

Campus Universitario del Puente del Común, Chía, mayo 9 de 2006.

Señor Doctor
JORGE ELÍAS GUEBELLY ORTEGA
Presidente del Comité Evaluador del Escalafón
UNIVERSIDAD SURCOLOMBIANA
Av. Pastrana con 1ª
NEIVA – HUILA

Referencia: Evaluación del libro “La Justicia Constitucional Colombiana, ¿un gobierno de los jueces?” de Germán López Daza. I.S.B.N. 958-8154-76-6

Respetado Doctor,

En su colección “Texto Didáctico”, la Editorial Universidad Surcolombiana presenta el libro del doctor Germán Alfonso López Daza titulado “La Justicia Constitucional Colombiana, ¿un gobierno de los jueces?”, dedicado a Dios por su infinita grandeza, a su familia por su amor y a sus padres por su memoria.

Consta de una introducción, dos partes y bibliografía para un total de 263 páginas.

En la introducción, el autor rescata la importancia de la justicia constitucional, lo cual es innegable, ya que la constitucionalización del derecho como una tendencia mundial, se evidencia actualmente en Colombia a través de tres aspectos, el proceso constitucional, la magistratura constitucional y la justicia constitucional que se define en el texto como un juez especializado en los poderes públicos y en los derechos humanos que aplica las reglas constitucionales para defender la Constitución y proteger los derechos fundamentales.

Pasa López a explicar la composición de la justicia constitucional integrada por un tribunal o corte constitucional y por los jueces de instancia en las acciones constitucionales y que para el caso colombiano se evidencia desde 1992, fecha en la que entró en funcionamiento la Corte Constitucional, creada por la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, como órgano de cierre de la justicia constitucional, con autonomía e independencia, pese a pertenecer a la Rama Judicial. Su activismo es el centro y razón de ser del texto, pues la labor de la Corte ha generado sobre ella el calificativo de que sus fallos son expresión del gobierno de los jueces, paradigma que se pretende comprobar, abordando su análisis comparado con la doctrina francesa.

La Primera Parte, titulada "Un cambio de paradigma en el sistema de justicia constitucional", tiene dos capítulos divididos cada uno en dos secciones. El capítulo I "un nuevo Estado colombiano a partir de 1991" presenta la evolución histórica del movimiento estudiantil que dio origen a la convocatoria de la A.N.C., previa la realización de una "marcha del silencio" el 25 de agosto de 1989, en la que los jóvenes universitarios colombianos expresaron ante la tumba de Luis Carlos Galán su compromiso con la transformación del país. El capítulo I se divide a su vez en dos secciones, la primera de ellas "grandes cambios en el Estado colombiano", recurriendo el autor a los aportes de la doctrina francesa, particularmente Carré de Malberg, Hugues Portelli, Yoseph Aguiló, Jean Combacan y el español Luis Prieto Sanchís, para reseñar las condiciones de todo sistema político, así como sus características, tanto las de los autores como las que se desprenden del juicioso análisis de la jurisprudencia colombiana, que en todo caso, sigue en permanente construcción y que hace considerar a López que la existencia de un tribunal constitucional es parte integrante de un Estado constitucional, pese a que ni la doctrina, ni explícitamente la Corte Constitucional la menciona como un elemento esencial. Luego, en la página 34, cita varios ejemplos de la constitucionalización en específicas áreas del derecho, que dejamos a los lectores.

Entre otros casos, in embargo, esa constitucionalización ha permitido generar una apertura jurídica a todos los sectores de la sociedad colombiana como lo afirma López, para quien nuestro estado pasó a ser Social y de Derecho gracias a la aplicación de la Constitución y al desarrollo del constitucionalismo logrado por la Corte Constitucional.

Precisamente, desde abril 3 de 1992, fecha de expedición del primer fallo del Alto Tribunal Constitucional colombiano, se pasó del aforismo *Dura Lex Sed Lex*, a la preponderancia de lo social, la justicia y la igualdad del Estado Social de Derecho. Para tal afirmación, el profesor López Daza vuelve a recurrir a la doctrina, en este caso alemana preponderantemente de Ernst Fortsthoff, Wolfgang Abendroth, Lorenz Von Stein, Hermann Heller, así como aportes de Kenneth Boulding, Francisco Rubio Llorente, Mariano Darana Peláez y Manuel García Pelayo, para pasar luego a presentar en prosa y en organigramas la estructura del poder público y los mecanismos de control en Colombia y el poder judicial y la justicia con muy puntuales explicaciones sobre ellas y la aplicación de la constitución mediante el desarrollo jurisprudencial efectuado por la Corte Constitucional que a su vez ha convertido a la constitución en la “fuente de fuentes” para la actividad judicial.

La Segunda Sección del Capítulo Primero “Fundamento Teórico e Histórico de la Jurisdicción Constitucional”, parte de un análisis y recuento histórico de la justicia constitucional, volviendo a los aportes de la doctrina alemana como la de Luc Heuschling, Charles Eisenmann y otros como Michel Fromont antes de presentar la tesis del modelo americano bajo la óptica de Francisco Rubio Llorente, Javier Jiménez Campos, Mauro Capeletti, Joseph Wienczyslaw Wagner, Françoise Burgers y William Harvard. Se complementa el tema con la influencia del sistema norteamericano en Europa y Latinoamérica, así como la adopción del modelo kelseniano de control constitucional en la Europa continental, presentando luego un cuadro que resume todos los aspectos del control constitucional europeo en la actualidad, comparando las principales cortes europeas con la colombiana.

El Capítulo II de la Primera Parte “El Juez Constitucional y la Obligatoriedad de sus fallos”, también se divide en dos secciones. La Sección Primera “La jurisdicción constitucional colombiana” efectúa una reseña histórica acerca de inicios de la justicia constitucional colombiana remontándose a 1811 y mostrando los vaivenes de la época republicana en el siglo XIX y el otorgamiento del control a la Corte Suprema de Justicia en 1910, el cual detentó hasta 1991 cuando fue creada la Corte Constitucional, con partida de nacimiento expedida por la Asamblea Nacional Constituyente e integrada primero por siete magistrados hasta que la ley 5 de 1992 amplió el número a nueve tal y como hoy se conserva. López nos indica los períodos de los magistrados, así como la estadística de fallos de la Corte, nueve mil entre 1992 y 2004.

Después con la ayuda de la doctrina, el autor nos explica desde el *civil law* y desde el *common law* el control concentrado, el control difuso y la excepción de inconstitucionalidad, ejecutando también aportes desde el punto de vista colombiano, citando además fallos de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, así como otras tesis como la Natalia Bernal quien se refiere a la citada excepción.

Al ejecutar el análisis preliminar, el autor se pregunta si la Corte Constitucional es un órgano ¿jurídico o político? Proponiendo otros interrogantes con base en Ignacio de Otto, Karl Schmitt, Max Weber, Eisenmann, Habermas, Lacharriere, José Marín, Ian Shapiro, Robert Dahl, Manuel Martínez Sospedra, Enrique Alonso García, etc., para responder con seis conclusiones que lo llevan a afirmar que la Corte Constitucional Colombiana sí tiene carácter jurisdiccional con componentes políticos y señala los riesgos de una posible politización del tribunal constitucional y de judicialización del derecho constitucional.

Sin embargo, la misión que la misma Constitución le otorga a la Corte Constitucional, (defensora de la Carta y de los Derechos Fundamentales), hace que su actividad interpretativa y sus decisiones se coloquen por encima de los otros altos tribunales ya que estos deben pleno respeto y observancia a la Constitución, lo cual aclara López Daza con algunos esquemas gráficos y con el respaldo de la doctrina de Hart, Alexander Bickel y Alain Nadeau.

La Sección Segunda del capítulo segundo se ha titulado “Hacia un sistema Anglosajón de Precedente Judicial” y en 22 páginas se recuerda el papel del juez norteamericano más allá de la función juzgadora, con aportes de López a esa visión y de Garry Wills, Ronald Dworkin y del colombiano Diego Eduardo López, pasando a reseñar como fue el establecimiento del rigorismo positivista de nuestro derecho, que marcó una férrea oposición entre el derecho legislado y la jurisprudencia de los jueces, lo cual impulsó a estos a resolver las diferencias interpretativas, los vacíos y las contradicciones de ciertas leyes, según unos parámetros fijados previamente por el legislador.

Hace también López referencia al bloque de constitucionalidad aunque en un capítulo posterior desarrollará más ampliamente el tema, ejecutando sin embargo el autor numerosos aportes basados en un juicioso análisis

jurisprudencial para pasar al estudio de los límites del juez constitucional, ligados éstos al ejercicio de las atribuciones y funciones establecidas en la misma Carta Política.

En el caso de la Corte Constitucional, el autor refiere no solo las normas del ordenamiento Superior, sino también los decretos 2067 y 2591 de 1991, los cuales a nuestro juicio son el Código Procesal Constitucional básico y establece los límites al juez constitucional, que sin embargo han sido amplificados y en muy pocas ocasiones restringidos por la propia jurisprudencia.

Sobre este aspecto el Autor analiza los poderes de la Corte a partir de la jurisprudencia de la misma Corporación y de los aportes doctrinales del argentino Olsen Girardhi, Eugenio Bulygh y Edgardo Villamil Portilla.

La Segunda Parte se titula “El Rol del Juez Constitucional en el Sistema Jurídico Colombiano”, dividido también como la primera en dos capítulos y en dos secciones. El Autor parte de una introducción donde analiza históricamente al Estado colombiano y las instituciones creadas por la Constitución dentro de las cuales la principal ha sido la acción de tutela que ha cambiado el comportamiento de los abogados pues ha aumentado también la autoridad de los jueces ordinarios generando discusiones y debates jurídicos constitucionales con el ejecutivo y legislativo.

El capítulo “¿El juez sustituye al legislador y al poder reglamentario? Arranca con una primera sección “El nacimiento de un derecho judicial constitucional”, basado prácticamente en la interpretación de la Constitución hecha por los jueces, presentando López el prolífico activismo de la Corte Constitucional con creaciones jurisprudenciales tendientes a la protección de los Derechos Fundamentales: los Derechos de Primera y Segunda generación a través de la conexidad y el desarrollo de las vías de hecho o causales genéricas de procedibilidad de la acción de tutela contra fallos judiciales; todo esto muy detallado hasta llegar el Autor a presentar una clarísima explicación sobre lo que es el estado de cosas inconstitucional reconocido por la jurisprudencia de la Corte Constitucional en muy variados y numerosos pronunciamientos citados por el Autor y que fueron expedidos por ese Alto Tribunal como declaración al existir una clara violación de la Constitución por la continua y dramática vulneración de Derechos Fundamentales constitucionales, sufrida por un gran número de personas, aun indeterminadas. Luego López refiere una clasificación de las sentencias de la Corte Constitucional para hablar de las que tienen aplicación “*erga omnes*” y que se conocieron también como las sentencias con la cláusula Angarita, la cual fue declarada inexecutable hasta que la misma Corporación creó el efecto “*inter pares*” a través de un auto primero, imponiendo la obligación a todos los jueces de pronunciarse en el mismo sentido y en todas las situaciones parecidas que se les presenten en el futuro.

Podríamos decir que “aterrizando” otros casos a la realidad jurídica nacional, la Corte, como lo señala López, ha cambiado el efecto legal previsto en el Decreto 2591 de 1991 para la acción de tutela, pues esta pasa a tener efectos que favorecen o perjudican a personas diferentes a las partes intervinientes, para lo cual el autor reseña numerosos casos que inquietan a distintos agentes de la sociedad. Vuelve luego López de nuevo al bloque de constitucionalidad, explicado más ampliamente tanto a nivel de la jurisprudencia como de la doctrina de Charlotte Denizeau, Javier Pardo Falcón, Louis Favoreau, etc., pasando posteriormente a explicar decisiva intervención de la Corte en los estados de excepción, ya que a través de su sentencias se precisó que los decretos expedidos bajo esa modalidad deben guardar una estrecha relación con los motivos o hechos que causaron la declaración, observando y concluyendo López, a partir de un cuadro de fallos, hasta que punto ha sido decisiva la posición de la Corte Constitucional en la adopción de una medida estrictamente política.

Sigue luego un subtítulo dedicado a la transición constitucional.

En este aparte, el profesor López señala que el cambio constitucional de 1991 enfrentó un proceso de revisión de todo el sistema jurídico colombiano, pues el nacimiento de nuevos departamentos, la implementación de la circunscripción nacional para el Senado y la redistribución de algunas otras funciones, generaron un proceso de acomodamiento en el cual la Corte Constitucional ha sido la protagonista de la Constitución. Teniendo en cuenta la magnitud de los cambios, la Corte se basó en la presunción según la cual “toda regla nueva es mejor que la anterior” comenzó a aplicar la tesis de que toda disposición legal anterior a 1991 que fuese contraria claramente a su letra y a su espíritu debería ser rechazada, lo cual ya se había visto en el país cuando se expidió la ley 153 de 1887.

Luego el autor desarrolla el alcance del principio *Pacta Sunt Servanda*, según el cual los tratados deben ser respetados por quienes los han suscrito y, en el caso de Colombia, debe responder ante el o los Estados signatarios y ante la comunidad internacional, lo cual se ha convertido en un punto polémico debido a la interpretación que a este principio le ha dado la Corte Constitucional que ampliamente desarrolla López y que muestran la tendencia de ese tribunal que le llevan a presentar varias hipótesis como el cambio de los miembros de la Corte transitoria a la definitiva en 1993, desarrollando un análisis sobre las particulares decisiones en los casos del Concordato, Tratado de Montevideo y Extradición.

En cuanto a la revisión por parte de la Corte de los proyectos reformativos de la Constitución, el autor señala varios aspectos sobre los cuales se ha abordado dicho estudio, reseñando adicionalmente los actos legislativos adoptados por el Congreso y los resultados de las revisiones ejecutadas por la Corte, interesante aporte analítico al tema.

La Segunda Sección del Capítulo I, se titula “ La Corte Constitucional como legislador positivo”, está dividida en siete numerales que corresponden a su vez a siete categorías para las sentencias de la Corte Constitucional: manipuladoras o manipulativas, sustitutivas, interpretativas o condicionadas, aditivas o integradoras, de recomendación del legislador, sentencias-leyes y sentencia con efectos en el tiempo, muchas de las cuales le han generado numerosas críticas, entre otras, por las modificaciones efectuadas a las leyes, a través de las cuales la Corte ha impuesto efectos no previstos al legislador contribuyendo a crear un clima de inseguridad jurídica que se ha extendido a sustituir incluso el poder reglamentario del ejecutivo.

La Sección Tercera del Capítulo I, trata de la omisión, la inactividad legislativa y el control constitucional, en el cual se critica al Congreso colombiano, más preocupado por mantener y entender su poder político, que por desarrollar la Constitución; lo cual ha generado normas consecuencias que López señala y que ha llevado a que la Corte haya tratado al iniciativa legislativa y las omisiones en este sentido en numerosos fallos. Aparecen en el texto las cuatro formas de omisión legislativa y la explicación de que la Corte se apoya exclusivamente en la legislación para llenar las lagunas dejadas por el Congreso a través de una situación que Zagrebelsky ha llamado “el uso alternativo del derecho” que hace que se le de a la Corte el calificativo de “nuevo legislador”.

El Capítulo Segundo, CONSECUENCIAS DEL ACTIVISMO DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL, es el capítulo central de la obra de López para explicar el por qué de la denominación de “gobierno de los jueces” a la actividad de la Corte, cuyas consecuencias han sido principalmente los enfrentamientos o colisiones de poderes entre el Ejecutivo, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado.

La Sección Primera, “Colisión de poderes”. El título periodístico ha sido el choque de trenes y el autor clasifica en cuatro dichos enfrentamientos que han tenido lugar a raíz de sentencias de contenido variable. De forma detallada se encuentran allí los fallos que han dado lugar a más escándalo en su contenido ético-moral, por su contenido económico y por su contenido jurídico.

La sección Segunda, “aproximación a un sistema pragmático”. En ella, el Autor nos muestra cómo el pragmatismo del sistema judicial angloamericano fue adoptado por la Corte para reforzar el carácter obligatorio de sus fallos. Precisamente divide la sección en dos numerales, el primero de los cuales se refiere a la influencia de las sentencias de la justicia constitucional que han permitido acercar la justicia al pueblo a través de la acción de tutela, aunque sin duda su ejercicio ha congestionado los servicios de la administración de justicia.

Sin embargo, no obstante la congestión, muchos fallos han generado discusiones polémicas, y López las describe como un verdadero revolcón.

El segundo numeral se refiere al problema de la estabilidad y seguridad jurídica, que como características fundamentales del Estado de derecho moderno, sin embargo no están definidas en Colombia en ningún texto legal y no obstante las numerosas citas doctrinales de López: Gustav Radbruch, Henrich Henkel, Fuller, Pérez-Luño, Legaz y Lacambra y Montesquieu, el desarrollo del principio de seguridad jurídica se lo ha apropiado la misma Corte Constitucional, aunque poco a poco comenzó a ser relativizado a causa del activismo y del intervencionismo de sus sentencias.

Pasa en el tercer numeral a explicar las medidas que se adoptan cuando el incumplimiento de los fallos de tutela, ya que la Corte ha tenido que intervenir activamente para hacer cumplir lo decidido en sus fallos, incluso en contra de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, lo cual ha supuesto esa colisión de poderes ya reseñada.

La Tercera Sección se titula El “gobierno de los jueces” capítulo clave, ya que no obstante la connotación despectiva de falsa democracia o de democracia distorsionada, el término caracteriza un gobierno en el cual los jueces dominan la vida política en detrimento de la legitimidad democrática y de la responsabilidad política.

En el primer numeral analiza el concepto “gobierno de los jueces” que puede reconocerle según cuatro maneras que establece Tropel y que ahí se citan; luego, en el segundo, pasa a dar algunos ejemplos del término en el mundo, particularmente en España, Francia, Italia y Unión Europea. El tercer numeral lo dedica a responder si ¿estamos en un “gobierno de los jueces” en Colombia? Que no ampliaremos, por responder a la tesis central del texto, que dejamos para su curiosidad.

La Cuarta Sección consagra las explicaciones a la problemática del gobierno de los jueces y las posibles soluciones que no pretenden acabar la discusión. López se refiere a varias posibilidades:

- La primera. La existencia de una resistencia constitucional.
- La segunda. Una dicotomía entre interpretación e invención.
- La tercera. Vinculación a la Escuela del derecho libre y realismo jurídico, así como a la jurisprudencia de valores de Haberlas.
- La cuarta. Los casos difíciles de resolver, para lo cual presenta la tendencia ideológica de los magistrados de la Corte Constitucional.

En el segundo numeral nos habla de la transformación de la justicia constitucional en justicia redistributiva y desinstitucionalización del Estado, pasando luego al tercer y cuarto numerales, referidos al cambio del paradigma jurídico colombiano y a la propuesta gubernamental para reformar la justicia.

Las últimas once páginas están dedicadas a la bibliografía: 93 libros, 12 páginas de la internet y 2 CD-Rom.

Cumplo sí la revisión del texto de la referencia y, recomiendo al Comité Evaluador del Escalafón de la Universidad Surcolombiana de Neiva, tenerlo en cuenta para el ascenso del profesor Germán Alfonso López Daza.

Con toda atención,

Prof. Dr. Hernán Alejandro Olano García, MSc., PhD.
C.C. 6.776.897 de Tunja.
T.P. 57752 del C.S. de la J.
Profesor Asociado – Universidad de La Sabana
Miembro de la Academia Colombiana de Jurisprudencia
Teléfono 8616666 Ex. 2009, Chía, Cundinamarca.