

DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL A LA LEGISLACIÓN. UN ANÁLISIS
DE LA SENTENCIA C-355 DE 2006 Y SUS EFECTOS EN LA DIVISION DE
PODERES- PERIODO 2006-2012.

OSCAR JAVIER LOTTA PEÑA

UNIVERSIDAD COLEGIO MAYOR DE NUESTRA SEÑORA DEL ROSARIO
FACULTAD DE CIENCIA POLITICA Y GESTION Y DESARROLLO URBANO

BOGOTÁ D.C. 2014

“De la jurisprudencia constitucional a la legislación. Un análisis de la sentencia C-355 de 2006 y sus efectos en la división de poderes. Periodo 2006-2012.”

Estudio de Caso

Presentado como requisito para optar al título de

Politólogo

En la Facultad de Ciencia Política y Gestión y Desarrollo Urbano

Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario

Presentada por:

Oscar Javier Lotta Peña

Dirigida por:

Julio Roballo Lozano

Semestre I 2014

A mi familia y amigos por su apoyo en los momentos difíciles.

A Sevilla, mi segundo hogar.

A mis maestros Julio Roballo y Walter Arévalo por su gran ayuda y enseñanzas.

RESUMEN

El interés de este estudio de caso es estudiar los efectos que produce una sentencia de la Corte Constitucional de Colombia en la división de poderes con el objetivo de mostrar que por medio del ejercicio de sus funciones la Corte se extralimita y produce efectos negativos desde un punto de vista orgánico puesto que se toma funciones orgánicas de la Rama legislativa. Sin embargo desde un punto de vista funcional estas extralimitaciones pueden verse de una forma positiva. Para esto se estudia la sentencia C-355/2006 puesto que su contenido vinculante permite ver como es afectada la división de poderes desde ambos puntos de vista.

Palabras clave: *División de poderes, Estado Social de Derecho, Distribución Orgánica, Distribución Funcional, Corte Constitucional.*

ABSTRACT

The interest of this case study is to study the effects that a sentence from the Constitutional Court of Colombia can produce in the theory of the division of powers in order to show that through the exercise of its functions, the Court oversteps its functions producing negative effects from an organic point of view because it uses organic functions of the legislative branch. However, from a functional point of view these excesses can be seen in a positive way. For this the sentence C-355/2006 is studied since its binding contents allows to see how the division of powers is affected from both points of view.

Keywords: *Division of Powers, Welfare State, Organizational Distribution, functional distribution, Constitutional Court.*

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	
1. LA CORTE CONSTITUCIONAL Y EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD.	9
1.1 Antecedentes.	9
1.2 Funciones de la Corte Constitucional.	13
1.3 Tipos de sentencias y su contenido vinculante.	14
1.4 El contenido vinculante en las sentencias.	15
2. EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO: LA DIVISIÓN DE PODERES, LA DISTRIBUCION ORGÁNICA Y LA DISTRIBUCION FUNCIONAL DE COMPETENCIAS.	18
2.1 El Estado Social de Derecho.	18
2.2 La División de Poderes.	19
2.3 La Distribución Orgánica y la Distribución Funcional de competencias.	21
2.4 Relación de la División de Poderes con las distribuciones Funcional y Orgánica.	22
3. RELACION DE LA SENTENCIA C-355/2006 CON LA DIVISIÓN DE PODERES Y LAS DISTRIBUCIONES FUNCIONAL Y ORGANICA DE COMPETENCIAS.	24
3.1 La sentencia y la División de Poderes.	24
3.2 La sentencia y la distribución Orgánica de competencias.	30

3.3 La sentencia y la distribución Funcional de competencias. 33

4. CONCLUSIONES 37

BIBLIOGRAFÍA

ANEXOS

LISTA DE TABLAS

Tabla 1. Principales funciones de la Corte Constitucional	13
Tabla 2. Decisión de la Corte Constitucional sobre la Sentencia C-355/06	15 - 16

LISTA DE ANEXOS

Anexo 1. Entrevista. Walter Arévalo

INTRODUCCIÓN

El presente estudio de caso tiene como objetivo buscar una respuesta a la pregunta: ¿Cómo la sentencia C-355/2006 incide en la división de poderes desde el punto de vista funcional y el orgánico?

Esta pregunta busca estudiar y articular el caparazón jurídico y el trasfondo político de la problemática. La hipótesis parte de que la Corte Constitucional ejerce sus funciones por medio de las sentencias lo que facilita la protección de los derechos de los ciudadanos. No obstante, el ejercicio de las funciones de la Corte permite que esta eventualmente se exceda en sus funciones en lo orgánico pues a veces toma funciones propias (atributivas) de la rama legislativa. Esto se hace relevante en la sentencia C-355/2006 debido a que el contenido vinculante de esta sentencia afecta la división de poderes funcional y orgánica.

Para verificar dicha hipótesis se planea seguir una serie de pasos que tienen como objetivo principal analizar qué efectos produce la sentencia C-355/2006 en la división de poderes desde los puntos de vista funcional y orgánico. En primer lugar se presentarán los antecedentes y se explicará, a partir de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, qué componentes de las sentencias tienen un carácter vinculante. De esta forma se puede evidenciar la obligatoriedad que tiene la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

En segundo lugar se propone diferenciar los puntos de vista de distribución funcional y orgánica en la división de poderes a partir de los conceptos propuestos por el autor Mario Midón. En tercer lugar se analizará la forma en que la sentencia C-355/2006 afecta la división de poderes teniendo en cuenta lo funcional y lo orgánico. Por último se realizarán una serie de conclusiones.

1. LA CORTE CONSTITUCIONAL Y EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

El presente capítulo está constituido por una introducción al control de constitucionalidad en Colombia y una serie de antecedentes que permiten ver el proceso que ha pasado este control a lo largo del tiempo hasta llegar a la actualidad. Por esto el capítulo comienza con historia de la Jurisdicción Constitucional, posteriormente se hablará de las funciones actuales de la Corte Constitucional, los tipos de sentencias y cómo interpretarlas.

1.1 Antecedentes

El control constitucional no es un tema de la actualidad en Colombia, sino que puede ser rastreado, desde el inicio de la República. A lo largo del siglo XIX el control fue realizado por el Congreso y, en alguna medida, por el poder administrativo, pero, en algunas de las constituciones que precedieron a la Constitución de 1886 no se establecía un mecanismo que asegurara la supremacía de la Constitución. (Cepeda, 2007, págs. 10-11)

El origen del control constitucional puede verse reflejado en la Constitución de 1886:

En ella se le otorgó al Presidente de la República el poder de objetar los proyectos de ley aprobados por el Congreso, cuando quiera que los considerara contrarios al texto constitucional. Si el Congreso rechazaba la objeción, la Corte Suprema de Justicia era la llamada a resolver el conflicto adoptando una decisión obligatoria para todos sobre la constitucionalidad del proyecto objetado (Cepeda, 2007, Págs. 14-15).

Así pues, en un primer intento de control constitucional, la rama judicial tenía en sus manos la capacidad de resolver controversias entre las ramas legislativa y ejecutiva y no permitía que la primera se impusiera sobre el ejecutivo lo que lograba que el Estado funcionara de forma eficaz.

Durante la vigencia de la Constitución de 1886, en el año 1910, con el Acto Legislativo número 3; se realizó el primer aporte para la creación de un mecanismo de control constitucional que garantizara la supremacía de la Constitución mediante la

intervención del órgano judicial. En esa medida se crean la acción pública de inconstitucionalidad y la excepción de inconstitucionalidad. (Moreno, 2010, pág. 76)

Estos dos mecanismos quedarían dentro de las competencias de la Corte Suprema de Justicia que se encargaría de resolver una y ejercer la otra. En el caso de la acción pública de inconstitucionalidad cualquier persona podía demandar una Ley y la decisión de la Corte Suprema aplicaba frente a todos. Por otra parte la excepción de inconstitucionalidad permitía que los jueces o funcionarios públicos se abstuvieran de aplicar disposiciones legales que, a su juicio, fueran inconstitucionales y la decisión de la Corte Suprema tenía efectos para las partes implicadas. (Cepeda, 2007, pág. 18)

Con la entrada en vigencia del Acto Legislativo N°1 de 1945 se estableció una modificación de la estructura del poder público en Colombia, que paso de estar dividido en poderes a estar dividido en ramas del poder. El artículo 6 de este Acto Legislativo reafirmaba que “Son ramas del Poder Público la Legislativa, la Ejecutiva y la Judicial” y que “El congreso, el Gobierno y los jueces tienen funciones separadas, pero colaboran armónicamente en la realización de los fines del Estado” (Congreso de la República de Colombia [CRC] 1945, art, 6). De esta forma se afirma que la Constitución del año 1886 establece una división de poderes marcada por las funciones separadas de las tres funciones y se da a entender que estas no deben ejercer funciones que le correspondan a las otras ramas.

Por otra parte también se crea el Consejo de Estado, como órgano jurisdiccional, (art 132) y se le otorgan funciones de control de constitucionalidad como “conocer de las acusaciones de inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno” (CRC, 1945, art, 41).

Por último también se establecen nuevas competencias para la Corte Suprema de Justicia entre las cuales la más relevante en cuanto al tema de control constitucional es “Se le confía la guarda de la Constitución” (CRC, 1945, art, 53).

Esta fue la última gran reforma antes de que en la Asamblea Nacional Constituyente, en el año 1991, se planteara la creación de la Corte Constitucional. Pero, ¿Cuál fue el origen de esta idea?

A lo largo de la historia algunas cortes supremas ya tomaban el papel de controlar la constitución; en Europa, por ejemplo, la Corte del Consejo Imperial del Sacro Imperio Romano-Germánico, en Viena; estas cortes servían a los ciudadanos como un mecanismo de protección de sus derechos. (Marquardt, 2009, pág. 235) En América se puede encontrar el caso *MARBURY versus MADISON* (1803) donde la Corte Suprema de los Estados Unidos de América reclamó el derecho a hacer control de constitucionalidad a las leyes federales. Después de este surgieron otros casos como *SCOTT versus SANDFORD* (1856) o *PLESSY versus FERGUSON*. (Marquardt, 2009, págs. 235-236)

En otros países se crearon mecanismos de control constitucional, en México, por ejemplo, la Constitución Yucateca (1941) creó el procedimiento de amparo en defensa de los derechos fundamentales. (Marquardt, 2009, pág. 236) En otros países el control constitucional se fue adoptando con el paso de los años “Igualmente existió el control judicial de constitucionalidad desde 1858 en Venezuela y desde 1860 en Argentina. Por último, Nicaragua adoptó en 1893 el amparo mexicano” (Marquardt, 2009, pág. 237).

Como podemos ver, hasta el momento ningún país había creado una institución judicial dedicada por completo a cuidar la superioridad de la constitución frente a las leyes; solamente se había otorgado funciones a algunas instituciones o creado mecanismos de protección constitucional.

Sin embargo, en 1920 en Austria, por medio de su Ley Constitucional Federal crea la primera corte constitucional del mundo con el poder de controlar las normas, el Tribunal Constitucional de Austria, basados en las ideas de Georg Jellinek y Hans Kelsen. (Marquardt, 2009, pág. 238)

Finalmente en el “viejo mundo” el verdadero triunfo de la jurisdicción constitucional quedó reservado para después de la segunda guerra mundial: en Austria en 1945, en Italia en 1948, en Alemania occidental en 1949, en Francia en 1958, en Portugal en 1976, en España en 1978 (Marquardt, 2009, pág. 240).

Estos antecedentes sirven como una introducción de contexto a la reforma que lleva a cabo la Asamblea Nacional Constituyente en cuanto a la creación de la Corte Constitucional.

La exposición de motivos para la creación de la Corte Constitucional, presentada por el constituyente Jaime Castro, señala las ideas más relevantes que llevaron a los constituyentes a plantear la creación de una jurisdicción netamente constitucional.

Algunas de las razones que menciona el ponente son “la necesidad de atribuir tan delicada función al cuidado de un tribunal especializado, por razón de los asuntos o negocios que conoce” (Asamblea Nacional Constituyente de Colombia [ANCC], 1991, pág. 14) haciendo referencia al control constitucional. Castro también dice que no se podía dejar en cabeza de la rama jurisdiccional el ejercicio de una función jurídico-política, como es el control constitucional, puesto que se rompía con la separación de poderes y esto terminaba desgastando el sistema y produciendo un desequilibrio entre los tres poderes como se vio durante varios años antes de la constituyente. (ANCC, 1991, págs. 15-16) Esto reafirma que era necesario, como ya se había realizado en otros países, crear la jurisdicción constitucional para resolver los problemas que representaban la interpretación y control de la constitución.

Por otra parte dice:

Quando se verifica la constitucionalidad de un acto del Congreso, que actúa como constituyente o como legislador, o del Gobierno, que actúa como delegatario del legislador, se hace uso de un procedimiento judicial y se dicta una sentencia que produce efectos judiciales, pero también es claro que se ejerce una función de carácter político [...]. La decisión que se adopte tiene, igualmente, evidentes repercusiones en el campo político, pues se refiere, por ejemplo, a la extensión de las atribuciones del poder del Estado al Contenido de las libertades públicas y de los derechos humanos, el reparto de competencias entre el Ejecutivo y el Legislativo. (ANCC, 1991, págs. 14-15)

La creación de la Corte Constitucional permite a la rama Judicial hacer un control mucho más concreto a las ramas Ejecutiva y Legislativa desde un enfoque más especializado, pues, la nueva jurisdicción constitucional se encarga exclusivamente de los temas de control de constitucionalidad y protección de los derechos de los ciudadanos lo que permite que la división de poderes sea más marcada y efectiva.

1.2 Funciones de la Corte Constitucional

Las funciones que le otorgó la Asamblea Nacional Constituyente a la Corte Constitucional están establecidas en el artículo 241 de la Constitución. Estas funciones son:

1	Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación.
2	Decidir, con anterioridad al pronunciamiento popular, sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una Asamblea Constituyente para reformar la Constitución, sólo por vicios de procedimiento en su formación.
3	Decidir sobre la constitucionalidad de los referendos sobre leyes y de las consultas populares y plebiscitos del orden nacional. Estos últimos sólo por vicios de procedimiento en su convocatoria y realización.
4	Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.
5	Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra los decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno con fundamento en los artículos 150 numeral 10 y 341 de la Constitución, por su contenido material o por vicios de procedimiento en su formación.
6	Decidir sobre las excusas de que trata el artículo 137 de la Constitución.
7	Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los decretos legislativos que dicte el Gobierno con fundamento en los artículos 212, 213 y 215 de la Constitución.
8	Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales, y de los proyectos de leyes estatutarias, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.
9	Revisar, en la forma que determine la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales.
10	Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben. Con tal fin, el Gobierno los remitirá a la Corte, dentro de los seis días siguientes a la sanción de la ley. Cualquier ciudadano podrá intervenir para defender o impugnar su constitucionalidad. Si la Corte los declara constitucionales, el Gobierno podrá efectuar el canje de notas; en caso contrario no serán ratificados. Cuando una o varias normas de un tratado multilateral sean declaradas inexecutable por la Corte Constitucional, el Presidente de la República sólo podrá manifestar el consentimiento formulando la correspondiente reserva.
11	Darse su propio reglamento

Tabla elaborada por el autor del presente trabajo de grado con base en la información de (Constitución Política de Colombia, 1991, art, 241).

Además, el decreto 2067 de 1991, contiene el régimen de procedimiento de los juicios y actuaciones que sean competencia de la Corte Constitucional, se establecen la forma por medio de las cuales la Corte actúa y la forma de presentación y contenido que deben tener las sentencias.

Es importante mencionar que dentro de la organización de la rama Judicial solo hay dos organismos que se encargan del control constitucional: La Corte Constitucional encargada directa de este control y el Consejo de Estado al cual se le otorga una competencia residual; los fallos de ambas corporaciones tienen un alcance de control abstracto, es decir, que producen efectos generales. (Girón, 2003, pág. 3894)

1.3 Tipos de sentencias y su contenido vinculante

La Corte Constitucional actúa, en principio, por medio de sentencias, que integran la jurisprudencia constitucional. Estas pueden referirse a diferentes temas como: las demandas ordinarias de constitucionalidad contra actos legislativos y leyes, objeciones presidenciales, revisión de tutelas y sentencias de unificación en materia de tutela. (Olano, s.f. pág. 338)

Estas sentencias se dividen principalmente en tres tipos. Las primeras “C-” que son proferidas por la Sala Plena y se refieren a los temas relacionados con el control de constitucionalidad que le compete a la Corte Constitucional (ver artículo 241 de la Constitución de 1991). Las segundas son las sentencias “T-” que son emitidas por las Salas de revisión de la Corte y hacen referencia a los temas relacionados con las tutelas. Por último el tercer tipo de sentencia “SU-” (sentencia de unificación) en la cual se unifican sentencias sobre tutelas en una misma materia. (Olano, s.f. pág. 339)

Ahora bien, en la elaboración de sus decisiones, desde el punto de vista de la técnica de redacción, la Corte utiliza una división. Las partes que la componen son: la fijación del litigio, los motivos, los antecedentes y la resolución (o decisión). Dentro de estas partes la Corte utiliza otros términos para referirse a la obligatoriedad de sus sentencias, a saber: “*Decisum*”, “*Ratio decidendi*” y “*Obiter dicta*”.

En la construcción de la teoría de la obligatoriedad de los precedentes judiciales, la Corte Constitucional ha usado los conceptos de *Decisum*, *ratio decidendi*, y *obiter dicta*, para determinar qué partes de la decisión judicial constituyen fuente formal de derecho. El *decisum*, la resolución concreta del caso, la determinación de si la norma debe salir o no del ordenamiento jurídico en materia constitucional, tiene efectos *erga omnes* y fuerza vinculante para todos los operadores jurídicos. La *ratio decidendi*, entendida como la formulación general del principio, regla o razón general que constituyen la base necesaria de la decisión judicial específica, también tiene fuerza vinculante general. Los *obiter dicta* o "dichos de paso", no tienen poder vinculante, sino una "fuerza persuasiva" que depende del prestigio y jerarquía del Tribunal, y constituyen criterio auxiliar de interpretación. (Corte Constitucional de Colombia [CCC], 2001d)¹

En este orden de ideas se puede entender que dentro de una sentencia hay dos partes que tienen un carácter obligatorio. El “*decisum*” que es la decisión final, comúnmente se identifica porque se compone de una serie de artículos en los cuales la Corte establece su decisión como una norma que afecta a todas las personas (*erga omnes*). La “*ratio decidendi*” constituye una justificación de la decisión que toma la Corte y; por tanto, tiene un carácter de seguimiento obligatorio y tiene efectos generales.

1.4 El contenido vinculante de las sentencias

El 10 de mayo del año 2006 la Corte Constitucional de Colombia, por medio de la sentencia C-355/2006, estableció tres casos en los cuales la interrupción del embarazo no se considera un delito. Esta decisión aparentemente va en contravía de lo establecido en la ley 599 del 2000, Código Penal, donde se contemplaba el aborto, en cualquier caso, como una conducta punible, en el artículo 122.

En ese sentido la Corte impuso su decisión a la que había sido establecida por el Congreso de la República en el Código Penal en este y otros artículos, en los siguientes términos:

Primero	Negar las solicitudes de nulidad de conformidad con lo expuesto en el punto 2.3. de la parte considerativa de esta sentencia.
Segundo	Declarar EXEQUIBLE el artículo 32, numeral 7 de la Ley 599 de 2000, por los cargos examinados en la presente sentencia.

¹ Las Sentencias de la Corte Constitucional de Colombia no están enumeradas por párrafo ni por página.

Tercero	Declarar EXEQUIBLE el artículo 122 de la Ley 599 de 2000, en el entendido que no se incurre en delito de aborto, cuando con la voluntad de la mujer, la interrupción del embarazo se produzca en los siguientes casos: (i) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico; (ii) Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; y, (iii) Cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas , o de incesto.
Cuarto	Declarar INEXEQUIBLE la expresión “...o en mujer menor de catorce años...” “contenida en el artículo 123 de la Ley 599 de 2000.
Quinto	Declarar INEXEQUIBLE el artículo 124 de la Ley 599 de 2000.

Tabla elaborada por el autor del presente trabajo de grado con base en la información de (CCC, 2006c, Decisión)

La Corte establece en su decisión los artículos previamente citados. Estos se constituyen como cinco normas jurisprudenciales, dentro de las cuales la más relevante es la tercera debido a que en ella se establecen tres casos en los cuales el aborto es permitido. En este sentido, la Corte Constitucional, en el ejercicio de sus funciones, parece estar creando una “legislación alterna” puesto que tales casos funcionan como una regla nueva en la que se complementa la decisión del organismo Legislativo principal, el Congreso de la República.

Además de la decisión final, es posible encontrar elementos vinculantes a lo largo de la sentencia, por ejemplo, según el doctor Jaime Araujo, magistrado ponente de la sentencia, la objeción de conciencia no era reconocida antes de la sentencia C355/2006, pero, desde la aparición de esta, se ha extendido a diferentes sectores jurídicos como el servicio militar o la disciplina del voto de partidos políticos en órganos de representación popular. (Araujo, 2012, págs. 77-78)

Posteriormente la Corte Constitucional empieza a tratar directamente la objeción de conciencia en diferentes áreas. En la sentencia C-728/09, por mencionar una, falla la demanda en contra del artículo 27 de la ley 48 de 1993 porque se considera que viola los derechos de igualdad, libertad de conciencia y libertad de culto. En su decisión la Corte

alienta al Congreso a reglamentar la objeción de conciencia en el servicio militar obligatorio teniendo en cuenta la discusión realizada en la sentencia. (CCC, 2009b)

Estos no son los únicos casos en los que la Corte Constitucional crea alternativas a la ley. Otros casos relevantes son la sentencia C-221/94 donde se trata el tema de la despenalización del consumo de la dosis personal. La sentencia impone una reglamentación base para determinar cuál es la dosis “legal” personal: “Es dosis para uso personal la cantidad de marihuana que no exceda de veinte (20) gramos; la de marihuana hachís la que no exceda de cinco (5) gramos; de cocaína o cualquier sustancia a base de cocaína la que no exceda de un (1) gramo, y de metacualona la que no exceda de dos (2) gramos.” (CCC, 1994e) También la sentencia C-238/12 donde la Corte Constitucional trata la posibilidad de acceder a la herencia por parte de parejas del mismo sexo en calidad de unión libre. Se demanda el uso de la palabra “Cónyuge” en el Código Civil pues se asume que solo aplica a unión de personas de un mismo sexo.

2. EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO: LA DIVISIÓN DE PODERES, LA DISTRIBUCIÓN FUNCIONAL Y LA DISTRIBUCIÓN ORGANICA DE COMPETENCIAS

En el presente capítulo van a ser incluidas las definiciones de los conceptos que permitirán analizar el caso de la sentencia C-355/2006. Estos conceptos se desprenden de la interpretación del doctor Rodrigo Uprimny del Estado Social de Derecho, principalmente de la importancia que este teórico le da a la división de poderes y el control de constitucionalidad (tratado en el primer capítulo) como mecanismos de protección de derechos.

Por esto, el primer apartado estará constituido por la definición de Estado Social de Derecho y sus diferentes elementos. Posteriormente se tratará la definición de división de poderes en una aproximación desde Locke y Montesquieu. Por último se tratarán los conceptos de distribución orgánica y funcional que servirán para contraponer la división de poderes y el control constitucional.

2.1 El Estado Social de Derecho

El concepto de Estado Social de Derecho va a ser utilizado desde la aproximación que realiza Rodrigo Uprimny. Para este académico el Estado Social Derecho es un Estado en el cual las formas de regulación y coacción estatal se dividen entre diferentes organismos; de esta manera se logra proteger los derechos de las personas y, además, se garantiza que el gobierno que se implemente sea de leyes y no de hombres. (Uprimny, 2011, pág. 31) Por otra parte, las reglas que regulan el poder deberían ser discutidas y aceptadas por todas las personas que se van a ver afectadas por ellas; haciéndose necesaria para que la democracia encuentre su fundamento en la voluntad popular. (Uprimny, 2011, pág. 32)

Así pues, el Estado Social Derecho buscará asegurar un nivel de equidad social y de satisfacción de las necesidades de la población para evitar que los ciudadanos se vean

afectados por diferentes problemas y puedan afectar su libertad individual o su participación política. (Uprimny, 2011, pág. 32)

Complementando, Uprimny afirma que este tipo de estado se puede ver como el resultado que, a veces, puede tender a ser contradictorio entre tres corrientes diversas. En este sentido se va a producir un choque que se va a ver reflejado en diferentes ámbitos. Por una parte como un Estado que cubre las aspiraciones del Estado de derecho, donde lo más relevante es el control constitucional y la división de poderes como mecanismo para proteger las libertades. En este sentido la democracia también funciona como una herramienta para controlar la arbitrariedad. (Uprimny, 2011, pág 32)

Por otra parte, también es el Estado democrático que se sustenta en la soberanía popular y donde lo más importante es el origen de las decisiones políticas y jurídicas, así, la democracia funciona como un proceso de formación del poder. Por último el Estado Social Derecho es un Estado Social donde lo importante es la acción pública. (Uprimny, 2011, pág. 32)

2.2 La División de Poderes

La Constitución de 1991 en su artículo 113 consagra la separación de los poderes del Estado en tres ramas del poder; la legislativa, la ejecutiva y la judicial. Esto permite afirmar que en el Estado Colombiano se aplica la teoría de la división de poderes, pero, ¿qué es la división de poderes? Y ¿cuál es su aplicación?

El término División de Poderes, entendido desde el punto de vista de John Locke, es un mecanismo que permite “por un lado, la defensa de los derechos individuales y, por otro, el que el propio gobierno no llegara a ser una amenaza para la sociedad” (Sánchez, 2006, pág. 313).

Locke propone separar los poderes que componen al Estado en Ejecutivo y Legislativo y también afirma que es necesario que los miembros del poder Legislativo deban ser modificados periódicamente. Esta última afirmación está sustentada en la idea de que en un Estado hay un claro predominio del Legislador y ninguno de los poderes del

Estado debía ser arbitrario porque funcionaban en pro del bien de la comunidad. (Sánchez, 2006, pág. 314) Esto se hace más claro, cuando se piensa que la ley es la que establece las normas a seguir por los otros poderes y por los ciudadanos.

Por supuesto, en la actualidad también se entiende el Judicial como un poder. Según algunos autores, Locke no incluyó el poder Judicial, debido a que lo veía como una función, más que como un poder político y, además, el pretendía resolver la problemática que había entre el rey y el parlamento. (Sánchez, 2006, pág. 317)

Quando el poder legislativo está unido al poder ejecutivo en la misma persona o en el mismo cuerpo, no hay libertad porque se puede temer que el monarca o el Senado promulguen leyes tiránicas para hacerlas cumplir tiránicamente. Tampoco hay libertad si el poder judicial no está separado del legislativo ni del ejecutivo. Si va unido al poder legislativo, el poder sobre la vida y la libertad de los ciudadanos sería arbitrario, pues el juez sería al mismo tiempo legislador. Si va unido al poder ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor. (Montesquieu, 2007, págs. 115-116)

Como complemento, Montesquieu, presenta su visión sobre la problemática de permitir que uno de los poderes esté representado en una misma persona o grupo. Al concentrar dos poderes en una misma entidad, esta, adquiere una capacidad superior en la toma de decisiones del Estado. De esta forma, quien controle dos o más poderes se puede transformar en un déspota logrando imponer su propia doctrina por encima de los intereses del Estado y la sociedad. Esto no solo vulneraría la división de poderes sino que también vulneraría la democracia.

Quando se piensa en una institución como la Corte Constitucional, la cual tiene funciones judiciales al igual que funciones “legislativas”, en el sentido de la creación de derecho, es decir, la interpretación de la ley; también se piensa en la afirmación de Montesquieu sobre el juez con una fuerza opresora.

Quando la Corte Constitucional toma una decisión sobre una materia específica, esta está sujeta a la interpretación de la ley y la Constitución que sus miembros realicen. De esta forma, es posible que los magistrados tomen una decisión positiva o negativa para la sociedad acorde a su propia interpretación de la temática. En este sentido estarían imponiendo sus ideas a la sociedad volviéndose opresores según el planteamiento de Montesquieu.

2.3 Distribución Orgánica y Distribución Funcional de Competencias

La distribución de funciones en los diferentes órganos y entidades del Estado es un tema de vital importancia, pues, las funciones determinan la forma en la que cada institución actúa acorde con la ley y la constitución. Una forma de realizar o entender esta distribución es por medio de la distribución orgánica y funcional de competencias.

La distribución orgánica del poder implica la creación de un ente al cual se le deben otorgar una serie de atributos, de esta forma, los organismos del Estado surgen por la necesidad de establecer una estructura organizativa. (Midón, s.f. pág. 6) En este sentido, se entiende que hay atributos que solo le corresponden a uno de los poderes y no a los demás, por ejemplo, al Judicial le corresponde juzgar mientras que al legislativo le corresponde crear leyes.

La justificación de esta afirmación se encuentra en que, si bien el órgano es un contenedor para el poder, se hace necesario que haya una titularidad en el ejercicio de uno o varios atributos; de esta manera, a un juez le corresponde juzgar y a un legislador hacer la ley. (Midón, s.f. pág. 6)

De esta forma, por ejemplo, cuando se piensa en las piernas de una persona se piensa en movimiento puesto que una función de estas es la de permitir el movimiento (caminar, correr, etc.). Una forma de demostrar esto sería que una persona que no puede hacer uso de sus piernas no se puede mover con facilidad por lo que necesita otros medios (muletas, silla de ruedas, etc.); de esta forma, es posible afirmar que la función orgánica de las piernas es la de mover el cuerpo.

De la misma manera, cuando se habla sobre el poder legislativo, en el caso colombiano representado por el Congreso de la República, se piensa en la creación de leyes. Por esto se puede afirmar que la función orgánica del Congreso es la de legislar

Por otra parte, la distribución funcional del poder implica que sean otorgadas funciones o facultades a un ente puesto que sin ellas la existencia del órgano no serviría, pues, no se podría ver el reflejo de su acción. Además, el órgano también necesitaría de un

cierto nivel de autonomía que le permita realizar su función. También necesita exclusividad, de esta forma impide que otro poder pueda ejercer sus funciones, con algunas excepciones (cuando es necesario que dos poderes intervengan o cooperan para el cumplimiento de sus funciones, por ejemplo, cuando el legislativo crea una ley y el ejecutivo la promulga). (Midón, s.f. pág. 6)

Retomando el ejemplo de las piernas mencionado anteriormente; cuando se realizan otras actividades las piernas toman funciones diferentes acorde a la necesidad que implique tal actividad. De esta forma si una persona juega futbol sus piernas le permiten moverse (función orgánica) a través del terreno de juego, pero, ahora surge la necesidad de patear el balón. En este sentido, la función funcional de las piernas va a ser la de patear el balón.

Esta regla también es aplicable a las instituciones del Estado, si solo existiera el poder legislativo, este cumpliría con su función orgánica únicamente, sin embargo, al incluir otro poder, por ejemplo el ejecutivo, aparecen otras funciones como el control político. Así es posible afirmar que una función funcional del Congreso es el control político, pues, no es la principal sino una agregada.

2.4 Relación de la División de Poderes con las distribuciones Funcional y Orgánica

Como se mencionó anteriormente en este capítulo, la división de poderes tiene como objetivo evitar que el poder se concentre en una sola rama, de esta forma se previene que, en palabras de Montesquieu, haya opresores o tiranos. Esto se relaciona con la distribución orgánica en que la división de poderes determina el número de ramas de poder y, de forma expresa, determina las funciones orgánicas de cada una.

Como ya se ha mencionado, en Colombia hay tres ramas del poder público y cada una tiene una función orgánica. La rama Ejecutiva determina cómo se usan los recursos (los ejecuta), de esta forma determina un presupuesto anual, distribuye el dinero en las diferentes entidades del Estado en los diferentes niveles descentralizados (nacional, departamental y municipal), entre otras funciones. La rama Legislativa crea, modifica y aprueba leyes (legisla) que van a regir al país en todos los ámbitos, de esta forma se

establece un orden para la sociedad. Por último, la Judicial se dedica a juzgar y resolver conflictos entre los ciudadanos en concordancia con la ley y la Constitución.

En este sentido, si el Ejecutivo decidiera empezar a juzgar a los ciudadanos estaría vulnerando la división de poderes y, de la misma forma, la división orgánica de funciones.

Sin embargo hay funciones que, en condiciones excepcionales, pueden ser compartidas o directamente ejercidas por otro órgano. Por ejemplo, en caso de una guerra el Ejecutivo puede proferir decretos con fuerza de ley pues de esta forma su acción es más efectiva. Este ejemplo permite mostrar que la función orgánica del Congreso se puede volver una función funcional del ejecutivo a raíz de un evento extraordinario. De esta forma, la distribución funcional parece vulnerar la división de poderes, pero, el Legislativo puede ejercer control sobre tales decretos y modificarlos con la aprobación de dos terceras partes de los congresistas. Así, la reglamentación impide que la división de poderes sea absolutamente vulnerada ya que el Congreso sigue teniendo la capacidad de prevenir que el ejecutivo se exceda.²

² Para este ejemplo me refiero al artículo 212 de la Constitución Política de Colombia de 1991. También es importante mencionar que esta situación se presenta en otros cuatro casos en las instituciones colombianas. Estos están enunciados en los artículos 213 (estado de Conmoción interior), 215 (estado de Emergencia), 150 numeral 10 (decretos ley con base en facultades extraordinarias) y 346 (Presupuesto de Rentas y Ley de Apropriaciones)

3. RELACION DE LA SENTENCIA C-355/2006 CON LA DIVISIÓN DE PODERES Y LAS DISTRIBUCIONES FUNCIONAL Y ORGÁNICA DE COMPETENCIAS

El presente capítulo contiene un análisis que busca relacionar la sentencia C-355/2006 con los diferentes conceptos que han sido tratados a lo largo de los anteriores capítulos. La importancia del precedente judicial y de la fuerza vinculante que tienen el *decisum* y la *ratio decidendi* de una sentencia y su relación con la división de poderes y los entendidos de distribución funcional y orgánica de funciones de los órganos del Estado.

3.1 La sentencia y la División de Poderes

Como fue mencionado anteriormente, la Corte Constitucional, al tener la potestad constitucional de darse su propio reglamento, según el numeral once del artículo 241 de la Constitución colombiana, ha utilizado varias sentencias para establecer el procedimiento, forma y conceptos por medio de los cuales actúa.

Esto es importante debido a que, específicamente en materia del precedente y los conceptos, se hace necesario identificar los elementos que produzcan obligatoriedad dentro de las sentencias. Para esto la Corte utiliza los conceptos mencionados en el capítulo uno, el *decisum* y la *ratio decidendi*.

Ahora bien, ¿Qué relación hay entre el precedente jurídico, el *decisum*, la *ratio decidendi* y la división de poderes? Como se ha mencionado la división de poderes busca delimitar el campo de acción de los órganos que componen las tres ramas del Estado para prevenir que una de ellas tenga más “fuerza” que las demás. En este sentido es importante determinar cuáles segmentos de una sentencia y de su línea jurisprudencial, es decir, de todas las sentencias que traten un mismo tema o problema jurídico, tienen un carácter vinculante con el objetivo de establecer si en alguna de ellas se excede en sus decisiones y, de esta manera, vulnera en alguna medida la División de Poderes.

El elemento vinculante más claro de la sentencia es la decisión final que está claramente identificada en la sentencia. Pero, por otra parte, es importante identificar los precedentes y elementos contenidos en la *ratio decidendi* con miras a establecer ejemplos que permitan realizar una posterior discusión sobre su alcance o el procedimiento por medio del cual actúa la Corte.

Además, es necesario buscar el precedente jurisprudencial que ha ido desarrollando la Corte a lo largo del tiempo en una materia específica, que en el caso de esta sentencia es la interrupción del embarazo.

Según Andréa Viana, la primera vez que la Corte Constitucional habló sobre el tema de la interrupción del embarazo fue en la sentencia C-133 de 1994. En esta primera sentencia la Corte toma su decisión basada en la sacralidad y prevalencia de la vida. A partir de esta sentencia la Corte se va a encontrar la problemática jurídica sobre el momento en que se adquiere la titularidad de los derechos. (Viana, 2005, pág. 171)

Este precedente es de gran importancia debido a que dependiendo del momento en que se adquiriera la titularidad de los derechos y se determine qué derecho prima sobre los demás, la Corte ofrecerá un resultado distinto para cada problema jurídico. En este sentido, la Corte decidió que primaba el derecho a la vida por encima de cualquier otro bajo el siguiente razonamiento que se divide en cinco puntos:

- 1- La Corte interpreta que la protección al no nacido se debe garantizar porque, el feto implica la esperanza de vida y por lo tanto las autoridades deben asegurar la vida a las personas, esto incluiría a la vida en formación. (Viana, 2005, pág. 172)
- 2- La Corte considera que el constituyente primario tenía la intención de excluir el aborto al tomar la decisión de no pronunciarse frente al tema. (Viana, 2005, pág. 172)
- 3- El tercer argumento consiste en la revisión del bloque de constitucionalidad el cual “está compuesto por todos los tratados o convenciones de derechos humanos, derecho internacional

humanitario, los llamados derechos innominados, y las normas constitucionales que reconozcan derechos, Así como las contenidas en leyes estatutarias u orgánicas” (Viana, 2005, pág. 172).

- 4- Este punto consiste en el entendido de la Corte sobre los límites del derechos reconocido constitucionalmente y la posibilidad de que aparezca un conflicto entre los derechos de la embarazada y el no nacido. También es importante mencionar que la Corte no considera que su misión sea la de resolver este conflicto sino que esto es potestad del legislador. (Viana, 2005, pág. 173)
- 5- El último elemento también tiene gran relevancia, pues, se fundamenta en el derecho a la libertad de conciencia y culto. Aquí se afirma que al penalizar el aborto no se vulnera la libertad. (Viana, 2005, pág. 173)

Posteriormente la Corte se verá enfrentada en 1997 y en 2001 a la problemática del aborto. En el caso del 97 es importante mencionar que, en principio, la ponencia que se iba a presentar buscaba la despenalización absoluta del aborto. Sin embargo, triunfó una distinta en la cual la Corte terminó abandonando su imparcialidad y se comprometió con valores religiosos. Además, se amplía el bloque de constitucionalidad agregando un derecho innominado, al realizar una interpretación de varios artículos de la Constitución, abandona la propuesta del 94 en la cual no otorgaban derechos al feto y establece que el no nato es titular del derecho a la vida, visión claramente compatible con la posición de la iglesia Católica. (Viana, 2005, págs. 174-175)

Por último, la sentencia C-647 de 2001 no aporta un gran cambio a la línea jurisprudencial, sin embargo, es importante remitirse a los salvamentos de voto. Aquí dos magistrados consideran que debería declararse la inconstitucionalidad de la penalización del aborto. Complementan haciendo relevante la omisión a la mención de los derechos de las mujeres, que también habían sido omitidos en sentencias anteriores. Para finalizar, aportan la idea de que despenalizar el aborto no es una restricción de derechos sino una medida que tolera la desaparición del derecho a la vida. (Viana, 2005, págs. 176-177)

Como se puede ver en los ejemplos de precedente jurisprudencial también hay elementos del *decisum* y la *ratio decidendi*, en donde es posible encontrar diferentes posiciones que permiten ver claramente los límites que se impone la Corte Constitucional y, de la misma forma, los cambios que se van produciendo en la línea.

Al revisar el antecedente y *decisum* y la *ratio decidendi* se ven reflejados cambios sustanciales que podrían interpretarse como una intromisión de la Corte frente a las otras ramas del poder. Por ejemplo, en principio, la sentencia de 1994 no consideraba que el no nato fuera un titular de un derecho, sin embargo, esta interpretación cambia en la sentencia C-013 del año 97 en donde se decide que es un derecho innominado lo que resultará en la afirmación de que el feto es titular del derecho a la vida.

Otro ejemplo empieza con la sentencia C-133 de 1994 donde la Corte deja claro que no es competencia suya sino del legislativo la de determinar si hay un conflicto entre los derechos del no nacido y los de la madre. Posteriormente en la sentencia de 1997 afirmará que prima el derecho a la vida y al final con la sentencia C-355 de 2006 terminará por adoptarse la posibilidad de que se permita el aborto en tres casos distintos. En dos momentos distintos la Corte interpreta un mismo problema jurídico de dos formas distintas lo que resulta en cambios radicales en su forma de actuar.

Esto nos permite afirmar que efectivamente, la Corte constitucional se inmiscuye en temas de competencia del legislador, es decir, vulnera la división de poderes haciendo uso de sus atribuciones como máximo órgano de la jurisdicción constitucional para apropiarse de competencias que son principalmente del legislador. Si se tiene en cuenta la totalidad del precedente y los elementos que ofrecen el *decisum* y la *ratio decidendi* es posible observar que hay un proceso por medio del cual el órgano de control constitucional desarrolla una reglamentación que le correspondería, en estricto sentido, al legislador.

Cabe preguntarse si realmente hay un exceso y si este vulnera la división de poderes o si, por el contrario, una intromisión; que puede no ser visto como un exceso de la Corte, en otra rama permite que la división funcione de una forma más adecuada y eficiente en la búsqueda de la consecución de los fines del Estado.

Para el doctor Walter Arévalo “la Corte se sale de sus límites cuando ese permiso que tiene por el modelo constitucional se excede. Ahí entonces ya vienen ejemplos de lo que se ha construido en la jurisprudencia constitucional como es la omisión relativa y la omisión absoluta del legislador” (2013, 20 de mayo). En efecto, si se plantea la idea de que en un Estado Social de Derecho el fin último del Estado es la protección de los derechos fundamentales, entonces, sin importar cuál sea la rama del poder, su fin debe ser el de proteger al ciudadano y sus derechos.

Además, la Constitución también es muy clara en su artículo 113 cuando dice “Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines” (CPC, 1991). Esto plantea que, si bien los organismos de las ramas del poder trabajan separadamente, se debe contemplar la posibilidad de que haya colaboración entre ellas.

Pero, ¿hasta dónde está bien un exceso de la Corte Constitucional? Como se mencionaba anteriormente, los principales exponentes de la teoría de la división de poderes la desarrollaron para prevenir que hubiera una rama más fuerte que las otras lo que impediría que hubiese excesos por parte de uno de los órganos, bien fuera un juez, el presidente o un congresista.

Entonces ¿Cuándo estaría la Corte excediéndose y cuándo obraría bien? Para el doctor Arévalo “Llega una ley, una para estudio constitucional, una ley que tiene más o menos una cierta adecuación a la constitución, que está bien, pero, que puede ser por esa vigilancia, no sólo del régimen constitucional sino por esa vigilancia también de los derechos fundamentales, parece incompleta” (2013, 20 de mayo).

En este sentido la Corte Constitucional obraría de forma adecuada, sin vulnerar la división de poderes; en algunos casos específicos, por ejemplo: el legislador profiere una ley que le concede unos derechos X a los hombres y omite mencionar a las mujeres. En este caso la Corte ve una omisión relativa del legislador y le corrige puesto que, en su función de protección de los derechos, considera que estos derechos que otorga el legislador deben ser para todos los hombres y mujeres.

Arévalo dice que en este caso “parecería que, más que una inconstitucionalidad manifiesta en el sentido de querer violar los derechos de un grupo; lo que pasa es que se omitió un contenido de la ley, cuya ausencia puede causar una inconstitucionalidad, pero que la corte puede inferir desde una interpretación constitucional de la ley, ahí entonces puede la Corte entrar a extender el trabajo del legislador” (2013, 20 de mayo). Pero ¿cuándo actuaría mal la Corte? Para responder a esta pregunta Arévalo nos dice:

Cosa distinta sería que el legislador nunca hubiera proferido esa ley que le daba derechos o regulaba la condición de unos hombres o mujeres. Cosa distinta sería que un día la Corte Constitucional, sin mediar la acción de legislador, presente un documento, en el que dice que la Corte Constitucional construye la siguiente norma y se inventa algo que no ha dicho legislador. Eso sería obrar a partir de una omisión absoluta del legislador como por ejemplo diciendo - No... es que en Colombia falta una ley sobre este asunto y yo la voy a crear de cero - allí estaría excediéndose porque la competencia que ya sabemos que es relativamente exclusiva del legislador debe tener por lo menos su iniciativa para este tipo ejercicios (2013, 20 de mayo).

Así pues, este podría parecer un claro ejemplo de vulneración de la división de poderes se encuentra en la sentencia C-355 de 2006 ya que desde un punto de vista se interpretaría como que la Corte decide crear derechos, función legislativa. Sin embargo, desde otro punto de vista debido a que la Corte es la máxima intérprete de la Constitución, esta debería poder desarrollar su contenido. A partir de ella, según el magistrado Jaime Araujo Rentería (2012, págs. 77-78), se empieza a considerar como derecho fundamental la objeción de conciencia y tras este hecho, se extendió a otros sectores jurídicos como el militar o la disciplina de voto de los partidos políticos.

Este ejemplo es especialmente relevante debido a que la Corte se toma la potestad de considerar un derecho innominado como un derecho fundamental; al igual que cuando en la sentencia C-013 de 1997 se toma la potestad de admitir que el feto tiene derecho a la vida. En ambos casos la iniciativa debió ser del legislador y la Corte tenía que motivar al legislador a reglamentar ambas cuestiones por medio de una sentencia, pero, haciendo uso del *obiter dicta* ya que este, según la misma Corte, tiene fuerza persuasiva, no vinculante.

Por otra parte pueden producir fricciones en la sociedad, ya se mencionaba que podía haber conflicto entre los derechos de la madre y los derechos del feto tanto por la

aceptación de que el feto tiene derecho a la vida como en la aceptación de que haya tres casos específicos donde se pueda interrumpir el embarazo.

De esta forma, cabe preguntarse ¿es necesario que la Corte deba sujetar todas sus decisiones al legislador? Para responder a esta pregunta el escrito procederá a separar la discusión en dos sub apartados que hablarán de la distribución orgánica y funcional de competencias.

3.2 La sentencia y la Distribución Orgánica de competencias

Retomando lo escrito en capítulos anteriores, hay dos formas mediante las cuales se distribuyen las competencias de los diferentes organismos que componen las ramas del poder público en Colombia. La distribución orgánica es una de ellas y su interpretación relacionada con la sentencia C355 de 2006 permitirá establecer un punto de partida para un posterior análisis comparativo con la otra forma de distribución de competencias, la funcional.

Como se mencionó en el capítulo segundo la distribución orgánica establece que cada rama, por lo tanto cada uno de sus órganos, tiene una competencia que se le atribuye puesto que se considera que son funciones naturales de la rama u órgano determinado.

En este sentido, si se interpreta el sistema Colombiano exclusivamente por medio de la distribución orgánica entonces todas las normas que haya creado la Corte Constitucional por medio de sus sentencias serán entendidas de forma distinta. Esto se debe a que la mayoría de los organismos del Estado tienen funciones que se les han atribuido acorde a ambos tipos de distribución por ejemplo, el Congreso orgánicamente legisla, sin embargo, funcionalmente también realiza el control político del ejecutivo.

¿Qué pasaría si se distribuyeran todas las funciones de las ramas orgánicamente y a partir de este supuesto analizáramos la sentencia C-355 de 2006 de la Corte Constitucional? Esta pregunta plantea la posibilidad de identificar los efectos específicos que produce en la visión orgánica la Corte Constitucional por medio de sus sentencias.

Así pues, según el doctor Arévalo, el modelo orgánico tiene una serie de ventajas y desventajas:

El modelo orgánico en cuanto a la tri división de poderes tiene la ventaja de que permite saber exactamente quién está en la rama, quién compone cada una de las ramas del poder público y más o menos, por virtud de la naturaleza del órgano (legislativa, ejecutiva, judicial), decirle a ese órgano claramente, qué es lo que generalmente hace. Ese es un modelo relativamente rígido, vertical. El modelo orgánico viene de Estados que no eran al principio constitucionales, con cartas políticas profundamente armónicas en cuanto a las funciones, sino eran Estados legales donde la división de funciones se construyó históricamente (2013, 20 de mayo).

Efectivamente, por medio del uso exclusivo del sistema orgánico de distribución de competencias es posible saber exactamente que órgano está en cada una de las ramas y, por si fuera poco, queda claridad en las funciones que le competen a cada uno de ellos. En este sentido el modelo pareciera ser rígido, se apegaría al ordenamiento constitucional de forma estricta puesto que cada uno tendría su campo de acción limitado y de esta forma no permitiría injerencias de otros órganos o ramas dentro de su espacio legal.

Como complemento, permite ver el desarrollo constitucional, vale la pena recordar que con la Constitución de 1991 se modificaron y crearon varios organismos en las diferentes ramas del poder, como la creación de la Corte Constitucional o la independización de la Procuraduría, respecto del Presidente de la República.

Este modelo de interpretación de las competencias sería positivo en la medida en la que no permite que haya injerencias, sin embargo, dificulta el trabajo de los órganos. Esta dificultad aparece puesto que cada órgano, al estar ligado a una competencia exclusiva, no puede ejercer un control más amplio de las funciones de los demás. En este sentido, el Control de constitucionalidad podría ser ejercido a cabalidad, sin embargo, otras funciones de la Corte Constitucional no tendrían mayor injerencia debido a que se considerarían vulneraciones a la división de poderes.

En efecto, desde un punto de vista netamente orgánico, una sentencia de la Corte Constitucional donde se considere un derecho que no está en la constitución, por ejemplo la titularidad del derecho a la vida de un feto, sería considerada un exceso de la Corte puesto que los derechos fundamentales están considerados en la Constitución. Así pues, el hecho

de “inventarse” un derecho nuevo debe ser una competencia casi exclusiva del legislador, el Congreso, a quien le corresponde la potestad de aprobar o desaprobado una nueva norma.

De esta forma, el contenido vinculante de cualquier sentencia podría ser considerada un exceso que afecta negativamente a la división de poderes pues, por medio de sus sentencias, la Corte estaría sobrepasándose de sus funciones. Por ejemplo, en la sentencia C-355/06 no podría considerarse la posibilidad de que un médico pueda hacer uso del derecho a la objeción de conciencia y de la misma forma las mujeres que en uno de los 3 casos admitidos por la sentencia quieran solicitar la interrupción del embarazo... no podrían hacerlo.

Esto reflejaría la imposibilidad de la Corte de actuar para cumplir con los fines del Estado Social de Derecho, la protección de los derechos fundamentales. Esto se debe a que al estar imposibilitada para sobrepasarse, la Corte está amarrada de brazos para poder, por ejemplo, proteger de forma inmediata la vulneración de un derecho o extender medidas de protección. En este sentido sería fundamental que la Corte tenga la potestad de sobrepasarse en algunos ámbitos, pues, esta es la única forma en la que puede cumplir con sus funciones que resultan ser incompatibles con la división orgánica.

Además, en un ámbito más general, impediría la colaboración armónica entre organismos del Estado para cumplir con sus funciones puesto que ninguno podría salirse de su campo de acción (ya que sus competencias están limitadas por órgano y no funcionalidad), tendrían que esperar que el otro organismo actúe por voluntad propia lo que podría resultar problemático dependiendo de la institución o de la persona que la dirija. Esta última afirmación se sustenta en ejemplos como el de la Procuraduría General de la Nación, el ex procurador, Edgardo Maya, apoyaba firmemente la despenalización del aborto (El País, s.f.), sin embargo, el actual procurador, Alejandro Ordoñez, se muestra muy crítico frente a esta decisión de la Corte de permitirlo en tres casos especiales (El Colombiano, 2012).

Estos son los efectos que produce una sola sentencia de la Corte en una interpretación exclusivamente orgánica. Al recopilar las ideas generales se puede afirmar

que son efectos principalmente negativos para el funcionamiento del Estado puesto que, si bien tiene la ventaja de determinar claramente la composición de una rama y sus funciones, limita las capacidades de las instituciones de todas las ramas para actuar frente a las demás lo que impediría en alguna medida la debida cumplimentación de los fines del Estado.

Además, vale la pena plantear y valorar la posibilidad de que la ideología o idiosincrasia de algunos individuos afecte el trabajo de la institución. Es posible que cada uno persiga sus propios intereses y no los intereses del Estado y al favorecer un modelo que logre impedir que otras instituciones intervengan en su campo de acción podrían verse beneficiados.

3.3 La sentencia y la Distribución Funcional de Competencias

Al igual que la distribución orgánica, la funcional debe tener aspectos positivos y/o negativos en el funcionamiento del Estado. Por esto el presente sub capítulo se enfocara en complementar al anterior con un análisis por medio del cual se use exclusivamente la distribución funcional de competencias. Para comenzar con el análisis Arévalo dice que:

Yo creo que el modelo funcional es más acorde a los Estados constitucionales modernos, la constitución provee la estructura del Estado, pero también provee unas funciones del Estado y provee unos fines del Estado; ya no prima solo la idea de estructura, sino que hay otras prioridades, como qué tipo de funciones existen para cumplir unos fines de un Estado. Este modelo, hace ver un poco más flexible y un poco más claro el asunto de la división de poderes, que ya no debe ser vista solamente como el asunto negativo o preventivo de que estén separados para evitar la concentración del poder en un déspota, sino que ya en teoría se supera esa noción, por un Estado, estructuralmente armónico y complejo, que es eficaz en todas las funciones (2013, 20 de mayo).

Como dice Arévalo, los Estados constitucionales parecerían ser más adecuados para ser interpretados exclusivamente por un modelo funcional de distribución de competencias. Esto puede deberse a que una constitución que determine claramente la estructura básica de sus ramas no va a necesitar una distribución funcional de competencias pues la funcionalidad de cada función va a estar determinada por el orden de las ramas y sus órganos. Es por esto que sería un modelo mucho más flexible de funcionamiento ya que, al no limitar las funciones de los órganos exclusivamente a su nivel orgánico, pueden

compartir o colaborar entre ramas u organismos para el cumplimiento efectivo y eficiente de las funciones del Estado.

Sin embargo, vale la pena plantearse que esa funcionalidad puede entorpecer el cumplimiento de la competencia principal de un organismo o, en su defecto, se le otorguen demasiadas competencias por su funcionalidad lo que resultaría en una sobrecarga del órgano. Si bien esto no tiene que ser necesariamente negativo ya que una entidad puede lograr manejar gran cantidad de funciones sin necesidad de cargarla demasiado si se logra una gestión adecuada; vale la pena mencionarlo como una posibilidad de carácter negativo.

Además, en palabras de Arévalo, una constitución provee una estructura, unas funciones y unos fines determinados. Si el objetivo de las ramas y sus órganos es el cumplimiento de los fines del Estado entonces se puede evidenciar la flexibilidad del modelo y, por si fuera poco, se plantea la idea de que la división de poderes no es simplemente un mecanismo que de una forma u otra reprime a las ramas para que no se excedan.

Desde un punto de vista netamente funcional; si se deja de interpretar la teoría de la división de poderes como un mecanismo represivo para las ramas y sus órganos y la planteamos como un método de distribución organizacional entonces una intromisión de una rama o de un órgano en las competencias, no exclusivas en su totalidad, de otro no... Esta intromisión no parecerá un conflicto entre ramas u órganos (también llamado choque de trenes) sino que podría interpretarse como un Estado que busca la consecución de sus fines por medio de un trabajo armónico entre sus ramas y órganos.

De hecho, al contrastar este planteamiento con la sentencia C-355/06 es posible ver que funciona solamente como un complemento al trabajo del legislador. Está claro que la función de hacer la ley es principalmente del legislador, además, es quien ostenta la legitimidad de la acción como tal. Sin embargo, también es evidente que si la Corte no puede modificar o agregar elementos a una ley, esta entidad no podrá cumplir con su finalidad y es posible que el legislador tarde demasiado en proteger un derecho de una

persona por la vía regular (recordando que una ley en Colombia, por vía regular, debe ser sometida a 4 debates).

En este sentido, la aparición de una excepción al código penal en materia de aborto se podría considerar un exceso, pero, no como una negativa. En efecto, no todas las acciones en las que una institución sobrepasa sus límites se deberían ver como acciones negativas debido que los organismos del Estado deben colaborar de forma armónica para lograr la consecución de los fines del Estado. Lo que se debería buscar en un modelo netamente funcional es la armonía entre ramas y sus correspondientes instituciones.

De esta forma; las sentencias, por medio de su contenido vinculante, van a tener efectos positivos como la aparición de nuevos derechos para las personas. El derecho de las mujeres a abortar en tres casos específicos y el de los médicos a la objeción de conciencia (en la sentencia C-355/06) que resultó en el reconocimiento del mismo derecho en otras áreas. El reconocimiento del derecho a la vida de un “no nacido” (sentencia 013/01), la despenalización de la dosis personal (sentencia C221/94) o la posibilidad de acceder a la herencia en uniones libres de parejas del mismo sexo.

Todos los anteriores son ejemplos en los que se evidencia que la actuación de la Corte en un ámbito estrictamente funcional debe ser entendida como algo positivo. Sin embargo, también se hace necesario plantearse opciones negativas puesto que en todos los casos puede haber vicios.

Si bien una decisión de la Corte en la que invada las competencias de otras ramas u órganos puede ser positiva también hay que pensar que la Corte no es, por ejemplo, un ente con carácter administrativo y puede que no tenga claridad en cómo ejecutar un plan de salud. De esta forma, una sentencia en la que la Corte obligue al ejecutivo a abrir un plan de psicología para las víctimas de la violencia puede no resultar facilitando el trabajo del Estado sino ralentizándolo. Esto se debe a que es común que los proyectos de este calado pasen por etapas y no se pueden implementar de forma inmediata.

Así pues, la acción del ejecutivo terminaría siendo lenta y poco eficaz debido a que no cuenta con los recursos, o en su defecto, no tuvo tiempo para desarrollar un plan efectivo que resulta siendo un desperdicio de recursos. Esta posibilidad plantea la necesidad de un control interno o externo en las acciones de la Corte para impedir que sus intromisiones se vuelvan un inconveniente para el funcionamiento del Estado.

Frente a esto, Arévalo nos dice:

Control externo tiene en la medida en que existe... digamos que hay estatutos legales y el procedimiento legislativo, la ley quinta por ejemplo, también le dice a la Corte hasta donde puede ir en algunos casos. Porque viendo la observancia y el procedimiento de las leyes la Corte también sabe hasta dónde se puede meter y hasta dónde no. Pero, en el ámbito de la construcción de normas interpretativas o más bien, en la construcción de normas mediante la interpretación en la construcción de estos modelos de constitucionalidad condicionada, en los modelos de efectos diferidos de las sentencias, en los modelos de, por ejemplo, omisión relativa y omisión absoluta en el juicio de constitucionalidad la corte misma ha creado sus taras y sus límites internos porque ella ha identificado en algunas sentencias que es lo que verdaderamente significa una omisión legislativa y hasta dónde puede ella obrar sobre eso (2013, 20 de mayo).

Efectivamente no solo la constitución sino la ley y la misma Corte establecen límites a la actuación de este órgano. Estos controles no descartan que se pueda presentar algún inconveniente, sin embargo, no parece que haga falta desarrollar o reglamentar más controles puesto que ya hay unos, tanto en lo interno como lo externo, y la aparición de más podría terminar limitando la capacidad controladora de la entidad y su efectividad.

En este sentido, los intereses de las personas que tienen capacidad de mando en cualquier institución afectan minoritariamente el funcionamiento del Estado ya que todos los organismos deben funcionar con el objetivo de cumplir unos fines básicos. En este sentido la ideología de un individuo encontrará más inconvenientes para imponerse sobre el funcionamiento de una rama o institución ya que todas trabajan en conjunto para unos mismos fines del Estado y no fines personales.

4. CONCLUSIONES

Tras haber terminado de separar los modelos de distribución de funciones y relacionarlos con los aspectos vinculantes más importantes de la sentencia C-355 de 2006 es posible realizar un último análisis del caso de estudio. Esto servirá para plantear las conclusiones finales sobre el escrito.

Como se vio a lo largo del capítulo tres, el análisis que se realizó a la división de poderes y a las formas de distribución de competencias podemos ver que la sentencia C-355 de 2006 de la Corte Constitucional tiene efectos directos en la división de poderes y, por separado, en las distribuciones funcional y orgánica.

Al haber analizado los modelos por separado fue posible encontrar que hay distintos elementos que, a partir de la división de poderes y hasta la distribución de funciones, generan problemáticas.

Como lo planteaba Arévalo, el modelo de distribución de funciones parece ser el más adecuado para un Estado Constitucional moderno, especialmente un Estado Social Constitucional de Derecho. Esto se debe a que, si no se entiende como un mecanismo de represión de las ramas sino como un mecanismo organizacional, se favorece por completo el funcionamiento armónico de las diferentes ramas y organismos.

En palabras de Arévalo, “el modelo funcional tiene la ventaja que asume que los fines del Estado se pueden lograr con distintas funciones y que las funciones en sí siguen siendo las clásicas pero se le agregan por ejemplo la electoral, a la de control, la educativa, en algunos Estados la comunicación...” (2013, 20 de mayo). Esta es una diferencia clave con el modelo orgánico ya que marca la diferencia entre interpretar un exceso como algo netamente negativo y empezar a plantearlo como un bien (o mal) necesario para un funcionamiento adecuado del Estado.

Esta misma cuestión plantea la posibilidad de que el problema no sea solamente la rama, la división de poderes o la forma de distribuir las funciones sino que las personas

sean las que terminan induciendo a los efectos negativos que se producen entre instituciones. Arévalo dice que:

Las Cortes Constitucionales, la colombiana como las de todos los países del mundo, tienen agendas, tienen agendas políticas y tienen agendas en cuanto a su protección de derechos, en cuanto a cómo quieren obrar, si quieren ser más garantistas unos períodos, otros períodos serán menos. Entonces siempre habrá que ver en qué se basan para la construcción de sus normas legales cuando en efecto identificamos que dentro de la sentencia se construyó una norma de algún tipo (2013, 20 de mayo).

Si bien un Estado tiene unos fines no es descabellado plantearse la posibilidad de que una persona también persiga otros fines personales y para ello utilice un organismo en su favor. Como lo dice Arévalo, al hablar del precedente jurídico de la sentencia C-355 de 2006 pudo verse que la Corte Constitucional tuvo dos momentos en los cuales se demostró su planteamiento; en la Corte Constitucional hay agendas.

Por supuesto, esto no sucede solamente en la Corte, hay otras instituciones que seguramente tendrán sus propias agendas y en este sentido también se vulnera la división de poderes y el debido funcionamiento del Estado. Esto se debe a que los intereses o, mejor, la agenda de cada institución o de sus dirigentes, puede no tener como enfoque principal el bienestar de la sociedad en general sino el propio.

Una institución puede ser usada por su jefe para la promoción de unos valores contrarios al interés general y esto tendría un efecto en el cumplimiento de los fines del Estado ya que, por ejemplo, si empezara a promover valores religiosos se dificultaría el trabajo del Estado en el ámbito de los derechos humanos.

Esto se hace relevante al contrastar las diferentes posiciones de la línea jurisprudencial de la sentencia C-355/2006 puesto que en un momento la Corte Constitucional se acoge a valores similares a los religiosos para defender la prohibición del aborto. Es posible que este tipo de situaciones se presenten en otras instituciones donde un jefe utilice su posición para afectar de forma positiva o negativa una situación o tema específico.

Está claro que los efectos desde un punto de vista orgánico son mucho más negativos que en un modelo estrictamente funcional, en el primero las injerencias de otros órganos siempre van a ser negativas puesto que se salen de su campo de acción principal afectando las funciones de los otros e impidiendo que sean cumplidas de forma efectiva. A diferencia de la distribución orgánica, desde la distribución funcional se tomar una intervención como un efecto positivo para el funcionamiento puesto que cualquier intervención va a estar motivada por la necesidad de cumplir funciones comunes de forma eficaz.

Por otra parte es importante para la sociedad civil que haya la posibilidad de injerencia entre ramas. Distinto al planteamiento de Locke o de Montesquieu, es decir, la división de poderes como un limitante de las ramas; al interpretar la división de poderes como un mecanismo no solo de control sino organizacional por medio de la distribución funcional.

Esto es relevante principalmente en materia de derechos, la sociedad va evolucionando y cambiando con el tiempo, hace 50 años era impensable abortar u objetar por conciencia, en esta sentencia la Corte crea ambas posibilidades. Es por esto que es importante que haya injerencias, claramente no se debe permitir que estas injerencias sean excesivas, sin embargo, para un Estado Social de Derecho es vital el dinamismo que permite la creación de derecho que realiza la Corte, y la jurisdicción constitucional en general, al lograr que haya una protección casi inmediata de los derechos.

En este sentido podría pensarse en una reformulación de la teoría de la división de poderes. Como se dijo anteriormente hay que tener en cuenta el problema que tenían en mente los teóricos clásicos al formular la división de poderes y los cambios que se han producido desde que se empezó a aplicar hasta nuestro tiempo.

Empezar a plantear un enfoque o interpretación distinta de una de las bases del Estado podría permitir entender mejor las problemáticas actuales con el objetivo de solucionarlas.

Por supuesto, los problemas que es posible encontrar en la actualidad en Estados constitucionales son muy distintos a los que se encontraban Locke o Montesquieu. Uno de los más relevantes es el choque de trenes, que podría solucionarse si se dejara de pensar en quién tiene la jerarquía más alta (problema organizacional) y se empezara a coordinar esfuerzos conjuntos (colaboración armónica). Una modificación en la forma tradicional en la que se interpreta una teoría podría dar luz a nuevas soluciones o formas de tratar un problema estatal.

Para finalizar, vale la pena mencionar la importancia que tiene el hecho de remontarse a las bases del Estado y su origen e interpretación para solucionar sus problemas. Si bien el trabajo pudo haber tomado un curso distinto enfocándose estrictamente en la sentencia y la división de poderes; se decidió proceder con dos propuestas alternas, las distribuciones orgánica y funcional, que permitieran analizar y formular elementos para la solución de las distintas problemáticas que afectan a los Estados modernos.

BIBLIOGRAFIA

Capítulos o artículos en libro

- Araujo, J. (2012, septiembre). *Aspectos jurídicos de la objeción de conciencia en Colombia*. Ponencias del XII Congreso Nacional de Teología Moral. No. 22. (págs. 75-93). Colombia. Universidad Alphonsiana.
- Cepeda, M. J. (2007). *Constitución y sociedad: la construcción de una Constitución viviente*. En: *Polémicas constitucionales*. (págs. 3-92). Bogotá, Legis.
- Girón, E. (2006). *El control de constitucionalidad en Colombia*. En: *VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional Vol. 2*. (págs. 3891-3913).
- Marquardt, B. (2009). *Un elemento clave del Estado Constitucional: la justicia constitucional*. En: *Historia Universal del Estado Vol. 3*. (Págs. 235-240.). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales.
- Montesquieu, C. de Secondat, Barón de. (2007) *Libro XI, capítulo VI*. En: *Del espíritu de las leyes*. (págs. 115-116). Madrid: Tecnos.
- Sánchez L. G. (2006) *Locke: una lectura de los derechos, vigente trescientos años después de su muerte*. En: Delgado Sánchez, Oscar Alberto, (comp.) *Ideas políticas, filosofía y derecho: el maestro* (págs. 303-334). Bogotá: Editorial Universidad del Rosario

Publicaciones periódicas académicas

- Moreno, L. J. (2010). *El sistema de control de constitucionalidad en Colombia*, Revista *Civilizar*. págs. 75-92.
- Uprimny, R. (2011). *La Constitución de 1991 y la adopción del Estado Social de Derecho*. En: *Revista de la Fundación Foro Nacional por Colombia*. Edición No. 74-75. págs. 30-39.

Publicaciones periódicas no académicas

Periódico El Colombiano, (2012, 19 de septiembre). *Procurador hace rectificación, pero asegura que el debate sobre el tema continúa*. disponible en:

http://www.elcolombiano.com/BancoConocimiento/P/procurador_alejandror_ordon ez_rectifico_sobre_el_aborto_y_la_pildora_del_dia_despues/procurador_alejandror_ordonez_rectifico_sobre_el_aborto_y_la_pildora_del_dia_despues.asp

Periódico el País. (s.f.). *La Corte despenalizó tres tipos de aborto*. Disponible en:

<http://historico.elpais.com.co/paionline/notas/Mayo112006/cierre.html>

Otras publicaciones

Acto Legislativo N°1. (1945). Congreso de la República de Colombia. República de Colombia, Bogotá.

Constitución Política de Colombia. (1991). República de Colombia, Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia. (2012a). *Sentencia C-238 de 2012*. Sentencias, M.P. Dr. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia. (2009b). *Sentencia C-728 de 2009*. Sentencias, M.P. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia. (2006c). *Sentencia C-355 de 2006*. Sentencias, Ms.Ps.: Dr. Jaime Araujo Rentería y Dra. Clara Inés Vargas Hernández, Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia. (2001d). *Sentencia SU-1300 de 2001*. Sentencias, M.P.: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra, Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia. (1994e). *Sentencia C-221 de 1994*. Sentencias, M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz, Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia. (1992f). *Sentencia T-406 de 1992*. Sentencias, M.P.: Ciro Angarita Barón, Bogotá.

Gaceta Constitucional N°91. (1991) Asamblea Nacional Constituyente de Colombia. (págs. 14-16).

Ley 270 (1996). (Ley Estatutaria de la Administración de Justicia). Gaceta del Congreso. República de Colombia, Bogotá.

Midón, M. (s.f.) Universidad Autónoma de México. *La división de poderes: una teoría cuestionada por la práctica institucional*. Disponible en:

<http://www.juridicas.unam.mx/wccl/ponencias/14/263.pdf>

Olano, H. A. (s.f.) *¿Cómo analizar sentencias de la Corte Constitucional colombiana?* Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional. Disponible en:

http://www.iidpc.org/revistas/3/pdf/351_362.pdf

Viana, A. (2005/2006). *SENTENCIA C355 DE 2006 RESISTIR Y EMANCIPAR*. N°12, Foro Constitucional Iberoamericano, disponible en:

<http://www.idpc.es/archivo/1208279266FCI12AAV.pdf>

Entrevistas

Entrevista realizada a Arévalo, W. (2013, 20 de mayo) Profesor de Análisis Político Internacional de la Universidad del Rosario, politólogo y abogado constitucionalista. Anexo 1. Bogotá D.C.

ANEXO 1: ENTREVISTA A WALTER AREVALO

O - Empecemos con la primera pregunta, profesor Walter Arévalo considera que las competencias de la constitución política de 1991 le otorga a la Corte Constitucional implican una inversión del ámbito en el ejercicio de las competencias del Congreso con el pretexto del control constitucional?

W - bueno precisamente hay ahí dos palabras que son clave y una es, digamos la competencia a nivel constitucional y otra el desarrollo efectivo de ese ejercicio de competencias en el modelo constitucional colombiano en tanto si bien se plantea con un estado social de derecho adopta en su esencia lo que verdaderamente es un estado constitucional liberal de derecho con el elemento social que es transversal en muchas constituciones modernas. Pero entonces ¿cuál es el punto? en este en este tipo de constituciones se dice, se plantea, se construye, se crea lo que se llama la jurisdicción constitucional, esta jurisdicción dependiendo de cómo ha evolucionado en unas partes depende de su contexto suele tener distintas apreciaciones en unos estados la jurisdicción constitucional sirve solamente para el control abstracto es decir la verificación de la adecuación de las leyes a la constitución más bien como para un asunto de verificar la jerarquía de la compatibilidad las normas dentro del sistema. En otros contextos la jurisdicción constitucional ha servido para el control concreto en el sentido de la protección de los derechos fundamentales.

En tanto en Colombia opera distinto porque es mixto y además es difuso es decir: la jurisdicción constitucional no solamente la componen la Corte Constitucional sino todos los jueces de tutela haciendo control concreto decir protección de derechos humanos o protección de derechos fundamentales que no son otra cosa que derechos humanos escritos en la constitución y por el otro ahí sí concentradamente en el en el órgano judicial de mayor jerarquía que es la Corte Constitucional haciendo el control abstracto de esa adecuación de las leyes invidente como lo hagan en los países lo hacen antes, durante, después... eso ya es minucia. Se genera entonces una combinación que sí implica, ya en el ejercicio más que las competencias, unos ciertos solapes, unos ciertos cruces entre la actividad del Congreso y la actividad de la Corte.

¿Qué quiere decir esto? que si uno lo mira a nivel constitucional desde el sistema y mira los artículos, mira el 150 y compara con el 241, aparentemente queda muy claro que uno está legislando y el otro está juzgando y controlando pero cuando metes esos dos artículos dentro de un sistema que es un Estado constitucional liberal de derecho y además que tiene control constitucional mixto y además que tiene distintos tipos de control constitucional para distintos tipos de leyes, se empieza entonces a desfigurar esa claridad y más que una emisión legislativa, que una invasión del espacio legislativo, lo que se empieza entonces es a ver casi que una competencia general compartida para la consecución de los fines del estado entonces pareciera ya que las competencias que antes eran tan claras de juzgar legislar y ejecutar ahora siguen teniendo encabezados principales, siguen teniendo los dolientes principales, pero otros órganos empiezan a participar. Entonces el alcance de esa forma inmiscuirse no está, casi que no depende la constitución del 91 solamente como el texto constitucional sino que más bien depende de cómo ha crecido la jurisdicción constitucional en Colombia.

Se ha venido entonces desarrollando jurisprudencialmente y además en las distintas etapas históricas de la de la Corte, distintos momentos constitucionales, en donde la corte se arriesga un poquito a trabajar de la mano o incluso en contra de lo que el legislador en el momento ha pensado. ¿Por qué? porque como es mixta entonces ya no solamente tiene la tarea de comprobar o corroborar la adecuación entre la ley y la constitución sino proteger derechos fundamentales pero todo el tiempo. Entonces es esa doble función constante la que le obliga muchas veces a dar un pasito más de un simple de control de constitucionalidad es decir, si es exequible o no una ley, sino que dentro de ese proceso hacer combinaciones al legislador y empezar, en alguna medida, a construir normas jurídicas dentro de sentencias en un momento o en casos concretos, en otras llevándolas al plano de los efectos erga omnes por esa misma obligación de defensa de los derechos y persecución de los fines de la Constitución.

Si fuese un modelo muy clásico, que si fuese modelo en el sentido más kelseniano, si fuese en el sentido más decimonónico en donde el asunto primero de las actividades fundamentales no fuera no fuera tan importante y segundo no estuviera precisamente consagrada esa función la Corte en últimas haría parte también de la función legislativa en tanto sería el mecanismo de verificación de que esa labor se hizo bien respecto a la

constitución, pero, seguramente no tendría ni siquiera la necesidad de dar el paso o para hacer ese tipo de combinaciones que hemos visto en algunas sentencias y ese tipo de complementación, ese tipo de llamados a que legislador haga algo o en otros casos la construcción concreta de normas de aplicación general que por ser normas vinculantes y que por tener aplicabilidad para todos los casos en todas las circunstancias se parecen a las leyes que serían función, en principio, del legislador; todo con un fenómeno que complica más las cosas y es que la función legislativa en el Estado moderno se ha ido disolviendo, no solamente está saliendo desde la esfera del nivel del ámbito de trabajo del legislador y no solamente está haciéndose esa competencia en algunos momentos del actual del control constitucional.

Generalmente en los Estados modernos la competencia a legislativa ahora está muchas veces en los órganos de control y en los órganos reguladores lo que se llama Estado Regulador. Entonces es ese miedo de que no sea solamente legislado el que hace las leyes es en alguna medida fundado en tanto las leyes o más bien normas ya está siendo el juez como también, y las ha hecho siempre, como también ahora normas está siendo el regulador: el superintendente, el contralor... toda esa gran cantidad de órganos que precisamente tienen, independiente de esas casillitas de funciones donde se les trate de enmarcar, tienen la función general de la consecución de los fines del Estado todos también obligados a la consecución y a la protección de los derechos fundamentales.

O – Entonces, más concretamente, podríamos decir que si hay una invasión de la Corte Constitucional en las funciones del legislador.

W - Si existe, lo que pasa es que noción de invasión suena a dos cosas, suena a una acción mala y la noción de invasión puede sonar en algunos contextos a algo no permitir. Lo que más o menos quiero decir es que la Corte Constitucional por el modelo constitucional y por el modelo de Estado tiene que sí: reconocer digamos que una cosa es el fuero legislativo, pero también el modelo de Estado en el que estamos obliga en algunos casos a que la Corte se meta en esa función simple o adopte visos de la función legislativa. Entonces por eso es que ya no se puede hablar de la de la exclusividad absoluta de la función y en tanto no es exclusiva lo que hagan los demás no es invasivo.

O – Entonces sería más bien una forma de salirse de sus límites.

W - La Corte se sale de sus límites cuando ese permiso que tiene por el modelo constitucional se excede. Ahí entonces ya vienen ejemplos de lo que se ha construido en la jurisprudencia constitucional como es la omisión relativa y la omisión absoluta del legislador ¿Qué sería excederse y qué sería obrar bien? Llega una ley, una para estudio constitucional, una ley que tiene más o menos una cierta adecuación a la constitución, que está bien, pero, que puede ser por esa vigilancia no sólo del régimen constitucional sino por esa vigilancia también de los derechos fundamentales parece incompleta.

Por ejemplo: Le concedía a derechos a los ciudadanos y omitió mencionar a ciertos tipos de ciudadanos por alguna razón por ejemplo dijo “estos derechos los tienen los hombres” y pues naturalmente era claro o debía ser la intención del legislador decir que “eran derechos para hombres y mujeres en toda condición” entonces parecería que, más que una inconstitucionalidad manifiesta en el sentido de querer violar los derechos de un grupo lo que pasa es que se omitió un contenido de la ley, cuya ausencia puede causar una inconstitucionalidad, pero que la corte puede inferir desde una interpretación constitucional de la ley, ahí entonces puede la Corte entrar a extender el trabajo del legislador y decirle “listo y los derechos que usted le dio, estos derechos especiales o estas condiciones especiales sobre lo que sea que esté legislando para los hombres por supuesto que aplican para las mujeres”. Entonces nos extiende lo que dijo el legislador ante una omisión relativa del legislador. Ahí estaría entonces cumpliendo su papel de verificar la adecuación con la Constitución y además proteger los derechos fundamentales sin estar yendo en contra o pasando por encima legislador.

Cosa distinta sería que el legislador nunca hubiera proferido esa ley que le daba derechos o regulaba la condición de unos hombres o mujeres. Cosa distinta sería que un día la Corte Constitucional, sin mediar la acción de legislador, presente un documento en el que dice que la Corte Constitucional construye la siguiente

norma y se inventa algo que no ha dicho legislador. Eso sería obrar a partir de una omisión absoluta del legislador como por ejemplo diciendo “No... es que en Colombia falta una ley sobre este asunto y yo la voy a crear de cero” allí estaría exceda porque la competencia que ya sabemos que es relativamente exclusiva del legislador debe tener por lo menos su iniciativa para este tipo ejercicios. Por eso es que toca ver y ver delicadamente de donde se agarra la Corte para construir sus normas porque también es claro que las Cortes Constitucionales, la colombiana como las de todos los países del mundo, tienen agendas tienen agendas políticas y tienen agendas en cuanto a su protección de derechos, en cuanto a cómo quieren obrar, si quieren ser más garantistas unos períodos, otros periodos serán menos. Entonces siempre habrá que ver en que se basan para la construcción de sus normas legales cuando en efecto identificamos que dentro de la sentencia se construyó una norma de algún tipo.

O - Y en este sentido ¿cree usted que la Corte Constitucional, a través de la sentencia C-355 de 2006, está sustituyendo las funciones del legislador?

W - Si lo tomamos desde la desde la omisión relativa y si lo miramos del control constitucional concreto... no necesariamente, hace un ejercicio de garantismo y los ejercicios de garantismo siempre exigen dar un paso más allá, exigen arriesgarse. Yo no recuerdo si los casos que plantea ahí no estaban contemplados en ninguna norma o en ningún memorando; los casos de los que dice “el aborto si está permitido” entonces a ahí casi que pasa de un momento de interpretar una norma que está siendo demandada a construir la forma de aplicación y entonces a la forma correcta aplicación esa norma y le pasa lo que dice la teoría del derecho; que esa barrera tan aparentemente clara entre interpretar normas y crear normas es muy difusa. Muchas veces es claro que cuando uno está interpretando la norma la está volviendo a crear porque le está volviendo a dar alcance, le está volviendo a dar sujeto activo, sujeto pasivo y efecto.

Entonces ahí la Corte realiza en últimas, no hablemos de exceso, pero termina si construyendo una serie de normas de aplicación para cierto tipo de sujetos entonces; normas que probablemente no se puedan deducir directamente de la norma legal, de la ley, del código estuviera revisando, pero que sí están relativamente incluidas, sugeridas, en todo el régimen constitucional, en todo el sistema jurídico. Y en últimas esa sí es una tarea de las Cortes Constitucionales, sacar de esos grandes principios muy difusos muy heterodoxos poco claros con estructura precisamente de principio de valor de las constituciones sacar aplicaciones concretas y eso lo termina. De ahí pues construye normas, no necesariamente va en contra del legislador ahí pero si lo complementa más allá de lo usual y más allá del diálogo le da la respuesta final de un asunto que el legislador no había abordado a cabalidad.

O – Bueno, en esta sentencia también, según el magistrado Jaime Araujo Renteria, es en la primera en la cual se toca el tema de la objeción de conciencia y más adelante esto evoluciona a una aceptación por parte de la Corte Constitucional de la objeción de conciencia en diferentes ámbitos ¿qué opina sobre esto?

W - Ahí ya entramos a un elemento que es igualmente importante en este asunto de las jurisdicciones constitucionales sobre todo cuando se trata de la creación de normas y es el valor del precedente y la construcción de líneas jurisprudenciales respecto a un tema porque en últimas esa si es la manera histórica y es la manera relativamente aceptada, con ciertos alcances, en la que las Cortes constitucionales crean normas. Entonces la gente dice “uy! La Corte Constitucional se echó una ley y está legislando y terrible” pero, a través por ejemplo del procedimiento de construcción de normas jurisprudenciales en materia, por ejemplo, de derechos innominados, de protección derechos, de lo que se entiende por un derecho, las Cortes crean normas y crearán verdaderos referentes legales que terminan siendo obligatorios. Entonces el caso que sea; acá dices entonces la creación de los elementos de la objeción de conciencia eso se va pareciendo a legislar sin serlo en el sentido de que la palabra legislar pues siempre la vamos a usar para el parlamento, pero, la construcción de normas es distinta la construcción de leyes y dentro de las sentencias como dentro de las leyes hay normas.

Entonces que pasa, que ir construyendo de a poquitos esas teorías de lo que es la objeción de conciencia, lo que es el derecho a la vida, lo que implica un derecho innominado, lo que es la seguridad personal, a partir de líneas jurisprudenciales termina siendo una especie de construcción de normas en el tiempo por entonces en una sentencia dicen que “la objeción de conciencia tiene que tener estos dos requisitos” y en una sentencia a

los dos años después se agrega otro y en y en una revisión posterior la carga para probar uno de esos requisitos se hace más explícita... cuando al final uno mira las cinco, seis o siete sentencias de una línea jurisprudencial puede casi construir en su cabeza un artículo que pareciera un artículo de una ley sobre ese tema que dijera “objeción de conciencia es ta ta ta, se prueba así y tiene estos requisitos, estos requisitos son obligatorios y se deben probar de esta manera ante sus autoridades”. Entonces se va construyendo una norma en el tiempo y eso demuestra que no estamos tan deshabituados a la construcción de normas por parte de las Cortes.

Lo que pasa es que cómo nuestro sistema además de mixto en las funciones empieza a ser mixto en su concepción porque le metemos el tema del precedente, de si es vinculante o no, de que es precedente, cuando hay precedente... pues entonces empezamos a tomar temas del como en un modelo de derecho civil y en el *common law* los jueces si legislan; obviamente con unas limitaciones, en unas condiciones, pero, la construcción del derecho allá es distinta y el asunto del precedente, del *binding precedent* (precedente vinculante) ha tenido algunos progresos en la jurisdicción colombiana y eso termina ratificando que, en los puntos en los que hemos insistido, que la corte si construye normas y por construirlas no necesariamente está violando el espacio vital del legislador.

O - Sin embargo nos encontramos casos en los que la Corte Constitucional puede obligar al ejecutivo a tomar acción frente al tema, por ejemplo, recordando sentencias de desplazados o de víctimas de la violencia, la Corte Constitucional ha establecido que en algunos casos es necesario que estas personas se les preste en servicio de salud específicamente psicológico. Eso tiene obviamente una repercusión en el dinero del ejecutivo y en el manejo de entre el presupuesto anual; por lo tanto la Corte Constitucional en esos casos también estaría en alguna medida violando la autonomía del ejecutivo.

W – Ahí lo que pasa es que la autonomía es relativa en ese sentido en tanto todos están vinculados por la obligación de proteger, respetar, reparar, promover, los derechos fundamentales que son como lo importante del Estado en el sentido de que todos ellos son el Estado. Ya metidos en ese tren, ya en esa tarea, pues entonces se hace evidente que en un país como Colombia, o como cualquier otro, para proteger los derechos fundamentales hay que tener los poderes de cierto tipo porque no basta con la sentencia diciendo “oiga si, le violaron el derecho” pero no poder hacer ningún tipo de acción en favor del remedio de esa situación. Entonces es gracias a ese modelo precisamente de protección constitucional concreto y de protección derechos que también le corresponde a la Corte que, en algunos casos ella misma desarrolla como tiene esos poderes, pero en general tiene poderes para llamar a las autoridades públicas a cumplir esas sentencias y a cumplir una determinada manera que es más bien ahí el punto.

Por qué la obligatoria y la vinculatoriedad de la sentencia no se discute pero ya es el punto donde entra el tema presupuestal, donde entra el tema de dividir, si se involucró demasiado o no, de ¿por qué si existe un ministerio para eso me está diciendo como hacerlo? Ya es el asunto delicado de hasta qué punto la corte sabe cómo es la mejor manera hacerlo porque puede que lo sepa desde el ámbito de la protección del derecho pero pues de pronto no lo sabe desde el ámbito financiero. Es ese delicado equilibrio el que la corte debe observar, en algunos casos lo observa, en otros casos pareciera que no. Esas son las las críticas que le hacen con el tema de los medicamentos, con ordenar cirugías o ese tipo de cosas; pero en últimas uno si debe tener en cuenta que estas estas intromisiones o intromisiones que parecen tan graves no lo serían tanto si el funcionamiento el sistema fuera mucho mejor, si los índices derechos violados fueran menores y la efectividad de las distintas oficinas autoridades y entidades del estado fuera mayor pues estos casos en los que la corte tiene que actuar por los demás cuando los demás no actúan pues serían menores.

O – Entonces podríamos decir que se excederse o no se excederse en el cumplimiento sus funciones está bien que lo haga en cualquiera de los dos casos porque de esta forma protege los derechos de las personas y logra en alguna medida el cumplimiento más efectivo de los derechos y de las funciones del gobierno y de los ciudadanos.

W - Ahí se está arriesgando por la efectividad de los derechos y eso justifica si lo queremos poner en el sentido de puede o no puede o bien o mal hacerlo; es esa búsqueda de la efectividad de los derechos, esa

urgencia de la efectividad de los derechos es la que le permite hacer esa esa clase de órdenes, de ley, de mandatos, de llamadas a las autoridades públicas, sobre todo en casos en los que el límite debe ser el límite que le ponga el caso y si es un caso de derechos humanos, una persona que estaba a punto de morir, que su vida corre peligro, esas doctrinas las ha construido la misma Corte, pues en esos casos esos excesos o esos llamados tan urgentes y tan obligantes y esos dictados de cómo hacerlo parecerían justificados. Ya cosa distinta es que en condiciones normales, en condiciones donde no prime una urgencia social, o donde no prime la necesidad de regular algo que no lo esté y donde las cosas estén relativamente funcionando la Corte de buenas a primeras le empieza a decir a los otros como comportarse, ahí si ya estarían saliéndose por completo de sus límites. Si un día está trabajando el ministro de agricultura y sin que medie una situación derechos fundamentales o una inconstitucionalidad manifiesta la Corte sale a decirle cómo trabajar, eso sería sobrepasarse.

O - bueno en ese sentido, a mi parecer, la corte se está excediendo en la sentencia C-355 en la medida en la que va en contra el legislador en el código penal.

W - Lo que encuentra es que se encuentra una situación del código penal que no se ajusta a todos los supuestos de hecho que puede dar la situación. Entonces, la corte ve una regla que aparentemente es clara, que en lo procedimental es constitucional, que tiene una motivación incluso constitucional, pero que cuando uno se sale de esa generalidad y la lleva ciertos casos empieza a generar problemas empieza a generar inconstitucionalidades. Entonces no es la regla por la regla a partir de la que la Corte empieza trabajar. Es a partir de unos casos en donde sino se pone en el supuesto de hecho, en lo que se llama el escenario constitucional fáctico y si buscaron un caso y el problema constitucional de ese caso; es a partir de esos casitos sino de la regla general donde la Corte dice “aquí se habría problema y cómo habría problema hay que darle un alcance distinto a esta norma” pero parte de una norma que existe que es lo importante, a partir de una norma que existe genera unas normas que la complementan porque siguen siendo normas en tantos mandatos de que tiene una cierta obligatoriedad que implican para los ciudadanos su conocimiento, su seguimiento, su respeto y qué están justificadas por algún procedimiento legal. Esas normitas de que se puede hacer el aborto en el caso “A, B o C” esas no pasan por el procedimiento legislativo.

Lo que sí paso por el proceso legislativo en algún momento de la vida fue el código, entonces ya no es la norma por la norma sino su aplicación y su aplicación vista atrás de los derechos fundamentales en casos concretos los que despierta la corte para realizar unas ciertas interpretaciones y en el camino de esas interpretaciones es donde van naciendo normas, reglas pequeñas de su aplicación, excepciones.

O - Toda esta discusión me lleva pensar directamente en la división de poderes, está claro que Colombia está dividido en ejecutivo, legislativo y judicial y en ese sentido pues la Corte, teniendo en cuenta que John Locke, al igual que Montesquieu, no estaban pensando en ningún momento en una Corte Constitucional; encontramos un problema y es en donde ubicamos a la corte inconstitucional y en este sentido ¿considera que la división de poderes está vigente o necesita ser modificada o replanteada y por qué?

W - La división de poderes digamos que ya ha tenido muchos planeamientos y muchos cambios desde lo histórico ha sido primero mecanismo de control del poder y después mecanismo de garantía de los derechos de los ciudadanos y es ahí donde entra el debate ya después también de si la división de poderes es parte del modelo de funcionamiento del Estado y entonces es ahí donde se empieza a hablar de sí funge como un mecanismo de identificación de competencias en lo orgánico o en lo funcional. Yo creo que la división de poderes se realiza diariamente y son casi que los casos concretos los que están demandando la verificación del funcionamiento de la división de poderes. Si partes de la teoría clásica de los verdaderos poderes y que son poderes casi que desde justificaciones distintas y después pasas al modelo más de Estado de derecho y más de Estado democrático, cuando ya son la misma justificación del poder el poder democrático, el poder del pueblo, que termina por separarse, ya no en distintos poderes sino por separar sus funciones pero en favor de ese mismo pueblo esa misma soberanía popular por lo que terminando es una necesidad de poderes, de división de poderes perdón, o mejor división de ramas del poder público como ya es el Estado actual del asunto por un lado para la garantía de los derechos por otro para proseguir con esa necesidad de todo Estado democrático que es de los pesos y contrapesos y para también los controles entre los poderes.

Entonces el asunto sigue vigente, por supuesto que se sigue debatiendo si debe cambiarse no y cada Estado dependiendo de la necesidad urgente que tiene lo modifica; uno podría decir que acá son más de tres las ramas del poder público porque al fin y al cabo tenemos, por fuera el asunto electoral y también por fuera los organismos de control en algunos estados la organización electoral sigue ligada al ejecutivo en otros estados los organismos de control siguen ligados al ejecutivo entonces eso se va replanteando dependiendo de las necesidades del Estado.

Por ejemplo, uno podía decir hasta cierto punto que dependiendo como uno interprete autonomía e independencia las universidades están en una esfera y que es difícil vincularlas a una rama o que no se quiere vincularlas una rama; entonces el asunto sigue vigente y lo importante o mejor cada vez es más importante, las funciones que los órganos y eso pues lleva a quien no nos preguntemos tanto o quien tiene exclusividad sobre algo sino a pesar de quien tenga una función a la cabeza como debe hacer para en colaboración armónica con las otras ramas realizar todos la consecución del fin, porque últimas pensar en órganos suele llevarnos al debate ya más humano del ego. Ese es ¿qué rama es mejor, qué rama funciona mejor, qué rama está en contra de la otra? Si el debate se plantea a través de las funciones y se supone que todos están obligados a cumplirlas y hacerlas bien se van construyendo estos solapes, estas colaboraciones, obviamente con esto también se van construyendo los debates de la competencia y de la jerarquía pero por lo menos se pone el debate en términos de la eficacia de la carta política, que es en teoría lo que le debe interesar al Estado, a los ciudadanos más que decir de esta puerta para cada es una rama o una función o un órgano y esta puerta para acá otro.

O - Sin embargo yo me pregunto si la Corte Constitucional no debía ser con considerada como un poder separado del judicial porque en este caso si bien juzga en esa capaces de juzgar también en la capacidad de modificar las leyes o de aprobarlas o no aprobarlas.

W - Hay Estados donde la corte está un poquito más desligada del judicial, del jurisdiccional en el sentido concreto en tanto no parece un órgano de cierre de ese ese órgano, de esa rama. Hay otros donde está clarísimo que es el máximo tribunal y ese debate en últimas determina sin importancia, o mejor, se termina resolviendo por su importancia en tanto si aceptamos que no es solamente la Corte la que crea la norma sino todos los jueces en tanto todos los jueces interpretan el derecho y para hacerlo pues todos tienen que crear derecho; eso ya es un tema de la teoría del derecho de decir el juez es el que le da vida a las palabras de la ley solamente la aplica una forma ciega o por el contrario el juez es ese adalid y creativo e ideologizado o ideológico activo que se levanta con una agenda y hace cosas dependiendo de cómo se levante y en ese sentido termina creando normas.

Es también aceptar o definir ¿cuál es el rol del juez en Colombia? como vemos de todas maneras ya casi que comprometido el modelo al control difuso de constitucionalidad y cada vez le metemos al modelo más valor del precedente pues entonces parece que la cosa se está resolviendo a que el juez si tiene un espacio mínimo o controlado o derivado o subordinado de creación de normas legales. Obviamente eso se va viendo mucho más manifiesto en la medida en que va creciendo la jerarquía del juez.

Un juez que resuelve negocios que están usualmente reguladas en las leyes y que son relativamente sencillos y que responden a lo que usualmente se da en el día a día y que no están sujetos a grandes debates pues no tiene que inventarse ninguna norma y es probable que le sea difícil hacerlo si está aplicando algo que ha aplicado siempre que es un estatuto muy claro, un asunto que no necesita inventarse nada, que ya está definido, no se... la hipoteca, una cosa que ya está resuelta hace millones de años pues el juez, ese juez no se va a complicar creando una norma si no va a necesitar de ella. A medida que crece la jerarquía del juez que crece la fuerza de sus sentencias por donde éste, si está en el tribunal si está en la Corte Constitucional, en la Corte Suprema pues a esos niveles va a terminar teniendo el poder de crear, el poder y la necesidad de crear normas legales.

O - Entonces podríamos decir que la división de poderes está vigente sin embargo puede ser replanteada

específicamente hablando de Colombia sería bastante adecuado replantearla para que los jueces tuvieron un papel poco más adecuado a sus funciones actuales.

W - esta está planteada porque tiene una construcción constitucional esta hace parte de la constitución y los límites de cualquier replanteamiento son los límites de la constitución no podríamos precisamente por vía legal o por vía jurisprudencial salir a decir ahora existe esta rama o esto de esta rama porque para eso implicaría siempre una reforma constitucional y la acción de la constitución, la manifestación del constituyente primario ahí no puede un órgano que actúe en formal derivada secundaria crear un cambio sustantivo en la división.

Lo que sí pasa todo tiempo, lo que pasa todos los días es que esas diferencias entre la colaboración armónica y los excesos que pueden venir tanto del legislador, como del constitucional, como de los órganos de control, todos sus excesos deben ser regulados y hasta qué punto también son permitidos y constitucionales; no necesariamente existe una necesidad de decir expresamente la Corte Constitucional puede legislar, puede hacer normas o tiene capacidad o iniciativa legislativa en estos asuntos porque ahí si entonces se empieza a perder la esencia de su función.

Lo importante de esas funciones más que esos órganos es su esencia y su contenido originario que uno ve el acto del constitucional, el acto del legislador, el del organismo de control, el acto ejecutivo y siempre encuentren, por lo menos en su principio la semilla de la naturaleza de la rama. Si la Corte Constitucional en algún momento construye una norma jurídica dentro de la sentencia pero lo está haciendo dentro de una sentencia que está enmarcada en un ejercicio de control constitucional abstracto o concreto pero tú identificas que existe la semilla de la actividad y de la competencia constitucional de la rama; está haciéndolo dentro de su espacio y dentro de sus competencias. Si sale a, de la nada, repito, construir una norma en ausencia de cualquier ejercicio control constitucional, en ausencia de una iniciativa del legislador, en ausencia de un problema de un problema concreto protección de derechos entonces uno dice “ya ahí si es pura y mera creatividad jurídica que se levantaron a decir lo que querían” entonces es que las distintas formas de practicar esa función siempre respeten la naturaleza del órgano y la naturaleza del órgano que está contenida dentro de la función siempre la función por encima del órgano porque es esa la única manera de interpretar fácilmente la tal colaboración armónica.

Si uno antepone el órgano a la función olvida también entonces el asunto de que todos son parte del Estado y que en últimas todas son las funciones completas de todas esas organizaciones, de todas esas entidades, son consecución de los fines del Estado porque las funciones son unas, son las maneras en los caminos, pero, los fines son transversales a todos independiente de como yo tenga lograr la protección de los derechos fundamentales de mis ciudadanos si es juzgando, si es legislando, si es ejecutando o si es controlando, mi finalidad por constitución es la misma. Entonces es a través de las funciones más que de los órganos que uno puede entender la colaboración y puede entender los puntos de contacto entre una función y otra.

O - Recordando a un clásico de la teoría de la división de poderes, al señor Montesquieu, él decía que no podía haber dos poderes concentrados en una rama, es decir, no podía haber un ejecutivo que juzgara, ni un ejecutivo que legislara y de la misma forma no podía haber un judicial que legislara o un legislador que juzgara porque esto producía excesos de la rama.

W – Más que a Montesquieu, al papa jurídico de esas ideas, Locke, hay que entenderlos también en el contexto en el que estaban entonces ellos tienen que ser leídos en el contexto en que están respondiendo. Ellos no se levantaron a decir lo de la tri división de poderes por querer figurar en la historia de la teoría del derecho sino porque estaban enfrentados a situaciones de la historia en donde todavía persistían problemas de... bueno persisten todavía, pero estaban resolviendo asuntos de emperadores, reyes, concentración personal del poder. Ahí en el tema de la concentración personal del poder y sin funciones públicas y si sin una soberanía popular, pues esas teorías parten de ese principio que es necesario, es necesario para vencer esa circunstancia ya una vez en la circunstancia actual pues la teoría se empieza a acomodar a las necesidades de un modelo en donde el poder no es personal sino popular y los fines no son los personales sino son los fines que esa soberanía popular demanda.

O – En esos términos no sería descabellado pensar que igual los magistrados de la Corte Constitucional, en algunos casos, podrían estar volviéndose unos déspotas en el mismo sentido en que quería solucionar el problema Locke y Montesquieu,

W – Pues también se habla del término dictadura del legislador existe también como existe el término dictadura jurisdiccional como también el término dictadura solita que se le atribuye el ejecutivo usualmente. Entonces cualquiera de esos puede adoptar una posición en la que quiera soslayar los de los demás poderes y no colaborar además anteponer los fines personales sobre los fines públicos. Ese ese sería el vicio del modelo pero es un vicio que depende del sujeto de la gente y no del órgano y no de los poderes del órgano. Lo mismo pasaría si el legislador tan independiente tan exclusivo supuestamente en su función de legislativo pues saca una ley que dice que hay que robar, no es que la haya sacado, es simplemente ver el caso.

O - Ya lo habíamos mencionado, pero más concretamente, ¿cuál es su opinión sobre los conceptos de distribución orgánica y funcional?

W - El asunto de la separación orgánica o la separación funcional son sólo aproximaciones doctrinales a la manera en que debe funcionar la división de poderes dígame la división de las ramas del poder público en el Estado moderno. La visión de la división orgánica es una visión tal vez un poco más clásica, es un poco más conservadora en el sentido de no generar mayor controversia y es simplemente que los órganos son como tal la rama del poder público que la rama está vaciada completamente en el órgano y que y lo que haga el órgano es lo que tiene que hacer la rama entonces es una posición muy institucional que lo que hace. Además, son respuestas auto contenidas pero no necesariamente desarrolladas... visión muy clásica del Estado entonces que lo que hace la rama judicial es lo que hacen las Cortes y lo que hacen las Cortes es juzgar, entonces sí es un círculo la respuesta. Pero esa tiene la ventaja de dejar muy clara la función de cada órgano pero complica el asunto de los avances en otros escenarios

El modelo orgánico en cuanto a la tri división de poderes tiene la ventaja de que permite saber exactamente quién está en la rama, quien compone cada una de las ramas del poder público y más o menos, por virtud de la naturaleza del órgano (legislativa, ejecutiva, judicial), decirle a ese órgano claramente, qué es lo que generalmente hace. Ese es un modelo relativamente rígido, vertical. El modelo orgánico viene de Estados que no eran al principio constitucionales, con cartas políticas profundamente armónicas en cuanto a las funciones, sino eran Estados legales donde la división de funciones se construyó históricamente.

Yo creo que el modelo funcional es más acorde a los Estados constitucionales modernos, la constitución provee la estructura del Estado, pero también provee unas funciones del Estado y provee unos fines del Estado; ya no prima solo la idea de estructura, sino que hay otras prioridades, como que tipo de funciones existen para cumplir unos fines de un Estado. Este modelo, hace ver un poco más flexible y un poco más claro el asunto de la división de poderes, que ya no debe ser vista solamente como el asunto negativo o preventivo de que estén separados para evitar la concentración del poder en un déspota, sino que ya en teoría se supera esa noción, por un Estado, estructuralmente armónico y complejo, que es eficaz en todas las funciones

Entonces el modelo funcional tiene la ventaja que asume que los fines del Estado se pueden lograr con distintas funciones y que las funciones en sí siguen siendo las clásicas pero se le agregan por ejemplo la electoral, a la de control, la educativa, en algunos Estados la comunicación, en otros la del control del control, entonces el modelo funcional permite que los órganos en algunos momentos graviten de una función a otra un poquito o que colaboren con la función porque si ya no es el órgano estatuido y sólido que no se puede mover desde el órgano entonces uno piensa en el edificio y que ese órgano no puede hacer otra cosa sino que dice su rama pues entonces ese modelo es mucho más rígido.

En cambio el de las funciones parece que un sujeto público puede en algún momento comportarse distinto y se comporta distinto pero tratando de conseguir un mismo fin. Entonces las competencias empiezan a ser más compartidas, se empieza a hablar de la colaboración armónica para esos fines y si bien todos tienen clara su función genitora, su función constitucional ya no es tan grave entrar a colaborar o entrar a adoptar visos de otra función porque todo va encaminado a esos fines que necesitan de esas funciones. Las funciones existen, son las ramas de las que se habla de ese poder público y lo que pasa es que dentro del actuar normal de esa función en algunos momentos se tiene por practicidad, por necesidad, que adoptar un rol distinto.

El caso que nos parece tan raro ahorita es, si, que ciertas veces la Corte Constitucional se sale un poquito de esa función de juzgar y pareciera entrar a una función de crear normas que se parece más a la función legislativa y eso parece escandaloso y lo importante es que exista ese caso para debatirlo los nueve leoneses e no se cuenta que eso es normal en otros escenarios en otras condiciones. Pero entonces, por ejemplo, hay veces que el legislativo hay veces no se da cuenta que eso es normal en otros escenarios, en otras condiciones. El legislativo, que le predicamos tanta independencia y tanta concentración en lo legislativo, pues él hay veces que tiene que actuar como el ejecutivo, porque tiene que licitar, contratar, comprar, pagar. No van a llamar a la otra rama para pintar el parlamento. Entonces adopta funciones de gasto, de planeación y ejecución de obras y, además, dentro de eso adopta funciones de control; no está haciendo únicamente la función legislativa tiene otras y hay veces tiene funciones diplomáticas y el mismo dentro de sus subsecciones está obligado también a ser y a tener en cuenta siempre la valía de la Constitución entonces innecesariamente estará haciendo un juicio de constitucionalidad sin necesariamente obrar como jurisdicción, él debe estar pensando en la validez de la norma por supuesto.

Entonces ahí se relaciona con la otra función que es la jurisdiccional porque se relaciona anticipadamente durante el proceso y después, porque él envía el proyecto, el proyecto lo revisan, llegan unas condicionalidades de la Corte, las deben implementar o la Cortes se los tumba entonces vuelven a hacer el proyecto, adoptan o no los requisitos, hacen estudios previos... Todas las funciones se van mezclando para esos fines y por eso el modelo es mucho más rico y permite además algo que es muy claro en el Estado moderno y es que el Estado moderno ya no solamente puede vivir de legislar y juzgar, de dictar y perseguir. El Estado moderno tiene millones de tareas administrativas en todos niveles, promotoras en todos los niveles, reguladoras en todos los niveles, que requieren esas funciones que son más blandas pero más amplias y más ambiciosas que la simple existencia del órgano en el sentido de la lectura clásica de la división de poderes.

O – Listo, la última pregunta sería ¿cree que la Corte Constitucional debería tener algún tipo de control interno o externo para prevenir que se exceda en sus funciones?

W - Pues con control externo tiene en la medida en que existe... digamos que hay estatutos legales y el procedimiento legislativo, la ley quinta por ejemplo, también le dice a la Corte hasta donde puede ir en algunos casos. Porque viendo la observancia y el procedimiento de las leyes la Corte también sabe hasta dónde se puede meter y hasta dónde no. Pero, en el ámbito de la construcción de normas interpretativas o más bien, en la construcción de normas mediante la interpretación en la construcción de estos modelos de constitucionalidad condicionada, en los modelos de efectos diferidos de las sentencias, en los modelos de, por ejemplo, omisión relativa y omisión absoluta en el juicio de constitucionalidad la corte misma ha creado sus taras y sus límites internos porque ella ha identificado en algunas sentencias que es lo que verdaderamente significa una omisión legislativa y hasta dónde puede ella obrar sobre eso.

Ella se ha casado criterios de interpretación y los establece y hay sentencias dicen eso, hay millones de sentencias sobre millones de temas respecto a los pasos del control constitucional donde la Corte se dice “yo hasta acá llego” o “yo no puedo pasarme de aquí” o “yo me quisiera pasar pero no puedo”; esos casos existen en diferentes elementos. Qué puedo mirar de una ley y que no puedo mirar, cómo mirarlo, cuáles elementos puedo yo tomar como decisorios para crear una norma dentro de una sentencia, hasta qué punto, cuáles son los temas de urgencia en protección de derechos que me permiten a hacer esas llamadas al ejecutivo para que actúe. La Corte construye una gran cantidad de test y sobre esos test construye sus propios límites en ese momento en donde estamos diciendo que parece que se traslapa la competencia legislativa con la jurisdiccional.

Si existen los mecanismos, obviamente todo sería ideal si existiera el mecanismo concertado, pero, ahí viene el lado oscuro o por lo menos el lado no tan teórico que es que también son poderes donde existen agentes humanos y existen también unas posiciones, unas agendas que no son fáciles de conciliar.

O – ¿recuerda alguna sentencia donde la Corte diga “oiga, nosotros solo llegamos hasta aquí”?

W- El caso que poníamos de la omisión relativa y absolutas me parece muy claro. No me acuerdo de la sentencia pero en una sentencia dice “la omisión absoluta del legislador es esto y la omisión relativa es esto. Yo solamente puedo hablar cuando haya omisión relativa”. En toda la línea jurisprudencial de sustitución constitucional, es decir, hasta qué punto el legislativo puede hacer reformas constitucionales y cuando una reforma constitucional es verdaderamente una reforma que está desarrollando la carta pero cuando es simplemente cambiarnos la carta por otra, inventarse otra constitución, cosa sino podría ser porque el derivado y no un constituyente primario.

La Corte ahí construye un test en varias sentencias y termina diciendo “yo hasta aquí puedo llegar para decirle al legislador que pueda hacer respecto a la a la reforma, que no puede hacer; por ejemplo, la Corte Constitucional está para respetar la constitución pero también para juzgar su eficacia y para protegerla, pareciera que está entonces poquito desligada o que no podría promover cláusulas pétreas en reformas constitucionales. Entonces todo cambio constitucional termina siendo inconstitucional y cambio constitucional aparentemente vendría o del legislador o del constituyente primario o del secundario. Pero, entonces ahí la Corte que rol si toda reforma va a ser contraria a la Constitución; la Corte desarrolla una teoría en donde dice “no, yo hasta este punto si me puedo meter, en este no me puedo meter”. Si viene del constituyente primario yo puedo seguir, si viene del derivado yo no puedo continuar o en qué casos.

Entonces esas las desarrolla y son en muchos temas, en temas de una ley que le puede revisar, como la debe revisar, todas esas reglas han sido en su mayoría jurisprudenciales reconstruidas, además, a partir de sentencias; esa es otra manera, construir la forma en que va a analizar las sentencias se hace a través de sentencias, no de leyes. También teniendo en cuenta que ahí partimos de la división de poderes o de ramas.