

# **POLÉMICAS CONSTITUCIONALES**

**MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA**



BOGOTÁ • MÉXICO D.F. • BUENOS AIRES • CARACAS • LIMA • SANTIAGO • MIAMI

## ÍNDICE GENERAL

AGRADECIMIENTOS .....	xv
PRESENTACIÓN .....	xvii

### I

#### CONSTITUCIÓN Y SOCIEDAD: LA CONSTRUCCIÓN DE UNA CONSTITUCIÓN VIVIENTE

1. LA DEFENSA JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN: LA GRAN FORTALEZA COLOMBIANA .....	3
Introducción .....	3
1.1. Reformismo y control constitucional: la lucha por la supremacía de la Constitución y la contribución del poder judicial a la pacificación .....	8
1.1.1. El control constitucional antes de 1886 .....	10
1.1.1.1. Predominio del control constitucional político ...	10
1.1.1.2. Antecedentes remotos y excepcionales del control judicial .....	12
1.1.2. El control constitucional entre 1886 y 1991 .....	13
1.1.2.1. Los orígenes del control judicial abstracto <i>erga                 omnes</i> : conciencia de la innovación en 1886 .....	14
1.1.2.2. El control de leyes vigentes por acción pública: otra originalidad en 1910 .....	17
1.1.2.3. La ampliación de los referentes sustantivos del control constitucional .....	20
1.1.2.4. Los avatares de la independencia judicial para controlar el poder .....	22
1.1.3. El control constitucional después de la Constitución de 1991 .....	28

1.1.3.1.	La creación de la Corte Constitucional .....	30
1.1.3.2.	Un nuevo sistema de control constitucional para una nueva Constitución. La importancia de la acción de tutela para el goce efectivo de los derechos fundamentales .....	38
1.2.	La efectividad del principio de sometimiento a la Constitución: la contribución del poder judicial a la estabilidad de las instituciones democráticas colombianas .....	43
1.2.1.	Cien años de ejercicio del poder de control constitucional: un panorama global de la actividad de la Corte Suprema de Justicia .....	43
1.2.1.1.	Una visión cuantitativa .....	44
1.2.1.2.	Una muestra de fallos especialmente significativos .....	47
1.2.2.	Una década de actividad de la Corte Constitucional: elementos básicos para apreciar su profundo impacto .....	57
1.2.2.1.	Una visión cuantitativa .....	58
1.2.2.2.	Una muestra de fallos especialmente significativos .....	61
	Conclusión .....	66
2.	LA REVOLUCIÓN DE LOS DERECHOS: UN BALANCE DESPUÉS DE QUINCE AÑOS .....	93
2.1.	Tradicición de defensa judicial de la Constitución .....	93
2.2.	Cambios en la defensa judicial de la Constitución: la jurisdicción constitucional .....	95
2.2.1.	La creación de una sola jurisdicción constitucional .....	95
2.2.2.	Cambio en la concepción de los derechos fundamentales ..	96
2.2.3.	Relación entre el control abstracto y el control concreto ...	99
2.2.4.	Presencia y proyección de la jurisdicción constitucional ...	104
2.2.5.	Funcionamiento interno de la jurisdicción constitucional ..	108
2.2.6.	Ámbito material de la jurisdicción constitucional .....	110
2.2.7.	Objeto controlado por la jurisdicción constitucional .....	114
2.2.8.	Argumentación y órdenes .....	115
	Conclusión .....	117

II

**CONSTITUCIÓN Y ECONOMÍA:  
LAS PREMISAS EQUIVOCADAS DEL DEBATE**

1. CONSTITUCIÓN Y ECONOMÍA: LAS PREMISAS EQUIVOCADAS DEL DEBATE .....	121
Introducción .....	121
1.1. La necesidad de que el debate sea leal y constructivo .....	122
1.2. Las sentencias con implicaciones económicas han sido proferidas desde hace más de noventa años y no son fruto de la Constitución de 1991 .....	123
1.2.1. Las reformas tributarias mediante declaratoria de emergencia económica y los cambios de jurisprudencia ....	124
1.2.2. Las sentencias de los años treinta y el activismo judicial ...	124
1.2.3. Una sentencia polémica sobre la equidad .....	126
1.2.4. Sentencias con condicionamientos desde hace casi un siglo .....	126
1.3. Después de la Constitución de 1991 la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha evolucionado en etapas .....	127
1.3.1. Dos constantes sobresalientes .....	128
1.3.2. Diferencias en las cuatro etapas .....	128
1.3.3. Características de la tercera etapa y los fallos sobre salarios públicos .....	130
1.3.4. El fallo sobre el IVA no es una excepción .....	134
1.3.5. En la cuarta etapa predominan los vicios de procedimiento .....	135
1.3.6. El costo de los derechos ha sido relevante pero no determinante en las cuatro etapas .....	137
1.3.7. La importancia constitucional de la calidad de las políticas públicas .....	138
1.4. El derecho comparado muestra que las sentencias con implicaciones económicas existen también en Estados Unidos y Europa .....	139
1.4.1. Una corte económica europea que se transformó en Corte Constitucional regional .....	140
1.4.2. Ejemplos de Alemania, donde existe el principio de Estado social de derecho .....	141
1.4.3. El caso italiano de las pensiones (ajustes en las indemnidades de partida) .....	142
1.4.4. Ejemplos de Francia, donde se le temía al fantasma del gobierno de los jueces .....	143

1.4.5. Ejemplos de Estados Unidos sobre el derecho a la salud ...	143
1.4.6. Una particularidad colombiana desapercibida .....	145
1.5. Preguntas para avanzar constructivamente en el debate sobre las sentencias con implicaciones económicas .....	145

### III

#### LA CONSTITUCIÓN Y EL ORDEN PÚBLICO: MITOS Y REALIDADES

1. LA CONSTITUCIÓN Y EL ORDEN PÚBLICO: MITOS Y REALIDADES .....	151
Planteamiento del problema .....	151
1.1. Límites constitucionales básicos en materia de seguridad y defensa nacionales .....	156
1.1.1. Prohibición de afectar en forma desproporcionada los derechos fundamentales .....	159
1.1.2. Principio de distinción .....	166
1.1.3. Separación de poderes .....	168
1.1.4. Subordinación del poder militar al poder civil .....	169
1.2. El carácter realista de las decisiones de la Corte en la materia muestra que el mito de la indiferencia nace de una distorsión de sus sentencias .....	180
1.3. La conmoción interior no ha sido esterilizada por la Corte Constitucional .....	184
Conclusión .....	196

### IV

#### CONSTITUCIÓN Y POLÍTICA: UNA VISIÓN NO CONVENCIONAL

1. LA JUDICIALIZACIÓN DE LA POLÍTICA EN COLOMBIA: LO VIEJO Y LO NUEVO .....	207
1.1. La judicialización de la política es un fenómeno antiguo en Colombia .....	209
1.2. Principales características del sistema de revisión judicial constitucional de 1991 .....	215
1.3. La judicialización de la política después de 1991 .....	218

1.4.	El impacto de la Corte en los dominios legal y social .....	219
1.5.	Los efectos de la judicialización de la política en Colombia .....	238
1.6.	Factores que apuntalan la judicialización de la política .....	241
1.7.	Conclusiones: un actor institucional controversial .....	246
2.	DEFENSA DE LA INDEPENDENCIA JUDICIAL .....	252
2.1.	Imperio de la ley y democracia .....	252
2.2.	Defensa de la Constitución en Colombia .....	253
2.3.	Independencia judicial .....	262
2.4.	Perfil de un magistrado .....	265

V

**LA CONSTITUCIÓN Y EL JUEZ:  
NUEVOS ENFOQUES INTERPRETATIVOS**

1.	LA PONDERACIÓN DE DERECHOS EN COLOMBIA: EL APORTE DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL .....	269
	Introducción: un contexto paradójico .....	269
1.1.	Principales características del sistema colombiano de control judicial de constitucionalidad: fácil acceso .....	271
1.2.	La “ponderación” en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. ....	273
1.2.1.	La evolución de la posición de la “ponderación” en la jurisprudencia de la Corte Constitucional: su importancia creciente .....	274
1.2.2.	La forma en que la Corte Constitucional pondera: ajustes al método básico de conformidad con la complejidad del problema constitucional a resolver .....	283
1.2.2.1.	Esquema del método básico y sus variantes más comunes .....	283
1.2.2.2.	El caso de la eutanasia: la autonomía y la vida ..	288
1.2.2.3.	Igualdad: el caso de las cuotas de participación femenina .....	292
1.2.2.4.	Derechos sociales: aumentos anuales en los salarios públicos .....	297
1.2.2.5.	Pueblos indígenas: derechos fundamentales colectivos y derechos individuales en un contexto culturalmente distinto .....	303

1.2.2.6. Paz y derechos de las víctimas: el paso más reciente en la ponderación de derechos con miras a la reconciliación nacional .....	307
Conclusión .....	314
2. RECEPCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA REGIONAL SOBRE DERECHOS HUMANOS POR PARTE DE LA CORTE CONSTITUCIONAL .....	316
2.1. Breves comentarios sobre la recepción del derecho comunitario andino .....	317
2.2. La recepción del derecho interamericano de los derechos humanos .....	319
2.2.1. Proyección de las medidas cautelares por vía de la acción de tutela .....	319
2.2.2. La incidencia material del derecho interamericano de los derechos humanos sobre el derecho interno .....	321
2.2.2.1. Primera: la función material básica .....	321
2.2.2.2. Segunda función: identificación de derechos .....	324
2.2.2.3. Tercera función: exigibilidad de derechos sociales .....	325
2.2.2.4. Cuarta función: mínimos de protección .....	326
2.2.2.5. Quinta función: control de los estados de excepción .....	329
2.2.2.6. Sexta función: el control de las reformas constitucionales .....	330
Conclusión .....	332

## VI

### **LA CONSTITUCIÓN Y SUS ORÍGENES: DE LA POLÍTICA CONSTITUCIONAL AL DERECHO CONSTITUCIONAL**

1. ¿CÓMO SE HIZO LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE? .....	335
Introducción .....	335
1.1. Cómo se hizo la Asamblea Constituyente.	
La construcción del camino jurídico político .....	336
1.1.1. Barreras jurídicas y experiencias frustrantes .....	336
1.1.2. Ventajas de un mecanismo participativo .....	337
1.1.3. Orígenes de un camino jurídico .....	338

1.1.4.	Los primeros intentos políticos .....	341
1.1.5.	El “plebiscito por el plebiscito”, la “Séptima Papeleta” y la votación de marzo .....	342
1.1.6.	El preacuerdo de los candidatos y el Decreto 927 de 1990 ....	342
1.1.7.	La consulta popular del 17 de mayo de 1990: un mandato popular definitivo con efectos jurídicos .....	344
1.1.8.	El desarrollo del mandato del 27 de mayo de 1990: los acuerdos liderados por el Presidente Gaviria .....	345
1.1.9.	La segunda autoconvocatoria y el Decreto 1926 de 1991 ....	345
1.2.	Elección y composición de la Asamblea Nacional Constituyente .....	347
1.2.1.	Modernidad, transparencia y equilibrio electoral .....	347
1.2.2.	La circunscripción nacional y el corte con los intereses tradicionalistas .....	348
1.2.3.	Los resultados electorales del 9 de diciembre de 1990 .....	349
1.3.	¿Cómo funcionó la Asamblea Nacional Constituyente? .....	350
1.4.	La nueva Constitución .....	353
1.4.1.	Igualdad, participación y paz .....	353
1.4.2.	La más grande obra de creación colectiva .....	355
1.4.3.	Los derechos como poderes .....	356
2.	¿CÓMO SE HIZO LA CONSTITUCIÓN? MITOS Y REALIDADES .....	358
	Introducción .....	358
2.1.	Relaciones entre las fuerzas políticas .....	367
2.1.1.	La Asamblea Constituyente no fue un avispero .....	367
2.1.2.	¿Existió alguna alianza ganadora en la Asamblea Constituyente? .....	368
2.1.3.	¿Cuándo fue derrotada la alianza ganadora? .....	370
2.1.4.	¿Operó el Frente Nacional en la Asamblea Constituyente? .....	372
2.1.5.	¿Qué fuerza política perdió con mayor frecuencia? .....	373
2.1.6.	¿Cuál fue la fuerza política que menos perdió? .....	375
2.2.	Las fuerzas políticas por dentro .....	376
2.2.1.	¿Cómo funcionaron las fuerzas políticas internamente? ....	376
	2.2.1.1. Cohesión .....	377
	2.2.1.2. Disciplina .....	377
	2.2.1.3. Núcleo .....	378
2.2.2.	¿Hubo lealtad partidista interna en las coyunturas difíciles? .....	379
2.2.3.	¿Mandaron los jefes? .....	381

2.2.4.	¿Fueron los jefes leales políticamente a su fuerza política? .....	386
2.2.5.	¿Qué posición tomaron los jefes? .....	387
2.2.6.	¿Cuál constituyente le dio el mayor espaldarazo a la Constitución de 1991 y cuál la rechazó en mayor grado? .....	388
2.2.7.	¿Desaprovecharon las minorías el poder de su voto? .....	388
2.2.8.	¿Qué posición adoptó cada fuerza? .....	389
2.2.9.	¿Cómo votaron los jóvenes y los veteranos? .....	391
2.2.10.	¿Qué normas de la nueva Constitución generaron división interna de las fuerzas políticas mayoritarias? .....	392
2.3.	Temas de controversia .....	394
2.3.1.	¿Qué normas de la nueva Constitución estuvieron en la cuerda floja? .....	394
2.3.2.	¿Cuál es la parte de la Constitución de origen secreto? .....	399
2.3.3.	¿Con votación secreta se rechazaron temas críticos? .....	402
2.3.4.	¿Qué temas críticos no fueron objeto de votación nominal o secreta? .....	404
2.4.	¿Qué tan grande fue el consenso? .....	406
2.4.1.	¿Cuáles de los pilares fundamentales de la Constitución lograron consenso? .....	406
2.4.2.	¿Qué sucedió con las reglas del juego para acceder al poder? .....	408
2.4.3.	¿Qué norma de la Constitución vigente obtuvo más votos en contra? .....	410
2.4.4.	¿Será cierto que no hay diferencias ideológicas? .....	411
2.4.5.	La derogatoria de la Constitución de 1886: ¿una fiesta o un funeral? .....	414
2.5.	¿La Codificadora: una Pequeña Constituyente? .....	414
2.5.1.	¿Dónde se hizo la Constitución? .....	415
2.5.2.	¿Qué cambios de fondo introdujo la Comisión Codificadora? .....	415
2.6.	Conclusión general .....	417
2.7.	¿Cuál fue el papel del Gobierno? .....	417

## VII

### MANIFIESTO PARA LA DEFENSA DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

MANIFIESTO PARA LA DEFENSA DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL .....	419
--	-----

## ÍNDICES

ÍNDICE ANALÍTICO DE MATERIAS .....	427
ÍNDICE DE CUADROS .....	447
ÍNDICE DE PROVIDENCIAS JUDICIALES .....	451