de 2016

11. C.E. Sección 1ª, Agosto 2 de 1990, Consejero Ponente: Dr. Pablo Cáceres Corrales, expediente 1482.

12. C.E. Sección 3ª, Abril 18 de 1996, C.P. Dr. Carlos Betancur Jaramillo, expediente 9899.

13. C.E. Sala Plena, Octubre 29 de 1996, C.P. Dr. Daniel Suárez Hernández, Exp. S- 404, “caso Cusiana”.

7.16. Así las cosas, independientemente de las tesis que hayan sido expuestas en el seno del máximo órgano de la jurisdicción administrativa para delimitar la procedencia de la acción de nulidad contra actos de contenido particular, la formulación y exigencia de requisitos adicionales no contenidos en el texto de la norma acusada ni derivados de su verdadero espíritu y alcance, representan, sin lugar a dudas, una carga ilegítima para los administrados que afecta y restringe de manera grave el ejercicio de sus derechos fundamentales de acceso a la justicia y al debido proceso, pues, ... el intérprete no puede hacer decir a las normas lo que éstas no dicen, mucho menos si el sentido que les atribuye excede su verdadero contenido y no se ajusta al texto de la Constitución Política.

La Corte Constitucional no se limitó a hacer una mera confrontación exegética de la norma demandada con la Carta, sino que observando el derecho realmente aplicado por la autoridad judicial responsable (derecho viviente), hace un recuento histórico del contencioso de nulidad desde la ley 130 de 1913, hasta nuestros días, adujo que “en un Estado de Derecho no pueden subsistir aplicaciones normativas irrazonables que desborden el marco jurídico que fija la Constitución ... el principio de prevalencia o supremacía de la Carta, contenido en el artículo 4º Superior, se hace extensivo tanto al tenor literal de la ley como al significado abstracto y real fijado por la autoridad judicial responsable –derecho viviente–, ya que en un Estado de Derecho no pueden subsistir aplicaciones normativas irrazonables que desborden el marco jurídico que fija la Constitución. Así mismo, apostilla que:

integrar los conceptos de antiformalismo e interpretación conforme a la garantía consagrada en el artículo 229 de la Carta, en manera alguna busca desconocer o debilitar el papel protagónico que cumplen las reglas de procedimiento en la ordenación y preservación del derecho de acceso a la justicia, ni contrariar el amplio margen de interpretación que el propio orden jurídico le reconoce a las autoridades judiciales para el logro de sus funciones públicas. Por su intermedio, lo que se pretende es armonizar y racionalizar el ejercicio de tales prerrogativas, evitando que los criterios de aplicación de la ley, excesivamente formalistas, en cierta medida injustificados o contrarios al espíritu o finalidad de las normas aplicables, puedan convertirse en un obstáculo insuperable que terminen por hacer nugatorio el precitado derecho a la protección judicial y, por su intermedio, el desconocimiento de valores superiores como la igualdad de trato, la libertad y el debido proceso.¹⁴

Para concluir finalmente que la simple nulidad procede contra todos los actos, ya que la norma no hace distinción entre si procede contra unos actos y contra otros no (de contenido general y de contenido particular), cuando la pretensión es tutelar el orden jurídico, lo contrario sería denegar el acceso a la justicia.

A *contrario sensu*, en la sentencia IJ- 030/03, el Consejo de Estado hace también un recuento histórico del tema, para luego referirse a los alcances de la sentencia C-426/02 de la Corte Constitucional, calificando su *ratio decidendi* de mera “opinión”, arguyendo que en un Estado Social de Derecho no puede existir un órgano con competencia ilimitada, que es el congreso quien determina dichas competencias, que la Corte trasladó su competencia a una materia no prevista por la Constitución, desconociendo el artículo 230 de la Carta, el cual consagra que los jueces en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la ley, y que la Corte no tiene competencia exclusiva en control constitucional, además de convertir algo de única instancia en de dos instancias, eliminando el término de caducidad.

Aunque se argumente por una parte la superioridad de la Corte Constitucional en los pronunciamientos de constitucionalidad de las normas jurídicas, y por otra parte, el desconocimiento de las causales que señala expresamente el artículo 84 del C.C.A., si se aplica el criterio establecido por el Consejo de Estado, se inadmitirán las demandas que persigan el control de legalidad de actos administrativos de carácter particular y concreto.

Esta hipótesis representa un claro desconocimiento del artículo 243 de la Carta Política que consagra:

“los fallos que la corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional. Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución”.

De esta lectura, se desprende que el Consejo de Estado, aún cuando es la máxima corporación de lo contencioso administrativo, no puede desconocer en su condición de operador jurídico, los pronunciamientos de constitucionalidad que realice la Corte Constitucional.

Si ello sucediera, cómo se puede entonces restablecer el orden jurídico afectado por un acto de contenido particular y concreto, cuando el caso específico no se encuentre señalado en la ley, ni tampoco comporte un especial interés de tal naturaleza e importancia que se encuentre de por medio un interés colectivo o comunitario, de alcance y contenido nacional, con incidencia trascendental en la economía nacional, y de innegable proyección sobre el desarrollo y bienestar social y económico de gran número de colombianos, si pasados los cuatro (4) meses de que habla el artículo 136 C.C.A., no se intentó en acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

VII. LEGISLACIÓN Y PROVIDENCIA ULTERIORES: ¿DESCONOCIMIENTO AL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL?

El Código contencioso administrativo vigente hasta el 1 julio de 2012 fue derogado por la ley 1437 de 2011 o Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (en adelante CPACA), el Consejo de Estado, en forma empecinada recogió en el artículo 137 de dicha ley¹⁵, las restricciones elaboradas en su doctrina de móviles y finalidades¹⁶ –en un intento por obviar la cosa juzgada constitucional–, en algo que el

15. Cfr. “Teoría de los Móviles y Finalidades y su influencia en el Nuevo Código Contencioso”. En *Instituciones del Derecho Administrativo en el nuevo Código Una mirada a la luz de la Ley 1437 de 2011*, Bertha Lucía Ramírez de Páez, Consejo de Estado y Banco de la República, pp. 163 – 172 disponible en http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/biblioteca/libros/2012id/INST_DEL_DER_ADMIN.pdf consultado el 17 de junio de 2017.

16. Ley 1437. Artículo 137. Nulidad. Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general. Procederá cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió. También puede pedirse que se declare la nulidad de las circulares de servicio y de los actos de certificación y registro. Excepcionalmente podrá pedirse la nulidad de actos administrativos de contenido particular en los siguientes casos:

1. Cuando con la demanda no se persiga o de la sentencia de nulidad que se produjere no se genere el restablecimiento automático de un derecho subjetivo a favor del demandante o de un tercero.
2. Cuando se trate de recuperar bienes de uso público.
3. Cuando los efectos nocivos del acto administrativo afecten en materia grave el orden público, político, económico, social o ecológico.

profesor Néstor Raúl Sánchez Baptista concluye sigue siendo inconstitucional, considerando que “todo parece indicar que el contencioso de anulación no admite restricción alguna sin chocar en alguna medida con la normativa constitucional”¹⁷.

Asimismo es pertinente tener en cuenta lo resuelto por la Corte al estudiar una demanda de inconstitucionalidad parcial sobre el artículo 10 del CPACA¹⁸ –en el cual doctrinantes como Manuel Quinche consideran que se intentó reducir el precedente constitucional a las sentencias de unificación del Consejo de Estado (Quinche Ramírez. 2014: 88 y ss)–, declarándolo exequible:

*en el entendido que las autoridades tendrán en cuenta, junto con las sentencias de unificación jurisprudencial proferidas por el Consejo de Estado y de manera preferente, las decisiones de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia. Esto sin perjuicio del carácter obligatorio erga omnes de las sentencias que efectúan el control abstracto de constitucionalidad.*¹⁹

Aunque el presente escrito versa sobre el caso de Colombia, no sobra algo de derecho comparado. Zagrebelsky refiere unas prácticas –a propósito del realismo judicial que se suscitan en Italia–, que a pesar de ser muy distinto por tener este país un control constitucional concentrado, lo ocurrido allá es muy parecido al mencionado caso colombiano; nos permitimos citar *in extenso*:

Al referirse al derecho viviente, la Corte Constitucional renuncia a interrogarse sobre cuál sea la interpretación de la ley sometida a control de constitucionalidad y se remite a la de los jueces y, en particular, a la Corte de Casación. Esto representa un homenaje a los poderes interpretativos de esta última, a la cual, según la tradición francesa que vale también en Italia, se reconoce la tarea de asegurar la “correcta” y “uniforme” interpretación de la ley. Pero, sobre todo (y ésta ha sido la razón práctica para elaborar la teoría del derecho viviente), de esta forma se pueden evitar los conflictos interpretativos. En el pasado sucedía que la Corte Constitucional, sobre la base de una determinada interpretación de la ley compatible con la Constitución, rechazaba la cuestión de constitucionalidad mediante una sentencia interpretativa desestimatoria, pero que los jueces, con la Casación a la cabeza, reivindicando la plenitud de sus poderes interpretativos, insistían en una interpretación distinta, no compatible con la Constitución y, sobre la base de esa interpretación, propusieran y repropusieran la misma cuestión a la Corte. La teoría del derecho viviente señala que la Corte hace propia la interpretación jurisprudencial dominante y controla la legitimidad de la ley sobre esa base. Ahora bien, si la ley es incompatible con la Constitución en esa interpretación, se dará lugar a una sentencia de inconstitucionalidad a la cual los jueces están obligados a allanarse. (Zagrebelsky, 2010: 437)

4. Cuando la ley lo consagre expresamente.

Parágrafo. Si de la demanda se desprendiere que se persigue el restablecimiento automático de un derecho, se tramitará conforme a las reglas del artículo siguiente.

17. Para mayores detalles, ver su artículo “La Nulidad como medio de control en la ley 1437 de 2011 ¿una nueva inconstitucionalidad? Disponible en <http://publicacionesicdp.com/index.php/Revistas-icdp/article/viewFile/59/pdf> consultado el 29 de abril de 2017.

18. Ley 1437. Artículo 10. *Deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia.* Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas.

19. Sentencia C-634 de 2011 M.P.: Dr. Luis Ernesto Vargas Silva

Ante la evidente incorporación de la “doctrina de los móviles y finalidades” y la consecuente violación de la cosa juzgada material constitucional, la disposición anterior fue demanda ante la Corte Constitucional, que mediante sentencia C-259 de 2015 declaró exequibles todos los apartes atacados, usando una vez más como comodín “el carácter dinámico de la Constitución o entender su interpretación como un texto viviente. En ese orden de ideas, si lo que decide la Corte es volver a efectuar un análisis de fondo de la disposición previamente declarada exequible, (...) se le exige justificar las razones por las cuales se aparta de la cosa juzgada, asumiendo la carga argumentativa de justificar con “razones poderosas”, el cambio de jurisprudencia”, pasando del antiformalismo e interpretación conforme de la C-426/02 a un formalismo rayano en lo decimonónico, ya que retrocede al desconocer la distinción entre disposición y norma, asunto que esa Corporación ya había reconocido en sentencias anteriores²⁰, con el fin de apuntalar el proferimiento de sus sentencias interpretativas, a propósito de la responsabilidad administrativa estatal.

Coincidimos con el profesor Abraham Sánchez Sánchez, quien concluye que:

Son suficientes las anteriores referencias para concluir que, según el entendimiento de la Corporación, la doctrina constitucional no incluye las motivaciones referentes a las disposiciones legales analizadas por la Corte y que, por lo tanto, la obligatoriedad propia del concepto de fuerza vinculante se contrae a las consideraciones relativas a la Constitución sin extenderse a las que se haga con el propósito de fijar el sentido y alcance de los preceptos legales enjuiciados. Así se deduce también de la manera como la Corte ha abordado el tema de los debates hermenéuticos referentes a disposiciones legales en sede de control de constitucionalidad, pues aunque considera que el juicio de constitucionalidad “no es posible si no se establece previamente el significado de la norma legal, por lo cual ningún tribunal constitucional puede eludir la interpretación de las normas legales”²¹, expresamente se ha preguntado hasta qué punto puede ella misma determinar “con fuerza de cosa juzgada constitucional, el sentido de una norma legal”²².

El interrogante por sí solo deja ver que, a juicio de la Corte, la fuerza especial de las motivaciones de ordinario atañe a las consideraciones referentes a las disposiciones constitucionales directamente relacionadas con la parte resolutoria y que si las consideraciones sobre los preceptos legales controlados llegaran a tener alguna obligatoriedad, ésta les correspondería de manera excepcional. En efecto, ha apuntado la Corte que la Constitución establece una separación entre la jurisdicción constitucional y las otras jurisdicciones, debido a lo cual, debido a lo cual, no le toca a ella entrar a definir debates sobre los alcances de las normas legales, ya que tal tarea corresponde a los jueces ordinarios que, al tenor de la Constitución, están sometidos únicamente al imperio de la ley”. En este campo, entonces, la “regla general” enseña que la Corte no puede “establecer cuál es el sentido autorizado a normas legales”²³. (Sánchez, 2005:410)

Sin embargo, en sentir de la Corte, la regla general se ve matizada por el carácter relacional del juicio de constitucionalidad que impone interpretar las leyes acusadas, y por la condición suprema de la Constitución que, siendo base de todo el ordenamiento

20. Cfr. (Guastini. 1999:11), citado por la. Corte Constitucional, sentencia C-038 de 2006, donde también se mencionan otras en que ha acudido a esta distinción como la sentencia C-543 de 1996, sentencia C-1046 de 2001, sentencia C-100 de 1996, *inter alia*.

21. Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-065 de 1997.

22. Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-496 de 1994.

23. *Ibidem*.

positivo, se encuentra al alcance de los jueces ordinarios en el cumplimiento de sus funciones. Las anteriores matizaciones permiten “establecer algunos criterios sobre la manera como la Corte Constitucional debe, en ejercicio de su función de guarda de la integridad y supremacía de la Carta, avocar los debates hermenéuticos sobre normas legales” y, entonces, si todas las interpretaciones de la disposición legal se adaptan a la Carta, “debe la Corte limitarse a establecer la exequibilidad de la disposición controlada sin que pueda establecer, con fuerza de cosa juzgada constitucional, el sentido de la norma legal, ya que tal tarea corresponde a los jueces ordinarios”. Por el contrario, “si todas las interpretaciones de la disposición legal acusada desconocen la Constitución, entonces debe la Corte simplemente retirar la norma del ordenamiento jurídico” y cuando algunas de las interpretaciones quebrantan la Carta y otras la respetan, la Corte puede valerse de una sentencia interpretativa para indicar cuáles sentidos se preservan y cuáles se desechan”. (Sánchez, 2005:411)

VIII. A MODO DE CONCLUSIÓN

La renacida “doctrina de los móviles y finalidades” del Consejo de Estado implica prejuizgamiento, exigiendo un juicio jurídico de valor, –evidenciando su sintonía con la jurisprudencia de intereses–, pues como meridianamente argumenta el Dr. Félix Hoyos Lemus, demandante en la sentencia C-426/02:

“La doctrina de los móviles y finalidades obliga a los jueces a auscultar lo más profundo de la mente del actor para descubrir si está incoando la acción de simple nulidad por mero patriotismo o está tramando el restablecimiento disimulado de su derecho personal, para admitirla en el primer caso o inadmitirla en el segundo, cuando la litis aún no se ha trabado. Esta postura implica el prejuizgamiento que es, igualmente una forma de limitar el acceso a la justicia y entorpecer el derecho a la defensa...”

La posible vía para los ciudadanos que intenten una acción de simple nulidad contra un acto administrativo particular y concreto, sería intentar la acción de tutela para reclamar la protección inmediata al debido proceso establecido en el artículo 29 de la Carta, así como el derecho que tiene toda persona para acceder a la administración de justicia consagrado en el artículo 229 de la Constitución Política, y de contera incurrir en una vía de hecho, por desconocer el contenido de lo decidido en la C-426/02, como ocurrió en la Sentencia T- 836 de 2004, caso en el cual los derechos conculcados fueron amparados.

No obstante la contundencia de los argumentos aquí presentados, no faltan quienes desde la academia, y con un formalismo recalitrante defienden la posición del Consejo de Estado, diciendo con desdén:

“Un equívoco en el que incurrió la Corte Constitucional y que llevó a que la jurisprudencia del Consejo de Estado desvirtuara uno por uno sus argumentos, fue querer acercarse al estudio de una figura propia del derecho administrativo, tal como lo es la acción de nulidad, desligándola totalmente de la teoría del acto administrativo, ello sale a relucir en todos los argumentos que esboza el Consejo de Estado para demostrar la fragilidad en que se encontraba sustentada la posición de la Corte; querer sobreponer la vía de hecho al principio de legalidad que debe sustentar la actuación de la administración y que es un imperativo constitucional, es muestra de la fragilidad de los argumentos de la Corte” (Morales Trujillo, 2005: 271).

Aunque hay quienes opinan acerca del posible desbordamiento o “argumento contramayoritario”²⁴ (también conocido como “el gobierno de los Jueces”), deben tener en cuenta que esos posibles excesos hacen parte de la esencia misma del sistema, constituyen uno de los riesgos²⁵, y obedecen a la necesidad de hacer prevalecer principios que ya no están vinculados a la soberanía de quien hace las leyes sino a nuestros imperativos políticos: evitar el abuso del poder, racionalizar y limitar su ejercicio, garantizar la efectividad de los derechos fundamentales y libertades básicas, perfeccionar el Estado de derecho²⁶.

A propósito de antiformalismo, los malos trasplantes de las Teorías Transnacionales del Derecho no son exclusivas de los países latinoamericanos, en Estados Unidos también se dieron, en palabras de Duncan Kennedy:

“Dos ejemplos de los Estados Unidos pueden ser útiles en este punto. Autores estadounidenses de finales del siglo diecinueve se apropiaron de la teoría jurídica conceptualista de la Europa del siglo diecinueve y la desplegaron produciendo efectos dramáticos en derecho público, y particularmente en discusiones sobre federalismo y derechos individuales contra el estado; en este último caso, además, saturaron las ideas originales con pensamiento iusnaturalista. Nada podría estar más lejos del espíritu de las fuentes. Segundo, cuando los juristas sociológicos de los Estados Unidos (Pound et al.) se apropiaron del antiformalismo francés, ignoraron las restricciones que estas teorías tenían originalmente en una cultura francesa dominada por el Código; asimismo ignoraron los fuertes matices iusnaturalistas presentes en las obras de los autores antiformalistas franceses como Gény, Josserand y Gounod. Despojadas de su contexto, las doctrinas francesas se volvieron más radicales de lo que sus autores originalmente habían previsto en Francia...” (Kennedy, 2003).

Terminando estas líneas, resulta interesante la confesión de Zagrebelsky, de que en no pocas ocasiones, la forma más fácil de llegar al consenso es para eludir su labor, buscando cualquier excusa para inadmitir una demanda, convirtiéndose el proceso constitucional en una carrera de obstáculos, afirmando que ante las dificultades, el Tribunal busque la vía de superarlas, sin afrontarlas (Zagrebelsky, 2008: 70). Finaliza sosteniendo que los jueces son juzgados, criticados, pero que finalmente lo que se espera de ellos es que actúen en Derecho y no contra Derecho, pues de lo contrario, la justicia constitucional se transformaría en una farsa constitucional, en un encubrimiento de la voluntad del más fuerte, burlándose de los más débiles que todavía mantuviesen su confianza. (Zagrebelsky, 2008: 106).

24. Alexander Bickel en su obra *The Least Dangerous Branch: the Supreme Court at the Bars of Politics*, acuñó esta expresión como de los más poderosos argumentos contruidos en contra de la función de *Judicial Review* asumida por las Cortes; en Estados Unidos esta discusión es bicentenaria.

25. Sobre ello, (Canosa Usera, 1988).

26. Para una excelente contextualización teórica sobre la objeción contramayoritaria, ver: (Bernal Pulido, 2007: 220 y ss), así como a (Ferrerres Comella, 1997:42).

BIBLIOGRAFÍA

- BERNAL PULIDO, Carlos (2007), *Principio de proporcionalidad y Derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid.
- BICKEL, Alexander (1962), *The Least Dangerous Branch: the Supreme Court at the Bars of Politics*. Yale University Press,
- CANOSA USERA, Rafael (1988), *Interpretación Constitucional y fórmula política*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid.
- CAPELLA HERNÁNDEZ, Juan Ramón (1999), *Elementos de Análisis Jurídico*. Trotta. Madrid.
- FERRERES COMELLA, Víctor (1997) *Justicia Constitucional y Democracia*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid.
- GONZÁLEZ GARCÍA, Jorge E. (2004), *Teoría de los Móviles y Finalidades en la Acción Pública de nulidad frente a las posiciones de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado* (tesis de especialización en instituciones jurídico-procesales, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá.
- GUASTINI, Ricardo (1999), *Estudios sobre interpretación jurídica*, México, UNAM.
- KENNEDY, Duncan (2004), En Diego López Medina. “Prólogo” *Teoría impura del Derecho*. Legis, Universidad Nacional de Colombia y Universidad de los Andes. Bogotá.
- KENNEDY, Duncan (2003), *Prólogo a la Teoría impura del Derecho de Diego López Medina*, XIX. Cambridge.
- LLEWELLYN, Karl (1934), “The Constitution as an Institution”, *Columbia Law Review*, vol. 34.
- LÓPEZ LEÓN, María (2004), *Teoría de los Móviles y Finalidades en la acción pública de nulidad frente a las posiciones de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado y su incidencia sobre el derecho de libre acceso a la administración de justicia* (Tesis de especialización no publicada) Universidad Nacional de Colombia. Bogotá.
- LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo (2006), *El Derecho de los Jueces. Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*. 2ª Edición, Legis y Universidad de los Andes. Bogotá.
- MARTÍN DE LA VEGA, Augusto (2003), *La Sentencia constitucional en Italia*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid.
- MORALES TRUJILLO, Juan Felipe (2005), *Procedibilidad de la acción de nulidad contra actos administrativos de contenido particular*. En *V Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo: Los procesos ante las jurisdicciones constitucional y de lo contencioso administrativo*. Universidad Externado de Colombia.
- OST, François y Michel VAN DE KERCHOVE (2001), “Elementos para una Teoría Crítica del Derecho”, en *Revista de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales* de la Universidad Nacional de Colombia.
- PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique (2004), *Teoría del Derecho: Una Concepción de la Experiencia Jurídica*. 3ª Edición, Tecnos. Madrid.
- PLAZAS VEGA, Mauricio (2003), *Ideas Políticas y Teoría del Derecho*. Temis. Bogotá.
- QUINCHE RAMÍREZ, Manuel (2014), *El Precedente judicial y sus reglas*. Legis. Bogotá.

- SÁNCHEZ SANCHEZ, Abraham (2005), *Sentencias interpretativas y control de constitucional en Colombia*. Edit. Ibáñez.
- ZAGREBELSKY, Gustavo (2008), *Principios y Votos. El Tribunal Constitucional y la Política*. Edit. Trotta.
- ----- (2010), “Realismo y concreción en el control de constitucionalidad. El caso de Italia”, en *El Canon Neoconstitucional*. Trotta.
- **Sentencias de la Corte Constitucional:** C- 011/94, C-083/95, C- 586/95, C- 037/96, C-199/97, C- 488/97, SU- 640/98, SU- 168/99, T-009/00, T-068/00, C-557/01, C- 739 de 2001, C- 426/02, C-1093 de 2003, T-836/04, C-634/11, C-259/15, C- 183 de 2016.
- **Sentencias del Consejo de Estado:** Sección 1ª expediente 1482/90; S-404/96; IJ- 030/03.