

EL NUEVO SISTEMA DE CONTROL CONSTITUCIONAL EN COLOMBIA. DE LA SUPRESIÓN DE LAS FUNCIONES DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA A LA CREACIÓN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Julio César ORTIZ¹

SUMARIO: I. *Presentación*. II. *Las anteriores instituciones de control constitucional en la Corte Suprema de Justicia*. III. *Las competencias de la Corte Constitucional en la nueva Constitución*.

I. PRESENTACIÓN

A. Con la promulgación de la nueva carta política de 1991, elaborada durante la reunión de la Asamblea Nacional Constitucional de ese año, a pesar de existir en nuestro medio un sistema rico, experimentado, completo y plenamente acatado de control constitucional de las leyes y de los demás actos jurídicos de carácter general del Estado, así como de la legalidad y constitucionalidad de los actos administrativos, que tenía como eje central a la Corte Suprema de Justicia y al Consejo de Estado, máximos tribunales de la jurisdicción ordinaria y contencioso administrativa respectivamente, y como instrumentos procesales específicos las acciones genéricas de inexecutable de las leyes y las contencioso administrativas de nulidad, se estableció un extenso conjunto de disposiciones y de regulaciones sustanciales y otras de carácter orgánico relacionadas con la rama judicial del poder público, con las que se configuró un nuevo sistema de “control judicial de constitucionalidad y de justicia constitucional”, con nuevas instituciones de garantía y de tutela de los derechos constitucionales, y de defensa de la Constitución que, ciertamente, respondían a la creciente y manifiesta necesidad de su incorporación en nuestra carta política, con fines de actualización y perfeccionamiento, y que se han consolidado en el breve término de cinco años.

1 Profesor de la Universidad Externado de Colombia.

Es preciso advertir que, no obstante no ocupar la atención directa de nuestros tratadistas, el tema de la protección judicial de los derechos constitucionales y en especial de aquellos que han sido catalogados como fundamentales es una preocupación generalizada de la doctrina y la jurisprudencia contemporánea que comienza a consolidarse después de la segunda postguerra y manifiesta su influencia en América Latina en las últimas décadas de manera extraordinaria y notable, gracias a las aportaciones del derecho constitucional procesal y de la influencia del derecho constitucional comparado, uno de cuyos expositores es el maestro Héctor Fix-Zamudio.²

Es claro que en Colombia existía la necesidad de reestructurar las competencias de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado en funciones de control judicial de la constitucionalidad de los actos jurídicos generales del Estado y de los actos administrativos, y de ampliar y transformar el régimen de instituciones de garantía de los derechos constitucionales, con lo cual se favorecería un mayor grado de acceso a la justicia y a la Constitución. Desde luego, esta necesidad, en el caso colombiano, no surgía de ninguna afirmación de la doctrina en la que se hubiese dado por supuesto o probado, en la opinión de los expertos, que su funcionamiento fuese defectuoso o que su inutilidad hubiese quedado demostrada, sino que era evidente que nuestro medio carecía de instrumentos procesales específicos y autónomos para garantizar el respeto de los derechos constitucionales que sirvieran para promover el acceso a la justicia constitucional, tales como las acciones de amparo o de tutela de aquellos derechos; además, la legitimidad de las reformas que se le introdujeron al anterior sistema de control constitucional también se manifiesta en que desde 1977 predominaba la idea de incrementar y extender las competencias de control constitucional a otras instituciones que debían incorporarse en el ordenamiento constitucional para lograr su modernización, apertura y renovación institucional, tales como las que resultaban de la democracia participativa, la autonomía territorial, la reforma en la estructura del ordenamiento orgánico de la administración, la nueva pluralidad de ordenamientos jurídicos y de la apertura de los procedimientos de reforma constitucional y la tutela de los derechos constitucionales fundamentales, económicos, sociales, culturales y del ambiente, así como de la protección de los intereses de clase, difusos y de grupo que reclamaban reconocimiento y efectividad.

B. De otra parte, durante toda su existencia, el papel del sistema colombiano de control constitucional, en cabeza de los jueces y en especial de la Corte Suprema de Justicia, tal como operaba bajo la vigencia de la carta de 1886, fue

2 Al respecto, *cf.* Fix-Zamudio, Héctor, “Jurisdicción constitucional y protección de los derechos fundamentales en América Latina”, *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, Santafé de Bogotá, Biblioteca Jurídica Diké, 1995.

determinante y fundamental, en relación con el mantenimiento de la unidad nacional de los poderes políticos, pues sólo en muy excepcionales oportunidades fue cuestionada su autoridad y el grado de aceptación y la obediencia a sus decisiones siempre fue significativo.³

Así, la Corte Suprema de Justicia, con su legitimidad política generalmente indiscutida,⁴ logró unificar la escasa jurisprudencia constitucional y acreditar su imparcialidad de manera tal que las fuerzas confrontadas dentro del sistema político en general pudieran despejar las dudas sobre la legitimidad de las actuaciones de los poderes, dando satisfacción a las distintas formaciones de éstos, según la carta política de 1886, desde luego dentro del marco de un constitucionalismo conservadorista, bipartidista, centralista, nada fluente y no obstante la prevalencia de un régimen político inestable y conflictual pero con suficiente continuidad civil, en todo caso bloqueado después del arreglo consensual del frente nacional, ejemplo de un régimen político constitucional cuasidemocrático.

A pesar de lo anterior, en la doctrina y en la jurisprudencia nacionales siempre se ha definido que el sistema de control de constitucionalidad y las varias instituciones que lo componen parten de la base según la cual la Constitución es un cuerpo de leyes jurídico-políticas de carácter supremo y, por ende, de naturaleza obligatoria, que presuponen una consecuencia jurídica preeminente ante su no cumplimiento; ésta es la sanción de inexecutablez con efectos generales o *erga omnes*, cuando el fallo lo producen los máximos tribunales de la justicia constitucional, que con competencias separadas en razón de la materia, atienden funciones paralelas, complementarias e integrales. Así las cosas, encontramos en Colombia un muy desarrollado sistema de control jurídico de constitucionalidad, en el cual los jueces en todos los niveles están encargados de guardar la herencia constitucional y de poner a disposición de la libertad de los individuos el derecho a la Constitución.

En la configuración del nuevo régimen de control de constitucionalidad ante la Corte de Constitucionalidad se establece un tipo de acción diferente, llamada acción pública de inconstitucionalidad y los fallos que se producen ya no son de simple inexecutablez sino de inconstitucionalidad, con la consecuencia de que a la Corte Constitucional le corresponde definir los efectos temporales y materiales de sus fallos no obstante tratarse de un tipo de *litis abstracta* y objetiva.

3 Sin duda, en un balance general y de proyecciones globales, las disidencias locales y regionales, fueron disueltas pacíficamente frente a la ley y la Constitución unitaria, confiando al más alto órgano del Poder Judicial la solución de los conflictos judiciales sobre la ley en sentido general, los proyectos de ley objetados por inconstitucionales y los derivados de los decretos de estado de sitio, así como reservando en su favor la última autoridad en materia de interpretación y aplicación uniforme de las leyes en casos concretos, por vía de la casación y de la revisión como recursos extraordinarios.

4 Salvo el caso de la dictadura militar del general Rojas Pinilla, en la que se pretendió imponer nuevas reglas para el trámite de los asuntos constitucionales.

No se puede pasar por alto que el sistema orgánico de control constitucional que se surtía ante la Corte Suprema de Justicia no constituía un verdadero proceso, y que en él no se encontraban sujetos procesales, no se tramitaban peticiones, ni se traba un contradictorio. Tampoco eran admisibles soluciones intermedias o correctivas, como por ejemplo la de diferir los efectos temporales de los fallos, ya que la institución de la acción pública de inexequibilidad lo impedía; empero, como lo advierte el profesor Zagrebelski,⁵ en algunos asuntos de competencia de la justicia constitucional puede ocurrir que el fallo cause problemas peores que los que se quieren evitar, o que el fallo no sea oportuno.

Nuestra Corte tuvo una estructura y un carácter eminentemente jurídicos, reforzado por su independencia orgánica y funcional absolutas; pero con la suficiente sensibilidad y permeabilidad política y social que le aseguraron un papel dinámico y sólido en el contexto de la nación entera.

No obstante, es posible detectar que allí se producían algunos fenómenos de falta de eficacia que no atendían a la protección autónoma de los derechos constitucionales, como es lo deseable en el mundo contemporáneo y más en las últimas décadas, en las que predominan las aspiraciones generales de fortalecer un Estado democrático y social cada vez más legítimo.

Como se observa, hizo falta el amparo, como figura constitucional que facilite a toda persona acudir ante cualquier juez o tribunal, con muy sencillos requisitos de oportunidad, prueba y controversia, para obtener la protección o defensa de sus derechos constitucionales, por todo tipo de acción u omisión de la administración pública en todos sus niveles y que le cause perjuicio actual y cierto. No se adoptó una fórmula del “amparo constitucional” para promover con sus órdenes la garantía del derecho a la Constitución y, en especial, de los derechos fundamentales del individuo.

En todo caso, el sistema de control constitucional en Colombia fue sinónimo de unidad política formal y de cohesión social dentro de un sistema constitucional y político poco fluido y más bien cerrado por sus propias evoluciones, incluso constitucionales, hasta la crisis de orden público que se agudizó a finales de 1989 y llegó a su máxima expresión en 1990; esta grave situación se tradujo en el sacrificio de varios candidatos a la presidencia y en el incremento de la actividad terrorista de las bandas de criminales y narcotraficantes organizadas con fines desestabilizadores.⁶ Sin duda, en esta situación de alteración del orden público

5 Zagrebelski, Gustavo, *op. cit.*, pp. 255-327. Además, *Manuale di diritto costituzionale*, Turín, Utet, 1984, vol. I, pp. 68-93.

6 En este sentido, una sentencia de la sala plena de la misma Corte Suprema de Justicia, al declarar la “exequibilidad” del decreto legislativo de estado de sitio que autorizaba contabilizar en los resultados de un evento electoral ordinario las mencionadas papeletas le reconoce valor de pronunciamiento constituyente a la denominada “séptima papeleta”, depositada en las elecciones presidenciales de ese año sin que esta hipótesis ni dicho evento hayan estado previstos ni en la Constitución ni en la ley.

por obra de la criminalidad organizada también afloraron profundas contiendas sociales en el campo, traducidas en buena parte en la práctica del banditaje de izquierda y de derecha, con evidente desconocimiento y violación persistente y dramática de los más elementales derechos humanos por grupos armados que atienden a la más variada etiología del delito contra los derechos humanos.

Además, en nuestro medio no se había observado con detenimiento que los modelos y sistemas de control constitucional en el resto del mundo habían vivido profundas y revolucionarias modificaciones de orden teórico y práctico, a la par del desarrollo y de la evolución de la ciencia del derecho constitucional y de las grandes transformaciones constitucionales acaecidas a partir de la segunda Guerra Mundial en todas las latitudes.

C. Desde 1968, pero sin audiencia apreciable, había comenzado a manifestarse la intención de eliminar el sistema que injustamente se calificaba de extremadamente difuso y pernicioso, para proponer el establecimiento de otros mecanismos, extraños a nuestras experiencias y a los fundamentos históricos y sociales que permitieron delinearlos, y sin valorar sus ventajas,⁷ hasta el punto de que algunos autores en nuestro medio no tuvieron en cuenta que en los últimos años se han elaborado otras clasificaciones teóricas de los modelos de control concentrado, referidas ellas a las experiencias italiana y alemana y en general europea, y difuso en atención al modelo americano, bajo la denominación de “modelo mixto” que comprendía con claridad a las instituciones colombianas.⁸

Como resultado de ese primer intento de reformar el sistema anterior, se incorporó la institución de la sala constitucional de la Corte Suprema de Justicia que ejercía funciones de proyectista o de grupo especializado de sustanciación, pero sin competencias decisorias propias de control abstracto y objetivo de la constitucionalidad de los mencionados actos, las cuales estuvieron reservadas a la sala plena. Durante la breve vigencia de la frustrada reforma constitucional de 1979, la mencionada sala constitucional fue atribuida de algunas competencias de definición sobre la constitucionalidad de los decretos de estado de sitio y de otras disposiciones legales, sin acudir al pleno de la Corte, lo cual es un antece-

7 Para hacerlo, se había señalado que nuestro sistema era una especie subdesarrollada del “pernicioso” modelo difuso o americano, como si este último no hubiese probado suficientemente sus ventajas y méritos y el nuestro no se hubiese desarrollado con sus propias características y comprobado sus ventajas. En este sentido, se desconoció que los modelos americano y austríaco de control de constitucionalidad son clasificados, por la mayoría de los autores extranjeros más bien con fines pedagógicos y académicos, y para responder a sus propios problemas, que para servir de dictamen riguroso sobre una u otra realidad que, como la colombiana, les es bien lejana. Además, ver Castro, Jaime, en *Aspecto del control Constitucional en Colombia*, Ed. Universidad Externado de Colombia, 1984, pp. 113 a 123; Restrepo Piedrahita, Carlos, “Tentativas para instituir en Colombia una Corte Constitucional”, *Jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Bogotá, U. Externado de Colombia, 1984, pp. 181 a 242.

8 Ver Brewer Carías, Allan R., *El sistema mixto o integral de control de constitucionalidad en Colombia y Venezuela*, Santafé de Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1995.

dente de lo que sería la Corte Constitucional, pero en el interior de la misma corte de casación. No sobra advertir que aquella reforma constitucional, que anticipaba buena parte de la agenda que luego inició la Asamblea Nacional Constitucional de 1991, fue declarada inexecutable por la sala plena de la H. Corte Suprema por vicios de forma en el trámite en el Congreso, pero básicamente por violación de disposiciones de autoreferencia legislativa contenidas en el reglamento del Congreso.

Obsérvese que la Constitución colombiana de 1886, que era la menos rígida en cuanto a los trámites previstos para su reforma de cuantas existían a mediados de los ochenta, era la menos reformada o actualizada, y que la causa del pernicioso estancamiento sustancial y orgánico de la misma obedecía al desmesurado propósito de mutuo bloqueo bipartidista e institucional, acelerado a partir de la crisis política y de orden público que se inicia en 1948; en efecto, fue de tal naturaleza dicho estancamiento normativo, constitucional y legislativo en nuestro sistema político, que sólo a partir de la nueva Constitución se han desarrollado disciplinas del derecho público y del derecho privado bastante avanzadas en otros países vecinos.

A partir de aquel año, precisamente cuando en Europa se inauguraba la época de las constituciones pluralistas y se desarrollaban las más importantes instituciones de la justicia constitucional contemporánea, adecuadas a los sistemas continentales europeos del derecho a los cuales permanecemos vinculados los colombianos, en nuestro país comenzó el periodo de perversión de la democracia y del régimen constitucional a partir de dos fenómenos institucionales llamados por Restrepo Piedrahita “focos de necrosis constitucional”, consistentes en el abuso en las atribuciones extraordinarias del estado de sitio y de las facultades extraordinarias de origen legislativo, que condujo precisamente al bloqueo del régimen constitucional, al rechazo a las innovaciones y al desarrollo democrático, y concluyó en la negación política de los poderes ordinarios del presidente de la República y en el abuso en el ejercicio de sus poderes de excepción; se pasó de la noción del gobierno del gobierno, al gobierno de consenso bipartidista con el diseño, empleo y eficacia de instrumentos jurídicos de excepción, por lo cual lo extraordinario y excepcional devino en permanente y común.

Pero lo más notable en nuestro medio es el evidente desconocimiento de las más avanzadas técnicas de promoción de la justicia en materia de vías de acceso a la jurisdicción constitucional, como la de la prejudicialidad constitucional y la cuestión constitucional, el recurso extraordinario constitucional, y los instrumentos procesales específicos y autónomos como el amparo mexicano; por el tipo de causas en las que se produce el control, como las abstractas y concretas; por las técnicas de los fallos, como la disposición del efecto temporal, y por los tipos de sentencias como las “manipulativas”, “adecuadoras”, “sustantivas”, y su extensión a otras normas no cuestionadas con los fallos “integradores”, “aditivos”,

extensivos.⁹ Pero, además, era de tal naturaleza la falta de desarrollo normativo de nuestro país, por aquel endurecimiento de las relaciones al interior del régimen político que no se hizo caso a la necesidad de desarrollar el régimen de los derechos constitucionales fundamentales ni de los derechos sociales, económicos, culturales y del ambiente, que no se pensó en el desarrollo de los instrumentos procesales específicos para su protección.

Obsérvese que en este sistema no existió jamás un incidente procesal para permitir el trámite de la solicitud de la excepción de inconstitucionalidad distinto de las etapas procesales que ofrecen los procedimientos para alegar, por ello no podría decirse que existiera verdaderamente una vía incidental de control de constitucionalidad; a lo sumo se pensó, en algunas áreas muy sensibles al derecho constitucional como el derecho procesal y sustancial penal, en unas causales de nulidad constitucional de los procesos, pero éstas no funcionaron por la rigidez de la jurisdicción penal, aunque en verdad la nulidad constitucional como incidente procesal no conducía en la mayoría de los casos a una solución constitucional en favor de los derechos.

D. De igual modo, es bastante significativo que a partir de la instalación de la Corte Constitucional, con el ejercicio de sus competencias de control constitucional de las leyes y demás actos equiparables a ella, emanados del nuevo texto fundamental, y una vez producido el desarrollo normativo y judicial de la acción de tutela se haya consolidado en nuestro medio un régimen notablemente vigoroso de jurisdicción constitucional afirmado con pleno vigor y respetabilidad, no obstante algunas pocas manifestaciones de contradictores y críticos.¹⁰ En efecto, a pesar su creciente desarrollo, de su notable amplitud y la escasa preparación inicial de los jueces colombianos en materias como las de la protección procesal de los derechos fundamentales y de los demás derechos constitucionales, así como de la interpretación judicial y concreta de la Constitución por fuera de las reglas de las disposiciones preliminares del Código Civil es merecedora de todo reconocimiento la expansión de la justicia constitucional en nuestro medio.

E. Sin duda, la supresión de las competencias de control abstracto objetivo y general de las leyes radicadas desde hace más de cien años en la Corte Suprema de Justicia y su reemplazo por la Corte Constitucional, órgano nuevo al que le

9 Gaona Cruz, Manuel, *op. cit.*; cfr. Cappelletti, Mauro, *El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en derecho comparado*, México, UNAM, 1966; Fix-Zamudio, Héctor, *La protección procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*, Madrid, Ed. Civitas, 1982, pp. 364 y 365. Además, puede consultarse Zagrebelski, Gustavo, "Il controllo da parte dalla Corte Costituzionale degli effetti temporali delle sue pronunce", *Quaderni Costituzionali*, 1989, pp. 67-91; Crisafulli, Vezio, *Lezioni di Diritto Costituzionale*, quinta ed., Padua, Cedam, 1984, vol. II.

10 Una vez terminado el proceso adelantado en la Cámara de Representantes sobre la conducta del presidente de la República ha comenzado la discusión de un gran paquete de reformas constitucionales que incluye la revisión del tema de la acción de tutela y el del Control de constitucionalidad de los decretos del ejecutivo dictados en el desarrollo de las facultades de connotación interior.

fueron asignadas, fue un duro golpe a los no pocos partidarios de mantener el viejo y probado sistema de control constitucional, por lo que su aceptación exigió de la nueva corporación de justicia constitucional un mayor esfuerzo que el normal, a lo que pudo responder con suficiente notoriedad.

En efecto, a pesar de las dificultades técnicas que se han podido detectar en las instituciones creadas, y no obstante la confrontación política que ha suscitado la nueva configuración de los órganos de la rama judicial, que se han manifestado en ella misma, pero principalmente entre los órganos superiores de administración de justicia, dicho sistema ha adquirido suficiente legitimidad y respeto en todos los órdenes de la sociedad colombiana, gracias al notable esfuerzo de la Corte Constitucional de fundamentar *in extenso* sus providencias y de desarrollar el contenido de los derechos constitucionales, así como de avanzar en la interpretación de la parte orgánica de la Constitución, también renovada y transformada de modo notable en 1991.¹¹

F. En verdad, el cuadro general de los elementos que componen este nuevo régimen de la jurisdicción constitucional y la necesidad de su construcción teórica coherente y general exigen que se examinen con suficiente detalle y atención a los estudios del derecho comparado sobre estas materias, que sirvieron en las discusiones en la Asamblea Nacional Constituyente para definir la nueva configuración de las competencias de la Corte Constitucional y en la Comisión Especial Legislativa que revisó y modificó el proyecto de decreto ley sobre los juicios que se surten ante la Corte Constitucional, pues, en ambos sentidos, fue notable la preocupación de los delegados al pretender acertar con las reformas y su análisis prudente, a pesar de las críticas y de las innovaciones.¹²

11 En ese sentido es preciso dejar constancia de que en mi opinión el nuevo sistema de control constitucional, a pesar de ser completo, mixto e integral, y de configurar ahora si un régimen de jurisdicción constitucional en nuestro país, se caracteriza por la falta de reglas muy precisas que aseguren a la jurisprudencia y a la doctrina judicial de la carta política la plena articulación, armonía y unidad en el caso de los demás organismos judiciales como lo demostraré más adelante. Obsérvese que el anterior sistema fue objeto de modificaciones radicales, relacionadas principalmente con los órganos encargados del control y con las vías de acceso a la jurisdicción, incorporándose, como se verá, experiencias pertenecientes a otras concepciones y sistemas jurídico-políticos; por tal razón, en este trabajo se examina el nuevo sistema desde las perspectivas del derecho constitucional, especialmente desde los enfoques que ofrecen en el derecho comparado, las llamadas justicia y jurisdicción constitucional.

12 Sin duda, en el origen de estas transformaciones se encuentra la pérdida de credibilidad del régimen político afincado en la carta de 1886 y de sus reformas y el agotamiento de los recursos políticos de ese viejo régimen, lo que muestra la necesidad de rodear a unas nuevas instituciones políticas de credibilidad suficiente para asegurar un estadio de gobernabilidad perdurable y de estabilidad política suficiente para mantener la paz pública.

En efecto en lo que se refiere a este nuevo sistema de control de constitucionalidad y de justicia constitucional, y por lo que se relaciona con la nueva normatividad que lo contiene es preciso dejar constancia que él se inspira en la voluntad política, madurada largos años, para introducir grandes transformaciones en el sistema político nacional con el propósito de ofrecerle a éste un mayor nivel de respuestas institucionales y garantizar la existencia de instrumentos ordinarios que

G. Este nuevo régimen de justicia constitucional está compuesto por distintos organismos, métodos y técnicas que combinan la rica y antigua experiencia con varias instituciones de reciente creación nacional, que han demorado un poco más de lo ordinario para ser comprendidas y respetadas plenamente,¹³ e incorpora otras prácticas y modelos extraños a nuestras tradiciones jurídicas, que han provocado no pocas críticas y dificultades entre los operadores jurídicos.¹⁴ De otra parte, además de conservar casi intacta la filosofía de las instituciones que regulan la acción ciudadana o popular, directa, abstracta y objetiva de inconstitucionalidad, y de ampliar el ámbito y el objeto de las competencias judiciales de control de las leyes anterior a su promulgación, como en el caso del control previo y forzoso de constitucionalidad de las leyes estatutarias,¹⁵ la carta política de 1991 construye otras instituciones novedosas y otras poco experimentadas en nuestro medio, como el control de constitucionalidad sobre referendos derogatorios y propositivos y sobre plebiscitos y consultas populares del orden nacional, y el examen de las excusas presentadas por las personas citadas a responder preguntas en cualquiera de las comisiones permanentes de las Cámaras del Congreso Nacional, entre otras instituciones, que han dado lugar a una verdadera revolución jurídica en el derecho público y que, aún a estas alturas de su madurez, no dejan de causar preocupación y diferencias en la doctrina política y en el derecho.

H. En este sentido me propongo examinar el nuevo sistema de control de constitucionalidad colombiano, con base en criterios de naturaleza predominantemente jurídica, especialmente de orden constitucional, con el propósito de su sistematización teórica, descartando algunos elementos de la crítica reciente y de las fórmulas políticas reacias al cambio.

A este respecto cabe adelantar esta inicial advertencia, puesto que por la novedad de la fórmula constitucional y legal del instituto jurídico de las funciones de la Corte Constitucional y por la vecindad temporal de los hechos políticos que dieron lugar y oportunidad en nuestro medio al proceso de reforma de la carta, así como por las recientes manifestaciones del gobierno en el sentido de

aseguren la legitimidad institucional ante el grave estado de descomposición del orden público y de la paz ciudadana, así como de la perversión de las costumbres políticas y por el exagerado e inmanejable aumento de la criminalidad común organizada en bandas de delincuentes y terroristas.

13 A este respecto cabe señalar el caso del control previo de los proyectos de la ley estatutaria y el control automático y forzoso de constitucionalidad de los decretos del ejecutivo en estados de excepción.

14 Se trata del caso del examen de las excusas presentadas por las personas llamadas a rendir declaraciones en las comisiones permanentes de las cámaras y del control preventivo de la constitucionalidad de los tratados públicos después de sancionada la ley aprobatoria y antes de su perfeccionamiento como instrumento internacional.

15 Como se verá más adelante, la noción de leyes estatutarias corresponde a una versión ampliada y problemática de las leyes orgánicas españolas y de las leyes constitucionales italianas.

provocar algunas reformas se han hecho públicos argumentos de diversas índoles que, ciertamente, escapan a los presupuestos dogmáticos de este trabajo.

I. Como resultado de las diversas tendencias que se hicieron presentes en los debates de la Asamblea Nacional Constitucional se acordó, no sin profundas discusiones y sobre la base de serios cuestionamientos a los iniciales proyectos presentados por el gobierno, dar vida a la nueva figura de la Corte Constitucional; ésta quedó consagrada en el texto de la carta en los artículos 239 a 245, no obstante que en las restantes partes del texto constitucional aparezcan otras importantes referencias a ella.

Los debates en aquel órgano (integrado electoralmente para reformar la carta de 1886 según las reglas previstas por un decreto legislativo de estado de sitio, declarado conforme a la Constitución por la Corte Suprema de Justicia), que posteriormente se proclamó Constituyente con fundamento en el origen popular de uno de los actos de su convocatoria, denominado “séptima papeleta” fueron seguidos con suma atención por las distintas fuerzas nacionales y principalmente por los altos tribunales de justicia en nuestro país, los que en diversas oportunidades se hicieron presentes en ellos, a través de las intervenciones de sus presidentes y de la difusión pública de sus concepciones. Hasta los más importantes medios escritos del país se pronunciaron al respecto y en no pocas oportunidades manifestaron posiciones editoriales en las que defendieron la conveniencia de conservar el instrumento tradicional al que se ha hecho referencia, pues como se puede advertir, sin duda,¹⁶ en nuestro país se pudo consolidar con el transcurso de los acontecimientos constitucionales, y por virtud de una larga tradición relacionada con los más destacados momentos históricos y con las experiencias políticas propias, un bien decantado régimen judicial de controles de origen constitucional previsto para asegurar la vigencia del Estado de derecho y la supremacía de la carta política.¹⁷

16 Ver, Ortiz, Julio César, “El sistema de control constitucional en Colombia”, *Revista Jurídica de la Universidad Externado de Colombia*, 1991.

17 En este sentido cabe observar que no obstante nuestras instituciones jurídicas y en especial las constitucionales hayan sido poco estudiadas por la doctrina extranjera, dicho sistema fue objeto de la admiración de juristas de varias latitudes y de ello aparece suficiente registro en el trabajo a que se hace referencia. Ahora bien, esta no es la hora de lamentaciones, ni de quejas contra lo que en este ámbito de la normatividad constitucional pudo ser conservado o mejorado por la Asamblea Nacional Constitucional de 1991 y que no se conservó o no se pudo mejorar; en verdad, después de cinco años de vigencia formal de la nueva carta, y de que se ha consolidado el principal órgano de control de constitucionalidad creado por la nueva Constitución, es deber de los juristas aplicar al examen de las nuevas instituciones herramientas y conocimientos especializados con el fin primordial de contribuir a su interpretación sistemática, conforme a los modos de razonar de los juristas de hoy y de siempre, y para despejar los nuevos ámbitos del derecho nacional de los contenidos y expresiones de emotividad de que suele rodearse el establecimiento de un nuevo orden constitucional en ciertas democracias del mundo occidental.

J. Lo cierto es que en el desarrollo de las discusiones correspondientes fue evidente el rechazo categórico que tanto la Corte Suprema de Justicia como el Consejo de Estado hicieron a los diversos proyectos de creación de la Corte Constitucional, en atención a la tradición bien rigurosa y ponderada de control constitucional colombiano, cuya experiencia en principio se quiso desconocer en su verdadero valor científico e institucional.

Igualmente, se encuentra que en aquella corporación algunos partidarios de mantener radicadas las antiguas y las nuevas competencias de control constitucional en la Corte Suprema de Justicia manifestaron con vehemencia su rechazo a la propuesta del gobierno; además, se encuentra que las mayorías que aprobaron la propuesta no fueron tan abrumadoras como en otros casos, notándose que no existía plena conformidad con las fórmulas planteadas.

K. La creación de la Corte Constitucional pareció necesaria a la mayoría de los miembros de la Asamblea, pues, entre otras razones de mayor peso doctrinario y conceptual, se debía confiar la tutoría y la guarda de la nueva Constitución a un órgano nacido de ella misma, que eventualmente no pudiera invocar competencias originarias o antecedentes para anular o convalidar los trabajos de dicha Asamblea, la que ciertamente no contaba con fundamentos jurídicos lo suficientemente sólidos para resistir la celosa vigilancia que de modo “peligroso” podía ejercer la centenaria Corte Suprema de Justicia, o el “rígido y ultra formalista” Consejo de Estado, que ya en la Sala unitaria había suspendido provisionalmente algunos actos de aquella Asamblea.¹⁸

El mismo Constituyente en esta oportunidad proscribió categóricamente cualquiera forma de control judicial sobre el texto de la nueva Constitución al señalar en el artículo transitorio 59 que “la presente Constitución y los demás actos promulgados por esta Asamblea Constituyente no están sujetos a control jurisdiccional alguno”. Esta norma, evidentemente preventiva o de profilaxis constitucional, surtió sus efectos al producirse los primeros pronunciamientos de la Corte Constitucional, en el sentido de declararse inhibida por falta absoluta de competencia para fallar sobre las demandas que por vicios de forma y de fondo le habían sido planteadas por varios ciudadanos contra el texto de la nueva carta constitucional de 1991.¹⁹ Quedó así y en principio a salvo la integridad o mejor la intangibilidad judicial del texto que fue promulgado por el gobierno nacional y por la misma Asamblea el día 5 de julio de 1991.²⁰

18 Gravitó pues, de algún modo consciente, la experiencia sufrida durante la corta vida de los dos actos de reforma constitucional de 1977 y 1979 que fueron declarados contrarios a la Constitución y retirados del ordenamiento jurídico por la Corte Suprema de Justicia en ejercicio de lo que en algún momento el profesor Manuel Gaona Cruz denominó “poder constituyente de anulación de la Corte Suprema de Justicia”.

19 *Cfr.* Corte Constitucional de Constitucional. Sentencias núms. 544 y 545 de 1992.

20 Lo cierto es que desde el punto de vista formal, hasta el momento no existe un pronunciamiento judicial de fondo que haga tránsito a cosa juzgada y que nerve la posibilidad de cualquier

Así las cosas, no cabe duda de que la creación de la Corte Constitucional estuvo rodeada de la polémica natural que debía surgir en un sistema jurídico que se había afincado dentro de un esquema de organización de las funciones judiciales de control constitucional bien diferente del que se pretendía establecer, y nada más obvio que la aparición de los comentarios críticos y las disidencias, lo mismo que las posturas contrarias, las que en todo caso bien pueden ser tomadas en cuenta o no por el gobernante a la hora de adoptar las decisiones correspondientes.

L. En la configuración del actual sistema de control de constitucionalidad, cabe señalar que los órganos que hoy se encargan de ejercer las funciones de control y justicia constitucional son la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y todos los jueces de la República, inclusive los tribunales contencioso administrativos al promover la acción de nulidad de actos administrativos por violación de la carta o de la ley. Más adelante examinaremos las principales connotaciones del actual sistema de control constitucional y de justicia constitucional; basta por ahora destacar que a la Corte Suprema de Justicia se le suprimieron sus funciones de guardiana de la supremacía e integridad de la Constitución y, por lo mismo, el conocimiento de las acciones públicas de inexecutableidad contra las leyes y los demás tipos de competencias tradicionalmente adscrita a ella, quedando reducida a tribunal de casación y de control de la conducta penal de las altas dignidades del Estado.

M. Los jueces y los magistrados pertenecientes a la rama judicial del poder público son independientes, tanto orgánica como funcionalmente, por virtud del mecanismo de la cooptación y de la autocomposición descendente prevista en la Constitución, la cual ya no es plena, pues interviene en la selección de magistrados y jueces la sala administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, que es un órgano de autogobierno y administración de la rama judicial; de igual modo, ahora los magistrados tienen un periodo fijo de ocho años y duran en sus cargos mientras observen buena conducta y no lleguen a la edad de retiro forzoso que está fijada en 65 años para los órganos judiciales preexistentes a la nueva Constitución.

N. En efecto, la Corte Constitucional que reemplaza a la Corte Suprema de Justicia en sus funciones de control abstracto de la constitucionalidad de las leyes y de los decretos con fuerza de ley señalados por la Constitución tiene un número impar de magistrados elegidos por el Senado de la República de sendas ternas que elaboren la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y el presidente

cuestionamiento judicial sobre la validez jurídica de las labores de la Asamblea; en mi opinión, es preferible, por razones de mera seguridad jurídica de rango constitucional, que la Corte adopte su decisión en la forma de sentencia en firme con fuerza de cosa juzgada para poner fin a cualquier nueva discusión posterior sobre el tema que es de evidente naturaleza política.

de la República y a ellos se les aplican las mismas reglas sobre inamovilidad, pero no las del retiro forzoso.

Las decisiones de la Corte Constitucional también tienen efectos definitivos y *erga omnes* cuando se verifican por vía principal, conocida como “acción ciudadana”, cuando se plantea contra la ley y contra actos con fuerza de ley.

Por último, se observa que las varias vías y procedimientos de control constitucional están sometidas a normas de origen propiamente constitucional, ya que la misma carta fija las principales normas que lo rigen y autoriza para señalar las demás que sean necesarias para asegurar su funcionamiento.²¹

II. LAS ANTERIORES INSTITUCIONES DE CONTROL CONSTITUCIONAL EN LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

1. *Vía de acción pública o ciudadana de inexequibilidad bajo la Constitución de 1886*

A. Ésta fue, en su configuración constitucional anterior, la más importante de las instituciones de control de constitucionalidad en Colombia durante el siglo XX; estuvo prevista en el artículo 214 de la Constitución de 1886, según reforma introducida por el acto reformatorio número 3 de 1910 como el fundamento de todas las competencias de control de constitucionalidad de la Corte Suprema. Su origen se remonta en nuestro país a la Ley Segunda, del 22 de junio de 1850, Orgánica de la Administración y Régimen Municipal, en la que estuvo prevista para provocar, con la intervención del representante del Ministerio Público que era el personero respectivo, el conocimiento judicial ante la Corte Suprema de Justicia y del Tribunal del Distrito respectivamente de la constitucionalidad de las disposiciones jurídicas generales de las entidades territoriales en que estaba organizada administrativamente la República, según su formulación constitucional (provincias y parroquias).

21 En sus últimos 20 años de función de control constitucional, la Corte Suprema de Justicia pronunció más 1,900 sentencias en su Sala Plena; de estas, 335 corresponden a decretos de *Estado de sitio*, 59 a decretos de *emergencia económica* y 13 a *objeciones presidenciales*. A partir de 1983, el promedio anual de sentencias proferidas es de 138, destacándose así el incremento de actividad de la Corte, en señal de fortalecimiento de su legitimidad. Estas cifras no incluyen la de las demandas no admitidas o rechazadas por defectos formales o sustanciales; pero en otro sentido en los cuatro años de existencia de la Corte Constitucional, en el periodo comprendido entre los años de 1992 a 1995, aproximadamente, se produjeron 565 sentencias de control de constitucionalidad y 1,852 en sede de revisión de decisiones relacionadas con la acción de tutela. En el mes de junio del presente año el número de expedientes remitidos a la Corte Constitucional por los jueces en casos de la tutela de los derechos constitucionales desde la iniciación de la mencionada corporación es de 102,133.

Esta competencia de *anulación* permitía a la Corte Suprema de Justicia determinar en la resolución con la que se definía la petición, que la ordenanza o el acuerdo respectivo continuara aplicándose, ejecutándose o no; es decir, la Corte Suprema podía resolver si la ordenanza o el acuerdo en cuestión podían continuar llevándose a efecto; en mi opinión, esta sutil y muy peculiar forma de definir la competencia judicial de anulación fue la que permitió al Constituyente de 1910 emplear el término de *inexequibilidad* para definir el nombre y las características de la acción abstracta y objetiva contra las leyes, que se reconoce desde dicho acto en la Constitución de 1886. Se observa que sólo después de 1910, la Corte Suprema de Justicia en ejercicio de esta competencia de control constitucional quedó habilitada para decidir sobre la inexequibilidad de las leyes, es decir, para pronunciarse solamente sobre su ejecutabilidad hacia el futuro.

B. Sin duda, esta institución impidió a esa corporación definir efectos retroactivos en sus providencias, no sólo por la ausencia de causa litigiosa subjetiva y concreta sino, precisamente, por el tipo y la naturaleza de la acción, la que dependía del término empleado por el Constituyente; desde luego, era claro que los fallos de inexequibilidad sí surtían efectos retroactivos impropios; es decir, que las causas litigiosas no resueltas aún en los estrados judiciales debían desatarse, claro está sin que se autorizara desconocer los derechos adquiridos de conformidad con las leyes civiles, bajo los supuestos normativos vigentes al momento de pronunciarse la decisión correspondiente, aceptándose el vigor judicial pleno de la sentencia de inexequibilidad de la Corte una vez producida su ejecutoria.

Pero además, si se trataba de disposiciones inconstitucionales que contrariaban los derechos constitucionales al debido proceso y al derecho de defensa, la aplicación inmediata y *profuturo* de los fallos era evidente y nunca existió duda acerca de su capacidad para afectar las causas judiciales ordinarias y contencioso administrativas no resueltas antes de dicho fallo, en las cuales, en adelante se debía acatar la exclusión del ordenamiento jurídico.

Esto no significó que en ningún caso se pudiesen pronunciar providencias condicionadas, condicionales, interpretativas, correctivas, interrogativas, normativas y admonitorias de orden constitucional, y que en dichas providencias no aparecieron consideraciones *obiter dictum*, las que, por el contrario, constituyen el grueso de una tipología de fallos abstractos, generales y objetivos de inexequibilidad en los que la Corte Suprema de Justicia empleaba toda su capacidad, ponderación, autocontrol, experiencia y conformación para producir su interpretación de la Constitución y de la ley.

Esta acción pública siempre se entendió como la facultad judicial de retirar del ordenamiento jurídico, pero hacia el futuro, la ley y los decretos leyes o sus partes, en cuanto y en tanto demandados por inconstitucionales por cualquier ciudadano, y los decretos legislativos de estado de sitio contrarios a la Constitución, en ambos casos, con la intervención del procurador general de la Nación,

y nunca comprendió la atribución de extender dichos fallos a situaciones consolidadas ni a derechos adquiridos conforme a las leyes civiles, para desconocerlos o regularlos; por esto se llamó acción pública o ciudadana de inexequibilidad o de inejecutabilidad, institución que en líneas generales permaneció intacta desde sus orígenes.

C. Así las cosas, paradójicamente, el principal defecto del sistema que confiaba a la Corte Suprema de Justicia las competencias como tribunal constitucional se originó en su mayor mérito; ello porque al concentrarse todas las competencias de control abstracto de constitucionalidad en su sala plena, integrada por todos los magistrados de las salas especializadas por materias, se rodeaba a la corporación y a sus actos de fuertes elementos simbólicos de autoridad, suficiencia y exclusión, lo que transmitía a sus decisiones en el pleno y a las de sus salas una fuerza incontrovertible, apareciendo como la entidad que no sólo monopolizaba la sabiduría y la verdad judicial última en los asuntos en sede constitucional y de revisión o casación, sino que impedía el desarrollo de una verdadera práctica de las instituciones del control difuso, a través de la excepción de inconstitucionalidad, en los restantes asuntos ordinarios del verdadero derecho viviente que reclamaban soluciones, bajo lecturas e interpretaciones diferentes de las de la Corte Suprema, para casos concretos.

D. Según la regulación de 1910, correspondía a la Corte Suprema de Justicia, como corporación judicial autónoma y última, decidir definitivamente sobre la exequibilidad de todas las leyes y de todos los decretos dictados por el gobierno en ejercicio de las competencias previstas por la Constitución, en caso de facultades legislativas extraordinarias o delegadas (decretos-leyes), cuando fuesen demandados por cualquier ciudadano; la competencia de la Corte se ponía en movimiento en este caso, sólo cuando aquellos actos fueren acusados ante ella como inconstitucionales por cualquier ciudadano en ejercicio de la mencionada acción y sin ninguna otra consideración procesal en un trámite simple y escueto que nunca fue entendido como un proceso constitucional, sino como un procedimiento de control de constitucionalidad sin cargas procesales y pruebas, así como libre de costos o documentos.

Esto quiere decir que todo ciudadano ha tenido y tiene el derecho constitucional de acusar por la vía principal de acción pública directa o abierta, abstracta y sin necesidad de demostrar interés alguno o sin estar vinculado a ningún proceso, las leyes, ya sean ordinarias, orgánicas o marco, y todos los decretos con fuerza de ley que se estimen contrarias a la Constitución.

E. Ahora bien, bajo el anterior sistema no corrían términos de caducidad de la acción y tampoco existía diferencia entre posibles vicios de inconstitucionalidad por la forma o vicios de procedimiento y vicios materiales o sustanciales; asimismo, la Corte no podía disponer de los efectos temporales de la sentencia

hacia el pasado, ni sobre causas concretas y subjetivas específicas, lo que impedía una efectiva expresión de la justicia constitucional.

F. En ambos casos, la Constitución de 1991 introduce cambios de gran significado que atienden a la experiencia del sistema anterior como el de la caducidad de la acción pública de inconstitucionalidad por vicios de forma fijada en un año, la introducción de la institución de los vicios de procedimiento subsanables y la definición de los efectos temporales y materiales de su fallo con fines de justicia constitucional en abstracto, con carácter objetivo, pero con fundamento normativo constitucional.

G. De acuerdo con la teoría del control de constitucionalidad en nuestro país, podían hacer uso de dicho instrumento, aún ahora, todos los ciudadanos colombianos; es decir, todos los nacionales colombianos mayores de 18 años, quienes en ejercicio de sus derechos políticos pueden ejercer esta acción, quedando excluidas de éste las personas jurídicas que aún a hora no gozan de derechos políticos, y los extranjeros, ya que aquellos derechos están, como en casi todos los regímenes constitucionales del mundo, reservados exclusivamente a los nacionales.

Obsérvese que bajo el anterior régimen de control de constitucionalidad los ciudadanos en ejercicio no podían demandar la inconstitucionalidad de las leyes o pedir su inexequibilidad ante la Corte Suprema de Justicia, si decían representar algún interés de persona jurídica alguna o de extranjeros, lo que fue un serio e innecesario obstáculo para el desarrollo del sistema mismo y de la jurisprudencia constitucional, ya que en la práctica esto significaba un desestímulo radical a los abogados dedicados al ejercicio del derecho constitucional y un injusto marginamiento del ejercicio de derecho a la justicia constitucional a un buen sector de la sociedad.

Ahora, bajo la nueva jurisprudencia de la Corte Constitucional, se ha admitido y tramitado un buen número de demandas de inconstitucionalidad presentadas por ciudadanos colombianos en ejercicio y en desarrollo de encargos procesales y litigiosos de personas jurídicas en temas de sumo interés para ellas y de notable provecho para la jurisprudencia constitucional.

H. De otra parte, esta vía también sirvió para efectos de demandar la inconstitucionalidad de los actos reformativos de la Constitución dictados por el Congreso de la República, aun cuando no fuese expresa dicha competencia, puesto que eran asimilados, con razón, a las leyes pero caracterizadas por un trámite riguroso y más rígido. Bajo la nueva Constitución, se ha previsto expresamente que la acción pública de inconstitucionalidad sirva para promover el conocimiento de la constitucionalidad de las reformas constitucionales y de los actos de convocatoria para la reforma, pero únicamente por vicios de forma y de procedimiento con el término de caducidad de la acción de un año.

2. *La vía de cruce o de objeciones presidenciales*

A. Su origen se encuentra en la misma ley de 1850 en la que se reconoce por primera vez la acción pública de inexecutableidad contra los actos de las entidades territoriales; es la más autóctona y original institución de control constitucional de cuantos existen en nuestro régimen político, ya que está prevista para encontrar una solución incuestionable y de última instancia al enfrentamiento entre el presidente de la República y el Congreso, en relación con los proyectos de ley que pasan al despacho del jefe del Ejecutivo para su sanción y promulgación, en una especie de veto presidencial por razones constitucionales, resuelto judicialmente por la más alta y respetada institución judicial. Fue incorporada a la Constitución política de 1886 y permanece como un sano ejercicio de equilibrio de poderes logrado con la credibilidad y el respeto que impone la alta magistratura de la Corte.

B. Llamada vía de cruce o de objeciones, o de control de las leyes antes de su sanción y promulgación porque ella opera cuando el presidente de la República propone reparos contra un proyecto de ley —total o parcial— que le es enviado por el Congreso para su sanción, por la existencia de supuestos vicios de inconstitucionalidad, una vez tramitado al interior de las Cámaras.

3. *El control forzado o automático de los decretos de estado de sitio*

A. La primera forma de control constitucional prevista en Colombia para los decretos mencionados era precisamente la de acción pública de inconstitucionalidad ante la Corte Suprema de Justicia y comprendía la posibilidad de demandar por razones constitucionales los decretos de estado de sitio de los gobernadores de los departamentos ante la misma Corte; fue incorporada en el régimen colombiano en la Ley Segunda de 1904, pero nunca fue objeto de verdadero desarrollo, y su oportunidad y eficacia fueron objeto de críticas por que en la causa se le dio un tratamiento procesal de *litis* ordinaria, lo cual la hacía muy lenta e inoportuna ante la flexibilidad de la competencia reguladora del régimen de estado de sitio, hasta que fue sustituido por lo que se conoce como el control automático y forzoso de constitucionalidad, en todo caso posterior y no remedial ni de reparación, radicado en la Corte Suprema de Justicia con la intervención del procurador general y abierto a la participación de cualquier ciudadano.

B. Esta figura estaba consagrada en los artículos 112, 113, 114 y 242 de la Constitución de 1886, pero encuentra su fundamento normativo en la reforma constitucional de 1968, por virtud de la cual se buscó racionalizar el exagerado y perverso ejercicio de las atribuciones del estado de sitio; tal como acontece en el régimen de control constitucional de la nueva Constitución Política de 1991 para los llamados decretos de estados de excepción y de emergencias, suponía

un instrumento permanente y autónomo, que permitía a la Corte Suprema de Justicia garantizar la integridad de la carta *ab initio*, en los casos en los que la capacidad legislativa del Ejecutivo se hace más veloz y expedita que la del legislador natural.²²

C. Bajo la vigencia de la Constitución anterior, cuando el gobierno hacía uso de las competencias legislativas excepcionales, en situaciones de emergencia de orden público económico y social, se encontraba, como hoy, en riesgo de violar las disposiciones de la carta, por ausencia del natural debate y de la reflexión del Congreso, y se hacía necesario establecer un mecanismo igualmente veloz y expedito, que garantizara la integridad de la Constitución y los derechos ciudadanos.

Era una práctica muy recurrida la de acudir a la legislación de emergencia (estado de sitio-emergencia económica), dadas las condiciones generales de debilidad de nuestras instituciones de seguridad política y la poca capacidad o fortaleza de nuestro sistema económico, en aquellos eventos eran muy frecuentes los abusos de poder del gobierno, por lo que era necesario frenar su concentración; por ello se encargaba a la Corte Suprema de Justicia del conocimiento de la constitucionalidad de aquellas medidas, al día siguiente de su expedición, sin que se requiriera la intervención de ningún ciudadano para poner en marcha su operación.

D. En estos casos, los términos que se señalaban para resolver sobre las demandas se reducían a una tercera parte, quedando la Corte obligada a fallar, a más tardar, dentro de los treinta días hábiles siguientes a los de la expedición del acto revisable automáticamente. La Corte debía pronunciarse de manera oficiosa, abstracta y definitiva con efectos *erga omnes*, sobre la constitucionalidad de todos aquellos decretos, siempre dentro de los términos reducidos que se señalan, debiendo además confrontar el texto del acto con fuerza legislativa, con toda la Constitución. En este sentido, es preciso anotar que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sobre los decretos que declaraban turbado el orden público y el estado de sitio, así como el de los decretos que daban por terminada la alteración, se construyó sobre la base de la aceptación de que se trataba de actos políticos no justiciables materialmente y por ello se limitaba a verificar el cumplimiento de requisitos formales sin conocer de la constitucionalidad de los motivos o causas invocadas para la declaratoria de dichos estados de excepción.

22 El acto legislativo núm. 1 de 1960, en su artículo 1° estableció el mecanismo del envío a la Corte Suprema de Justicia de los decretos que dicte el gobierno en ejercicio de las facultades del Estado de sitio, cuando el Congreso por medio de proposición aprobada por mayoría absoluta de una y otra cámara así lo decidiese; el término para el fallo se estableció en seis días con la consecuencia de la suspensión del decreto, si la Corte no produce el fallo en término. Además, el acto legislativo número 1 de 1968, estableció el sistema del control automático y forzoso sobre los decretos de estado de sitio (acto legislativo número 1 de 1968, artículo 42).

Bajo el nuevo régimen de control de estos actos, la Corte Constitucional abandonó dicha doctrina y conoce del fondo y de la motivación del decreto.

E. Otro tema de extraordinaria trascendencia, que contribuye a la formación de lo que llamamos la justicia constitucional, tiene un origen anterior a la Constitución de 1991, incurso en el esquema neutralizado de los conflictos de poder entre los órganos, es el control automático de los decretos leyes o legislativos de connotación interior, de emergencia económica social y ecológica; en estos casos se le atribuye a la Corte Constitucional, antes a la Corte Suprema de Justicia, la competencia para aprehender de manera directa, forzosa y obligatoria el control de constitucionalidad sobre los decretos legislativos, dado que éstos por definición comportan un desbordamiento de las competencias normativas del Ejecutivo, revistiéndolo de competencias legislativas extraordinarias, *pro-tempore*, para connotación interior o emergencia económica.

F. La función de la Corte al aprehender de manera forzosa el control de la constitucionalidad de estos decretos, que en primer término excluye la posibilidad de la presentación de demandas o el ejercicio de la acción pública ciudadana de inconstitucional, significa un avance en el desarrollo del Estado de derecho colombiano, que supera la especie de “bendición” que amparaba y legitimaba el ejercicio de esos poderes extraordinarios del Ejecutivo.

El hecho de que haya un control inmediato, con términos más breves que los ordinarios, y de que estos decretos no se puedan demandar, pues se controlan de manera directa y forzosa por parte de la Corte Constitucional, implica la exigencia de una solución radical del máximo órgano jurisdiccional o de la justicia constitucional sobre esos actos; ello facilita el reforzamiento de la seguridad jurídica referente al comportamiento excepcional del legislador en que se convierte el Ejecutivo como responsable del orden público político y del orden público económico y social, ante situaciones de emergencia.

4. *Vía de excepción o incidental*

A. Por su incorporación en la Constitución de 1886, a partir de la reforma de 1910 se pudo afirmar que en Colombia se configuró un sistema mixto de control de constitucionalidad, pues al lado de la acción pública de inexequibilidad y de los demás instrumentos y vías principales de control de la constitucionalidad de los actos generales del Estado, se encuentra la facultad de todos los jueces para dejar de aplicar una disposición jurídica de orden legal a un caso a resolver y, en sustitución, aplicar la regla explícita o implícita prevista en una disposición constitucional pertinente al asunto.

B. En verdad, ésta es la modalidad de control constitucional que, aun cuando traduce una vigorosa y espléndida competencia de los jueces para impartir justicia desde la Constitución y para casos sometidos a sus competencias, es la que

menos operatividad ha tenido en nuestro sistema y la que menos posibilidad de desarrollo tuvo como instrumento de garantía de la libertad de los ciudadanos y de sus derechos constitucionales.

En efecto, el artículo 215 de la Constitución colombiana de 1886 preveía que: “en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley, se aplicarán de preferencia, las disposiciones constitucionales”.

Conforme a esta previsión, cualquier juez podía desaplicar o no aplicar dentro de un proceso, a petición de parte u oficiosamente, una ley o una disposición con rango legislativo que estimara inconstitucional; empero, por falta de mecanismos legales que le dieran confianza y garantizaran certeza sobre la objetividad y generalización de su decisión de inaplicar la ley, este mecanismo no fue suficiente, ya que en ningún caso se estableció un instrumento procesal incidental ni un recurso o grado jurisdiccional que permitiera tramitar una solicitud de iniquibilidad en un caso concreto sometido a la competencia del juez.

Esta vía de resolución de casos a partir de la Constitución presupone una sólida y respetable formación de los jueces y la credibilidad en su función, así como el verdadero respeto por su independencia técnica y científica.

C. De otra parte, algunos doctrinarios sostienen que como la Constitución distinguía entre juez y funcionario administrativo y que, por el contrario establecía que la inaplicación se daría “en todo caso de incompatibilidad”, debía entenderse que aquella también se extendía a los casos de procesos gubernativos y a las competencias de las autoridades de la administración; además, se ha sostenido por vía doctrinaria que la expresión “ley” del mismo artículo comprende todos los actos jurídicos de carácter general, inclusive los actos administrativos.

Estos criterios no consultaban el origen de la institución de la inaplicación, en un caso concreto con efectos interpartes de una ley estimada inconstitucional. En efecto, el sistema difuso de tipo americano tiene su fundamento en las competencias que la Constitución de Estados Unidos entrega y confía a los jueces como defensores de la Constitución.²³ De otro lado, en dicha tesis se desconocían los fundamentos doctrinarios y axiológicos del derecho administrativo francés y sus características técnicas que, por la evolución de nuestras instituciones, se habían introducido en nuestro sistema jurídico. Estos son, principalmente, los que atañen a la naturaleza del acto administrativo y la operatividad de la función administrativa, por las características que reviste aquél, vale decir, la de la deci-

23 El artículo III de la Constitución estadounidense establece, en el párrafo primero de su sección segunda, que: “El poder judicial se extenderá a todos los casos de derecho y entidad que surjan bajo esta Constitución, a las leyes de los Estados Unidos y a los tratados que se celebren o vayan a celebrarse bajo su autoridad”. Además, la sección segunda del artículo VI señala que: “Esta Constitución y las leyes de los Estados que de ella dimanen, y todos los tratados que se celebren o vayan a celebrarse bajo la autoridad de los Estados Unidos constituirán la ley suprema de la Nación; y los jueces de todos los Estados tendrán obligación de acatarla, a pesar de cualquier disposición contraria que pudiera estar contenida en la Constitución o en las leyes de cualquier Estado”.

sión previa y la ejecución forzosa, que no admitían duda alguna sobre la eficacia del acto administrativo.

D. Cuando el Constituyente reformador de 1910 introdujo en Colombia el artículo 215, estaba pensando, y ésa era su voluntad, en vincular nuestras instituciones al modelo judicial de resolución de *cases* y no en procesos gubernativos. Se intentó incorporar, sin fortuna, a nuestro sistema de control constitucional el original modelo judicial, basado en el principio y en la práctica del precedente obligatorio, según el *stare decisis*, pero en nuestro medio no se habilitó al juez para fallar en equidad las cuestiones de constitucionalidad, ni ninguna otra.

Después se introduce el artículo 216 de la Constitución que crea la jurisdicción separada, paralela y complementaria de lo contencioso administrativo y consagra la acción popular de inconstitucionalidad-legalidad contra los decretos de gobierno, distintos de los legislativos y de los extraordinarios con fuerza legal. La jurisdicción especializada y única de lo contencioso administrativo evidencia que el constituyente no deseaba que los actos de la administración fuesen desaplicados en cualquier caso por las mismas autoridades administrativas; además, porque no quería que se quebrara la unidad de aquella parte del Estado.

Por otra parte, la ley consagraba, y aún mantiene, la figura de la revocatoria directa, que permite a la administración en vía gubernativa, de oficio o por petición ciudadana, principalmente después de la ejecutoria del acto, retirar del ordenamiento jurídico sus propias decisiones, por inconveniencia o por manifiesta ilegalidad, salvo el caso de que con ella se desconozcan derechos radicados en cabeza de un tercero, pues se requiere de su consentimiento.

E. Además, el juez ordinario no podía retirar del ordenamiento un acto administrativo, sin tener competencia especial para hacerlo, pues con ello podía afectar derechos subjetivos o intereses legítimos. Ésta era competencia especial de los tribunales administrativos y del Consejo de Estado, según lo ordenaba la carta política en los artículos 216 y 141-3, que creaban la jurisdicción de lo contencioso administrativo y colocaban al Consejo de Estado como cabeza o tribunal supremo de lo contencioso administrativo, y a los tribunales departamentales como órganos de éste, con sus propias atribuciones sobre dichas materias.

F. Es cierto que se presentaron algunos casos en los que un juez decidía inaplicar una ley dentro de un proceso y otro, aplicarla, produciéndose decisiones contradictorias; pero también lo es que estas observaciones sólo se hicieron en muy contados casos y que su trascendencia, en cantidad y calidad, es insignificante, no dicen nada del mecanismo de control en abstracto, pues de eso se trata cuando se define la constitucionalidad de una ley en un caso concreto y, según las condiciones del mismo, las pueden motivar precisamente a dejar de aplicarla por excepción, pero partiendo de la idea de que en la generalidad de los mismos es o puede ser aplicada. Si se trata de la vía de excepción o de un instrumento incidental, debe aceptarse que, en unos casos y según las disposiciones de la

Constitución política, la ley puede resultar incompatible con aquélla y que se debe dejar de aplicar para encontrar la solución directamente en la Constitución, la cual debe aplicarse preferentemente.

G. Desafortunadamente, aun ahora bajo la vigencia del nuevo sistema de justicia constitucional se sigue en la creencia que una ley declarada exequible o constitucionalidad en abstracto por la Corte Constitucional no puede resultar contraria para determinados casos y según las circunstancias de relevancia constitucional de los mismos y se negó la posibilidad de que cualquier juez entendiera que la constitucionalidad declarada dentro de un proceso de control de constitucionalidad abstracta y objetiva no resultaba aplicable al caso concreto. Con esta rígida creencia se mantiene vigente un principio de autoritarismo racionalista que rodea de omnipotencia incontrovertible a una decisión de simple exequibilidad o constitucionalidad, y a una corporación judicial que está llamada a impartir justicia antes que a administrar una sabiduría confortablemente codificada y definida *erga omnes*.

5. Control paralelo de los actos administrativos y de los actos deslegalizados

A. Todavía, por vía de acción pública de nulidad, cualquier persona natural o jurídica, nacional o extranjera, puede impugnar ante los tribunales contencioso administrativos o ante el Consejo de Estado, como órgano superior o supremo de la jurisdicción especializada, la constitucionalidad o legalidad de los actos administrativos emanados del Ejecutivo, por autorización de la Constitución o los que la reglamentan y todos los demás actos de la administración pública.

B. El principio general, aplicable en este tipo de competencias, es que todos los decretos del Ejecutivo distintos de aquellos señalados por la propia Constitución como de competencia de la Corte Suprema de Justicia, según el artículo 214 de la Constitución de 1886, eran objeto de dicho control de constitucionalidad legalidad, ante la citada jurisdicción, de conformidad con las competencias funcionales y materiales que servían de criterio para organizarla. Eran acusables ante el Consejo de Estado todos los decretos ejecutivos que no tenían el excepcional carácter legislativo que revestía a los expedidos con base en los artículos 76, numerales 11 y 12, 80, 121 y 122 de la Constitución de 1886.

C. Este mecanismo estaba organizado, como ya se ha dicho, por disposición del artículo 216 de la Constitución nacional y todavía es desarrollado por el Código Contencioso Administrativo, según el cual, corresponde a la jurisdicción de lo contencioso administrativo el conocimiento de los asuntos de inconstitucionalidad de los decretos del gobierno, distintos de los que tienen fuerza de ley, de conformidad con la Constitución. Esta acción se denomina “nulidad”, porque los efectos de fallo son *ex tunc*, o desde que se profirió el acto anulado y retrotraen las situaciones no consolidadas al momento de la expedición; produce, ade-

más, efectos vinculantes *erga omnes* y no exige la demostración de interés alguno de carácter particular, ya que se ejerce en defensa del orden jurídico. Su carácter es público, abstracto, directo y abierto, y permite la solicitud y el decreto de suspensión provisional.

D. Bajo las regulaciones del artículo 237 de la nueva Constitución, se definió con mayor precisión la competencia del Consejo de Estado para “conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el gobierno nacional cuya competencia no corresponde a la Corte Constitucional”, con lo cual se depura y se aprecia con nitidez el carácter parelo e integral del sistema de control constitucional en Colombia.

La acción de nulidad se caracteriza por estar regulada como un verdadero proceso judicial, en tanto que dentro de su trámite se vincula a la administración, mediante la notificación y el traslado del negocio, al representante legal del sector administrativo centralizado que expidió el acto como órgano superior, o al representante legal de la entidad descentralizada que lo produjo. En estas acciones también interviene el representante del Ministerio Público como fiscal de la causa, pudiendo elaborar y presentar su concepto de forma libre e independiente dentro de los términos correspondientes.²⁴

No sobra repetir que la naturaleza del juez de lo contencioso administrativo es la de un órgano jurisdiccional colegiado e independiente, que cumple sus funciones por mandato de la Constitución Nacional y se inscribe dentro de la rama jurisdiccional del poder público.

E. Como una subespecie del mecanismo analizado anteriormente, se encuentran las acciones contencioso administrativas, que se dirigen a lograr el retiro del ordenamiento jurídico de los actos administrativos y el restablecimiento del derecho. Esta clase de acciones pueden conducir a que, como consecuencia del retiro o anulación del acto, el interesado que lo haya solicitado dentro del proceso y haya comprobado jurídicamente los perjuicios causados tenga derecho a la eventual “compensación” o indemnización. Según las voces del actual Código Contencioso Administrativo, no sólo cabe la acción contra los actos administrativos, sino contra los hechos y las operaciones administrativas o las vías de hecho de la administración; empero, éste es asunto que corresponde a la disciplina del derecho administrativo y no tiene, en este examen, el espacio que merece. Se denomina también “control por vía de acción contencioso subjetiva de restablecimiento”.

En resumen, es evidente que la Corte y el Consejo de Estado ejercían un profundo magisterio constitucional, pues de ordinario estas corporaciones indicaban y aún lo hacen en las motivaciones de sus fallos, criterios orientadores y

24 Esta vía asimila de una forma más depurada, al instrumento de amparo mexicano, en lo referente a la suspensión provisional del acto, en caso de notoria violación de la Constitución o de la ley. Esta acción no caduca y puede intentarse en cualquier tiempo.

de aplicación práctica en la lectura de la Constitución y de la ley, por parte de todos los titulares del poder; además, la experiencia del sistema de control de constitucionalidad de las leyes ha permitido la conformación de una jurisprudencia constitucional inspirada en reglas de interpretación, acordes con el especial carácter que revisten las normas constitucionales

La participación de los magistrados de la sala plena de aquella corporación, integrada, como se ha visto, por los demás miembros de la alta entidad de la justicia ordinaria, hacía que el debate y la aprobación por mayoría simple de los proyectos de fallo elaborados por la sala constitucional recibiese la experiencia jurídica de todas las áreas del derecho, pues en ella se conjugaba la más alta especialización en materia constitucional, con el necesario conocimiento de los ámbitos particulares de interpretación y aplicación de la ley, o de los demás actos tachados de inconstitucionalidad, que sólo se desarrollan en una práctica continuada de los jueces.

Aun en la nueva Constitución, el gobierno nacional no participa en la elección de los magistrados ni en la integración de ningún tribunal ordinario; el presidente de la República, dentro de las reglas de la integración de la Corte Constitucional, participa junto con la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado con la presentación de tres ternas de candidatos que presenta al Senado de la República; pero además, la propia Constitución consagra que los funcionarios del Ministerio Público tendrán la misma categoría, remuneración, privilegios y prestaciones de los magistrados y jueces ante quienes ejercen cargo.

6. Algunos problemas para la interpretación judicial de la Constitución de 1886

A. En nuestro medio y hasta la expedición de la Constitución de 1991, era preocupante la falta de desarrollo doctrinario y de una verdadera práctica en materia de la interpretación de las disposiciones constitucionales, sin perjuicio de la alta estima que merecía la labor de la Corte Suprema de Justicia; también era evidente la falta del desarrollo autónomo de una práctica jurisprudencial fundada en las experiencias constitucionales, y el desconocimiento de las aportaciones nacionales a la ciencia política y al derecho constitucional, no obstante los instrumentos judiciales de control de constitucionalidad y de legalidad, y el vertiginoso desarrollo que se logró con la creación de la sala constitucional de la Corte Suprema de Justicia, que fungía como sala de estudio y de preparación de proyectos de sentencia para la decisión del pleno de los magistrados de aquella corporación.²⁵

²⁵ Ortiz, Julio César, "El sistema de control de constitucionalidad en Colombia", *Externado, Revista Jurídica*, Bogotá, vol. 5, núm. 1, enero-junio de 1991, pp. 31-54.

B. Esto es explicable, en principio, por la carencia de instrumentos procesales de naturaleza judicial que estuviesen previstos para obtener la aplicación directa, autónoma, específica y concreta de la Constitución, y por la rigurosa concepción propia del sistema jurídico de derecho codificado y legislado que heredamos de Europa continental, con instrumentos de cierre a la creatividad judicial, como lo es el recurso extraordinario de casación. Igualmente, se ha sostenido que esto obedeció al predominio relativo pero vigoroso de unas vertientes de la doctrina del constitucionalismo clásico y conservador, que redujo el vigor de la parte dogmática de la Constitución a un pacto político y la hizo un asunto extraño a las competencias judiciales de administración de justicia en concreto, lo cual es contrario al desarrollo de una disciplina jurídica de aquella parte de la Constitución como el que se dio en el constitucionalismo de los Estados Unidos de América,²⁶ gracias a la experiencia centenaria de los jueces ingleses heredada por la judicatura colonial, y a la práctica de las varias jurisdicciones jerárquicamente superpuestas y aplicables durante varios siglos en su territorio; también existe un desarrollo jurisprudencial de la Constitución y una disciplina de la interpretación con fines judiciales de la Constitución política en otros sistemas jurídicos latinoamericanos, que incorporan instrumentos procesales específicos de aplicación directa o preferente de aquella, como los juicios de amparo, los recursos extraordinarios y los remedios judiciales de seguridad por razones constitucionales,²⁷ que no fueron atendidas por el derecho colombiano.

Como aportación de las instituciones políticas colombianas se encuentra la objeción presidencial resuelta ante la Corte Suprema y, a diferencia de lo que ocurre en otros Estados, la objeción por inconstitucionalidad de un proyecto de ley es resuelta en un término breve y de modo definitivo por la Corte en funciones de control constitucional.

C. No obstante la importancia de la acción pública de inexequibilidad, se dejó a los jueces sin herramientas para actualizar e interpretar las cláusulas constitucionales de modo autónomo, específico y directo en casos específicos de justicia constitucional.

Es evidente que la Corte Suprema de Justicia, no obstante contar con la acción pública o ciudadana de inexequibilidad, junto a otras vías y procedimientos de control de constitucionalidad, fue reacia a aplicar directamente el preámbulo de la Constitución política de 1886 y los principios fundamentales del ordenamiento,

²⁶ García de Enterría, Eduardo, *La constitución como norma y el tribunal constitucional*, Madrid, ed. Civitas, 1987; Fix-Zamudio, Héctor, "Presente y futuro constitucional del organismo judicial y el Ministerio Público en México y España", en *Las experiencias del proceso político constitucional en México y España*, México, UNAM, 1979; y *La protección procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*, Madrid, Civitas-UNAM, México, 1982.

²⁷ Fix-Zamudio, Héctor, "Las jurisdicciones constitucionales latinoamericanas", en *Las constituciones latinoamericanas*, México, UNAM, 1990, t. 3.

y éstos sólo servían como catálogo de “valores” constitucionales que no operaban sin la existencia de un derecho o de una norma constitucional bien definida en las restantes partes de la misma o de una regla completa de la parte orgánica de la Constitución. En otros términos, el preámbulo de la Constitución de 1886 operaba de modo apenas remoto y siempre mediatizado por las restantes partes de la Constitución de la Ley 153 de 1887.

D. Pero si fuera poco lo anterior, la mal llamada “vía de excepción”, que figuraba en el artículo 216 de la carta fundamental de 1886 y que habilitaba a cualquier juez para no aplicar las disposiciones legales que resultaren inconstitucionales, dadas las condiciones específicas de los casos concretos puestos bajo su conocimiento, que le permitían aplicar a él mismo la Constitución de modo preferente, elaborando la solución judicial específica según su lectura de la normatividad superior, no se desarrolló como debía, de una parte, gracias a la estructura vertical de autocomposición de la rama jurisdiccional de poder público, a la falta de una carrera judicial que asegurara continuidad a los jueces disidentes, y de otra, a la fuerza de convicción de la lógica empleada y al rigor excluyente del recurso extraordinario de casación y a la concentración monolítica que resultaba de todo esto, al quedar en una misma sede judicial superior y última la resolución de los asuntos abstractos de constitucionalidad y los concretos de carácter ordinario, así llevaran excepciones de constitucionalidad, por virtud de la resolución concentrada de los recursos extraordinarios.

Además, para los fines de la aplicación judicial de la Constitución por la vía abstracta del control ejercido por la Corte Suprema de Justicia²⁸ y por el Consejo de Estado, tampoco operaban de modo autónomo los principios constitucionales, pues en primer término se exigía la existencia de una regla jurídica completa y cerrada de rango constitucional para declarar la inexecutable de las leyes en el caso de las competencias de la primera de las corporaciones, a más de la demanda de todas las disposiciones jurídicas que repitieran la norma acusada y de aquellas en las que ésta apareciera reproducida para que el fallo fuese inocuo; y en el caso del control contencioso administrativo de la constitucionalidad y de la legalidad de los restantes decretos del gobierno no atribuidos a la primera, se exigía, y aún se exige, la presentación expresa y detallada de la proposición jurídica completa, con la anotación de todas las disposiciones jurídicas de rango legal y reglamentario que resultan violadas en el caso del control contencioso administrativo. Se advierte que en caso de que la nulidad conduzca al restablecimiento del derecho subjetivo, personal o real violado, se aplican unos términos breves de caducidad de la acción, con independencia de si se reclama expresa-

28 Páez Velandia, Dídimo, *El control de la constitucionalidad en los Estados latinoamericanos y fundamentalmente en Colombia*, Bogotá, Ed. Revista Derecho Colombiano, 1985.

mente la reparación, y de si se reclama la protección de un derecho constitucional fundamental o de un derecho subjetivo de contenido patrimonial.

Es claro que, en el sistema jurídico vigente al amparo de la carta política de 1886, la parte dogmática de la Constitución, incluidos el preámbulo, los principios fundamentales y los derechos constitucionales de naturaleza civil y social, no fueron aplicados directamente y de modo autónomo, ni siquiera en los asuntos de control abstracto de constitucionalidad y legalidad de los decretos administrativos del gobierno, ni en los de reparación directa, ni en los asuntos de la denominada “plena jurisdicción”, pues se exigió para los primeros la integración de la proposición jurídica completa con la inclusión de todas las normas, legales y reglamentarias, que resultaran violadas y en los otros; además, fue condición ineludible la demostración del perjuicio causado con la acción o la omisión de la administración, y el establecimiento de la relación de causalidad correspondiente y, desde luego, la determinación del derecho personal o real desconocido o afectado por el acto impugnado, sin admitir, por principio, que la violación de una garantía social o un derecho civil de rango constitucional fuese objeto de control judicial directo y concreto con fines preventivos y remediales de corrección y, en casos extremos, de protección específica. El preámbulo y los principios operaban únicamente como cláusulas mediatas de interpretación de las restantes partes de la Constitución y de la ley.

En esta materia, el único interés legítimo aceptado para provocar el conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa por vía de la acción de nulidad, era el abstracto de la defensa del ordenamiento jurídico, y si de la actuación o del acto impugnado se podía desprender siquiera la eventual reparación del perjuicio o daño individual, o el restablecimiento del derecho radicado en cabeza del accionante, se aplican por vía jurisprudencial los breves términos de caducidad de las acciones respectivas.

Ahora bien, era de tal naturaleza el problema planteado que nuestros jueces se resignaron a comportarse como los “labios mecánicos de la ley”, según la advertencia de Montesquieu y atendiendo a la restricción de la burguesía de la revolución de Europa continental, rindieron culto a las manifestaciones positivas de la ley, por ser ella la voluntad soberana hecha en los términos establecidos en la Constitución, y por hallarse confortablemente codificaba por materias, conceptos y sujetos; confundieron autocontrol y separación de poderes, con justicia rogada y contenciosa y con positivismo normativista.

En efecto, la parte dogmática de la Constitución no ocupó el papel preeminente, ni tuvo el vigor normativo que tuvo en el sistema de doble jurisdicción de Estados Unidos, ni sirvió para administrar justicia en concreto con independencia de los derechos personales o reales y de crédito; es más, fue de tal índole el culto formalista a la ley codificada, que el legislador consideró que el título III de los derechos civiles y de las garantías sociales de la carta de 1886,

debía estar recogido en el Código Civil para asegurar su vigor judicial (*cf.* artículo 52 de la Constitución de 1986, y 4° de la Ley 57 de 1887).

Desde luego, esta reflexión no superó las barreras de la concepción tradicional originada en el derecho civil y como aquella parte de la Constitución no contenía la definición de derechos subjetivos, personales, reales ni de crédito, sino apenas declaraciones universales de derechos, derechos públicos subjetivos, derechos económicos y sociales o programáticos y derechos políticos, no tuvo aplicación directa ni inmediata y por ello no se desarrolló una disciplina de la lectura judicial de la misma.

Así las cosas, en la jurisdicción ordinaria en muchas contadas oportunidades se encontraron referencias inmediatas al vigor jurídico de los valores y de los principios constitucionales y éstos operaban apenas como pautas remotas y no específicas de interpretación de la ley.

A esto cabe agregar la rigidez que impone en una estructura jurisdiccional como la nuestra la existencia de los recursos extraordinarios de casación en la jurisdicción ordinaria, y el de anulación ante el Consejo de Estado y la única instancia para asuntos del orden nacional de la administración y el recurso de apelación concentrado ante este mismo organismo en los asuntos contencioso administrativos.

III. LAS COMPETENCIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL EN LA NUEVA CONSTITUCIÓN

A. La Constitución de 1991 tiene como característica la incorporación de unos nuevos elementos normativos que contribuyen a configurar la noción de justicia constitucional y a superar el anterior sistema del esquema colombiano de control de constitucionalidad, formado bajo el esquema de la Constitución de 1886, respecto de la cual, los más ilustres y destacados profesores reconocían la existencia de un sistema completo, integral, paralelo de control de constitucionalidad de las leyes y de los actos de gobierno y de la administración.

Ahora existe un sistema de control de constitucionalidad, con algunos reparos que lo hacen en algunos aspectos inarticulado, deficiente e inarmónico, pero altamente complejo en instrumentos, técnicas, vías, procedimientos y métodos que le merecen el rótulo de ser parte de los modelos en los que existe justicia constitucional, y en los que se ha configurado una verdadera jurisdicción constitucional; desde luego, no es un sistema que recoja todas las experiencias existentes en materia de justicia constitucional, ni siquiera la mayor cantidad de ésta, como la cuestión de inconstitucionalidad o el recurso extraordinario de amparo constitucional contra sentencias. Tampoco concentró como lo hacen los sistemas jurídicos europeos el conocimiento de los asuntos penales de los altos dignatarios del Estado en cabeza de la Corte Constitucional.

B. Sin duda, el sistema colombiano carece de un régimen jurídico preciso que permita a la Corte Constitucional revisar o conocer de los aspectos constitucionales de las causas ordinarias en lo que se llama la aplicación de la Constitución y de los derechos constitucionales al derecho viviente que se reconoce en los pleitos o litigios ordinarios y comunes de la jurisdicción ordinaria y contencioso administrativa, lo que hace que no se pueda afirmar que exista un régimen armónico y coherente.

El constituyente de 1991 no solamente estableció unos instrumentos de garantía y de reforzamiento de la vigencia y de la supremacía de la Constitución a través de los anteriores mecanismos de protección judicial inmediata de defensa de la Constitución, claro está, en buena medida reformados y renovados, sino, además, incorporó otras instituciones judiciales que se ocupan de controlar todos los actos del poder del Estado, y las actuaciones y las omisiones de sus autoridades.

De otra parte, a la Corte Constitucional colombiana, dentro de ese sistema de justicia constitucional se le han atribuido otras funciones judiciales, que tienen que ver con el comportamiento y la actividad ordinaria del Legislativo, como en la facultad de examinar y, si es el caso, devolver los proyectos de ley estatutaria al Congreso con un concepto sobre cómo debería ser redactado, corregido, modificado en una competencia “paralegislativa o normativa”, que implica su pronunciamiento sobre una opción específica de carácter legislativo y su participación en el proceso de elaboración definitiva de la ley; lo mismo ocurre, pero en un ámbito material reducido, cuando la Corte Constitucional queda habilitada para devolver al Congreso o al Ejecutivo los actos con fuerza legislativa que, demandados, adolezcan de vicios de forma subsanables.

Es una especie singular de suspensión temporal de los efectos del fallo con fines de proveimiento cautelar. Esto en términos más claros significa que cuando la Corte devuelve al Congreso o al Ejecutivo un acto acusado por vía de demanda respecto del cual encuentra vicio de procedimiento, para que éste sea subsanado, la Corte difiere, suspende su fallo de inconstitucionalidad, permitiendo la enmienda, la reparación lo que la hace participar en el proceso político.

En tercer lugar, la Corte Constitucional tiene otra competencia de consecuencias abiertamente políticas, aunque como todas las competencias de los jueces, dirigidas y controladas por la razón de ser jurídica y judicial de su investidura, que es la de examinar las excusas presentadas por las personas llamadas a declarar a las Comisiones de las Cámaras de conformidad a lo previsto en el artículo 137 de la Carta política.

Obviamente ésta no es una problemática ordinaria, pues la Corte debe examinar por qué una persona natural o jurídica se abstiene de concurrir a un debate político en una Comisión típicamente política que ejerce control político, como son las Comisiones de las Cámaras, de conformidad con el artículo 137; esto no justifica o permite que la Corte resuelva sobre las excusas sin sentar jurisprudencia.

dencia y sin señalar criterios o parámetros jurídicos de interpretación de las causales que frente a las disposiciones constitucionales y a los derechos fundamentales justifican la excusa.

Entonces, no obstante que la problemática sea política, ya que se trata de una actividad de control político la que ejercen las comisiones de instrucción de las Cámaras cuando citan a las personas naturales o jurídicas a declarar, inclusive bajo la gravedad del juramento, nada explica, ni permite que la Corte Constitucional, cuando determine que las causales alegadas examinadas frente a la Constitución son o no procedentes, lo haga de manera política. En el juicio político predominan los criterios de discrecionalidad, de oportunidad, de conveniencia, de eficacia y de efectividad, pero no de validez. En cambio, cuando la Corte Constitucional se ocupa de examinar estas controversias y las excusas presentadas por las personas citadas y renuentes a asistir, deben hacerlo con fundamento en una actividad práctica de carácter jurídico y principalmente de carácter judicial, para efectos de que cuando tome la decisión señale en su providencia los parámetros, las reglas que admiten o no que una excusa de éstas sea aplicable a cualquier otra circunstancia similar que quede comprendida bajo la hipótesis descrita.

De otra parte, la Corte Constitucional también debe examinar, pero sólo por vicios de procedimiento, la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una asamblea nacional constituyente; lo mismo sucede cuando decide sobre la constitucionalidad de los referendos sobre leyes y la constitucionalidad de las consultas populares y plebiscitos del orden nacional por vicios en el procedimiento de la convocatoria y realización.

En cuanto hace el control de constitucionalidad de los proyectos de las leyes estatutarias cabe observar que ellas son objeto del control previo de constitucionalidad en la Corte Constitucional, con la posibilidad de que esta corporación determine en caso de inconstitucionalidad parcial del proyecto la forma en que debe enmendarse el texto del proyecto.

Este control comporta, en principio y cuando menos hasta ahora en el estado de la jurisprudencia de la Corte, que una vez se produzca el fallo y pase por la sanción presidencial y se promulgue la ley, ésta ya no puede ser demandada por vía de la acción pública de inconstitucionalidad, porque sobre ella ha recaído una sentencia con la fuerza de la cosa juzgada constitucional, y porque el examen de la Corte Constitucional es integral cuando ejerce esta modalidad de control previo, y se ha entendido que no puede pronunciar fallos relativos o parciales; en este caso, los efectos de su fallo no pueden contraerse a unos determinados aspectos de la materia constitucional.

Éste es uno de los defectos del nuevo sistema, primero por la extensión de las materias de que se ocupan las leyes estatutarias (derechos, libertades, mecanismos de protección de los derechos, estatuto de la oposición de los partidos), y por la premura con la que debe fallar la Corte en atención a lo angustioso de

los términos previstos en la misma carta política; de otra parte, este tipo de control de constitucionalidad impide el ejercicio ciudadano de la acción pública de inconstitucionalidad y recorta una garantía política tradicional del régimen político colombiano.

Además, la Corte Constitucional tiene competencia expresa para conocer de la constitucionalidad por los aspectos de forma y de contenido de las leyes aprobatorias de tratados públicos aprobados después de 1991 y para conocer de la constitucionalidad de los tratados mismos en su formación y en la materia que se regula en ellos, por medio de un procedimiento denominado de control preventivo de constitucionalidad, pues se verifica después de aprobada la ley nacional de incorporación y antes del perfeccionamiento del instrumento de derecho internacional.

La Constitución de 1991 es muy clara al atribuirle a la Corte Constitucional competencia para decidir sobre los tratados aprobados después del 5 de julio de 1991, sobre su constitucionalidad y sobre la constitucionalidad de la ley que los aprueba, lo que acontecía en la carta política de 1886.

Esto comporta que a la luz de la última jurisprudencia de la Corte Constitucional los tratados internacionales, suscritos por Colombia y perfeccionados antes de la anterior fecha, no puedan ser objeto de control constitucional por vía de acción o de demanda ante la Corte Constitucional, es decir, adquieren una especie de intangibilidad judicial por vía abstracta.²⁹

Lo anterior no quiere decir que no haya control constitucional sobre los actos administrativos y sobre las actuaciones de la administración para efectos de la aplicación de los tratados internacionales.

En esta materia se determinó que todos los tratados internacionales pasaran al control previo de la Corte Constitucional, lo cual no deja de ser inconveniente, pues, en verdad, son pocos los tratados internacionales que se ocupan de temas realmente importantes para la justicia constitucional, como son las libertades públicas, la extradición, el intercambio de presos, el intercambio de pruebas, los procedimientos para la resolución de controversias, la protección de la propiedad industrial, la protección de derechos y privilegios entre Estados.³⁰

29 Salvo el Concordato respecto del cual se admitió una demanda ciudadana y se falló declarando la inconstitucionalidad de algunas de sus partes con base en una jurisprudencia anterior, que decía que la Corte adquiriría competencia para conocer de todas las leyes aprobatorias de los tratados porque estos estaban incorporados por leyes y la Corte Constitucional no podía eludir su competencia para conocer de las demandas sobre las leyes, así se tratara de leyes aprobatorias de tratados públicos anteriores a la Carta de 1991; desde luego, esta jurisprudencia ya fue recogida y abandonada.

30 La mayor parte de los tratados internacionales regulan principalmente de expresiones de buena voluntad, de intercambio de experiencias vitales entre los pueblos, la cultura, el intercambio de productos, el intercambio de experiencias, los que en realidad no tienen por qué ocupar el trabajo de la Corte Constitucional.

En materia de objeciones presidenciales, la Corte Constitucional también cumple una nueva función normativa, no tanto porque conozca de las objeciones, sino por el último inciso del artículo 167 Constitucional, que le permite devolver el proyecto de ley objetado por inconstitucional, por el presidente de la República para que el Congreso en la Cámara donde tuvo origen lo rehaga o enmiende de conformidad con el dictamen de la Corte.

Entonces la Corte puede devolver el proyecto con un dictamen o fallo provisional que no produce efectos de cosa juzgada; esta atribución es más delicada ya que consiste en el deber de ordenar, de conformidad con la Constitución y de manera abstracta, los distintos intereses que están presentes en el texto de la ley o proyecto objetado, lo que reclama un evidente deber de autocontrol y de prudente limitación. Ahora bien, si se lograra desarrollar esta función, la Corte Constitucional adquirirá mayor respetabilidad y legitimidad, bajo el entendido de que la dinámica del juego de intereses comprometidos en la ley da lugar a constantes conflictos.

La Corte Constitucional no es competente para conocer de los conflictos de poderes entre el Ejecutivo y el Legislativo, pero sí conoce de la resolución judicial de las objeciones presidenciales de los proyectos de ley; además, la Constitución incorporó en dicho régimen la institución del control previo de los proyectos de ley estatutaria y el control preventivo de las leyes aprobatorias de tratados internacionales y de los tratados mismos.

Obviamente, el sistema constitucional colombiano de profunda raigambre presidencial y caracterizado por la preeminencia del Ejecutivo, el periodo gubernamental fijo, la independencia orgánica y de integración del gabinete o del Consejo de Ministros, la proscripción de la disolución interorgánica entre las ramas del poder impide que existan otras controversias o conflictos de poderes.³¹

Este nuevo sistema de control de constitucionalidad aparece complementado por la llamada acción de tutela como una de las piezas más importantes de la carta política en materia de justicia, que la pone a tono con el proceso de fortalecimiento de los instrumentos internos de protección de los derechos fundamentales de las personas; en efecto, dentro de las transformaciones vividas por el derecho en el mundo occidental, después de la segunda Guerra Mundial, se encuentra precisamente la recomendación de los organismos ecuménicos de las na-

³¹ Desde luego, este tipo de controversias no ha merecido en nuestro histórico devenir la atención constitucional sino en cuanto a un aspecto, al juicio político de los altos dignatarios del gobierno y el de las objeciones presidenciales por razones de inconstitucionalidad. Estos son ejemplos de lo que en la teoría constitucional europea se conoce como conflictos de poder. Decíamos, que la justicia penal constitucional es un concepto excluido de las competencias de la Corte Constitucional colombiana, pero que existe en el derecho constitucional europeo. En Italia el artículo 134 prevé la competencia de la Corte Constitucional en materia de juicios sobre las acusaciones promovidas contra el presidente de la República, el presidente del Consejo de Ministros y los ministros, porque en estos regímenes el presidente de la República es responsable sólo de ciertas conductas.

ciones democráticas para que se establezca un instrumento procesal breve, sumario y específico orientado a la protección más efectiva de los derechos de rango constitucional fundamental ante el peligro real de su violación por gobiernos de distinta índole que los ponían en peligro.

La incorporación generalizada de estos instrumentos es un hecho que paulatinamente ha ido afianzándose en el concierto de todas las naciones y nada más saludable que en nuestro país se hubiese incorporado dicha figura en los términos que lo hace el artículo 86 de la carta.

Dicha vía de protección efectiva de aquellos derechos también queda comprendida dentro del anhelo civilizado de garantizar a todas las personas el más efectivo y cierto procedimiento de acceso a la justicia; además, cabe tener en cuenta que aquellas cartas constitucionales a que hemos hecho referencia son objeto, cada vez más, de aplicación judicial preferente por su sentido irradiador y orientador de la vida social en la que están comprometidas los más altos valores y los más altos fines del humanismo social.

Así, nuestra Constitución también reclama la puesta en marcha de este instrumento garantizador sin el cual muy poco sentido tendría la incorporación de un catálogo tan amplio de derechos y libertades.

Por último, lo más importante, pero también lo más defectuoso de todo el sistema de justicia constitucional, es el esquema de la eventual revisión de las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales fundamentales como instrumento procesal especial, autónomo, directo y específico de carácter judicial, que implica la protección concreta e inmediata de carácter judicial de aquellos derechos. En verdad, este instrumento hacía falta, era la pieza de la que carecía el sistema de control de constitucionalidad anterior, faltaba un instrumento que protegiera los derechos fundamentales pues existían instrumentos ordinarios, genéricos, indirectos de protección de los derechos fundamentales, como la acción de nulidad, la acción de restablecimiento del derecho, algunas acciones recientemente incorporadas en materia disciplinaria contra los funcionarios públicos y las acciones de nulidad electoral, la de plena jurisdicción prevista para efectos de permitir la controversia judicial de los actos de la administración cuando estos implicaran la afectación de un derecho patrimonial, derecho subjetivo, personal o real, o cuando implicara por vía de nulidad la violación de un interés legítimo frente a la ley o frente a la Constitución.

Hacía falta un instrumento que protegiera o garantizara el ámbito de los derechos constitucionales fundamentales no comprendido por la legislación ordinaria o por el conjunto tradicional de las relaciones dentro del Estado de derecho.

La acción de tutela es un instrumento procesal específico de carácter remedial, enderezado de manera directa y autónoma a la protección judicial de los derechos constitucionales fundamentales consagrado por la Constitución, que le entrega a los jueces la competencia para decretar por medio de órdenes judiciales, el re-

medio judicial para que la administración y, en ciertos casos señalados por la ley, los particulares, actúen o se abstengan de actuar en materia de un derecho fundamental constitucional de una persona o de un grupo de personas determinadas, sean naturales o jurídicas, de derecho privado o de derecho público. Los jueces adquieren, entonces, la posibilidad de aplicar, de interpretar, de exigir y hacer exigible la Constitución en circunstancias específicas, individuales y concretas.

Así, la Corte Constitucional tiene la competencia de atraer discrecionalmente la competencia para que ella revise las decisiones que se puedan producir dentro de estas acciones.

En resumen, en Colombia existe el control constitucional desde mediados del siglo pasado cuando comienza la formación del sistema colombo-venezolano de la acción pública, cuando se estableció el sistema de las objeciones presidenciales resueltas por un órgano judicial; desde luego esas creaciones reaparecen con un sentido más coherente en 1910, pues, a partir de ese año, tenemos en nuestro sistema político un ente judicial especialmente habilitado para interpretar de modo abstracto con fuerza *erga omnes* las leyes y la Constitución. Igualmente, los jueces, en vía concreta y en el ejercicio de sus competencias dentro de los procesos ordinarios, podían interpretar la Constitución y la ley y dejar de aplicarla cuando resultara contraria a la carta política lo que significa que, bajo este sistema, el juez se encuentra autorizado para proveer judicialmente su decisión del caso sometido bajo su competencia. Empero, la práctica de la interpretación constitucional nuestra, respetada y admirada en el concierto internacional, no fue realmente creativa, ni tuvo los alcances de lo que contemporáneamente se entiende por justicia constitucional.