



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA
T U N J A

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS,
SECCIONAL TUNJA

FACULTAD DE DERECHO



REVISTA DE DERECHO PRINCIPIA IURIS

27

Tunja, 2017 - I



OPEN  ACCESS

descarga gratuita

<http://revistas.ustatunja.edu.co/index.php/piuris>

<i>Principia IURIS</i>	<i>Tunja, Colombia</i>	<i>Vol. 14</i>	<i>No. 27</i>	<i>F. 27</i>	<i>pp. 291</i>	<i>Enero Junio</i>	<i>2017 - I</i>	<i>ISSN: 0124-2067</i>
------------------------	----------------------------	----------------	---------------	--------------	----------------	------------------------	-----------------	------------------------

Entidad Editora

Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja.

Editor

Daniel Felipe Garavito Rincón

Número de la revista

Veintisiete(27)

Primer Semestre de 2017

Periodicidad

SEMESTRAL

ISSN

0124-2067

Dirección postal

Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas
Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja
Calle 19 # 11-64. Tunja, Boyacá, Colombia
Teléfono: (8) 7440404 Exts.: 31239 – 31231

Correo electrónico

revistapincipia@ustatunja.edu.co
daniel.garavito@usantoto.edu.co

Diseño y Diagramación:

Santiago Suárez Varela

Corrección de Estilo:

Fray Ángel Beltrán, O.P.

Revisión inglés:

Instituto de Idiomas
Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja

Revisión francés y portugués:

Carlos Manuel Araque

Anotación: El contenido de los Artículos es responsabilidad exclusiva de sus autores. Todos los derechos reservados, la reproducción total o parcial debe hacerse citando la fuente. Hecho el depósito legal.

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA Y
CORTE CONSTITUCIONAL KELSENIANA

THE COLOMBIAN CONSTITUTIONAL COURT
AND AND CONSTITUTIONAL COURT BY
KELSEN

COUR CONSTITUTIONNELLE COLOMBIENNE
ETCOUR CONSTITUTIONNELLE KELSENIEN

Fecha de recepción: 27 de febrero de 2016

Fecha de aprobación: 10 de abril de 2016

Carlos Mario Dávila S.¹

1 Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas. Especialista en Derecho administrativo de la Universidad Panthéon-Assas (París II), Magíster en Derecho comparado de la Universidad Panthéon-Sorbonne (París I). Profesor universitario. Salvo mención en contrario, las traducciones del francés al castellano son del autor.

Resumen

El presente escrito pretende demostrar las diferencias y similitudes entre la concepción de Tribunal constitucional, sostenida por el jurista austriaco Hans Kelsen (HK) y la implantación y desarrollo del órgano que realiza las ‘mismas’ funciones en Colombia. Para ello, se analizará la historia de la propuesta de HK, su estructuración y, necesariamente, su pensamiento en general sobre el derecho. Con respecto a la Corte Constitucional de Colombia, se abordarán los mismos aspectos para finalmente concluir este trabajo comparativo.

Palabras clave:

Corte constitucional, control de constitucionalidad, Hans Kelsen, razón pura, normativismo, positivismo jurídico.

Abstract

This article pretends to demonstrate the differences and similar aspects between the Hans Kelsen conception about a Constitutional Court and its implantation and development of the ‘same’ institution in Colombia. For that, it will be treated the history of HK’s idea, its composition and, necessary, his thought about the theory of law. For concluding this comparative study, it will be studied the same aspects in the case to Colombian Constitutional Court

Keywords:

Constitutional Court, judicial review, Hans Kelsen, pure reason, legal positivism.

Résumé

Cet article montre les différences et les similitudes entre la conception de la Cour constitutionnelle, tenue par le juriste autrichien Hans Kelsen (HK) et la mise en œuvre du corps effectuant les mêmes fonctions en Colombie.

Nous étudions l’histoire de la proposition de HK, la structuration et nécessairement sa pensée en général sur le droit. En ce qui concerne la Cour constitutionnelle de la Colombie, ils seront vus les mêmes questions, pour conclure enfin ce travail comparatif.

Mots-clés:

Cour constitutionnelle, contrôle judiciaire, Hans Kelsen, la raison pure, normativisme, positivisme juridique.

Resumo

O presente escrito visa demonstrar as diferenças e semelhanças entre a concepção do Tribunal Constitucional realizada pelo jurista austríaco Hans Kelsen (HK) e a implementação e desenvolvimento do órgão que executa as “mesmas” funções na Colômbia. Para fazer isso será analisada a história da proposta de HK, sua estruturação e, necessariamente, seu pensamento em geral sobre o direito. Em relação à Corte Constitucional da Colômbia, vão se abordar as mesmas questões para finalmente concluir este trabalho comparativo.

Palavras-chave

Tribunal Constitucional, controle de constitucionalidade, Hans Kelsen, razão pura, normativismo, o positivismo jurídico.

Introducción

Aquel que afirme que un teórico o filósofo del derecho es un político frustrado, o al menos en potencia, no está lejos de la certitud. Todas las instituciones sobre las que están basadas las actuales sociedades provienen de algún filósofo o pensador, y en el caso jurídico, de un filósofo o teórico del derecho. El tema tratado en este texto no es la excepción. En efecto, aunque muchos pueden hacer llegar los antecedentes de la creación del control de constitucionalidad y de los Tribunales constitucionales hasta Grecia antigua, es imperioso afirmar que esta construcción llegó a su punto más alto con la teorización del jusfilósofo austriaco Hans Kelsen.

Para desarrollar el tema, este trabajo será dividido en dos partes: la primera abordará el tema de la idea de Tribunal constitucional imaginada por HK (I), para luego, estudiando algunas decisiones de la Corte constitucional colombiana, hacer la respectiva comparación entre estos dos órganos. Aquel que pudo verse concretado en la República austriaca, por allá por los años veinte del siglo pasado y esta que vio la luz como institución independiente en el año de 1991 (II).

I. Una teoría, un control. La razón como fundamento principal de la invención del Tribunal constitucional de HK

Para analizar el tema del control de constitucionalidad en HK y de la instauración de un órgano encargado de ello es necesario, en primera medida, abordar el tema de norma fundadora (A), tal como fue desarrollada por este autor, para luego estudiar lo referente al control de constitucionalidad y a la razón, como fundamento principal de esta invención (B).

A. La Noción de norma fundante

HK es conocido como el máximo expositor de la teoría conocida bajo el nombre de positivismo normativista ². Como fundador y miembro de la Escuela de Viena, de la cual también hicieron parte juristas como A. Merkl y A. Verdross, cuyos textos, en sus respectivas áreas, reflejan en cierta medida con la teoría positivista-normativista. HK pugnó por una purificación del derecho. Un estudio científico de su objeto: el Derecho; para lo cual era necesario crear una ciencia, la cual denominó la Ciencia del Derecho. Dicho saber debía apartarse de concepciones políticas, históricas, sociológicas y demás, para que al momento de abordar su objeto, el Derecho, fuese lo más objetiva, neutra e imparcial posible.

Basado en las ideas de Hermann Cohen (1914) y en las del filósofo alemán Emmanuel Kant, especialmente en su *Crítica de la razón pura* (1900), HK buscó fundamentar y construir su respectiva ciencia con base en la simple y pura razón, dejando de lado cualquier otra influencia externa, v. gr., concepciones religiosas o morales. Su teoría es, por lo tanto, un intento de des-moralizar el derecho. Este fue el mismo proceder de Cohen y de Kant, en sus respectivos ámbitos, fundamentar todo lo existente desde la razón pura (Perrin, 1989, pp. 319-29), entendida esta, como la que no ha tenido contacto con el mundo externo, el mundo de los sentidos y que funda la verdad de sus postulados en el conocimiento un a priori. Esto tiene su explicación en la Revolución Francesa y en el *Aufklärung* o Ilustración.

El punto de partida de esta concepción del mundo y de la razón de la supresión del ámbito terrenal de cualquier metafísica, es decir, dejar de lado lo trascendente y tomar solamente lo inmanente. La razón, como atributo propio del hombre; el logos, entendido este como pensamiento y lenguaje y que los historiadores de la filosofía se lo imputan al pensador griego Heráclito, término que generalmente es traducido por ‘razón’, es el que fundamentará todo lo existente, a partir de esta época, incluyendo el derecho. Así pues, si el derecho, después del siglo XVIII, quiere ser científico y no moral, teológico o metafísico, deberá fundarse exclusivamente en la razón pues esta es común a todos los hombres, mientras que la religión o las concepciones morales no lo son. Entonces, todo lo que no se explique por medio de la razón debe ser descartado, dejado de lado. Al hombre, después de la Ilustración y, como se dijo *supra* de la revolución francesa³, solo le queda acudir a la razón para fundamentar todo lo relacionado con su existencia. ¿Por qué? El significado que tiene para el mundo entero, o al menos occidental, el hecho de haber decapitado a un Rey

2 Aunque es necesario remarcar que el positivismo jurídico tiene sus orígenes en Inglaterra, con los pensadores J. Bentham y J. Austin, basados a su vez en T. Hobbes y este tomando algunas de sus concepciones de Guillermo de Ockham. Al respecto ver (Villey, 2009, pp. 559-618).

3 Tal es la afirmación que al respecto hace Jacques Bouveresse (2011) “[e]s verdaderamente una religión nueva la que se funda en 1789”, “Jeremy Bentham et la Révolution française”.

no es otro que cortar con cualquier aspecto mítico o metafísico, al menos en el ámbito político. Esto continuado con la laicización de los Estados, no le deja al hombre más posibilidad de acción que su razón. La intuición, el mito, los aspectos religiosos, se restringen entonces a la vida privada, pues en el ámbito público (estatal) lo que prima es la razón. (Horkheimer y Adorno, 1974, 24).

HK es consciente de esto. Propone estructurar lo que hasta el momento había de construcción positivista, lo hecho por la jurisprudencia de conceptos alemana, la escuela jurídica de la exégesis o escuela francesa y la jurisprudencia analítica de J. Austin, para elaborar una teoría del derecho a profundidad con el fin de crear una ciencia, no perfecta pero sí lo más acabada posible. El fruto de su trabajo se ve condensado en su obra cumbre: *Teoría pura del derecho*. La cual busca fundamentar, conceptualizar y estructurar la ciencia del derecho para que con ella se pueda analizar su objeto, el Derecho, con miras a realizar un estudio aislado de los factores anteriormente invocados como: la religión, la moral, la política, la historia y demás. De esta manera, HK pretende lograr su objetivo de purificar el objeto de la ciencia jurídica, construyendo una ciencia totalmente aislada de los demás fenómenos que la puedan manchar o ensuciar, cualquier alusión, verbi gratia, religiosa, no será otra cosa que un retroceso a las épocas del derecho natural o divino o una influencia política que no constituirá el intento de un grupo social de imponer su Derecho ante el otro o los otros.

B. La Teoría de HK sobre el control de constitucionalidad. Un parangón con la actuación de la Corte constitucional colombiana

En un escrito de los años veinte, después retomado en otro texto de 1931 al responderle a C. Schmitt (Kelsen, 1995), el profesor HK esboza su teoría del control de constitucionalidad, insistiendo en el hecho de que es necesaria la instauración de un órgano específicamente dedicado a ello. Para tal efecto, el autor da todos sus argumentos a favor de esta institución, la cual debe ser conformada por juristas del más alto nivel en el respectivo Estado, no siendo influenciada de manera política por ningún estamento, y, en lo posible, deben ser profesores universitarios, pues, “es la anulación del acto inconstitucional la que representa la garantía principal y la más eficaz de la Constitución.” (Kelsen, 1928, p. 221).

Así, este órgano independiente deberá encargarse de hacer respetar la Constitución dentro de los términos que esta misma establece. Para tal efecto se le dará el poder de anular actos legales, sacándolos así del ordenamiento jurídico y por lo tanto quitándoles su validez. Por esta razón, “[n]o es con el Parlamento mismo con quien se puede contar para realizar su subordinación a la Constitución. Es en un órgano diferente de él, independiente de él y por consiguiente también de toda autoridad estatal al que hay que encargar

la anulación de sus actos inconstitucionales – es decir de una jurisdicción o tribunal constitucional.” (Kelsen, 1928, p. 223).

Continuando en el mismo texto citado, HK adiciona que es importante excluir del órgano en mención a los miembros del gobierno o del parlamento, pues son los actos de aquéllos que este entrará a controlar. Además, propone la creación de una institución nueva que sería la del defensor de la Constitución quien actuaría ante el tribunal constitucional con total independencia del ejecutivo y del legislativo, algo así como la función que actualmente tiene en Colombia la Procuraduría General de la Nación. Finalmente, sostiene que debería abrirse la posibilidad de contestar la constitucionalidad de una ley a una minoría del Congreso, pues para HK la justicia constitucional debe servir, en las democracias parlamentarias, a la protección de las minorías (Kelsen, 1928).

Por otro lado, HK propone la consagración de una *actio popularis* la cual, es la garantía más fuerte para este nuevo modelo de justicia constitucional y de control de actos del Parlamento por parte de un Tribunal independiente. Para ello, el acto que sea considerado por este órgano como no conforme a la Constitución deberá ser directamente anulado por el mismo Tribunal, pues esto es necesario para garantizar una fuerte eficacia de la Constitución. Es menester entonces realizar un estudio de conformidad a las normas de nivel superior con el fin de declarar su conformidad o inconformidad, lo que en nuestro medio se denomina inexecutable. Este análisis debe portar tanto sobre el procedimiento como sobre el fondo de la ley o acto expedido por el Parlamento.

Finalmente, es de notar, que para HK los actos legales deben ser distinguidos de los actos constitucionales. Es decir, hay que diferenciar claramente las simples leyes de las que reforman la Constitución. Por consiguiente, tratándose de leyes constitucionales (actos legislativos) se debe instaurar, para su expedición, un procedimiento especial que contenga condiciones más difíciles de reunir que para expedir una ley corriente (ley ordinaria), pues a la Constitución se le debe asegurar la más grande estabilidad posible.

Hasta este punto, pareciera que el jurista austriaco no ha dicho nada nuevo o al menos diferente de lo que se conoce hoy en día, especialmente en América Latina, sobre el control de constitucionalidad. Empero, el *quid* del asunto está en la forma como este nuevo órgano debe realizar dicho control. En efecto, Kelsen es un partidario irrestricto de la razón como único fundamento, no solo del derecho y de la ciencia del derecho, sino también de todo actuar en la vida contemporánea. Después de que el hombre corta con cualquier relación hacia un aspecto metafísico, solo le queda como recurso su razón, aquella de la cual fue dotado, para fundamentar, justificar y explicar todos los fenómenos sociales y naturales. HK quiere dejar de lado todo aspecto político, filosófico, religioso, o moral que pueda interferir en la pura y simple utilización de la razón para fundamentar cualquier proceder humano. De ahí

nace toda su teoría, centrando al hombre como fundamento básico de todo lo existente, pues es la medida de todas las cosas, lo que su razón no pueda explicar, simplemente no existe o es una cuestión metafísica.

Lo anterior se ve reflejado en el control de un acto del parlamento, ya sea reforma constitucional o legal. En el momento en el que el juez se prepara a realizar el análisis de conformidad de una norma legal, o de reforma constitucional, con relación a la Constitución, este debe, para el efecto, basarse solamente en las posibles interpretaciones que le dé la razón pura. Esa es la clave del positivismo-normativista: tomar la norma como único fundamento de su justificación, pues el hombre civilizado y racional, se expresa para darle orden al mundo a través de leyes, que son producto de su razón, y por lo tanto, estando en un Estado laico, no debe dejar interferir cualquier consideración religiosa, política, filosófica o de otro tipo en el estudio de conformidad de una norma jurídica con la Constitución.

En este punto, es donde se presenta la discrepancia de lo propuesto por HK y lo realizado desde el año 1992 por la Corte constitucional colombiana. En efecto, un Tribunal activista, progresista y moralista como el que se tiene en Colombia, no estaba, ni pasaba por la mente de Kelsen. Pues, en palabras de él, lo que hace este tipo de tribunales, así como la mayoría de juristas progresistas y activistas es moralizar el derecho, cosa con la cual HK no estaba de acuerdo. Un tribunal que anule normas con fuerza de ley con relación a la Constitución y a lo que esta contiene, sea forma o fondo, era perfectamente compatible con la teoría de control de constitucionalidad propuesta por HK, pero un tribunal que anule normas, que condicione o module decisiones, fundado en principios morales acuñados al derecho, estaba por fuera de toda concepción kelseniana de lo que debería ser una jurisdicción constitucional.

Para HK, este nuevo órgano debería ser aquel que hiciera reinar la razón pura, mas no la razón unida a la moral o a la política; un tribunal constitucional. Para Kelsen, en términos simples, debería ser un templo del racionalismo puro donde se hiciera imperar la razón en el respectivo orden jurídico, a través de su disciplina fundamental, la lógica formal y aplicando su método: la teoría pura del derecho. Por consiguiente, la labor de este órgano residía principalmente en hacer un análisis lógico-formal de las normas en cuestión, a través de los diversos principios de esta disciplina, en especial, los de necesidad, razón suficiente, identidad, no contradicción y tercero excluido.

Habiendo abordado la propuesta del jurista austriaco sobre la forma de hacer control de constitucionalidad a través de la teoría positivista-normativista, es momento de hacer un análisis más profundo de ciertas decisiones de la Corte constitucional colombiana a la luz de la teoría presentada en la parte primera.

II. La Corte constitucional colombiana y el control de constitucionalidad

Antes de adentrarnos en el análisis de ciertas decisiones de constitucionalidad proferidas por la Corte constitucional de Colombia (B), es imperioso tratar ciertos aspectos concernientes a la forma y contenido de las decisiones del mencionado órgano (A).

A. Forma y contenido de las sentencias de constitucionalidad de la Corte constitucional colombiana

Cuando un lector toma una sentencia de la Corte constitucional colombiana para analizarla u ojearla, puede remarcar que casi ninguna de estas es menor a veinte páginas. Tomemos como ejemplo algunas de las decisiones de nuestro máximo Tribunal. Por un lado, la sentencia SU-047 de 1999, sobre un caso de inviolabilidad parlamentaria, la cual cuenta con doscientas ocho páginas⁴, así como la sentencia C-141 de 2010, cuyo tema es la segunda reelección presidencial, compuesta de quinientas treinta páginas aproximadamente, o más recientemente, la sentencia C-258 de 2013, sobre pensiones de los congresistas, cuya extensión es de doscientas ochenta y tres páginas. Esto, para una decisión de justicia se muestra algo desproporcionado y falto de mesura, pues, si se quiere hacer fallos comprensibles por la ciudadanía, a quien va dirigida el derecho, es incoherente con ese objetivo presentarle fallos de esta extensión a la sociedad. Los juristas podremos entender perfectamente las razones de una decisión y tomarnos el tiempo de leerla, aún más los académicos, pero el derecho no es solamente una cuestión de profesionales, también lo es del ciudadano de a pie, quien hace parte de la sociedad en la que se inscriben dichas decisiones.

Una gran parte del contenido del capítulo intitulado “Consideraciones de la Corte” o “Fundamentos de la Corte”, son referencias que bien podrían no hacer parte de la sentencia. Esto es, lo comúnmente denominado “*obiter dictum*” u “*obiter dicta*”, son en su mayoría, aserciones morales, políticas o filosóficas. Así, podemos encontrar una gran muestra en las sentencias tanto tipo C, como tipo T, de la Corte constitucional colombiana.

Por otro lado, respecto a la forma de citar tanto la doctrina como la jurisprudencia, no existe un criterio unificado, muy a pesar de lo que la mayoría de lectores de las sentencias de este órgano desearía encontrar. Es así que, no ha habido un acuerdo sobre el tipo de letra, el tamaño, las márgenes y las normas de citación a utilizar. Todo esto queda al arbitrio del Magistrado ponente, y aún, del Magistrado auxiliar, encontrando a veces, diferentes formas de sentencias proviniendo de un mismo Magistrado.

⁴ La extensión de las sentencias es la que aparece en la página web de la H. Corte constitucional, www.corteconstitucional.gov.co, al descargar el texto de la misma en formato .RTF que es el disponible.

Con respecto a las referencias de doctrina extranjera, este también es otro punto a replantear en las sentencias de la Corte. En muchas ocasiones podríamos hablar de un *esnobismo* jurídico, esto es, la creencia de que todo lo que esté sustentado y argumentado con doctrinantes de otros países será aceptado y deberá por lo tanto acatarse por la comunidad jurídica nacional porque es bueno en sí.

Como colofón de este acápite, consideramos que es necesario replantear la extensión, el uso de las normas de citación y las referencias a doctrina extranjera en la jurisprudencia de la Corte constitucional. En efecto, es menester unificar estos parámetros para que sean accesibles al lector, agradables a la vista y ante todo, acabar con el argumento de autoridad reinante en muchas de las decisiones de nuestra más alta Corte. Todos somos conscientes de que los ordenamientos jurídicos son de naturaleza diferente, podemos encontrar similitudes, pero lo que un Juez puede considerar idéntico, puede no serlo para otro. Por tanto, las referencias a sistemas y doctrinas extranjeras deben ser hechas con prudencia, pues un fallo judicial no logra su legitimación acudiendo a razones o argumentos foráneos, sino partiendo de las normas jurídicas en vigor, la jurisprudencia de nuestras altas cortes y las razones y elementos sociales.

B. Análisis sustancial de ciertas providencias de la Corte constitucional colombiana

Para comenzar este análisis, acudiremos a una de las primeras sentencias tipo T expedidas por la Corte en el año de 1992. Esta decisión, como muchas otras de estos primeros años, empieza a sentar una forma de fallar y una manera de concebir el derecho y las sentencias en sí. En un gran apartado dedicado a la doctrina y la historia, componente del obiter dictum del fallo, el Magistrado ponente afirma

“Estos cambios han producido en el derecho no solo una transformación cuantitativa debida al aumento de la creación jurídica, sino también un cambio cualitativo, debido al surgimiento de una nueva manera de interpretar el derecho, cuyo concepto clave puede ser resumido de la siguiente manera: **pérdida de la importancia sacramental del texto legal entendido como emanación de la voluntad popular y mayor preocupación por la justicia material y por el logro de soluciones que consulten la especificidad de los hechos.**”

Y más adelante agrega

“La complejidad del sistema, tanto en lo que se refiere a los hechos objeto de la regulación, como a la regulación misma, hace infructuosa la pretensión racionalista que consiste en prever todos los conflictos sociales posibles para luego asignar a cada uno de ellos la solución normativa correspondiente.

En el sistema jurídico del Estado social de derecho se acentúa de manera dramática el problema -planteado ya por Aristóteles- de la necesidad de adaptar, corregir, acondicionar la aplicación de la norma por medio de la intervención del juez. **Pero esta intervención no se manifiesta solo como el mecanismo necesario para solucionar una disfunción, sino también, y sobre todo, como un elemento indispensable para mejorar las condiciones de comunicación entre el derecho y la sociedad**, es decir, para favorecer el logro del valor justicia (de la comunicación entre derecho y realidad), así ello conlleve un detrimento de la seguridad jurídica.” (Corte constitucional, 1992). [Negrillas dentro del texto original].

Aquí podemos remarcar dos aspectos diferentes y a su vez importantes. De un lado, la invitación hecha por este máximo órgano, el cual empezaba a usar su autoridad y a consagrarse como la más alta Corte de nuestro país, a fallar de cualquier manera sin tener en cuenta la más mínima coherencia lógica de las sentencias, buscando una pretendida “justicia material”. Por otro lado, la extensión y la reflexión moral que hace el Magistrado en estos dos párrafos. En efecto, si eliminamos la referencia de la sentencia, cualquier lector podría muy bien concluir que este extracto es de un libro o bien de Sociología jurídica, o de Filosofía del derecho o de Derecho constitucional.

Como lo hizo la sentencia C-221 de 1994, es necesario distinguir, en nuestro ordenamiento jurídico, entre derecho y moral, pues estamos en un estado laico tal como lo prescribe el artículo 19 de la Constitución “[t]odas las confesiones religiosas e iglesias son igualmente libres ante la ley.”

En efecto, en un aparte del fallo citado, nuevamente extraído de la obiter dictum, nuestro Tribunal constitucional sostiene que:

“Más allá de las disputas de escuelas acerca de la naturaleza del derecho, puede afirmarse con certeza que lo que caracteriza a esa forma específica de control de la conducta humana es el tener como objeto de regulación el comportamiento interferido, esto es, las acciones de una persona en la medida en que injieren en la órbita de acción de otra u otras, se entrecruzan con ella, la interfieren. Mientras esto no ocurra, es la norma moral la que evalúa la conducta del sujeto actuante (incluyendo la conducta omisiva dentro de la categoría genérica de la acción). Por eso se dice, con toda propiedad, que mientras el derecho es *ad alterum*, la moral es *ab agenti* o, de otro modo, que mientras la norma jurídica es bilateral, la moral es unilateral. En lenguaje *hohfeldiano*, puede afirmarse que el precepto del derecho crea siempre una situación desventajosa correlativa a una situación ventajosa. En el caso concreto, cuyo análisis importa, un deber correlativo a un derecho. La moral no conoce esta modalidad reguladora. Las obligaciones que ella impone no crean en favor de nadie la facultad de exigir la conducta debida. En eso radica su unilateralidad. No en el hecho de que

no imponga deberes frente a otro, sino en la circunstancia que no confiere a este facultad de exigir.” (Corte constitucional, 1994)

Cerraremos este análisis con una teoría que viene imponiéndose en los últimos años al seno de la Corte mayoritaria, y es la teoría de la sustitución de la Constitución. En virtud de esta, la Constitución de 1991 contiene unos elementos estructurales o centrales, los cuales no pueden ser modificados toda vez que se estaría cambiando el tipo de Constitución por otra. Así, en la sentencia C-249 de 2012, nuestro máximo Tribunal constitucional declaró inexecutable un Acto reformativo de la Constitución (Acto legislativo No. 04 de 2011) por contener vicios de fondo o sustanciales. Los argumentos centrales fueron los siguientes:

“Como se ha venido exponiendo, existen en la Constitución colombiana una serie de principios estructurales que no pueden ser sustituidos, eliminados, remplazados o derogados so pretexto de la reforma. Del mismo modo la Corte ha establecido a lo largo de la jurisprudencia sobre la inconstitucionalidad por sustitución que dichos principios son intrínsecos, es decir, que no son principios materiales, ni tampoco deben ser entendidos como cláusulas de intangibilidad o elementos materiales insustituibles.” (Corte constitucional, 2012).

La anterior interpretación del artículo 241 constitucional, que versa sobre las competencias de la Corte, deja algunas reflexiones por hacer. En efecto, si acudimos a lo que en la doctrina de HK se denomina un “cálculo de defectos”⁵, podremos considerar que dentro de las interpretaciones posibles de esta norma jurídica parece estar la extraída por la Corte. Por consiguiente, si bien, en materia de interpretación, “siempre ha de quedar un grado más o menos amplio de libre apreciación” (Kelsen, 1941, p. 127), no se puede hacer decir cualquier cosa a una regla jurídica, así, en el caso que nos ocupa, se podría hablar de una ruptura de la cadena de producción normativa, tal como lo denomina la Escuela positivista-normativista de la cual HK forma parte.

Como corolario de lo anterior, se impone afirmar que la Corte constitucional y los parámetros consagrados por HK en su texto de 1928, difieren en muchos aspectos de la Corte constitucional colombiana. Empero, el presente texto no pugna por una asimilación y aplicación irrestricta en Colombia de lo dicho por HK, pues estaríamos en contra de lo sostenido en este texto. Más bien, pretendemos desvirtuar algunas afirmaciones de jueces y doctrinantes patrios que arguyen la similitud entre lo creado por el jurista austriaco y lo creado por el constituyente colombiano de 1991 y los primeros Magistrados de dicha Corte.

5 El “cálculo de defectos” consiste en estudiar una decisión para determinar si esta se adecúa dentro de las posibles interpretaciones de la norma jurídica. Es decir, si el juez concretizó la norma jurídica superior en una inferior, por lo tanto respetó la cadena de creación normativa, o si por el contrario, rompió dicha cadena de producción de normas y generó una revolución jurídica.

Con este escrito se busca impulsar una reflexión académica sobre la forma de las decisiones de nuestra Corte constitucional, no a manera de crítica sino de aleccionamiento para mejorar el modo de fallar y de nombrar las fuentes utilizadas por los Magistrados en la expedición de sus fallos. Quizá este esfuerzo se vea reflejado en un cambio al interior de la Corte misma, y podamos ver, en un tiempo no muy lejano, sentencias de una extensión no mayor a treinta páginas, y con un estilo unificado y agradable a los ojos del lector.

Referencias

- Bouveresse J. (2011). “Jeremy Bentham et la Révolution française”, en Bentham juriste. Bozzo-Rey M. y Tusseau G. (dirs.). París: Económica.
- Cohen H. (1914). Logik des reinen Erkenntnis. Berlín: Cassirer.
- Constitución. (2014). Artículo 19. Disponible en http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html
- Corte constitucional. (1992). Sentencia T-406.
- Corte constitucional. (1994) Sentencia C-221.
- Corte constitucional. (1999). Sentencia SU-049.
- Corte constitucional. (2005). Sentencia C-1040.
- Corte constitucional. (2010). Sentencia C-141.
- Corte constitucional. (2012). Sentencia C-249.
- Kant I. (1900). Kritik des reinen Vernunft. Berlin: Deutsche Bibliothek Verlagsgefellschaft.
- Kelsen H. (1928) “La Garantie juridictionnelle de la Constitution”, en RDP No. 45. París.
- Kelsen H. (1941). Teoría pura del derecho. (Trad. Jorge Tejerina). Buenos Aires: Losada.
- Kelsen H. (1995). ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución? Trad. Roberto J. Brie. Madrid: Tecnos. [Wer soll der Hüter der Verfassung sein? (1931)].
- Horkheimer M. y Adorno T. W. (1974). La Dialectique de la Raison. Fragments philosophiques. (Trad. Eliane Kaufholz) París: Gallimard [1944].
- Perrin J. F. (1987). “Un Inédit Kelsen concernant ses sources kantiennees”, en Droit et société. N° 7. París. Pp. 319-29. Disponible en: <http://www.reds.msh-París.fr/publications/revue/html/ds007/ds007-00.htm>
- Villey M. (2009). La Formation de la pensée juridique moderne. París: P.U.F.