

CONTENIDO

PRÓLOGO.....	9
INTRODUCCIÓN.....	27

CAPÍTULO I NEOCONSTITUCIONALISMO Y GARANTISMO Los fundamentos del modelo de Estado constitucional y el ocaso del legiscentrismo

1. EL TRIUNFO DEL CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÁNEO.....	33
a. El ocaso del legiscentrismo y del positivismo jurídico.....	33
b. La vigencia del modelo constitucional	34
2. FUNDAMENTOS TEÓRICOS DEL MODELO NEOCONSTITUCIONAL.....	37
a. Rematerialización del derecho.....	37
1) Principios y derechos	37
2) Principios y discrecionalidad judicial.....	39
b. Ponderación (Abwägung) en la aplicación del derecho	40
c. Omnipresencia y rigidez de la Constitución	41
d. Omnipresencia judicial y discrecionalidad limitada.....	44
e. Relativización de la certeza del derecho	47
f. Los derechos fundamentales: moral pública de la modernidad y fundamento de la convivencia	48
g. Un modelo normativo y de teoría jurídica	50
h. Del Estado de derecho o legislativo al Estado social y democrático	51
1) La insuficiencia del Estado legislativo	51
2) El Estado social amenazado	52
3. LA NUEVA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL.....	53

a.	Redefinición del concepto de democracia	53
b.	Vox populi no es vox Dei	55
c.	La judicatura como poder contramayoritario	56
d.	Los "malos" y enemigos como minoría contra "la mayoría" de los "buenos" y fieles	58
e.	El control ciudadano y de la crítica científica	61
f.	La neutralización de las víctimas	64

CAPÍTULO II LA AUTONOMÍA JUDICIAL CONDICIONADA EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL

1.	LOS JUECES "BOCA DEL PODER" Y LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL COMO IDEOLOGÍA	67
	a. Modelos de justicia que condicionan la aplicación de la ley	67
	b. ¿Independencia frente a qué?	68
2.	LA FALSA APOLITICIDAD DEL JUEZ	72
3.	PARTIDISMO Y CLIENTELISMO.....	75
	a. Cooptación y bipartidismo en Colombia.....	76
	b. Colonización partitocrática en España	77
4.	MODELO DE JUSTICIA PLURALISTA DE LOS ESTADOS CONSTITUCIONALES.....	78
	a. La autonomía judicial condicionada por los derechos y principios constitucionales.....	78
	b. El juez creador de derecho y protector de derechos	81
	c. Libertad ideológica y consagración legal de la autonomía judicial	84
	1) Mecanismos que la garantizan	86
	2) Presunción de imparcialidad	88
5.	LAS FUENTES DEL DERECHO Y LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL VINCULANTE.....	89
	a. Libertad del juez frente a la jurisprudencia ordinaria	91
	b. Vinculación del juez a la jurisprudencia constitucional	93
	1) La interpretación constitucional opera sobre el ordenamiento jurídico	94
	2) La <i>ratio decidendi</i> constituye precedente	96

- c. Sujeción a los tratados y doctrina internacionales sobre derechos fundamentales 100

CAPÍTULO III
**LA SUPREMACÍA DE LOS TRIBUNALES
 CONSTITUCIONALES.**
Los conflictos por los efectos de sus sentencias

- 1. LA PÉRDIDA DE PROTAGONISMO DE LOS TRIBUNALES DE CASACIÓN 103
- 2. LA EXCLUSIÓN DE LOS JUECES DE LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN Y DE LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS 104
- 3. DE LEGISLADOR NEGATIVO A JUEZ CREADOR DE DERECHO .. 105
- 4. ¿NATURALEZA POLÍTICA O NATURALEZA PARTIDISTA?..... 108
 - a. No es la *partitocracia* lo que hace político a los tribunales constitucionales..... 108
 - b. La actuación política esperada de los tribunales 113
 - c. El “apoliticismo” partidista colombiano..... 115
- 5. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COMO CONTROL EXTERNO AL PODER JUDICIAL PERO DE NATURALEZA JURISDICCIONAL 118
 - a. El método de la argumentación jurídica 119
 - b. La actuación objetiva del derecho 119
- 6. LA SUPREMACÍA DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES Y LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL COMO METAJURISDICCIÓN 122
 - a. Direccionamiento de los “intérpretes libres” 122
 - b. ¿Pérdida de jerarquías en el poder judicial?..... 126
- 7. EL VALOR DE LAS SENTENCIAS DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES..... 129
 - a. Características de las sentencias constitucionales 129
 - 1) Congruencia 130
 - 2) Motivación 130

3) Colegialidad.....	130
4) Eficacia.....	130
b. Clases de sentencias	132
1) Sentencias de los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad	132
2) Sentencias de tutela	135
c) Sentencias “manipulativas” generadoras de conflictos.....	137
d) Formas de “manipulación”	141
8. RELACIONES FUNCIONALES ENTRE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y EL TRIBUNAL SUPREMO EN ESPAÑA	142
a. La cuestión de constitucionalidad: ¿respeto a la libertad de valoración del Tribunal Supremo?	142
b. La subsidiariedad del Recurso de Amparo y la amplitud de los derechos que lo justifican	146
c. La doctrina del Tribunal Supremo: ¿equiparable a la del Recurso de Amparo?	148
9. RELACIONES FUNCIONALES EN COLOMBIA ENTRE LA CORTE CONSTITUCIONAL Y EL RESTO DE AUTORIDADES PÚBLICAS..	149
a. En juicios de constitucionalidad: obediencia de las autoridades	149
b. En excepción de constitucionalidad: respeto a iniciativa judicial	151
10. REFORMA ESPAÑOLA A FAVOR DE LA SUPREMACÍA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	153
a. Blindaje del Tribunal Constitucional	154
b. Valor vinculante de sus sentencias.....	154
c. Medidas de descongestión	155

CAPÍTULO IV

LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES

1. LA RAZÓN DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL FRENTE A LAS AUTORIDADES JUDICIALES	157
a. La desconfianza en el Poder Judicial por su anterior servicio al poder político	159
b. La Acción de Tutela procede contra providencias judiciales para constitucionalizar la justicia.....	162

c.	El amparo procede contra providencias judiciales por ser un recurso "supremo": relatividad de la cosa juzgada.....	165
d.	La Tutela se concede sólo por actuación arbitraria, irrazonable y manifiestamente errónea. La teoría del error manifiesto en España	167
1)	Los límites al análisis de los hechos.....	167
2)	La remisión a la "fórmula Hersch" del Tribunal Constitucional alemán	170
3)	Error por incongruencia (o "incongruencia por error").....	172
4)	Error manifiesto o patente	174
5)	Error por valoración equivocada de los hechos cuando hay vulneración de derechos sustantivos.....	175
6)	Error en la valoración probatoria	175
2.	LOS LÍMITES A LA CONCESIÓN DEL RECURSO CREADOS POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PARA MORIGERAR LAS TENSIONES ENTRE JURISDICCIONES	177
a.	El carácter subsidiario del Amparo: la defensa del proceso ordinario.....	177
b.	El Recurso de Amparo no puede tener carácter de tercera instancia o de recurso de casación	180
c.	El recurso de amparo debe respetar la libertad interpretativa del juez	181
d.	La concesión de plazos procesales es asunto de legalidad y no de constitucionalidad	183
e.	Las órdenes que se imparten en el fallo no pueden reemplazar al juez ordinario.....	184
3.	LA ACCIÓN CONSTITUCIONAL DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES EN COLOMBIA.....	186
a.	Ninguna autoridad pública puede estar por encima de la Constitución ni de los derechos fundamentales	186
b.	La judicatura se ha relegitimado	191
c.	La vía de hecho como fundamento de la protección constitucional contra providencias judiciales.....	192
1)	Elementos de la vía de hecho	192
2)	Clases o causales específicas de procedibilidad.....	193
3)	Causales genéricas de procedibilidad	194
4.	BALANCE FAVORABLE DEL RECURSO DE AMPARO EN ESPAÑA Y COLOMBIA.....	195
a.	La congestión en la jurisdicción constitucional evidencia la acogida del recurso.....	195
b.	El Amparo contra resoluciones judiciales ha sido excepcional....	199

c.	Respuestas de las altas Cortes	200
1)	Declaraciones públicas contra la actuación de la Corte Constitucional	200
2)	Retención de los procesos de Amparo para evitar su revisión	202
3)	Desacato a las decisiones de la Corte Constitucional.....	204
4)	Iniciativa legislativa para reformar la Acción de Tutela.....	207
5.	LA REFORMA EN ESPAÑA RATIFICA EL RECURSO DE AMPARO CONTRA RESOLUCIONES JUDICIALES	209
a.	Diagnóstico de la situación para justificar la reforma o las causas de las tensiones entre Tribunal Constitucional y la justicia ordinaria.....	209
1)	La conversión del Tribunal Constitucional en tribunal de casación	210
2)	La ampliación ilimitada del Recurso de Amparo y del derecho a la tutela judicial efectiva	212
3)	La amplia cobertura de los actos u omisiones de los órganos judiciales y del error in procedendo.....	214
4)	El Amparo ha desbordado la capacidad del Tribunal Constitucional.....	214
5)	Falta de reglas claras en la admisión del Amparo	216
6)	Los abogados abusan del Amparo	217
b.	Dejar las cosas como están	218
c.	El contenido de la reforma.....	219
1)	Procedencia del recurso	219
2)	Omisiones de las autoridades públicas como fuente del recurso	220
3)	Ratificación del Amparo contra resoluciones judiciales	220
4)	El nuevo certiorari	221
5)	Precisiones en el trámite	223

CAPÍTULO V

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES VÍCTIMAS DEL CONFLICTO.

Análisis de algunos casos emblemáticos del enfrentamiento

1.	LOS DERECHOS VÍCTIMAS DEL CONFLICTO.....	227
2.	EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA O DEBIDO PROCESO.....	229

a.	El Amparo por violación al derecho a la tutela judicial efectiva que desencadenó el enfrentamiento en España. El debido proceso en materia civil: la prueba biológica en procesos por paternidad	229
b.	Una reacción desproporcionada que aisló al Tribunal Supremo español.....	232
c.	El debido proceso civil y el derecho a la vivienda digna.....	235
d.	El debido proceso en materia penal	238
1)	La lucha contra el terrorismo no puede arrastrar principios democráticos liberales	239
2)	El sistema acusatorio negado y retardado en Colombia	243
3)	El debido proceso en materia contencioso administrativa: la pérdida de investidura de los parlamentarios.....	246
3.	EL DERECHO A LA IGUALDAD EN LA APLICACIÓN DE LA LEY Y LA OBLIGACIÓN DE MANTENER LA PROPIA JURISPRUDENCIA.....	249
a.	Cambio de jurisprudencia sólo con justificación.....	250
b.	Aplicación de la Constitución ante vacíos legales: la indexación de la primera mesada pensional	251
4.	EL DERECHO A LA INTIMIDAD	253
a.	No todo hecho veraz debe ser publicado: defensa de la dignidad humana	253
b.	La refutación superficial: noticias de escasa entidad no afectan la intimidad.....	254
5.	LA CARRERA JUDICIAL Y EL DERECHO AL ACCESO A CARGOS PÚBLICOS.....	256
a.	La falta de convocatoria a concurso para un cargo de letrado en España: el Tribunal Supremo condena al Tribunal Constitucional. ¿Golpe de Estado judicial, o <i>Auctoritas facit Legem?</i>	256
b.	El drama para ser nombrado juez o magistrado en Colombia	259
1)	La carrera como principio constitucional contra el clientelismo.....	260
2)	El concurso de méritos garantiza la eficacia y la eficiencia	263
3)	Para la Corte Suprema de Justicia colombiana los nombramientos están regulados por la “discrecionalidad”	266
4)	La discrecionalidad “no rige” en nombramiento de jueces.....	270
5)	Elegir sólo a los doctrinariamente afines	274
6)	Otros derechos violados al descatarse la doctrina constitucional	276

7) Excepción para desconocer el orden de los resultados del concurso	279
8) Procedencia de la Acción de Tutela para defender el ingreso de los jueces por concurso	280

CAPÍTULO VI
**LAS TENSIONES CON EL EJECUTIVO Y EL
 LEGISLATIVO POR EL CONTROL CONSTITUCIONAL.
 El fracaso de la política antidrogas en Colombia**

1. ¿LEGISLADOR POSITIVO?.....	283
2. LA CORTE CONSTITUCIONAL FRENTE AL DERECHO DE LA “GUERRA CONTRA LAS DROGAS”	285
3. LAS TENDENCIAS DE POLÍTICA CRIMINAL EN TEMA DE DROGAS	286
a. La corriente punitiva prohibicionista	287
b. La corriente despenalizadora antiprohibicionista	288
c. El garantismo penal y constitucional.....	289
4. LA POLÍTICA ANTIDROGAS EN COLOMBIA: EL EFECTO GLOBO O EL ÉXITO MENTIROSO. EL “estado de cosas inconstitucional” de los derechos de los desplazados forzados por la guerra	290
a. El uso de la coca por los indígenas.....	290
b. El aumento y traslado de los cultivos ilícitos.....	291
c. La intensificación de la guerra.....	294
d. Las cifras del “éxito”	296
5. LA “PROVISIONALIDAD” PERMANENTE DEL DERECHO PENAL DE EXCEPCIÓN: la Constitución “se puede” desconocer temporalmente. El ejecutivo desafía a las altas cortes.....	299
a. La excepcionalidad importada y normalizada	299
b. Características de las leyes de emergencia.....	301
c. La Corte Constitucional y las leyes de emergencia.....	303
d. La provisionalidad no puede ser permanente.....	305
e. Condena internacional de la ONU por violación de la prohibición de la reformatio in pejus.....	306
f. Freno al reciclaje de los paramilitares. Para las Cortes no es un delito político, para el Ejecutivo y el Legislativo sí	309

6.	LA DESPENALIZACIÓN DE LA DOSIS PERSONAL DE DROGAS: la Corte Constitucional protege la autonomía personal	313
	a. La defensa del libre desarrollo de la personalidad	313
	b. Los intentos del Ejecutivo y Legislativo por revivir la norma	316
7.	LAS FUMIGACIONES CON QUÍMICOS LETALES Y EL DESASTRE HUMANO Y AMBIENTAL: la Corte se sale por la tangente	318
	a. La disminución de los cultivos no es proporcional al aumento de las fumigaciones	318
	b. La destrucción del pulmón de la tierra.....	319
	c. La Corte Constitucional se niega a detener las fumigaciones.....	322
8.	LAS CÁRCELES PARA NARCOTRAFICANTES Y GUERRILLEROS: ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL	323
	a. La excepcionalidad penal se “normaliza” en las cárceles de alta seguridad	323
	b. Declaratoria del “estado de cosas inconstitucional” en las prisiones administradas por el Ejecutivo	325
	c. Constatación de los tratos crueles por la Organización de Naciones Unidas: paramilitarismo y sistema penal subterráneo	327
	d. Continúa el control constitucional frente al deterioro de los derechos fundamentales.....	328
	1) Protección a la dignidad humana.....	328
	2) Las restricciones del régimen interno debe ser proporcional y razonable.....	329

CAPÍTULO VII BALANCE Y PROPUESTAS DE SOLUCIÓN

1.	¿EXISTE REALMENTE “GUERRA DE LAS CORTES” O “CHOQUE DE TRENES”?.....	333
	a. Unos nombres para satisfacer la galería	333
	b. El conflicto se ha ocultado	336
	c. El conflicto no existe o se ha superado	338
	1) La Sala Penal del Tribunal Supremo acoge la doctrina del Tribunal Constitucional.....	340
	2) Los acercamientos de la Sala Civil, la más reacia a aceptar el cambio constitucional	341

3) El balance optimista a favor del Tribunal Constitucional español.....	341
d. Los avances en el conflicto colombiano: La Corte Suprema admite la tutela contra sentencias pero defiende ser órgano límite	343
2. LA DIFÍCIL DISTINCIÓN ENTRE LEGALIDAD Y CONSTITUCIONALIDAD. La superación del legiscentrismo.....	347
a. Todo juez está facultado para interpretar la Constitución y la ley conforme a ella	347
b. Parámetros constitucionales para la interpretación de la ley.....	349
3. RECONOCIMIENTO DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES COMO INTÉRPRETES SUPREMOS	350
a. ¿Quién es el verdadero Tribunal Supremo?	350
b. La supremacía no significa infalibilidad ni asegura la vigencia de los derechos	353
4. LA UNIFICACIÓN DE LA DUPLICIDAD DE ÓRDENES JURISDICCIONALES	355
a. El origen judicial de los Magistrados de la Corte Constitucional puede garantizar en Colombia la autonomía de la justicia	355
b. El nuevo “Amparo judicial”	357
5. LA AUTOLIMITACIÓN DEL INTÉRPRETE SUPREMO.....	359
a. Principio de congruencia	360
b. Principio de conservación de la norma.....	360
c. Principio de interpretación conforme a la Constitución	360
d. Principio de respeto al pluralismo político.....	361
6. EXCLUSIÓN DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA SENTENCIAS Y DE OTROS DERECHOS FUNDAMENTALES. La reforma del ordenamiento vigente	361
7. AMPLIACIÓN DE LA ACCIÓN DE TUTELA	365
a. Impugnación directa de las leyes	365
b. El Amparo contra particulares	365
c. El Amparo directo	365
d. Acatamiento de la doctrina constitucional	366

8.	MECANISMOS QUE GARANTICEN LA EFICACIA MATERIAL DE LA SENTENCIA DE TUTELA	366
9.	EL BLINDAJE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y LA RATIFICACIÓN DE LA TUTELA CONTRA SENTENCIAS: Balance favorable para España	368
	a. La imprudencia del Tribunal Supremo español que desemboca en la reforma	369
	b. El peligro de un poder sin control.....	371
	c. La <i>lotizzazione partitocrática</i> "olvidada"	372
10.	LA REFORMA APLAZADA EN COLOMBIA	374
	a. Los jueces entre comunicados que interpretan las leyes.....	374
	b. Reconocimiento internacional por el activismo a favor de los derechos fundamentales y contra la contaminación criminal del poder político	375
	c. La Corte Suprema de Justicia colombiana justifica su oposición a algunos fallos de Tutela.....	379
	d. Cortes sin control y remisión a los organismos internacionales de derechos humanos.....	382
	d. En defensa del Estado constitucional.....	385

CAPÍTULO VIII

CONCLUSIONES	387
BIBLIOGRAFÍA	395

ANEXO

ENTREVISTA A PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ, MAGISTRADO DEL TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL	409
--	-----