Autocontención judicial en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana

Judicial self-restraint in the jurisprudence of the Colombian Constitutional Court

Luz Karime Gallego Rodríguez*

*Abogada. Magister en Derecho Público por la Universidad La Gran Colombia (Armenia). Correo electrónico: gallegorodluz@miugca.edu.co

Fecha de recepción: abril de 2023
Fecha de aprobación: diciembre de 2023

Para citar este artículo / To reference this article
Gallego Rodríguez, L. K. (2023). Autocontención judicial en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. Revista Inciso, 25(2). https://doi.org/10.18634/incj.25v.2i.1459

DOI:https://doi.org/10.18634/incj.25v.2i.1459

Resumen

La autocontención judicial, denominada también autorrestricción por la Corte Constitucional colombiana, ha sido definida por esa Corporación como un principio, una herramienta interpretativa constitucionalmente importante para el ejercicio de la facultad jurisdiccional del Estado, que busca contrarrestar el subjetivismo de los jueces y que se contrapone a la figura del activismo judicial. Esta investigación partió de la hipótesis de que la Corte Constitucional a la hora de decidir sobre los asuntos que conoce prefiere las posiciones activistas sobre las posiciones de autocontención. El objetivo de este escrito es analizar el deber de la Corte Constitucional colombiana de autocontenerse en el ejercicio de sus actos de control. A través de una revisión de la literatura existente sobre el concepto de autocontención judicial, sumado a la revisión de las sentencias de constitucionalidad en las que la Corte se ha referido al concepto de autocontención, autorrestricción o deferencia y particularmente a las sentencias proferidas en el marco de la regulación e implementación del Acuerdo Final de Paz entre el Gobierno Nacional de Colombia y las FARC – EP se encontró que no hay acuerdo al interior de la Corte en cuanto al alcance del concepto de autocontención y que, aunque se ha usado por el Tribunal, en la mayoría de las decisiones examinadas, la Corte no se autocontiene.

Palabras clave: control constitucional, justicia transicional, autocontención judicial, activismo judicial.

Abstract

Judicial self-restraint, also called self-restriction by the Colombian Constitutional Court, has been defined by the Court as a principle, a constitutionally important interpretative tool for the exercise of the jurisdictional power of the State, which seeks to counteract the subjectivism of judges and which is opposed to the figure of judicial activism. This research was based on the hypothesis that the Constitutional Court prefers activist positions over self-restraint positions when deciding on the matters it hears. The objective of this paper is to analyze the Colombian Constitutional Court's duty of self-restraint in the exercise of its acts of control. Through a review of the existing literature on the concept of judicial self-restraint, together with a review of the constitutional rulings in which the Court has referred to the concept of self-restraint, self-restraint or deference and particularly to the judgments issued in the framework of the regulation and implementation of the Final Peace Agreement between the National Government of Colombia and the FARC - EP, it was found that there is no agreement within the Court as to the scope of the concept of self-restraint and that, although it has been used by the Court, in most of the decisions examined, the Court is not self-restrained.

Keywords: constitutional control, transitional justice, judicial self-restraint, judicial activism

Introducción

Los debates alrededor del denominado 'activismo judicial', su definición, alcance, bondades, riesgos, la necesidad de su práctica o la necesidad de su limitación, se han dado y se siguen dando alrededor del mundo. Es un tema del que se ha dicho mucho, desde muchas perspectivas y diferentes modelos teóricos de comprensión del derecho.

Es un hecho que la Corte Constitucional colombiana a lo largo de su historia se ha hecho a una reputación que la pone como referente de 'activismo judicial'. Sin embargo, lo anterior no debe leerse en clave valorativa, más bien, debe leerse como un reconocimiento de su influencia y de cómo se ha posicionado como la Corte más importante del país.

Pese a que mucho se ha dicho y debatido sobre el activismo judicial; la bibliografía sobre su contraparte, la autocontención judicial, no es extensa en Colombia y no se encuentra hasta ahora un estudio que analice su ejercicio por parte de la Corte Constitucional colombiana. Una de las providencias en que la Corte Constitucional en pleno se refirió a la autocontención fue la sentencia C-076/18 en la que se decidió acerca de la constitucionalidad del Acto Legislativo 05 del 29 de noviembre de 2017 *"Por medio del cual se dictan disposiciones para asegurar el monopolio legítimo de la fuerza y del uso de las armas por parte del Estado"*, expedido en virtud del artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2016.

ISSN: 2346 - 0792

Antes de esa sentencia, el concepto se había desarrollado en salvamentos de voto: en la Sentencia C-674-17 que evalúa la constitucionalidad del Acto Legislativo 01 de 2017, *"por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la Constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones"*, acto que, a su turno, fue dictado con fundamento en el Procedimiento Legislativo Especial para la Paz, previsto en el artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2017; también en la sentencia C-332-17 que decidió sobre una acción pública de inconstitucionalidad en contra del Acto Legislativo No. 01 de 2016, *"por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos para facilitar y asegurar la implementación y el desarrollo normativo del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera"* en la cual la Corte incorpora en su parte considerativa el principio de autorrestricción judicial al igual que en los salvamentos de voto; en la sentencia C-027/18, se declara la exequibilidad del Acto Legislativo 03 de 2017, por medio del cual se regula parcialmente el componente de reincorporación política del Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera; allí la Corte, al realizar el juicio de sustitución, menciona el concepto de autocontención *(self restraint*).

En ese sentido, una de las principales razones para estudiar el asunto de la autocontención judicial de la Corte Constitucional colombiana es el hecho de que no existe en este momento un antecedente de investigación sobre el tema. Por supuesto, la cuestión de la autocontención, que se desprende del debate sobre activismo judicial, es una cuestión que interesa a la ciencia del derecho y que ha ganado mayor importancia dado el desarrollo agigantado del constitucionalismo y de los Tribunales Constitucionales en el mundo. Ahora bien, que se haga énfasis en el desarrollo jurisprudencial alrededor de la legislación sobre implementación del Acuerdo de paz con las FARC-EP es de suma importancia puesto que constituye un tema actual y uno de los sucesos históricos más relevantes y con mayor repercusión política, jurídica y social de las últimas décadas.

Con el fin de analizar el deber de autocontención de la Corte Constitucional en la jurisprudencia de la Corporación sobre los instrumentos regulatorios de la implementación del Acuerdo Final de Paz entre el Gobierno Nacional y las FARC – EP, se realizó un estudio de tipo jurídico, cualitativo, con enfoque histórico hermenéutico y alcance analítico. Se utilizaron como métodos el análisis documental y jurisprudencial. Para el análisis documental se aplicó, a los textos consultados, una ficha analítica de lectura. Para el análisis jurisprudencial, se diseñó una matriz en la que se verificó el uso de argumentos de autocontención descritos en la literatura, dentro de las sentencias de la Corte Constitucional.

Así, el análisis efectuado permite la identificación de (i) patrones de decisión en las Cortes que nos acercan a su postura sobre el ejercicio de la autocontención, (ii) los límites que se autoimpone -si es que lo hace, en qué casos y con base en cuáles justificaciones.

Además, (iii) podría brindar elementos tendientes a dejar sin fundamento o confirmar los que valdría llamar 'prejuicios' sobre la supuesta extralimitación de la Corte en sus funciones.

Así pues, con el fin de abordar la temática descrita, se propone el siguiente hilo conductor: la primera parte de este capítulo se centrará en el concepto de autocontención. En primera medida se abordará el concepto desde una perspectiva teórica que luego se concretará en la exposición de dos modelos de control constitucional que se acogen a los presupuestos planteados por los principales exponentes de la teoría de la autocontención. Para finalizar esta primera parte, se estudiarán las perspectivas de autocontención existentes en la teoría jurídica colombiana.

La segunda parte del capítulo se centrará en el estudio del control constitucional en Colombia. Así, se estudiará desde una perspectiva normativa cuál es la competencia de la Corte Constitucional en relación con los actos de control de constitucionalidad; se expondrán los límites y el deber de autocontención de la Corte en la ejecución de esos actos de control, y se revisará, desde la jurisprudencia y siempre bajo la perspectiva de la autocontención, cuál ha sido la postura de la Corte en relación con el control constitucional de los instrumentos de regulación e implementación del Acuerdo Final de Paz.

Sobre la autocontención judicial

La autocontención judicial es un tema que merece especial atención en cualquier sistema en el que los jueces tengan poder decisorio sobre la constitucionalidad, validez o conformidad de las leyes con un sistema normativo superior. El poder de los tribunales que deciden sobre la constitucionalidad de las leyes ha sido tema de discusión ya sea porque se considera que dicho poder debe ser suficiente para enfrentarse a las eventuales vulneraciones de derechos que pueden provenir de la normatividad emanada del legislativo o el ejecutivo, o porque se reprocha la excesiva capacidad que tienen los jueces constitucionales de intervenir en asuntos políticos y administrativos que no les conciernen y que pueden ser determinantes para la definición de ciertos aspectos del Estado que en principio deberían ser sometidos a la deliberación pública o democrática.

Uno de los argumentos más usados en contra del activismo es la imposibilidad de los jueces de ser absolutamente objetivos al tomar sus decisiones. Posner (2012) en la introducción de su artículo denominado *"The rise and fall of Judicial-Restraint"*, cita a Stuart Taylor Jr. para mostrar, tajantemente, cómo es entendido este argumento por parte de los partidarios del *Judicial Self-Restraint*:

> ¿Quieren que la Corte revise la historia del siglo XIX y encuentre una regla para promover el capitalismo sin restricciones? Voten por un republicano. ¿Quieren que se impongan derechos sociales con una fuerte dosis de empatía judicial? Voten por un demócrata.

ISSN: 2346 - 0792

> Y esperen por vacantes oportunas y magistrados con larga vida que compartan sus preferencias políticas. Mientras tanto, la noción de derechos constitucionales como principios inmutables que protegen nuestras libertades de la tiranía de las mayorías, se transforman en el dominio de cualquier facción de la Corte Suprema que tenga una mayoría de un voto. (p. 520)

Parece que la cita en mención no podría ser más actual. Durante el gobierno del presidente Donald Trump en Estados Unidos las mayorías en la Corte Suprema han variado en favor de los intereses del partido republicano. Así, con las elecciones presidenciales del 2020, la lucha de los demócratas por evitar que la mayoría conservadora en la Corte crezca aún más ha dejado en evidencia la importancia de estudiar el problema de la subjetividad de los jueces. Con el fallecimiento de la jueza Ruth Bader Ginsburg, una jueza progresista y abiertamente feminista, los demócratas perdieron un voto más. Actualmente la conformación de la Corte Suprema estadounidense es de 5 magistrados de orientación conservadora y 3 de orientación progresista. El presidente Donald Trump nominó para la vacante a la jueza conservadora Amy Coney Barrett, quien ya se posesionó. Teniendo en cuenta que los cargos en la Corte Suprema de Justicia son vitalicios, pareciera que las *vacantes oportunas* están siéndolo para el partido republicano de ese país ya que, al asegurarse una mayoría de 6 contra 3, las posibilidades de cambiar la conformación de la Corte en los próximos años son muy bajas.

Dejando de lado lo anterior, se reitera que el objetivo de este trabajo es efectuar un análisis del uso de la autocontención en el contexto colombiano y específicamente en el ámbito de las facultades de la Corte Constitucional colombiana. Con ese fin, resulta relevante abordar el tema desde tres aspectos fundamentales: (i) el desarrollo del concepto de autocontención judicial, (ii) el análisis del funcionamiento de la autocontención en otros países y (iii) la determinación de lo que se entiende por autocontención en la doctrina colombiana.

El concepto de autocontención judicial y sus características

Richard Posner (2012) identifica las tres posturas más importantes sobre lo que el concepto de autocontención judicial significa: (i) desde una perspectiva legalista o formalista, el juez solo aplica la ley, no la formula; (ii) la deferencia judicial, que existe entre jueces: los jueces deciden con cierta deferencia hacia los Tribunales o las Altas Cortes, también existe de los jueces hacia las decisiones del legislativo y el ejecutivo. Esta perspectiva se sustenta en la competencia institucional que tiene cada órgano en virtud de la división de poderes; y (iii) la deferencia judicial que alcanza su cénit cuando se trata de decidir sobre la inconstitucionalidad de las actuaciones del legislativo o el ejecutivo: se verifica en la notable renuencia de los jueces a efectuar una declaración de inconstitucionalidad.

Para Posner, aunque la tercera acepción es una clase de *deferencia judicial*, es decir, una especie de la segunda acepción; la justificación de la deferencia es distinta en ambas

perspectivas. La segunda definición, establecida líneas arriba, está fundamentada en razones de tipo competencial: se trata de la deferencia causada por la observancia de las competencias institucionales asignadas a cada órgano del Estado. De otro lado, la tercera definición implica una motivación dirigida por el respeto hacia los poderes elegidos democráticamente y en ocasiones, a la creencia de que el legislador es mejor que el juez a la hora de diseñar políticas públicas.

Desde la perspectiva de Posner, la tercera definición es la que ofrece unos mayores fundamentos a la teoría de la autocontención. Adicionalmente, esta definición se concatena con lo que Kavanagh (2017) luego denominará "razones institucionales para la autocontención".

Para Kavanagh (2017), la autocontención judicial es una característica generalizada en el proceso judicial de toma de decisiones. Esta afirmación es entendible si se tiene en cuenta la existencia indiscutible de casos en los cuales la ley no soluciona completamente y sin ambigüedad el litigio que se presenta, sino que por su naturaleza y por la naturaleza humana del legislador, casi siempre tendrá una textura abierta (Hart, 2009). Así, los jueces usualmente se ven abocados a considerar si contenerse más o menos a la hora de decidir.

> De una forma u otra, un juez siempre se enfrenta a la decisión de innovar o contenerse, entendiendo por "innovación" el desarrollo judicial de la norma y la creación judicial de derecho y por "contención" la actitud de limitarse al derecho positivo, absteniéndose de explorar una solución más creativa. En este sentido, la autocontención judicial se refiere tanto a la disposición de los tribunales a cambiar o desarrollar la ley como a su sentido de cuándo y por qué es adecuado actuar así (Kavanagh, 2017).

Aunque escapa del alcance de este trabajo, existen muchos estudios acerca de la contraparte de la autocontención, el activismo judicial, concepto del que vale la pena hacer algunas acotaciones con el objetivo de hacer un ejercicio de comparación que permita identificar las características de la autocontención. El activismo judicial se define usualmente como la disposición de los tribunales a cuestionar e incluso desafiar la legislación bajo el argumento de que va en contravía de derechos constitucionales o de la Constitución en sí misma. Desde esta perspectiva, la autocontención en términos de la revisión constitucional consistiría en cierto sentido de acatamiento de la legislación o en el cuidado y cierta deferencia y respeto hacia el legislador o el gobierno a la hora de evaluar la constitucionalidad de las normas. Algo es claro, es la misma Corte la que delinea los límites en su papel institucional, por lo tanto, cuando se habla de autocontención estamos hablando de un ejercicio de razonabilidad institucional. Se trata de autocontención como resultado de una normativa externa, es un ejercicio de reflexión por parte del Tribunal, que entra a determinar su propio papel institucional y el de los demás organismos del Estado.

ISSN: 2346 - 0792

Contención y activismo son dos caras de la misma moneda. Ya sea que un Tribunal decida autocontenerse o tomar una decisión activista, el rigor argumentativo es fundamental, pues en ambos casos se entiende que están tomando una decisión con implicaciones *más allá de la ley*. Es decir, se parte de la comprensión de que el caso que está bajo estudio solo puede solucionarse valiéndose obligatoriamente de la ponderación de determinados principios o valores fundantes del Estado.

De lo expuesto se sigue que la contención judicial tiene ciertas características: (i) es gradual: un juez puede contenerse más o menos y dicha contención puede verse reflejada de diferentes formas; (ii) es un ejercicio de autocontención: nadie más que los mismos tribunales establecen los límites de su competencia en términos constitucionales y (iii) la contención judicial tiene una relación directa con los poderes ejecutivo y legislativo (Kavanagh, 2017).

De acuerdo con Kavanagh (2017), la contención judicial estaría justificada *"por las limitaciones institucionales de los tribunales, así como por una determinada concepción de las relaciones constitucionales adecuadas entre el parlamento y el poder judicial"* (p. 98). El razonamiento judicial incluye consideraciones de tipo jurídico e institucional. Las primeras, constituyen razones substantivas guiadas a determinar si la legislación respeta o vulnera derechos o si las decisiones del ejecutivo son justas, equitativas y razonables. Las últimas, configuran razones institucionales como el alcance y los límites del papel institucional del Tribunal frente al Parlamento; la adecuación de su intervención desde un punto de vista constitucional y la evaluación del papel del Tribunal en una democracia constitucional.

Según la autora, existen al menos cuatro grupos de razones de carácter institucional que justifican el ejercicio de la autocontención y están relacionadas con *"(1) la pericia judicial, (2) el carácter gradual de la creación judicial de derecho, (3) la legitimidad institucional y (4) la reputación de la judicatura"* (Kavanagh 2017, p. 98). A continuación, se explica cada una de las razones.

En primer lugar, debe resaltarse que la mayoría de los argumentos citados anteriormente han sido previamente expuestos por los detractores del excesivo activismo judicial desde Carl Schmitt (1983) en su discusión contra Kelsen. Así pues, hablando de la pericia judicial, se argumenta la falta de conocimiento de los jueces de ciertos temas no relacionados directamente con el derecho o de aquellos que por su especialidad dificultan la previsión de los efectos que puede tener una decisión intervencionista. En consecuencia, los jueces, en los casos en que no tienen elementos suficientes para conocer a fondo determinada cuestión o el efecto que pueden tener sus decisiones, deberían contenerse.

Mientras el legislativo puede efectuar reformas amplias o estructurales, los jueces a través de una decisión judicial en la mayoría de los casos no pueden modificar las leyes

sino gradual y fragmentariamente. Cuando los jueces se ven enfrentados al *dilema de la reforma parcial* que los pone entre decidir dejar incólume una disposición legal o modificarla solo parcialmente, deberían decantarse por un cierto grado de contención. Lo anterior debido a la comprensión que ellos mismos tienen sobre los efectos adversos o no previstos que puede tener una reforma fragmentaria a una ley.

La tercera razón que puede justificar cierto grado de contención es la legitimidad institucional. Este argumento tiene relación con la discusión sobre la legitimación democrática de los Tribunales Constitucionales. Así, en contextos sociales o políticos en los que exista una mayor percepción de falta de legitimación democrática, sería responsable que los magistrados opten por tomar decisiones ejerciendo cierto grado de contención cuando estas impliquen la interferencia con la legislación ordinaria. En suma, la Corte no debería interferir en las labores del legislativo, que ha sido democráticamente electo y que realiza un ejercicio de rendición de cuentas al electorado.

Finalmente, para Kavanagh (2017) existe un cuarto argumento a favor de la contención que está basado en cuestiones de reputación. Institucionalmente no basta con que los jueces emitan decisiones judiciales. Resulta importante también que la forma en que se efectúan dichas decisiones "*preserve la buena imagen pública de la judicatura y [que] se inspire confianza en su papel de tercero imparcial que llega a decisiones justas*" (p. 99). Es importante que los tribunales sopesen, al margen del contenido material de sus decisiones, el hecho de que estas sean respetadas al ser emitidas; no solamente por los directos interesados sino por el conjunto de la opinión pública y por los poderes políticos (el parlamento y el ejecutivo).

Un asunto fundamental alrededor de la cuestión de la autocontención es justamente la ponderación entre las razones substantivas y las razones institucionales a la hora de tomar decisiones judiciales. Los defensores del activismo judicial en sus argumentos contra la contención suelen catalogar como reprochable moralmente el hecho de que un juez o Tribunal acuda a consideraciones consecuencialistas o institucionales por encima de las razones substantivas. Sin embargo, el hecho de defender la autocontención no implica que esta se dé a cualquier costo. Por supuesto que es importante que se ponderen las razones substantivas frente a las institucionales, de manera que "*cuanto más sustancial sea la interferencia con los derechos humanos, mayor será la exigencia del tribunal respecto a la justificación antes de reconocer que la decisión impugnada es razonable*" (Kavanagh, 2017, p. 76). Como se dijo líneas atrás: tanto las decisiones activistas como aquellas más contenidas, requieren un alto grado de justificación y un ejercicio argumentativo importante y mucho más complejo por parte de los jueces dado que en ambos casos se estaría frente a hechos cuya interpretación excede el alcance literal de la ley. En este sentido, la postura de Kavanagh (2017) es la siguiente:

ISSN: 2346 - 0792

> [...] sería una irresponsabilidad que los jueces fallaran sin tener en cuenta las posibles consecuencias políticas y sociales de sus decisiones, incluyendo si la decisión puede acarrear el descrédito de toda la judicatura, o si puede desencadenar una reacción violenta en la sociedad, o si la sociedad está preparada o no para dicho cambio legal, o si puede resultar contraproducente el introducir la medida en un momento concreto, o si puede mover al gobierno o al legislativo a reducir el poder de los tribunales. Aunque los jueces tienen la obligación de hacer justicia en el caso particular, no es su única obligación. También deben asegurar que los tribunales son respetados por los otros poderes del estado y por el público en general. (p. 104)

En suma, se considera que una actitud de autocontención resulta ser un límite a la competencia de los jueces con relación a las decisiones que otros poderes públicos han adoptado. Pueden mencionarse cinco manifestaciones de la autocontención que reflejan limites competenciales a la función judicial: la reflexión sobre las posibles consecuencias institucionales del ejercicio excesivo del poder judicial, la inadmisión del posicionamiento de posturas políticas a través de decisiones judiciales, la cautela y prudencia del juez cuando existan posturas personales y políticas en juego, el deber de evitar los fallos que impliquen la creación de normas de rango constitucional y la conciencia de las competencias que la Constitución asignó y su papel en el sistema político del Estado. Así mismo, debe respetar las otras ramas del poder público (Posner, 1983).

Así, es importante reconocer las características de la contención y las razones que pueden justificarla con el objetivo de revisar cuál ha sido la postura que ha tenido nuestra Corte Constitucional en términos de su ejercicio. Un análisis riguroso de la jurisprudencia permitirá identificar uno o varios de los aspectos aquí citados y cómo ha respondido la Corte Constitucional colombiana cuando se ha visto enfrentada a ellos.

Dos experiencias extranjeras de autocontención judicial

Parte de poner en la balanza los diferentes argumentos existentes sobre la autocontención, implica también reconocer cómo ha funcionado esta figura en otros Estados. Para este fin, se estudiaron dos sistemas de control judicial en los que el asunto de la autocontención ha sido muy discutido en la literatura: el sistema de Reino Unido y el de Canadá.

Antes de desarrollar el capítulo, es importante establecer que tanto el modelo británico como el modelo canadiense son catalogados como modelos *débiles* de control constitucional. De acuerdo con Jorge Ernesto Roa (2019):

> [...] se puede afirmar la existencia de sistemas de justicia constitucional que responden a las fórmulas del constitucionalismo débil o del constitucionalismo fuerte. Al primer grupo (débil) pertenecen aquellos diseños institucionales en los cuales existe algún sistema de control de constitucionalidad, limitado por la imposibilidad de convertir las decisiones judiciales sobre la incompatibilidad de las leyes con la Constitución -o con una

> ley que opera como parámetro de control- en última palabra dentro de la democracia. A *contrario sensu,* los sistemas fuertes de revisión judicial de la ley son aquellos en los cuales la decisión sobre la invalidez o inaplicación de un acto del legislador es adoptada por los jueces, con carácter definitivo y con el potencial de eliminar el acto normativo del ordenamiento jurídico o, al menos de garantizar su inaplicación definitiva. En estos diseños institucionales, la decisión judicial es la última palabra sobre la interpretación de la Constitución dentro del sistema democrático (pág. 451).

En ese sentido, hay que partir del reconocimiento de que existen diferencias profundas entre el sistema de control constitucional colombiano y los sistemas británico y canadiense. Sin embargo, explicar las perspectivas de autocontención judicial en esos países nos permitirá tener un panorama inicial sobre su aplicación y sus efectos. Además, hay que tener en cuenta que, en virtud de la convergencia constitucional, los elementos en común del derecho constitucional en diferentes partes del mundo, han aumentado notablemente (Roa, 2019)

En Reino Unido, con la implementación de la *Human Rights Act* (HRA) suscrita en 1998 y que entró en vigor en el año 2000, la mayor preocupación fue la preservación de la soberanía parlamentaria, de manera que no se viera afectada por el control judicial tendiente a hacer cumplir los estándares de derechos humanos.

El sistema de revisión judicial en Reino Unido, a diferencia del colombiano, no otorga a los Tribunales la facultad de excluir ciertas disposiciones del ordenamiento jurídico. Al contrario, se impone a los jueces una suerte de obligación interpretativa para que, en la medida de lo posible, den a las disposiciones una *interpretación conforme.* Así, se puede plantear que en Reino Unido prevalece un sistema de revisión judicial *débil,* haciendo referencia a la imposibilidad del Tribunal de decidir sobre la permanencia de la disposición en el sistema jurídico. Sin embargo, Kavanagh (2015) argumenta que existen repercusiones importantes en términos de no-contención a la hora de interpretar ampliamente las disposiciones con el fin de hacerlas conformes a la Constitución. Lo anterior, partiendo de que los mismos tribunales han sostenido que la sección 3 de la HRA[1] les faculta para "*adoptar una interpretación que lingüísticamente pudiera parecer forzada*" (p. 1015). Así, pareciera que incluso cuando el Tribunal no puede sacar del ordenamiento una determinada disposición, la obligación interpretativa que tiene puede llegar al punto de ir en contra de la literalidad de la ley o de la intención del Parlamento.

Aunque Tushnet (2003) considera a la obligación de interpretación conforme como la forma más débil de revisión judicial débil, lo cierto es que dicho deber interpretativo podría ser un mecanismo incluso más fuerte que el que tienen los Tribunales de derogar la ley. Esto, en vista de que las interpretaciones pueden estar por fuera de la intención del legislador y dejarlo sin la oportunidad de participar en la decisión, puesto que la disposición se declara compatible.

1. Esta sección establece literalmente lo siguiente: "Hasta donde sea posible, la legislación debe ser leída e interpretada en la forma en que sea compatible con los derechos de la Convención." (Sección 3 HRA).

ISSN: 2346 - 0792

Así, valdría la pena preguntarse hasta qué punto se puede decir que el hecho de interpretar una disposición conforme a la Constitución es más o menos invasivo del poder parlamentario que el hecho de que se invalide la legislación. Para Kavanagh (2015) en la práctica, el sistema de control inglés no es tan débil como pueden hacerlo parecer algunos autores. Su razonamiento se basa en que la interpretación conforme "es una forma de enmienda por parte del poder judicial que conlleva cierta sustitución de la voluntad del parlamento (Schauer, 1995, pp. 94–5)" (Kavanagh, 2017, p. 87). De hecho, en esa línea, Jorge Ernesto Roa (2019) reconoce que el modelo más fuerte entre los débiles en realidad es el de Reino Unido porque permite una intervención de los tribunales y discusión constitucional al emitir la declaración de incompatibilidad y producir un cambio legislativo.

Con el fin de evitar una discrecionalidad interpretativa desproporcionada por parte de los tribunales, se han adoptado algunos elementos limite a la interpretación conforme. Es decir, no todas las disposiciones son susceptibles de interpretarse conforme a la Constitución, sino que algunas, en definitiva, deben ser declaradas incompatibles. Kavanagh (2017) los denomina (i) límite de los rasgos fundamentales y (ii) límite de la deliberación legislativa. El primero se refiere al deber de los tribunales de asegurar que sus interpretaciones no contradigan elementos fundamentales de la legislación y, el segundo, se refiere a casos en los cuales los tribunales no se encuentran capacitados para realizar determinados pronunciamientos que pueden incidir en asuntos que requieren la deliberación del legislativo. Ahora bien, está claro que los limites enunciados no resuelven por completo el problema de la discrecionalidad; sin embargo, también es comprensible que exista dificultad para delimitar expresamente unas reglas que no den lugar a segundas interpretaciones, pues siempre habrá casos que queden por fuera de cualquier delimitación muy concreta.

Para entender un poco más este aspecto del control constitucional es necesario hacer un par de precisiones sobre los actos que le interesan a la *autocontención judicial* en un sistema débil y un sistema fuerte.

Regularmente, los tribunales en sistemas débiles de control de constitucionalidad tienen facultades interpretativas importantes. Especialmente en el sistema de Reino Unido, como se ha visto, la interpretación conforme no es solamente una facultad sino, de hecho, un deber a cumplir en la mayor medida posible. Así pues, en un sistema como el británico, a la autocontención le interesan mayormente las razones que tiene un tribunal para evitar emitir una declaración de incompatibilidad. Es decir, resulta más intrusivo en la competencia del Parlamento realizar una interpretación conforme que emitir una declaración de incompatibilidad de la ley con la *Human Rights Act*.

En el caso de los sistemas fuertes de control constitucional, a la autocontención le interesa en mayor medida el ámbito de competencia de los Tribunales concerniente a su posibilidad de sacar una determinada disposición del ordenamiento jurídico.

Así, en Reino Unido se ha intentado establecer cuáles son los límites a los que debe acogerse la Corte a la hora de efectuar la interpretación conforme. Kavanagh (2017) presenta el caso *Bellinger c. Bellinger* como un ejemplo de las razones por las cuales un tribunal británico, en lugar de corregir una vulneración de la HRA mediante su facultad interpretativa prefiere autocontenerse y, en ese sentido, emitir una declaración de incompatibilidad que permita al Parlamento decidir sobre el asunto en cuestión.

> Según la señora Bellinger, una transexual que había cambiado su sexo de hombre a mujer, la *Matrimonial Causes Act* de 1973 violaba su derecho a la vida familiar y era discriminatoria al permitir casarse únicamente al "hombre" y a la "mujer" (con el género determinado por el nacimiento). La Cámara de los Lores aceptó que, entendida en sentido ordinario, la Ley de 1973 vulneraba los derechos del Convenio de la señora Bellinger. No obstante, a pesar de que hubiera sido sencillo el inferir la inclusión de los transexuales en la Ley de 1973 (Bateup, 2009; Kavanagh, 2009, p. 120; Phillipson, 2007; Hickman, 2010), y así corregir la vulneración de derechos con carácter inmediato, la Cámara declinó esa opción.

El citado caso es un ejemplo de autocontención que se enmarca, al menos, en dos de las razones institucionales expuestas por Kavanagh y descritas líneas arriba: el carácter gradual de la creación del derecho y la legitimidad institucional. Así, en el caso descrito, los jueces argumentaron que ampliar el significado de masculino y femenino plantearía asuntos que deberían ser estudiados a profundidad y sometidos a un proceso de consulta y debate en la opinión pública. "*Se plantean cuestiones de política social y de viabilidad administrativa en algunos puntos, y su interacción debe ser evaluada y equilibrada. No es adecuado que estas cuestiones sean determinadas a través de un proceso judicial. Son materias propias del Parlamento*." (Bellinger vs. Bellinger, 2003)

Ahora bien, hay un asunto que merece la pena resaltar sobre el sistema de control británico y es que las declaraciones de incompatibilidad han sido reducidas en comparación con las decisiones en las que se ha efectuado una interpretación conforme. Adicionalmente, la actitud del gobierno y del parlamento británico respecto de las declaraciones de incompatibilidad ha sido, normalmente, la de atenderlas y hacer las debidas correcciones. Sin embargo, un caso emblemático de excepción a la regla, ha sido el relacionado con la exclusión del derecho al sufragio activo a las personas que se encuentran en prisión. En palabras de Kavanagh (2017):

> El caso sobre el derecho de sufragio activo tiene rasgos peculiares. El primero es que todos los principales partidos políticos del Reino Unido están de acuerdo en denegar a los reclusos dicho derecho. El segundo es que se considera que la oposición a otorgar a los reclusos el derecho a voto no tiene coste electoral, debido a que las élites políticas piensan que dicha opción concuerda con la opinión popular. Raramente se cumplen estas dos condiciones. Así las cosas, si estas fueran las condiciones bajo las que una declaración de incompatibilidad puede ser contravenida o ignorada, son condiciones difíciles de alcanzar. Serán cumplidas solo en circunstancias excepcionales. (p. 92)

ISSN: 2346 - 0792

Esta situación puede equipararse al caso colombiano. No es claro si el legislador prefiere que la Corte defina ciertos temas que implican un coste político por la división que generan en la opinión pública. Sin embargo, en casos en que se le ha dado al Congreso cierto tiempo para definir ciertas situaciones, a través de sentencias de constitucionalidad con efectos diferidos, el Congreso no ha hecho los pronunciamientos, ni expedido las regulaciones necesarias para corregir los yerros en el tiempo que la Corte le ha establecido, ni siquiera con posterioridad a él. Ahora bien, en Colombia esto se presenta cuando se habla de temas controversiales. En Reino Unido, además, se prefiere la modificación de la ley porque el gobierno no quiere asumir el coste político asociado a una declaración de incompatibilidad que los haría ver como incompetentes en la tarea de proteger los derechos humanos.

Una perspectiva canadiense de autocontención judicial

En este apartado se explicará, en términos generales, cómo funciona el sistema de *judicial review* canadiense para después revisar la crítica que Guy Davinov hace a la manera en que la Suprema Corte de ese país ha utilizado la figura de la autocontención. Del modelo canadiense se dice que es el modelo de revisión judicial más fuerte entre los modelos débiles. Su origen es la Carta Canadiense de Derechos y Libertades: *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (CCORF) de 1982. Este modelo es el más fuerte entre los modelos débiles, debido a que los tribunales tienen competencia para inaplicar las leyes contrarias a los derechos establecidos en la propia CCORF. Aunque aparentemente esta facultad pone al modelo canadiense muy cerca de los modelos fuertes, lo cierto es que el sistema es considerado débil porque existe un mecanismo mediante el cual el legislador recupera la última palabra dentro del sistema jurídico. En palabras de Jorge Ernesto Roa (2019):

> Este instrumento se encuentra en el artículo 33.1 de la CCORF en el que se incluyó la denominada cláusula ´no obstante´. Por medio de esta cláusula, el legislador (Parlamento nacional o provincial) puede proteger una ley contra las decisiones judiciales de inconstitucionalidad mediante la aprobación de una salvaguarda que mantiene vigente la ley ´no obstante´ que esta pueda colisionar con el contenido protegido por los derechos establecidos en la Carta. (p. 477)

Así, en el modelo canadiense el problema de la autocontención aparece de manera muy similar a como se manifiesta en un modelo fuerte, esto es, como un límite ya no a la interpretación conforme sino a la posibilidad de inaplicación de normas que contravengan la CCORF. Sin embargo, lo notable de este modelo viene de una crítica fuerte a la manera en que el Tribunal Canadiense ha sentado un precedente de uso autoritativo de la figura de la autocontención.

En “La paradoja de la Deferencia Judicial” de Guy Davidov (2006), el autor asegura que la deferencia judicial, como ha sido utilizada por la Corte Canadiense, ha promovido

una relajación de los criterios de control constitucional que ha llevado a que el uso del concepto de deferencia funcione como justificación de decisiones con una dosis indeseable de subjetivismo.

En términos de este autor, en la doctrina canadiense de la autocontención judicial existen cinco niveles de impacto del concepto de deferencia de acuerdo a la manera en que ha sido usada por la Corte Suprema de Canadá. El primer grupo de casos, en los que la deferencia de la Corte ha tenido el impacto más fuerte, puede denominarse, según el autor, *"end of story cases".* En estos casos, la mera introducción de la deferencia es suficiente para que la Corte tome una decisión, que es, automáticamente, la de proteger la legislación o acción impugnada. Un buen ejemplo de esto es el *Labour Trilogy,* un conjunto de casos muy importantes que fueron decididos en sentencias de una página. En estos casos, la Corte simplemente argumentó la necesidad de mostrar deferencia en los asuntos relacionados con el derecho laboral. Esto fue suficiente para descartar las demandas en contra de las leyes que, como demostraron los jueces disidentes, era innecesariamente amplio. La deferencia puede describirse, en tales casos, como la primera y última palabra. Es la única razón, o al menos casi la única, suficiente para tomar la decisión.

Un segundo nivel de impacto existe cuando las cortes aplican lo que puede llamarse un test de razonabilidad subjetiva. Cuando se usa este test, el estándar es significativamente relajado y los hechos son examinados por el punto de vista del estado (en lugar de por las perspectivas de todos los intereses involucrados). El impedimento no tiene que ser mínimo, es suficiente con que haya una base razonable para que el estado crea eso. Este criterio se acerca mucho a uno de buena fe. La mera indiferencia a los derechos constitucionales o negligencia en la redacción de la ley no es suficiente para justificar la intervención de la Corte cuando se aplica este test.

Un tercer nivel de impacto –algunas veces se encuentra conjugado con el nivel anterior– está cambiando la carga de la prueba. En esta línea de casos, a través de la introducción del concepto de deferencia, permitiendo al estado un margen de apreciación, las cortes invierten la carga de la prueba, pasándola del estado al individuo que se ha visto afectado por su legislación o sus acciones.

En el cuarto grupo de casos, la deferencia puede ser descrita como una justificación posterior a la decisión. Aquí el impacto del concepto es mucho más débil. En los tres grupos descritos anteriormente la deferencia realmente hace la diferencia. Ya sea que se use como la primera o la última palabra, como una significante disminución de los requerimientos para la justificación, o como una inversión de la carga de la prueba – la deferencia tiene el impacto de cambiar completamente el resultado de la disputa y determinar la validez de la legislación impugnada. En el cuarto grupo, de otro lado, los casos ya están decididos cuando se introduce el concepto de deferencia. Cuando los jueces eligen, por cualquier razón proteger una parte de la legislación, algunas veces

ISSN: 2346 - 0792

añaden la deferencia como un argumento para apoyar su decisión. En estos casos la deferencia es usada simplemente como un argumento adicional para justificar una decisión que ya ha sido tomada, para fortalecer su razonamiento.

Finalmente, el quinto grupo de casos está compuesto por aquellos asuntos en que la Corte hizo uso de la deferencia judicial solo retóricamente, de manera que su impacto es mínimo. En este caso, aunque se menciona la deferencia, no es en realidad aplicada. Esta es la forma de deferencia que Kavanagh describiría como *cortesía.* La mayoría de las Cortes generalmente se sienten muy inconformes declarando la inconstitucionalidad de las leyes proferidos por el legislador así que los jueces intentan moderar incluso su lenguaje con el fin de mostrar su deferencia hacia las otras ramas del Estado.

De las experiencias británica y canadiense se puede concluir que, en términos generales, el control judicial de las leyes no ha generado mayores problemas ni situaciones reales de deliberación pública en torno a las decisiones judiciales. El manejo que las Cortes de Reino Unido y Canadá han dado a su potestad de control ha sido moderado, siempre teniendo presente el aspecto de la autocontención, llegando en Canadá al extremo de desfigurarse la idea de la autorrestricción como una forma de limitar el subjetivismo de los jueces a la hora de tomar sus decisiones. Ahora bien, podría plantearse que las razones por las que, aparentemente, no existen conflictos entre jueces y el parlamento es justamente que las facultades judiciales no son tan amplias como en otros modelos o que, al final del día, el Parlamento puede imponer su voluntad, por democrática, incluso en contra de los intereses o de los derechos de los ciudadanos.

Autocontención judicial en la doctrina colombiana

Excepto por algunas menciones y caracterizaciones que ha realizado la Corte Constitucional en su jurisprudencia, el tema de la autocontención judicial sigue siendo un asunto poco estudiado y del que no se ha dicho mucho desde el ámbito académico en Colombia. Sin embargo, dos autores colombianos lo han abordado usando conceptos como *autorrestricción* o *autocontrol* judicial por parte de la Corte Constitucional: se trata de los profesores Carlos Bernal Pulido (2005) y Diego Moreno Cruz (2018).

El concepto de autorrestricción con relación a la legislación penal

El profesor Carlos Bernal aborda el problema de la autorrestricción en el capítulo cuarto de su libro *'El derecho de los derechos: escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales'.* Hablando de los diferentes argumentos que surgen ante la tensión competencial entre el legislador y la Corte Constitucional especialmente en materia del derecho penal; el autor establece que existen tres tesis en torno a esta cuestión: (i) la competencia en la determinación de los asuntos de política criminal es exclusiva del legislador, (ii) la determinación de los delitos y de las penas implican una intervención en los derechos fundamentales y por lo tanto le compete a la Corte Constitucional el

examen de la constitucionalidad de la legislación penal y (iii) el legislador puede afectar los derechos fundamentales a través de la excesiva severidad de las medidas de política criminal o también, de una falta de severidad que no garantice la protección de los bienes y derechos constitucionales de los ciudadanos.

De cara al tema que compete a este escrito: la autocontención, el análisis se centrará en la primera de las posturas antes vistas. El profesor Carlos Bernal establece que en parte de la jurisprudencia de la Corte se ha adoptado una postura que él denomina la 'tesis estricta de la autorrestricción'. Según el autor, la Corte en algunas de sus sentencias ha privilegiado esta postura bajo el argumento de la amplia discrecionalidad con la que cuenta el legislador a la hora de definir los tipos y procedimientos penales. No se puede decir que la Constitución establezca con precisión ni que se entiendan definidos por la Carta Política los elementos que constituyen materialmente la legislación penal. Al contrario, la Constitución ofrece un amplio espacio de discrecionalidad "para determinar el contenido de la ley penal que sea apropiado a las circunstancias sociales, políticas y económicas y que esté en consonancia con la ideología de las mayorías del Congreso" (Bernal, 2005).

Cuatro argumentos son fundamentales para sostener la tesis de la autorrestricción. En palabras de Bernal (2005): "el argumento de la falta de certeza, el de la reserva de ley penal, el de los derechos de protección y el de la libertad positiva".

Ahora bien, para Bernal no existen asuntos en los que la Corte de plano no pueda intervenir, por ejemplo, en el ámbito penal, a pesar de la existencia de reserva de ley, resulta fundamental que la Corte se pronuncie cuando existan leyes penales carentes de fundamento o que establezcan penas excesivas que claramente están prohibidas por la libertad garantizada constitucionalmente. Así, a pesar de que la dosificación de las penas sea un asunto confiado en principio al legislador, su ejercicio debe llevarse a cabo conforme a los parámetros constitucionales y los derechos fundamentales.

Bernal establece, con todo, que el respeto a los márgenes de acción y a las exigencias derivadas de los derechos de protección imponen a la Corte constitucional el deber de ejercer sus competencias con suma prudencia y razonable autorrestricción. Parece plausible, por tanto, que cuando se advierta la inconstitucionalidad de una ley penal, está solo sea declarada inexequible en los casos en donde no sea posible su salvación por medio de una interpretación conforme con la constitución.

El concepto de autocontrol de los actos de control de la Corte Constitucional

El profesor Diego Moreno (2018) ha establecido una razón que bien puede considerarse como una razón para la autocontención y que se aleja de lo que se ha visto hasta ahora en este escrito. Mientras Kavanagh y Posner han hecho énfasis en las razones institucionales de autocontención, el profesor Moreno plantea una razón eminentemente

ISSN: 2346 - 0792

normativa que la Corte Constitucional colombiana tiene la obligación de revisar con el propósito de mantener la constitucionalidad de las decisiones que toma en sus actos de control constitucional. Dicha razón normativa es aplicable específicamente al contexto de control judicial colombiano y explícitamente al control de los instrumentos normativos de implementación del acuerdo de paz.

La razón normativa de la que habla Moreno se refiere al ámbito de competencia de la Corte Constitucional. Para el autor, el problema de la competencia normativa o constitucional de la Corte a la hora de efectuar el control de constitucionalidad es un problema de decisión en el que la Corte debe elegir aplicar una de tres normas de competencia existentes en nuestro ordenamiento que tienen, además, una consecuencia en términos del margen de discrecionalidad que ofrecen: (i) "*una regla constitucional de competencia explícita o expresa, que la autoriza a ejercer un control solamente por vicios de procedimiento*"; (ii) una norma jurisprudencial que permite que la Corte realice un ejercicio de control constitucional por vicios de competencia o de sustitución; y finalmente, (iii) una norma jurisprudencial transitoria que autoriza a la Corte para que efectúe un control por vicios procedimentales y por vicios de conexidad.

Todo tipo de acto realizado en ejercicio de un poder público debe estar sujeto a algún tipo de control ulterior, como la Corte no tiene quien controle su acto de control, tiene la obligación de autocontrolarse. En ese sentido, debe "*controlar que el ejercicio de su poder decisorio se realice conforme el procedimiento establecido por una norma de competencia*" (Moreno, 2019)

La relevancia normativa de las reglas está predeterminada por el hecho de que quien decide qué disposición aplicar tenga en mente, en primera instancia, la regla explicita genérica antes de entrar a ponderar razones subyacentes de cada caso particular.

El asunto de la mayor o menor discrecionalidad de la Corte es muy importante para el objeto de esta investigación. Uno de los propósitos de la autocontención, como se ha mostrado, es limitar en buena medida las decisiones discrecionales o autoritativas. Para Moreno (2018),

> la Corte se ha autoimpuesto un deber que no tiene justificación a la luz de su competencia normativa: la obligación de cooperar con la tendencia de la Corte, es decir, con la jurisprudencia establecida y consolidada, respecto al control de actos de creación normativa por vicios de sustitución (p. 95).

Se puede afirmar entonces que existe una tendencia injustificada a hacer irrelevante normativamente la regla explícita de competencia. Por lo tanto, la Corte no tiene razones, sobre la base de alguna competencia normativa para continuar consolidando dicho precedente jurisprudencial, sino que debería procurar terminar con dicha tendencia.

Para la Corte, de acuerdo con la doctrina de la sustitución, la regla explícita de competencia es esencialmente subinclusiva[2]: excluye que la Corte pueda controlar al actor de la reforma en la extralimitación de sus competencias. En ese sentido, la Corte Constitucional ha tendido a aplicar la regla jurisprudencial de competencia desarrollada por la propia Corte y que le ha permitido efectuar un control automático de constitucionalidad sobre los actos de reforma. El problema con este razonamiento es que la regla explícita de competencia se ha tornado irrelevante normativamente sin que haya razones que lo justifiquen. Ahora bien, se entiende que a la par de la existencia de una regla R, existan casos en que la regla es subinclusiva (*r),* y a su vez, casos en que la regla es sobreinclusiva *(rr)*, sin embargo, el deber del juez es, justamente, fundamentar las razones que lo llevan a inaplicar la regla R y, en su lugar, a ponderar las razones subyacentes a la decisión de incluir o excluir aspectos de la regulación en un caso concreto.

Para no sobrepasar los límites del lenguaje normativo e incurrir en un sinsentido, la Corte debe controlar la constitucionalidad de sus actos de control y para lograrlo debe argumentar por qué aplica una y no otra norma de competencia.

Sin embargo, existe una tendencia de la Corte a aplicar la norma jurisprudencial sin ofrecer razones que justifiquen la no aplicación de la regla explícita de competencia. En consecuencia, pese a ser una disposición de carácter constitucional, la Corte termina convirtiendo a la regla explícita de competencia en una disposición injustificadamente irrelevante normativamente.

Es racional que la Corte deje de aplicar la regla de competencia explícita en casos en que su aplicación es irracional; sin embargo, de eso no se sigue que aplicar la norma jurisprudencial de competencia (juicio de sustitución) para el mismo acto de reforma, sí lleve a la Corte a actuar racionalmente. En ese sentido, no parece justificable que se generalice por parte de la Corte ejercer actos de control con base en la norma jurisprudencial, especialmente si se tiene en cuenta que dentro de la corporación no hay un acuerdo total entre cuáles son los límites y las características que tiene el control de constitucionalidad por vicios de sustitución. Existe un grado de indeterminación que

2. Moreno (2018) explica el fenómeno de la subinclusión normativa usando el siguiente ejemplo: “Imaginemos que a la entrada de un restaurante hay un cartel que expresa la regla ‘prohibida la entrada de perros’. Pensemos ahora en dos tipos de porteros que están en la puerta de entrada y a quienes se les ha conferido el poder decisorio de aplicar esta regla: por un lado, un portero “legalista “ y por otro lado un portero “ponderacionista”. Frente a un caso individual de un animal que se presenta en la puerta, el primer portero se limita a verificar si se trata o no de un perro, es decir, si es un caso individual que se subsume, o no se subsume, en la clase de casos ‘entrada de perros en el restaurante’: si sí es un perro, el portero legalista no lo deja entrar, si no es un perro lo deja entrar; el segundo portero, en cambio, se pregunta si está justificado prohibir su entrada a la luz de la justificación de la prohibición de la entrada de perros al restaurante y de las propiedades particulares del caso individual. Supongamos que la razón que justifica esta clase de casos ‘entrada de perros’ esté prohibida es que los perros, generalmente, la más de las veces, molestan a los comensales. Imaginemos además dos casos individuales: uno en el que el animal que se presenta a la entrada del restaurante es un perro lazarillo, educado, que guía a una persona ciega, y otro en el que el animal es un oso. En estas situaciones, el portero legalista actuaría de un modo irracional a la luz de la generalización que justifica la regla y las razones que se presentan por las propiedades relevantes de cada uno de estos casos concretos. Respecto al caso del perro lazarillo, la regla sería sobreinclusiva, y frente al caso del oso, sería subinclusiva.” (p. 97)

ISSN: 2346 - 0792

ha sido advertido por distintos autores y por magistrados de la Corte relacionados con la falta de suficiencia a la hora de establecer cuáles actos de control se pueden considerar válidos o constitucionales o incluso, cuáles son los principios estructurales que definen la identidad de la Constitución o la magnitud de afectación que es soportable a la hora de establecer si determinado acto es reformatorio o sustitutivo de la carta política.

En suma, la Corte en sus decisiones no hace un ejercicio de ponderación que permita excluir, por conducir a una decisión irracional, la aplicación de la regla explícita de competencia y por esa razón, termina desconociendo flagrantemente una disposición de rango constitucional y convirtiéndola en ineficaz.

El control constitucional en Colombia

El sistema de control constitucional en Colombia puede enmarcarse en los modelos fuertes de control. La Corte Constitucional, como órgano de cierre de la jurisdicción constitucional, tiene plenas facultades para retirar del ordenamiento jurídico una disposición del legislativo o del ejecutivo que resulte ser inconstitucional, sin que ellos puedan hacer algo al respecto.

Es bien sabido que el sistema de control constitucional colombiano se basa en el principio de supremacía constitucional, que irradia todo el contenido de la Carta. Desde el artículo cuarto que establece que "la Constitución es norma de normas" e instituye la excepción de inconstitucionalidad, pasando por los artículos 86, 88 y 89 que prevén la acción de tutela, las acciones populares y las acciones de grupo, el artículo 168 que estatuye la objeción presidencial por razones de inconstitucionalidad, hasta el artículo 241 que dispone la creación de la Corte Constitucional como garante institucional de dicha supremacía.

La teoría constitucional ha dicho que el control colombiano de constitucionalidad es de carácter mixto: puede ser abstracto, como en el derivado de la acción pública de inconstitucionalidad; concreto, como en el control derivado de la excepción de inconstitucionalidad; concentrado, pues existen órganos determinados para ejercer el control *v.gr.* la Corte Constitucional o el Consejo de Estado en lo de su competencia; o difuso, cuando cualquier juez, autoridad o incluso particulares aplican el control constitucional por vía de excepción en virtud del artículo cuarto constitucional.

En la siguiente sección se hablará de la competencia normativa de la Corte, de los límites al ejercicio de su competencia y se analizará, finalmente, la relación entre la autocontención judicial y las decisiones proferidas por la Corte Constitucional en el marco del examen de constitucionalidad de los actos legislativos proferidos en virtud del Acuerdo de Paz con las FARC-EP.

Competencia y actos de control de la Corte Constitucional

De acuerdo con el artículo 241 de la Constitución y el Decreto 2067 de 1991:

> [...] Las funciones de la Corte Constitucional consisten en decidir sobre las demandas de constitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra las leyes, los decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno y los actos legislativos reformatorios de la Constitución; resolver sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una Asamblea Constituyente para reformar la Constitución; decidir sobre la constitucionalidad de los referendos sobre leyes, las consultas populares y los plebiscitos del orden nacional; ejercer el control constitucional sobre los decretos legislativos dictados por el Gobierno al amparo de los estados de excepción; decidir definitivamente acerca de las objeciones por inconstitucionalidad que el Gobierno formule contra proyectos de ley y de manera integral y previa respecto a los proyectos de ley estatutaria aprobados por el Congreso; resolver acerca de las excusas para asistir a las citaciones realizadas por el Congreso en los términos del artículo 137 de la Carta; decidir sobre la exequibilidad de los tratados internacionales suscritos por el Estado colombiano y de las leyes que los aprueben y revisar las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales prevista en el artículo 86 de la Constitución [...]

En ese sentido, se puede decir que, a grandes rasgos, la Corte Constitucional tiene una función de control constitucional, como garante de la supremacía constitucional, y una función de revisión de decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela prevista en el artículo 86 constitucional, además de la competencia en particular asignada por el literal k del artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2016 por medio del cual se establece que la corte debe ejercer, sobre los instrumentos normativos derivados del *fast track,* un control de constitucionalidad únicamente por conexidad y por vicios de procedimiento en su formación.

Así, como lo establece Diego Moreno (2018), se puede decir que existen tres reglas a las que la Corte puede acudir a la hora de establecer si tiene o no competencia para ejercer determinado control: (i) la regla de competencia explícita establecida en la Constitución; (ii) la regla jurisprudencial relacionada con el juicio de sustitución, (iii) y la regla jurisprudencial transitoria aplicable a los instrumentos normativos de implementación del acuerdo de paz. Este trabajo se concentrará en el análisis de las características del control constitucional de los actos legislativos derivados del Procedimiento Legislativo Especial para la Paz tal como las ha expuesto la propia Corte Constitucional en la sentencia C-674/17:

En primera medida, la Corte estableció que el mencionado control constitucional es un control de naturaleza jurisdiccional, automático, limitado, único, participativo, abreviado y posterior; ejercido por la Corte Constitucional, en cuanto a la correlación de los actos legislativos con la constitución solo por vicios de procedimientos en su formación.

ISSN: 2346 - 0792

La Corte ha establecido que el control constitucional está limitado por la naturaleza del acto sujeto a revisión, "en razón a que la corte solo conoce de los vicios de procedimiento en la formación del Acto Legislativo 01 de 2017, dejando por fuera de su competencia el contenido material." (Corte Constitucional, 2017a). No obstante, a renglón seguido, la Corte establece que también puede evaluar que el Congreso de la República no se haya excedido en el ejercicio de reforma de manera que haya incurrido en un vicio de competencia. Es decir, como, según la Corte Constitucional, la competencia del Congreso de la República solo le permite reformar la constitución, es necesario controlar que el órgano reformador no haya desvirtuado, derogado o subvertido la Carta; de lo contrario, se estarían excediendo los límites del poder constituyente originario, y se incurriría en la sustitución parcial o total de la Constitución. Así, la Corte incorporó jurisprudencialmente un control adicional al normativo establecido en la Constitución y el reglamento del Congreso de la República. Además, vale decir, que debido al carácter de *automático* del control establecido por el Acto Legislativo 01 de 2016, el control de *sustitución,* aparece también como automático.

Hay que tener claro que de acuerdo con el Acto Legislativo 01 de 2016, la Corte debe verificar, además de los requisitos generales establecidos por la Constitución y el reglamento del Congreso, los requisitos especiales de conexidad material, conexidad teleológica, habilitación temporal y habilitación competencial. Esta es entonces, la tercera regla de competencia mencionada por Diego Moreno y sobre la que se discutió líneas atrás.

Ahora bien, se trata además de un control único: la decisión de la Corporación hace tránsito a cosa juzgada constitucional absoluta. Lo anterior, con el objetivo de que las reformas expedidas al amparo del Procedimiento Legislativo Especial para la Paz cuenten con certeza y doten de seguridad jurídica a las reglas derivadas del proceso de paz como implementación del Acuerdo Final.

La característica de *participativo* viene dada por la posibilidad de participación que se brinda a los ciudadanos "*al permitir que intervengan en el término de diez (10) días para la fijación en lista, impugnando o defendiendo la constitucionalidad de las disposiciones objeto de revisión*" (Corte Constitucional, 2017). Se trata, además, de un control abreviado, pues se redujo a la tercera parte el término ordinario previsto para efectuar la revisión constitucional de los actos de reforma expedidos en el marco del Procedimiento Legislativo Especial para la Paz.

Finalmente, se trata de un control *posterior*, puesto que opera cuando el acto legislativo ha sido promulgado y ha entrado en vigencia; es decir, cuando se ha efectuado su inserción en el Diario Oficial y ha empezado a surtir efectos.

Límites y deber de autocontención en los actos de control

Es muy importante anotar que la Corte Constitucional, como órgano máximo de la jurisdicción constitucional y debido a sus facultades y competencias, no tiene un órgano de mayor jerarquía que la controle o que pueda actuar como segunda instancia o revisar sus decisiones. No sería viable solucionar este problema a través del establecimiento de un órgano de mayor jerarquía o de revisión de las decisiones puesto que el problema podría repetirse hasta el infinito. Así, lo razonable dentro de un Estado como el colombiano en el que la Constitución tiene supremacía es que todas las instituciones se acojan a los postulados constitucionales y modulen, restrinjan o autocontrolen sus actos. Con mayor razón debe hacerlo una institución que, como la Corte, no cuenta con un órgano externo a ella para vigilar sus actuaciones.

Así pues, resulta razonable pensar que es la misma Corte la que debe autoimponerse unos límites y reglas a la hora de actuar. Podría decirse entonces que eso es justamente lo que la Corte Constitucional hace cuando se da su propio reglamento o cuando en sus decisiones define, por ejemplo, diferentes pasos, categorías o juicios con unas reglas determinadas, *v. gr.* cuando la Corte señala unas reglas para aplicar el juicio de sustitución, proporcionalidad o igualdad.

Sin embargo, existen ejemplos de situaciones en las que la Corte aplica las reglas que se ha autoimpuesto y eso no necesariamente implica que esté realizando un ejercicio de autocontención. Como se ha visto hasta este punto, la autocontención no es igual que la autorregulación. Claramente la Corte podría establecer reglas, procedimientos o esquemas de juicios que no necesariamente se adecuen a lo que la *autocontención* implica, o inclusive, para los que no sea ni siquiera importante el concepto de autocontención.

Para reforzar esa tesis se puede pensar, por ejemplo, en una entidad estatal que establece una prohibición de ingreso a sus instalaciones a cualquier persona afrodescendiente o indígena. Supongamos que fuera la Corte Constitucional la competente para, en única instancia, conocer de una acción de tutela interpuesta por una persona afectada por la prohibición. Ahora piénsese que para solucionar el problema jurídico la Corte utiliza el mecanismo que por precedente se ha autoimpuesto: el juicio de igualdad. ¿Podría decirse que por seguir el método establecido por el precedente para efectuar el juicio de igualdad y tomar una decisión con base en él, la Corte está efectuando un ejercicio de autocontención? Desde la perspectiva de quien escribe, la respuesta es no. Si se pensará que cada vez que la Corte se impone una nueva regla de interpretación o un nuevo método para solucionar ciertos casos, o establece su propio reglamento, o ajusta su comportamiento a todo lo anterior, está efectuando un ejercicio de autocontención, nos encontraríamos con que la Corte no está más que acogiéndose a las razones o métodos que ella misma ha diseñado y establecido y que por ser ella la guardiana de la Constitución, considera *per se* constitucionales y, sobre todo, racionales. Mientras

ISSN: 2346 - 0792

que la autorregulación impone a la Corte ciertos métodos para tomar decisiones, la autocontención impone unas ciertas razones para decidir. Dichas razones, como lo establecen Kavanagh o Posner, son razones institucionales, razones externas, que hacen que la Corte se abstenga o module su intervención en ciertos asuntos. En palabras de Jesús Vega (2018): "*La deferencia como autorrestricción [...] es simplemente el resultado de un razonamiento práctico complejo que enclava el momento aplicativo en el marco de un escenario institucional envolvente, sobre cuyo curso el juez no puede tener un control pleno sino solo parcial*" (p. 143).

Un ejemplo de ejercicio de autocontención por parte de la Corte Constitucional se dio en la sentencia C-737 de 2001 en la cual la Corte manifestó:

> "El análisis precedente permite concluir que la expulsión inmediata del ordenamiento de la ley 619 del 2000 genera una situación constitucionalmente peor que su mantenimiento. Además, es claro que la mejor alternativa en el presente caso es recurrir a una inconstitucionalidad diferida y no una sentencia integradora por cuanto el legislador cuenta con múltiples posibilidades para regular el tema de las regalías, ya que es un tema en el que la Carta confiere una amplia libertad al Congreso". (Cita Roa, p. 106)

¿Tiene la Corte un deber de autocontención? Aunque no es un deber normativo explícito, ciertamente podría tratarse de un deber moral; aunque por supuesto, desarrollar esa tesis excede el propósito de este trabajo, resultaría un tema interesante para futuras investigaciones.

Ahora bien, lo que sí es claro es que la Corte tiene un deber de autocontrolar sus propios actos de control constitucional y para hacerlo, sin caer en lo que Diego Moreno (2018) expresa como *paradoja y falacia normativa*, sus actos de control deben "*estar basados en una norma de competencia constitucional*" (p. 94) y la Corte "*debe ofrecer razones para justificar la decisión de aplicar una y no otra de las normas de competencia alternativas para controlar los [Instrumentos Normativos de Implementación del Acuerdo] INIA*". (Moreno, 2018, p. 94)

Control constitucional y autocontención judicial en el marco de la implementación del Acuerdo final de paz

Habiendo expuesto hasta aquí la doctrina y la normatividad existente alrededor del control constitucional en Colombia y de la autocontención judicial; se entrará a analizar la manera en la que la Corte Constitucional ha abordado el asunto de la autocontención y las consecuencias en las decisiones de los actos legislativos relacionados con la implementación del acuerdo de paz en Colombia.

Para este efecto, lo que interesa a este trabajo, se eligió analizar las sentencias en las que se efectuó control de los actos legislativos expedidos en el contexto de implementación del acuerdo mediante el procedimiento especial de *fast-track.* Lo anterior, en razón a

que en la mayoría de esas sentencias la Corte o los magistrados -en sus salvamentos o aclaraciones de voto- se refieren directamente a alguno de los siguientes conceptos: autocontención, autorrestricción*, self restraint* o deferencia judicial. Adicionalmente, el control efectuado por la Corte a los citados actos legislativos generó diversas interpretaciones relacionadas con el alcance de la competencia del Tribunal en relación con el control de los actos reformatorios de la Constitución y, en particular, con la aplicación del juicio de sustitución. Específicamente sobre la aplicación del juicio de sustitución, el trabajo del profesor Diego Moreno refleja la necesidad de repensar la competencia que por vía jurisprudencial se ha atribuido la Corte Constitucional.

Así, seis son los actos legislativos que revisó la Corte Constitucional y, a la par, seis las sentencias que se analizaran en esta sección. El primer acto legislativo y el único que fue controlado por vía de acción pública de inconstitucionalidad fue el Acto Legislativo 01 de 2016 mediante el cual, entre otras cosas, se incorporaban a la Constitución las disposiciones del procedimiento legislativo especial para la paz. Justamente, por vía de dicho procedimiento se expidieron los actos legislativos 01, 02, 03, 04 y 05 de 2017 cuyo control constitucional fue automático en virtud del denominado *fast track.*

En la sentencia C-332/17 la Corte Constitucional analizó el acto legislativo 01 de 2016 por medio del cual se establecieron instrumentos jurídicos para facilitar y asegurar la implementación y el desarrollo normativo del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, con ponencia del magistrado Antonio José Lizarazo Ocampo. Los accionantes aseguraban que cada uno de los artículos de acto legislativo demandado, sustituía la Constitución Política y, en ese sentido, le solicitaron a la Corte declarar su inconstitucionalidad. La Corte, por su parte, descarta varias de las alegaciones de los demandantes y finalmente declara inexequibles los literales *h* y *j* del artículo 1 del acto legislativo. En ese sentido, quedó sentado que las decisiones del Congreso con relación al *fast track* no se someterían al aval del Presidente de la República y que la votación de los instrumentos normativos de implementación del acuerdo no sería en bloque.

Varios aspectos deben resaltarse de esta sentencia. En primera medida, la Corte Constitucional asume que tiene competencia para efectuar un juicio de sustitución únicamente con base en su propio precedente. En ningún punto se plantea la posibilidad de efectuar exclusivamente el control formal para el que tiene competencia explícita de acuerdo con la Constitución. Además, el alto Tribunal afirma que la autorrestricción judicial debe guiar el juicio de sustitución con el fin de que, de un lado, sea descartado el riesgo de petrificación de la constitución, y de otro, se esquive el posible subjetivismo del Juez.

Esta sentencia, además, tiene tres salvamentos de voto que de uno u otro modo se refieren a la autocontención. Desde la perspectiva del magistrado Alberto Rojas Ríos,

ISSN: 2346 - 0792

el contexto de transición implica una mayor exigencia de aplicación del principio de autocontención por parte de la Corte y, en ese sentido, su intervención en el control de las reformas constitucionales derivadas de ese contexto debe ser excepcional. En relación con la claridad de este magistrado acerca de lo que significa la autocontención, se evidencia que hace referencia directa a algunas de las razones institucionales que fueron estudiadas líneas arriba, pero agrega un aspecto que se considera fundamental y se relaciona mucho con el concepto de *autocontrol* abordado por Diego Moreno. Plantea el magistrado que "las técnicas de *judicial self-restraint* pueden ser de naturaleza procedimental o sustantiva. Se estará ante la primera cuando se evite avocar conocimiento *in limine,* de temas que estén por fuera de su competencia [...]" (Corte Constitucional, 2017). Sin embargo, el magistrado no considera que la Corte no tenga competencia para efectuar un juicio de sustitución ante una reforma constitucional, sino que sugiere que la aplicación de dicho juicio, en un contexto transicional, debe ser modulada por un test de razonabilidad.

De otro lado, el magistrado Antonio José Lizarazo, ponente de la sentencia, sí considera que la Corte, al efectuar el juicio de sustitución, se atribuye discrecionalmente una competencia que la Constitución no le otorga. Aunque el magistrado Lizarazo no invoca el principio de autocontención dentro de su salvamento; su argumentación está dirigida a resaltar la falta de competencia de la Corte para tomar la decisión que tomó. En ese sentido y con base en el planteamiento de la autocontención de naturaleza procedimental, podría decirse que la Corte no involucró el concepto de autocontención en el razonamiento que la llevó a declarar la inexequibilidad de los literales h y j del Acto Legislativo. Finalmente, el magistrado Lizarazo deja en evidencia que en la sentencia C-332/17, la Corte se toma una atribución adicional, que también fue evidenciada por el profesor Diego Moreno: el juicio de sustitución ya no es un juicio rogado sino un juicio oficioso, por no decir automático.

Finalmente, el magistrado Alberto Linares Cantillo, estableció en su salvamento de voto que el juicio de sustitución en sí mismo implica una extralimitación de la competencia de la Corte establecida en el artículo 241.1 de la Constitución Política. Plantea la importancia de que la Corte use el juicio con la mayor prudencia y autorrestricción para "no convertir un control estrictamente jurídico en un control político o de conveniencia" (Corte Constitucional, 2017, p.97).

En la sentencia C-674/17 la Corte Constitucional analizó el Acto Legislativo 01 de 2017, "por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la Constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones" con ponencia del magistrado Luis Guillermo Guerrero Pérez. En esta sentencia la Corte deduce cuál es la competencia que le asignó el acto legislativo 01 de 2016 en relación con el control constitucional de los actos legislativos proferidos a través del procedimiento especial para la paz *fast track* En esta sentencia,

se pueden resaltar varios aspectos relacionados con el asunto de la autocontención. En primer lugar, se evidencia que la Corte ejerce un control automático de sustitución de la Constitución, para lo cual expone una modificación de la metodología normalmente utilizada. Así, no se tiene ninguna consideración en relación con la necesidad de aplicar el juicio de sustitución ni se argumenta en favor de la racionalidad del mismo, por ejemplo, por considerarse que la regla explícita de competencia es subinclusiva. En este punto, entonces, se confirma la tesis de Diego Moreno (2018) relacionada con la irrelevancia normativa a la que se somete la norma de competencia de carácter explícito y constitucional. A la Corte le basta con establecer que, conforme a su propia jurisprudencia, tiene competencia para efectuar el juicio de sustitución desconociendo la norma de competencia explícita.

A lo largo de esta sentencia, la Corte establece muchas razones que, desde la perspectiva teórica que se está estudiando, podrían haber implicado la necesidad de tomar una actitud de autocontención*, sin embargo*, no lo hace. Un aspecto mereció especial atención al efectuar el análisis: la Corte Constitucional modula su declaratoria de exequibilidad del artículo transitorio 15 del Acto Legislativo relacionado con la dimensión temporal de las competencias otorgadas a la JEP. De acuerdo con la Corte, el hecho de que se permita que las atribuciones de este Tribunal se extiendan indefinidamente termina sustituyendo el principio de separación de poderes. Sin embargo, lo que más llama la atención, es que la Corte establece una regla hiperconcreta y radicalmente distinta a la establecida inicialmente por el legislador. Así, establece que, cumplidos los 15 años de duración contemplados para el Tribunal, su existencia será prorrogable solo por una vez y por un máximo de 5 años.

En esta sentencia, el magistrado Alberto Rojas Ríos reitera su posición con relación a la necesidad de aplicar el principio de autocontención judicial y reducir al mínimo el control por vía de juicio de sustitución a los actos legislativos expedidos en virtud del *fast track.*

En la sentencia C-027/18, dieciocho (18) de abril de dos mil dieciocho (2018): declarar la exequibilidad del Acto Legislativo 03 de 2017, "por medio del cual se regula parcialmente el componente de reincorporación política del Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera", con ponencia del magistrado José Fernando Reyes Cuartas.

Esta sentencia reitera el precedente en relación con la necesidad de aplicación automática del juicio de sustitución. Ahora bien, la mayoría de la Corte Constitucional acoge aquí el argumento de la necesaria flexibilización del test de sustitución en aras de garantizar también el eje fundamental de la paz. En este aspecto es necesario resaltar que la sentencia declara la exequibilidad total del acto legislativo evaluado. La Corte no pone en entredicho, sino que reafirma el precedente de competencia para efectuar de manera automática el juicio de sustitución. Parece relevante preguntarse si era realmente necesario que el Alto Tribunal se apartara de su competencia explícita

ISSN: 2346 - 0792

transitoria para continuar aplicando la competencia jurisprudencial, aun cuando no existía ningún indicio de que la norma de competencia explícita fuera subinclusiva y por lo tanto llevara a una decisión irracional.

Otro punto para considerar es que, en su aclaración de voto, la magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado plantea que el control de los INIA está destinado a verificar la ausencia de sustitución de la Constitución. Para esta magistrada control constitucional de actos legislativos y juicio de sustitución, parecerían indisociables.

Finalmente, en la sentencia C-076/18 Bogotá D.C. del veinticinco (25) de julio de dos mil dieciocho 2018 se decidió declarar exequible el Acto Legislativo 05 del 29 de noviembre de 2017 "Por medio del cual se dictan disposiciones para asegurar el monopolio legítimo de la fuerza y del uso de las armas por parte del Estado", con ponencia del magistrado Alberto Rojas Ríos. En esta providencia es en la única de las sentencias que evalúan la constitucionalidad de los actos legislativos expedidos en virtud del *fast track* en la que no se aplica el juicio de sustitución. El magistrado Alberto Rojas Ríos, a lo largo de este grupo de decisiones, dejó sentada su posición a favor de la autocontención y en contra de la aplicación del juicio de sustitución en el contexto transicional. Para el magistrado, "si el operador a primera vista no advierte graves indicios de sustitución, debe abstenerse de configurar de oficio un eje axial indeterminado, porque con ello corre el riesgo de ir petrificando la constitución" (Corte Constitucional, 2018). Este argumento puede relacionarse con la tesis del profesor Diego Moreno (2018): si no hay indicios de que la regla de competencia explícita transicional es subinclusiva, debe preferirse esta y no la regla de competencia jurisprudencial.

Ante esta argumentación, los magistrados Cristina Pardo, Fernando Reyes y Gloria Stella Ortiz, presentaron aclaraciones de voto en el sentido de afirmar que debió aplicarse el juicio de sustitución puesto que, en virtud de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, esta tiene competencia y por lo tanto la obligación de efectuar el juicio de sustitución. La magistrada Gloria Stella Ortiz fue un poco más lejos al afirmar que "la realización del juicio de sustitución en todos los casos en los que se examina una reforma constitucional es una expresión del principio de autorrestricción".

En las sentencias C-630/17 y C-020/18 se efectuó la revisión constitucional automática del Acto Legislativo 02 del 11 de mayo de 2017 y del Acto Legislativo No. 4 de 8 de septiembre de 2017 respectivamente. En ambas sentencias se aplicó el juicio de sustitución de manera automática y sin tener en cuenta la regla explícita de competencia. Sin embargo, en ninguna se menciona la autocontención judicial.

Conclusiones y discusión

En la introducción de este capítulo quedó establecido que se identificarían patrones de decisión que nos acercaran a la postura de la Corte Constitucional sobre el ejercicio de la autocontención judicial; también, que se describirían los límites que se autoimpone, en qué casos y con base en cuáles justificaciones. Adicionalmente, se planteó la posibilidad de brindar elementos tendientes a dejar sin fundamento o confirmar los 'prejuicios' sobre la supuesta extralimitación de la Corte en sus funciones. Todos esos elementos enriquecerían el análisis alrededor del deber de autocontención de la Corte Constitucional en la jurisprudencia de la Corporación sobre los instrumentos regulatorios de la implementación del Acuerdo Final de Paz entre el Gobierno Nacional y las FARC – EP, objetivo último de este trabajo.

Así, en relación con los patrones de decisión de la Corte en referencia a la autocontención, una vez analizadas las sentencias en las que se evaluó la constitucionalidad de los actos legislativos proferidos en el marco del Procedimiento Legislativo Especial para la Paz dos cosas quedan claras: (i) la Corte en pleno, a pesar de ciertas disidencias en su interior, mantuvo su posición dominante en relación con la aplicación de la regla de competencia jurisprudencial y en consecuencia, aplicó el juicio de sustitución en todas las sentencias con excepción de la C-076 de 2018. Ahora bien, se hizo muy evidente la división de los magistrados en términos de la postura de la Corte sobre el concepto mismo de autocontención.

Un asunto destacable de la sentencia C-076 de 2018 es que la decisión mayoritaria se decanta por declarar la exequibilidad del acto sin aplicar el juicio de sustitución muy a pesar del precedente recurrente de aplicación automática. A juicio del ponente, un ejercicio de *self restraint* implica contenerse de aplicar el juicio de sustitución a una disposición, a menos que sea evidente que su no aplicación va a implicar una evidente y burda sustitución de la constitución. En este sentido, la perspectiva del magistrado tiene una fuerte relación con el análisis efectuado por el profesor Diego Moreno (2018) e implicaría un análisis sobre la irracionalidad de la aplicación de la regla de competencia explícita consagrada en la Constitución.

De otro lado, llaman la atención las aclaraciones de voto realizadas por los magistrados José Fernando Reyes y Gloria Stella Ortiz a la citada sentencia. El primero, afirma que la competencia de la Corte para efectuar el juicio de sustitución es automática. Plantea entonces que se trata de la regla de competencia que debe observarse; lo cual desconoce, en primera instancia, la calidad de "norma de competencia jurisprudencial" de la norma que establece el juicio de sustitución, además de hacerla ver como el resultado de una interpretación literal de la norma explícita establecida en la Carta Política. Por su parte, la aclaración de voto de la magistrada Gloria Stella Ortiz es particularmente importante

ISSN: 2346 - 0792

porque ella misma hace uso del concepto de autocontención judicial o *judicial restraint* para dar forma a un argumento diametralmente opuesto al del magistrado Alberto Rojas Ríos. Parece ser que la idea detrás del argumento de la magistrada Ortiz, es que la Corte aplica el principio de autorrestricción cada vez que se acoge a su precedente e incluso lo profundiza y en ese sentido, una postura de autocontención implicaría continuar aplicando de manera automática la regla de competencia jurisprudencial. En este aspecto es importante recordar que, desde la perspectiva que se ha abordado en este trabajo, no es lo mismo hablar de autorregulación que de autocontención. La postura de la magistrada no tiene sustento teórico puesto que, como se ha visto, no basta con que la Corte se acoja a sus propias reglas o aplique los test diseñados por ella para que se hable de autocontención, sino que implica un ejercicio de racionalización de las decisiones en el que se sopesan ciertas razones normativas e institucionales.

Con relación a la identificación de los límites que la Corte se autoimpone, vimos que la corporación a través de su jurisprudencia establece reglas de interpretación y juicios que en últimas son métodos que utiliza para dar sustento a sus decisiones. Este tipo de límites, se enmarcan en lo que aquí se ha denominado *autorregulación* e implican para la Corte un ejercicio de subsunción de un caso concreto en las subreglas definidas jurisprudencialmente.

Ahora bien, con relación a los límites que la Corte se ha autoimpuesto en términos de *autocontención*, existen al menos dos consideraciones importantes: la primera relacionada con la autocontención de la Corte a la hora de tomar decisiones en áreas como el derecho penal o la hacienda pública. Lo que tienen en común estas áreas es que la libertad de configuración legislativa es muy amplía y en ese sentido, la Corte -al menos en las pocas referencias que aquí se expusieron-, ha sido oportuna en reconocer la competencia preferente del legislador para definir esos asuntos. Por supuesto, hay que aclarar que aquí no se profundiza en esta consideración, pues excede el propósito de este trabajo, de manera que valdría la pena revisar con mayor cuidado cuál ha sido el patrón decisional de la Corte en estos casos. La segunda consideración está relacionada directamente con los límites que la Corte se autoimpuso en las decisiones en las que evaluó la constitucionalidad de los instrumentos regulatorios de la implementación del acuerdo de paz. En este punto resulta fundamental hacer énfasis en que, contrario a lo que un ejercicio de autocontención implica, la posición dominante al interior de la Corte Constitucional convierte en irrelevante la regla de competencia explícita consagrada en la Constitución. Varios ejemplos de esta situación se expusieron en el apartado 2.3 de este trabajo pero se destacan los siguientes: (i) en la sentencia C-332 de 2017, la Corte aplica la regla de competencia jurisprudencial sin evaluar la racionalidad de la aplicación de la regla explícita y adicionalmente, se toma la atribución de efectuar el juicio de sustitución oficiosamente; (ii) en la sentencia C-674 de 2017 la Corte tampoco evalúa la necesidad o racionalidad de efectuar el juicio de sustitución en contraposición al control solo formal que establece la constitución. Lo más notable en esta sentencia es que la Corte termina

por modular su decisión y establecer una regla hiperconcreta y radicalmente distinta a la establecida por el legislador con relación a la duración y posibilidad de prórroga de la existencia de la jurisdicción especial de paz. (iii) La sentencia C-027 de 2018 reitera el precedente de aplicación automática del juicio de sustitución; aún así, los magistrados están de acuerdo en que el test debe flexibilizarse por el contexto de transición con el objetivo de garantizar la paz. Solamente en la sentencia C-076 del 2018, la Corte evita aplicar el juicio de sustitución por considerar que no existen razones evidentes que lo ameriten.

A partir del análisis que se ha realizado hasta aquí, esta autora considera que hay una buena dosis de razón en la hipótesis inicial de este trabajo y es que la Corte Constitucional, a la hora de decidir sobre los asuntos que conoce, prefiere las posiciones activistas sobre las posiciones de autocontención, con cierta propensión a contenerse en los casos en que la libertad de configuración legislativa es más amplia.

En suma, en términos del deber de autocontención de la Corte en la jurisprudencia sobre los instrumentos regulatorios de la implementación del Acuerdo Final de Paz entre el Gobierno Nacional y las FARC – EP pueden realizarse varias lecturas. En primer lugar, los magistrados de la Corte están conscientes y en la mayoría de las sentencias analizadas expresaron -en el contenido de la decisión o en los salvamentos de voto-, la importancia de observar el principio de autocontención; es decir, en primer término, la Corte admite que tiene un cierto deber de contención. Ahora bien, una segunda lectura nos lleva a identificar que, a pesar de ese reconocimiento, no hay uniformidad en la comprensión del alcance y las implicaciones de aplicar el principio; tan es así que fue utilizado en salvamentos de voto de la misma sentencia, para argumentar dos posiciones completamente opuestas.

Finalmente, se ha visto cómo el concepto de autocontención incide en la teoría constitucional en diferentes latitudes. Se trata de un concepto que procura mantener el equilibrio al interior del poder público y dilucida la preocupación por fortalecer la institucionalidad. Sin duda es un elemento importante y al que debe prestarse mayor atención desde la academia; pues una mayor claridad respecto a sus alcances, a los beneficios o riesgos de su uso por parte de los altos tribunales y en particular de los Tribunales Constitucionales, puede permitir que se den matices diferentes a las discusiones sobre activismo, legitimidad democrática de los Tribunales. Desde mi perspectiva, la Corte no tiene definidos unos parámetros ciertos y claros para efectuar el juicio de sustitución. Particularmente en este caso, por las implicaciones políticas y democráticas asociadas a un proceso de paz, la Corte debió autocontenerse. Esto es importante si tenemos en cuenta la expectativa de, en algún punto, celebrar nuevos acuerdos. Adicionalmente, parece importante que desde la academia se haga una reflexión y una crítica concienzuda a la cierta tendencia de la Corte de ampliar su competencia por vía jurisprudencial, dejando claro también que pese no ser objetivo de

ISSN: 2346 - 0792

este trabajo, pero sin restarle importancia a la necesidad de una corte en algunos casos activistas cuando hay temas que parecen no importar a los demás poderes públicos y son sensibles a los derechos.

Referencias bibliográficas

Bernal Pulido, C. (2005). *El derecho de los derechos: escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*. http://books.google.com/books?id=NBsWAQAAIAAJ&pgis=1

Bellinger c. Bellinger. (2003). *Opinions of the lords of appeal for judgment in the cause. https://publications.parliament.uk/pa/ld200203/ldjudgmt/jd030410/bellin-1.htm*

Corte Constitucional, (2017). *Sentencia C-332 de 2017*. Magistrado Ponente: Antonio Jose Lizarazo Ocampo. Bogotá D.C.

Corte Constitucional, (2017a). *Sentencia C-674 de 2017.* Magistrado Ponente: Luis Guillermo Guerrero Pérez. Bogotá D.C.

Corte Constitucional, (2018). *Sentencia C-027 de 2018*. Magistrado Ponente: Jose Fernando Reyes Cuartas. Bogotá D.C.

Corte Constitucional, (2018a). *Sentencia C-076 de 2018*. Magistrado Ponente: Alberto Rojas Ríos. Bogotá D.C.

Davidov, G. (2006). The Paradox of Judicial Deference. *National Journal of Constitutional Law*, *12*(2), 133-164.

Hart, H. (2009). *El concepto de derecho* (3a ed.). AbeledoPerrot.

Kavanagh, A. (2015). What's so weak about «weakform review»? The case of the UK human rights act 1998. *International Journal of Constitutional Law*, *13*(4), 1008-1039. https://doi.org/10.1093/icon/mov062

Kavanagh, A. (2017). El papel de los jueces en el marco de una carta de derechos: Una teoría de la contención judicial = The Role of Courts under a Bill of Rights: A Theory of Judicial Restraint. *EUNOMÍA. Revista en Cultura de la Legalidad*, *13*, 80. https://doi.org/10.20318/eunomia.2017.3806

Posner, R. A. (1983). The meaning of Judicial Self-Restraint. *Indiana Law Journal*, *59*(1), 1-23. https://www.repository.law.indiana.edu/iljAvailableat:https://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol59/iss1/1

Posner, R. A. (2012). The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint. *California Law Review*, *100*(3), 519-556. http://chicagounbound.uchicago.edu/journal_articles

Roa, J. E. (2019). *Control de constitucionalidad deliberativo: El ciudadano ante la justicia constitucional, la acción pública de inconstitucionalidad y la legitimidad democrática del control judicial al legislador*. Universidad Externado de Colombia; Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de España.

Tushnet, M. (2003). New forms of judicial review and the persistence of rights-and democracy-based worries. *Gorgetown Law Faculty Publications and Other Works*, *247*, 265-290. https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/247

Vega López, J. (2018). Límites de la jurisdicción, concepciones del Derecho y activismo judicial. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, *41*(41), 123. https://doi.org/10.14198/doxa2018.41.07

ISSN: 2346 - 0792