

## COSA JUZGADA Y CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

José Gregorio HERNÁNDEZ GALINDO\*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Objeto del control de constitucionalidad*. III. *Efectos de la cosa juzgada en las modalidades previas y automáticas del control constitucional*. IV. *La cosa juzgada aparente*.

### I. INTRODUCCIÓN

El viejo principio plasmado en la expresión latina “*res judicata pro veritate habetur*” tiene trascendental importancia y goza de características especiales en los sistemas de control de constitucionalidad. Diríase que la función judicial de defensa de la Constitución sería por completo inútil —y fracasaría, por tanto— si no fuera por el respaldo que le ofrece la aplicación y efectividad de la *cosa juzgada*.

En efecto, de la esencia del control constitucional —que persigue *asegurar* el imperio de la Constitución— es el carácter definatorio y definitivo de las decisiones adoptadas por los jueces o tribunales que lo tengan a su cargo. Una sentencia mediante la cual se declare la contradicción entre una norma inferior y la Constitución (inconstitucionalidad)<sup>1</sup> flaquearía en el logro del cometido propuesto si, pese a su obligatoriedad teórica, en la práctica el legislador o el órgano productor de la disposición declarada

\* Constitucionalista colombiano egresado de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá; catedrático en Derecho constitucional general y colombiano en las universidades Javeriana, Rosario, Sergio Arboleda, Santiago de Cali, Católica de Colombia y Santo Tomás.

<sup>1</sup> En Colombia se utiliza la expresión *inexequibilidad*, que significa, como consecuencia de la oposición entre la norma examinada y la Constitución, la general y definitiva inaplicabilidad de aquélla, así como su forzosa exclusión del sistema jurídico.

inconstitucional pudiera reproducirla, con iguales efectos e identidad material, en un precepto formalmente distinto. O si, dictado el fallo que expulsa la norma del sistema jurídico, el mismo tribunal que lo profirió u otro<sup>2</sup> pudiera volver sobre el tema tratado para resolver lo contrario y reincorporar la norma al ordenamiento, dentro del criterio de su constitucionalidad. Ello significaría, ni más ni menos, la erosión del sistema de control, en cuanto ninguna seguridad jurídica tendrían las decisiones del juez de constitucionalidad. La función de defensa de la Constitución se tornaría inestable, y hasta sobraría.

Pero se precisa introducir distinciones acerca del alcance del principio en materia de control constitucional, ya que de una parte no tiene, en este campo, las mismas características aplicables a las decisiones judiciales en otras ramas del derecho, y, de otra, una concepción inflexible de la cosa juzgada constitucional, haciéndola absoluta en todos los casos, implicaría también un debilitamiento de la función, maniatando a los jueces hacia el futuro. Piénsese, por ejemplo, en un fallo declaratorio de la constitucionalidad de una ley respecto del cual se sostuviera la cosa juzgada absoluta, no obstante que el examen efectuado por los jueces constitucionales únicamente hubiese completado algunos aspectos de posible confrontación entre las disposiciones objeto de proceso y las normas fundamentales. Así, las demás cuestiones que pudieran ser planteadas ya no podrían, en adelante, ser objeto de fallo, frustrándose así el propósito de garantizar a plenitud el imperio del orden constitucional.

¿Cómo se logra, entonces, equilibrar la aplicación del principio de la *cosa juzgada* para que, en realidad, a través de la actividad de los jueces constitucionales, prevalezca ese otro gran principio que es la *supremacía constitucional*?

Procedamos al análisis, sin perder de vista un elemento inevitable: es muy difícil que las reglas aplicables para la indicada finalidad sean de carácter normativo. No podemos asegurar que todos los eventos posibles sean previstos con fortuna en abstracto, mediante artículos imperativos e inflexibles. Deben ser los propios jueces constitucionales los que, en su jurisprudencia, tracen las pautas que al respecto hayan de ser observadas.

<sup>2</sup> Entendiendo que estamos hablando de fallos inapelables o de única instancia. En los sistemas en que hay doble instancia, la providencia del juez de primer grado está sujeta a la decisión que adopte el superior, la cual obviamente puede revocar o modificar el fallo inicial. Mientras éste no se encuentre en firme, no se puede hablar de cosa juzgada.

## II. OBJETO DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

La organización estatal asume una determinada forma y adopta una cierta estructura jurídica en la que concreta los valores, principios y reglas establecidos por el titular del poder político dominante. Los fundamentos de esa organización, o, si se quiere, las bases en que se apoya ese Estado integran lo que denominamos *Constitución*. Bajo esta perspectiva, el Estado requiere siempre de una *Constitución*, lo que significa que, en sentido general, no se concibe un Estado que carezca de ella.

Manuel García Pelayo lo advierte, para señalar el concepto primigenio de Constitución:

...la Constitución forma parte integrante del orden estatal, pues el Estado es una unidad de poder que actúa mediante el despliegue de tal poder. Mas para la existencia de dicha unidad, y para hacerla actuante se precisa una organización, y esta organización de los poderes públicos es precisamente la Constitución. En verdad que ni la organización del Estado se agota en la Constitución, ni ésta se agota en la organización del Estado; pero sí es, en una u otra forma, parte integrante y supuesto de la existencia de ésta.

La Constitución forma parte de la estructura política, pues todo el pueblo tiene una manera concreta de existir políticamente: es monarquía o república, federación o Estado centralizado, individualista o colectivista, tranquilo o convulsivo, etcétera, y un aspecto parcial de esta forma de existencia se hace patente por la constitución. Además, toda Constitución representa de manera racional o tradicional, absoluta o de compromiso, una concreción de valores políticos, y cualquiera que sea la expresión de sus normas —legal o consuetudinaria, sistemática o asistemática— cabe descubrir en su base unos “principios” políticos sustentadores. Y, en fin, las fuerzas político-sociales se convierten en estatales y sus directivas programáticas se transforman en normas jurídicas por y a través de la estructura constitucional.

Mas todo esto no quiere decir que se trate de tres objetos independientes entre sí, ni de que la Constitución signifique, por tanto, una denominación que cubra tres tipos de realidades. Se trata, por el contrario, de tres momentos de una misma realidad, que como tales no sólo se suponen, sino que se condicionan mutuamente. Pues, por un lado, las competencias en las que se expresan las normas de organización del orden jurídico no pueden ser otra cosa que una organización del poder del Estado y de su ejercicio; al tiempo que uno de los factores que convierten a una pluralidad de normas en un orden jurídico positivo e históricamente concreto es precisa-

mente esa unidad de poder que se hace posible a través de la Constitución. Por otro lado, la organización de poderes y su ejercicio se expresan en normas jurídicas y no pueden menos de expresarse y actuar con arreglo a ellas, ya que éstas representan la forma más segura y perfecta de organización.<sup>3</sup>

Ahora bien, aun en los casos de organizaciones no democráticas, los titulares del poder estatal tienden a preservar la Constitución adoptada, ya que ella consagra la esencia de su fundamento ideológico y político, a la vez que centraliza las reglas impuestas, pactadas o acogidas —depende de la forma de gobierno adoptada y de cuál haya sido el desenvolvimiento del proceso político que condujo a la implantación del respectivo régimen o sistema—, por lo cual, en el entendido de que la Constitución es de naturaleza y origen eminentemente político, la subsistencia de la específica organización estatal exige que se proclame la supremacía de aquélla.

En un sistema democrático, puesto que la soberanía reside en el pueblo y se entiende que los derechos y las libertades de sus integrantes, además de la estructura del Estado, son también objeto del contenido de la Constitución, deben ser asegurados el imperio y fortaleza de sus normas. Mucho más cuando se trata de Constituciones escritas, ya que —si nos acordamos de los orígenes del constitucionalismo—, la letra misma de la Constitución ha representado siempre una garantía.

En ese orden de ideas, el Estado debe salvaguardar la vigencia efectiva de la Constitución como norma básica, o norma de normas, dentro del propio sistema jurídico que en ella se funda. Si los órganos constituidos pueden establecer y hacer exigibles normas jurídicas, es imprescindible la certidumbre acerca de que ellas no serán proferidas por fuera de las reglas constitucionales o contra sus valores o mandatos.

Surge, entonces, el principio de supremacía o suprallegalidad de la Constitución.

Acerca de tal principio hemos expresado:

La Constitución, como estructura que configura y ordena al Estado y como expresión y resultado de la decisión política soberana en cuya virtud es establecido el ordenamiento jurídico, es la *norma fundamental* dentro del

<sup>3</sup> García Pelayo, Manuel, *Derecho constitucional comparado*, Madrid, Alianza Editorial, 1987, p. 101.

mismo. Las normas creadas por los órganos constituidos no pueden oponerse a las que integran el sistema básico adoptado por el Constituyente. La validez de todo precepto en las distintas escalas de la jerarquía normativa deriva necesariamente de su ajuste a las disposiciones del más alto nivel, que en el orden interno son las constitucionales, como lo enseña Hans Kelsen.

El principio de *supremacía* o *supralegalidad* de la Constitución, del cual es consecuencia la previsión de mecanismos de control de constitucionalidad, aplicables a las normas inferiores, tiene dos aspectos: uno *formal* y otro *material*. En virtud del primero, la superior jerarquía de la Constitución se traduce, especialmente cuando se trata de constituciones escritas, en la existencia de procedimientos más complejos y difíciles para su reforma, “agravados” respecto de los ordinarios, señalados en la propia Constitución para la expedición de las leyes y otras normas; y en tal sentido sólo es válida la reforma constitucional adelantada con estricto arreglo a los trámites, requisitos y procedimientos señalados. Por el segundo se entiende la prelación de *contenido*, a favor de la Constitución y sobre las normas que expiden los órganos constituidos.

La Constitución hace parte del orden jurídico del Estado, pero no de cualquier manera: ella lo instaura y otorga fundamento a las demás piezas que lo integran.<sup>4</sup>

Apunta Bidart Campos acerca del fundamento contemporáneo y los alcances del postulado de la supremacía constitucional:

El orden jurídico de todo estado tiene siempre un *fundamento positivo*, que es la Constitución. Dentro del orden normativo esa Constitución puede estar formulada por escrito, puede estar dispersa en varias leyes, puede ser consuetudinaria en forma total o parcial, etcétera, pero siempre tiene expresión de deber ser. En el orden de la realidad también hay una Constitución, que puede ser coincidente con la normada legalmente —ello ocurre cuando ésta se cumple exactamente—, o puede ser distinta y opuesta. De todas maneras, *no hay Estado sin Constitución*. Y es esta Constitución la que apoya, sustenta y da fundamento al orden jurídico del estado.

En un primer sentido, la supremacía de la Constitución enuncia algo fáctico: la Constitución es suprema porque es el *primer fundamento del orden jurídico* y del Estado; ella hace que todo lo demás sea de una manera determinada y no de otra.

<sup>4</sup> Hernández Galindo, José Gregorio, *Poder y Constitución*, Bogotá, Legis, 2001, p. 67.

Sin embargo, el constitucionalismo moderno, sin perder esta orientación, ha impreso a la idea de supremacía de la Constitución un matiz típico y peculiar; no desconoce que la constitución es la piedra basal, en función de la cual todo el edificio jurídico tiene una concreta estructura, pero quiere añadir algo más. La Constitución es suprema, y por ser suprema obliga normativamente a que las ulteriores normaciones jurídicas se ajusten a sus disposiciones, so pena de reputarlas *anticonstitucionales* y, por ende, afectadas de *nulidad*. Ya no es una supremacía puramente existencia; no dice que todo el orden jurídico sea de tal modo y no de otro porque la constitución le confiera un fundamento determinado y no otro; dice que todo el orden jurídico debe subordinarse a las normas de la Constitución, y que si así no lo hace, se verá privado de validez. La validez de ese orden se imputa a la norma constitucional originaria. Es, entonces, un problema de validez y no de facticidad.

¿A qué Constitución se refiere este segundo sentido cuando la erige en norma fundamental y originaria de validez? No a la Constitución como hecho o vigencia, sino a la Constitución como texto sistemático, o a lo menos, como conjunto de leyes constitucionales. No es común que una Constitución consuetudinaria se invoque como suprema para derivar de ella las restantes normaciones, y para invalidarlas si la contrarían.

La noción moderna de la supremacía constitucional se compagina con la imagen kelseniana del orden jurídico; dentro de éste, hay planos o estratos que regulan la creación de los sucesivos, y se relacionan entre sí con vínculos de supra y subordinación. La norma que determina la creación de otra es superior a ésta, y la creada según esa regulación, inferior a aquélla; el orden jurídico, dice Kelsen, implica una verdadera jerarquía de diferentes niveles de normas; supuesta la existencia de la norma fundamental, la Constitución representa el nivel más alto en el derecho positivo de un Estado.<sup>5</sup>

La imposición de la Constitución como suprema obliga a los órganos de creación de normas derivadas a restringir su actividad dentro de los límites señalados por la Constitución; de allí que ésta debe ser escrita, para que tales competencias conozcan sin lugar a dudas las previsiones normativas que han de respetar y obedecer.<sup>6</sup>

<sup>5</sup> Dice Felipe Tena Ramírez que la supremacía teórica de la Constitución responde no sólo a que es la expresión de la soberanía, sino también a que por serlo está encima de todas las leyes y autoridades: es la ley que rige las leyes y que autoriza a las autoridades. Supremacía dice calidad de suprema, que por ser emanación de la autoridad más alta corresponde a la constitución; en tanto que primacía denota el primer lugar que entre todas las leyes ocupa la constitución. *Derecho constitucional mexicano, cit.*, pp. 53 y ss.

<sup>6</sup> Bidart Campos, Germán J., *Derecho constitucional*, Buenos Aires, Ediar, 1968, t. I, pp. 207-209.

Desde luego, para que la jerarquía superior de la Constitución y su prevalencia sobre las disposiciones que expidan los órganos estatales sean efectivas, lo que en últimas implica que en la práctica se establezca la validez de tales normas, es necesario que alguien *las defina*. Tiene que hacerlo también un órgano constituido, creado por la Constitución y dotado por ella misma de la autoridad necesaria para decidir acerca de esa validez.

Se trata de *definir*, esto es, de resolver en últimas si una norma determinada es compatible con la Constitución, y en consecuencia válida, o si es incompatible, y por tanto debe ser retirada del ordenamiento jurídico.

En lo que respecta al cumplimiento de la descrita función del control de constitucionalidad, juega papel importante la seguridad jurídica, y ésta no se logra sino sentando el principio según el cual, una vez tramitado el proceso correspondiente y definida la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la disposición sometida a análisis, no puede volverse sobre el punto ya tratado, con independencia del sentido de la decisión. Ese es el principio de la cosa juzgada, que opera en todas las ramas del derecho, confiando certidumbre a quienes toman parte en los procesos judiciales, y que en el terreno constitucional es insustituible para salvaguardar la intangibilidad de las decisiones proferidas por el órgano encargado de la defensa judicial de la Constitución.

Las peculiaridades de cada sistema de control dependen de las normas constitucionales y legales que, en el respectivo Estado, se dicten para estructurarlo, lo que incide en la imposibilidad de sostener con absoluta precisión y en un sentido inmutable cuáles habrán de ser los presupuestos y las consecuencias de que haya operado en un cierto caso la cosa juzgada, así como en torno a los efectos jurídicos que dentro del mismo sistema producirá la eventual transgresión del principio, si ocurriese que se falla de nuevo sobre lo ya resuelto, o si se llegase a reproducir la norma expulsada del ordenamiento jurídico por parte del juez constitucional.

Empero, en términos generales podemos indicar que, para los efectos de la adquisición del carácter definitivo de un fallo —es decir, para que se entienda que alcanzó la autoridad de la cosa juzgada— es necesario que, habiendo previsto las normas pertinentes el trámite de una sola y única instancia —normalmente la del tribunal constitucional—, se haya agotado dicho trámite a plenitud y se haya votado, previo debate, acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad, en el seno del órgano correspondiente, tal como lo dispongan las disposiciones aplicables.

Aunque el principio de la cosa juzgada es inherente a la función del juez constitucional, toda vez que sus fallos han de tener un carácter definitivo que resguarde la intangibilidad de la Constitución y que sancione las normas que pretendan oponérsele, por lo cual no sería indispensable que fuera explicitado normativamente, las constituciones y las leyes relativas al sistema de control constitucional suelen aludir, con distintas expresiones, a esa propiedad de las sentencias dictadas en la materia.

Así, por ejemplo, el artículo 243 de la Constitución colombiana declara:

Artículo 243. Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional.

Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución.

La Constitución chilena de 1980 estipuló:

Artículo 83. Contra las resoluciones del Tribunal Constitucional no procederá recurso alguno, sin perjuicio de que puede el mismo Tribunal, conforme a la ley, rectificar los errores de hecho en que hubiere incurrido.

Las disposiciones que el Tribunal declare inconstitucionales no podrán convertirse en ley en el proyecto o decreto con fuerza de ley de que se trate. En los casos de los números 5 y 12 del artículo 82, el decreto supremo impugnado quedará sin efecto de pleno derecho, con el solo mérito de la sentencia del Tribunal que acoja el reclamo.

Resuelto por el Tribunal que un precepto legal determinado es constitucional, la Corte Suprema no podrá declararlo inaplicable por el mismo vicio que fue materia de la sentencia.

La Constitución Española de 1978, sobre el Tribunal Constitucional y los efectos de sus sentencias, establece:

Artículo 164. 1. Las sentencias del tribunal constitucional se publicarán en el Boletín Oficial del Estado con los votos particulares, si los hubiere. Tienen el valor de cosa juzgada a partir del día siguiente de su publicación y no cabe recurso alguno contra ellas. Las que declaren la inconstitucionalidad de una ley o de una norma con fuerza de ley y todas las que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho, tienen plenos efectos frente a todos.

La Constitución italiana de 1947, en sus artículos 136 y 137 estipuló:

Artículo 136. Cuando el Tribunal declare la inconstitucionalidad de una disposición legislativa o de un acto de fuerza de ley, la norma dejará de surtir efecto desde el día siguiente a la publicación de la sentencia.

La resolución del Tribunal se publicará y notificará a las Cámaras y a los Consejos Regionales interesados a fin de que, si lo consideran necesario, provean con arreglo a las formalidades previstas por la Constitución.

Artículo 137. Una ley constitucional establecerá las condiciones, las formas, los plazos de interposición de los recursos de legitimidad constitucional y las garantías de independencia de los magistrados del Tribunal.

Se establecerán por ley ordinaria las demás normas necesarias para la constitución y el funcionamiento del Tribunal.

Contra las decisiones del Tribunal Constitucional no se dará apelación.

Como puede verse, se atribuye a la decisión que adopta un tribunal constitucional una consecuencia inmediata y definitiva que recae sobre la norma cuestionada, y que tiene fuerza definitiva, esto es, aunque no se utilicen tales términos, se trata de resoluciones que hacen tránsito a cosa juzgada.

Resalto lo pertinente al efecto directo de la sentencia sobre la norma, toda vez que la decisión de un tribunal constitucional no corresponde, como algunos medios de comunicación lo entienden en ocasiones, a un *concepto* u *opinión* que deba ser tomado en cuenta por otro u otros órganos del aparato estatal. Se trata de resoluciones de suyo obligatorias, que no requieren de la anuencia ni de la actividad de otros órganos para ser ejecutadas, ya que inciden inmediatamente en el sistema jurídico. Por lo cual, si el fallo es de inconstitucionalidad, la consecuencia no es la de una recomendación, y ni siquiera la de una orden, a la rama legislativa o a la ejecutiva sobre retiro del ordenamiento de la norma jurídica viciada, sino que la providencia del tribunal constitucional correspondiente tiene la virtualidad, con base en su competencia, de ocasionar la supresión del precepto inconstitucional. Diríase que la sentencia fulmina ese precepto.

De lo dicho se infiere lógicamente que la eliminación de la norma inconstitucional es irreversible, al menos mientras permanezcan en vigor las normas constitucionales con las cuales se hizo la confrontación, y aún en el caso de una reforma constitucional que implicara la desaparición de la confrontación, o la purga de la inconstitucionalidad, como ya el fallo habría excluido ese precepto del ordenamiento jurídico, sería indispensable su restablecimiento por la vía legislativa.

La cosa juzgada constitucional es desarrollo del principio de seguridad jurídica e impide que las decisiones del juez constitucional se adopten en vano.

Se distingue entre cosa juzgada constitucional *formal* y cosa juzgada constitucional *material*. La primera significa que una norma formalmente determinada (una ley, un decreto, un artículo... individualizado) ha sido examinada por el tribunal constitucional y que respecto de esa norma existe un fallo mediante el cual se define si se encuentra o no ajustada a la Constitución. La segunda consiste en que un cierto *contenido normativo* ha pasado por el cotejo de constitucionalidad y respecto a él se ha proferido decisión que lo declara constitucional o inconstitucional.

Si se acoge simplemente el principio de la cosa juzgada formal, se concluirá que, por ejemplo, un precepto claramente identificado e identificable externamente (la ley tal; el artículo tal) es inconstitucional, y se ha retirado del ordenamiento jurídico en cuanto el juez constitucional así lo ha declarado, pero bien podría repetirse el juicio de constitucionalidad sin vulnerar el principio de la cosa juzgada si el mismo contenido normativo se incluye en otro precepto formalmente nuevo y distinto. Se expide otra ley que reproduce la disposición declarada inconstitucional, y puede el juez volver a pronunciarse; bien podría hacerlo en forma diferente, aun sacrificando su propia coherencia, si la confrontación se hace de fondo con los mismos mandatos constitucionales con los cuales se había hecho la primera comparación.

Cuando se acoge, en cambio, el criterio de la cosa juzgada constitucional bajo una perspectiva material, entendemos que se preserva el carácter definitivo del juicio de constitucionalidad en relación con la sustancia del precepto examinado. Vamos al contenido y no sólo al continente. De tal manera que, bajo este criterio, si la norma declarada inconstitucional se reproduce, idéntica en su fondo, en otra norma nueva, este hecho no modifica el fallo, ni tiene la virtualidad de restituir la competencia del juez de constitucionalidad para volver a pronunciarse. Ya sobre ese contenido hay sentencia previa que goza de la autoridad de la cosa juzgada, y mal puede volverse sobre ella mientras permanezcan en vigor las mismas reglas constitucionales a la luz de las cuales se hizo el examen de constitucionalidad. El mismo efecto se produce frente a la declaración de constitucionalidad: puede darse el caso de un código nuevo que reproduce disposiciones del código anterior, algunas de las cuales ya habían sido juzgadas, en la vigencia del viejo código, por el tribunal constitucional y

halladas conformes a la Constitución. El hecho de hallarse ahora en el nuevo código, siendo exactas a las precedentes, no habilita al tribunal para proferir nuevo fallo, menos todavía para declarar ahora que es inconstitucional lo que antes, frente a la misma Constitución, fue encontrado válido.

Es evidente que todo cambia, aun desde el punto de vista material, si lo que sufre mutación es la propia Constitución. Bien puede, en virtud de una reforma, señalar ahora lo contrario de lo que antes establecía; autorizar algo que no autorizaba; o prohibir algo que no prohibía. En tal hipótesis, puesto que la previa confrontación se efectuó en relación con la Constitución anterior, nada impide que sobre una disposición que subsiste y que había sido hallada constitucional con antelación, vuelva el tribunal constitucional a decidir. La cosa juzgada se predicaba de la conformidad con las disposiciones superiores antiguas, lo cual no garantiza que se mantenga respecto de las nuevas.

Así, una norma puede *purgar* su inconstitucionalidad anterior —siempre que no se hubiere pronunciado ya el tribunal constitucional, pues en tal evento ya la ha retirado del orden jurídico y retirada se ha quedado—, o puede acontecer lo contrario: una disposición perfectamente acorde a la Constitución anterior, cae en la *inconstitucionalidad sobreviniente* por haber cambiado las reglas constitucionales. En realidad, en casos como este último, lo que se ha producido es una derogación de la norma por la propia Constitución, y la sentencia de inconstitucionalidad que se pronuncie no hace sino confirmar la derogatoria.

Ahora bien, la cosa juzgada puede ser *absoluta* o *relativa*, según el alcance de la decisión correspondiente.

Dicho alcance depende de la materia sobre la cual haya versado el juicio de constitucionalidad, vista dentro de la perspectiva de la función confiada al tribunal constitucional. Si la norma fue efectivamente cotejada con toda la Constitución y por todos los aspectos, de manera que no quede cuestión alguna por resolver en punto a la sujeción del precepto examinado a las disposiciones superiores, debe admitirse que la cosa juzgada es absoluta; en tanto permanezcan esas normas constitucionales en vigor, ya no podrá intentarse un nuevo análisis de constitucionalidad, ya que todo está fallado.

En cambio, si el estudio de constitucionalidad fue apenas parcial; si se verificó la conformidad de la norma enjuiciada tan sólo respecto a determinados mandatos de la carta política, o si apenas se dilucidaron algunos

aspectos de posible vulneración constitucional, y queda aún la posibilidad —no tratada por el tribunal— de que esa norma pueda ser inconstitucional, la cosa juzgada es relativa: únicamente se predica respecto de lo expresamente examinado por el juez de constitucionalidad, y ello se establece mediante el análisis de la sentencia dictada, por su contenido, tanto en la parte resolutive como en la motiva.

A nuestro juicio, como lo dijimos antes, la determinación final de si operó o no la cosa juzgada constitucional y con qué alcance, es algo que corresponde al tribunal constitucional. No hay otro camino para definirlo, pues el tribunal constitucional es órgano límite en razón de sus mismas atribuciones.

Sin embargo, creemos que el criterio para fijar el alcance de la sentencia no puede depender de la expresión consignada en tal sentido en el texto de esa misma sentencia: es decir, puede ella haber omitido el señalamiento acerca del carácter absoluto de su dictamen y ser en realidad absoluta la cosa juzgada, en razón del contenido exhaustivo del examen efectuado. O a la inversa: puede acontecer que se haya pretendido, en los términos usados por el tribunal, que hay cosa juzgada absoluta, y con posterioridad encontrar él mismo que en realidad quedaban puntos trascendentales de constitucionalidad por resolver, evento en el cual se verá precisado a rectificar en posterior sentencia, efectuando las confrontaciones que faltaban.

Por supuesto, no debe tratarse en tales casos de minucias o de cuestiones accidentales, sino de problemas de constitucionalidad que tengan verdadera importancia, mirada —se repite— la esencial función del tribunal constitucional, cual es el imperio efectivo del Estatuto Fundamental.

### III. EFECTOS DE LA COSA JUZGADA EN LAS MODALIDADES PREVIAS Y AUTOMÁTICAS DEL CONTROL CONSTITUCIONAL

Algunos sistemas —el colombiano, por ejemplo— contemplan formas de control constitucional *previas y automáticas*.

Entendemos que el control se ejerce *previamente* cuando el momento en que se produce la decisión del tribunal constitucional antecede a la entrada en vigor y a la producción de efectos de la norma objeto del mismo, mientras que es posterior el control que se cumple a pesar de que ya la disposición materia de examen haya entrado en vigencia y esté produciendo efectos.

Reservamos la expresión “*automático*” para referirnos al control de constitucionalidad que tiene lugar por ministerio y mandato de la propia Constitución, sin que para poner en funcionamiento el mecanismo correspondiente sea indispensable que se ejerza alguna acción o se formule una solicitud expresa.

Así, en el sistema colombiano se prevé que los Tratados Internacionales, una vez aprobados por el Congreso, deben ser remitidos dentro de los seis días siguientes, junto con la ley aprobatoria, a la Corte Constitucional, para que ésta defina si se ajustan a la Carta Política o la vulneran, total o parcialmente, tanto en el aspecto de formación o aprobación como en el contenido de sus cláusulas. A esa decisión de la Corte Constitucional se supedita la posterior actividad del presidente de la República sobre el tratado, pues si ha sido declarado *exequible*<sup>7</sup> puede ratificarlo o expresar la voluntad del Estado colombiano en el sentido de obligarse por el tratado, al paso que si se declara *inexequible*, no lo puede ratificar. En el caso de los tratados multilaterales parcialmente declarados *inexequibles*, el Presidente de la República no puede ratificarlos sino formulando la reserva correspondiente (artículo 241, numeral 10, CP).

La sentencia en la cual se plasma la decisión de la corte acerca del tratado internacional y su ley aprobatoria hace tránsito a cosa juzgada. Ella es absoluta si se declara *exequible*, o si se encuentra inconstitucional por razones de fondo (colisión sustancial entre la cláusula y el contenido de la Constitución). Si lo que se halla inconstitucional es la ley aprobatoria por vicios de trámite o de forma, la cosa juzgada es absoluta en relación con ese tema, pero no afecta definitivamente las cláusulas mismas del tratado, que puede ser aprobado de nuevo por el congreso, ya sin vicios y, declarado entonces *exequible*, si se acomoda a la Constitución, tras lo cual puede ser ratificado por el Poder Ejecutivo.

En caso de que la corte declare la constitucionalidad del tratado y de la ley, tanto por razones de forma como de fondo, el fallo hace tránsito a cosa juzgada absoluta, y por tanto no hay oportunidad de nueva decisión, en especial considerando que, una vez ratificado el tratado, se genera el compromiso del Estado a nivel internacional, la intangibilidad de ese compromiso y la aplicación de la cláusula *pacta sunt servanda*.

<sup>7</sup> En el lenguaje jurídico colombiano, como atrás se indicó, se utiliza la expresión *exequible* para referirse a la constitucionalidad de una norma. Por ajustarse a la Constitución, es *ejecutable*. Si, por el contrario, la Corte Constitucional concluye que es inconstitucional, se declara *inexequible*, es decir, por tal razón no puede ejecutarse.

Obsérvese que el control que ejerce la Corte es posterior en relación con la ley aprobatoria y su trámite, pues es previo al tratado, que no ha principiado a producir efectos, salvo el caso de los tratados que excepcionalmente pueden entrar en vigor provisional (antes de ser aprobados por el congreso), en materias económicas y comerciales (artículo 224, CP).<sup>8</sup>

Otra modalidad de control previo y automático —propia del sistema colombiano— es la relativa a las denominadas “leyes estatutarias”, que fueron introducidas en la Constitución de 1991 y que se caracterizan, además de su superior jerarquía, por regular determinadas materias consideradas de primer orden por el constituyente.<sup>9</sup>

Para asegurar la estabilidad de esas leyes, impidiendo posteriores demandas sobre artículos o fragmentos normativos, que impliquen a su vez

<sup>8</sup> El artículo 224 de la Constitución colombiana dispone: “Los tratados, para su validez, deberán ser aprobados por el congreso. Sin embargo, el presidente de la República podrá dar aplicación provisional a los tratados de naturaleza económica y comercial acordados en el ámbito de organismos internacionales, que así lo dispongan. En este caso tan pronto como un tratado entre en vigor provisionalmente, deberá enviarse al congreso para su aprobación. Si el congreso no lo aprueba, se suspenderá la aplicación del tratado”.

<sup>9</sup> Los artículos 152 y 153 de la Constitución colombiana disponen: “Artículo 152. Mediante las leyes estatutarias, el Congreso de la República regulará las siguientes materias: a) Derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección; b) Administración de justicia; c) Organización y régimen de los partidos y movimientos políticos; estatuto de la oposición y funciones electorales; d) Instituciones y mecanismos de participación ciudadana; e) Estados de excepción; f) *Adicionaldo. A.L. 2/2004, artículo 4o.* La igualdad electoral entre los candidatos a la Presidencia de la República que reúnan los requisitos que determine la Ley PAR. TRANS. *Adicionaldo. A.L. 2/2004, artículo 4o.* El Gobierno Nacional o los miembros del Congreso presentarán, antes del 1o. de marzo de 2005, un proyecto de Ley Estatutaria que desarrolle el literal f) del artículo 152 de la Constitución y regule además, entre otras, las siguientes materias: garantías a la oposición, participación en política de servidores públicos, derecho al acceso equitativo a los medios de comunicación que hagan uso del espectro electromagnético, financiación preponderantemente estatal de las campañas presidenciales, derecho de réplica en condiciones de equidad cuando el presidente de la República sea candidato y normas sobre inhabilidades para candidatos a la presidencia de la República. El proyecto tendrá mensaje de urgencia y podrá ser objeto de mensaje de insistencia si fuere necesario. El Congreso de la República expedirá la Ley Estatutaria antes del 20 de junio de 2005. Se reducen a la mitad los términos para la revisión previa de exequibilidad del proyecto de Ley Estatutaria, por parte de la Corte Constitucional”.

“Artículo 153. La aprobación, modificación o derogación de las leyes estatutarias exigirá la mayoría absoluta de los miembros del Congreso y deberá efectuarse dentro de una sola legislatura. Dicho trámite comprenderá la revisión previa, por parte de la Corte Constitucional, de la exequibilidad del proyecto. Cualquier ciudadano podrá intervenir para defenderla o impugnarla”.

permanentes sentencias en cuya virtud se ocasione la desintegración del conjunto normativo, la Constitución exigió que, una vez aprobado el proyecto de ley por el congreso, pasará al examen de la Corte Constitucional tanto por aspectos formales como por su contenido, de manera que cuando la ley entre a regir se tenga ya la total certidumbre acerca de su plena constitucionalidad.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido reiterada en el sentido de que tal control es exhaustivo, integral y definitivo, en términos tales que la respectiva sentencia hace tránsito a cosa juzgada absoluta, por lo cual no se admiten demandas posteriores que puedan poner en tela de juicio la validez de las normas estatutarias, todas las cuales en adelante se extienden ajustadas a la Constitución.

Como en la práctica se ha encontrado que en ocasiones, pese a la voluntad de la corte, el examen de constitucionalidad no ha sido lo exhaustivo que se quisiera para asegurar la total exequibilidad de los preceptos estatutarios, algunos constitucionalistas propugnan la revisión de la anotada jurisprudencia, para casos en que ostensiblemente una norma supuestamente cobijada por la cosa juzgada absoluta no fue en realidad confrontada con la Constitución.<sup>10</sup>

#### IV. LA COSA JUZGADA APARENTE

Puede darse el caso de una sentencia del tribunal constitucional mediante la cual —en especial cuando se trata de estatutos extensos— una norma se declare constitucional o inconstitucional —y así aparezca en la parte resolutive del fallo—, aunque en realidad no haya sido confrontada

<sup>10</sup> En “Elementos de juicio”, *Revista de Temas Constitucionales*, año II, núm. 5, mayo-septiembre de 2007, la doctora Laura Ospina expresó: “Yo lo que pienso es que los dos casos que hemos estado tratando, tanto el tema de la cosa juzgada absoluta o relativa, como en este caso, el tema del control integral de las leyes estatutarias, pone en evidencia la inconveniencia de un control integral de ese tipo... La jurisprudencia no puede cambiar en la medida que hay unas normas constitucionales clarísimas sobre cómo debe ejercerse el control a propósito de las leyes estatutarias... Pero lo que a uno sí le demuestran estos dos casos, es que realmente no es muy conveniente el control integral y que cierra las puertas a futuras demandas. O lo otro es, que no sé si sería eventualmente admisible, abrir las puertas a esas demandas, cuando se planteen cargos que manifiestamente y probadamente no hayan sido estudiados por la Corte” (Beltrán Sierra, Alfredo *et al.*, “Coloquio sobre la Constitución: su imperio y su defensa”, pp. 221 y 222).

con la Constitución durante el proceso, y en consecuencia no sea posible encontrar en la motivación las razones por las cuales se produjo el juicio correspondiente.

Mal podría atribuirse a una sentencia proferida con esas características el efecto definitorio propio de la cosa juzgada constitucional, ya que ello equivaldría a admitir que puede el juez constitucional, sin dar sus razones, mantener en el ordenamiento jurídico, o retirar del mismo, una disposición que no ha estudiado, y en tal sentido ese juez constitucional estaría disponiendo de la validez y la vigencia de la norma según su voluntad, y no según la Constitución.

En Colombia, el antecedente más próximo se encuentra en la sentencia C-700 del 16 de septiembre de 1999, mediante la cual la Corte Constitucional se pronunció declarando la inconstitucionalidad de varias disposiciones que en apariencia habían sido declaradas exequibles en un fallo anterior, aunque sin haberse expresado en la primera oportunidad, ni siquiera en forma mínima, cuál era el motivo para sostener la sujeción de tales preceptos a la carta política.

Vale la pena citar los párrafos pertinentes de la mencionada sentencia:

Como en procesos anteriores, de los cuales resulta el más destacado el que se decidiera mediante sentencia C-397 del 5 de septiembre de 1995, esta Corte halla en la parte resolutive transcrita un aparente obstáculo para resolver acerca de la constitucionalidad de las normas demandadas.

Pero, como entonces, basta cotejar las motivaciones del fallo para concluir sin género de dudas que la cosa juzgada, en relación con la materia que ahora se plantea, no existe, dada la absoluta falta de toda referencia, aun la más mínima, a las razones por las cuales fue declarada la constitucionalidad de lo acusado.

En efecto, si bien en la parte resolutive de la sentencia se dice que el Decreto 663 de 1993 es declarado exequible, sin distinciones ni restricciones, no hay en el texto de las consideraciones de la Corte siquiera la más breve mención y menos el análisis del extenso estatuto (339 artículos en total, jamás cotejados global ni individualmente con la Constitución en dicho fallo), y se echa de menos el más sencillo razonamiento para concluir en la exequibilidad que luego se declara.

Al respecto, entonces, no puede hablarse siquiera de una cosa juzgada relativa —que consiste en el estudio de una norma a la luz de ciertos argumentos o razones, dejando posibilidad de otros no considerados, pero sobre el supuesto de que, al menos, la normatividad acusada ha sido materia

de examen—, y tampoco de una cosa juzgada absoluta, que mal podría surgir de la nada, sino que se trata de una verdadera inexistencia de motivación; de una plena y total falta del sustento que toda decisión judicial debe exhibir para poder alcanzar firmeza. Estamos, en últimas, ante una cosa juzgada aparente como aquella que removiera la Corte en la mencionada sentencia C-397 del 7 de septiembre de 1995, cuyas razones cabe ahora recordar.

Ha sido prolija la jurisprudencia de la Corte en torno al principio de la cosa juzgada constitucional, que significa no solamente el carácter definitivo e incontrovertible de las sentencias que aquélla pronuncia, de manera tal que sobre el tema tratado no puede volver a plantearse litigio alguno, sino la prohibición a todo funcionario y organismo de reproducir las normas que la Corte haya declarado inexequibles por razones de fondo mientras permanezcan vigentes los mandatos constitucionales con los cuales se hizo el cotejo.

La Corte ha estimado —y lo ratifica ahora— que ese principio, de rango superior, debe preservarse en forma estricta, razón suficiente para que la Corporación haya de abstenerse de proferir nuevas decisiones sobre asuntos ya dilucidados en procesos anteriores e, inclusive, se vea precisada a rechazar de plano las demandas referentes a disposiciones cobijadas por fallos que han hecho tránsito a cosa juzgada constitucional.

Por eso, resulta esencial que se observen las pautas trazadas en numerosas sentencias mediante las cuales se hace valer la regla de la cosa juzgada, negando toda ocasión de nuevas controversias sobre normas declaradas exequibles cuando la propia Corporación, en el texto de la correspondiente providencia, no ha delimitado los alcances de la misma, circunscribiéndola a ciertos aspectos objeto de su análisis. En este último evento, del todo excepcional, a partir de la providencia en que la Corte define lo que fue objeto de decisión y lo que todavía no lo ha sido, caben nuevas acciones públicas sobre lo no resuelto.

La regla básica y fundamental, entonces, es la de que, mientras del fallo no se deduzca lo contrario, la cosa juzgada es absoluta e impide nuevos procesos en torno a normas que ya fueron materia de resolución definitiva y *erga omnes* sobre su constitucionalidad.

Empero, la cosa juzgada constitucional, plasmada en el artículo 243 de la Constitución Política, no puede cobijar determinaciones de la Corte carentes de toda motivación, menos todavía si ellas recaen sobre normas no demandadas y respecto de las cuales no se ha configurado, por su propia decisión, unidad normativa, puesto que en tales eventos la Corporación carece de competencia para proferir el fallo en aquellos puntos que no fueron objeto de demanda ni de proceso, que en ningún momento fueron de-

batidos y en los cuales el procurador general de la Nación no tuvo oportunidad de emitir concepto, ni los ciudadanos de impugnar o defender su constitucionalidad.

Se hace menester en semejantes circunstancias que la propia Corte Constitucional reconozca el error cometido al redactar y transcribir la parte resolutive de su sentencia y proceda, como se hará en este caso, a resolver de fondo sobre los asuntos que en anterior proceso no fueron materia de su examen y en torno de los cuales cabe indudablemente la acción ciudadana o la unidad normativa, en guarda de la integridad y supremacía de la Constitución.

Una actitud contraria, que implicara simplemente tener por fallado lo que en realidad no se falló, implicaría desconocimiento de la verdad procesal, voluntaria renuncia de la Corte a su deber de velar por la prevalencia del derecho sustancial sobre aspectos puramente formales (artículo 228 CP), y, por contera, inexplicable elusión de la responsabilidad primordial que le ha sido confiada por el Constituyente (artículo 241 CP).

Así las cosas, lo que se encuentra en el caso materia de estudio no es nada distinto de una *cosa juzgada* apenas aparente, que, por tanto, carece de la fuerza jurídica necesaria para imponerse como obligatoria en casos ulteriores en los cuales se vuelva a plantear el asunto tan sólo supuesta y no verdaderamente debatido.

Es cierto que, en aras de la seguridad jurídica, el artículo 14 del decreto 2067 de 1991 dispone que “en todo caso de contradicción entre la parte resolutive y la parte motiva de un fallo, se aplicará lo dispuesto en la parte resolutive”.

Pero el presupuesto sobre el cual descansa el aludido mandato legal es precisamente el de una *contradicción*, esto es, el de una incompatibilidad entre las premisas consignadas por la Corporación en los considerandos de la sentencia y lo ordenado con carácter de fallo al resolver.

Claro está, para que esa contradicción se configure, es indispensable que en la materia objeto de la misma se pueda hablar de una “parte motiva”, es decir, que se haya dicho algo en los considerandos susceptible de ser confrontado con lo que se manifiesta en la parte resolutive del proveído. De tal modo que el presupuesto normativo no existe cuando de parte de la Corte ha habido total silencio en lo referente a resoluciones que sólo constan en el segmento resolutorio de la providencia.

No habiendo términos de comparación, mal se puede pensar que el mandato legal enunciado sea aplicable a tales casos, pues ello implicaría admitir que puede la Corte Constitucional proferir sentencias no motivadas.

Por lo tanto, no habiendo sido verificada la constitucionalidad del inciso tercero del artículo 36, integrante de la Ley 35 de 1993, no puede admitirse la cosa juzgada constitucional, como derivada de una sentencia que en absoluto tocó su contenido.

En el presente caso, aunque el decreto 663 de 1993 sí fue demandado dentro del proceso D-442, y enunciadas por el actor unas razones para su inconstitucionalidad, es lo cierto que la Corte Constitucional no dedicó ni un renglón y ni siquiera una palabra al examen correspondiente, es decir que falló su exequibilidad sin motivarla.

Si así aconteció, por involuntario error de transcripción, éste no puede hacerse valer para denegar ahora justicia constitucional, remitiendo al demandante a lo allí “resuelto”, pues ello significaría elusión del deber que a la Corte se ha confiado, consistente en la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución (artículo 241 CP), el que ha de cumplir haciendo prevalecer el Derecho sustancial sobre aspectos puramente formales (artículo 228 CP) y, con mayor razón, sobre las meras apariencias.

Ya que la motivación es esencial a todo fallo, y si las razones de su juicio vinculan necesariamente la sentencia, en su contenido material, con las razones del juez, faltaría éste a su deber si, con la excusa de haber decidido lo que en realidad no decidió, cerrara las puertas de acceso a la administración de justicia (artículo 229 CP).

El juez de constitucionalidad no puede tampoco impedir a los ciudadanos que ejerzan la acción pública de inconstitucionalidad (artículos 40 y 241 CP) contra cualquiera de los artículos de un voluminoso código, como en este caso el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, con apoyo en el deleznable motivo de que el número del Decreto que lo contiene fue mencionado, por imprevisión o por equivocación, en la parte resolutive de una sentencia previa.

De allí que, con posterioridad a la sentencia C-252 del 26 de mayo de 1994, la Corte haya dictado las distinguidas con los números C-028 del 2 de febrero de 1995 (M. P. Dr. Fabio Morón Díaz); C-053 del 16 de febrero de 1995 (M. P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz) y C-452 del 5 de octubre de 1995 (M. P. Dr. Fabio Morón Díaz); C-582 del 31 de octubre de 1996 (M. P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz) y C-479 del 7 de julio de 1999 (M. P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa), en todas las cuales ha resuelto de fondo sobre la exequibilidad o inexecuibilidad de artículos pertenecientes al decreto 663 de 1993, del cual hacen parte también las disposiciones que ahora se demandan.

La Corte ha considerado que el pronunciamiento de fondo cabe en casos como el expuesto, toda vez que lo contrario implicaría abdicar de su función.

Con este pronunciamiento quedó sentada la jurisprudencia según la cual el juez constitucional goza de autoridad suficiente para descorrer el velo de una aparente cosa juzgada, con el fin de ejercer a cabalidad la función de guarda integral y completa del imperio de la Constitución. Es lo que corresponde a la prevalencia del derecho sustancial en el campo del control de constitucionalidad.