

36

SERIE  
DOCUMENTOS DE TRABAJO  
DEPARTAMENTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

**La Independencia de la  
Corte Constitucional de  
Colombia y la Acción Pública  
de Constitucionalidad**

Jorge Ernesto Roa Roa

---

## **SERIE DOCUMENTOS DE TRABAJO**

El Departamento de Derecho Constitucional es una de las unidades académicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Sus documentos de trabajo dan a conocer los resultados de los proyectos de investigación del Departamento, así como las ideas de sus docentes y de los profesores y estudiantes invitados. Esta serie reúne trabajos de cinco importantes áreas del conocimiento: el derecho constitucional, el derecho internacional, la sociología jurídica, la teoría y filosofía jurídica,

Las opiniones y juicios de los autores de esta serie no son necesariamente compartidos por el Departamento o la Universidad.

Los documentos de trabajo están disponibles en [www.icrp.uexternado.edu.co/](http://www.icrp.uexternado.edu.co/)

Serie *Documentos de Trabajo*, n.º 36  
***La Independencia de la Corte Constitucional de Colombia  
y la Acción Pública de Constitucionalidad***  
Jorge Ernesto Roa Roa

Este documento puede descargarse de la página web del departamento solo para efecto de investigación y para uso personal. Su reproducción para fines diferentes, bien sea de forma impresa o electrónica, requiere del consentimiento del autor y la editora. La reproducción de los documentos en otros medios impresos y/o electrónicos debe incluir un reconocimiento de la autoría del trabajo y de su publicación inicial.

Los autores conservan los derechos de autor. La publicación de este texto se hace bajo los parámetros del *Creative Commons Attribution*. El autor del documento debe informar al Departamento de Derecho Constitucional si el texto es publicado por otro medio y debe asumir la responsabilidad por las obligaciones consecuentes.

Para efectos de citación, debe hacerse referencia al nombre completo del autor, el título del artículo y de la serie, el año, el nombre de la editora y la editorial.

© 2015, Departamento de Derecho Constitucional,  
Universidad Externado de Colombia.  
Paola Andrea Acosta, Editora  
Calle 12 n.º 1-17 Este, Of. A-306. Bogotá, Colombia  
[www.icrp.uexternado.edu.co/](http://www.icrp.uexternado.edu.co/)

---

# Presentación

Los *Documentos de Trabajo* son un espacio para la reflexión y el debate. A diferencia de otros formatos, esta serie ofrece un palco para los trabajos inacabados, para la discusión de las ideas en formación y el perfeccionamiento de los procesos de investigación. Se trata pues, de textos que salen a la luz para ser enriquecidos con la crítica y el debate antes de pasar por el tamiz editorial.

En esta colección se sumarán cinco grandes áreas del conocimiento: el derecho constitucional, el derecho internacional, la sociológica jurídica, la teoría y filosofía del derecho. Además, de poner a prueba nuestras ideas, el cometido principal de esta publicación es aportar a los debates actuales, tanto aquellos que se viven en la academia como los que resultan de la cada vez más compleja realidad nacional e internacional.

Esta publicación está abierta a todos los miembros de nuestra Casa de Estudios, profesores y estudiantes, así como a quienes nos visitan. Esperamos contar con el aporte de todos aquellos interesados en la construcción de academia.

MAGDALENA CORREA HENAO  
*Directora del Departamento  
de Derecho Constitucional*

PAOLA ANDREA ACOSTA A.  
*Editora*

# La Independencia de la Corte Constitucional de Colombia y la Acción Pública de Constitucionalidad\*\*

## INTRODUCCIÓN

La Corte Constitucional de Colombia es uno de los tribunales constitucionales de América Latina que mayor interés suscita entre quienes en Colombia y en el mundo se dedican al estudio de la justicia constitucional comparada. Algunas de sus decisiones hacen parte esencial de cursos sobre el papel del juez constitucional en la democracia, el uso de sentencias con efectos estructurales y la protección judicial de los derechos económicos y sociales<sup>1</sup>. Sin embargo, la atención sobre el contenido de la jurisprudencia constitucional colombiana contrasta con los escasos estudios sobre aspectos intrínsecos a la propia Corte: la razonabilidad del diseño de los procedimientos, la sostenibilidad del sistema automático de revisión de tutela, el grado de deliberación o la independencia de los magistrados y de la Corte como institución judicial.

En ese contexto, el propósito de este capítulo es esbozar unas notas introductorias a un análisis sobre el grado de independencia de la Corte Constitucional de Colombia. El estudio carece de pretensiones holísticas

\*Abogado de la Universidad Externado de Colombia. Máster en Gobernanza y Derechos Humanos de la Universidad Autónoma de Madrid. Máster en Ciencias Jurídicas Avanzadas de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona. Estudiante del Doctorado en Derecho de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona. Docente e investigador del departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia. Contacto: [jorge.roa@uexternado.edu.co](mailto:jorge.roa@uexternado.edu.co)

\*\* Algunas de estas ideas fueron presentadas y discutidas en el seminario sobre Independencia Judicial y Estatuto del Juez organizado por la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona y la Universidad Carlos III de Madrid (2014). Agradezco a MARIBEL GONZÁLEZ PASCUAL por su invitación al seminario y a los profesores ALEJANDRO SAIZ ARNAIZ y VÍCTOR FERRERES COMELLA por animarme a formalizar mi intervención en un texto la discusión académica.

1. Me refiero a las Sentencias T-025 de 2004 y T-760 de 2008. En el caso de la primera, también al conjunto de Autos de seguimiento que ha emitido la Corte Constitucional de Colombia para evaluar los avances generales y sectoriales de la política pública de atención a la población en situación de desplazamiento.

y se concentra en un conjunto básico de elementos que permitan desarrollar una posterior investigación de mayor comprensión. En concreto, en el capítulo se analiza un concepto marco de independencia judicial, que sirva de referencia para establecer las posibles conexiones entre la existencia de una acción pública de constitucionalidad -que confiere acceso directo de los ciudadanos al control de constitucionalidad- y el aumento o disminución del grado de independencia del tribunal constitucional.

En términos generales, en el capítulo se defiende la tesis según la cual, la existencia de un mecanismo de acceso directo a la revisión judicial de las leyes como la acción pública de constitucionalidad, provee algunos elementos que contribuyen al aumento de la independencia de la Corte Constitucional. Para demostrar esa conexión, se enuncian diez argumentos a favor de la tesis central y se concluye con una visión crítica sobre aspectos que podrían poner en cuestión el núcleo de la relación entre el acceso directo al control de constitucionalidad y la independencia judicial.

#### 1. EL CONCEPTO DE INDEPENDENCIA JUDICIAL

La expresión independencia judicial adolece de vaguedad por gradiente. Esto quiere decir que no se puede dar una respuesta definitiva a la cuestión de si un tribunal determinado es independiente o no. Por el contrario, solo se puede hacer referencia a un conjunto de factores procesales, institucionales y personales que contribuyen a especificar un grado mayor o menor de independencia, según se cumplan con tales estándares. Por supuesto, habrá casos extremos que permitan hablar con claridad de falta de independencia pero, incluso en tales supuestos, la referencia a los factores de determinación del grado de independencia resulta inevitable<sup>2</sup>.

Aún más importante que la anterior advertencia es la siguiente: en este texto se asumirá un concepto de independencia gradual particular, dentro del cual no se propone el máximo grado de independencia de la judicatura sino un nivel adecuado de independencia o -como la denomina O. FISS- un grado correcto de independencia en una democracia<sup>3</sup>. Lo anterior no niega la idea de que la independencia judicial sea un derecho absoluto que no admite excepciones, sino que hace referencia a que el contenido de tal derecho no exige -como podría parecer- niveles absolutos de aislamiento de los integrantes del poder judicial.

2. Como se enuncia en otros capítulos de esta obra, esos factores son de distinto tipo. A título enunciativo: sistema de nombramiento de los jueces, carrera judicial, salario de los miembros de la judicatura, régimen disciplinario, responsabilidad por el error judicial, formación inicial y continuada y escuela judicial. También tienen que ver con el diseño del sistema jurídico: sistema de precedentes, fuerza vinculante de la jurisprudencia, derecho codificado o pretoriano, entre otros.

3. FISS, OWEN. El derecho como razón pública. Colección Filosofía y Derecho. Traducción de Esteban Restrepo Saldarriaga. Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 89-96.

Bajo esta idea altamente indeterminada se quiere expresar algo mucho más profundo y concreto. La independencia judicial no tiene su eje exclusivo en un conjunto de protecciones que aíslan al juez de determinados actores, intereses o grupos de poder. Por el contrario y paradójicamente, la independencia también requiere un cierto nivel de contacto o interrelación del juez con determinados órganos públicos y con la sociedad civil. Vale decir, la independencia judicial depende de un adecuado equilibrio entre los mecanismos procesales, institucionales y personales que protegen al juez y aquellos que le obligan a responder públicamente por sus decisiones<sup>4</sup>.

## 2. EL GRADO DE INDEPENDENCIA QUE QUISO EL CONSTITUYENTE DE 1991 PARA LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

La decisión de crear una judicatura independiente y, en buena medida, el grado de esa independencia son decisiones de carácter político. Por esa razón, resulta necesario examinar qué grado de independencia quiso el constituyente de 1991 para la Corte Constitucional de Colombia.

La primera determinación del constituyente fue apartarse del modelo *kelseniano* de tribunal constitucional como órgano autónomo. La nueva Corte Constitucional surgió como uno de los cuatro altos tribunales que forman parte de la rama judicial del poder público, junto a la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y el Consejo Superior de la Judicatura. De manera que una visión formal de la independencia de la Corte Constitucional de Colombia, debe empezar por la cuestión de que ese tribunal se encuentra ubicado dentro del poder judicial y no es una institución ajena a la triada legislativo, ejecutivo y judicial.

Por otra parte, el momento político y las circunstancias que rodearon a la Asamblea Constituyente de 1991 fueron determinantes para que se optara por una Corte Constitucional con un alto nivel de independencia. Para demostrar que el proceso constituyente tuvo fuertes incentivos para dotar de independencia a la Corte Constitucional se utilizará el marco que ofrecen las teorías del aseguramiento, el precompromiso y el Estado de Derecho.

La primera teoría (aseguramiento) ha sido formulada por T. GINSBURG, quien sostiene que en los procesos constituyentes realizados en medio de contextos políticos plurales o, por lo menos, en los que no existe un partido único dominante, los constituyentes que representan a los partidos políticos tienen fuertes incentivos para crear una Corte Constitucional altamente independiente<sup>5</sup>.

4. MACDONALD, RODERICK y KONG, HOI. *Judicial independence as a Constitutional Virtue*. ROSENFELD, MICHEL y SAJÓ, ADRÁS (eds). *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 838.

5. GINSBURG, TOM. *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases*. Cambridge University Press, Cambridge, 2003, pp. 22-26.

El núcleo del incentivo al que se refiere la teoría del aseguramiento radica en la incertidumbre sobre la titularidad venidera del poder ejecutivo y legislativo. Ante la imposibilidad de prever con exactitud el futuro político, los constituyentes optan por proteger aquellos aspectos de sus programas que se han convertido en texto constitucional. Para cumplir con ese objetivo, crean una institución que ofrezca una garantía o seguro para la eficacia de esas disposiciones en contra de los avatares propios de la alternancia en el poder<sup>6</sup>.

A *contrario sensu*, GINSBURG sostiene que en contextos políticos de partido único o de partido mayoritario, existen pocos incentivos para que los propios constituyentes impongan barreras a su futura acción de gobierno mediante un órgano independiente. En estos escenarios, la experiencia demuestra que la tendencia es a crear órganos aparentemente independientes que se ponen al servicio de las propias políticas del partido mayoritario. Adicionalmente, los tribunales se convierten en instrumentos de control social y su independencia se reduce al mínimo necesario para ofrecer la apariencia de estabilidad que los mercados y la inversión extranjera necesitan<sup>7</sup>.

Desde el punto de vista de la segunda teoría (precompromiso), se afirma que existen ciertos momentos excepcionales en los cuales los diferentes partidos, movimientos y sectores políticos de la sociedad, alcanzan niveles de acuerdo que son extraños a la dinámica política cotidiana de ese contexto. Estos pactos son propios de escenarios de transición de la dictadura a la democracia o del conflicto armado a la paz. El rasgo principal de estas coyunturas es la conciencia colectiva sobre la fragilidad del consenso y la posibilidad de que en el futuro una fuerza política pretenda obtener, por medio de la legislación ordinaria, aquellas reivindicaciones que tuvo que ceder durante el proceso constituyente.

6. "Consider two extreme constitutional scenarios. Where a single party believes it is likely to hold on to political power, it has little incentive to set up a neutral arbiter to resolve disputes about constitutional meaning. It would rather retain the flexibility to dictate outcomes without constitutional constraint. Flexibility allows policy change and maximum exercise of power. The absence of independent judicial review institutions under authoritarian constitutions reflects this desire to maintain the exclusive role of constitutional interpretation". GINSBURG, TOM. *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases*. Cambridge University Press, Cambridge, 2003, p. 24.

7. "By contrast, where many political forces are vying for power, no party can have confidence that it is likely to continue to win future elections. A constitutional design allowing unlimited flexibility for electoral winners, as in the model of parliamentary sovereignty, is much less attractive in a politically diffused setting than in a setting wherein a single party holds sway. While prospective governing parties would like flexibility, prospective opposition parties value limited government. Opposition parties want to minimize their maximum losses. They also value an alternative forum in which to challenge the policies of the majority, because they do not expect to win in the legislature. When the designers' party cannot count on reelection and may end up an opposition party, it will prefer a judicial forum in which to challenge its newly empowered political adversaries". GINSBURG, TOM. *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases*. Cambridge University Press, Cambridge, 2003, p. 24.

Ante esa desconfianza y el dilema del prisionero que esta situación representa, los propios constituyentes deciden establecer un tribunal independiente que ate la legislación futura a los términos marco del precompromiso<sup>8</sup>.

Finalmente, desde la tercera explicación de las razones para la independencia judicial en momentos constituyentes (Estado de Derecho) se pone el énfasis en la necesidad de construir un sistema fuerte de protección de los derechos de propiedad, garantías de cumplimiento para los contratos y seguridad jurídica para la inversión extranjera.

Sin duda, los tres factores mencionados concurrieron en el proceso constituyente de 1991. Como ha sido destacado por varios autores, la Asamblea se produjo en medio de un ambiente plural, incluyó la participación política de miembros de organizaciones que dos años atrás eran consideradas ilegales, de los pueblos indígenas, de las minorías políticas y, por supuesto, de los dos grandes partidos mayoritarios y con una tradición bicentenaria de disputa por el poder<sup>9</sup>.

Por otra parte, si bien la Asamblea no respondió a un escenario de transición de la dictadura a la democracia o de un conflicto armado a la paz, estuvo precedida por la desmovilización de un grupo armado (M19) y por un fuerte movimiento social que reclamaba la modernización social y política del país (séptima papeleta), en especial, una mayor apertura respecto del bipartidismo de los siglos XIX y XX.

Por otra parte, es innegable que en 1991 se constitucionalizaron en el ordenamiento colombiano los pilares de un sistema económico neoliberal que habían sido establecidos en el consenso de Washington de 1985. Dentro de esos postulados, resultaban centrales los elementos que fueron señalados como parte de la teoría del Estado de Derecho y que fungieron como estímulos para la independencia judicial: seguridad jurídica para la inversión extranjera, tribunales más o menos independientes y garantías para los derechos de propiedad.

Sin duda, la conjunción de todos los factores anteriores contribuyó a que en el nuevo texto constitucional se estableciera un tribunal constitucional especializado, independiente y con amplias competencias de control judicial de la ley y de protección de los derechos fundamentales.

No obstante, desde esta propia visión formal es inevitable señalar algunos aspectos que ponen en peligro la independencia de la Corte Constitucional de Colombia. En primer lugar, por el propio diseño de la elección de los ma-

8. Sobre las razones para que la sociedad establezca ciertos elementos sustanciales y procesales como precompromisos: ELSTER, JON. *Ulysses Unbound. Studies in Rationality, Precommitment, and Constraints*. Cambridge University Press, 2000, pp. 1- 87.

9. CEPEDA, MANUEL JOSÉ. *¿Cómo se hizo la Asamblea Constituyente?. Introducción a la Constitución de 1991*, Presidencia de la República, Bogotá, 1993.

gistrados de la Corte Constitucional de Colombia, el tribunal es permeable a la influencia del poder ejecutivo, legislativo y del mismo poder judicial.

En efecto, el nombramiento de los magistrados de la Corte se hace mediante dos pasos: la elaboración de las ternas y la votación por parte del Senado. Los nueve magistrados de la Corte Constitucional son elegidos de ternas elaboradas por el Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, a razón de tres miembros por cada uno. Las ternas son enviadas al Senado de la República para que elija por mayoría simple a uno de los integrantes de cada terna<sup>10</sup>.

Detrás de este sistema está la idea de que el nominador tiene una amplia discrecionalidad para elegir los candidatos, pero se enfrenta a la incertidumbre de la elección que hará el Senado por uno de los tres integrantes de la triada. Por su parte, al Senado le son impuestos tres candidatos concretos, pero tiene total libertad para determinar la elección final.

Sin embargo, no se puede desconocer que esta división no se cumple plenamente en los casos de los ternados por el Presidente de la República y solo se cumple parcialmente en los casos de los ternados por la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado. En efecto, en el contexto de un sistema presidencialista fuerte, resulta difícil que un candidato obtenga la mayoría en el Senado sin el apoyo o, al menos, sin la oposición del gobierno.

Además de este contacto con las otras tres ramas del poder público y de la distorsión del sistema de elección en dos pasos, las preocupaciones sobre la independencia de la Corte Constitucional recaen sobre aspectos clásicos como el periodo de los magistrados, su origen profesional y la posibilidad de condicionar sus opiniones dentro del tribunal mediante presiones indebidas sobre su futuro laboral. Así lo expresó la Relatora de la Organización de las Naciones Unidas para la independencia de los jueces y abogados después de su visita a Colombia en el año 2009:

“19. Los magistrados de las Altas Cortes son nombrados por un periodo de ocho años, que es corto y puede poner en riesgo la independencia del Poder Judicial porque muchas veces los Magistrados, que al terminar su periodo todavía están en edad de trabajar, deben volver a buscar un empleo en el mercado de trabajo, en el que el primer empleador es el Estado”<sup>11</sup>.

En consecuencia con su diagnóstico, la Relatora formuló una serie de recomendaciones que después de cinco años no han sido acogidas y cuya importancia justifica citarlas expresamente: “vi) Debe estudiarse la ampliación del

10. *Vid.* Constitución Política de Colombia. Artículo 239.

11. Organización de las Naciones Unidas. Asamblea General. Informe de la Relatora Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, Sra. GABRIELA CARINA KNAUL DE ALBUQUERQUE E SILVA. Adición: Misión a Colombia. 15 de abril de 2010. A/HRC/14/26/Add.2

período del mandato de los Magistrados de las Altas Cortes (...) vii) Debe promoverse el acceso a las Altas Cortes de los Magistrados de segunda instancia y de profesores universitarios”.<sup>12</sup>

Con este marco formal sobre la independencia de la Corte Constitucional de Colombia, se puede avanzar a la segunda parte de este capítulo para profundizar en las razones que juegan a favor de la conexión entre la acción pública de constitucionalidad y la independencia judicial. En concreto, en la segunda parte se pretende demostrar que la acción pública de constitucionalidad colombiana cumple con el postulado general, de acuerdo con el cual, la existencia de un sistema accesible de control de constitucionalidad es un factor determinante a favor de un mayor grado de independencia judicial.

### 3. LAS VENTAJAS PARA LA INDEPENDENCIA JUDICIAL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA POR LA EXISTENCIA DE LA ACCIÓN PÚBLICA DE CONSTITUCIONALIDAD

A continuación se enuncian diez tesis a favor de un valor instrumental de la acción pública de constitucionalidad como un mecanismo adecuado para aumentar el grado de independencia de la Corte Constitucional de Colombia. Se ha preferido prescindir de una clasificación a favor de las relaciones que el propio lector establezca entre cada uno de los argumentos.

#### *3.1. Contacto con los intereses ciudadanos y determinación pública de la agenda de la Corte Constitucional*<sup>13</sup>.

El primer argumento que se puede esgrimir a favor de una conexión entre la acción pública de constitucionalidad y un mayor grado de independencia judicial es que el primer instrumento asegura el contacto del juez constitucional con los intereses ciudadanos, con el contexto social de sus decisiones y con los efectos del juicio de constitucionalidad sobre la vida de las personas<sup>14</sup>.

Se trata de un nivel adecuado y conveniente de contacto porque se desarrolla mediante un mecanismo institucionalizado, de conocimiento público y accesible a todos los ciudadanos. En consecuencia, se diferencia de otras

12. Organización de las Naciones Unidas. Asamblea General. Informe de la Relatora Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, Sra. GABRIELA CARINA KNAUL DE ALBUQUERQUE E SILVA. Adición: Misión a Colombia. 15 de abril de 2010. A/HRC/14/26/Add.2

13. En este texto se presenta una versión sumaria de los argumentos que el autor presenta en su memoria de tesis doctoral sobre la relación entre independencia judicial y acceso directo de los ciudadanos al control de constitucionalidad.

14. Sobre la importancia de un adecuado nivel de contacto del juez con los intereses ciudadanos y las consecuencias de sus decisiones, se puede consultar: MACDONALD, RODERICK y KONG, HOI. *Judicial independence as a Constitutional Virtue*. ROSENFELD, MICHEL y SAJÓ, ADRÁS (Eds). *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 843 y 844.

formas menos favorables de contacto entre el juez y los intereses de ciertos sectores de la ciudadanía como las prebendas o las reuniones privadas.

También se pone el énfasis en la idea de un nivel adecuado o correcto de contacto del juez con los ciudadanos porque se reconoce que un exceso en tal nivel de interrelación puede poner en cuestión la independencia de un tribunal. Como señala R. GARGARELLA: “Dado que una de las principales funciones de la magistratura debe ser la de proteger a las minorías frente a los eventuales desbordamientos o «apasionamientos» mayoritarios –se afirma–, debe garantizarse del modo más efectivo posible una suficiente separación entre la ciudadanía y la justicia”<sup>15</sup>.

El núcleo de este argumento a favor de la relación entre la acción pública de constitucionalidad y la independencia judicial es la idea de que la agenda del tribunal es impuesta directamente por la ciudadanía. No hay posibilidad de que la Corte Constitucional se muestre interesada por el control de constitucionalidad de una ley sin la existencia de un previo mandato legal que la faculte para revisarla (control automático) o una demanda de constitucionalidad.

Cualquier sector de la sociedad que pretenda la revisión de constitucionalidad de una ley puede prescindir de presionar a la Corte para que someta a control de constitucionalidad esa ley porque cada uno de los ciudadanos puede hacerlo por sí mismo, mediante una acción efectiva para que la Corte revise la conformidad de un determinado acto del legislador con la Constitución. En consecuencia, el primer argumento se presenta como una vía para evitar influencias indebidas sobre el tipo de leyes que llegan al control de la Corte Constitucional<sup>16</sup>.

### *3.2. El ciudadano como veedor de la imparcialidad de los magistrados*

En el argumento anterior se señaló que la existencia de la acción pública evita que existan presiones sobre la Corte Constitucional para que revise determinados actos normativos o mire hacia otro lado, frente a determinadas leyes cuya conformidad con los valores públicos de la Constitución puede ser discutible. No obstante, ese argumento era débil porque no evitaba que se ejercieran presiones al tribunal dentro del proceso de control de constitucio-

15. GARGARELLA, ROBERTO. La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial. Editorial Ariel, Barcelona, 1996, p. 250.

16. Se trata de una forma de evitar presiones por parte de sectores poderosos de la sociedad o de otros funcionarios públicos. Sobre el punto, ROBERTO GARGARELLA señala que existe dependencia política de un tribunal: “cuando los poderes políticos no nombran para los cargos judiciales a los miembros más idóneos, sino a funcionarios cercanos a ellos, o cuando a través de «llamadas telefónicas», conversaciones «informales», promesas de recompensas o de castigos, ejercen presión sobre la tarea judicial”. GARGARELLA, ROBERTO. La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial. Editorial Ariel, Barcelona, 1996, p. 249.

nalidad. Por esta razón, resulta necesario mostrar cómo un sistema de acceso directo también puede proteger el desarrollo del proceso de constitucionalidad.

De acuerdo con lo anterior, el segundo argumento sostiene que mediante la acción pública de constitucionalidad se confiere al ciudadano la función de veeduría del propio proceso constitucional. La lógica interna de la conexión es que los demandantes de una ley se encargan de develar los intereses corporativos, políticos, ideológicos o partidistas que estuvieron detrás de la aprobación de una ley contraria a la Constitución y que pueden tener interés en un determinado resultado del proceso de control de constitucionalidad.

Con independencia de que el demandante vaya a obtener un beneficio directo por el resultado del proceso de control de constitucionalidad, adquiere una posición que le incentiva a cuidar la transparencia del procedimiento. Por otra parte, no es extraño que frente a demandas temerarias, la propia ciudadanía se implique en el proceso de constitucionalidad, con el fin de que la Corte ratifique la conformidad de la ley demandada con la Constitución.

Adicionalmente, los escenarios deliberativos al interior del proceso de constitucionalidad (intervenciones ciudadanas y audiencias públicas), son un espacio invaluable para que los ciudadanos realicen un seguimiento al contenido de las deliberaciones y defiendan la integridad del proceso de constitucionalidad.

Esta posición del ciudadano frente a un proceso judicial de constitucionalidad es un fenómeno de alto interés para el derecho constitucional y para la ciencia política porque implica que los miembros del pacto político se apropian del control de constitucionalidad, no solamente como miembros de la comunidad política sino como demandantes, intervinientes o *amicus curiae*.

De esta manera, el segundo argumento es un complemento perfecto del primero porque uno contribuye a disminuir las presiones sobre el tipo de leyes que debe revisar la Corte Constitucional y, el otro, a garantizar que el procedimiento de revisión cuente con la veeduría ciudadana.

### *3.3. La cualificación de los argumentos de la demanda*

RODERICK MACDONALD y HOI KONG sostienen que una versión mínima aceptable del concepto de independencia judicial puede ser la siguiente:

“One might summarize the point by affirming that judges are independent when they decide by taking into account all relevant considerations, by not considering irrelevant considerations, by not acting to achieve an improper purpose, and by not acting to achieve a purely personal objective”<sup>17</sup>.

17. MACDONALD, RODERICK y KONG, HOI. *Judicial independence as a Constitutional Virtue*. ROSENFELD, MICHEL y SAJÓ, ADRÁS (Eds). *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 832.

Al margen de la capacidad de esta definición para englobar holísticamente el concepto de independencia judicial, se puede sostener que el proceso de acción pública de constitucionalidad contiene unas garantías específicas de independencia que se centran en la exigencia de que la demanda de constitucionalidad, las deliberaciones y el contenido de las sentencias se basen en argumentos de orden jurídico constitucional (argumentos pertinentes) y que no involucren afirmaciones generales, indeterminadas o de contenido político o económico que pueden reconducir fácilmente intereses contrarios a los valores públicos de la Constitución (argumentos específicos)<sup>18</sup>.

Cuando el campo argumentativo se reduce a los estrictos términos constitucionales, los actores que pueden amenazar la independencia de la Corte Constitucional saben que sus influencias son difíciles de canalizar mediante argumentos de constitucionalidad. Esta situación disuade algunos ataques o les obliga a hacer pública su posición en términos constitucionales.

Obligar a argumentar en términos de los valores públicos de la Constitución no es una exigencia de menor calado. No solo porque haga más difícil la introducción de intereses contrarios a esos propios valores, sino porque enfrenta a las diferentes visiones de la Constitución y a las lecturas interesadas de los diferentes sectores de la sociedad. Enmarcar el debate en este tipo de argumentos evita que se confiera más peso a consideraciones ajenas al lenguaje que debe mantener el tribunal.

Adicionalmente, la exigencia de pertinencia y especificidad de los argumentos de una demanda de constitucionalidad, funciona como un filtro idóneo para regular el número de casos que ingresan al tribunal. Si las demandas superan el baremo de admisión, todo el proceso y la sentencia tendrán mayor probabilidad de tomar en cuenta sólo las cuestiones relevantes desde el punto de vista constitucional, desechar las cuestiones irrelevantes y dificultarán que demandantes y jueces aprovechen el proceso de constitucionalidad para propósitos indebidos. Así, la cualificación de los argumentos de la demanda cumple con los requisitos de independencia judicial formulados por MACDONALD Y KONG.

### *3.4. La acción pública de constitucionalidad aumenta el grado de aislamiento político de un proceso de control de constitucionalidad*

La circunstancia de que los ciudadanos sean los demandantes y no determinados funcionarios públicos como el Presidente o las minorías parlamentarias, representa una transformación fundamental dentro del proceso de control de constitucionalidad de la ley. Cuando el proceso de constitucionalidad no tiene origen en el ejecutivo o en el propio legislador sino en una demanda

18. Por todas, se puede consultar: Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1052 de 2001.

ciudadana, se puede afirmar que la Corte está en condiciones de alcanzar un mínimo nivel de aislamiento político porque evita la influencia de las otras dos ramas del poder público, directamente interesadas en el resultado del proceso. O. Fiss se ha referido a este aspecto:

“Una tercera forma de independencia, conocida como aislamiento político, es particularmente compleja. En efecto, exige que la judicatura sea independiente frente a los órganos estatales de elección popular, y, particularmente, frente al ejecutivo y al legislativo. Aunque esta modalidad de independencia se confunde con el desprendimiento de las partes en los casos en que alguna de las ramas políticas sea parte en un proceso judicial, constituye una exigencia característica que abarca una amplia gama de circunstancias. Incluso cuando los litigantes son personas puramente privadas, se espera que el juez no esté sometido a las influencias o al control de las ramas políticas del Estado”<sup>19</sup>.

Por el contrario, en los casos en los que el demandante es el Presidente de la República, se puede afirmar que la Corte Constitucional se ubica en una posición intermedia entre los intereses del ejecutivo que impugna la ley y los del legislador que la ha aprobado. También, cuando los demandantes son los miembros del Congreso, existe un interés del legislativo en la preservación del acto aprobado con la mayoría de sus votos. La decisión final de la Corte implicará la prevalencia de uno de los dos intereses enfrentados, los cuales representan -al mismo tiempo- a las otras dos ramas del poder público. Es evidente que esta situación no se presenta cuando el proceso de constitucionalidad abre sus puertas a todos los ciudadanos.

Ahora bien, lo anterior no quiere decir que el legislador o el ejecutivo no tengan un interés en un resultado concreto de las demandas ciudadanas de constitucionalidad. Por supuesto, resulta previsible, *ceteris paribus*, que tanto el Presidente como los distintos partidos políticos que tienen presencia en el Congreso, se ubiquen respecto del proceso de control de constitucionalidad en una posición coherente con la que tuvieron frente a la aprobación de la ley.

Sin embargo, la diferencia entre los sistemas en los que la iniciativa para demandar una ley está reservada al Presidente o a los miembros del parlamento y los sistemas de acción pública, es que los primeros tienen un diseño que propicia inevitablemente que la Corte quede en medio de las otras dos ramas del poder público, mientras que en los sistemas de acción pública esta es una contingencia que depende de los distintos intereses políticos coyunturales.

Por su propio diseño, en los primeros sistemas el control de constitucionalidad es instrumentalizado directamente para provocar victorias políticas a favor del legislador o del ejecutivo; la Corte deja de controlar los abusos del

19. FISS, OWEN. El derecho como razón pública. Colección Filosofía y Derecho. Traducción de Esteban Restrepo Saldarriaga. Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 91.

ejecutivo o del legislador, para pasar a controlar los abusos de uno a petición del otro y viceversa. En consecuencia, en los diseños institucionales con acción pública de constitucionalidad, esta se convierte en un medio idóneo para lograr un grado correcto de aislamiento político de la Corte Constitucional porque evita que sea instrumentalizada por los miembros del legislativo o del ejecutivo que pueden acceder al control judicial de las leyes<sup>20</sup>.

### *3.5. La rigidez y el aumento de la fuerza vinculante de los precedentes contribuyen a aumentar la independencia del proceso de constitucionalidad en Colombia*

El sistema constitucional colombiano combina los siguientes elementos que refuerzan la independencia de la Corte Constitucional: la Corte es la última intérprete de la Constitución, la existencia de procedimientos agravados de reforma del texto constitucional, una creciente fuerza vinculante de los precedentes constitucionales y la prohibición expresa de respuestas legislativas<sup>21</sup>.

El último de los cuatro elementos implica que el legislador que pretenda contestar a una sentencia de constitucionalidad debe acudir a las reformas de la Constitución. Ante la imposibilidad de insistir en una decisión mayoritaria, mediante la reproducción de normas con contenidos semejantes a los de una ley declarada inconstitucional, el Congreso debe acudir a los actos legislativos, como una forma de modificar el parámetro de constitucionalidad y lograr que una decisión política rechazada por la vía legal adquiera validez constitucional.

Sin embargo, la Constitución de 1991 también previó que la acción pública de constitucionalidad procediera contra actos reformativos de la Constitución. De manera que el acto normativo con el cual el legislador pretenda contestar a una sentencia de la Corte Constitucional, también está sujeto a un control procedimental y competencial que puede realizar la Corte Constitucional por petición de un ciudadano.

El control por vicios de competencia y el juicio de sustitución que la Corte Constitucional ha implementado desde el año 2003 para controlar los actos reformativos de la Constitución, puede resultar problemático desde el punto de vista de su fundamentación y de la determinación de los elementos

20. La instrumentalización del control de constitucionalidad por parte de las minorías parlamentarias es una preocupación de la doctrina española. Por ejemplo, FRANCISCO RUBIO LLORENTE ha afirmado que el recurso de constitucionalidad se usa como una forma de prolongar el debate político en el juicio de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.

21. Vid. Constitución Política de Colombia. Artículo 243. Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional. Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución.

insustituibles de un texto constitucional sin cláusulas de intangibilidad<sup>22</sup>. Sin embargo, no cabe duda de que en el ámbito de la independencia judicial, el hecho de que mediante los procesos de acción pública de constitucionalidad la Corte Constitucional tenga la última palabra respecto del control judicial de la ley y de ciertas dimensiones de las reformas constitucionales, juega a favor de su independencia.

La circunstancia de que el tribunal tenga la última palabra, confiere la certeza de que el resultado final del proceso de constitucionalidad de una ley no puede ser evadido mediante otra ley. También, si el legislador decide modificar el parámetro de constitucionalidad, tal modificación cae bajo el control de la Corte por medio de la acción pública de constitucionalidad.

Por supuesto, ninguno de estos elementos puede ser eficaz sin la intervención oportuna del ciudadano. La Corte no puede controlar de oficio los actos reformativos de la Constitución y el ciudadano está sometido al término de caducidad de un año para interponer la acción pública de constitucionalidad contra una reforma constitucional. Adicionalmente, para que la Corte realice un control del acto legislativo con base en el juicio de sustitución, el ciudadano debe plantear en su demanda los elementos esenciales de ese juicio y proponer a la Corte la tesis de que el acto reformativo implica una sustitución de un elemento esencial de la Constitución.

En consecuencia, solo la intervención ciudadana, mediante una acción pública de constitucionalidad, permite que la Corte se consolide como el órgano con la última palabra y, en consecuencia, que su independencia se fortalezca ante la certeza de que sus decisiones serán definitivas y no pueden ser evadidas mediante reformas constitucionales elaboradas en respuesta a una sentencia de control judicial de la ley.

### *3.6. La doble vía entre la superación del legalismo y el fortalecimiento de la independencia de la Corte Constitucional*

Algunos autores han señalado que existen diferencias estructurales entre el *common law* y el *civil law* que hacen que los jueces sean intrínsecamente más o menos independientes de acuerdo con su pertenencia a uno de estos dos grandes sistemas jurídicos. Quienes sostienen la tesis anterior, se basan en el carácter codificado de las leyes, la forma de elección de los jueces o la posibilidad de ascender dentro de la carrera judicial, para arribar a conclusiones absolutamente contrarias. En efecto, con base en los mismos criterios, C. KOCH afirma que los jueces del *civil law* son más independientes que los

22. Algunos de esos problemas en: BERNAL PULIDO, CARLOS. *Unconstitutional constitutional amendments in the case study of Colombia: An analysis of the justification and meaning of the constitutional replacement doctrine*. Int J Constitutional Law (2013) 11 (2): 339-357.

jueces del *common law* y T. GINSBURG o N. GAROUPA afirman exactamente lo contrario<sup>23</sup>.

La anterior diferencia de posturas demuestra fácilmente la imposibilidad de hacer afirmaciones generales sobre la independencia judicial si solo se pone el énfasis en la pertenencia de los jueces a un sistema jurídico. Como se ha señalado anteriormente, la cuestión del grado de independencia judicial depende del análisis concreto de los diseños institucionales de un determinado ordenamiento jurídico; al margen de que tal análisis pueda ser conducido por criterios que pueden ser aplicados a todos los sistemas jurídicos.

Sin un propósito comparativo entre el *common law* y el *civil law*, se ha reconocido que los tribunales constitucionales que pertenecen a este último sistema han jugado un papel relevante en la superación de los modelos legalistas o formalistas. En concreto, el fenómeno se caracteriza por la aplicación de métodos de interpretación de la Constitución y de las leyes, cuyas consecuencias son una transformación en el sistema jurídico y una disminución del efecto restrictivo que tenía la tendencia codificadora sobre la independencia judicial.

La Corte Constitucional de Colombia es un buen ejemplo de esta transformación y del efecto de doble vía que esta conlleva. La jurisprudencia constitucional colombiana que se ha elaborado durante los últimos veinte años implicó el ingreso de este sistema jurídico al neoconstitucionalismo, la aplicación fuerte de la teoría de los derechos fundamentales de ROBERT ALEXY, su especial concepción de los principios, el principio de proporcionalidad y la ponderación. También ha habido una apertura a métodos de interpretación de origen norteamericano como el juicio de igualdad o la inexistencia de disposiciones constitucionales suicidas.

Al mismo tiempo, además de acabar definitivamente con los antecedentes de interpretación de la Constitución en los que se aplicaban los criterios clásicos de interpretación de la ley, permitió que la Corte alcanzara un mayor margen interpretativo, desarrollara un sistema de subreglas o normas adscritas y ampliara la noción del rol de un juez constitucional en la democracia.

Ese proceso ha tenido como resultado un aumento gradual de la independencia de la Corte Constitucional respecto de posiciones conservadoras que exigían una interpretación mínima de las promesas de la Constitución, la aplicación de mecanismos de auto-restricción o el control externo a las decisiones de la Corte. Adicionalmente, el acceso directo de los ciudadanos al control de constitucionalidad ha permitido que el tribunal tenga un contacto fuerte con las teorías modernas de la interpretación, ponga énfasis

23. Un resumen de las dos posiciones se puede consultar en: MACDONALD, RODERICK y KONG, Hoi. *Judicial independence as a Constitutional Virtue*. ROSENFELD, MICHEL y SAJÓ, ADRÁS (Eds). *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 851.

en consecuencias estructurales de sus decisiones y se implique en casos de omisiones legislativas de carácter relativo.

En este punto, no cabe duda de que el primer eslabón de la jurisprudencia constitucional son los ciudadanos y muchas de las grandes transformaciones del sistema hermenéutico de la Corte Constitucional de Colombia tienen origen en propuestas formuladas en demandas ciudadanas y acogidas por el pleno de la Corte. De esta manera, la apertura del control de constitucionalidad a los ciudadanos, permite un diálogo entre estos y el tribunal, en una conversación cualificada por los argumentos. Esta interacción tiene la ventaja adicional de que mantiene el carácter dinámico de la jurisprudencia y contribuye a su apertura a nuevas formas de interpretación de la Constitución que fortalecen la independencia del tribunal frente a las propuestas hermenéuticas textualistas u originalistas pretenden atar a la Corte a la inescrutable letra o voluntad los constituyentes.

### *3.7. Compensación del déficit de participación y control ciudadano en el proceso de elección de los magistrados*

La participación de los ciudadanos en el control de constitucionalidad –mediante la acción pública de constitucionalidad– compensa el déficit de participación de los mismos en el proceso de elección de los magistrados de la Corte Constitucional. Adicionalmente, permite conjurar los riesgos para su independencia, derivados de la exigencia de prebendas o la influencia en sus posiciones frente a un determinado caso como contraprestación al acto de elección.

Las garantías del proceso de acción pública confieren independencia al tribunal como institución pero resultan débiles o ineficaces cuando se trata de garantizar la independencia en el proceso de elección de los miembros de la Corte. El ciudadano es el gran ausente del proceso en dos pasos que se ha comentado previamente. Con independencia del tipo de procedimiento interno que desarrollen la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y el Presidente de la República para escoger a los integrantes de las ternas y del método para escuchar a los candidatos que aplique el Senado, el gran ausente es el ciudadano.

Con excepción de procesos débiles de control mediante la publicación de las hojas de vida y la fiscalización de la prensa, no existe un mecanismo institucional que permita a los ciudadanos participar directamente en la elección de los miembros de la Corte Constitucional.

Ante tal déficit de participación, una forma de equilibrar el sistema es el acceso directo de los ciudadanos al control de constitucionalidad. Bajo la misma idea de los dos pasos, el ciudadano estaría completamente aislado del proceso de elección de los miembros del tribunal pero tendría todo el poder para determinar el conjunto de normas que van a controlar los jueces elegidos.

Esta puede ser una forma parcial de compensar o equilibrar los cerrados procesos de elección con la apertura en el acceso al control de constitucionalidad.

El sistema de acceso directo de los ciudadanos al control de constitucionalidad, demuestra que no es necesario asumir un sistema de elección de los jueces de la Corte Constitucional por medio del voto ciudadano directo, para establecer algún mecanismo de rendición de cuentas o de control de la ciudadanía a la Corte Constitucional. No hace falta adoptar un sistema como el del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia para acercar a los jueces constitucionales con la ciudadanía.

Por el contrario, los mecanismos de designación de los magistrados de la Corte Constitucional que involucran a las otras dos ramas del poder público funcionan bien, aun cuando sean susceptibles de ser mejorados mediante procesos más meritocráticos y abiertos a la participación y control de la ciudadanía. Por esa razón, una garantía de independencia es mantener la fuerte presencia ciudadana en la determinación de las leyes que caerán bajo la competencia de la Corte Constitucional.

### *3.8. El traslado de la carga política del resultado del proceso de control de constitucionalidad a la ciudadanía*

En los casos de control de constitucionalidad que implican un alto grado de presión política sobre la Corte Constitucional, la circunstancia de que el control haya sido suscitado por los ciudadanos, contribuye a que el tribunal pueda trasladar una parte de esa presión a los demandantes. Lo anterior significa que la Corte usa el argumento de que la ciudadanía impone su agenda de control de constitucionalidad, para justificar el hecho de que se esté ocupando de tal o cual tema y bajo el prisma de unos determinados argumentos.

Por supuesto, esta ventaja no se cumple en los casos del control automático a proyectos de leyes estatutarias, leyes aprobatorias de tratados internacionales y convocatorias a referendos o asambleas constituyentes. Por el contrario, en los procesos de control que tienen origen en las objeciones por inconstitucionalidad que puede formular el Presidente en contra de un proyecto de ley, también se puede trasladar la presión política al Presidente que ha impedido la sanción de la ley porque en su criterio el acto normativo contraría la Constitución.

La posibilidad de distribuir la presión mediática, política o social sobre el resultado de un proceso de constitucionalidad y enfocarla en escenarios diferentes al de la propia Corte Constitucional, pone al tribunal en una mejor posición porque disminuye la posibilidad de que la Corte se haya involucrado en un determinado proceso de control de constitucionalidad por desavenencias políticas, por el deseo de invadir las competencias de otra rama del poder público o de poner fin al mandato de un funcionario público con un alto nivel de popularidad.

### *3.9. Factores culturales y sociales*

En conexión con el anterior argumento, se puede afirmar que el trabajo de la Corte Constitucional y su independencia también se han fortalecido debido al apoyo generalizado de la sociedad civil. Se trata de un factor no institucional pero relevante para la independencia judicial. En efecto, la larga tradición colombiana de amplio acceso al control de constitucionalidad ha generado una cultura de la revisión judicial de la ley que favorece la independencia de la Corte Constitucional.

R. UPRIMNY y C. BERNAL coinciden en el alto nivel de apoyo ciudadano hacia los tribunales constitucionales de la región y, especialmente, hacia la Corte Constitucional de Colombia<sup>24</sup>. Para estos dos autores, la ciudadanía reconoce la importancia de que la Corte actúe con independencia y rechaza los intentos de cooptación o de limitar al tribunal; incluso en casos polémicos como la protección de los derechos sociales o la prohibición de reelección del Presidente de la República. Como indica C. BERNAL:

“Debe señalarse que, para mal o para bien, esta función de control político ejercida por las cortes constitucionales cada día recibe un mayor respaldo, no únicamente en la opinión pública sino también en ciertos sectores de la academia. Las cortes constitucionales figuran entre los órganos con mayor legitimidad política entre los ciudadanos”<sup>25</sup>.

No obstante, el respaldo popular como una garantía de la independencia de los tribunales tiene una dimensión menos tranquilizadora que la descrita anteriormente. Esta nueva cara del apoyo popular tiene relación con el peso de ese respaldo en el razonamiento judicial, la probabilidad de perder tal soporte cuando se tomen decisiones contrarias a quienes sustentan al tribunal o los límites en la interacción del juez con la sociedad civil.

Es razonable que la Corte se fortalezca con el apoyo de la ciudadanía y que en casos altamente políticos traslade la presión a los ciudadanos demandantes. Sin embargo, el límite es la propia autonomía del tribunal que debe actuar bajo parámetros de constitucionalidad y no de popularidad. Como órgano democrático contramayoritario, debe fungir como garante de los derechos de las minorías. Al mismo tiempo, como escenario para que se escuchen las voces minoritarias dentro de la sociedad, debe fungir como garante de

24. UPRIMNY YEPES, RODRIGO. *The Constitutional Court and Control of Presidential Extraordinary Powers in Colombia*. GLOPPEN, SIRI; GARGARELLA, ROBERTO y SKAAR, ELIN (EDS.). *Democratization and the Judiciary*. Frank Cass Publishers, London, 2004, pp. 46-69.

25. BERNAL PULIDO, CARLOS. *Derechos Fundamentales, Juristocracia Constitucional e Hiperpresidencialismo en América Latina*. MARTÍN, ARNAUD (DIR.). *Justicia constitucional, derechos humanos y democracia en América Latina*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014, p. 45.

los principios básicos de la democracia y el respeto de la igual dignidad de todos los ciudadanos.

### *3.10. Un diseño institucional de equilibrio entre la independencia judicial y la rendición de cuentas*

L. KRAMER y J. FERREJOHN han puesto en evidencia un aspecto central del debate teórico sobre la organización del poder judicial: se discute entre dos tópicos contradictorios y entre dos objetivos excluyentes entre sí. De una parte, se busca el mejor diseño institucional que garantice un poder judicial independiente con la capacidad para proteger la eficacia de la Constitución y el respeto de los derechos ciudadanos. Por otra parte, dentro de un sistema democrático, se quiere el mejor diseño institucional para obtener un poder judicial limitado que pueda ser controlado por los demás poderes públicos<sup>26</sup>.

El diseño de acceso directo de los ciudadanos al control de constitucionalidad puede ser un buen punto medio entre un grado adecuado de independencia judicial y la necesidad de que exista un grado adecuado de control ciudadano de las acciones de los poderes públicos.

Como los propios autores citados señalan, la independencia y la rendición de cuentas no son fines en sí mismos, sino instrumentos para la construcción de un sistema de justicia que funcione bien. Este último objetivo requiere que uno o los dos medios cedan en su grado de desarrollo, es decir, ambos operan como los mandatos de optimización de ALEXEY: deben ser desarrollados en el mayor grado posible dentro de las posibilidades que marca el principio contrario<sup>27</sup>.

Si se aplica la regla de acuerdo con la cual debe existir tanta independencia judicial como sea posible dentro de un sistema de rendición de cuentas y tanta rendición de cuentas como sea posible en el marco de una judicatura independiente; la acción pública de constitucionalidad puede ser un factor determinante para evitar la mutua exclusión entre los dos valiosos objetivos que constituyen la moral de aspiración de los modernos sistemas de justicia.

#### 4. AMENAZAS PARA LA INDEPENDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

La existencia de un alto grado de independencia originaria de la Corte Constitucional de Colombia y las contribuciones que a su fortalecimiento puede conllevar la existencia de una acción pública de constitucionalidad,

26. FERREJOHN, JOHN y KRAMER, LARRY. *Independent Judges, Dependent Judiciary: Institutionalizing Judicial Restraint*. New York University Law Review, vol. 77, núm. 4, 2002, pp. 962-1039.

27. FERREJOHN, JOHN y KRAMER, LARRY. *Independent Judges, Dependent Judiciary: Institutionalizing Judicial Restraint*. New York University Law Review, vol. 77, núm. 4, 2002, pp. 964.

no son óbice para que el tribunal se vea afectado por un conjunto de amenazas a su independencia. En este apartado se resumirán tres riesgos para la independencia de la justicia constitucional. El primero hace referencia a dos peligros comunes a todos los estados de América Latina y los dos últimos se concentran en los trances que implica el acceso directo de los ciudadanos al control de constitucionalidad.

#### *4.1. Los riesgos para los jueces constitucionales en los procesos de consolidación de la democracia en América Latina y los límites a los remedios judiciales con base en el costo de los derechos*

Una amenaza general para la independencia judicial de los tribunales constitucionales de toda América Latina y, por supuesto, de la Corte Constitucional de Colombia radica en el especial rol que cumplen en los procesos de consolidación de la democracia regional en contextos de excesivo presidencialismo.

De acuerdo con A. MARTÍN, a pesar de que la justicia constitucional en América Latina afronta problemas de fundamentación democrática, es fuertemente criticada por un alto nivel de activismo y por invadir espacios de competencias de los otros poderes del Estado con algunas de sus decisiones, los peligros más graves para su independencia no derivan de estas objeciones.

De acuerdo con este autor, el mayor interés por afectar la independencia judicial de los tribunales constitucionales no proviene del supuesto peligro para la democracia que representa la existencia de la justicia constitucional, sino precisamente de la circunstancia contraria, es decir, del hecho de que los jueces constitucionales sean defensores de las instituciones democráticas frente a los excesos o intentos de excesos por parte de las demás ramas del poder público<sup>28</sup>.

A pesar de lo anterior, se puede sugerir que A. MARTÍN se equivoca al sugerir que los ataques a la independencia de la justicia constitucional en América Latina, provienen de manera preponderante de su función como garantes de la democracia frente a las prácticas antidemocráticas de los demás poderes. Por el contrario, existen también fuertes afrentas a la independencia de los tribunales constitucionales que tienen una relación directa con su función de garantía de los derechos civiles, políticos y sociales de los ciudadanos.

28. “Con todo, si los órganos jurisdiccionales constitucionales son a menudo objeto de críticas en cuanto a su legitimidad y a la de las decisiones que tienen que tomar, esto ocurre en menor medida porque pongan en entredicho a las instituciones democráticamente elegidas. Sucede porque se oponen a prácticas antidemocráticas a las cuales se entregan los gobernantes, y muy particularmente los presidentes”. MARTÍN, ARNAUD. *La independencia de la justicia constitucional en América Latina*. MARTÍN, ARNAUD (DIR.). *Justicia constitucional, derechos humanos y democracia en América Latina*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014, p. 237.

Un ejemplo de esta segunda clase de amenazas tiene relación directa con la limitación de los remedios judiciales con base en la aplicación de criterios de sostenibilidad fiscal. Esta amenaza se concreta en incumplimientos de las decisiones judiciales, manifestaciones públicas de rechazo a las órdenes proferidas por los jueces por parte de los funcionarios encargados de darles cumplimiento y en la creación de instrumentos legales o constitucionales que permitan diferir o evadir el cumplimiento de una sentencia.

En Colombia se han intentado las tres formas de limitación de los remedios judiciales con base en el argumento de los derechos. En efecto, ha habido acusaciones públicas de excesivo activismo judicial de la Corte, de invasión de competencias e incumplimiento manifiesto a órdenes concretas en materia de protección del derecho a la salud o atención a la población desplazada por causa del conflicto armado interno. No obstante, el mayor peligro para la independencia de la Corte se produjo mediante la reforma constitucional del año 2011 que estableció el incidente de impacto fiscal contra decisiones judiciales de los altos tribunales del país<sup>29</sup>.

La Corte Constitucional declaró constitucional la reforma a la Constitución que estableció el incidente de impacto fiscal<sup>30</sup> y recientemente excluyó su aplicación a las decisiones de amparo al declarar la inconstitucionalidad parcial de la ley 1695 de 2013<sup>31</sup>. Lo anterior quiere decir que en materia de protección de derechos por medio de la tutela, la Corte ha recuperado la última palabra. No obstante, en materia de control de constitucionalidad, la última palabra la tendrá el gobierno mediante el IIF, que obliga a la Corte a decidir, finalmente, teniendo en cuenta el plan de cumplimiento presentado por el Ministro o por el Procurador General de la Nación en nombre de la entidad responsable de la ejecución de la decisión judicial. Estas disposiciones fueron mantenidas dentro del ordenamiento jurídico por la propia Corte Constitucional.

No cabe duda que obligar al juez a incluir la perspectiva económica en un sentido fuerte dentro de sus deliberaciones, bajo la presión o amenaza de que su decisión puede ser contestada por el Ministro de Hacienda o por el procurador General y que tal procedimiento le obligará a reconsiderar su fallo en los términos económicos que propongan los impugnantes, resulta una amenaza cierta y tangible a la independencia de cualquier tribunal.

En conclusión, en la región existen peligros para la independencia judicial de la justicia constitucional que derivan, tanto de su función de protección de la democracia como de su especial función de garantía de los derechos y de las promesas sociales de las generosas constituciones de América Latina.

29. Acto Legislativo 3 de 2011 que modificó el artículo 334 de la Constitución.

30. Cfr. Corte Constitucional de Colombia Sentencias C-288 de 2012 y C-1052 de 2012.

31. Cfr. Corte Constitucional de Colombia Sentencia C-870 de 2014.

#### *4.2. La instrumentalización del acceso directo al control de constitucionalidad*

Un peligro para la independencia judicial derivado directamente de la existencia del acceso directo al control de constitucionalidad, consiste en el potencial uso de ese mecanismo por actores que representan intereses no minoritarios (en sentido material). En otras palabras, que la acción pública de constitucionalidad sea interpuesta por una persona con el objetivo de beneficiar al poder económico, financiero o político.

Este inquietante peligro para la independencia judicial de la Corte Constitucional de Colombia resulta matizado por los siguientes aspectos. En primer lugar, la acción pública de constitucionalidad es una vía que esos intereses pueden utilizar para acceder al control de constitucionalidad, pero de esa premisa no se deriva que la supresión del acceso directo de los ciudadanos al control de constitucionalidad evitaría que esos mismos intereses accedieran al proceso de constitucionalidad en contra de leyes que les afecten directa o indirectamente.

Por el contrario, hay por lo menos dos razones para pensar que otro tipo de diseños institucionales también estarían afectados por este riesgo. Por una parte, diseños institucionales como el brasilero, en el que el acceso al control de constitucionalidad en su versión más amplia se permite a partidos políticos o asociaciones corporativas y en los que no se permite el acceso directo de los ciudadanos. Este sistema tiene una arquitectura general enfocada precisamente a que, en la mayoría de los casos, sean los intereses corporativos los que accedan al control judicial de las leyes.

Por otra parte, en los sistemas en los que el acceso se reserva a determinados funcionarios públicos o minorías parlamentarias, no es descartable que los mismos intereses que instrumentalizan el acceso directo de los ciudadanos lo hagan con estos mismos actores, es decir, que utilicen su poder de influencia sobre los legitimados para que, por su conducto, puedan acceder al control de constitucionalidad. No es un secreto el fuerte poder que ejercen actores privados sobre los órganos legislativos y sobre la administración pública.

De acuerdo con lo anterior, resulta que una limitación en el acceso directo de los ciudadanos al control de constitucionalidad, con base en el argumento de la instrumentalización de tal acceso en función de intereses corporativos o no minoritarios, conlleva -paradójicamente- a la construcción de diseños institucionales de control de constitucionalidad en los que esos intereses pueden usar su capacidad de influencia para acceder, pero a los ciudadanos se les niega la oportunidad de someter a control un acto del legislador.

Una versión extrema de una protección del control de constitucionalidad de los intereses corporativos sería suprimir el propio control de constitucionalidad, para asegurarse de que las empresas, el poder económico o actores al margen de la ley puedan instrumentalizar el sistema de revisión judicial de las leyes.

Parece que una respuesta óptima de Pareto es mantener el acceso ciudadano al control de constitucionalidad y limitar el proceso de control a argumentos pertinentes de tipo constitucional. De esa manera, si tales intereses corporativos se imponen en el control de constitucionalidad, podrá criticarse la razonabilidad de la decisión del tribunal o pensar en la reforma de la Constitución para modificar aquellas disposiciones del texto fundamental que jugaron a favor de la decisión que benefició a los intereses corporativos o mayoritarios. Como se señaló previamente, obligar a argumentar en términos constitucionales dificulta la canalización de intereses contrarios a la propia Constitución u obliga a develar una lectura interesada del texto constitucional.

#### *4.3. La elitización general de los sistemas judiciales*

Alguna distorsión de la cual se acusa a la acción pública de constitucionalidad, se trata realmente de una distorsión general del sistema de justicia. La elitización de la acción pública de constitucionalidad, que se define como el uso mayoritario que realizan de este instrumento personas que no representan grupos minoritarios ni carentes de influencia política, social y económica, se trata de un fenómeno que ha permeado a todo el sistema judicial y a todas las acciones judiciales disponibles en el país.

En efecto, el sistema judicial nacional se encuentra al servicio de unos pocos intereses. Tres cuartas partes de los procedimientos civiles que se realizan en Colombia son iniciados por entidades financieras en contra de deudores morosos y, especialmente, deudores hipotecarios. Esta realidad no es monopolio exclusivo de Colombia, sino de todos aquellos contextos en los que existen condiciones estructurales de pobreza y desigualdad que limitan el acceso a la justicia de las personas que carecen de recursos y que más sufren las violaciones a sus derechos.

Como lo señala la Organización de las Naciones Unidas: “(...) la ausencia de políticas públicas para eliminar los obstáculos que dificultaban el acceso a la justicia producía un impacto mayor en aquellos sectores que se encontraban en situación de vulnerabilidad, o que vivían en la pobreza extrema, o que estaban cultural, económica o socialmente desfavorecidos”<sup>32</sup>.

¿Quiere decir lo anterior que se debe dejar a un lado la crítica al uso instrumental contra-minoritario de la acción pública de constitucionalidad? Por supuesto que la respuesta a esta pregunta es negativa, sin embargo, la visión esbozada aquí implica que la crítica está dirigida a todo el sistema judicial y no solamente al acceso directo de los ciudadanos al control de constitucionalidad.

32. Organización de las Naciones Unidas. Asamblea General. Informe de la Relatora Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, Sra. GABRIELA CARINA KNAUL DE ALBUQUERQUE E SILVA. 11 de agosto de 2014. A/69/294

En otras palabras, la eliminación del acceso directo de los ciudadanos al control de constitucionalidad no es un mecanismo idóneo para acabar con la cooptación privada del sistema público de justicia, ni su existencia hace que este fenómeno sea más grave. Como se señaló anteriormente, la eliminación del acceso directo tiene un costo muy alto para las minorías y, en cambio, no excluye que los mismos intereses cuyo acceso al control de constitucionalidad se pretende evitar, lo hagan a través de los órganos legitimados: las minorías parlamentarias, los funcionarios públicos o las asociaciones corporativas.

La forma correcta de atender a esta crítica es la que propone mejorar los niveles de acceso a la justicia, bajo una comprensión de este derecho en conexión con otros derechos, su relación con el desarrollo y la creación de capacidades de agencia por los propios ciudadanos. Una vía que puede aportar a la igualdad en las sociedades modernas es el empoderamiento de los ciudadanos para que defiendan sus derechos ante los tribunales y, en ese marco, la acción pública de constitucionalidad se erige en una herramienta con un alto nivel de eficacia, como lo ha mostrado la experiencia de la Corte Constitucional de Colombia.

## 5. CONCLUSIÓN

En su último informe de agosto de 2014, la Relatora de la Organización de las Naciones Unidas para la independencia de los jueces y abogados propuso la inclusión de una perspectiva más amplia en los debates sobre los objetivos del milenio fijados en 2001, aprobados en 2002 e incumplidos en 2015. Para la propuesta de los nuevos objetivos del milenio que habrán de acordarse el próximo año, la Relatora señaló el carácter reduccionista de la actual perspectiva sobre el desarrollo que pone el énfasis preponderante en su dimensión económica. Para la Relatora, es necesario incluir la perspectiva de los derechos humanos, tanto para alcanzar los objetivos económicos como para que el logro de estos tenga una vocación transformadora de la inequidad.

De acuerdo con lo anterior, la Relatora propuso concretamente que uno de los objetivos del milenio se dirija a satisfacer las condiciones para la garantía de los derechos de los ciudadanos, a saber, el Estado de Derecho y el acceso a un sistema de justicia independiente. En sus propias palabras:

“La inclusión del acceso a la justicia en la agenda para el desarrollo después de 2015 representará un paso importante para romper el círculo vicioso de la pobreza, la exclusión y la vulnerabilidad, que menoscaba el disfrute de varios derechos humanos”<sup>33</sup>.

33. Organización de las Naciones Unidas. Asamblea General. Informe de la Relatora Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, Sra. GABRIELA CARINA KNAUL DE ALBUQUERQUE E SILVA. 11 de agosto de 2014. A/69/294

Lo anterior quiere decir que a nuestro acuerdo sobre la idea de que vale la pena tener una judicatura independiente porque estamos de acuerdo en la idea sustancial de que esa judicatura está limitada por las leyes que reflejan nuestros acuerdos generales como sociedad; se agrega la propuesta de la Relatora que implica tener claro que esa judicatura independiente es un medio idóneo para alcanzar las promesas que incluye la Constitución y los objetivos que globalmente se consideran valiosos, bajo un concepto amplio del desarrollo.

Con base en los trabajos de A. SENN, se puede sostener que una forma de lograr y de determinar el grado de desarrollo de una sociedad es ampliar el contenido de los derechos individuales y, entre todos, los derechos de participación<sup>34</sup>. En esa misma dirección, este capítulo es una defensa de la idea de aumentar la capacidad de los ciudadanos para agenciar directamente el control de constitucionalidad mediante la acción pública de constitucionalidad y de la contribución recíproca de esa capacidad de agencia a la construcción de un sistema independiente de revisión judicial de las leyes.

#### BIBLIOGRAFÍA

- BERNAL PULIDO, CARLOS. *Unconstitutional constitutional amendments in the case study of Colombia: An analysis of the justification and meaning of the constitutional replacement doctrine*. Int J Constitutional Law (2013) 11 (2): 339-357.
- CEPEDA, MANUEL JOSÉ. *¿Cómo se hizo la Asamblea Constituyente? Introducción a la Constitución de 1991*, Presidencia de la República, Bogotá, 1993.
- ELSTER, JON. *Ulysses Unbound. Studies in Rationality, Precommitment, and Constraints*. Cambridge University Press, 2000.
- FEREJOHN, JOHN y KRAMER, LARRY. *Independent Judges, Dependent Judiciary: Institutionalizing Judicial Restraint*. New York University Law Review, vol. 77, núm. 4, 2002, pp. 962-1039.
- FISS, OWEN. *El derecho como razón pública*. Colección Filosofía y Derecho. Traducción de Esteban Restrepo Saldarriaga. Marcial Pons, Madrid, 2007.
- GINSBURG, TOM. *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases*. Cambridge University Press, Cambridge, 2003.
- MACDONALD, RODERICK y KONG, HOI. *Judicial independence as a Constitutional Virtue*. ROSENFELD, MICHEL y SAJÓ, ADRÁS (Eds). *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford University Press, Oxford, 2012.
- MARTÍN, ARNAUD (DIR.). *Justicia constitucional, derechos humanos y democracia en América Latina*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014.

34. Me refiero especialmente a las tesis defendidas en: SENN, AMARTYA. *Desarrollo y Libertad*. Editorial Planeta, Bogotá, 2000.

SENN, AMARTYA. *Desarrollo y Libertad*. Editorial Planeta, Bogotá, 2000.

UPRIMNY YEPES, RODRIGO. The Constitutional Court and Control of Presidential Extraordinary Powers in Colombia. GLOPPEN, SIRI; GARGARELLA, ROBERTO y SKAAR, ELIN (EDS.). *Democratization and the Judiciary*. Frank Cass Publishers, London, 2004, pp. 46-69.

#### OTROS DOCUMENTOS

Organización de las Naciones Unidas. Asamblea General. Informe de la Relatora Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, Sra. GABRIELA CARINA KNAUL DE ALBUQUERQUE E SILVA. Adición: Misión a Colombia. 15 de abril de 2010. A/HRC/14/26/Add.2

Organización de las Naciones Unidas. Asamblea General. Informe de la Relatora Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, Sra. GABRIELA CARINA KNAUL DE ALBUQUERQUE E SILVA. 11 de agosto de 2014. A/69/294.

